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

ANNALI

11/2009

editrice
AGR
arti grafiche la regione srl

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

ANNALI

11/2009

editrice

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 11/2009
Collana: Università degli Studi del Molise
Dipartimaneto di Scienze Giuridico-Sociali e dell'Amministrazione
Campobasso: Arti Grafiche la Regione srl, 2009
pp. 536; 17x24 cm

© 2010 by Arti Grafiche la Regione srl
C.da Pescofarese, 44 - Ripalimosani (Campobasso)
www.artigrafichelaregione.com
info@artigrafichelaregione.com

ISBN 978-88-88102-40-5

INTERVENTI

PAOLO MADDALENA

Quello che si deve sapere della Costituzione della Repubblica Italiana

SOMMARIO: 1. Società, organizzazione, ordinamento giuridico, Stato, Costituzione, libertà. - 2. La volontà popolare. La sovranità. - 3. La nascita della Repubblica italiana: lo Stato democratico e l'etica repubblicana. - 4. "Lo spirito delle leggi": l'anima universale dei popoli. - 5. "Lo spirito della Costituzione repubblicana": la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. La dignità della persona umana. - 6. I postulati della Costituzione repubblicana: la preesistenza del valore della persona umana all'ordinamento giuridico; la trasformazione di fondamentali principi etici in principi giuridici. - 7. La tutela della persona umana. Il primo pilastro: il riconoscimento dei diritti dell'uomo. - 8. Il secondo pilastro: l'istruzione, l'arte, la scienza, la ricerca scientifica e tecnologica, la cultura, il patrimonio storico e artistico, il paesaggio. - 9. Il terzo pilastro: il diritto al lavoro ed il diritto degli inabili al lavoro. "La proprietà personale"e la grande proprietà terriera. La terra. L'ambiente. - 10. Il quarto pilastro: il principio di eguaglianza. Equità, equilibrio, armonia. - 11. Lo Stato sociale di diritto. - 12. La partecipazione dei cittadini. - 13. La Costituzione patrimonio comune di comprovata validità. La sua eventuale revisione. - 14. Conclusione.

1. *Società, organizzazione, ordinamento giuridico, Stato, Costituzione, libertà*

Nel comune sentire il termine "Costituzione" è genericamente associato a quello di libertà, ed, in una primissima approssimazione al tema, possiamo dire che questo accostamento è certamente illuminante. Infatti, le varie Costituzioni che si sono succedute nel tempo hanno tutte in qualche modo scandito le tappe di affermazioni egualitarie e libertarie.

Ciò risulta ancor più chiaramente, se si pensa che la Costituzione si collega all'assetto, e sovente alla nascita, di una società politica o Stato, cioè al libero organizzarsi di un aggregato umano che volontariamente si unisce per il perseguimento di fini generici e non predeterminati, ma che riguardano comunque l'ordinato svolgersi della vita sociale. Costituzione e Stato sono perciò termini strettamente collegati tra loro.

Ed è subito da sottolineare a questo proposito che le radici della società politica o Stato sono da ricercarsi nel bisogno umano di associarsi, nella struttura stessa dell'essere umano, che è nello stesso tempo individualista e solidarista. Aristotele diceva che l'uomo è un animale politico, poiché soltanto gli dei e le fiere vivono in campagna, mentre l'uo-

mo vive in città. Affermazione che si capisce più profondamente, se la si unisce all'altro convincimento aristotelico secondo il quale la vita dell'uomo è tutta nella comunicazione.

L'uomo, in altri termini, ha la necessità di vivere insieme. Come è stato più volte affermato bisogna convenire che, "come tendenza umana, l'associazione è innata nell'individuo, quantunque non sempre riconosciuta ed ammessa dalle legislazioni. Se socialmente non è concepibile l'uomo allo stato di isolamento, molto meno è concepibile da un punto di vista naturale, essendo nella natura, lo spirito di ricercare negli altri e con la forza degli altri i mezzi per superare gli ostacoli primi dell'esistenza"[1].

Insomma, quando si parla di società politica o Stato, non si può prescindere dalla "persona umana", e più precisamente dal valore della "dignità umana", alla cui affermazione, come si è detto, hanno teso le moderne Costituzioni.

Se si parte dall'uomo, e, considerando l'insieme degli uomini, dalla società umana, risulta chiaro che la formazione dello Stato e la creazione del diritto, cioè di quell'insieme di norme che possono e debbono imporsi in ultima analisi con la forza, è indissociabile dalla loro scaturigine sociologica ed è assolutamente inconciliabile con una concezione che li consideri avulsi dalla realtà sociale.

Lo stretto collegamento tra la realtà dell'associarsi, o meglio dell'organizzarsi, per il perseguimento di fini particolari o generali e la realtà giuridica delle corrispondenti forme associative emerge chiaramente dalla concezione istituzionistica del diritto di Santi Romano.

L'essenza del suo pensiero è tutta riassunta nella seguente considerazione: "quando un qualsiasi individuo, nell'ambito in cui egli può considerarsi quasi come il re nel suo regno, cioè nella sua casa (intesa questa parola in senso largo), stabilisce un ordinamento, che valga pei suoi familiari, pei suoi dipendenti, per le cose che sono a sua disposizione, pei suoi ospiti, e così via, egli in sostanza crea una piccola istituzione di cui si erige a capo e fa parte integrante"[2]. E lo stesso procedimento logico deve seguirsi, se, invece di una singola persona, si tratta di un aggregato umano, che si organizza tramite un ordinamento che ha efficacia nei confronti di tutti, dando luogo ad una istituzione complessa (quella che comunemente si chiama Stato), che riassume in sé i singoli ordinamenti, ed ha come obiettivo il perseguimento di fini generali.

In sostanza, premesso che non c'è società in senso proprio senza che

[1] G. Gerin, *Dall'individuo allo Stato*, Padova, 1959, p. 4
[2] S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze 1951, p.74

in essa si manifesti il fenomeno giuridico (*ubi societas ibi ius*), il Romano[3] (ne trae il corollario che "il concetto del diritto deve contenere l'idea dell'ordine sociale. Il che vuol dire che il diritto, prima di essere norma, prima di concernere un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente a se stante". "Se è così" – continua il Romano – "il concetto che ci sembra necessario e sufficiente per rendere in termini esatti quello di diritto, come ordinamento giuridico considerato complessivamente, è il concetto di istituzione". "Ogni ordinamento giuridico è un'istituzione e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico: l'equazione tra i due concetti è necessaria ed assoluta".

Questo collegamento con l'organizzazione sociale è invece negato dalla teoria normativistica di Hans Kelsen, il quale, nella sua Dottrina pura del diritto, afferma che l'ordinamento giuridico è un sistema di norme, la cui unità si fonda sul fatto che tutte le norme hanno lo stesso fondamento per la loro validità, costituito da una norma fondamentale da cui si deduce la validità di tutte le altre. Tale norma suprema (coincidente con la Costituzione) deve essere tuttavia semplicemente presupposta in quanto la sua validità non può più essere dedotta da una norma superiore.

Questa teoria, che ha informato di sé quella larga corrente di pensiero, detta del positivismo giuridico, ha avuto un largo seguito, ed è ancora molto presente tra gli studiosi ed i pratici del diritto. Si può dire che suo epilogo è stato il nichilismo giuridico, che ha destato molto interesse nel pensiero giuridico contemporaneo[4].

La teoria Kelseniana ha avuto, comunque, notevoli oppositori, tra cui il Mortati[5], il quale ha rilevato che una norma fondamentale solo ipotetica appare avulsa dalla struttura su cui si radica e finisce per essere relegata nel campo dell'inconoscibile giuridico. La verità, sempre secondo il Mortati, è che il sistema normativo ha la sua radice ed il suo fondamento ultimo in una realtà sociale. E questa realtà sociale è una realtà, non statica, ma in movimento, per cui accanto alla Costituzione formale, che fissa le regole in relazione ad un dato momento storico, esiste una Costituzione materiale, la quale si modifica nel tempo e raffigura la stessa Costituzione formale nel suo farsi e nel suo divenire, e cioè nel suo adeguarsi alla mutevole realtà sociale che essa sottende e nella quale risiede il titolo della sua legittimazione.

[3] S. Romano, *op. cit.*, p.132 s.
[4] N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Bari, 2004, pp. 5 ss.
[5] C. Mortati, *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Encicl. dir.*, XI, Milano 1985, p.152.

In altri termini la Costituzione materiale mette a raffronto l'assetto determinato dalle forze politico sociali (la realtà politica) con le prescrizioni della Costituzione formale. Le due Costituzioni possono infatti in tutto o in parte divergere; e si tratta allora di eliminare le ragioni del contrasto o modificando la Costituzione formale per adeguarla a quella materiale, qualora, per la sua permanenza nel tempo ed il diffuso consenso che riceve, sia divenuta espressione di un diverso modo di intendere l'assetto dello Stato da parte delle forze politico sociali che ne stanno a fondamento; ovvero, nel caso in cui i valori e le previsioni costituzionali conservino tutta la loro vigenza e tuttavia non vengano attuati, o vengano attuati in modo distorto dalle forze politiche che hanno assunto il governo, di affermare la forza e la preminenza della Costituzione formale.

L'evoluzione del pensiero giuridico che sta a fondamento della formazione dello Stato, e che è stato riassuntivamente ricordato nelle pagine precedenti, sulle orme della felice sintesi operata dal Martinez[6], pone dunque in evidenza che la qualifica "Stato" spetta al corpo sociale che si organizza mediante un ordinamento giuridico, divenendo una istituzione a fini generali. In questo senso non c'è differenza tra società considerata nel suo complesso e Stato e si può affermare una integrale identificazione dello Stato con la comunità politica[7].

2. *La volontà popolare. La sovranità*

In questo quadro, come è evidente, assume particolare rilievo la volontà popolare. Non c'è altra volontà che possa dar luogo al formarsi di una società politica e quindi di uno Stato, se non quella di tutti i consociati, che, per l'appunto, desiderano associarsi. Si parla perciò di sovranità del Popolo e della assoluta necessità che gli organi, cioè le persone fisiche, che esercitano funzioni pubbliche necessarie per lo svolgimento della vita associata, esprimano comunque la volontà popolare, siano in sostanza i rappresentanti dell'intero popolo[8]. Il principio della rappresentanza politica è in altri termini indispensabile per l'esistenza stessa dello Stato, inteso come comunità sociale. Basti pensare che non è infrequente nella storia verificare dei casi in cui poche persone, o una sola persona si sono proclamati automaticamente rappresentanti del popolo o della nazione. L'esperienza nazista è consistita proprio nel cosiddetto "Fu-

[6] T. Martinez, *Diritto costituzionale*, Milano, 1978, p. 22 ss.
[7] M. Stoppino, *Potere politico e Stato*, Milano, 1968, p. 261.
[8] D. Nocilla, *Popolo (diritto costituzionale)*, in *Encicl. dir.*, XXXIV, p. 341 ss.

hrer-prinzip", "principio del Capo", nell'affermazione cioè che la volontà collettiva, in quanto razionalmente ordinata, dovesse sempre trovare la sua suprema incarnazione in un capo carismatico, espresso dalle profonde scaturigini della stirpe, in cui fossero da concentrare tutti i poteri dello Stato e di fronte a cui non potessero farsi valere diritti dei cittadini. Ciò, come si nota, rappresenta la distruzione del concetto stesso di Stato che si è sopra delineato, pone in evidenza che alla democrazia si è sostituito il populismo.

Il convincimento, comunque, che la legittimazione del potere statale risieda nella volontà del popolo, e dura finché dura la volontà del popolo, è un convincimento antico, che si è mantenuto inalterato nel tempo. Si tratta della storia della "*maiestas populi*", di quella che noi definiamo la sovranità popolare.

La prima, parziale, espressione di questo convincimento la ritroviamo nel secolo VI a. C., ad Atene, nella Costituzione di Solone, il quale prevede l'ammissione del popolo alle cariche pubbliche in base al criterio del censo e l'ammissione del proletariato nell'assemblea e nei tribunali.

Presso i Romani, è molto chiara la posizione di Cicerone, il quale, nel "*De Republica*", vede nel popolo la fonte della legge e del potere, affermando che il *Populus* è "*coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*"[9].

Né è da trascurare il fatto che Cesare Ottaviano Augusto ottenne i poteri di *Princeps* a seguito di due decreti del Senato del 23 a. C., con i quali gli furono conferiti "l'*imperium proconsulare maius et infinitum*" e la "*tribunicia potestas*", che furono confermati, il primo da una *lex* centuriata ed il secondo da una *lex tributa*.

Peraltro, lo stesso Giustiniano legittimò il suo potere imperiale in base ad una presunta "*lex regia de imperio*", che sarebbe stata votata dal popolo romano durante il principato di Vespasiano nel 69 dopo Cristo, ma che non era altro in realtà se non una reminiscenza alquanto distorta dei due sopra citati decreti del senato del 23 a. C., poi confermati, come si è detto, per legge[10].

Nel medio evo, d'altro canto, S. Agostino esaltava l'idea della potestà del popolo già sottolineata da Cicerone, mentre S. Tommaso d'Aquino affermava che il potere originariamente esiste soltanto nella collettività, la quale solo può investirne determinate persone[11]

[9] Sul concetto di *Populus*: P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Torino, 1974, p. 105 ss.
[10] A. GUARINO, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1969, pp. 404 e 579.
[11] A. FALCHI, *Lo Stato collettività*, Milano, 1963, p. 35.

E non si deve dimenticare che Tacito aveva posto in evidenza il valore della libertà di cui godevano i popoli germanici al di là del Reno e dell'Oder, mentre proprio gli ordinamenti barbarici creavano il "*Regnum*", sinonimo di Stato, sulla base dell'idea di una collettività organizzata spontaneamente in un vincolo giuridico. Ed altrettanto deve dirsi dell'"*Imperium*" sorto con Carlo Magno, il quale, come è risaputo, si protrasse fino alla pace di Westfalia (1648), che, ponendo fine alla guerra dei trent'anni per le investiture, datò l'inizio degli Stati moderni.

Il resto, si può dire, è storia dei nostri giorni: è la storia delle teorie illuministe e giusnaturaliste che imperniarono di sé le varie Dichiarazioni dei diritti dell'uomo e delle Costituzioni ad esse connesse[12].

3. *La nascita della Repubblica Italiana: lo Stato democratico e l'etica repubblicana*

La volontà popolare ha avuto una delle più piene manifestazioni proprio in occasione della Costituzione della Repubblica italiana e della conseguente nascita del nuovo Stato democratico.

Per una singolare coincidenza della Storia, uomini di altissimo valore etico ed intellettuale seppero mettere da parte le loro particolari preferenze politiche e sostennero il bene comune dell'Italia, facendo sì che questa risorgesse dalle rovine nelle quali l'aveva trascinata il fascismo per volontà di tutto il popolo, e cioè attraverso l'espressione di un voto popolare ed universale, al quale parteciparono, per la prima volta, anche le donne.

A questo proposito, occorre ricordare che dopo la caduta del fascismo (delibera del Gran Consiglio del fascismo del 25 luglio 1943), il Re Vittorio Emanuele III, a seguito di un accordo tra la monarchia, i comitati di liberazione e le forze militari occupanti, (il cd. patto di Salerno), con R.D. 5 giugno 1944, aveva nominato suo figlio Umberto II "Luogotenente generale del re". Quest'ultimo emise due atti legislativi (nei quali egli assumeva la figura di "Luogotenente generale del Regno") di fondamentale importanza: il decreto legislativo luogotenenziale 25 giugno 1944, n. 151, detto, non a caso, "prima costituzione provvisoria", in cui si stabiliva che, dopo la liberazione del territorio nazionale, sarebbe stata eletta un'assemblea costituente per deliberare la nuova Costituzione dello Stato; ed il successivo decreto legislativo luogotenenziale 16 mar-

[12] C. Ghisalberti, *Costituzione (premessa storica)*", in *Encicl. dir.,* XI, Milano, 1962, p. 133 ss.

zo 1946, n. 98, detto "seconda costituzione provvisoria", con il quale si affidava direttamente al popolo la scelta tra monarchia e repubblica.

Sulla base di questi due provvedimenti, il 2 giugno 1946 il popolo italiano si espresse sul referendum "monarchia-Repubblica" e nominò i componenti dell'Assemblea costituente.

Il 12 giugno 1946 Alcide de Gasperi venne dichiarato dal Consiglio dei ministri Capo provvisorio dello Stato ed il giorno successivo Umberto II abbandonò l'Italia, ormai divenuta irrevocabilmente una Repubblica. E' da notare che da una parte e dall'altra si ebbe cura di non compiere gesti irreparabili di scissione, che avrebbero messo in pericolo l'unità della Nazione, che progressivamente si andava liberando dalla dittatura e dall'occupazione straniera.

Grande senso di responsabilità dimostrò anche l'Assemblea costituente, formata da quindici partiti e, nella sostanza, da tre forze ideologiche tra loro fortemente contrastanti: quella liberale, rappresentata prevalentemente da Croce, Nitti e Orlando, quella democristiana, rappresentata soprattutto da La Pira e Dossetti, e quella socialcomunista rappresentata da Nenni e Togliatti.

L'ideale che unì queste forze contrastanti fu il convincimento comune che si dovessero restaurare le libertà dei cittadini e la libera rappresentanza politica, nel pluralismo delle idee e dei partiti. In sostanza, come sottolineò Norberto Bobbio, "Gli ideali democratici furono il cemento che tenne insieme gli uomini della classe politica"[13].

In questa comunità di intenti, si giunse alla previsione di una forma di governo parlamentare, sintetizzata nell'ordine del giorno Perassi, che fu largamente condivisa, e che prevedeva: il bilanciamento pluralistico della democrazia parlamentare; l'introduzione del referendum abrogativo; il rilievo costituzionale dato ai partiti ed ai sindacati; la ripartizione della funzione legislativa tra lo Stato e le Regioni; il riconoscimento costituzionale delle autonomie dei Comuni e delle Province; in ultima analisi un sistema di pesi e contrappesi che rendevano percorribile ed operativa la teoria della ripartizione dei poteri e che restituiva al popolo la propria funzione di protagonista della vita democratica, e non soltanto la funzione di eleggere i propri rappresentati attraverso l'esercizio del diritto di voto.

Si trattò, non di un compromesso, come sovente si è detto, ma di una "fusione" di diverse culture politiche, animate dalla comune consapevo-

[13] N. Bobbio, *Origini e caratteri della Costituzione,* in *Dal fascismo alla democrazia*, a cura di m. bovaro, Milano 1977, p. 168.

lezza che la nuova democrazia dovesse avere, per sopravvivere a lungo, natura e caratteristiche del tutto diverse rispetto alle istituzioni liberali classiche. Ciò allo scopo di realizzare con maggiore efficacia quegli argini al prepotere di un uomo, di un partito o di una maggioranza politica ritenuti indispensabili dagli stessi grandi pensatori liberali che stanno alla base del costituzionalismo moderno.

La fusione tra le diverse culture si manifestò, non solo in ordine alle caratteristiche proprie dello Stato democratico (riassunte, come si è visto, dall'ordine del giorno Perassi), ma anche e soprattutto dalla scelta dei valori che si vollero consacrare in Costituzione.

La scelta di questi valori, riguardanti i diritti inviolabili dell'uomo ed i principi fondamentali della vita democratica, dette luogo a quella che è stata definita "l'etica repubblicana", la quale ha fatto tesoro della tradizione liberale, del solidarismo cristiano e delle istanze egualitarie della sinistra marxista. Si trattò, dunque, di una sintesi, o meglio, come si è ripetuto, di una fusione di valori, dei quali furono espressione soprattutto gli interventi di La Pira, che misero in risalto la debolezza di una teoria dei diritti fondamentali basata soltanto sulla tutela offerta dalla legge formale, e l'ordine del giorno Dossetti (presentato nella seduta del 9 settembre 1946), sul quale confluirono i comunisti, che pose in primo piano la "precedenza sostanziale della persona umana". Si coniò, in tal modo, la felice espressione "la Repubblica riconosce e garantisce…..", più volte ripetuta in Costituzione, la quale sta a significare che prima ed al di sopra della Costituzione esistono principi e diritti, per i quali non è improprio parlare di diritti naturali o innati, che concernono la "dignità della persona umana" e che vanno garantiti e salvaguardati sul piano effettuale dal diritto.

Ed è da sottolineare che questa espressione manifesta tutta la sua potenzialità ed il suo più profondo significato, proprio a proposito dei diritti inviolabili dell'uomo considerati nel loro insieme, come si legge nell'art. 2 Cost., il quale sancisce solennemente che "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale". La fusione delle diverse culture, liberale, democristiane e marxista, è qui particolarmente evidente.

L'Assemblea costituente, in sostanza, accolse in pieno la grande lezione del costituzionalismo moderno, che nella Costituzione, scritta o non scritta, vede la fissazione di principi e regole di portata epocale, tanto generici ed elastici da consentire continui aggiustamenti nella prassi, quanto intangibili nel loro nucleo essenziale. Questa intangibilità è peraltro

espressamente sancita dall'art. 1, comma 2, della Costituzione, nel quale si legge che il popolo esercita la sovranità "nelle forme e nei limiti della Costituzione", con ciò ponendo al sicuro quei principi fondamentali di cui si è detto, non solo dal prevalere di contingenti maggioranze politiche, ma anche dalla potestà esercitata dall'intero popolo[14].

4. *Lo "spirito delle leggi", espressione dell'anima universale del Popolo*

Si pone, a questo punto, l'opportunità di trovare un vocabolo che esprima con esattezza la natura, i caratteri, la genesi ed il valore della nostra Costituzione. Diventa allora indispensabile ricorrere, innanzitutto, al Montesquieu, il quale per primo fece ricorso al termine "spirito", per dire in una sola parola in cosa consistesse l'essenza dell'ordinamento giuridico. Egli parlò in riferimento alla legge, ma è ovvio che altrettanto può e deve dirsi in riferimento alla Costituzione, se di questa si vuol cogliere il significato più profondo.

Secondo Montesquieu[15], le leggi sono tali solo in quanto esprimono lo spirito di un popolo.

Egli sottolinea che "in tutte le società, che non sono che una unità dello spirito, si forma un carattere comune. Quest'anima universale assume un modo di pensare che è l'effetto di una catena di cause infinite che si moltiplicano e si combinano di secolo in secolo. Quando questo carattere si è dato ed è stato ricevuto, è lui solo che governa e tutto ciò che i sovrani, i magistrati, i popoli possono fare ed immaginare, per quanto paia urtare questo carattere, o adeguarvisi, vi si relazionano sempre, ed esso domina fino alla totale distruzione".

Sennonché, una volta che si sia indicato con chiarezza cosa vuole intendersi con il termine "legge", e per noi "Costituzione", si deve subito precisare in qual maniera la Costituzione possa venire in essere e continuare a vivere nel tempo.

Ed anche a questo proposito ci viene incontro il pensiero del Montesquieu, secondo il quale: "Può dirsi libera solo quella Costituzione in cui nessun governante possa abusare del potere a lui confidato. L'unica garanzia contro tale abuso è che il potere arresti il potere, cioè la divisio-

[14] Sui temi della forma di governo e dei valori costituzionali, vedi: G. SILVESTRI, *La nascita della Costituzione italiana ed i suoi valori fondamentali*, in "*Rivista trimestrale di diritto pubblico*", Milano, 2006, pp. 585 ss., dal quale sono stati tratti molti dati e considerazioni.

[15] MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, livre XI, chapitre III, IV, VI; livre II, chapitre IV, Ginevra, 1748.

ne dei poteri: il legislativo, l'esecutivo ed il giudiziario debbono essere affidati a mani diverse, in modo che ciascuno di essi possa impedire all'altro di esorbitare dai suoi limiti convertendosi in abuso dispotico. La riunione di questi poteri nelle stesse mani, siano esse quelle del popolo o del despota, annullerebbe la libertà perché annullerebbe quella bilancia dei poteri che costituisce l'unica salvaguardia o garanzia costituzionale in cui risiede la libertà effettiva. Una sovranità indivisibile e illimitata è sempre tirannica".

5. *"Lo spirito della Costituzione repubblicana": la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. La dignità della persona umana*

Alla luce di queste premesse, si può dire che lo "spirito della nostra Costituzione" coincide perfettamente con lo "spirito" della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948. La Costituzione della Repubblica italiana, in altri termini, e qui sta uno dei suoi maggiori pregi, a differenza degli Statuti o delle Costituzioni precedenti, ha un indiscutibile carattere di "universalità": vale cioè non solo per i cittadini italiani, ma per qualsiasi uomo che sia in territorio italiano o sia comunque soggetto all'ordinamento giuridico italiano.

Viene in mente quanto prescriveva in proposito il diritto romano, che conosceva, non solo il "*ius civile*", cioè, il "*ius proprium civitatis*", ma anche il "*ius gentium*", e cioè "*quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*" (Gai Institutiones, I, 1), ed il "*ius naturale*" e cioè "*quod natura omnia animalia docuit*" (Ulpiano, in D. 1. 1. 3, 4 e 6 pr.). I Romani, in altri termini, riconoscevano l'esistenza di un diritto comune a tutti i popoli (ed addirittura comune anche agli animali), il quale, in mancanza di esplicita deroga da parte dei *ius civile*, doveva trovare diretta ed immediata applicazione. Insegnamento ancor oggi di grande attualità, specie in riferimento ai gravissimi problemi dell'immigrazione.

E, tornando a quello che è lo spirito proprio della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, è innanzitutto da ricordare che la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, nel suo Preambolo, sottolinea proprio il suo carattere universale «considerato che il riconoscimento della dignità umana inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti, eguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo», e precisa subito che la finalità di questa Dichiarazione è quella di ottenere che tutti gli Stati membri proteggano i diritti umani con "norme giuridiche". Si pone cioè in chiara evidenza che i diritti dell'uomo, che tanto sono stati disconosciuti dagli "atti

di barbarie" della seconda guerra mondiale, debbano essere "indispensabilmente" protetti e tutelati. E si ritiene, inoltre, che tale protezione è assolutamente possibile, poiché gli Stati membri hanno una «concezione comune di questi diritti e di queste libertà»[16].

L'art. 1 della Dichiarazione richiama, quasi ad indicare una continuità storica ideale, i principi propri della rivoluzione francese di "*liberté, égalité, fraternité*", sancendo che «tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza». Si nota, in questa definizione, che il valore altissimo della libertà, senza la quale non può aversi lo sviluppo della persona umana, non può essere considerato senza limiti, altrimenti, come notava Saint Just, si avrebbe il dispotismo della libertà. Né si può enfatizzare quella che Savigny definiva «la signoria del volere», poiché la volontà di un soggetto deve fare i conti con quella di tutti gli altri soggetti e, dunque, con la collettività della quale egli fa parte. Soltanto se si potesse mutare l'hobbesiano "*Homo hominis lupus*" con l'annuncio di S. Paolo, che predicava l'eguaglianza di tutti in Cristo[17], sarebbe possibile ammettere una libertà illimitata.

E la limitazione della libertà proviene proprio dagli altri due valori che sono proclamati: l'eguaglianza e la fratellanza. La libertà non può altrimenti essere concepita che come libertà eguale di tutti, coadiuvata da uno spirito di solidarietà. Si deve dire, in altri termini, che i diritti di libertà devono fare i conti con i diritti di giustizia[18].

La stessa Dichiarazione, peraltro, pone bene in evidenza, nel richiamato art. 29, che «ogni individuo ha dei doveri verso la comunità, nella quale soltanto è possibile il libero e pieno sviluppo della sua personalità». La teoria dei diritti umani, alla quale si è soliti far riferimento, contiene in sé la teoria dei doveri, essendo impossibile l'esplicazione dei diritti senza l'osservanza reciproca dei doveri. In altri termini, la vita collettiva non è solo l'insieme dei diritti individuali e degli atti del loro esercizio, ma è anche un ordine obiettivo corrispondente a idee impersonali di giustizia che impongono doveri. È, inoltre, da ricordare che l'elencazione dei diritti umani contiene diritti di libertà dall'oppressione, come il diritto alla vita ed alla sicurezza della propria persona, il diritto a non esser tenuto in stato di schiavitù, o sottoposto a tortura o a punizioni crudeli, inumani o degradanti, o ad essere discriminato, e così via dicendo;

[16] A. Papisca, *Democrazia internazionale, via di pace,* Milano, 1986, p. 17 ss. e *passim.*
[17] *Lettera ai Galati*, 3, 38.
[18] G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 141 e *passim.*

nonché diritti che comportano prestazioni da parte dello Stato (i cosiddetti diritti sociali), il diritto al lavoro, alla sicurezza sociale, al riposo, all'istruzione, ecc. Si tratta, come è stato acutamente osservato[19], di un vero e proprio sistema dei diritti umani, tra i quali occorre distinguere quelli immediatamente esigibili, da quelli, che, per diversi motivi, non possono ancora esserlo. Ed in questa seconda categoria rientra, fra gli altri, il diritto di "proprietà personale", cioè quel diritto di proprietà che si riferisce ai beni necessari per una esistenza dignitosa. Lo richiamiamo, poiché gran parte della dottrina e la stessa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sorvola su questo dato e riconosce come diritto umano il diritto di proprietà in senso tradizionale: un *ius in re*, indipendentemente dalle sue dimensioni. Infatti, il diritto di proprietà privata non è di per sé un diritto inviolabile. La Dichiarazione universale si limita a sancire che «Ogni individuo ha diritto ad avere una proprietà sua personale o in comune con gli altri. Nessun individuo potrà essere arbitrariamente privato della sua proprietà» (art. 17); d'altra parte la Costituzione della Repubblica italiana, all'art, 47, stabilisce che «La Repubblica favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto o indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese», riconoscendo con ciò il diritto all'abitazione (Corte costituzionale, sentenza n. 217 del 1988, più volte confermata), ed in genere, come poco sopra si avvertiva, la "proprietà personale".

E non può sfuggire, a questo proposito, che detto art. 29 della Dichiarazione quasi giustifica il riferimento ai soli "esseri umani", e non a tutti "gli esseri viventi", come diceva Ulpiano parlando del *ius naturale,* poiché sottolinea che gli esseri umani «sono dotati di ragione e di coscienza», fatto che li distingue, ma non li contrappone, dagli altri esseri viventi.

Ciò vuol dire, a nostro avviso, che il riconoscimento dei diritti umani non cancella "la naturalità" dell'uomo e dei suoi bisogni, non incide cioè sul rapporto uomo-natura, e non esclude che anche la natura, e cioè gli animali, le piante, le acque, le rocce, ed in ultima analisi, la terra, e cioè l'ambiente, debbano avere una loro tutela[20].

Non è da trascurare, infine, che la Dichiarazione, accanto, per così

[19] G. Guarino, *Per una ricostruzione, in termini di sistema, dei diritti dell'uomo,* in *Studi in onore di Umberto Lenza,* Napoli, 2008, p. 279 ss, ivi ampia ed aggiornata bibliografia.

[20] Sull'argomento: f. viola, *Diritti dell'uomo, Diritto naturale, Etica contemporanea*, Torino, 1989, p. 75 ss.; p. maddalena, *Danno pubblico ambientale*, Rimini, 1990; idem, *L'ambiente, prolegomeni per una sua tutela giuridica*, in 4 "*Foro Amm., Tar*," 2007, p. 1501, ss.

dire, alla dotazione ad ogni uomo di un certo numero di diritti di libertà e di giustizia, che hanno il loro fondamento in valori pregiuridici, che gli Stati membri hanno il dovere di trasformare in valori giuridici, contiene l'affermazione fondamentale che il Governo ha la sua legittimazione in una entità diversa dai diritti, e cioè nella volontà popolare, la quale deve essere espressa attraverso periodiche e veritiere elezioni, effettuate a suffragio universale (art.21). In tal modo la Dichiarazione universale si discosta, sia dalla Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo, sia dalla Dichiarazione americana del 1776. Infatti la Dichiarazione francese fondava lo Stato sul concetto di comunità; mentre la Dichiarazione americana fondava tutto sui diritti dei cittadini, in modo che i poteri del Governo risultassero come poteri delegati dai cittadini stessi.

La Dichiarazione universale segue una via di mezzo: infatti, mentre afferma che i diritti dell'uomo preesistono all'ordinamento giuridico, essa mantiene l'idea dello Stato, sostenuto dalla volontà popolare, come soggetto dotato di poteri propri, ontologicamente distinti dai diritti dei singoli. Assumono quindi rilevanza, accanto ai diritti dei singoli, gli interessi pubblici, che non si riducono semplicemente nella traduzione legislativa dei diritti individuali.

6. *I postulati della Costituzione repubblicana: la preesistenza del valore della persona umana all'ordinamento giuridico; la trasformazione di fondamentali principi etici in principi giuridici*

Lo "spirito" della nostra Costituzione coincide, come si diceva, con lo "spirito" della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

In sede di Assemblea costituente, si assisté, infatti, ad un "rovesciamento totale" del tradizionale modo di considerare il diritto[21]. I principi etici e, quindi, i diritti fondamentali, non furono più attinti dalla sfera della morale e "trasportati", in base ad interpretazioni più o meno condivisibili, nel campo giuridico. I valori dell'Etica furono giuridicizzati, anzi costituzionalizzati: essi divennero un diritto "posto" e non più soltanto "diritto naturale". Le obiezioni del positivismo giuridico non ebbero più ragione di esistere.

E non è da sottovalutare la circostanza che questi valori si ritrovino in una fonte del diritto sovraordinata rispetto a tutte le altre con la conseguenza che essi hanno acquistato una straordinaria forza pervasiva, che

[21] G. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 76.

penetra ogni angolo dell'ordinamento giuridico ed impone all'interprete di fondare su di essa la sua interpretazione delle leggi.

In altri termini, è stato instaurato un altro tipo di legalità. La legge non è più sovrana, ma è sottoposta alla Costituzione e quindi ai principi etici che questa contiene. Non esiste più una legalità pura e semplice: una legalità senza aggettivi. Esiste invece la "legalità costituzionale", poiché i giudici sono soggetti e debbono applicare, non qualsiasi legge, ma soltanto quelle conformi a Costituzione, ed in caso di dubbio sono tenuti a sollevare questione incidentale di legittimità costituzionale davanti la Corte costituzionale.

In sostanza i principi etici sono diventati principi giuridici sovraordinati agli stessi principi generali dell'ordinamento, per cui ogni scrutinio di legittimità, sia quello dei giudici comuni, sia quello della Corte costituzionale, non può arrestarsi ai cosiddetti criteri legali di interpretazione di cui all'art. 12 delle preleggi, ma deve necessariamente procedere ad una interpretazione sistematica ed assiologica del diritto[22].

Come si nota, tutto ruota intorno al valore supremo della dignità della persona umana e si capisce agevolmente che, in questo quadro, la Costituzione concepisca il nuovo Stato sociale di diritto, non in forma statica di conservazione, qual era la forma di Stato liberale imposto dallo Statuto albertino, ma in forma dinamica di progresso, assegnandogli i compiti dello "sviluppo della persona umana", considerata non isolatamente, ma nella comunità in cui vive, e, conseguentemente, il "progresso materiale e spirituale della società".

E tali scopi la Costituzione persegue, per un verso attraverso la tutela della persona umana, e per altro verso disegnando una vera forma di Stato-comunità: lo Stato sociale di diritto.

Per quanto riguarda il primo aspetto, la Costituzione pone quattro pilastri fondamentali: a) il riconoscimento dei diritti umani; b) il diritto all'istruzione, all'arte, alla scienza, alla ricerca scientifica e tecnica ed alla cultura; c) il diritto al lavoro ed il diritto al mantenimento ed all'assistenza sociale; d) il principio di eguaglianza.

7. *La tutela della persona umana. Il primo pilastro: il riconoscimento dei diritti dell'uomo*

In relazione al primo pilastro, è estremamente interessante rilegge-

[22] P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 433 ss.

re oggi l'ordine del giorno Dossetti[23], al quale si è sopra fatto cenno: «Dossetti, come riassunto della discussione, presenta il seguente ordine del giorno: La Sottocommissione, esaminate le possibili impostazioni sistematiche di una dichiarazione dei diritti dell'Uomo; esclusa quella che si ispiri a una visione soltanto individualistica; esclusa quella che si ispiri a una visione totalitaria, la quale faccia risalire allo Stato l'attribuzione dei diritti dei singoli e delle comunità fondamentali; ritiene che la sola impostazione veramente conforme alle esigenze storiche, cui il nuovo statuto dell'Italia democratica deve soddisfare, è quella che: a) riconosca la precedenza sostanziale della persona umana, intesa nella completezza dei suoi valori e dei suoi bisogni non solo materiali, ma anche spirituali, rispetto allo Stato e la destinazione di questo a servizio di quella; b) riconosca ad un tempo la necessaria socialità di tutte le persone, le quali sono destinate a completarsi ed a perfezionarsi a vicenda mediante una reciproca solidarietà economica e spirituale: anzitutto in varie comunità intermedie disposte secondo una naturale gradualità (comunità familiari, territoriali, professionali, religiose, ecc.), e quindi, per tutto ciò in cui quelle comunità non bastino, nello Stato; c) che perciò affermi l'esistenza sia dei diritti fondamentali delle persone, sia dei diritti delle comunità anteriormente ad ogni concessione da parte dello Stato».

Interessante è anche ricordare che il Presidente della Sottocommissione volle, in quella sede, precisare un altro punto fondamentale: «qualunque siano i lontani presupposti ideologici, tutti si possono trovare d'accordo sulla considerazione che si deve avere della persona umana in confronto ai suoi diritti naturali o riflessi, e che questi sono i diritti che vanno riconosciuti, proprio perché appartenenti alla persona umana».

Secondo i costituenti, dunque, il valore della persona umana deve precedere lo Stato, ed i suoi diritti fondamentali, di conseguenza, sono soltanto riconosciuti e garantiti dallo Stato. Si capisce, in questo quadro, il valore pregnante dell'art. 2 della Costituzione, il quale così recita: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

Come si nota, l'uomo non è considerato isolatamente quale titolare di diritti puramente individuali. Esso è visto in rapporto agli altri uomini, verso i quali ha doveri inderogabili di solidarietà. Emerge, dun-

[23] Atti dell'Assemblea costituente - Prima Sottocommissione. Sedute del 9 settembre 1946

que, in tutta la sua portata, le dimensione collettiva propria dello Stato sociale di diritto.

È da sottolineare, inoltre, che non c'è una elencazione tassativa dei diritti inviolabili, e ciò dimostra che si tratta di una categoria aperta all'acquisizione di altri diritti, mano a mano che la coscienza collettiva le riconosca.

Peraltro, numerosi sono i diritti menzionati in Costituzione. Di alcuni di essi si parlerà nei paragrafi successivi. Intanto preme sottolineare che emergono in primo piano, da un lato il diritto alla salute (vista come «fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività»), al quale la giurisprudenza e parte della dottrina hanno agganciato, con riferimento all'art. 2 della Costituzione, il diritto fondamentale all'ambiente, e dall'altro «il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione» e la conseguente "libertà di stampa" (art. 21 Cost.). Si tratta, in sostanza, del fondamentale diritto alla corretta informazione, che, sola, può consentire al cittadino di "partecipare alla vita politica, economica e sociale del Paese" (art. 3, comma 2, Cost.) e che costituisce l'unico baluardo per evitare che un Potere inganni il Popolo con le sue menzogne e si spiani la via alla dittatura.

8. *Il secondo pilastro: l'istruzione, l'arte, la scienza, la ricerca scientifica e tecnica, la cultura, il patrimonio artistico e storico, il paesaggio*

L'altro pilastro fondamentale, come si è detto, è quello della rilevanza attribuita all'istruzione, all'arte, alla scienza, alla ricerca scientifica e tecnica, alla cultura, al patrimonio artistico e storico, al paesaggio.

Il diritto all'istruzione è sancito dall'art. 34 Cost., secondo il quale: «La scuola è aperta a tutti. L'istruzione inferiore, impartita per almeno otto anni, è obbligatoria e gratuita. I capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi. La Repubblica rende effettivo questo diritto con borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze, che devono essere attribuite per concorso».

In sostanza, la prima ricchezza da coltivare è quella umana, che, innanzitutto, deve essere adeguatamente istruita.

Strettamente collegata all'istruzione, è lo sviluppo dell'arte e della scienza, per le quali l'art. 33 Cost. dispone che «l'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento». Il progresso dell'arte e della scienza sono, infatti, determinanti per lo sviluppo della persona umana e per il progresso materiale e spirituale della società.

Stesso discorso è da fare per lo sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica, che la Repubblica ha il compito di promuovere

ai sensi del primo comma dell'art. 9 Cost.

Ed in questo filone rivolto alla crescita tecnica, scientifica e culturale dell'individuo e della società, la Costituzione, al secondo comma dell'art. 9, inserisce la tutela del paesaggio e del patrimonio artistico e storico della Nazione, la cui tutela giuridica, dopo l'emanazione del nuovo titolo V della Costituzione, è oggi affidata allo Stato dall'art. 117, comma secondo, lett. s) della Costituzione. Infatti il paesaggio, come rilevava Benedetto Croce nel presentare il suo progetto di legge sulla tutela delle bellezze naturali[24] svolge un ruolo importantissimo nella formazione umana. Egli sottolineava che «non è da ora che si rilevò essere le concezioni dell'uomo il prodotto, oltre che delle condizioni sociali del momento storico in cui egli è nato, del mondo stesso che lo circonda, della natura lieta o triste in cui vive, del clima, del cielo, dell'atmosfera in cui si muove e respira». Ed altrettanto,ovviamente, è da dire dei beni artistici e storici, che di per sé esplicano una funzione educativa in riferimento alla sensibilità artistica e storica di ogni individuo[25].

9. *Il terzo pilastro: il diritto al lavoro ed il diritto degli inabili al lavoro. "La proprietà personale" e la grande proprietà terriera. La terra. L'ambiente*

Quanto al terzo pilastro, è da dire che, a differenza dello Statuto albertino, che poneva in primo piano il capitale, affermando che «la proprietà dei beni è diritto sacro ed inviolabile», la nostra Costituzione pone invece in primo piano il lavoro, affermando, all'art. 1, primo alinea, che «L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro». All'art. 4, c'è poi l'esplicito riferimento al diritto al lavoro: «La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto. Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società».

Il lavoro, come si nota, è un diritto, ma è nello stesso tempo un dovere da esercitare per il progresso materiale e spirituale della società. Le affermazioni sono qui di una pregnanza totale: non c'è spazio, per chi si esime da questo dovere, e tutti devono lavorare per le due finalità essenziali della Repubblica: il progresso materiale ed il progresso spirituale.

[24] Senato del Regno. Tornata del 25 settembre 1920, n. 204 della XXV legislatura.

[25] S. Settis, *La tutela del patrimonio culturale e paesaggistico e l'art. 9 della Costituzione*, Napoli, 2008, p. 3 ss.

Ma non è tutto. L'art. 38, primo comma, pone anche un diritto dei poveri, che non sono in grado di lavorare. Vi si legge, infatti, che «ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale».

Così il cerchio si chiude. Con l'affermazione dei diritti e dei doveri da un lato e della solidarietà dall'altro, le basi del nuovo Stato sociale di diritto sono state gettate.

In sostanza la Costituzione ritiene che vera fonte della ricchezza è il lavoro dell'uomo. E' per questo, che tutti gli uomini hanno l'obbligo di svolgere una propria attività che concorra al bene comune e che soltanto gli inabili hanno diritto all'assistenza sociale.

Nel quadro del funzionamento dell'economia, il capitale svolge un ruolo secondario.

Tant'è vero che il diritto di proprietà è stato scorporato dai diritti inviolabili, inseriti tra "I Principi Fondamentali" della Parte prima della Costituzione, per essere inserito nel Titolo terzo, della Parte prima della Costituzione, dedicato ai "Rapporti economici". Il dato fondamentale è che la Costituzione protegge il diritto di proprietà non come un diritto che preesista all'ordinamento giuridico, ma come un diritto che è posto e garantito dalla legge, la quale, come si legge all'art. 42 Cost. «ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti, allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti».

La proprietà privata, in altri termini, come l'iniziativa privata (art. 41 Cost.), è menzionata in Costituzione soprattutto per precisarne i limiti, nel senso che essa deve coincidere con l'utilità sociale, senza essere di danno per la sicurezza, la libertà e la dignità umana Ne è conferma il fatto che la stessa Costituzione ritiene invece che costituisca "un bene" il fatto che la proprietà sia accessibile a tutti, e che, per quanto riguarda la proprietà terriera privata, la legge «fissa limiti alla sua estensione secondo le regioni e le zone agrarie, promuove ed impone la bonifica delle terre, la trasformazione del latifondo e la ricostituzione delle unità produttive» (art.44 Cost.). Né è da sottovalutare che l'art. 43 Cost. dispone che «a fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo: allo Stato, ad enti pubblici, o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale».

Insomma,la proprietà è un bene soltanto se è produttiva, poiché la ricchezza della Nazione è data, non dal capitale posseduto da pochi, ma dal lavoro di tutti, e dai prodotti della terra, che, per l'appunto si otten-

gono mediante il lavoro.

Viene privilegiata, come si nota, la piccola proprietà, quella che da alcuni illustri Autori è stata definita la "proprietà personale", la proprietà cioè di quei beni che servono ad assicurare «una vita libera e dignitosa», come afferma la stessa Costituzione a proposito della retribuzione dei lavoratori (art. 36). In questo senso, del resto, va interpretato, come si è visto, l'art. 17 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, secondo il quale ogni individuo ha diritto ad avere una sua "proprietà personale". Non esiste, in altri termini, un non meglio definito diritto inviolabile di proprietà privata, ma, come inequivocabilmente precisa l'art. 47 della Costituzione, esiste un diritto fondamentale "alla proprietà dell'abitazione" (Sentenza della Corte costituzionale n. 217 del 1988 più volte confermata), alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto o indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese".

Al fondo c'è una filosofia economica, la cui bontà sembra oggi confermata dalla recente crisi finanziaria di tutto il mondo, dovuta essenzialmente alla speculazione del capitalismo, o, meglio, dell'alta finanza. Detto in una parola, la ricchezza nazionale non dipende dalla finanza, che, come si è visto, è dopo tutto estremamente volatile, ma dal lavoro e dalle risorse della terra: è il lavoro che richiama e fa crescere il capitale, e non viceversa.

E si deve a questo punto sottolineare che il valore della terra, intesa come bene di tutti, in quanto collegato al valore del lavoro di ogni uomo, dopo l'emanazione del nuovo Titolo V della Costituzione, rende ineludibile il richiamo al valore dell'ambiente, il cui rilievo costituzionale è oggi ricavabile, non solo, in modo implicito, dalla tutela del paesaggio di cui all'art. 9 Cost., ma, in modo esplicito, dall'art. 117, comma secondo, lett. s), della Costituzione, secondo il quale «lo Stato ha legislazione esclusiva […] in materia di […] tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali»[26].

10. *Il quarto pilastro: il principio di eguaglianza. Equità, equilibrio, armonia*

Il quarto pilastro su cui si fonda lo Stato sociale di diritto è il principio di eguaglianza. Questo, non solo consente l'affermazione fondamentale della "sovranità popolare", di cui all'art. 1 della Costituzione, in quanto, com'è evidente, non si può essere tutti sovrani, se non si è tutti egua-

[26] Sull'argomento: P. MADDALENA, *Danno pubblico ambientale*, cit., p. 111 ss.

li, ma informa di sé l'intero ordinamento giuridico, poiché attiene alla composizione dei rapporti di interessi tra i singoli, e tra i singoli e la collettività, ed è criterio di giudizio sia per il legislatore, sia per il giudice. Come è stato detto, esso costituisce il *collant* che tiene uniti tutti i principi e le norme della Costituzione e dell'ordinamento giuridico, in una visione unitaria ed equilibrata degli interessi giuridicamente tutelati.

L'art. 3 della Costituzione, dedicato al principio di eguaglianza, così si esprime: «tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

Come si nota, si tratta di una eguaglianza, non solo di fronte alla legge, ma anche nella società, impegnandosi la Repubblica a rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione all'organizzazione del Paese.

E questo principio di eguaglianza, è importante sottolinearlo, è ribadito dall'art. 54 Cost., secondo il quale «tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservare la Costituzione e le leggi. I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge». Ciò significa che, non solo si è eguali di fronte alla legge (nel senso che la legge è eguale per tutti), ma si è eguali anche nel dovere di osservare la Costituzione e le leggi. Ed è da sottolineare che colui che esercita funzioni pubbliche deve, più degli altri, osservare le leggi e la Costituzione, poiché deve adempiere ai suoi doveri "con disciplina ed onore".

Insomma, esiste un'eguaglianza non solo tra i cittadini governati, ma anche tra i cittadini governanti nei confronti dei cittadini governati. In questo consiste l'essenza del regime democratico: al fondamento della democrazia non c'è un patto tra il Popolo ed il Sovrano, ma, un patto fra tutti. Come già annotava Hobbes, in un contesto in cui si parlava soltanto di potere assoluto, il conferimento di un potere rappresentativo (sovrano) «ad un uomo o ad una assemblea di uomini» è accordo ben più che semplice consenso «è una reale unificazione di tutti in una sola e medesima persona, fatta per mezzo di un patto di ogni uomo con ogni uomo»[27].

[27] M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in "*Giurisprudenza costituzionale*", 2006, p. 1648

In altri termini, ciò che conta è la volontà popolare e chi governa deve semplicemente "rappresentare" questa volontà, la quale, come avviene per ogni regime democratico, deve essere quella espressa dalla maggioranza reale dei votanti, cioè dal cinquanta per cento più uno dei votanti stessi.

Ma quel che più conta sottolineare è che questo principio non è soltanto un principio astratto, ma è un principio concreto. Esso, non solo impone al legislatore di rimuovere tutti gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana, ma costituisce anche un criterio di giudizio, valido tanto per il legislatore, che in ogni caso è tenuto a ponderare e a bilanciare ragionevolmente gli interessi in gioco, quanto per i giudici, nel senso che ogni disposizione deve essere interpretata in modo da realizzare una eguaglianza sostanziale tra ogni uomo.

È per questo che la Corte costituzionale considera "la disparità di trattamento" in una duplice prospettiva: nel senso cioè che non possono essere trattate alla pari situazioni diverse e non possono essere trattate diversamente situazioni analoghe.

A tale proposito, peraltro, è estremamente importante considerare che il principio di eguaglianza non si esaurisce nell'obbligo di evitare disparità di trattamento, con un riferimento specifico ad un *tertium comparationis*, ma implica anche la ragionevolezza intrinseca della norma, cioè quel suo "livello minimo" di conformità ai principi costituzionali.

Ad esempio una disposizione legislativa caotica, e quindi senza un *tertium comparationis*, determina di per sé disuguaglianza. Ed altrettanto è da dire per una disposizione normativa contraddittoria ed incoerente. Le leggi di settore, le leggi *ad hoc* e le cosiddette leggi *ad personam* turbano pesantemente l'equilibrio generale dell'ordinamento ed impongono l'obbligo alla Corte costituzionale, attraverso il giudizio di legittimità costituzionale, di riportare quest'ultimo al suo naturale equilibrio.

Come si è sopra accennato, l'introduzione nel diritto di principi etici attraverso il loro recepimento nella Costituzione, e soprattutto il collegamento fra tutti detti principi secondo la regola generale ed onnicomprensiva dell'eguaglianza, non solo ha imposto nuovi metodi di ponderazione e bilanciamento al legislatore, ma ha altresì modificato sostanzialmente i canoni legali di interpretazione, rendendo indispensabile il ricorso ai criteri dell'interpretazione sistematica ed assiologica, nel senso che ogni norma di diritto deve essere soprattutto conforme ai principi etici contenuti in Costituzione.

Diventa, quindi, indispensabile abbandonare il campo del puro diritto e far ricorso ai criteri dell'equità. L'equità, infatti, è stata già defini-

ta «l'anima del principio di eguaglianza»[28].

Si tratta di una nozione che ha radici antiche. Già i magistrati romani giusdicenti, tra il II secolo a. C. e la fine del I secolo d. C. adeguarono il rigido ed antiquato *ius civile* alle più moderne istanze sociali mediante il ricorso al *ius aequum.* Ed è certo che nella fase adrianea del periodo classico (II sec. d. C.) la giurisprudenza romana, aderendo alla concezione filosofica dell'*aequitas* come giustizia, parlò di una "equità superiore", nel senso di una giustizia ideale, sovrastante gli interessi di parte e contemperatrice di tutte le diverse esigenze sociali[29].

Oggi, nonostante i codici abbiano limitato il ricorso all'equità a casi marginali e di poco interesse, si torna a parlare insistentemente di equità in campo giuridico. Essa è intesa come una categoria regolativa e costitutiva del diritto, e, più precisamente, come un criterio che detta la regola giuridica, ovvero, ma le cose non cambiano, come la regola giuridica conforme all'equità[30].

Per capire a fondo questo concetto non può, tuttavia, farsi a meno, di entrare, sia pure per poco, nel campo puramente filosofico. A ben vedere, il giudizio equitativo corrisponde al "giudizio riflettente" di Kant. Questi, come è noto, distingueva il "giudizio determinante", nel quale "è dato" solo l'universale, dal "giudizio riflettente", nel quale "è dato" solo il particolare. Si può dire, alla luce della distinzione Kantiana, che il "giudizio legale" è un "giudizio determinante", mentre il "giudizio equitativo" è assimilabile al "giudizio riflettente". Il primo, infatti, procede, di regola, alla "sussunzione" del particolare, in una norma generale preesistente, quindi "già data", mentre nel secondo caso, il particolare "è dato" e l'universale va ricercato.

Concentrando l'attenzione sul "giudizio equitativo", appare evidente che, per formularlo, occorre l'autodeterminazione di un principio *a priori,* e non è dubbio che è tale, la definizione stessa di equità, cioè "l'equilibrio relazionale fra gli interessi". Tale equilibrio è determinato, conformemente al giudizio riflettente di Kant, dalla stessa relazione fra gli interessi oggetto di giudizio. Il giudizio equitativo, dunque, persegue un fine universale, che, idealmente, può esser fatto coincidere con l'armonia degli interessi in generale[31].

[28] G. Silvestri, *Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale*, in "*Rassegna parlamentare*", III, 2008, p. 573 ss.

[29] A. Guarino, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001, p. 135 s.

[30] G. M. Chiodi, *Equità, la regola costitutiva del diritto*, Torino, 2000, p. 42.

[31] G. M. Chiodi, *op. cit*., p. 42.

L'obiezione che si oppone a questo modo di ragionare è che, in ultima analisi, si ricorre ad un giudizio soggettivo, non importa se del legislatore o del giudice, il quale dipende dall'identità complessiva dell'essere individuale o collettivo: costituisce cioè "un pregiudizio"[32].

Ed infatti, secondo la comune esperienza degli studiosi e degli operatori del diritto, il giudizio di equità è espresso alla stregua di valori o principi ispirati a dettami morali razionalizzati e che si ritiene debbano essere recepiti favorevolmente dalla coscienza collettiva. Tra questi principi rientrano particolarmente l'attenzione all'eguaglianza di trattamento, alla ponderata distribuzione di oneri e sacrifici, ai sentimenti di umanità, al rispetto della persona e delle cose altrui o di comune appartenenza, al buon senso comune ravvivato dall'esperienza e da un sentimento di giustizia e di imparzialità, vissuti in uno spirito generale di moderazione e di generica comprensione civile[33].

In sostanza si tratta di criteri e principi che il soggetto (individuale o collettivo) trova nella propria coscienza, sostanzialmente nel campo dell'etica, e quindi al di fuori e prima del diritto. Giudizi, come sopra si avvertiva, soggettivi, che possono trovare un controllo razionale soltanto nella "educazione del giurista".

Così ragionando si dimentica, però, il fatto importantissimo che i principi etici, ed in particolare il principio di eguaglianza sono stati costituzionalizzati, sono stati, cioè trasportati dal campo dell'etica a quello del diritto. In conseguenza, il legislatore, o il giudice, o l'interprete deve esprimere il suo giudizio di equità, non solo sulla base della propria coscienza, della propria sensibilità e della propria preparazione, ma anche e soprattutto secondo i principi etici consacrati in Costituzione e dotati, per questo, di una forza pervasiva di carattere prettamente giuridico.

Il legislatore, infatti, dovrà svolgere la sua altissima funzione rappresentandosi i reali interessi della collettività, ponderandoli e bilanciandoli tra loro alla luce dei principi etici della Costituzione, e, soprattutto del principio di eguaglianza, e pervenendo così alla determinazione di una regola, che, entro i limiti della ragionevolezza (non si può ovviamente pretendere una regola valida in assoluto e quindi oggettivamente perfetta, dovendoci accontentare, in quanto uomini, di una regola che rientri nel campo della ragione), sia espressione «dell'equilibrio relazionale fra gli interessi», fondato sui principi dell'etica repubblicana. Come si nota, questo dovere imposto al legislatore da una esatta interpretazione del-

[32] G. M. Chiodi, *op. cit.*, p. 214.
[33] G. M. Chiodi, *op. cit*. p. 39.

la Costituzione esclude che ci sia un arbitrio senza limiti del legislatore stesso e dimostra che quest'ultimo deve agire soltanto nell'interesse della collettività, distribuendo oneri e vantaggi in modo equo ed equilibrato per tutti. In questa prospettiva, diventano ancor più inaccettabili le leggi di settore, le leggi *ad hoc* e quelle *ad personam* alle quali sopra si faceva riferimento.

Per quanto riguarda l'interprete, il discorso è più complesso, poiché il suo agire deve tendere a far scaturire la regola del caso singolo dall'esame compiuto della fattispecie, in relazione alla regola generale posta dalla legge ed ai principi etici della Costituzione; in modo che possa arrivare anch'egli, ma limitatamente al caso sottoposto al suo esame, alla determinazione di una «regola che sia espressione dell'equilibrio relazionale fra gli interessi».

Appare chiaro, a questo punto che il criterio interpretativo della "sussunzione" del caso concreto nella norma generale ed astratta non funziona più, dovendosi valutare il caso in esame, come si è ripetuto, nel quadro generale dei principi etici costituzionali, secondo i criteri offerti dal principio generale ed unificante dell'eguaglianza.

Ne consegue che non c'è altra via da seguire, come sopra si è affermato se non quella della interpretazione sistematica ed assiologica del diritto.

Tenendo presente quanto si è sopra osservato, non è più possibile parlare, da un lato dell'equità e del diritto, come entità ideali, prive di capacità coercitive, e dall'altro della legge come entità reale, dotata di carattere autoritativo. Con la conseguenza che possano avere attuazione leggi autoritativamente promulgate, ma in contrasto con il "diritto ideale", con un diritto cioè che sia conforme all'equità ed alla giustizia, ma che abbia il torto di essere soltanto un "diritto pensato" e non reale.

Se la legge, o la sentenza risultano in contrasto con il diritto-equità, essi sono in contrasto, non con una idea, ma con una realtà giuridica, poiché, come si è ripetuto, essi sono in contrasto con i principi etici della Costituzione, e cioè con il diritto positivo. Non resterà pertanto che far ricorso agli ordinari mezzi di tutela giurisdizionale: la Corte costituzionale per le leggi, ed i giudici di appello per le sentenze.

Siamo così arrivati alla fine di questo intricato discorso, ma la conclusione appare chiara: il diritto positivo, in virtù dei principi costituzionali, si identifica, finalmente, con l'equità, l'equilibrio, l'armonia.

11. *Lo Stato sociale di diritto*

L'altro aspetto essenziale attraverso il quale la nostra Costituzione realizza i suoi ideali ed il suo spirito è quello della creazione della nuo-

va forma di Stato, nell'ambito del quale possano realizzarsi "l'equità, l'equilibrio, l'armonia".

Fondamentale è l'affermazione contenuta nell'art. 5 della Costituzione, secondo la quale «la Repubblica è una ed indivisibile». Si dice qui, con somma chiarezza, che la Repubblica, cioè il Popolo italiano, costituisce una Comunità inscindibile: le caratteristiche di questa Comunità (civiltà, lingua, storia, cultura, arte, ecc.) sono tali, per cui deve parlarsi necessariamente di "unità", che sovrasta ed unifica in uno "spirito comune", le pur necessarie diversità locali.

La Costituzione parla, in altri termini, fissando un principio fondamentale caratterizzante la Costituzione stessa ai sensi dell'art. 139 Cost., dello Stato-comunità, e più precisamente, dello Stato sociale di diritto, nel quale Stato e Popolo si identificano e la democrazia, si badi bene, non è "delegata" ai governanti, ma è "partecipata" da tutti i cittadini.

Si tratta di una forma di Stato che ha una chiara impronta personalistica, e che si distingue dalla nozione corrente di Stato, la quale, vede in questo una persona giuridica, anzi la Persona giuridica per eccellenza, creando così il dogma della Personalità dello Stato.

Come è noto, specie a partire dal Pothier, convincimenti dottrinari e fini politici si sono intrecciati e non si è tardato a sottrarre dal concetto di Stato quello di Collettività, in modo che ben presto lo Stato si è identificato con i detentori del potere politico, mentre la Collettività è stata concepita come il beneficiario dell'azione dello Stato. La dottrina italiana, in particolare, benché non potesse ignorare quel percorso culturale e storico al quale si è sopra fatto cenno, preferì ispirarsi a talune disposizioni (artt.1, 2, 5, 6, 25, 31) dello Statuto albertino, che facevano riferimento allo Stato considerato nella sua complessità, (ma trascurando il fatto che l'art. 11 del codice civile non elencava lo Stato tra le persone giuridiche pubbliche), e non esitò ad affermare il dogma della Personalità dello Stato, sicché lo stesso Zanobini ha poi precisato che «la personalità non appartiene soltanto a quella parte che costituisce il potere esecutivo, la pubblica amministrazione, ma allo Stato nel suo complesso, in tutta la sua organizzazione e in tutte le sue funzioni»[34].

Il dogma della Personalità dello Stato considerato nel suo complesso è stato da tempo sottoposto a dura critica. Notava il Giannini[35] che «Stato ente non significa necessariamente Stato persona giuridica dell'ordinamento generale di cui è organizzazione. Benché l'opinione contraria

[34] G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo.*, I, Milano, 1958, p. 115.
[35] M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 114.

sia diffusa, tuttavia già Santi Romano aveva rilevato che lo Stato non può avere personalità giuridica, e possono averla invece i suoi organi». Da parte sua, il Falchi[36] ha denunciato "una confusione molto diffusa, e che gli scrittori di diritto pubblico credono invece superata e che perciò non rilevano e vi si impigliano, fra due concetti profondamente diversi, quello dello Stato e quello dei suoi organi". Né può sottacersi l'autorevole voce del Tosato, il quale, posto che lo Stato complessivamente considerato è lo Stato-comunità, ritiene che il problema della personalità giuridica dello Stato riguardi in realtà "il governo dello Stato", ed in ultima analisi quel complesso di organi-uffici che agiscono per il perseguimento dei loro fini pubblici[37]. Ciò che soprattutto è da tener presente a questo proposito è che lo Stato considerato nel suo complesso riguarda l'ordinamento dell'intera società, la quale persegue una molteplicità di fini, mentre la persona giuridica può perseguire soltanto fini particolari e concreti, per cui essa è utilizzabile in relazione agli Organi ed uffici dello Stato, che perseguono specifici fini pubblici, ma non per lo Stato unitariamente considerato.

A questo punto è opportuno vedere più da vicino come si organizza lo Stato-comunità, cioè come vengono distribuiti, secondo la Costituzione, tra i vari Organi della Collettività i Poteri sovrani del Popolo, dal cui esercizio dipende l'ordinato svolgimento della vita democratica del Paese.

Il primo potere che viene in evidenza a questo proposito, e che riguarda l'intera Collettività, è il potere di eleggere la rappresentanza politica, e cioè quelle persone fisiche il cui compito fondamentale è quello di interpretare ed esprimere la volontà del Popolo. La complessità della vita moderna impone, infatti, la forma della democrazia rappresentativa, che consiste nell'affidare a ciascun membro del Parlamento la rappresentanza della Nazione senza vincolo di mandato (art. 67 Cost.) e solo eccezionalmente è possibile prevedere una forma di democrazia diretta, che è quella che si esprime attraverso i referendum popolari.

E' per questo che sono previsti, quali Organi dello Stato-comunità, i Comizi elettorali, e cioè l'assemblea dei cittadini che si reca alle urne per eleggere i propri rappresentanti o per esprimersi in ordine ai referendum. Gli altri Organi dello Stato-comunità, dotati di funzioni e, quindi, di poteri pubblici, sono, secondo la Costituzione: le due Camere del Parlamento, il Presidente della Repubblica, il Governo come organo collegiale preposto alla funzione politica, la Corte costituzionale, tutti gli organi di giurisdizione e del pubblico ministero, il Consiglio di Stato, la Corte dei con-

[36] A. Falchi, *Lo Stato collettività*, Milano, 1963, p. 33.
[37] E. Tosato, *Stato (diritto costituzionale)*, in *Encicl.dir.*, LXIII, Milano 1990, p.779.

ti, il Consiglio Nazionale dell'economia e del lavoro, la pubblica amministrazione considerata nel suo complesso come una qualsiasi persona giuridica, detta "Stato-amministrazione"[38].

Ma non è tutto. Il discorso deve essere infatti completato con la fondamentale osservazione che, nello Stato-comunità, la funzione legislativa istituisce l'ordinamento, e la funzione giurisdizionale conserva l'ordinamento stesso, mentre la funzione amministrativa, rivolta al conseguimento di singoli interessi concreti, è soggetta alle prescrizioni ed ai controlli delle prime due.

Nella nozione di Stato-comunità rientrano, ovviamente, anche le Regioni e gli enti territoriali, cioè quegli aggregati sociali che si istituzionalizzano in base ad ordinamenti territoriali più ristretti: quello regionale, quello delle Città metropolitane, quello delle Province e quello dei Comuni. Anche per queste Collettività minori va detto quanto si è affermato per la Collettività statale, e cioè che occorre distinguere tra funzioni sovrane (le leggi regionali), e funzioni puramente amministrative, soggette alle prime.

Come si nota, lo Stato-comunità che emerge dalle disposizioni costituzionali, alle quali sopra si è fatto cenno, costituisce certamente un Ente giuridico, una Istituzione onnicomprensiva, ma non può altrettanto certamente identificarsi con il tradizionale Stato-persona giuridica, di cui ancora parlava lo Zanobini. Tale ultima qualificazione di persona giuridica, invece, ben può continuare a riferirsi alla pubblica amministrazione, con l'avvertenza, però, che, nel quadro complessivo dello Stato-comunità, la persona giuridica pubblica amministrazione, detta "Stato-amministrazione", deve essere concepita anch'essa come un Organo, meglio come un Organo-persona giuridica dello Stato-comunità.

In altri termini, lo Stato-comunità, che non può agire se non mediante Organi (persone fisiche) ed uffici, distribuisce le sue funzioni, che sono *latu sensu* ricollegabili alle tradizionali funzioni legislativa, giurisdizionale ed amministrativa, tra gli Organi menzionati dalla Costituzione, utilizzando come proprio Organo, per quanto riguarda la funzione amministrativa, la persona giuridica pubblica amministrazione, ed attribuendo così ad un solo centro di imputazione la molteplicità dei rapporti relativi all'amministrazione pubblica. D'altro canto è da tener presente che una certa soggettività giuridica è stata sempre riconosciuta ai singoli Organi costituzionali, specie in relazione ai rapporti interorganici e ad altri rapporti giuridici, come quello del conflitto di giurisdizione da far va-

[38] A. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1969, p. 5 e 6.

lere davanti alla Corte costituzionale, e che nulla si oppone, dal punto di vista giuridico, alla considerazione di questi Organi-uffici, quali persone giuridiche, come affermava il Tosato.

Con questa precisazione risulta inoltre evidente che la costruzione secondo la quale lo Stato-comunità, si identifica con la Collettività e non ha bisogno di essere considerato una Persona giuridica onnicomprensiva, non comporta alcun sconvolgimento dell'attuale assetto organizzativo ed implica soltanto l'affermazione di un principio di altissima valenza giuridica e sociale, quello dell'importanza fondante della persona umana, da cui consegue l'identità tra Stato e Collettività. Esattamente come affermavano i Romani, per i quali la "*Res publica*" era costituta dal "*Senatus Populusque Romanus*"[39]. Quando si dice lo Stato siamo noi, lo Stato è il Popolo, si afferma, insomma, una grande verità, là dove, se si distingue lo Stato-persona dal Popolo e dalla Collettività, si fa solo ricorso ad una astrazione, ed in ultima analisi, come diceva Savigny, ad una finzione, poiché lo Stato-persona giuridica, non è una realtà, ma, come sottolineava Jhering, semplicemente "un'idea".

Si capisce chiaramente, a questo punto, perché il Romano, il Giannini, il Falchi ed il Tosato, ai quali sopra si faceva cenno, si chiedevano se fosse corretto considerare lo Stato nel suo complesso come una persona giuridica e se non fosse più opportuno far direttamente riferimento agli Organi-uffici dello Stato. Infatti, lo Stato da considerare come entità giuridica complessiva è lo Stato-comunità (ed, in ultima analisi, il popolo), per il quale, come si è visto, non c'è nessuna necessità di ricorrere al concetto di persona giuridica; d'altro canto assumono rilevanza esterna direttamente i suoi Organi, tra i quali è da annoverare, come si è ripetuto, anche l'Organo-persona giuridica pubblica amministrazione.

12. *La partecipazione dei cittadini*

È da sottolineare, inoltre, che l'avvento dello Stato-comunità, ha comportato che il cittadino, singolo o associato, sia anch'egli titolare di poteri, non solo individuali, ma anche collettivi: può, in altri termini, svolgere attività di utilità generale. Di ciò ne dà testimonianza l'ultimo comma dell'art. 118 della Costituzione, dedicato alle attribuzioni delle funzioni amministrative, secondo il quale «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse genera-

[39] P. Catalano, *op.cit.*, p. 99.

le, sulla base del principio di sussidiarietà».

Si tratta, in realtà, del riconoscimento al cittadino, non solo di diritti individuali (consoni ad una concezione che vede da un lato il singolo come *dominus* dei suoi interessi privati e dall'altro lo Stato come monopolista della cura degli interessi pubblici), ma anche di diritti collettivi (consoni alla concezione dello Stato sociale di diritto), nel senso che egli può agire nell'interesse comune dell'intera Collettività, della quale è parte. Tali diritti hanno il loro fondamento nel principio personalistico, che guarda alla persona non solo nella sua dimensione individuale, ma anche nella sua dimensione solidaristica, sulla quale, come si è visto, si fonda il suo bisogno naturale di associarsi e di formare una comunità. Ed è da soggiungere che quando l'individuo esercita un diritto collettivo, un diritto cioè che mira al bene comune dell'intera Collettività, egli non deve far ricorso al principio della rappresentanza, non agisce cioè in rappresentanza della Collettività, ma come parte di questa, perseguendo così nello stesso tempo l'interesse proprio e quello di tutti gli altri consociati. Proprio come avveniva nelle *actiones populares* romane[40].

Sul piano della legislazione ordinaria, la prima affermazione di questa partecipazione del cittadino allo svolgimento di attività di interesse generale ha riguardato la materia ambientale. La legge 8 luglio 1986, n. 349, infatti, ha previsto, all'art. 6, un ampio diritto all'informazione ambientale, mentre, all'art. 18, ha riconosciuto alle Associazioni ambientaliste di intervenire nei giudizi per il risarcimento del danno ambientale promossi dallo Stato o dagli enti territoriali, e di promuovere ricorsi davanti al Tar ed al Consiglio di Stato per l'annullamento di atti lesivi di interessi ambientali. Queste norme sono state superate dalle nuove norme emanate dal cosiddetto Codice dell'ambiente, e cioè dal decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, contenente norme in materia ambientale. Infatti, l'art. 309, comma 2, di tale decreto annovera le «organizzazioni non governative che promuovono la protezione dell'ambiente, tra i soggetti abilitati a presentare al Ministero dell'ambiente, tramite le Prefetture, denunce e osservazioni concernenti qualsiasi caso di danno ambientale o di minaccia imminente di danno ambientale, e a chiedere l'intervento statale a tutela dell'ambiente», mentre l'art. 310, comma 1, dello stesso decreto prevede che dette associazioni ambientaliste «sono legittimate ad agire, secondo i principi generali, per l'annullamento degli atti e dei provvedimenti adottati in violazione delle disposizioni di cui alla parte

[40] F.P. Casavola, *Studi sulle azioni popolari romane*. I. *Le Actiones populares*, Napoli, 1968, pp. 5 ss.

sesta del presente decreto, nonché avverso il silenzio inadempimento del Ministro dell'ambiente».

Norme analoghe sono state dettate a tutela dei consumatori. Infatti la legge 30 luglio 1998, n. 281, ha previsto la legittimazione ad agire delle associazioni dei consumatori e degli utenti davanti al giudice competente per chiedere: «di inibire atti e comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti; di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate; di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale».

D'altro canto, la legge 7 dicembre 2000, n. 383, concernente le associazioni di promozione sociale, all'art. 27, (vedi, ora, il Codice del consumo: art. 139 del decreto legislativo n. 206 del 2005) ha previsto che dette associazioni sono legittimate a promuovere azioni di risarcimento dei danni derivanti dalla lesione di interessi collettivi concernenti le finalità generali perseguite dall'associazione, nonché a ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi lesivi degli interessi collettivi concernenti le finalità generali dell'associazione stessa.

Ampi poteri sono inoltre riconosciuti al cittadino, singolo o associato, in riferimento alle amministrazioni degli enti locali. Il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), prevede infatti, all'art. 6, che gli statuti stabiliscono «le forme della partecipazione popolare e dell'accesso dei cittadini alle informazioni ed ai procedimenti amministrativi», all'art. 8, che «nello Statuto debbono essere previste forme di consultazione della popolazione, nonché procedure per l'ammissione di istanze, petizioni e proposte di cittadini, singoli o associati, dirette a promuovere interventi per la migliore tutela di interessi collettivi», ed infine, all'art. 9, (e si tratta, forse, del dato più importante) che «ciascun elettore può far valere in giudizio le azioni e i ricorsi che spettano al comune ed alla provincia».

Tuttavia, il dato di maggiore rilevanza proviene dalla partecipazione del cittadino, singolo o associato, al procedimento amministrativo.

Dopo il fondamentale lavoro del Sandulli del 1964 sul procedimento amministrativo, che ha dato una sistemazione organica a questa materia, sezionando il procedimento amministrativo in atti preparatori, presupposti, finali ed integrativi, una Commissione presieduta da Massimo Severo Giannini, e composta da F. Laschena, Mario Nigro e Sabino Cassese, redasse nel 1984 uno schema di legge per la riforma del procedimento amministrativo, volta a stabilire le regole generali di comportamento dell'amministrazione. Nacque, sulla base di questi lavori, la famosa legge 7 agosto 1990,n. 241 sul procedimento amministrativo, la quale pre-

vide che potessero intervenire nel procedimento qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi (recte "diritti collettivi") costituiti in associazioni o comitati, ai quali possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, riconoscendo loro il diritto di prendere visione degli atti e di presentare memorie, e prevedendo, tra l'altro, la possibilità di arrivare ad accordi finalizzati a determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale, ovvero la sua sostituzione.

Si può dire, insomma che il cittadino, singolo o associato, prende parte attiva all'azione della pubblica amministrazione, agendo non solo nel proprio interesse individuale, ma anche come membro, e nell'interesse, dell'intera collettività. Il suo status di cittadinanza, dunque, si è notevolmente allargato, proprio come auspicava il Rodotà, che, in un suo libro dal titolo "Alla ricerca delle libertà", sottolineava che la novità vera della politica delle libertà di questi anni è soprattutto la concreta e continua richiesta di una diversa distribuzione del potere[41].

La funzione amministrativa, come si nota, può finalmente giovarsi della collaborazione, e quindi anche del diretto controllo, dei cittadini, singoli o associati.

13. *La Costituzione patrimonio comune di comprovata validità. La sua eventuale revisione*

Come ha precisato il Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano, il 23 gennaio 2008, nella commemorazione ufficiale che ha tenuto, a Camere riunite, dinanzi a tutti gli organismi costituzionali e ai rappresentanti delle Regioni, nel sessantennio della Costituzione, si tratta di un "patrimonio comune" di "comprovata validità", al quale tutti devono accostarsi per valutarne le opportunità e le indicazioni di revisione. Un patrimonio che non può essere rivendicato come proprio da nessuno e di cui nessuno (maggioranza o minoranza che sia) può reclamare l'eredità in via esclusiva; le forze politiche «possono solo, tutte insieme, richiamarsi ai suoi valori e alle sue regole, e insieme affrontare i problemi di ogni sua specifica, possibile revisione».

Non sembra, comunque, che nella nostra società sia emerso, come direbbe il Mortati «un diverso modo di intendere l'assetto dello Stato» da comportare la necessità di una modifica sostanziale della Costituzio-

[41] Sull'argomento: G. ALPA, *La persona tra cittadinanza e mercato*, Milano, 1992, p. 9 ss.

ne. In realtà sono emerse soltanto esigenze di una maggiore efficienza e stabilità di governo e di una maggiore efficienza della pubblica amministrazione.

Allo stato, dunque, sono prevedibili soltanto modifiche parziali della seconda parte della Costituzione, dedicata all' "ordinamento della Repubblica", per le quali si dovrebbe sempre tener presente il principio di partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, nonché il principio invalicabile dell'unità della Repubblica, sancito dall'art. 5 Cost.

Secondo Leopoldo Elia[42], «è indubbio che è la seconda parte della Costituzione che richiede un intervento riformatore, per ragioni di natura, per così dire, fisiologica». Al riguardo, «vengono in rilievo due dati: l'intento stabilizzatore della continuità di governo da una parte ed il tentativo di non rendere più difficile con il bicameralismo l'efficienza del potere governativo. Naturalmente si deve aggiungere la necessità dell'adozione di una legge elettorale che assecondi la riforma costituzionale ed una strutturazione partitica che congiunga l'ufficio di Primo ministro con quella di *lesder* del partito o della coalizione vittoriosa».

Si inserisce a questo punto il problema, sempre più impellente, del federalismo. Si tratta di un problema delicatissimo, che peraltro non sembra molto vivo nella coscienza sociale, e che, comunque, presenta due aspetti tra loro contrastanti. Per un verso, infatti, il federalismo spinge al massimo l'idea dell'autonomia locale, e per altro verso, comportando la trasformazione della Repubblica italiana prevista dall'attuale Costituzione, in una Repubblica federale italiana, potrebbe indebolire l'unità della Repubblica,

Diverso problema è quello del cosiddetto federalismo fiscale, già previsto dall'art. 119 della Costituzione, secondo il quale «i Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno risorse autonome», mentre «la legge dello Stato istituisce un fondo perequativo, senza vincoli di destinazione, per i territori con minore capacità fiscale per abitante».

Non è possibile prevedere quali saranno gli effetti economici scaturenti dall'attuazione del predetto art. 119 Cost. (e le perplessità concernono soprattutto le Regioni più povere), ma è certo che, se si vuol ancora far funzionare la Repubblica italiana, dovrebbe spettare allo Stato un gettito tributario almeno pari alla somma del gettito delle varie Regioni, come in genere avviene negli Stati federali.

[42] Discorso tenuto in occasione del sessantesimo anniversario della Costituzione della Repubblica italiana, presso la Corte costituzionale, il 29 febbraio 2008.

Federalismo a parte, a nostro avviso, nell'attuale situazione politica dell'Italia, sono tre le modificazioni che dovrebbero urgentemente apportarsi alla nostra Carta costituzionale.

La prima concerne la stessa disposizione che consente la revisione della Costituzione, e cioè l'art. 138 Cost. Occorrerebbe stabilire che per modificare la Costituzione, la quale, si ricordi, fu approvata quasi all'unanimità, con 453 voti favorevoli su 515 votanti, e soltanto 62 voti contrari, non possa ritenersi sufficiente la maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera con un eventuale referendum, richiesto da un quinto dei membri di una Camera o cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali, ma sia in ogni caso necessario l'approvazione da parte di ciascuna Camera con la maggioranza di due terzi dei suoi componenti. Se si pensa che per eleggere un giudice della Corte costituzionale è richiesta detta maggioranza, si capisce che a maggior ragione occorre ricorrere ad essa se si vuol modificare la Costituzione. Risulta che una proposta in tal senso è già stata presentata dal Presidente della Repubblica Emerito Oscar Luigi Scalfaro ed altri, ma non si sa, quando sarà messa in discussione, né se lo sarà.

La seconda riforma (come la prima di radicale importanza per la conservazione della democrazia) dovrebbe introdurre nella Costituzione un principio secondo il quale per "maggioranza" deve intendersi l'effettiva maggioranza dei partecipanti al voto, di modo che qualsiasi legge elettorale non possa superare detto principio.

Infatti, l'attuale legge elettorale, che, tra l'altro, mal coordina il sistema uninominale con premio di maggioranza previsto per il Senato, con il sistema maggioritario, anch'esso con premio di maggioranza, previsto per la Camera, ha statuito, quanto a quest'ultima, che costituisce "la maggioranza", non il cinquanta per cento più uno dei votanti, ma il partito o la coalizione che abbia riportato il maggior numero di voti, anche se tale numero sia molto distante dal cinquanta per cento dei votanti. Ne consegue, a seguito anche della concessione del premio di maggioranza, che il partito o la coalizione più votata, che potrebbe aver riportato anche una votazione esigua, poniamo del quindici per cento, pur essendo minoranza effettiva, diventa maggioranza parlamentare occupando il cinquantacinque per cento dei seggi disponibili. Tocqueville temeva la dittatura della maggioranza, il sistema attuale, paradossalmente, potrebbe far temere, in ipotesi, una dittatura della minoranza! E ciò costituisce la riprova che ci troviamo di fronte ad una inspiegabile stortura del nostro sistema democratico.

La terza e non meno importante revisione della Costituzione dovrebbe riguardare il problema del bicameralismo, nonché l'attuale Titolo V,

della Parte II, della Costituzione stessa, la cui elencazione delle materie dà luogo spesso a difficili problemi interpretativi.

14. *Conclusione*

In conclusione, si può affermare che la vigente Costituzione, a sessant'anni dalla sua emanazione, conserva intatti il suo valore e la sua vitalità, per cui non ha bisogno di sostanziali innovazioni. D'altro canto, non si può dimenticare che sessant'anni di Costituzione repubblicana sono stati anche sessant'anni di pace e di libertà democratiche.

Occorre, tuttavia, essere vigili e difendere questo patrimonio di inestimabile valore da qualsiasi insidia di involuzione, e da inutili, improbabili avventure. Come ammoniva Vincenzo Cuoco, nel suo Saggio storico sulla rivoluzione di Napoli, una buona Costituzione scritta non è di per sé sufficiente a creare e a mantenere una democrazia: a questo fine occorre la dedizione e l'impegno di tutti.

SAGGI

ONORATO BUCCI

La negazione della Memoria e la rimozione dei propri Lari e dei propri Penati, a proposito di una recente pubblicazione

1. Mentre questi Annali vanno in stampa, veniamo a leggere un poderoso volume di L. bat Adam, *Esodo, ovvero contrabbando di Know-how dalle Piramidi a Gerusalemme*, Roma, 2010 [Robin Edizioni, pp. 824] che merita di essere tenuto in considerazione per la spregiudicata sincerità che caratterizza l'Autore nella sua esposizione e perché indice di una presa di posizione scientifica che dialetticamente caratterizza una parte della società israeliana (di cui l'Autore, che si nasconde, per sua stessa ammissione, dietro lo pseudonimo che firma il testo dell'opera, dice di far parte) intorno alle sue origini storiche e alla memoria ancestrale dell'antico Israele. L'Autore – che si professa ateo (p. 163) e che candidamente dice di appartenere "per discendenza materna, ma in un contesto assolutamente laico, all'etnia ebraica" (3 di copertina) – "ripercorre l'intera vicenda dell'Esodo, dall'immigrazione ebraica in Egitto fino alla scomparsa dell'Arca del Tempio di Gerusalemme e oltre" per poter dimostrare che Mosé "disponeva secondo ogni apparenza di mezzi eccezionali totalmente ignoti ai suoi seguaci. Alcune di tali manifestazioni mostrano caratteristiche proprie di tecnologie ufficialmente sconosciute all'epoca". Di qui il programma dell'Autore che "intende dimostrare non solamente che quelle anacronistiche conoscenze e tecnologie preesistevano in Egitto, ma anche che vennero indebitamente in possesso di Giuseppe (l'ebreo che divenne governatore d'Egitto) e che in seguito, alla vigilia dell'Esodo, furono sottratte, parte dalla tomba di Giuseppe, e parte da un antico tempio, dallo stesso Mosé, il quale se ne servì come di strumenti divini concessigli da Yawé. In primis l'Arca dell'Alleanza" (quarta di copertina). Lo scopo di questa fatica? "risolvere un antico enigma, ricostruendo le modalità della genesi del culto del Dio di Israele. Senza perdere di vista razionalità e realismo, l'Autore crede fermamente nell'"archeologia di frontiera" (terza di copertina).

L'"archeologia di frontiera", dunque, è la fonte – per stessa ammissione dell'Autore (perché ovviamente, quanto vergato nella terza e quarta di copertina del volume, è stato autorizzato dall'Autore se non trascritto da lui medesimo) – "per ricostruire le modalità della genesi del culto di Dio di Israele" e nel contempo per dimostrare che "Mosé era posseduto da una "probabile schizofrenia", da un persistente pensiero osses-

sivo, ripetitivo, ineliminabile e invasivo, per fronteggiare e tenere a bada il quale vengono messi in atto meccanismi di difesa e diversi rituali con aspetti magici che a loro volta diventano compulsivi, maniacali, coatti" (p. 187). Questa "archeologia di frontiera", del resto, "altro non è che la dottrina che spiega le ragioni della storia attraverso catastrofici eventi cosmici" (p. 274), i quali soltanto possono dimostrare come i cosiddetti "miracoli" di Mosé e dei suoi successori tanto pienamente esaltati dalla scrittura e dai suoi proseliti altro non sono nella realtà dei fatti e nella maggioranza dei casi, o banalità o esempi di violenza psichica e fisica quando non autentici stermini di massa" (p. 274).

Non all'analisi filologica del testo biblico, Esodo e Genesi in particolare, né alla comparazione dell'analisi filologica e le scoperte dell'archeologia tradizionale, deve riandare la ricerca scientifica per recuperare la veridicità storica dei fatti del periodo ancestrale dell'Israele antico (né tanto meno il raffronto tra le fonti coeve e successive al periodo preso in esame da altre culture confinanti ai territori in cui si svolse l'epopea dell'Esodo), ma ai Midraskim, la letteratura esegetica messa per iscritto dalla consuetudine orale dell'Ebraismo del periodo tannatico in poi, deve rifarsi chi vuole spiegare l'origine del formarsi del popolo d'Israele: servendosi poi per la sua interpretazione, dell'"archeologia di frontiera", vera e propria scienza che si fonda sui dati più recenti della tecnologia sviluppatasi in epoca contemporanea (di origine chimica, fisica e matematica).

Il risultato è quindi quanto di più infelice da un punto di vista metodologico e storiografico e quindi quanto di più irrazionale e ascentifico possa sussistere perché azzera i risultati di un'indagine sulle fonti protrattasi dal XVIII° secolo in poi per rifugiarsi nella tradizione orale messa per iscritto solo secoli dopo il suo consolidamento, con un ulteriore absurdum scientifico, perché il riandare all'esegesi di Midrashim presuppone che si accetta come verità storica il nucleo del racconto di Genesi e dell'Esodo, a partire dalla figura di Mosé. Ci saremmo aspettati – date le conclamate premesse razionalistiche da cui l'Autore dice di voler partire nella sua indagine – che egli avesse messo in discussione i fatti e gli avvenimenti dell'Esodo che invece accetta integralmente: ciò che l'Autore non accetta è lo spirito che dà vita a quei frutti e a quegli avvenimenti, e lo dice chiaramente quando afferma di appartenere a quell'Israele non professante e ateo (p. 163) che dai Sadducei in poi abbonda nell'Ebraismo e che fece la scelta delle correnti razionalistiche dell'Ellenismo. E ci saremmo aspettati che egli avesse compiuto una indagine sulle fonti che hanno dato vita al Pentateuco di cui l'Esodo è parte nient'affatto minoritaria, fonti abbondantemente citate nei testi biblici ma che non hanno

ancora provocato alcun interesse se non marginale nella dottrina.

All'Autore interessava e interessa scalfire il momento dell'intervento dell'Altissimo nella formazione dell'Israele antico e crede di esserci riuscito puntando alle dottrine catastrofiche nella lettura dei *Midrashim*, svolgendo di conseguenza la narrazione su tre livelli: dando per veritieri i fatti esposti nell'Esodo che poi interpreta sottoponendoli alla lettura dei *Midrashim* alla luce delle dottrine catastrofiche.

All'interno di questo scenario l'esposizione si svolge in *dodici* capitoli (il numero dodici probabilmente non è stato scelto a caso), partendo dall'*Immigrazione*, dalla venuta cioè di Giuseppe in Egitto alla ricerca del Gosen, e poi all'arrivo di Giacobbe e del resto dei suoi figli (pp. 51-85) per passare poi all'*Oppressione* (cap. II, pp. 87-105) e alla *figura di Mosé* che risalta, a dire dell'Autore, nella tradizione biblica, solo per una narrazione volutamente "zeppa di travisamenti, esagerazioni, errori e reticenze" (p. 107). Con questa premessa si svolgono le digressioni sul Fondatore dell'Israele antico: un Mosé "figlio di nessuno" (pp. 117-122) ma certamente ebreo per parte paterna oltre che materna sottolineando questa precisazione (e l'Autore non si accorge della grossolanità storiografica che enuncia) con il dire che "non c'è niente nella tradizione e nei costumi degli Israeliti che sia così importante come l'ascendenza paterna" (p. 119) dimenticando (si fa per dire) che il cardine dell'ascendenza israelitica è la *matrilinearità* (che non necessariamente implica il *matriarcato*) e non già la *patrilinearità* (cui non necessariamente segue il *patriarcato*) e che se certamente non si può parlare nel diritto di famiglia d'Israele di *matriarcato*, certamente non si può parlare nel diritto pubblico e privato dell'Israele antico e moderno di una qualunque figurazione giuridica che l'assomigli alla *patria potestas* di tradizione romanistica. La completa ignoranza filologica e linguistica sulle fondamenta giuridico-istituzionali delle proprie radici storiche l'Autore le dimostra quando, commentando l'inciso "Amran prese Jochebed figlia di Levi", ironizza con "prese e non è affatto scontato che l'abbia sposata, ma più semplicemente la *prese* e basta ignorando che le lingue semitiche non conoscono il pensiero astratto come per le lingue cosiddette indoeuropee per cui *prendere* sta per *sposare* [cfr. A. Tosato, *Il matrimonio israelitico*, Roma, 1989, *Analecta biblica*, n. 100]. Continuando la narrazione sulla supposta impostura di Mosé, il IV Capitolo [*La Rivelazione*, pp. 163-193] si muove intorno a pretese allucinazioni uditive (p. 185) e pretesi disturbi mentali (p. 183) del Profeta sommo di Israele, fino a dire di quest'ultimo che era schizofrenico (p. 187). Il Capitolo successivo (pp. 195-238: *la preparazione*) si incentra sulle piaghe d'Egitto che l'Autore attribuisce dovute a Mosé e ad Aronne (pp. 205-224), sulla tomba di Giuseppe (pp. 224-228) mentre il capitolo

VI (*L'Esodo*, pp. 239-300) si diffonde sulla capacità di Mosé a percorrere "una folgorante carriera di mago" (p. 271). E poi il Sinai (cap. VII, pp. 301-392) dove si fissano gli elementi che saranno poi determinanti per la storia futura di Israele fino alle Tavole della Legge. Di qui il cap. VIII, *Shamir*, per il cui svolgimento l'Autore rinvia alle dottrine catastrofistiche in una confusione, tuttavia, di radici atoriche semitiche ed origini indoeuropee in terra egiziana (quando ignoriamo perfino donde derivano le genti che occuparono la Valle del Nilo fra XI e IX millennio av. Cristo), contro ogni fonte e dottrine storiografiche tradizionali, lontanissime, comunque, dalla comprensione dell'attuale analisi scientifica (pp. 393-483), e poi il Capitolo IX *l'Arca* (pp. 485-581) che si diffonde nella ricerca del suo nascondimento attuale (che l'Autore disserta fra Gerusalemme, Monte Nebo, Egitto, Etiopia, riportando le più strabilianti tesi in proposito) per passare quindi, in una confusione narrativa che stanca il lettore, al contenuto dell'Arca stessa fino a favoleggiarla come impianto elettrico (p. 560) che deriverebbe niente di meno da una conoscenza in terra d'Egitto dell'elettricità (p. 579), ben prima di Volta e della sua pila! Il Capitolo X, *La Legge*, pp. 583-664, si dilunga in una esposizione dissacrante del Decalogo negando che il primo Comandamento sia tale (è invece "un'autopresentazione") (p. 644) e mettendo in discussione l'originalità (e, incredibilmente, la validità!) di tutti gli altri perché frutto di una "quanto traballante e malcongegnata impalcatura" (p. 650). Il Capitolo XI, La terra promessa (pp. 665-720) culmina con la morte di Mosé che si sarebbe suicidato (p. 683) e con la conquista da parte di Giosué dei territori un tempo di Canaan: premessa dei successivi eventi caratterizzati dai Giudici, da Saul, da Davide e Salomone e la creazione dell'Eretz Israel.

Fra Midrash e Midrash, letti attraverso la dottrina catastrofistica, il volume si conclude (con una serie di analisi chimiche, fisiche e matematiche riandando ad analisi anche logaritmiche ed elettrodinamiche) con 2 Cronache 5, 7: " i Sacerdoti introdussero l'Arca dell'Alleanza del Signore nel suo posto, nella Cella del Tempio, nel Santo dei Santi (Capitolo XII, pp. 721-803).

2. Questo il libro, scandaloso, di L. bat Adam (una novità assoluta per l'editoria italiana ma che ha dei paralleli abbastanza copiosi nell'editoria angloamericana e, in tono minore, in quella europea) che non solo ignora gli elementi base della scienza filologica, ma che non ha alcuna dimestichezza con le stesse fonti dell'Israele antico e che legge i Midrashim attraverso le due edizioni HOFFMAN, Berlino, 1913-1921 [*Il Grande Midrash al libro dell'Esodo*] e SCHECHTER, Cambridge, 1902 [*Il Grande Mi-*

drash al libro della Genesi] che, nella loro grande dignità e nel loro rispettabilissimo rigore scientifico, altro non sono che composizioni collectanee acritiche, frutto cioè di sapienti e quanto mai interessate raccolte apologetiche, e ben lontane, dunque, dai richiami che H.L.STRACK in *Einletung in Talmud und Midras*, 5 ed., Monaco, 1921, pp. 185-225 e U. CASSUTO, alla voce *Midras*, in *EI,* XXIII, 1934, pp. 239-241 stilavano in proposito. Il legame fra i Midrashim e il passato egiziano, inoltre, viene letto attraverso antiche suggestioni care alla dottrina ottocentesca [vedi per tutti F.L. GRIFFITH, *The Antiquities of Tell el Yaudiyeh and Miscellaneous Work in Lower Egypt durino the Years 1887-1888*, Egypt Exploration Fund, 1890] dove veniva messo in luce nella formazione del patrimonio culturale d'Israele una eredità del passato egiziano (e quindi mosaico) infinitamente maggiore rispetto a quello semitico (e quindi abramitico), posizione scientifica, questa, della dottrina su cui oggi si è estremamente cauti. Si può allora ben capire come per l'Autore il passaggio all'esoterismo diventa quasi obbligato, proprio quell'esoterismo che è quanto di meno razionale ci sia nella ricerca scientifica, proprio il contrario, dunque, di quanto l'Autore vorrebbe dimostrare. Se per la dottrina catastrofistica l'Autore ha avuto come Maestro J. VELIKOVSKI (*Mondi in collisione*, Garzanti, 1995 e Shamir, in Kronos, VI: 1 che l'A. omaggia apertamente riandando anche alle sue precedenti riflessioni edite negli anni Cinquanta del secolo scorso: cfr. pp. 274-280 nel § *Omaggio a Velikovsky*), per la dottrina esoterica il nostro Autore ha come punto di riferimento F. BARBIERO [La Bibbia senza segreti, Rusconi, 1988; *Alla ricerca dell'Arca dell'Alleanza*, Sugar, 1985; *Il significato dei riti: storia e simbolismo*, citato nella bibliografia, pp. 811-816 e che l'A. dice frutto di "corrispondenza privata" vedi p. 811], ed è attraverso le indagini dei suoi Maestri – guida che l'Autore legge i *Midrashim*, che diventano momento fondante per quest'ultimo nella sua ricerca scientifica sul personaggio Mosé. Probabilmente il Nostro Autore non ha tenuto compiutamente in evidenza (poco avvezzo a tenere in giusta considerazione gli strumenti della dottrina tradizionale) che i *Midrashim*, giusti i richiami al rigore scientifico cui lo STRACK riandava nel lontano 1921 – oltre ad essere quanto di più affascinante ci resta dell'Apologetica della diaspora ebraica dell'Israele antico del periodo tannaitico fino al V-VI secolo dopo Cristo, sono una raccolta di testi quanto mai frammentati nella loro eredità storiografica per cui è arduo darne un qualsiasi valore storico attendibile al di là delle splendide testimonianze di un passato fatto di presenza nella storia della propria memoria e dell'incredibile fedeltà ai propri Lari e ai propri Penati delle genti eredi dell'Israele antico. Si aggiunga, poi, che con il termine *midrash* si intendono (dal verbo ebraico *darash*, ricercare, studiare, investigare) vari significati: 1. l'in-

dagine esegetica dei testi sacri, quale venne praticata dai dottori ebrei dell'epoca talmudica (ultimi secoli av. C. e primi 5 secoli dopo Cristo) e dai loro continuatori; 2. i risultati di questa indagine esegetica; 3. i libri in cui tali risultati sono esposti. Il verbo *darash* si trova per la prima volta in Esdra VII, 10 ("Esdra dispone il suo cuore a indagare . li / *derosh* – la legge del Signore") e questo la dice lunga sulla formazione del Pentateuco ad opera di Esdra che per primo mise mano all'immenso patrimonio consuetudinario e scrittorio di cui è traccia nei singoli Libri (Genesi, Esodo, Numeri, Levitico e Deuteronomio, Cronache e Re). Ed è il Libro delle Cronache che per primo rivà fra le sue fonti ai *Midrashim* e precisamente a un *Midiash ha-nabi* idolo (Midresh del profeta Iddo) e a un *Midrash sifer ha – molekin* (Midrash del Libro dei Re) andati irrimediabilmente perduti al pari delle fonti che diedero vita al Pentateuco. Nel dar vita al Pentateuco Esdra compì un capolavoro unico nella storia perché diede vita alla sintesi fra la tradizione abramitica e la tradizione mosaica che poi sarà il fondamento della memoria di Israele. L'Autore del volume che qui stiamo prendendo in esame ignora completamente il patrimonio semitico dell'Israele antico che lo fa solo di matrice egiziana, se pur ereditata da genti semitiche (che però hanno dimenticato il loro patrimonio delle origini).

Probabilmente il nostro Autore, se avesse indagato più approfonditamente i *Midrashim* che riguardano l'Esodo (scavo, a dire il vero, che non ci risulta essere stato fatto ancora nella dottrina ma che diventa pregiudiziale per risalire, almeno in parte, alle decisioni prese da Esdra nell'aver staccato il Pentateuco dal resto della tradizione biblica e nell'aver compiuto, come prima si accennava, alla fusione e sintesi fra patrimonio abramitico e patrimonio mosaico) riflettendo soprattutto sulle varie epoche in cui i vari *Midrashim* furono redatti e avrebbe aiutato la *congregatio doctorum* a conoscere il periodo di tempo che li divide dai Libri biblici di cui formano commento ed esegesi. Secondo l'epoca cui risale il loro materiale, infatti, i *Midrashim* si dividono in 1. *Midrashim tannaitici*, risalenti cioè all'epoca dei Tannaiti (secc. 1-3 d.C.); 2. *Midrashim amoraici*, risalenti ai secoli 3-5, 3. *Midrashim tannaitici* postamoraici. Ebbene, per interrotta tradizione i Midrashim (redatti al tempo degli Amorei anche se il loro materiale appartiene al tempo dei Tannaiti), di contenuto halakico e di carattere esegetico, riguardanti Esodo XII, XXVIII, 119, XXXI, 12-17; XXXV, 1-3, hanno il valore di *Mekiltà* (plurale *Mekilatà*), cioè *esegesi del testo cui fanno riferimento*. Non solo, ma di questi *Mekiltà* (o *Mekiltata*) concernenti l'Esodo noi abbiamo solo i frammenti di Rabbi Shim'on ben Yohay della Scuola di Rabbi Aqiba di cui il primo fu discepolo: di conseguenza il testo generale possiamo ricostruirlo solo attraverso citazioni successive.

Siamo pertanto di fonte a documenti esegetici (peraltro lasciatici in testi frammentari) il cui corpus unitario è costruibile solo attraverso citazioni successive. Questi documenti sono il frutto di tradizioni orali che si riferiscono a eventi accaduti almeno qualche millennio prima del tempo in cui vengono elaborate e sei-sette secoli prima dell'epoca in cui vengono messe per iscritto. E non parliamo delle innumerevoli edizioni delle singole raccolte dei *Midrashim* compiute troppo spesso su traduzioni latine, italiane, inglesi e tedesche e degli infiniti problemi filologici che ne sono derivati. Ebbene, L. ben Adam ritiene fonte storica veritiera quanto riportato dai *Midrashim Mekilata* all'Esodo [quindi: Mosé personaggio storico, ebreo figlio di ebrei, abbandonato al Nilo perché figlio di nessuno, raccolto ed educato dalla famiglia regale che poi prende coscienza della sua etnia ritrovando la sua famiglia naturale attraverso il riconoscimento paterno (?)] che viene poi letto attraverso la letteratura "catastrofistica" di j. Velikovski. Il risultato è un Mosé impostore, schizofrenico, preso da una inestinguibile sete di potere che utilizza segreti ritrovati nella tomba di Giuseppe in Egitto (ma la cui salma egli si porta dietro, insieme ai suoi segreti, fino all'entrata nella Terra Promessa per poi seppellirla a Sichem, l'odierna Nablous) che lui utilizza di volta in volta quando c'è necessità di imporre la sua volontà che sta venendo meno di fronte al dissenso scoppiato all'interno della moltitudine che Egli si era trascinato dietro di sé. Questi "segreti di Giuseppe" altro non sono che parte del patrimonio della magia egiziana: è la magia della Scuola dell'Egitto faraonico appresa personalmente nella Casa reale, e poi vivificata attraverso i segreti lasciati dai rotoli trafugati dalla tomba di Giuseppe che spiegano non solo il passaggio del Mar Rosso, il rovo ardente, l'albero della manna, l'uscita dell'acqua della roccia, il legno mutato in serpente, tutte le cosiddette piaghe d'Egitto, l'incisione di Har Karkom, la Montagna di Dio, la costruzione della Dimora nel Deserto, l'Arca dell'Alleanza (e il suo contenuto, le Tavole della Legge e la Menorrah), il significato dei parametri sacerdotali di chiara fattura egiziana e, al loro interno, il pettorale e poi: il Vitello d'oro, l'incisione delle Tavole della Legge, la folgorazione di Nadab e Abua, i quarant'anni nel Sinai, il serpente di bronzo, il crollo delle Mura di Gerico e, prima di tutto (e ogni cosa parte da lì secondo il Nostro Autore), e innanzi ad ogni evento, la tomba di Giuseppe in terra egiziana e poi, dopo il suo trasferimento, a Sichem (Nablus)e la sua nuova sepoltura.

3. Non c'è nulla di nuovo nel volume di L. bat Adam – erede di tutta una tradizione che torva la sua linfa vitale nella cultura dei Sadducei,

pronta a recepire ogni novità che provenga dal mondo esterno – perché una miriade di studiosi ha tentato, fin dalla fine dal secolo XIX, di spiegare i fenomeni narrati dall'Esodo in chiave razionale. Quel che l'attuale erede della cultura dei Sadducei ha immesso nella sua analisi espositiva è l'astio, il rancore e l'odio che mostra senza pudore alcuno verso la propria gente e le proprie radici storiche, fino a vergognarsi delle proprie radici e di tutto il passato (abramitico e mosaico in una sola e intima unità) tanto da rinnegare uno dei fondatori della memoria ebraica, Mosé (l'altro, Abramo, è completamente ignorato) perché ritenuto un impostore. Qui, davvero, l'oblio, porta a rifiutare i propri Lari e i propri Penati e a presentare se stesso senza i patrìa, senza memoria e senza storia. Apostata, non c'è dubbio, e senza alcun stile.

In un ben altro scenario e su ben più corpose preparazioni storico-giuridiche avviene la riflessione di A. Rabello sulle radici egiziane di una parte non minoritaria della tradizione giudaica in *Un israeliano a Congresso al Cairo, in Atti dell'Accademia di Scienze, lettere e belle arti degli Zelanti e dei Dafnici*, Acireale, 1988, pp. 59-74, ora in *Ebraismo e Diritto* [curante F. Lucrezi], Soveria Mannelli, 2009, vol. II, pp. 551-568 ("…in fin dei conti era proprio questo uno dei motivi fondamentali della mia commozione, della mia partecipazione al remoto passato del Paese del Nilo" a proposito della relazione introduttiva di Abou Taleb a quel Congresso che si risolse in una esaltazione della terra d'Egitto in cui nacque il monoteismo con la rivelazione di Dio a Mosé, l'Egitto inteso come "terra cara a tutte le religioni monoteistiche") secondo la benedizione di Isaia "benedetto l'Egitto, il mio popolo, e l'Assiria, opera delle mie mani, ma il mio possesso particolare è Israele" (XIX, 19-24).

Benedetto l'Egitto, dunque, perché opera delle mani di Dio, come opera di Dio è stato Mosé, come opera di Dio è stato Gesù di Nazareth, Iesùa ben Joseph e ben Mariam.

GIANFEDERICO CECANESE

La sottoscrizione del difensore nell'ambito della costituzione di parte civile. Note in margine ad un particolare orientamento della Cassazione

1. Il potere di tutela degli interessi civili lesi dal reato trova il suo addentellato storico nelle legislazioni napoleoniche[1].

Rispetto al passato, però, il codice Vassalli, ha apportato profonde innovazioni mutando la latitudine e le coordinate di tale potere al punto da rendere autonomo il processo penale rispetto ad ogni altro giudizio[2].

Il nuovo codice ha, invero, riconosciuto al danneggiato dal reato la possibilità di scegliere la giurisdizione davanti alla quale far valere le proprie pretese risarcitorie[3].

Di conseguenza, l'azione civile nel processo penale viene considerata una mera eventualità capace di inserire nello schema che individua gli attori principali del vicenda processuale nel giudice, nel pubblico ministero, nell'imputato e nel suo difensore anche la figura del danneggiato dal reato[4].

Il tutto in coerenza con i principi costituzionali ed in particolar modo con quello inerente il "giusto processo", di cui all'art. 111 Cost., a fronte dei quali il processo deve tradursi in un confronto ad armi pari: per

[1] PENNISI, voce, *Parte civile*, in EdD, XXXI, Milano, 1981, 986; Id., *Azione*, (Azione civile nel processo penale), in EGT, IV, Roma, 1989.

[2] Una diversa situazione si verificava durante la vigenza del codice Rocco il quale, invece, era fondamentalmente basato sui principi dell'unità della giurisdizione e della prevalenza del giudizio penale sull'azione e sul giudicato civile. In questi termini, cfr. per tutti, CONSO, *Capacità processuale penale*, (diritto processuale penale), in EdD, Milano, 1960, 134: LEONE, *Azione civile nel processo penale*, in EdD, IV, Milano, 1959, 430.

[3] Secondo la dottrina la scelta del legislatore del 1988 non nasconde lo sfavore per l'inserimento dell'azione civile nel processo penale. BALDELLI-BOUCHERD, *La vittima del reato nel processo penale*, Torino, 2003, 29 e ss.

[4] L'azione civile può essere esercitata sia dal danneggiato che dai suoi prossimi congiunti. La giurisprudenza di legittimità ha precisato che, in effetti, la titolarità non compete a tutti i successibili, ma soltanto a coloro che siano stati nominati eredi: i successibili non eredi, mna prossimi congiunti del danneggiato, possono comunque, esercitare l'azione civile nel processo penale *jure proprio*. Cass. Sez. IV, 19 aprile 2005, Giuliano, in CED n. 232413

questo motivo l'intervento di una parte ulteriore, che mira a realizzare interessi morali e civilistici, non provoca uno sbilanciamento a favore dell'accusa né, tantomeno, genera nel giudice quella "pressione inconscia" - correlata all'aspirazione a rendere comunque giustizia alla vittima del reato - tale da compromettere la serenità e la correttezza della decisione[5].

Coordinando le norme contenute negli artt. 74 c.p.p. e 185 c.p., si ricava il principio secondo cui l'azione civile può essere esercitata nel processo penale[6] sia per ottenere la restituzione delle cose perse in conseguenza del reato[7] sia, quando il reato abbia cagionato un danno patrimoniale o non, al fine di conseguire il risarcimento dello stesso[8].

La giurisprudenza di legittimità, in più occasioni, si è occupata di definire il concetto di "danno" risarcibile giungendo a ritenere tale solo quello che sia conseguenza diretta (o indiretta[9]) ed immediata dell'azione o omissione dell'autore del fatto penalmente rilevante[10] e costituisca lesione di un diritto soggettivo secondo lo schema delineato dall'art. 2043 c.c.[11].

Oltre al danno patrimoniale (che può essere suscettibile di valutazione economica) il sistema contempla anche la possibilità di risarcire il danno non patrimoniale[12] nel cui *genus* rientra il danno morale[13], il danno biologico[14] e il

[5] Corte Costituzionale, ordinanza 18 luglio 2002 n. 364, in GC, 2002, 2720.

[6] L'accoglimento dell'azione civile è ontologicamente connesso con l'affermazione della responsabilità penale dell'imputato. In queti termini Cass. Sez. V, 3 ottobre 2000, Macedonio, in CED n. 217280.

[7] Si tratta di quelle cose o di quei beni materiali sottratti alla disponibilità del soggetto passivo in occasione della commissione del reato. Brusco, *Danno non patrimoniale e costituzione di parte civile: gli enti e le associazioni esponenziali*, in DR, 2004, 1057: Giannini, *L'azione civile per il risarcimento del danno e il nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1990, 35.

[8] Quaglierini, *Le parti private diverse dall'imputato e l'offeso dal reato*, Milano, 2003, 12.

[9] Poiché l'art. 185 c.p. non lo esclude è risarcibile anche il danno indiretto o mediato. In tal senso Corte Ass. Milano, 29 novembre 1991, Palermo, in ANPP, 1991, 755.

[10] Cass. Sez. VI, 12 dicembre/1995, Finco, in CED n. 204140, secondo cui la mancanza di tale requisito legittima il giudice ad escludere la costituzione di parte civile senza che il relativo provvedimento possa considerarsi abnorme.

[11] Cass. Sez. I, 7 luglio 1992, p.m. in proc. Giacometti, in CED n. 191885.

[12] La cui valutazione economica risulta di difficile attuazione. Cass. Sez. I, 13 gennaio 1993, p.m. in proc. De Stefani, in CED n. 198547.

[13] Secondo la giurisprudenza questo tipo di danno è riconosciuto soltanto alla vittima del reato che sarà l'unica legittimata alla relativa pretesa. In questi termini Cass. Sez. II, 20 aprile 1994 Stefanelli, in CED n. 199701.

[14] Il "danno biologico" consiste nella menomazione dell'integrità psico-fisica dell'offeso, che trasforma in patologica la stessa fisiologica integrità e costituisce l'evento interno al fatto illecito, legato da un lato all'altra componente interna del fatto, il comportamento, da un nesso di causalità e dall'altro, alla (eventuale) componente esterna, danno morale *subiettivo* (o danno patrimoniale) da altro, diverso, ulteriore rapporto di causalità ma-

danno ambientale[15].

L'esercizio dell'azione civile nel processo penale[16] deve, necessariamente, avvenire con una dichiarazione di costituzione di parte civile che deve essere presentata in udienza preliminare o in dibattimento[17] e che contenga i requisiti formali previsti dalla norma codificata nell'art. 78 c.p.p.

Si tratta di requisiti necessari che delimitano il contenuto della dichiarazione e la cui mancanza determina la sanzione processuale dell'inammissibilità dell'azione civile[18].

La *ratio* sottesa alla norma in oggetto fonda sulla necessità di identificare i soggetti della vicenda processuale in modo certo, di tal che si possa instaurare un effettivo rapporto processuale civile: occorre, inoltre, esporre le ragioni che giustificano la domanda (*causa patendi*[19]) ed indicare la pretesa risarcitoria[20].

teriale. Esso è danno specifico, cioè un tipo di danno che si identifica con un tipo di evento, mentre il danno morale *subiettivo* è, invece, un genere di danno-conseguenza, che può derivare da una serie numerosa di tipi di eventi; così come genere di danno-conseguenza, condizione obiettiva di risarcibilità al pari di quello morale, è il danno patrimonaile, che, a sua volta, può derivare da diversi eventi tipici. Diversamente dalle conseguenze morali subiettive o patrimoniali che presuppongono avvenuto l'intero fatto illecito, cioè il comportamento più l'evento, e possono anche mancare in tutto o in parte, il "danno biologico", in quanto evento interno al fatto lesivo della salute, deve necessariamente esistere ed essere provato. In argomento di veda Corte Costituzionale, sentenza 14 luglio 1986 n. 186, in Pret. Lav., 2008, 40, 1919.

[15] Molteplici sono le pronunce in argomento sulla risarcibilità del danno ambientale e sulla relativa nozione. Si veda per tutte, Cass. Sez. III, 3 dicembre 2002, Veronese, in CED n. 223038.

[16] Tencati, *La tutela degli interessi civili nel processo penale militare*, in ANPP, 1996, 210: Tranchina, *I soggetti*, in Siracusano-Galati-Tranchina-Zappalà, Diritto processuale penale, Milano, 2008, I, 174: Zano Zencovich, *La responsabilità civile da reato*, Padova, 1989, 26.

[17] Nel caso in cui la dichiarazione di costituzione venga presentata fuori udienza e cioè nella cancelleria del giudice procedente è necessario notificarla a tutte le parti (responsabile civile, imputato e pubblico ministero). Secondo cass. Sez. IV 23 aprile 1997 Chini, in CP, 1999, 2937, la dichiarazione non va comunicata al pubblico ministero poiché organo estraneo al rapporto processuale civile. In dottrina Ichino, *La costituzione di parte civile nel processo penale. La legittimazione*, Padova, 1989, 13.

[18] Di Chiara, *Parte civile*, cit., 240: Mencarelli, *Parte civile*, in EGT, XXII, Roma, 1990.

[19] L'esposizione dei motivi che giustificano la domanda può anche non essere analitica essendo sufficiente il mero richiamo al capo di imputazione. Cass. Sez. V, 17 dicembre 2002, Santeroni, in CED n. 223879: Id., Sez. VI, 15 novembre 2002, Gori, in CED n. 225421: Id., Sez. I, 12 gennaio 2001, De Vico, in CED n. 218090.

[20] In verità non è necessaria l'esposizione dettagliata della pretesa risarcitoria che ben può essere posticipata al momento della conclusione ex art. 523 comma 2 c.p.p. Invece, secondo la giurisprudenza di merito la prospettazione generica del *petitum* e della pretesa risarcitoria risarcitoria determina l'inammissibilità della costituzione della parte civile. In tal senso trib. Roma, 27 novembre 1995, Giusti, in CP, 1996, 3144.

Infine, la dichiarazione deve contenere il nome del difensore e la relativa procura nonché la relativa sottoscrizione mancando la quale l'atto è, comunque, da ritenersi inammissibile[21].

2. Il tema relativo all'ammissibilità della costituzione della parte civile nel processo penale in assenza di un requisito formale quale la sottoscrizione del difensore è stato sottoposto all'attenzione della Suprema Corte la quale, con una sentenza peculiare[22], ha statuito il principio secondo cui "*l'atto di costituzione di parte civile, in calce al quale vi è la procura ad litem con l'indicazione del nome e del cognome del difensore cui spetta il potere di autentica della firma del danneggiato dal reato, assolve alle prescrizioni formalistiche contenute nell'art. 78 c.p.p. anche se nell'atto di costituzione manca l'indicazione del nome e del cognome del difensore (art. 78 lett. C c.p.p.) e/o la relativa sottoscrizione (art. 78 lett. E c.p.p.); infatti, l'atto di costituzione e la relativa procura, contenente il nome, il cognome e la sottoscrizione del difensore, devono considerarsi un unico documento. Ciò in considerazione del fatto che l'indicazione del difensore e la relativa sottoscrizione, apposta anche per autentica della firma del danneggiato, in calce alla procura non possono che riferirsi anche all'atto di costituzione contenuto nello stesso documento*".

Nell'occasione, la Corte, nell'ambito della sua funzione interpretativa, ha evidenziato, con argomentazioni del tutto condivisibili, che la mancata indicazione del nome e del cognome del difensore e/o della relativa sottoscrizione nell'atto di costituzione di parte civile non rende l'atto inammissibile ove, in calce allo stesso, è apposta la procura *ad litem* con l'indicazione del nome e del cognome del difensore e con l'autentica della sottoscrizione.

Infatti, secondo il ragionamento seguito dalla Corte, l'atto di costituzione e la relativa procura, contenente il nome ed il cognome del difensore, devono considerarsi un unico documento capace di assolvere alle prescrizioni formalistiche contenute nell'art. 78 c.p.p. di guisa che le formalità della procura finiscono per investire la stessa completezza formale dell'atto di costituzione di parte civile.

Ciò in considerazione del fatto che il contento della procura *ad litem* apposta in calce alla dichiarazione di costituzione di parte civile, non può che riferirsi (ed estendersi) anche all'atto di costituzione contenuto nello stesso documento.

[21] Cass. Sez. IV, 1 ottobre 1993, Valli, in CED n. 197355.
[22] Cass. Sez. V, 13 dicembre 2005, Ferrara n. 1178.

Ne consegue che, nel caso di specie, l'atto con il quale viene esercitata l'azione civile non può essere dichiarato inammissibile per l'inosservanza delle formalità previste dalla lett. *c)* e/o dalla lett. *e)* dell'art. 78 c.p.p. poiché sarebbe del tutto superflua una ripetizione delle relative formalità visto che nella procura *ad litem* apposta in calce allo stesso sono già contenute le predette indicazioni formali, così come prescritto dall'art. 78 c.p.p.

3. La *ratio* sottesa a tali prescrizioni, ed in particolare a quelle di cui alle lett. *c)* ed *e)* è, invero, quella di garantire sia la certezza del difensore nominato dal soggetto costituitosi parte civile sia la relativa accettazione dell'incarico professionale testimoniata proprio dalla sottoscrizione dell'atto.

L'argomento è ontologicamente connesso alla possibilità, per il danneggiato, di esercitare l'azione civile, in proprio o a mezzo di un procuratore speciale, nel processo penale.

La libertà di prediligere il processo penale quale sede giurisdizionale per la tutela degli interessi civili lesi dal reato trova le sue origini nelle codificazioni preunitarie che ne avevano mutuato la previsione dalle legislazioni napoleoniche[23].

Anche il legislatore del 1988, discostandosi dall'impostazione data all'istituto dal codice Rocco[24], ha riconosciuto al danneggiato la possibilità di scegliere la giurisdizione davanti alla quale chiedere la tutela dei diritti lesi[25].

Rispetto al codice abrogato, però, le norme di nuovo conio rafforzano le prerogative spettanti alla parte che agisce per la tutela dei propri interessi privatistici e, allo stesso tempo, privilegiano la separazione della vicenda risarcitoria da quella penale, incentivando l'espletamento dell'azione civile nella propria sede naturale[26].

[23] PENNINI, *Parte civile*, cit.; id., *Azione* (Azione civile nel processo penale), cit., Roma, 1985, 1 secondo cui l'istituto, anche nei successivi codice unitari (1865, 1913 e 1930) ha subito rilevanti trasformazioni tanto da risultare oggi profondamente diverso in molti dei suoi aspetti essenziali.

[24] Il codice Rocco (artt. 22 – 28 e 91 – 123) era fondamentalmente basato sui principi dell'unità di giurisdizione e della prevalenza del giudicato penale sull'azione e sul giudicato civile per cui riconosceva la pregiudizialità del processo penale su quello civile di danno. In argomento CONSO, *Capacità processuale penale*, (Diritto processuale penale), cit., Milano, 1959, 830.

[25] GHIARA, *sub artt. 74 – 89 c.p.p.*, in Commentario al nuovo codice di procedura penale, coordinato da CHIAVARIO, vol. I, Torino, 1989, 361.

[26] MANISCALCO, *L'azione civile nel processo penale*, Padova, 2006, 2.

In dottrina, si è osservato che dal complesso normativo si scorgono due principi tra di loro in rapporto di antitesi: da un lato si ha, infatti, il ridimensionamento del ruolo subalterno della parte civile, espresso nella riduzione del tradizionale principio dell'accessorietà dell'azione civile nel processo penale in modo da realizzare un'indiretta incentivazione all'ingresso nella sede penale; dall'altro, invece, si è voluto evitare la penetrazione di interessi extrapenali nell'iter di accertamento dei fatti-reato promovendo una depurazione della *jurisdictio* sui fatti-reato con meccanismi che hanno l'obiettivo di traslare le pretese privatistiche verso la loro sede naturale[27].

Tuttavia, è innegabile che la partecipazione del danneggiato al processo penale, pur eccezionale nel quadro dei rapporti tra giurisdizioni, risulti coerente nelle ipotesi in cui la necessità di trattamento unitario della causa consegua alla compresenza di profili di responsabilità penali e civili.

Pertanto, se l'art. 74 c.p.p. circoscrive il *petitum* dell'azione civile in sede penale[28], le norme contenute nell'art. 78 c.p.p., prescrivono le formalità da osservare per evitare che la costituzione di parte civile sia dichiarata inammissibile.

Secondo il *dictum* di tale ultima disposizione, l'atto con cui si esercita l'azione civile nel processo penale deve contenere le generalità della persona fisica o la denominazione dell'associazione o dell'ente che si costituiscono nonché le generalità del legale rappresentante (lett. a); le generalità o le indicazioni personali che servono ad identificare l'imputato (lett. b); il nome e il cognome del difensore con l'indicazione della procura (lett. c); l'esposizione delle ragioni che giustificano la domanda (lett. d) e la sottoscrizione del difensore (lett. e)[29].

La *ratio* sottesa a tale norma si rinviene nella necessità, evidenziata dal legislatore del 1988, di differenziare la manifestazione negoziale della volontà della parte privata che fa la dichiarazione di costituzione da quella di ricezione e presentazione della dichiarazione nel processo[30].

Infatti, al fine di dar vita ad una valida rappresentanza processua-

[27] In tal senso Amodio, *Parte civile, responsabile civile e civilmente obbligato per la pena pecuniaria*, in Amodio – Dominioni (a cura di), Commentario al nuovo codice di procedura penale, vol. I, Milano, 1989, 343.

[28] Cass. Sez. II, 31 maggio 1990, Mangani, in GI, 1991, II, 224; Cass. Sez. III, 17 gennaio 1984, Maruzzi, in GP, 1985, III, 225.

[29] Lualdi, *Formalità per la costituzione di parte civile*, in ANPP, 1999, 193.

[30] Pret. Firenze, ord. 15 aprile 1994, Nardini, in CP, 1995, 2810 con nota a cura di Svariati, *Procura speciale per la costituzione di parte civile e mandato al difensore per l'esercizio dell'azione civile nel processo penale*.

le della parte civile[31], in aggiunta all'indicazione del nome del difensore e della relativa procura (art. 78 lett. c) c.p.p.), il legislatore ha previsto che la dichiarazione debba contenere anche la sua sottoscrizione (art. 78 lett. e) c.p.p.), mancando la quale è da ritenersi inammissibile[32]: se, però, queste formalità sono presenti nella procura *ad litem* apposta in calce all'atto, non si pone alcun problema di ammissibilità dell'azione poiché, in questo caso, la procura non può che riferirsi all'atto di costituzione formando, con quest'ultimo, un unico documento.

Va in proposito osservato che l'art. 78 c.p.p., ed in particolare la disposizione contenuta nella lett. c) deve, necessariamente, coordinarsi con la norma che disciplina le formalità della procura – *mandato ad litem* - (art. 100 c.p.p.), la quale può essere apposta in calce o a margine della dichiarazione di costituzione ed ha l'effetto di conferire al difensore il potere rappresentativo processuale.

4. Il dato rappresenta un *novum* rispetto al codice previgente[33], il quale consentiva alla parte civile anche la possibilità di difendersi personalmente, nel senso che l' assistenza del difensore era meramente facoltativa e, quindi, di fatto assolutamente eccezionale[34].

Diversamente, nel nuovo codice la dichiarazione di parte civile non è più considerata atto riferibile alla persona del danneggiato, bensì "*atto di difesa tecnica*"[35].

Più precisamente, la figura del difensore assume le connotazioni tipiche del rappresentante tecnico necessario[36], amalgamandosi coerentemente alla *ratio legis* tendente ad armonizzare la disciplina inerente l'esercizio dell'azione civile nel processo penale con quella del processo civile.

L'argomento merita un'ulteriore approfondimento in quanto, sino ad ora, non si è tenuto conto della differente situazione che si verifica allorquando il danneggiato dal reato non possa o non voglia procedere per-

[31] Cass. Sez. V, 29 novembre 1996, Cassano, in CED n. 208199.

[32] Secondo un diverso orientamento la mancanza della sottoscrizione non determina l'inammissibilità della costituzione ma una mera irregolarità. Cfr. Cass. Sez. IV 1 ottobre 1993, Villi, in CED n. 197355.

[33] Fortuna, *I soggetti*, in Fortuna-Dragone-Fassone-Giustozzi, Nuovo manuale pratico del processo penale, Padova, 2002, 214.

[34] Cass. S.U., 29 novembre 1996, Cassano, in ANPP, 1997, 821.

[35] L'espressione è di De Roberto, *Responsabilità civile e processo penale*, Milano, 1990, 145.

[36] Così si esprime Riccio, *Rappresentanza processuale* (Il diritto processuale penale), in EGT, XXV, Roma, 1991, 8.

sonalmente ma decide di avvalersi di una persona di fiducia (*procuratore*) che tutela la sua posizione sostanziale compiendo tutti gli atti personali del danneggiato[37].

Tale possibilità trova il suo addentellato giuridico nella norma contenuta nell'art. 76 c.p.p. in base alla quale si consente l'esercizio dell'azione civile nel processo penale anche a mezzo di un procuratore speciale.

In questo caso, però, il danneggiato sarà obbligato a nominare, con procura speciale, un difensore che assumerà la rappresentanza processuale e diverrà, *ipso facto*, depositario della *legittimatio ad causam* attraverso la quale potrà compiere tutti gli atti che la legge riserva al titolare del diritto leso[38].

Epperò, anche se le norme contenute negli artt. 76 e 100 c.p.p. fanno riferimento ad una procura speciale, in quanto utilizzano la medesima locuzione, esse identificano atti non assimilabili, aventi natura e finalità profondamente diverse.

Con la procura disciplinata dall'art. 76 c.p.p. il soggetto legittimato *ad causam* conferisce al procuratore speciale il potere di esercitare, mediante la costituzione di parte civile, un diritto sostanziale, il diritto alle restituzioni e al risarcimento del danno con tutte le relative facoltà, compresa quella di nominare un difensore[39].

Il procuratore, cioè, agisce come un mandatario con funzioni di rappresentanza sostanziale e la legge, a tal uopo, gli conferisce il potere di rendere presente il rappresentato e di esercitare (giuridicamente) tutti i suoi diritti (ad esempio valutando la convenienza di costituirsi parte civile o disponendo dell'interesse in gioco mediante transazione e rinuncia)[40].

Tali prerogative sono sottese alla necessità, da parte del procuratore, di una nomina che contenga una procura speciale conferita nelle forme previste dalla norma contenuta nell'art. 122 c.p.p. (atto pubblico o scrittura privata autenticata) che, in quanto tale, costituisce atto autonomo rispetto alla dichiarazione di costituzione di parte civile[41].

[37] FORTUNA, *Procura speciale e procura a d litem: questioni di ammissibilità della costituzione di parte civile e diverse modalità di esercizio dell'azione penale*, in ANPP, 1997, 486.

[38] Cass. Sez. IV, 7 marzo 1996, p.c. in c. Durati, in GP, 1997, III, 371.

[39] Sulle formalità della procura speciale disciplinata dall'art. 76 c.p.p. cfr. Cass. Sez. V, 7 marzo 1995, Prati, in CP, 1996, 1533.

[40] LUALDI, *Formalità della costituzione di parte civile*, cit., 194.

[41] Secondo la definizione fornita da autorevole dottrina la procura speciale perfeziona un negozio giuridico con cui una persona si obbliga a compiere, per conto di altra persona e nell'interesse di essa, un determinato atto in modo da agire nel processo in qualità di rappresentante. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. II, Torino, 535.

Invece, la procura speciale prevista dall'art. 100 c.p.p. costituisce l'atto di nomina del difensore (mandato *ad litem*) e gli attribuisce lo *jus postulandi*, cioè il potere di compiere e ricevere, nell'interesse della persona rappresentata, tutti gli atti che dalla legge non sono ad essa espressamente riservati (art. 100 comma 4 c.p.p.)[42].

Di conseguenza, quando il danneggiato si costituisce a mezzo di un procuratore speciale occorrono due procure speciali (che possono anche essere conferite con un unico atto): l'una al rappresentante per l'esercizio dell'azione civile e l'altra al difensore per la rappresentanza tecnica necessaria.

Tuttavia, è possibile che anche la procura speciale disciplinata dall'art. 76 c.p.p. venga conferita al difensore: in tal caso questi acquisisce, di fatto, la duplice veste di rappresentante sostanziale e processuale.

Proprio con riferimento a quest'ultima ipotesi, si sono poste alcune questioni interpretative poiché l'esistenza e la validità della procura sono condizioni per l'ammissibilità della costituzione della parte civile nel processo penale.

In particolare, prima dell'intervento novellistico avvenuto con la legge 16 dicembre 1999 n. 479, sono emersi quattro distinti orientamenti.

Un primo orientamento ha evidenziato che nel caso di scrittura privata il difensore è messo nelle condizioni di certificare l'autografia poichè tale potere gli discende direttamente dall'art. 39 disp. att. ai sensi del quale il difensore, appunto, è autorizzato, in via generale e fermo quanto previsto da alcune disposizioni limitative, ad autenticare la sottoscrizione di tutti quegli atti per i quali il codice prevede tale formalità[43].

In altri termini, ogni qualvolta il codice preveda un generico onere di certificazione della sottoscrizione a carico della parte, il difensore è abilitato a svolgere un potere certificante che lo assimila ai pubblici ufficiali a ciò chiamati dalla legge in via ordinaria[44].

In un'ottica diametralmente opposta[45], considerando tassative le ipo-

[42] QUAGLIARINI, *Le parti private diverse dall'imputato e l'offeso dal reato*, in Trattato di procedura penale, diretto da UBERTIS-VOENA, vol. VIII, Milano, 2003, 80.

[43] SANTAMARIA, *Procura speciale e potere di autentica del difensore sull'interpretazione dell'art. 122 c.p.p*, in ANPP, 1991, 432.

[44] VALENTINI REUTER, *Forme anomale della procura speciale*, in GI, 1994, II, 740.

[45] FRIGO, *sub art. 100 c.p.p.*, in Commentario al nuovo codice di procedura penale, diretto da AMODIO-DOMINIONI, vol. I, Milano, 1989, 638, si veda anche SVARIATI, *Procura speciale per la costituzione di parte civile e mandato al difensore per l'esercizio dell'azione civile nel processo penale,* cit. 2813. In giurisprudenza cfr. Cass. Sez. I, 27 marzo 1998, Versace, in CED n. 210571.

tesi in cui il difensore possiede tale capacità, è stato ritenuto illegittimo l'esercizio del correlativo potere quando il mandato non è posto in calce o a margine dell'atto[46].

Su altro versante, invece, si è precisato che nei casi previsti dall'art. 100 c.p.p. il procuratore mantiene sempre la potestà certificatoria per cui la procura è valida anche laddove la certificazione dell'autografia è effettuata in un atto diverso[47].

Infine, è stato precisato che al difensore non si può negare una capacità generale di autentica della firma dell'assistito: tuttavia, solo il conferimento del mandato posto in calce o a margine dell'atto di costituzione esulerebbe la parte dall'utilizzare quell'esasperato formalismo richiesto dall'art. 2703 c.c. potendo impiegare modalità più sintetiche paragonabili ad una sorta di "*procura minore*"[48]. In questo senso si sono pronunciate anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione[49] le quali, nel risolvere la *vexata questio*, hanno negato al difensore la possibilità di esercitare un potere certificatorio generale[50], ribadendo il carattere eccezionale delle norme che conferiscono tale potere con la conseguenza che non possono essere applicate al di fuori dei casi tassativamente previsti.

Ne consegue che egli sarà legittimato ad autenticare la sottoscrizione del mandato alle liti ma non quella della scrittura di conferimento della procura speciale prevista dall'art. 76 c.p.p.

Con l'intervento di *restailing*[51], operato dalla legge 16 dicembre 1999

[46] Cass. S.U., 18 giugno 1993, De Paoli, in CP, 1994, 45, secondo cui il difensore non è munito istituzionalmente di potere certificatorio generale e le norme che conferiscono tale potere hanno carattere eccezionale e, quindi, non possono essere applicate al di fuori dei casi tassativamente previsti.

[47] LUPO, *sub art. 39 D. Lgs., 29 luglio 1989 n. 271*, in Commentario al nuovo codice di procedura penale. Norme di coordinamento e transitorie, diretto da AMODIO-DOMINIONI, vol. I, Milano, 1990, 173.

[48] POTETTI, *Sottoscrizione del difensore sulla dichiarazione di costituzione di parte civile e relativa procura speciale*, in RP, 1996, 417.

[49] Cass. S.U., 19 maggio 1999, Pediconi, in CP, 2000, 1143, con nota a cura di LUZI, *Facoltà di disporre del diritto: mandato ad litrem o procura speciale autenticata?*.

[50] Cass. Sez. I, 27 marzo 1998, Versace, cit.

[51] L'art. 13 della legge 16 dicembre 1999 n. 479, che ha modificato l'art. 100 comma 1 c.p.p., ha ampliato i poteri del difensore riconoscendogli il potere di autenticare la sottoscrizione della scrittura privata con la quale gli viene conferito il mandato difensivo. Inoltre, ha integrato l'art. 122 comma 1 c.p.p. prevedendo espressamente che, quando la procura speciale per determinati atti è rilasciata per scrittura privata, sempre al difensore, questi può autenticarne la sottoscrizione. In argomento v. CONTI, *L'ampliamento della potestà di certificazione del difensore verso una maggiore tutela della parte civile*, in Il processo penale dopo la riforma del giudice unico, a cura di PERONI, Padova, 2000, 215.

n. 479, si sono eliminati tutti i disagi interpretativi sorti al riguardo e si è riconosciuto al difensore il potere di certificare, in ogni caso, la paternità della sottoscrizione, sempre che si tratti di una scrittura privata, tanto se la procura venga conferita in un atto materialmente diverso da quello introduttivo[52], quanto nell'ipotesi in cui essa sia posta in calce o a margine del medesimo.

In altre parole, il difensore è messo nelle condizioni di certificare l'autenticità della sottoscrizione sia della procura speciale (artt. 76 e 122 c.p.p.) che gli conferisce la rappresentanza sostanziale, sia di quella che (art. 100 comma 1 e 2 c.p.p.), con atto separato o apposto in calce o a margine della dichiarazione di costituzione, gli assegna la rappresentanza processuale[53].

Le argomentazioni sin qui svolte inducono a condividere il ragionamento seguito dalla Corte soprattutto in considerazione del fatto che, sul piano pratico, si evita che il difensore debba, nei casi più frequenti, procedere ad una doppia firma o ad una doppia certificazione dell'autografia della sottoscrizione del suo assistito: cioè di quella apposta ai fini della procura speciale (art. 100 comma 2 c.p.p.) e di quella contenuta nella dichiarazione a mezzo della quale lo stesso soggetto si costituisce parte civile[54].

Infatti, ciò che rileva ai fini dell'ammissibilità dell'azione civile nel processo penale è che, al momento della costituzione di parte civile in giudizio, entrambi gli atti (costituzione e procura) esistano in quanto, appunto, essi costituiscono un'insieme coerente ai fini della disciplina prevista dall'art. 78 c.p.p.[55].

[52] Cass. Sez. III, 19 gennaio 2000, Severino, in CED n. 215462.
[53] Filippi, *sub art. 13 L. n. 479 del 1999*, in LP, 2000, 316.
[54] Cass. Sez. III, 30 luglio 2002, La Torre, in Guid. Dir., 2002, fasc. 9, 60.
[55] Cass. Sez. V, 18 maggio 2004, Viscardi, in CED n. 228710.

LUISA CORAZZA

La nozione di trasferimento di parte dell'impresa nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea[1]

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La determinazione del complesso organizzativo oggetto della cessione. - 2.1. La de-materializzazione dell'impresa oggetto del trasferimento. - 2.2. Il caso *Suzen* e oltre: maggiori precisazioni o inversione di rotta?. - 2.3. La differenziazione della fattispecie in relazione all'attività esercitata. - 3. La prospettiva diacronica del trasferimento d'impresa: la conservazione dell'identità dell'attività economica. - 3.1. La conservazione dell'autonomia della parte di azienda ceduta ai fini della determinazione del campo di applicazione della direttiva. - 3.2. La conservazione dell'autonomia della parte di azienda ceduta ai fini della continuità della rappresentanza sindacale. - 4. L'impatto sull'ordinamento interno: spunti conclusivi.

1. *Introduzione*

A partire dalla metà degli anni ottanta, si registra nella giurisprudenza della Corte di Giustizia un'opera di progressivo affinamento del concetto di trasferimento di impresa contenuto nella direttiva 77/187/CEE e confluito prima nella direttiva 98/50/CE, poi nella direttiva 2001/23/CE, che all'art. 1, n. 1, lett. b) recita: "è considerato come trasferimento ai sensi della presente direttiva quello di un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come un insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria".

Tra le numerose questioni che la Corte ha dovuto affrontare in proposito, quelle maggiormente controverse attengono alla definizione del concetto di *parte* dell'impresa. Il che non sorprende se si pensa alla crescente diffusione, nel corso negli ultimi trent'anni, delle operazioni di *outsourcing* o, più in generale, di segmentazione delle attività imprenditoriali, diffusione che ha posto la giurisprudenza di fronte alla soluzione di problemi nuovi.

In particolare, la delimitazione del concetto di autonomia organizzativa del complesso oggetto del trasferimento è stata oggetto di nume-

[1] Il presente scritto riproduce la relazione dell'autrice all'incontro di studio "Esternalizzazione, cessione e riarticolazione dell'azienda: profili funzionali e forme di protezione dei lavoratori", tenutosi il 17 maggio 2010 presso la Facoltà di Economia dell'Università di Roma 3.

rose precisazioni da parte della Corte di giustizia. Si tratta, invero, di un concetto che può essere analizzato e precisato sotto di diverse angolazioni: sotto il profilo della definizione degli elementi sufficienti ad identificare quali caratteristiche deve presentare un complesso organizzativo affinchè lo si possa considerare come "parte dell'impresa"; e sotto il profilo, che rileva nel momento diacronico, della presenza di questa autonomia organizzativa e della sua conservazione anche dopo la cessione.

La definizione del primo aspetto ha avuto un influsso significativo sull'evoluzione della nozione di trasferimento di ramo d'azienda nel diritto interno in quanto ha indotto la giurisprudenza italiana ad abbandonare una concezione "materiale" dell'azienda oggetto del trasferimento, sottolineando il rilievo patrimoniale dei beni immateriali nei settori ad alta tecnologia e ad alta intensità di lavoro. La definizione del secondo aspetto, che in ambito europeo ha visto impegnata la giurisprudenza con alcune recentissime pronunce, potrebbe produrre, invece, i suoi effetti sul dibattito interno con riferimento all'annosa questione sulla "preesistenza" dell'autonomia del ramo di azienda oggetto di cessione.

2. *La determinazione del complesso organizzativo oggetto della cessione*

Iniziando ad analizzare la questione dal primo dei due temi sopra menzionati – quello che attiene alla determinazione di che cosa si intenda per complesso organizzativo ai fini della cessione – si può subito rilevare che la più recente giurisprudenza della Corte di giustizia conferma la tendenza della Corte a procedere secondo un approccio che privilegia la valutazione complessiva degli elementi rilevanti ai fini della delimitazione della fattispecie, differenziando le diverse situazioni in relazione al contesto di riferimento.

L'orientamento descritto ha iniziato ad affacciarsi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia europea a metà degli anni ottanta con la sentenza *Spijkers.* In quella celebre sentenza, la Corte ha affermato che "dev'essere preso in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione di cui trattasi, fra le quali rientrano in particolare il tipo d'impresa o di stabilimento in questione, la cessione o meno di elementi materiali, quali gli edifici e i beni mobili, il valore degli elementi immateriali al momento della cessione, la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela, nonché il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione di tali attività. Tali elementi costituiscono, tuttavia, soltanto aspetti parziali della valutazione complessiva cui si deve procedere e non

possono, perciò, essere considerati isolatamente"[2].

2.1. La de-materializzazione dell'impresa oggetto del trasferimento

Partendo da questa prospettiva, la giurisprudenza successiva ha continuato, fino alla seconda metà degli anni '90, ad allargare il campo di applicazione della direttiva, dando luogo ad una fattispecie tendenzialmente aperta, comprensiva di tutti i casi di cambiamento dell'imprenditore e di permanenza dell'identità dell'attività economica, anche senza cessione di elementi patrimoniali. In particolare, il dato più innovativo della giurisprudenza di questi anni è individuabile nell'accento sulla "dematerializzazione" del complesso organizzato oggetto del trasferimento: l'identità dell'attività esercitata rappresenta il fulcro del campo di applicazione della direttiva.

Secondo la Corte di Giustizia, la direttiva 77/187/CEE includeva nel suo campo di applicazione le ipotesi in cui il cessionario proseguiva l'esercizio dell'impresa con attività identiche o analoghe, anche se la cessione si configurava come mera successione in una posizione contrattuale.

Si ricordano, in questo filone, la successione nella gestione di un servizio mensa all'interno di un'impresa (CGCE 12 novembre 1992, causa 209/91, *Watson Rask, k. Christensen*)[3] o il mutamento di titolarità di un contratto di concessione di vendita (CGCE 7 marzo 1996 (cause riunite 171/94 - 172/94), *Mercks*)[4]. Con riferimento, in particolare, al rilievo dei beni materiali, la più significativa apertura si è avuta con la sentenza *Schmidt* (CGCE 14 aprile 1994, Causa C-392/92, *Schmidt*)[5], che ha incluso nel campo di applicazione della disciplina anche l'affidamento in appalto di servizi di pulizia precedentemente svolti da un solo dipendente dell'azienda.

Seguendo questa linea, la Corte ha ritenuto applicabile la direttiva anche nei casi in cui l'Autorità Pubblica trasferisce la concessione ad un altro ente che prosegue l'esercizio della medesima attività (CGCE 19 maggio 1992, causa 29/91, *Redmond Stichting*)[6], risultando essenziale il fatto che tra le imprese parti della cessione contrattuale sussista un rappor-

[2] Cfr. CGCE 18 marzo 1986, Causa C-24/85, *Spijkers,* in Racc. 1086, 1119, punti 11-13.

[3] Cfr. CGCE 12 novembre 1992, causa 209/91, *Watson Rask, k. Christensen*, in *Not. Giur. lav.*, 1992, 863.

[4] Cfr. CGCE 7 marzo 1996 (cause riunite 171/94 - 172/94), *Mercks*, in *Lav. giur.,* 1996, p. 717 ss., con nota di Corazza.

[5] Cfr. CGCE 14 aprile 1994, Causa C-392/92, *Schmidt,* in Racc., I-1311.

[6] Cfr. CGCE 19 maggio 1992, causa 29/91, *Redmond Stichting*, in *Racc*., 1992, I-3212.

to di continuità nell'esercizio dell'attività economica (CGCE 19 settembre 1995, causa C-48/94, *Rygaard)* [7].

2.2. *Il caso* **Suzen** *e oltre: maggiori precisazioni o inversione di rotta?*

Verso la fine degli anni novanta la Corte di giustizia ha corretto parzialmente le proprie posizioni, precisando il significato di complesso organizzato richiesto ai fini dell'applicazione della direttiva.

La svolta è stata compiuta con la sentenza *Suzen* dell'11 marzo 1997, in cui la Corte ha affermato che, perché si possa parlare di trasferimento d'impresa, non è sufficiente l'affidamento della mera attività ad un nuovo imprenditore (nella specie si trattava della successione in un appalto di pulizia), quando l'operazione non è accompagnata dalla cessione di elementi patrimoniali significativi – anche immateriali – o dall'assunzione, da parte del nuovo imprenditore, di una parte significativa del personale[8]. Occorre, pertanto che venga trasferita un'entità dotata di un *minimum* di organizzazione, sia essa composta da beni materiali (elementi patrimoniali significativi), o immateriali (riassunzione di una parte significativa del personale).

Questa posizione viene poi ulteriormente sostenuta nelle sentenze successive, in cui, pur rimettendo al giudice nazionale la valutazione circa la sussistenza di un trasferimento di entità economica, la Corte ha affermato che quest'ultima si riferisce ad un "complesso organizzato di persone e di elementi che consentono l'esercizio di un'attività economica finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo" (CGCE 10 dicembre 1998, cause riunite C-127/96, C-229/96, C-74/97, *Hernandez Vidal*; CGCE 10 dicembre 1998, cause riunite C-173/96, C-247/96, *Hidalgo*)[9].

Il punto è stato poi precisato ulteriormente, quando la Corte di Giustizia si è trovata a decidere se la ripresa di attività di trasporto pubblico – mediante l'esercizio di linee locali di autobus – a seguito del procedimento di aggiudicazione di un appalto possa rientrare nella sfera di applicazione della direttiva 77/187/CE (CGCE, 25 gennaio 2001, C-0172/99, *Oy Liikenne Ab c. Pekka Liskojarvi* [10]. La questione è stata risolta

[7] Cfr. CGCE 19 settembre 1995, causa C-48/94, *Rygaard*, in *Racc.*, 1995, I-2758.

[8] Cfr. CGCE 11 marzo 1997, causa C- 13/95, *Suzen*, in *Foro it*, 1998, IV, 437, con nota di Cosio.

[9] Cfr. CGCE 10 dicembre 1998, cause riunite C-127/96, C-229/96, C-74/97, *Hernandez Vidal,* in *Racc.*, 1998, p. I-08179; CGCE 10 dicembre 1998, cause riunite C-173/96, C-247/96, *Hidalgo,* in *Racc.*, 1998, p. I-08237.

[10] CGCE, 25 gennaio 2001, C-0172/99, *Oy Liikenne Ab c. Pekka Liskojarvi*, in *Racc.*, 2001, p. I-00745; CGCE 2 dicembre 1999, C- 234/98, *Allen,* in *Racc.,* 1999, p. I-8643.

in base alla valutazione di un complesso di circostanze di fatto, tra le quali si è attribuito un rilievo centrale al genere di impresa o di stabilimento di cui trattasi nel caso concreto. "Ne consegue che l'importanza da attribuire rispettivamente ai singoli criteri attinenti alla sussistenza di un trasferimento ai sensi della direttiva varia necessariamente in funzione dell'attività esercitata, o addirittura dei metodi di produzione e di gestione utilizzati nell'impresa, nello stabilimento o nella parte di stabilimento in questione"[11]. Quando l'attività è basata essenzialmente sul lavoro umano, deve ravvisarsi il trasferimento di un'entità economica organizzata anche nel caso in cui il nuovo imprenditore si limiti a riassumere una parte, se pure significativa, di personale. Qualora, al contrario, il trasferimento avvenga in un settore "ove gli elementi materiali contribuiscono in maniera importante all'esercizio dell'attività", allora l'assenza di una significativa cessione di tali elementi induce a ritenere che l'entità economica non mantiene la propria identità. Per cui, ad esempio, nel settore del trasporto pubblico con autobus la direttiva 77/187 non è applicabile se elementi materiali significativi non passano dal vecchio al nuovo appaltatore.

Sulla scorta di questo ragionamento si colloca anche la sentenza *Abler* del 20 novembre 2003[12], relativa al subentro in un contratto di appalto di ristorazione collettiva in un ospedale. Secondo la Corte, la direttiva si applica nel caso di subentro nell'appalto quando il secondo imprenditore utilizza rilevanti elementi patrimoniali di cui si è servito il primo imprenditore e messi a disposizione dal committente, anche se il secondo imprenditore ha manifestato l'intenzione di non riassumere i dipendenti del primo imprenditore.

2.3. La differenziazione della fattispecie in relazione all'attività esercitata

La giurisprudenza più recente in materia conferma l'approccio flessibile adottato con la sentenza Spijkers, in particolare laddove sottolinea la necessità di attribuire, nella definizione di trasferimento di impresa, un peso diverso ai singoli fattori della produzione a seconda del settore produttivo in cui l'impresa si trovi ad operare. La nozione di impresa elaborata dalla Corte di Giustizia ai fini del trasferimento ha assunto, invero, fattezze diverse a seconda dell'attività esercitata e dei metodi di produzione o di gestione utilizzati.

[11] CGCE, 25 gennaio 2001, cit., par. 35.

[12] Cfr. CGCE 20 novembre 2003, Causa C-340/3001, Abler, in Lav. Giur., 2004, 27, con nota di Casale.

Nelle ultime sentenze, e con particolare riferimento alle attività che sono oggetto di esternalizzazione, la Corte rileva che gli elementi patrimoniali possono essere assenti, o di minima entità nelle imprese o parti di impresa oggetto di trasferimenti. È questo l'esempio della recente sentenza *Mohamed Jouini* (CGCE 13 settembre 2007, Causa C-458/05, *Mohamed Jouini)* [13], che riguarda il trasferimento di un gruppo di lavoratori somministrati, unitamente ad una parte del personale amministrativo di un'agenzia di somministrazione. In, questo caso, il gruppo di lavoratori oggetto del trasferimento è stato ritenuto un complesso operativo di per sé sufficiente a consentire la fornitura di prestazioni di lavoro caratteristiche dell'attività esercitata, senza la necessità di ricorrere ad altri significativi mezzi di produzione.

Ciò non significa tuttavia che in assoluto gli elementi patrimoniali siano privi di rilevanza: quando, infatti, le attività esercitate non riposano esclusivamente sull'attività lavorativa ma richiedono l'impiego di materiale ed impianti importanti, l'assenza di una cessione di tali elementi deve indurre l'interprete ad escludere che l'entità economica abbia conservato la sua identità[14].

Analogo discorso deve essere fatto per la cessione di beni immateriali, tra cui rientra anche il capitale umano dell'impresa. Il fatto che la cessione di un'attività sia stata accompagnata dalla cessione dell'intero organico ad essa dedicato può essere un indice dell'alta intensità di lavoro di quella attività, ma non può essere considerato determinante ai fini della qualificazione di quell'operazione come trasferimento d'impresa o di parte dell'impresa ai sensi della direttiva 2001/23.

La necessità di attribuire un'importanza diversa ai singoli criteri in relazione all'attività esercitata o ai mezzi di produzione impiegati viene specificata soprattutto nella sentenza *Nurten Guney-Gorres* (CGCE 15 dicembre 2005, Cause riunite 232/04, C-233/04, *Nurten Guney-Gorres*)[15], relativa ad una caso di subentro nell'appalto. In questa pronuncia la Corte ha affermato che il trasferimento di mezzi di produzione rappresenta solo un aspetto parziale della valutazione complessiva che il giudice

[13] CGCE 13 settembre 2007, Causa C-458/05, *Mohamed Jouini,* inedita.

[14] Ovviamente quando ci si riferisce ai beni materiali utilizzati, il riferimento è a quel complesso di beni necessari per lo svolgimento dell'attività e dei servizi oggetto di cessione. Nulla hanno a che vedere con tale valutazione i beni in relazione ai quali i servizi vengono forniti (ad esempio gli edifici, le strade, i parchi, in relazione ai quali vengono forniti i servizi di pulizia, giardinaggio, manutenzione). Conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston, 6 maggio 2010, Causa C-151/09, inedite, punto 39.

[15] CGCE 15 dicembre 2005, Cause riunite 232/04, C-233/04, Nurten Guney-Gorres.

nazionale deve compiere nella verifica della sussistenza di un trasferimento d'impresa ai sensi della direttiva 2001/23.

3. *La prospettiva diacronica del trasferimento d'impresa: la conservazione dell'identità dell'attività economica*

Se si analizza invece il tema in una prospettiva "diacronica", appaiono particolarmente interessanti alcune recenti questioni sottoposte all'attenzione della Corte di Giustizia.

In realtà, la Corte si è trovata ad affrontare il problema del trasferimento di parte dell'impresa in prospettiva diacronica con riferimento a due diverse ipotesi applicative: da un lato, il problema si è posto con riferimento al classico problema della conservazione dell'identità economica dell'entità trasferita; d'altro lato la questione che la Corte sta affrontando in questi mesi attiene alla determinazione del concetto di autonomia dell'entità trasferita i fini della conservazione delle rappresentanze sindacali aziendali (art. 6, direttiva 2001/23).

L'interesse della questione è dato dal fatto che la prospettiva diacronica potrebbe introdurre alcuni elementi di restrizione del campo di applicazione della direttive, laddove, al contrario, la centralità del dato della conservazione dell'identità dell'entità economica trasferita ha da sempre rappresentato l'emblema dell'approccio flessibile della Corte di Lussemburgo al campo di applicazione della direttiva.

3.1. La conservazione dell'autonomia della parte di azienda ceduta ai fini della determinazione del campo di applicazione della direttiva

Nella sentenza *Klaremberg* del 12 febbraio 2009[16] la Corte di Giustizia ha dovuto affrontare il problema dei limiti alle modifiche organizzative apportate dal cessionario dopo la cessione. In sostanza, il problema che si è posto alla Corte riguardava l'ipotesi, tutt'altro che astratta nelle attuali vicende complesse che le trasformazioni di impresa comportano, di un trasferimento di parte dell'impresa cui erano seguite significative modifiche dell'organizzazione originaria da parte del cessionario, che aveva in pratica assorbito il contesto organizzativo acquisito all'interno di una propria precedente struttura organizzativa.

Ora, dato che il concetto europeo di trasferimento di impresa ruota tutto attorno alla conservazione dell'identità economica dell'entità tra-

[16] CGCE 12 febbraio 2009, causa C-466/07, *Klarenberg*, inedita.

sferita, è stato chiesto alla Corte di valutare se si possa parlare di trasferimento di impresa ai sensi della direttiva soltanto nel caso in cui il cessionario continui, dopo il trasferimento, ad utilizzare l'unità trasferita quale parte di stabilimento autonoma dal punto di vista organizzativo, oppure se tale qualificazione sia possibile anche qualora tale autonomia organizzativa venga meno. Nel caso concreto, la parte di azienda trasferita era stata assorbita, dopo il trasferimento, in un'azienda di maggiori dimensioni.

Nell'argomentazione offerta la Corte afferma che, con riferimento all'organizzazione, è vero che tale fattore concorre a definire l'identità di un'entità economica; ciò non implica tuttavia, che una modifica della struttura organizzativa sia di ostacolo all'applicazione della direttiva. Il punto è che, per definire il concetto di "insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica" occorre valutare non solo l'elemento organizzativo, ma anche il dato del proseguimento dell'attività economica.

Secondo i giudici di Lussemburgo, il concetto di parte di azienda trasferita non richiede il mantenimento dell'organizzazione specifica imposta dall'imprenditore, ma presuppone il mantenimento del nesso funzionale di interdipendenza e complementarietà tra i diversi fattori. Solo il mantenimento di tale nesso funzionale consente al cessionario di utilizzare i diversi fattori.

In sintesi, il campo di applicazione della direttiva si estende anche alle situazioni in cui la parte di azienda ceduta non conserva la sua autonomia dal punto di vista organizzativo, a condizione che venga mantenuto il nesso funzionale tra i fattori di produzione trasferiti in modo che al cessionario sia consentito di proseguire, utilizzando questi fattori produttivi, un'attività economica identica o analoga.

3.2. La conservazione dell'autonomia della parte di azienda ceduta ai fini della continuità della rappresentanza sindacale

Il problema che si è posto ai giudici europei nella sentenza *Klarenberg* è diverso da quello che è attualmente sottoposto all'esame della Corte di Lussemburgo nel caso *Federacion de Servicios Pubblicos de la UGT*, di cui abbiamo al momento solo le conclusioni dell'Avvocato Generale[17]. Si tratta in questo caso dell'interpretazione di una disposizione della direttiva non ancora sottoposta all'esame della Corte di giustizia: l'art. 6, direttiva 2001/23, che disciplina la continuità delle rappresentanze sinda-

[17] Conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston, 6/5/2010, Causa C-151/09, *Federacion de Servicios Publicos de la UGT.*

cali in caso di trasferimento di imprese, nel caso in cui la parte di azienda trasferita abbia conservato presso il cessionario la sua "autonomia".

Le conclusioni dell'Avvocato generale in questo caso chiariscono che l'"autonomia" della parte di azienda trasferita richiesta affinchè sia applicata la disposizione riguardante la conservazione delle rappresentanze sindacali aziendali non ha nulla a che vedere con il grado di autonomia organizzativa richiesta al fine della definizione del concetto di trasferimento di imprese. Sono, infatti, diversi sia i presupposti che le finalità delle due disposizioni, volte, l'una, a garantire il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di un'impresa o di una sua parte, e, la seconda, a garantire la permanenza in vita delle rappresentanze sindacali quando il nucleo trasferito rimanga identico, dal punto di vista organizzativo, presso l'impresa cessionaria.

I presupposti dell'autonomia organizzativa ai fini dell'applicazione della direttiva, ricorda l'Avvocato generale, devono essere interpretati secondo una valutazione complessiva, che tenga conto di tutti gli elementi necessari affichè si possa parlare di un'entità economica che conserva la sua identità. Rientrano in questa valutazione elementi diversi, come i mezzi materiali ed immateriali, che giocano un ruolo diverso a seconda del settore di riferimento dell'attività esercitata.

Da ciò deriva che le nozioni di "identità" dell'attività esercitata, richiesta dall'art. 1, n. 1 lett. b) della direttiva per la determinazione del suo campo di applicazione e di "autonomia" di cui all'art. 6 della direttiva (in tema di rappresentanze sindacali), non possono essere interpretate allo stesso modo. La valutazione circa la conservazione dell'autonomia necessaria per stabilire la permanenza delle rappresentanze sindacali richiede di essere compiuta in una fase successiva a quella in cui opera la verifica della conservazione della identità: essa interviene, invero, una volta accertata l'inclusione all'interno del campo applicativo della direttiva 2001/23. Da ciò deriva che ai due concetti deve essere attribuito un diverso significato.

Successivamente alla cessione, la parte di azienda trasferita può o essere sciolta e assorbita dall'attività del cessionario – e in questo caso deve permanere quel nesso funzionale tra i fattori produttivi richiesto dalla sentenza *Klarenberg* -, oppure può continuare ad operare nell'ambito dell'impresa cessionaria quale entità che può essere identificata separatemente.

Secondo le osservazioni presentate dalla Commissione alla causa in oggetto l'autonomia dell'entità trasferita viene mantenuta quando l'entità mantiene la struttura organizzativa imposta dal cedente. Viceversa, essa viene meno quando, nonostante il nesso funzionale di interdipendenza tra i diversi fattori produttivi, tali elementi vengono integrati, dopo

il trasferimento, in una nuova e diversa struttura organizzativa.

Questa interpretazione sembra conforme alle finalità della norma, che è quella di conservare la rappresentanza dei lavoratori solo laddove l'entità trasferita conservi una propria autonomia: nel caso contrario, la permanenza in vita della rappresentanza sindacale costituita presso l'impresa cedente non farebbe che sovrapporsi alla rappresentanza sindacale della nuova struttura organizzativa, dando luogo ad occasioni di confusione e conflitto.

4. *L'impatto sull'ordinamento interno: spunti conclusivi*

La questione dell'impatto sull'ordinamento interno va affrontata tenendo presente, in primo luogo, che, anche qualora si dovesse ritenere che la direttiva sul trasferimento di impresa sia dotata dei requisiti necessari a produrre effetto diretto, questo effetto è limitato ai rapporti verticali – quelli, cioè, che attengono alla relazione del cittadino con la pubblica amministrazione – mentre un tale effetto è precluso ai rapporti orizzontali[18]. Il che sottrae all'impatto diretto della direttiva tutte le ipotesi in cui il trasferimento opera nel contesto dell'impresa privata. Non va tuttavia dimenticato che l'effetto diretto verticale copre tutti i casi in cui il trasferimento coinvolge la Pubblica Amministrazione, che sono ormai assai numerosi, sia nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, che in quella delle corti domestiche.

In ogni caso, va attribuita la dovuta importanza all'impatto che la direttiva può avere sul diritto interno "vivente" in virtù del c.d. effetto indiretto delle direttive, che impone ai giudici nazionali di optare per l'interpretazione conforme al diritto europeo. Com'è noto, l'obbligo di interpretazione conforme trova un limite nell'impossibilità di offrire un'interpretazione "*contra legem*" del diritto interno: al giudice nazionale è pertanto precluso di performare la norma interna al punto di attribuirle un significato contrario a quello desumibile dal testo letterale. Allo stato, non sembra però che il diritto dell'Unione europea, né quello derivante dalla direttiva, né quello che risulta dall'opera interpretativa della Corte di Giustizia si ponga in contrasto con il nostro diritto interno. Piuttosto, alcuni elementi emersi da questa recente giurisprudenza possono offrire utili spunti interpretativi per meglio inquadrare questioni che

[18] Ricorda tale limitazione, proprio con riferimento alla direttiva sul trasferimento d'impresa, Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105, in D&L, 2002, 905.

nel diritto domestico risultano ancora, in parte, aperte.

Uno spunto utile è offerto, anzitutto, dall'approccio flessibile della Corte con riferimento al complesso organizzativo. La giurisprudenza più recente conferma l'orientamento volto a graduare di rilievo dei beni materiali o immateriali sul tipo di attività esercitata e sul diverso impiego in essa dei fattori produttivi, secondo un orientamento che appare prevalere anche nel diritto interno. Si pensi in proposito alla legislazione sull'appalto – figlia, peraltro, di un consolidato orientamento giurisprudenziale – che attribuisce all'organizzazione di mezzi un rilievo differenziato a seconda che si tratti di attività dove i mezzi materiali acquisiscono importanza determinante (art. 29, d. lgs. n. 276/2003). Sembra, così, consolidarsi una visione omogenea – a livello interno ed europeo, e relativa sia all'appalto che al trasferimento d'azienda – che valuta le operazioni di segmentazione delle attività produttive alla luce del contesto economico di riferimento.

In secondo luogo, i ragionamenti svolti nella sentenza *Klaremberg* del 2009 potrebbero offrire lumi sull'interpretazione del requisito della preesistenza. E' stato, infatti, osservato in dottrina che il requisito della preesistenza si presenta come l'altra faccia della medaglia del ragionamento sulla conservazione dell'identità dell'attività economica esercitata.[19] Ora, il fatto che la Corte abbia ritenuto applicabile la Direttiva anche laddove il ramo di azienda trasferito si dissolva nella struttura organizzativa del cessionario, ma a condizione che venga mantenuto il "nesso funzionale di interdipendenza e complementarietà" tra i diversi fattori della produzione trasferiti potrà avere un influsso sull'interpretazione – orientata in modo compatibile al diritto dell'Unione europea - dell'art. 2112 c.c. Dopo la sentenza *Klaremberg* sembra, infatti, difficile pensare ad un'identificazione dell'autonomia del ramo d'azienda oggetto del trasferimento che prescinda da criteri di interdipendenza tra i fattori produttivi determinabili su basi oggettive, e, in un'ultima analisi, già esistenti.

[19] Osserva C. Cester, *Due recenti pronunzie della Corte di Giustizia europea in tema di trasferimento d'azienda. Sulla nozione di ramo d'azienda ai fini dell'applicazione della direttiva e sull'inadempimento alla stessa da parte dello Stato italiano delle ipotesi di deroga per crisi aziendale,* in *Riv. It. Dir. Lav.,* 2010, II, 233, che "può conservare identità solo ciò che preesiste".

AGOSTINO DE CARO

La relazione tra pubblico ministero e difensore nell'architettura del processo penale*

1. Per comprendere la latitudine e le coordinate del tema oggetto della riflessione è necessaria un'iniziale precisazione.

La "relazione tra pubblico ministero e difensore nell'architettura del processo penale" evoca l'analisi di un rapporto tra due soggetti, uno dei quali (il pubblico ministero), però, esaurisce in sé la funzione che l'ordinamento gli attribuisce, l'altro (il difensore), invece, coadiuva l'imputato, insieme al quale esercita la funzione difensiva composta notoriamente da due elementi essenziali e complementari: difesa tecnica e materiale, coesi in un unico ambito di garanzia fondamentale.

I due poli del processo di parti - come viene, attraverso una sintesi non del tutto convincente, considerato il processo penale italiano dopo la riforma del 1988 - si differenziano non solo per le diverse prospettive e per gli interessi perseguiti, assolutamente non omologabili, ma anche per questa fondamentale disomogeneità strutturale che impone di valutare la difesa in un'ottica necessariamente complessiva.

Questa peculiarità suggerisce di guardare al rapporto funzionale tra pubblico ministero e difesa, intesa nella sua totale ampiezza, anche se la relazione intersoggettiva può essere limitata a quella tra pubblico ministero e difensore: figure, per certi versi, simili in quanto necessariamente implicate solo professionalmente nella vicenda processuale, laddove l'imputato è, invece, il soggetto "che subisce le sorti del processo", patisce sempre la sua celebrazione e, in caso di condanna, anche il suo epilogo: fatto, ovviamente, ineliminabile, che rende non paragonabili le due realtà.

Tra di esse non vi sarà mai una sostanziale uguaglianza ; se le esigenze dalle quali parte la loro azione sono funzionalmente difformi, le dinamiche che contraddistinguono poteri e diritti non sono da meno. Devono, però, relazionarsi col giudice - terminale della giurisdizione - in posizione di parità quanto al modo di interloquire, alle opportunità probatorie successive all'esercizio dell'azione penale ed alla qualificazione soggettiva.

In questa ottica, dunque, se è più semplice disegnare i rapporti tra

* Lo scritto riproduce la relazione svolta il 10.5.2010 al Consiglio Superiore della Magistratura nell'ambito di un incontro di studi sul Pubblico Ministero.

pubblico ministero e difensore (pur nella consapevolezza della limitata latitudine del confronto), la struttura giuridica complessiva impone una relazione alla quale non può essere estraneo l'imputato, né, invero, dovrebbe essere estranea la parte offesa laddove interessata.

La dimensione complessiva della giurisdizione penale ha una connotazione dialogica, fondata sul confronto dialettico tra i soggetti ed il giudice secondo una circolarità proiettata sull'epilogo : la decisione giusta ; conclusione alla quale partecipano tutti i protagonisti, pur nella differente posizione processuale. In questo senso, le parti hanno una vocazione alla realizzazione della giurisdizione del tutto equivalente, pur nella concreta e massiccia differenza di ruoli e funzioni.

2. La forza prorompente del pubblico ministero e della polizia giudiziaria, i rispettivi, formidabili, poteri investigativi, la possibilità (legittima) di neutralizzare l'imputato con le cautele personali disegnano un (legittimo) sbilanciamento a favore dell'accusa che deve essere compensato dalle garanzie del giusto processo, le quali, proprio per questa semplice constatazione, hanno un'inevitabile vocazione difensiva.

La struttura processuale penale distingue non a caso tra indagini e giudizio e qualifica il rito – soprattutto nella componente processuale - come un modulo ove le parti e il giudice costruiscono un complesso coessenziale alle finalità proprie della giurisdizione, nessuna esclusa.

Il ruolo delle parti è, in questa ottica, necessario perché costituisce un momento essenziale dell'equilibrio sul quale regge il sistema. La parità genera e richiede equilibrio non presuppone sovrapposizioni inattuabili.

La distinzione tra sistema accusatorio e sistema inquisitorio, nobile ma inidonea a definire un modello preciso, deve lasciare il passo a quella più appropriata e forse più moderna tra processo democratico e processo autoritario, ove il primo è diretta espressione della Costituzione e delle Carte internazionali dei diritti: non dunque filosofie o ideologie, utili alla sistemazione dogmatica degli istituti, ma struttura giuridiche definite in modo preciso dalla legge fondamentale (ma anche dalle fonti immediatamente subordinate, quelle internazionali).

Il nostro processo ha una struttura architettonica definita dalla quale non si può prescindere; essa, peraltro, fissa i rapporti tra pubblico ministero, difesa e giudice, in un'ottica che definisce la funzione del processo (cognitiva), il suo modo di sviluppo (contraddittorio), l'epilogo (la sentenza giusta) e gli apporti dei protagonisti (processo di parti/poteri delle stesse/parità).

La giurisdizione, nella logica costituzionale, riconosce al giudice un

ruolo prevalente perché ha nelle mani la potestà punitiva, ha il dovere/potere di *ius dicere*, di emettere la decisione giusta all'epilogo di un percorso di accertamento condotto nel rigoroso rispetto delle garanzie (appunto, il giusto processo).

L'art. 111 Cost. è il vertice di questa impostazione e definisce i suoi segmenti essenziali: la giurisdizione rappresenta un modo di conoscere e di decidere del giudice terzo e imparziale, fondato anche sulla partecipazione dialettica delle parti in posizione di parità ; il primato della legge e la riserva di legge in materia processuale collocano l'interpretazione nell'ottica dell'elaborazione dei significati costituzionali delle norme e non della creazione di fattispecie processuali (fenomeno purtroppo assai diffuso) ; il contraddittorio costituisce il metodo di confronto e di formazione della prova (regola d'oro), in questo ultimo caso con poche eccezioni.

Ma la struttura va arricchita col diritto di difesa, l'obbligatorietà dell'azione, la presunzione di non colpevolezza quale regola di giudizio, i presidi di tutela della libertà personale e più in generale dei diritti soggettivi, il diritto al controllo della sentenza (nel merito e nella legittimità).

Le parti hanno un ruolo essenziale, ma strumentale rispetto a quello riconosciuto al giudice. Strumentalità che non ne svilisce le prerogative, anzi le esalta nella prospettiva funzionale, ancorata a sicuri presidi costituzionali (diritto di difesa, obbligo di esercizio dell'azione/ dovere di contribuire all'attuazione della giurisdizione art. 2 Cost. /principio di uguaglianza) ove sono delineati in modo chiaro struttura e funzioni alle quali devono ispirarsi.

3. L'assetto sinteticamente richiamato è, peraltro, il frutto di un'evoluzione normativa che trova una delle peculiarità proprio nell'ambito dei rapporti tra pubblico ministero e difesa, nell'ottica di un più generale assestamento delle relazioni tra indagini e dibattimento.

Nell'iniziale struttura codicistica, le indagini preliminari erano, infatti, finalizzate in modo marcato alle determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione penale. Il contesto procedurale era caratterizzato da uno sbarramento abbastanza netto tra indagini e dibattimento costruito intorno all'art. 500 c.p.p., disposizione che, nella sua versione originaria, non consentiva alcun travaso di atti dichiarativi dall'una all'altra fase: nessuna dichiarazione utilizzata per le contestazioni all'esame dibattimentale poteva, cioè, transitare nel dibattimento tranne che non fosse stata assunta sul luogo o nell'immediatezza del fatto ovvero nel corso di perquisizioni, cioè in una condizione di irripetibilità del contesto nel quale l'at-

to si era formato.

In tale ambito, l'attività difensiva si doveva esplicare, normalmente, nella prospettiva dell'esercizio del diritto alla prova (art. 190 c.p.p.). Ogni discorso difensivo era proiettato, dunque, sul 'processo' e la sostanziale parità delle parti era destinata a realizzarsi appieno solo nella fase processuale.

La peculiarità della situazione normativa - ove resisteva, ad esempio, ancora il divieto deontologico per gli Avvocati di 'parlare con i testimoni' - sottolineava la necessità, proprio nell'ottica di una piena esplicazione del diritto alla prova, di prevedere il potere investigativo del difensore, oggettivamente sconosciuto all'ordinamento. In questa prospettiva, solo con la stesura delle disposizioni di attuazione è stato coniato l'art. 38 disp. att. e con esso il 'potere' di contattare le fonti e di svolgere investigazioni per ricercare e individuare elementi di prova a favore del proprio assistito.

La norma aveva una ridotta latitudine, proiettata essenzialmente nella direzione dibattimentale ove si doveva realizzare pienamente lo stile accusatorio attraverso i principi dell'oralità, dell'immediatezza e del contraddittorio.

L'interpretazione era, però, giudicata assai limitante, tanto che si invocava "una disciplina normativa delle indagini difensive che con maggiore coerenza consentisse all'attività investigativa del difensore di proporsi anche in proiezioni diverse dal dibattimento, quando lo richiedevano situazioni di compressione della libertà personale o, in prospettiva, scelte deflattive. Consentire una compiuta difesa nel corso delle indagini preliminari è, peraltro, elemento essenziale per agevolare il ricorso ai riti alternativi" (DE CARO).

La struttura procedurale originaria è stata sostanzialmente e radicalmente alterata dalla Corte Costituzionale che con alcune sentenze (sentenze n. 24, 254 e 255 del 1992) ha mutato l'architettura fondamentale del sistema. Si è palesato, in tal modo, uno scenario ove era manifesta "una frattura ideologica tra la Corte e il legislatore in tema di selezione dei principi costituzionali di fondo del sistema".

L'effetto concreto delle decisioni richiamate è stato di rendere utilizzabile nel dibattimento quasi tutta l'attività investigativa posta in essere dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria.

Il processo penale si è, così, profondamente trasformato palesando un totale mutamento di prospettiva del rapporto indagini-processo. E ciò sulla scorta del principio di non dispersione della prova – evocato dalla Consulta – pacificamente estraneo al tessuto costituzionale.

La prima reazione legislativa è stata quella di non discostarsi dal-

le pronunzie della Corte costituzionale, mutando la struttura dell'art. 500 commi 4 e 5 attraverso l'introduzione di una regola probatoria di valutazione.

La controriforma del 1992 ha reso anche evidente la necessità di anticipare l'intervento del difensore, con i connessi poteri di investigazione, fin dalla fase delle indagini preliminari in considerazione della valenza probatoria che l'attività ivi compiuta poteva avere e dell'ampiezza di alcune situazioni tipiche del momento investigativo.

In questo contesto, è stata, infatti, introdotta la l. 332 del 1995 che, tra l'altro, si è anche occupata del versante delle investigazioni difensive introducendo nel corpo dell'art. 38 disp. att. due nuovi commi (comma 2 bis e 2 ter) proiettati proprio nell'ottica di anticipare l'utilizzazione delle attività investigative. L'intervento è stato, però, oggettivamente leggero e non ha risolto i nodi più stringenti, da più parti denunziati.

Immediatamente dopo, il legislatore, con la l. 267/1997, ha tentato il recupero dell'impostazione sulla quale inizialmente fondava il sistema processuale, sia pure in modo parziale e con specifico riferimento alle sole dichiarazioni rese dal coimputato e dall'imputato di reato connesso o collegato per il quale si procede separatamente, ampliando, contestualmente e conseguenzialmente, l'ambito di operatività dell'incidente probatorio.

La modifica dell'art. 513 c.p.p. ha costituito, invero, solo un timido tentativo, parziale e quindi non del tutto ragionevole, di recuperare il terreno perduto. Ed anche su questa novella legislativa, si è abbattuta la scure demolitrice del giudice delle leggi che, con la sentenza 361 del 1998, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 513 c.p.p. come modificato nel 1997. Questa volta, però, la decisione della Consulta ha tratti di particolare lungimiranza. Per la prima volta viene sottolineato come la funzione del processo, bene indisponibile, non è l'accertamento della verità a tutti i costi ma l'accertamento giudiziale dei fatti di reato e delle relative responsabilità. È stata, poi, (ri)affermata la piena ed inalienabile valenza del diritto di difesa al punto da far ritenere illegittime le soluzioni normative ostacolo della garanzia senza una tutela effettiva della funzione cognitiva.

Il limite di questa decisione è di aver esaltato una concezione formalistica del contraddittorio, in luogo di una proiezione sostanzialistica emergente dai principi della Costituzione e dalle Carte internazionali.

In particolare, il contraddittorio non è solo un diritto (individuale) ma è anche un principio (politico) cardine della giurisdizione, uno strumento di conoscenza per il giudice, unica modalità attraverso la quale l'attività giurisdizionale penale raggiunge il suo obiettivo fondamenta-

le: la giusta sentenza.

Il contraddittorio come strumento di conoscenza del giudice e come principio guida della giurisdizione non può essere disancorato dall'oralità e dall'immediatezza e, quindi, dall'esigenza di far corrispondere la formazione della prova con lo schema dialogico e con la diretta percezione del momento formativo da parte del giudice.

La concezione 'sostanzialistica' del contraddittorio è ancorata a dati giuridici rilevanti e fonda sui valori del giusto processo : il diritto ad 'esaminare' e 'contro esaminare' le fonti di 'prova' non è solo un profilo di garanzia dell'individuo ma è un valore 'politico' del processo e della giurisdizione.

Il nemico più subdolo del contraddittorio è costituito dalla irragionevolezza dei tempi processuali. Se il momento della formazione della prova è distante dal momento nel quale si realizza la vicenda, la rappresentazione dibattimentale finisce per essere mera scena e la spontaneità della dichiarazione viene quasi inevitabilmente surrogata dalla previa lettura degli atti.

In questo contesto, sono stati esplorati dal legislatore due ambiti di particolare importanza che hanno condotto al varo di due leggi essenziali: la riforma dell'art. 111 Cost. (con l'adeguamento delle strutture procedurali esistenti) e la riforma delle investigazioni difensive.

Il percorso riformatore ha esaltato i vari profili del contraddittorio recuperando lo schema dialogico di formazione della prova.

Diversamente, si perde di vista l'essenza del problema. Intervenire solo sulla fase investigativa, per recuperare una improbabile parità, rappresenta un errore di metodo: due indagini parallele - una del pubblico ministero e una del difensore - peraltro senza una concreta parità, oggettivamente improponibile, sommate "non fanno un contraddittorio". E si profila il rischio di dare maggiore valenza probatoria alla fase investigativa, regredendo rispetto all'idea iniziale.

4. Il discorso deve piegarsi sulla parità delle parti e la strumentalità di esse rispetto al giudice nell'ottica della funzione cognitiva del processo: sono queste le tracce sulle quali riflettere per delineare i rapporti tra pubblico ministero e difensore.

Per cogliere l'essenza del ragionamento si può partire, in sintesi, dal ruolo del pubblico ministero all'interno dell'ordinamento giuridico

Si sostiene che, pur definendolo avvocato dell'accusa, resta fermo il suo essenziale ruolo di difensore della legalità, in senso, però, diverso da come lo è il giudice (FERRUA).

Il termine, nella sua genericità, può essere equivocato, soprattutto se lo si utilizza per contestare l'idea di separazione delle carriere (sono difensori della legalità anche le forze dell'ordine, lo stesso Ministro dell'interno, i pubblici funzionari, il difensore che chiede l'attuazione del giusto processo o che difende gli interessi dei cittadini ecc.: eppure nessuno di questi soggetti osa chiedere uno *status* autonomo), ma indubbiamente delinea un dato oggettivo sul quale ragionare.

Si sostiene, ancora, rimarcando l'equivocità, che in questo risiederebbe la netta differenza tra accusa e difesa che, in radice, vizia l'idea del processo come gioco tra due contendenti davanti a un giudice arbitro (FERRUA).

Il processo sarebbe dunque una "forma di giustizia procedurale pura ma imperfetta" ove "le regole sono congegnate in vista di un criterio esterno che definisce la funzione cognitiva del processo: condannare il colpevole e assolvere l'innocente" (FERRUA).

Il fine del processo non risiede nella risoluzione di un conflitto ma nell'accertamento: il conflitto rappresenta il metodo che anima il processo accusatorio, ma non definisce lo scopo di giustizia che è condannare il colpevole e assolvere l'innocente (FERRUA).

Queste considerazioni sono, in parte, condivisibili, con un fondamentale e preliminare chiarimento: affermare che il fine del processo è rappresentato dalla risoluzione di un conflitto non significa negare la funzione cognitiva, perché equivale a sostenere che l'epilogo della vicenda è la sentenza (di assoluzione o di condanna) e che il metodo non è il conflitto ma il contraddittorio, confronto leale tra tre soggetti, parti e giudice proiettato alla formazione dialogica della prova.

La funzione cognitiva rappresenta lo scopo politico del processo: metodo legale di accertamento condotto nel rispetto delle garanzie della persona (sulle quali è centrato il giusto processo).

Non si può, invece, sostenere che la (tendenziale) simmetria tra pubblico ministero e difesa non sia possibile perché solo al primo è imposto di adottare come guida di azione il fine di condannare il colpevole ed assolvere l'innocente.

Se la funzione del processo è l'accertamento garantito (funzione cognitiva), la cui spinta propulsiva è affidata soprattutto (ma non solo) all'iniziativa delle parti, il suo epilogo è la legale conclusione del percorso di accertamento (= la caccia vale più della preda: CORDERO), saldamente nelle mani del giudice, distinto per ontologia e per funzioni dalle parti (terzo e imparziale c. portatore di un interesse, per quanto legittimo). Queste ultime hanno, infatti, una pretesa da far valere (e se quella del difensore è la mancanza di responsabilità attraverso la fomentazione del dubbio, quella del pubblico ministero, dopo l'esercizio dell'azio-

ne penale, è la conferma dell'ipotesi di accusa predecisa dallo stesso organo) di uguale valore.

Non è legittima, né logica, una differenziazione tra le due pretese come se una fosse legale e l'altra meno.

Le attività strumentali (dirette ad un obiettivo) della difesa sono legittime quanto quelle dell'accusa se rientrano nel paradigma legale: da questo punto di vista esiste una simmetria oggettiva che si deforma in ragione delle differenti funzioni e non delle diverse qualificazioni soggettive.

Sostenere, quindi, che il difensore difende l'imputato in quanto tale mentre il pubblico ministero lo accusa in quanto le prove lo indichino colpevole (FERRUA) è (almeno) improprio: il pubblico ministero lo accusa in quanto lo ritiene colpevole secondo una visione soggettiva degli elementi (unilaterali), ma la colpevolezza presuppone un giudizio da parte di un soggetto imparziale, in contraddittorio con la difesa, fondato su prove assunte secondo il metodo dialogico.

5. La naturale asimmetria non dipende dall'etica del risultato, né dall'ipotesi perseguita, ma dalle differenti funzioni che pubblico ministero e difesa svolgono nelle varie fasi dell'accertamento e dalle differenti esigenze alle quali esse corrispondono.

Nella fase investigativa, l'organo dell'accusa dalla mera notizia di reato (e spesso ancor di meno) deve enucleare un'accusa degna di essere sottoposta al vaglio del giudice dibattimentale (questa fase è monologica ; il pubblico ministero è il *dominus* con poteri particolarmente incisivi ; il contraddittorio è meramente eventuale, limitato alla possibilità di interloquire e solo diretto alla tutela dei beni fondamentali). Insomma, lo sbilanciamento netto a favore dell'accusa è funzionale al raggiungimento del risultato: assumere le determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione penale. Il suo ruolo è essenziale per la collettività, anche perché senza un'ipotesi accusatoria da accertare la funzione cognitiva del processo sarebbe evanescente.

In questa fase, nell'impostazione originaria del codice di rito, la difesa doveva essere, nella norma, addirittura estranea, potendo esprimersi totalmente e liberamente nella fase dibattimentale.

Nel giudizio, invece, le parti si allineano per contribuire allo sviluppo della giurisdizione, per sua natura dialettica (ma presuppone un'ipotesi da verificare, attraverso il contraddittorio proiettato ad assicurare al giudice un materiale selezionato sul quale decidere, ma anche a tutelare, in una prospettiva di garanzia individuale, la parte debole del processo: l'imputato).

L'ottica di garanzia individuale del contraddittorio, autorizza, nella fase del giudizio, anche talune asimmetrie in favore della difesa, finalizzate al complessivo riequilibrio delle posizioni, come ha recentemente stabilito la Corte costituzionale (sent. 184 del 2009).

La soluzione adottata dalla Corte costituzionale sembra equilibrata anche se ha dato la stura ad un aspro dibattito dottrinale (tra AMODIO e GREVI) sulla matrice della garanzia del contraddittorio.

6. In una relazione tenuta alla Pontificia Università Cattolica Argentina, il Prof. Alberto Berardi, parlando della contesa sovranità tra giudice e pubblico ministero, in calce ad un simpatico scambio di battute tra il pubblico ministero di un famoso processo (che, durante l'esame di un "illustre" testimone, affermò, rivolta al giudice, "S*e lei Presidente consente questo, io che qui rappresento lo Stato devo intervenire…..*") e il presidente del collegio (il quale prontamente replicò: "*…e io qui chi rappresenterei?*"), ha sottolineato il rischio di costruire una relazione fondata sulla pretesa sovranità di uno dei due soggetti posto che in questa contesa finirebbe per soccombere inevitabilmente il sovrano antagonista (il pubblico ministero) soppresso dal sovrano effettivo (il giudice) e relegato a mero utensile dell'esercizio del potere.

Laddove, invece, bisognerebbe, finalmente, superare la concezione secondo la quale il "processo sia solo luogo di esercizio del potere, della sovranità statuale e di scontro tra poteri, nel contesto della crisi del principio di sovranità" (BERARDI), per orientare decisamente il ruolo del pubblico ministero nell'ambito del concetto di parte. L'organo dell'accusa, nonostante le prerogative peculiari, svolge un 'attività di parte condizionabile dalla sua tipica soggettività e spinta inevitabilmente dagli interessi perseguiti che orientano la sua azione verso un epilogo.

La caratteristica "di parte" del pubblico ministero dialetticamente contrapposta alla parte "imputato", "eleva il contraddittorio processuale tra due tesi, quella dell'accusa e quella della difesa, che si confrontano con identico valore di fronte al Giudice terzo, a ruolo fondatore della natura dialettica del giudizio e dalla sua natura intersoggettiva". In questa prospettiva il processo rappresenta lo schema dell'ordinamento giuridico che, sempre secondo il Prof. Berardi, "innestato sul germe dell'autonomia intersoggettiva, delinea lo svolgersi delle relazioni interpersonali, anche di quelle configgenti, non più in termini di contrapposizione volontaristica di differenti ed arbitrarie pretese di dominio, bensì di contesta dialettica, in condizioni contraddittorie di parità, tra la rappresentazione propria ed altrui delle differenti pretese giuridiche in contrasto".

Bisogna, peraltro, liberare il pubblico ministero da antiche e spurie posizioni istituzionali, che lo pongono a metà strada tra il giudice e il poliziotto, già fortemente criticate da Gaetano Salvemini, il quale, nel 1897, autorevolmente sottolineò, riferendosi proprio a questa oggettiva anomalia di collocazione, come "nella infinita varietà dei tipi balordi che arricchiscono la specie dell'homo sapiens, il più balordo di tutti è il regio procuratore".

La frase di Salvemini, lungi dall'essere una "irriverente irrisione", rappresenta un tentativo per stigmatizzare una oggettiva anomalia istituzionale, purtroppo perpetuata nonostante il radicale mutamento del sistema processuale.

La collocazione nell'ottica di parte del pubblico ministero, con tutto ciò che coerentemente ne consegue in termini di separazione della carriere, di nuove guarentigie, di rapporti col giudice e di poteri, è l'unica strada per risolvere i problemi denunziati.

7. Il concetto di parità non va, però, frainteso. Le funzioni delle parti sono differenti e in taluni segmenti addirittura sideralmente distanti. Parità non significa identità delle contrapposte posizioni processuali, bensì equilibrio, compensazione, contrappeso (FERRUA e CAPRIOLI).

Nella realizzazione del progetto costituzionale, quindi, il legislatore non deve ricercare improbabili simmetrie, quanto, piuttosto, preoccuparsi di ridurre il fisiologico sbilanciamento derivante dalla natura pubblica dell'organo di accusa, ricordandosi sempre, però, che solo l'imputato mette in gioco, nel processo, la sua libertà.

I differenti *standard* probatori tra accusa e difesa fondano, ad esempio, sul consolidato e millenario convincimento secondo il quale "è (*molto*) meglio un colpevole assolto che un innocente condannato", e sulla regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, la cui matrice ontologica e metodologica è ben precisa: va provata, oltre ogni ragionevole dubbio, la colpevolezza e non l'innocenza.

Le diverse necessità della fase investigativa (il pubblico ministero ha il dovere di individuare gli elementi utili all'esercizio dell'azione penale) determinano differenze macroscopiche quanto a poteri, mezzi, prerogative.

Il notevolissimo sbilanciamento riconoscibile nella fase investigativa deve essere oggi rivisto perché, con frequenza sempre maggiore, nelle indagini preliminari si formano dati probatori spendibili nel successivo giudizio. Si assiste al reale superamento dell'idea di un processo fondato in prevalenza sulla prova dichiarativa: intercettazioni ambientali e telefoniche e videoriprese, indagini scientifiche, acquisizioni bancarie e

documentali, rogatorie all'estero sono oggi, in talune vicende processuali, addirittura prevalenti. E sono tutte acquisizioni che avvengono nella fase investigativa.

Il dibattimento, anche per la insopportabile lunghezza del tempi, diventa anacronistico, col rischio di rendere aleatorio il diritto di difesa. Dopo anni dal fatto, peraltro, il contraddittorio per la formazione della prova è oggettivamente solo una mera scena.

In questa prospettiva, diventa una necessità assoluta anticipare la soglia di conoscenza dell'indagine per attivare i poteri difensivi, rendendo reale ed effettiva la difesa e il contraddittorio.

Questa è la nuova frontiera del processo penale imposta dalla realtà: ferma restando la convinzione che due indagini parallele non fanno un contraddittorio, unica modalità utile per una giusta decisione.

Il metodo dialettico serve a nutrire il giudice di materiale epistemologico testato per garantire innanzitutto l'imputato (ragionando diversamente si arriva ad arbitrarie conclusioni eccentriche rispetto a ciò che accade) ed è il risultato di un impegno delle parti che pur nella divergenza degli interessi, dal punto di vista del metodo e del rispetto del modello legale, remano nell'interesse della giurisdizione intesa come "*percorso legale che conduce ad una decisione legale assunta in base agli elementi ritualmente acquisiti al dibattimento, assunta nel rispetto delle regole di valutazione delle prove e della regola di giudizio, motivata correttamente e controllabile*" (DE CARO).

In questa ottica, quindi, entrambe le parti hanno un ruolo esenziale, strumentale al funzionamento della regola d'oro del processo accusatorio. Contribuiscono alla realizzazione della giurisdizione ed offrono la dimostrazione del significato concreto del concetto di "cultura della giurisdizione", pur nella differenza oggettiva e logica delle rispettive proiezioni.

8. La struttura del processo penale fonda su alcuni dati indefettibili, uno dei quali è essenziale per la verifica dei rapporti tra le parti: la lealtà processuale. Essa si ricava, per il pubblico ministero, da una serie di indici normativi : l'art. 124 c.p.p. (norma espressione del principio di legalità); l'art. 499 comma 5 c.p.p. (disposizione in tema di esame e controesame e relativi poteri del giudice: *il giudice assicura la lealtà dell'esame*). Il concetto normativo di "lealtà" vale anche per la difesa poiché "il difensore deve espletare il suo mandato nel pieno rispetto delle norme, assicurando lealtà processuale e probità professionale" (DALIA-FERRAIOLI).

Un ulteriore indice è offerto dal principio della necessaria cooperazione per la realizzazione delle giurisdizione desumibile dall'art. 2 Cost.

La struttura procedurale contrappone indagini e giudizio disegnando in modo netto, solo nel secondo versante, un processo di parti, nella prospettiva essenziale di tutelare (la terzietà e) l'imparzialità del giudice, cardine del giusto processo.

In questo senso, la distanza tra parti e giudice, nel profilo strutturale ma anche in quello ontologico, è siderale.

Pur nella radicale differenziazione è indispensabile una cooperazione funzionale, nell'ottica della piena realizzazione della giurisdizione. Ciò non contamina il ruolo delle parti, nè le degrada a meri utensili del giudice; ne esalta, invece, la fondamentale funzione, nettamente distinta ma ugualmente proiettata all'attuazione della giustizia.

9. Così delineata la struttura, si può in estrema sintesi, ritenere che, a seconda del momento funzionale, la asimmetria tra pubblico ministero e difensore assume una dimensione particolare.

Nelle indagini preliminari vi è un'asimmetria assoluta, con un fortissimo sbilanciamento nei confronti dell'accusa, che richiede oggi la necessità di fissare le regole del gioco senza sbavature, recuperando reali spazi difensivi.

In questa ottica, vi sono alcuni momenti critici – e mi limito solo ad indicarli – sui quali è indispensabile un intervento legislativo:

1. l'iscrizione nel registro ex art. 335 c.p.p. e la possibilità di strumentali rallentamenti / diritto alla durata limitata delle indagini / conseguenze (recente Cass. S.U. 24.09.09 n. 40538 : interpretazione politica che perde l'occasione per ancorare la lealtà processuale a dati certi/ stesso discorso vale per le nullità eccepite dalla difesa tardivamente);
2. Segretezza delle indagini preliminari: mito in continua dissoluzione che crea solo conflitti con la difesa (unica, molte volte, ad essere ignara dei contenuti investigativi) : segreto quando è necessario e non sempre / informazione di garanzia e fonti internazionali (ora anche 111 Cost.);
3. Discovery : richiesta e gestione delle misure cautelari (ampia discrezionalità del pubblico ministero nella richiesta cautelare e nel materiale da "scoprire" / limite per la decisione del giudice costretto a decidere "non solo senza la stereofonia del contraddittorio ma anche solo con gli strumenti che una parte vuole fargli ascoltare" (con conseguenze irreversibili sulla libertà e sulle ulteriori progressioni procedurali: rito immediato) ; impossibilità di incidere sulla scelta cautelare (discrezionalità assoluta del P.M.);

4. conclusione delle indagini ed ampia discrezionalità del pubblico ministero circa l'accoglimento delle richieste di approfondimento investigativi proposti dalla difesa : norma nata dall'esigenza indispensabile di sentire la difesa prima di stabilire se chiedere il processo divenuta un orpello di garanzia solo formale (spesso inutile);
5. interlocuzione sulle investigazioni difensive non effettuabili per difficoltà oggettive (l'interlocutore del difensore è il pubblico ministero in apparenza naturale antagonista; segretezza difensiva svelata senza alcuna contropartita);
6. sul piano generale : formazione di dati probatori spendibili nel giudizio e poteri della difesa (ampio terreno di conquista alle nuove frontiere del garantismo, indispensabile per non svilire completamente il contraddittorio);
7. contraddittorio cautelare e, più in generale, contraddittorio in alcuni momenti della fase delle indagini preliminari.

Sono questi ambiti critici che disvelano, nella fase investigativa, relazioni anomale tra pubblico ministero e difensore, pur lungo la traccia di una chiara asimmetria.

Nei giudizi speciali vi è, invece, una perdurante asimmetria, questa volta con ondivaghi sbilanciamenti per entrambe le parti.

Si passa da un totale sbilanciamento in favore dell'accusa per quanto riguarda la scelta di particolari modalità di esercizio dell'azione penale (giudizio direttissimo, immediato e decreto penale di condanna), ad un inverso totale sbilanciamento a favore della difesa nel giudizio abbreviato per poi approdare alla sostanziale parità dell'applicazione della pena su richiesta delle parti.

Nel dibattimento, invece, l'asimmetria si affievolisce per lasciare il posto da una tendenziale parità, spesso, però, messa in crisi da prassi che la sviliscono.

Nella fase delle impugnazioni dovrebbe, invece, profilarsi una asimmetria invertita a favore difesa. Nonostante il valore oggettivo della principio del controllo, infatti, prevale un interesse difensivo alla rimozione dell'errore giudiziario.

La prospettiva, coltivata in modo troppo ampio, dal legislatore (legge Pecorella), è stata demolita dalla Corte costituzionale che ha, però, esaltato in modo anomalo la parità tra le parti, coniando la (anomala) figura del pubblico ministero soccombente, poco coerente con la sua posizione istituzionale.

GIUSEPPE DELLA PIETRA

Paupertas et simplicitas: spunti di semplificazione dalle controversie di modesta entità

SOMMARIO: 1. Alternatività dei procedimenti speciali rispetto al giudizio ordinario. - 2. Proposta di generalizzazione e rimodulazione del rito per le *small claims*. - 3. Ambito di applicazione. - 4. Formulazione e notificazione dell'atto introduttivo. - 5. Attività difensiva del convenuto. - 6. Verifiche preliminari del giudice. - 7. Mezzi di prova. - 8. Decisione. - 9. Rapporti con il decreto ingiuntivo.

1. *Alternatività dei procedimenti speciali rispetto al giudizio ordinario*

È dal Capodanno 2009 che il regolamento sulle controversie di modesta entità sarebbe dovuto diventare operativo in Italia, come nel resto dell'Unione. Il modo condizionale è imposto non dal fatto che la data di prima applicazione, fissata nell'art. 29 del regolamento n. 861/2007 sia stata differita, perché lo strumento si è reso puntualmente efficace il 1° gennaio 2009; ma dal rilievo che dagli uffici giudiziari nostrani non giunge notizia di un suo efficiente impiego. Non figurano edite pronunzie rese all'esito di quel procedimento, che nel suo più rapido sviluppo pur dovrebbe chiudersi in un paio di mesi. Un'indagine non ancora divulgata svela che dei maggiori uffici di giudice di pace italiani solo Bolzano ha approntato i moduli per la formulazione di domanda e replica; nessuno, poi, ha predisposto misure, pur prescritte dall'art. 11, per l'assistenza pratica alla compilazione dei medesimi, né risulta che lo Stato italiano abbia provveduto in altro modo e in diverso sito.

Le ragioni del disinteresse non vanno cercate, a mio avviso, nella parvità della materia. Il limite massimo di 2000 euro costituisce un importo senz'altro *small*, ma non del tutto esiguo per l'instaurazione di una lite; ed anzi, i sempre più facili e frequenti scambi all'interno dell'Unione, la diffusione del commercio minuto via internet, la moltiplicazione delle associazioni che assistono e patrocinano gli utenti vanno diffondendo i casi di liti transfrontaliere per somme ben più ridotte del limite massimo fissato dall'art. 2.

Il punto debole, perlomeno in Italia, dell'applicazione del regolamento dev'essere altro. E a individuarlo può aiutare l'esperienza ancor più recente, e al momento non entusiasmante, del procedimento somma-

rio di cognizione. Impiegabile dal 6 luglio 2009, pur qui le notizie che provengono dai tribunali sono tutt'altro che positive, sia quanto al numero di procedimenti instaurati, sia quanto alla data dell'udienza fissata dall'ufficio (mesi, se non anni, si narra, in alcuni tribunali!).

Le ragioni di tanto fredda accoglienza sono varie, sia nel campo dei giudici, sia dal versante degli avvocati, e vanno dal rigore delle preclusioni in caso di passaggio al rito ordinario[1] all'indeterminatezza dei poteri officiosi, dalla natura non cautelare di un procedimento che si vorrebbe egualmente celere alla funzione dell'appello, in bilico fra la natura di gravame e la struttura di un primo grado a cognizione integra. Non è questa la sede per vagliarle singolarmente. Basti dire che a tutte e a ciascuna è concesso di svolgere appieno la propria funzione disincentivante in forza di un pregiudiziale requisito: l'alternatività del procedimento rispetto al rito ordinario.

Alternatività che va qui rettamente intesa, onde coglierne la portata dissuasoria all'impiego di questo come di ogni altro strumento.

Anche il procedimento d'ingiunzione e la convalida di sfratto offrono una via di accesso alla giustizia alternativa al rito ordinario, eppure conoscono da sempre un'efficienza e una floridezza che spingono senz'altro l'utente, sol che possa avvalersene, a preferirli al giudizio normale. Con il che l'uno e l'altro procedimento assolvono in pieno alla funzione deflattiva loro assegnata, quante volte – e non sono rare – il procedimento si esaurisca nella sede sommaria. Per essi, dunque, la relazione di alternatività con il rito ordinario non funge da disincentivo all'impiego, e ciò per l'evidente e decisiva ragione che chi ricorre a quegli strumen-

[1] A meno di non condividere il singolare ordine di servizio n. 27/09 del presidente facente funzioni del tribunale di Genova (in *Corr. giur.*, 2010, 502) che, di seguito all'elaborazione di criteri organizzativi indotti dalla novella del 2009, si chiude con la seguente formula: "infine, per quanto ciò attenga a profili di interpretazione della normativa, pare opportuno segnalare che, nella riunione dei giudici del settore civile sopra citata, dopo ampia discussione si è pressoché unanimemente condiviso il seguente orientamento: qualora il processo debba proseguire secondo il rito ordinario – con «applicazione delle norme del libro secondo» (art. 702 *ter*, terzo comma) -, trovano applicazione tutte le norme del libro eluse dall'iniziativa dell'attore, che ha errato nella scelta del rito sommario: in particolare gli art. 163 *bis*, con concessione del termine di novanta giorni per comparire e l'art. 166 c.p.c., per l'eventuale deposito di nuova comparsa di risposta, nella quale potranno essere proposte nuove eccezioni, prodotti nuovi documenti, svolte tutte le difese che il più ristretto termine non aveva, di fatto, consentito: ciò in base a un'interpretazione costituzionalmente orientata che pare idonea a sottrarre la controversia a questioni di illegittimità costituzionale altrimenti non evitabili". L'indirizzo si legge, con espressioni pressoché identiche, anche nel decreto 9 novembre 2009, n. 147, del presidente del tribunale di Bologna. Ambo i provvedimenti sono editi in *Foro it.*, 2010, V, 54 s.

ti sa che, ove la fase sommaria non attinga l'esito sperato, ha facoltà di dispiegare e rimodulare le proprie risorse offensive in occasione del successivo giudizio di primo grado a cognizione piena. Si potrebbe descrivere il rapporto fra i procedimenti sommari *classici* e il giudizio ordinario conseguente come di *alternatività arricchente*, appunto perché la soluzione rapida offerta dai primi nulla elide delle facoltà difensive (in senso amplissimo: domande, contestazioni, eccezioni, allegazioni, prove) proprie del secondo.

Se questa visione può essere condivisa, non si è distanti dal cogliere le radici del chiaro disfavore riservato al procedimento sommario di cognizione e, per ciò che qui rileva, al procedimento comunitario per le *small claims*. Affondano, quelle radici, nella relazione di tali meccanismi con il rito a cognizione piena, relazione che si può definire, in opposizione alla prima, di *alternatività sminuente*. Chi sceglie l'uno o l'altro mezzo decide di percorrere una via sì più celere, ma al prezzo di ricusare i congegni complessi e garantisti che sostanziano il giudizio ordinario. Tale rinunzia è forse meno appariscente nel sommario di cognizione, in cui lo snellimento processuale si concentra nella fase dell'istruzione[2]; è, invece, ben più evidente nelle *small claims*, ove l'attore accetta – e nel contempo infligge – un radicale sovvertimento nell'andamento *naturale* del processo. In ambo i procedimenti, in ogni caso, chi imbocca la via alternativa del giudizio semplificato sa di rinunziare, in nome della celerità, al novero completo di termini, memorie, regole e poteri che materiano il corso della cognizione piena: caleidoscopio di attività e di disciplina che a tavolino si può anche definire sovrabbondante, ma che nella prospettiva incerta e diffidente di chi deve promuovere il giudizio – sia questi la parte o il difensore, chiamato a quella scelta – appaiono tutti non negoziabili, o comunque difficilmente dismettibili al costo di un beneficio, neppure sempre certo, in chiave di durata.

Sta principalmente qui, io credo, la ragione dello scarso entusiasmo riservato dagli operatori ai due recenti rimedi processuali. Posto di fronte all'alternativa fra un rito lungo ma denso ed uno breve ma scarno, un *mix* di sana prudenza, umana diffidenza, comprensibile abitudine spinge la parte (e, per essa, il suo difensore) a trascurare la via pur semplice e rapida della cognizione sommaria per quella che appare più salda a chi si appresta a spendere nella causa il proprio diritto (o, l'avvocato, la propria responsabilità professionale). Sta in ciò, io credo, la radice dell'in-

[2] Si leggano, sul punto, i primi, rari provvedimenti editi: Trib. Varese, ord., 18 novembre 2009, e Trib. Mondovì, ord., 10 novembre 2009, entrambi in *Guida dir.*, 2009, 50, 46 ss.

successo di tante riforme: l'indifferenza del legislatore per la *psicologia* degli operatori, irrilevante quanto si vuole nella confezione di un rimedio, ma decisiva senza dubbio per la sua riuscita.

Se di questo fattore si vuole tener conto, chi intende somministrare alla tutela nuovi riti deve prendere atto che nel nostro sistema non c'è spazio per la tecnica dell'*alternatività sminuente*, appunto perché, a ragione o a torto, le sirene della cognizione piena saranno sempre più avvincenti della celerità offerta al prezzo di una riduzione delle garanzie. Ed allora, se non si vuole rinunciare ad escogitare nuove tecniche di snellimento e di deflazione dei processi, occorre prendere atto che il loro affiancamento al rito ordinario può aver luogo solo con una delle altre due forme concepibili: quella sopra vista della *alternatività arricchente*[3] e quella altre volte adottata (una per tutte, il rito del lavoro) della *vincolatività*[4]. Con il corollario che, le volte in cui il rito semplificato implica una riduzione, se non delle garanzie, anche solo della platea di poteri e attività offerta dal rito pieno, il vincolo alla sua adozione diventa l'unica via praticabile per garantire al procedimento speciale una proficua applicazione.

2. *Proposta di generalizzazione e rimodulazione del rito per le* small claims

Lo scenario appena tracciato offre, se condiviso, un primo spunto di intervento per il legislatore nazionale. Tanto più se la tecnica semplificante e deflattiva del sommario di cognizione dovesse fallire, varrebbe la pena, a mio avviso, di valorizzare il procedimento europeo per le *small claims*, per un verso *nazionalizzandone* l'operatività[5], per l'altro ren-

[3] È l'opzione di fatto adottata da Proto Pisani nella proposta *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, V, 67, quanto appunto ai provvedimenti sommari (anche) non cautelari.

[4] La medesima che, ad esempio, Carratta – Chizzini – Consolo – De Cristofaro, *Risposte al libro verde sul procedimento ingiuntivo europeo*, in *Int'l Lis*, 2003, 145, e Lupoi, *Di crediti non contestati e procedimenti di ingiunzione: le ultime tappe dell'armonizzazione processuale in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 206, avrebbero gradito fosse imposta dai regolamenti in tema di procedimento europeo d'ingiunzione.

[5] L'estensione del procedimento anche alle liti interne, già nei programmi della Commissione, ma avversata da quasi tutti gli Stati membri (cfr. Kramer, *Harmonisation of procedures in Europe: the proposal for a european small claims procedure*, in *Int'l Lis*, 2006, 111; Pozzi, *Il rito bagatellare europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 616 s.; Mellone – Pancaldi, *Il nuovo regolamento comunitario sulle controversie di modesta entità*, in *Dir. Unione europea*, 2008, 290 s.), è tuttora auspicata da più di un autore: Leandro, *Il procedimento europeo per le controversie di modesta entità*, in *Riv. dir. internaz.*, 2009, 90 ss.; Bertoli, *Verso un diritto processuale civile comunitario uniforme: l'ingiunzione europea di pagamento e le controversie di modesta entità*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2008, 405 ss.

dendone obbligata l'adozione. Esclusa la possibilità di correzioni al regolamento n. 861/2007, si potrebbe prevedere che in Italia non solo le liti transfrontaliere, ma ogni causa di taglia *small* debba essere trattata con forme non distanti da quelle del regolamento[6]. Si tratta, cioè, di disegnare un procedimento semplificato per le controversie di modesta entità da affidare al giudice di pace *ratione valoris*; questi sarebbe chiamato a trattarle con modalità e, direi, mentalità in tutto diverse da quelle attuali, che fanno il verso fin troppo – anche in termini di durata – al giudizio togato. Mentalità e modalità che, se capillarmente inculcate ai giudici onorari anche in sede di formazione, potrebbero forse accendere pure dal basso quella velocizzazione dei processi che, avviata in Cassazione, stenta a decollare al livello intermedio dei tribunali e delle corti d'appello.

Al fine di coltivare questa prospettiva, non credo sia possibile, e comunque escludo sia opportuno, proporre un'automatica estensione del modello europeo anche alle liti nostrane. La generalizzazione di quello schema, da un canto, e la sua vincolatività, dall'altro, ne inducono invece una rimodulazione, volta a renderne più armonico l'impianto al sistema processuale italiano. Ritocchi a mio avviso sono anche imposti dal-

[6] L'idea si salda allo spunto offerto da Carpi, *La semplificazione dei modelli di cognizione ordinaria e l'oralità per un processo civile efficiente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 1297 ss., di un processo di cognizione a doppio binario: orale e concentrato, in caso di lite di semplice soluzione; a trattazione mista scritta-orale per le liti più complesse e articolate. A mio avviso, però, occorre prendere atto che, quando la lite è davvero *small*, la parte è indotta ad astenersi dall'azionare i propri diritti se deve officiare un avvocato o impegnarsi personalmente negli uffici giudiziari. Come insegna l'esperienza, contemplare la facoltà di agire di persona non basta: se si tratta di comparire in udienza e d'interloquire con giudice e avversario, magari anch'egli assistito da difensore, la parte tende naturalmente e comprensibilmente ad affidarsi a un avvocato, e ciò sia perché non all'altezza di dialogare ad armi pari con gli operatori professionali, sia per la necessità di avvalersi di qualcuno che con dimestichezza e professionalità pratichi gli uffici giudiziari al suo posto. Sennonché il reclutamento, e la conseguente retribuzione, del difensore si profilano antieconomici quando la pretesa, pur fondata, sia di scarsa entità, per cui si rivela frustrante, ma ragionevole, la scelta - fin troppo frequente - di chi rinuncia a far valere diritti di taglia *small*, così tollerando di fatto piccoli, ma odiosi soprusi: dai ricarichi dell'estratto conto alle truffe telefoniche (sul punto, v. anche Zucconi Galli Fonseca, *Mediazione, conciliazione ed altri* ADR *nella prospettiva europea*, in corso di pubblicazione)

La trattazione scritta e semplificata che nel testo sto per patrocinare consente di rimediare a questi inconvenienti, innestando, *si parva licet*, un tassello sulla proposta di Carpi: quando la lite è di ridotto valore, sarà trattata nella forma semplice e essenzialmente scritta che vado a proporre; ove la causa sia di maggior pregio (perché, ad esempio, spettante al tribunale *ratione materiae* o *valoris*, e dunque giocoforza patrocinata da un difensore), al giudice, consultate le parti, sarà dato di scegliere fra le due corsie indicate dal Maestro bolognese in ragione della complessità della lite o anche dell'entità pure economica dei diritti in contesa.

la necessità di evitare che nostalgici del processo tradizionale (avvocati e giudici) possano *piegare* il nuovo modello agli inveterati costumi, al fine di renderlo il più possibile conforme all'antico sistema.

In ogni caso, l'opera di riassetto deve muovere da un dato di fondo: l'applicazione di uno schema semplificato a (quasi) ogni specie di *small claim* implica non solo uno scatto di fantasia del legislatore, ma anche uno scarto di disponibilità degli interpreti, chiamati ad accettare che le liti di minor valore siano trattate in un processo distante per ispirazione e impostazione, prima ancora che per specifiche tecniche, da quello tradizionale[7]. Il tentativo partorirà un modello affatto lontano dallo stampo classico del processo italiano. L'approdo, però, non deve intimorire: in ben altri ambiti - sia concessa la battuta - povertà e semplicità (delle liti, nel nostro ben più modesto caso) hanno indotto meritori mutamenti che, almeno da principio, sono stati percepiti con il tono dell'eresia.

3. *Ambito di applicazione*

L'opera di allineamento del modello europeo al sistema italiano indotta, se non imposta, dalla generalizzazione e dalla obbligatorietà del procedimento sopra auspicate può qui essere solo sbozzata nelle linee generali. Eppure, può non essere inutile fornire un primo canovaccio a chi volesse imprendere la stesura di un articolato volto a ripensare dal profondo le liti anche italiane di modesta entità.

Muovendo dal campo di applicazione, va raccolta a mio avviso l'idea sottesa al regolamento (art. 2) che la parvità della materia va apprezzata con riguardo all'effettivo oggetto della lite, e dunque al solo valore della prestazione principale, esclusi gli accessori (interessi, diritti e spese e, aggiungerei, anche danni). L'inversione della regola impressa dall'art. 10 c.p.c., con la sottolineatura che ai fini della determinazione della competenza (e del conseguente rito) occorre guardare al *nucleo* della controversia, consente non tanto di facilitare il calcolo del valore[8], non solo di ampliare la platea di liti soggette al rito semplificato, ma anche di valorizzare ai nostri fini uno spunto offerto dall'ultima novella del processo civile.

[7] Si tratta, in sostanza, di recepire le linee generali che già nei primi anni 2000 Biavati, *I procedimenti civili semplificati e accelerati: il quadro europeo e i riflessi italiani*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 757, scorgeva nella normazione europea in tema di processo civile: "mi sembra che l'indicazione emergente sia quella di riportare le attività processuali ad una rigorosa essenzialità, che certo elide non poche situazioni alle quali il giurista pratico è abituato e che, tuttavia, non di rado risultano inutili ai fini dell'illustrazione del caso al giudice".

[8] Com'è negli auspici del *considerando* n. 10 del regolamento.

Il nuovo art. 7, terzo comma, n. 3-*bis*, c.p.c., espande la cognizione del giudice di pace alle "cause relative agli interessi o accessori da ritardato pagamento di prestazioni previdenziali o assistenziali", quante volte – è sottinteso – la prestazione non sia in discussione, perché non contestata o già oggetto di precedente giudicato. La tecnica si potrebbe estendere anche al novero di materie espunte dall'applicazione del modello semplificato che qui si va disegnando. Evocate le esclusioni di cui al regolamento (stato o capacità giuridica delle persone fisiche; regime patrimoniale fra coniugi; testamenti, successioni e obbligazioni alimentari; fallimenti, procedimenti relativi alla liquidazione di imprese o di altre persone giuridiche insolventi, accordi giudiziari, concordati e procedure affini; sicurezza sociale; arbitrato; diritto del lavoro; affitto di immobili, escluse le controversie aventi ad oggetto somme di denaro; violazione della vita privata e dei diritti della personalità, inclusa la diffamazione: art. 2, secondo comma), si potrebbe precisare che simili eccezioni non operano quando, certa o accertata l'obbligazione principale (il *nucleo* della controversia, appunto), si reclamano soltanto prestazioni accessorie, per tali definendo quelle il cui accertamento è incapace di (ri)mettere in discussione la prestazione principale. In quest'ottica, ad esempio, il giudizio sull'esistenza dell'obbligo alimentare resta devoluto al rito ordinario; ove, però, quell'obbligo sia incontestato, oppure già acclarato con sentenza non più impugnabile, la domanda di pagamento delle singole rate ben potrebbe essere versata nel nuovo procedimento.

Quanto al valore entro il quale la controversia soggiace al rito semplificato suggerirei, in sede di prima applicazione, di fissare il limite a 1100 euro. Per questa via si sostituirebbe al ben più aleatorio giudizio di equità (che pochi, sono certo, rimpiangeranno) una procedura senz'altro semplificata, ma volta all'applicazione delle più certe e verificabili regole di diritto. Ogni evoluzione sul punto sarebbe poi rimessa al risultato: ove il nuovo processo dovesse dare buona prova di sé, si potrebbe progressivamente alzare l'asticella, fino a portarla al limite massimo della competenza del giudice di pace[9].

Ove la competenza sia determinata in ragione della materia, proporrei di distinguere: se la causa spetta al tribunale, il procedimento semplificato sarà fuori gioco; se compete al giudice di pace, questi ne apprez-

[9] Elidendo in tal modo il concorso dinanzi al medesimo giudice di cause a rito nazionale e a rito comunitario, giustamente denunziato da Asprella, *Il «procedimento europeo per le controversie di modesta entità»*, in *Giur. merito*, 2008, 35, e da Piccininni, *Il nuovo procedimento europeo per le controversie di modesta entità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, 1216 s., come fonte di probabile rallentamento per il nuovo procedimento.

zerà anche il valore: se questo è contenuto nel limite di 1100 euro (o in quello più alto eventualmente fissato), la nuova procedura troverà applicazione; se invece la lite è di valore eccedente o non determinabile, dovranno seguirsi le regole ordinarie.

4. *Formulazione e notificazione dell'atto introduttivo*

Fonte di notevole semplificazione è la proposizione della domanda con le forme – opportunamente adattate - del modulo A allegato al regolamento: anzitutto per l'intuizione felice di guidare l'attore nella compilazione, ciò che agevola la proposizione personale dell'istanza (oggi sfavorita dalla sempre alta *processualizzazione* delle liti pur modeste) e riduce al minimo i margini per la nullità; e poi per la capacità grafica di evidenziare immediatamente al convenuto e al giudice gli estremi essenziali della pretesa[10].

Il modulo di domanda offre, fra gli altri, (ristretto) spazio per "precisare i motivi della domanda ad esempio cosa è successo, dove e quando". Il requisito ha indotto perspicace dottrina[11] a ritagliare per le *small claims* un oggetto diverso e più ristretto di quello tipico del nostro giudizio. Il procedimento europeo verterebbe non sul diritto soggettivo, ma sull'effetto processuale perseguito dall'attore; sul risultato, vien da dire, non sulla fonte che lo genera. La tesi, da rendere semmai con maggiore nettezza nel testo legislativo che qui si va tratteggiando, condurrebbe a restringere l'oggetto del giudicato alla mera relazione tra i fatti - narrati senza alcuna qualificazione nel modulo - e l'effetto auspicato. In conseguenza, l'accertamento contenuto nella decisione né risalirebbe a monte agli antecedenti logici, né rifluirebbe a valle sui rapporti dipendenti, limitandosi a disciplinare il risultato perseguito in relazione alla vicenda allegata. Potato delle sue ramificazioni, il giudicato si ridurreb-

[10] L'impiego di formulari era già patrocinato da Tarzia, *L'ordine europeo del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 918 ss e da Carratta – Chizzini – Consolo – De Cristofaro, *Risposte al libro verde sul procedimento ingiuntivo europeo*, cit., 148. Non va trascurato, però, l'allarme di chi (Mellone – Pancaldi, *Il nuovo regolamento comunitario sulle controversie di modesta entità*, cit. 305 ss.) ha giustamente notato che il ricorso ai moduli può riuscire d'ostacolo quando si esigono dalla parte informazioni che postulano nozioni eccessivamente tecniche (per i due autori: la specificazione del criterio che ha spinto scegliere la giurisdizione di un certo Stato). È chiaro che, ai fini della trasposizione sul piano nazionale che vado proponendo nel testo, anche i modelli andrebbero debitamente riformulati.

[11] D'Alessandro, *Il procedimento uniforme per le controversie di modesta entità*, Torino, 2008, 49 ss.

be in sostanza al divieto del *bis in idem*, con duplice, convergente ricaduta: giustificherebbe il ridimensionamento delle attività di trattazione e di prova che sullo sfondo del regolamento comunitario mi accingo a proporre[12]; solleverebbe i giudici da indagini talora troppo approfondite in rapporto alla parvità della pretesa, ma che la portata espansiva del giudicato non di rado suggerisce loro.

L'esiguità del valore, la semplicità del procedimento e la limitata efficacia del giudicato inducono ad avallare la scelta comunitaria di non esigere la rappresentanza del difensore (art. 11). La domanda potrà perciò essere compilata e sottoscritta dalla sola parte, semmai prevedendo che dal sito del ministero sia scaricabile copia del relativo modulo, come di ogni altro modello utile al procedimento[13]. Dal medesimo sito le parti potrebbero attingere istruzioni circa lo svolgimento della procedura, in modo da non rendere di fatto necessario il ricorso all'avvocato.

Il modulo dovrebbe anche invitare l'attore ad allegare i fatti, produrre i documenti e formulare le istanze di prova a pena di decadenza con lo stesso atto introduttivo, avvertendolo che con la controreplica (di cui al paragrafo successivo) potrà svolgere nuove attività solo se ciò sarà reso necessario dalla risposta del convenuto[14].

Per la notifica della domanda escluderei – come già il regolamento – il ricorso all'ufficiale giudiziario. Quando, in un futuro che si spera ormai prossimo, sarà capillarmente diffusa la posta elettronica certificata, le comunicazioni saranno di molto semplificate. Oggi, senza escludere il ricorso al mezzo elettronico ove si dovessero costituire difensori muniti di PEC, propenderei per l'impiego della posta, tecnica suggerita dalla fonte europea e fatta propria dalla Repubblica italiana[15], con le opportune manipolazioni.

L'attore depositerà l'atto introduttivo e i documenti allegati in duplice copia presso la cancelleria. Il deposito potrà avvenire anche a mezzo posta, all'indirizzo indicato nel sito del ministero per ciascun ufficio

[12] *Infra*, § 7.

[13] Oltre, naturalmente, alla possibilità di reperire i moduli presso ogni ufficio del giudice di pace, come già previsto dall'art. 4, quinto comma, del regolamento.

[14] L'esperienza nazionale suggerisce, a mio avviso, di abbandonare il *considerando* n. 12 del regolamento, per il quale "il modulo di domanda dovrebbe essere corredato, ove opportuno, di documenti giustificativi pertinenti. Tuttavia, ciò non impedisce all'attore di presentare, se del caso, ulteriori prove durante il procedimento. Lo stesso principio dovrebbe applicarsi alla replica da parte del convenuto".

[15] Si legga in proposito, nell'Atlante giudiziario europeo in materia civile edito sul sito della Commissione europea, la comunicazione resa dall'Italia ai sensi dall'art. 25 del regolamento circa i mezzi di comunicazione che ciascuno Stato ritiene di adottare nei procedimenti relativi alle controversie di modesta entità.

del giudice di pace, allegando al modulo fotocopia del documento d'identità. La cancelleria, verificata la conformità, spedisce l'uno e gli altri al convenuto, con l'invito, se vuole replicare, a scaricare il modello di risposta dal sito del ministero e a trasmetterlo entro trenta giorni alla cancelleria, con i documenti giustificativi. La pendenza della lite sarà determinata, ovviamente, dal deposito dell'atto introduttivo.

5. *Attività difensiva del convenuto*

Il convenuto, se vuole, deposita o spedisce alla cancelleria entro trenta giorni il modulo di replica (C, nell'allegato al regolamento) con la fotocopia del documento d'identità e i documenti in duplice copia. Anche a lui va segnalato l'onere di allegazione, eccezione e prova a pena di decadenza con lo stesso atto. Pur qui opererà proficuamente il principio di non contestazione di cui all'art. 115, primo comma, c.p.c.

Attesa la ridotta efficacia del giudicato, credo sia possibile non ammettere domande riconvenzionali. Le difese che siano in relazione d'incompatibilità o di pregiudizialità con la domanda principale, e che nel rito ordinario potrebbero concretare altrettante pretese riconvenzionali, si reputeranno svolte in via di eccezione[16].

La cancelleria trasmette copia della replica e dei documenti all'attore, il quale ha quindici giorni di tempo per spedire una controreplica. Pur questa viene trasmessa dalla cancelleria al convenuto, che ha quindici giorni di tempo per inviare una seconda replica di mera risposta. Solo se la controreplica reca ammissibilmente nuove domande, nuovi fatti, nuove istanze di prova o nuovi documenti, perché indotti dalle difese del convenuto, nelle seconda replica il convenuto può sollevare eccezioni e articolare o produrre prove contrarie.

Se la replica, la controreplica o la seconda replica denunziano di falso un atto pubblico o recano disconoscimento della sottoscrizione di una scrittura privata, il giudice, se ritiene rilevante il documento, con ordinanza sospende il processo e fissa un termine per la proposizione del relativo giudizio dinanzi al tribunale (la querela di falso) o dinanzi a sé (la verificazione) con le forme ordinarie.

[16] Si tratta, del resto, di quanto già adombra il *considerando* n. 17 del regolamento: pur contemplando lo strumento europeo la facoltà di proporre riconvenzionali, "qualora il convenuto invochi un diritto di compensazione nel corso del procedimento, tale richiesta non dovrebbe costituire una domanda riconvenzionale ai fini del presente regolamento": sul punto v. anche Bina, *Il procedimento europeo per le controversie di modesta entità (reg. Ce n. 861/2007)*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1633.

6. *Verifiche preliminari del giudice*

Innesterei in tal punto l'esame ad opera del giudice di atti introduttivi e documenti.

Potrebbe accadere che le deduzioni dell'attore o del convenuto non siano sufficientemente chiare o i relativi moduli non completati correttamente; oppure che si versi nelle ipotesi di irregolarità di cui all'art. 182, primo comma, c.p.c., o che ricorra un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione. In tutti questi casi il giudice solleciterà per iscritto la parte in difetto a integrare le difese o a regolarizzare la costituzione[17]; l'inosservanza dell'invito sarà sanzionata con l'inammissibilità della domanda, ove il difetto sussista dal lato dell'attore; con l'irrilevanza delle deduzioni ai fini del decidere, qualora del vizio sia autore il convenuto.

L'atto o il documento integrativo, depositato in duplice copia, sarà trasmesso dalla cancelleria all'altra parte: dalla ricezione, decorreranno i trenta giorni per la risposta del convenuto o i quindici giorni per la controreplica dell'attore di cui al paragrafo precedente.

In questa fase il giudice è anche in grado di interrogarsi sulla praticabilità del rito alternativo. Ove ritenga che per materia o per valore il procedimento semplificato non sia impiegabile, dichiara l'improcedibilità della domanda con provvedimento non impugnabile. Sul modello forgiato dall'art. 59, l. n. 69/2009 per la declinatoria di giurisdizione, la riproposizione della stessa entro trenta giorni con le forme dovute, oltre a vincolare l'eventuale giudice *ad quem*, ne farà salvi gli effetti processuali e sostanziali[18].

Attesa la singolarità del rito, converrebbe, però, prevedere che nel nuovo giudizio non si riverberano preclusioni e decadenze eventualmente maturate nella sede errata. In deroga all'art. 59 cit., introdurrei la medesima previsione anche per il caso in cui il giudice dovesse dichiarare il difetto di giurisdizione.

[17] Utile qui l'impiego di uno schema simile al modulo B allegato al regolamento.

[18] L'art. 4, terzo comma, del regolamento, prescrive invece che "se la domanda non rientra nel campo di applicazione del presente regolamento l'organo giurisdizionale ne informa l'attore. A meno che l'attore non ritiri la domanda, l'organo giurisdizionale esamina la controversia secondo il diritto processuale applicabile nello Stato membro in cui si svolge il procedimento". La soluzione che patrocino nel testo mi sembra però più semplice e lineare, dovendosi altrimenti escogitare tecniche di coordinamento con il processo ordinario in punto di arricchimento degli atti introduttivi, di assegnazione di più lunghi termini a difesa, di raccordo con la prima udienza capaci di ingenerare non poca confusione.

7. *Mezzi di prova*

Ove non vi siano difetti da sanare, o una volta colmate le eventuali lacune, il giudice passa – contestualmente, nel primo caso – alla delibazione delle istanze di prova.

La fase dell'istruzione in senso stretto è all'evidenza determinante per assicurare la rapidità della lite. Ne è consapevole anche il regolamento, nel punto in cui sancisce che "l'organo giurisdizionale può acquisire elementi di prova tramite perizie o audizione di testimoni soltanto se ciò è necessario ai fini della sentenza" (art. 9, secondo comma).

Più in generale, deve prendersi atto che la prova per testimoni è mezzo ormai altamente inaffidabile. Direi, anzi, che, in armonia con lo spirito del tempo, la sua inattendibilità è tanto maggiore quanto minore è il valore della causa: per importi minimi e vicende di scarso rilievo, il terzo è ancor meno disincentivato dal rendere dichiarazioni compiacenti ad una delle parti, attesa la parvità degli effetti della decisione in danno dell'altro litigante.

In questo quadro si rende possibile, io credo, limitare ancor di più, nella prospettiva vincolante e nazionalizzante del procedimento che fa qui da spunto, il ricorso alla prova orale. Emenderei perciò la prescrizione del regolamento nel seguente modo: "il giudice può ammettere la prova per testimoni dei soli fatti per cui la parte non fu in grado di procurarsi la prova documentale". La proposta, volta che sia metabolizzata dalla pratica, trasferirebbe dalla sede processuale al momento negoziale l'attività di formazione dei mezzi istruttori.

L'idea è che il processo, perlomeno quello allestito per le cause minute, non può essere il luogo nel quale le parti vanno a costruirsi quella prova che non hanno avuto cura di procurarsi fuori e prima di esso; e che, con gli odierni mezzi tecnici e in ossequio alle incisive regole fiscali oggi vigenti, sia possibile ben più che in passato procurarsi la prova documentale. La modifica indurrebbe un cambiamento anche nell'*habitus* mentale dell'utente. Questi più non potrebbe accontentarsi della stretta di mano con l'interlocutore (fornitore, artigiano, commerciante, professionista) nella persuasione che, in caso di dissidio, tutto potrà essere provato per testimoni e presunzioni: dovrà, invece, disporsi a mettere nero su bianco tutto e subito, perché, ove dovesse sorgere conflitto, ciò che non è documentato al momento non esisterà in futuro. Qualcuno dirà che la soluzione urta contro la fluidità dei commerci: risponderei che, da un lato, sono moderne regole non processuali a imporre ben più che in antico la formazione di una prova documentale (dallo scontrino fiscale alla fattura) e, dall'altro, che notevole è il risparmio di tempo e di risorse che si consegue se il processo delocalizza parte della sua

produzione all'esterno.

Naturalmente vi saranno casi in cui la prova per testimoni è *indispensabile*. Ciò, però, non nella vaga e imprecisata accezione in cui l'aggettivo è impiegato dagli artt. 345 e 437 c.p.c., ma in quella ben più stringente vista sopra di "fatti per cui la parte non fu in grado di procurarsi la prova documentale" (si pensi al sinistro stradale). Per queste ipotesi suggerirei il ricorso alla testimonianza scritta, scevra però delle rigide forme in cui la ingessano i nuovi artt. 257-*bis* e 103-*bis*, disp.att., c.p.c., e così rimodulata.

Anzitutto, sarà possibile fornire fin da principio spontanee dichiarazioni scritte di terzi, corredate della fotocopia del documento d'identità in luogo della firma autenticata. Ove il giudice dubiti della genuinità della deposizione, o la parte mostri di aver sollecitato per raccomandata la deposizione al terzo e di non averla ottenuta, il giudice che ammette la prova, in luogo di disporne la comparizione, formula i quesiti da rivolgergli e fa spedire il relativo modulo dal cancelliere. Il modulo conterrà l'ammonimento a dire il vero, l'elenco delle conseguenze anche penali cui va incontro il teste in caso di false dichiarazioni, l'avviso circa l'ammenda che gli sarà comminata se non restituisce il modulo compilato con la fotocopia del documento d'identità, la precisazione che il giudice potrà disporne la comparizione in udienza, anche mediante accompagnamento coattivo, in caso di mancata, confusa o non convincente risposta. Il timore della sanzione pecuniaria e, più ancora, la prospettiva di dover deporre oralmente con dispendio di tempo, fungeranno da incentivi al teste perché renda una soddisfacente deposizione scritta.

Anche la consulenza tecnica avrà luogo in modo da impegnare al minimo l'ufficio. La parte che ne ha interesse avrà indicato nel modulo introduttivo il luogo in cui si trovano le cose da periziare e, se si tratta di beni nella sua disponibilità, anche il giorno e l'ora in cui consente che ciò accada. Il ctu, officiato via posta dal giudice, si recherà sul posto e procederà all'indagine. La trasmissione dell'elaborato alle parti, le osservazioni di queste e il deposito in cancelleria avverranno nei termini fissati con l'ordinanza di conferimento dell'incarico nei modi dell'art. 195, terzo comma, c.p.c. Eventuali chiarimenti saranno chiesti dal giudice per iscritto al consulente.

8. *Decisione*

Entro trenta giorni da quando ogni attività è cessata (e dunque dalla controreplica dell'attore, dalla seconda replica del convenuto, in mancanza dalla scadenza dei relativi termini, dall'arrivo delle deposizioni scrit-

te dal teste, dal deposito della ctu, dal ricevimento dei chiarimenti sollecitati al consulente, dall'udienza fissata per audire il teste) il giudice invita le parti a illustrare, sempre per iscritto, la causa. Ricevute le deduzioni, o trascorsi dieci giorni dall'invito, deve emettere sentenza. In applicazione dell'art. 101, secondo comma, c.p.c., se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, assegna alle parti, a pena di nullità, ulteriore termine di dieci giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione.

La sentenza va depositata entro trenta giorni. Il deposito oltre il termine, ma nei sessanta giorni, riduce alla metà il compenso per la redazione. Oltre i sessanta giorni nulla compete al giudice di pace, ferma in ogni caso la responsabilità disciplinare per il ritardo. Il governo delle spese seguirà le regole del processo ordinario.

La sentenza, immediatamente esecutiva, è spedita alle parti a cura della cancelleria. Dalla ricezione decorre il termine breve per l'impugnazione.

Per chi voglia conservare l'appello, questo sarà proponibile per i soli motivi dell'art. 339, terzo comma c.p.c., e dunque "… esclusivamente per violazione delle norme sul procedimento, per violazione di norme costituzionali o comunitarie ovvero dei principi regolatori della materia". Attesa l'esiguità degli interessi in conflitto, proporrei di rinunciare al doppio grado, per affidarsi direttamente e soltanto al ricorso per cassazione.

9. *Rapporti con il decreto ingiuntivo*

In ragione della coincidenza – sia pur solo parziale - della specie di prova che ne forma il perno, andrebbe anche regolato il rapporto fra il nuovo procedimento e la procedura d'ingiunzione.

In chiave teorica le soluzioni concepibili sono due: o vietare il ricorso al decreto ingiuntivo per i crediti di modesta entità; o prevedere che l'opposizione al provvedimento monitorio abbia luogo nelle forme semplificate che si sono abbozzate.

Considerazioni squisitamente pratiche m'indurrebbero a sponsorizzare la prima via. L'istanza d'ingiunzione impegna immediatamente e personalmente il giudice, laddove il rito sopra descritto si apre con una fase di scambio che esige il lavoro della sola cancelleria. In questo frangente è probabile che il convenuto che ha in animo di assolvere il debito paghi, in tal modo evitando la prosecuzione del giudizio. All'inverso, la pratica mostra che il debitore che chi ha intenzione di resistere non è affatto dissuaso dall'emissione del provvedimento monitorio. Quanto poi alla necessità di ottenere immediatamente un titolo esecutivo, que-

sta dovrebbe essere sopperita dalla estrema rapidità del procedimento. Per i casi, auspicabilmente non frequenti, di maggiore durata, la dismissione del decreto ingiuntivo potrebbe essere colmata con il ricorso all'art. 186-*ter* c.p.c., oggi di fatto inutilizzato proprio per il concorso del procedimento monitorio.

Comprendo, però, che sarebbe impervio imporre agli avvocati una soluzione tanto categorica. Dovrebbe poi tenersi conto della diversità di trattamento con i crediti transfrontalieri, che non potrebbero essere sottratti al procedimento ingiuntivo europeo. Per queste ragioni mi sembra più opportuna la tecnica del raccordo: conseguito decreto ingiuntivo per un credito di modesta entità, il giudizio di opposizione andrà promosso e coltivato per gli effetti di cui agli artt. 647 ss., c.p.c., ma nei modi del rito previsto per le controversie di corrispondente valore.

WALTER GHIA

Su Cervantes, Manzoni, Sciascia: storia breve di un equivoco sul percorso della parola "mafia"*

Ormai da qualche anno vado raccogliendo materiali e spunti di riflessione da far confluire in un saggio che ha già un titolo molto impegnativo, ma non ha ancora linee concettuali stabili: *La giustizia di Quijote e* le *giustizie in Cervantes*. I sentieri di questa ricerca mi hanno ad un certo punto condotto a rivisitare un itinerario storico-letterario illustre, le cui tracce erano state fissate nella memoria in anni ormai lontani. L'oggetto tematico è l'origine della parola "mafia" e le figure in gioco sono Cervantes, Manzoni, Sciascia. La questione è tale che non può in alcun modo prescinderne uno studioso italiano che aspiri a sciogliere almeno qualche capo dell'intricata matassa delle pagine cervantine in materia di giustizia. Però, prima ancora che potessi accingermi a qualsiasi riflessione propriamente storica, sono risultati incerti e confusi gli stessi elementi di fatto, i fondamentali dati filologici. E di qui è nata la necessità di tentare una ricostruzione plausibile dell' intera vicenda.

In occasione del grande processo di Palermo iniziato nel febbraio 1986 Leonardo Sciascia cominciava il suo articolo sull'"Espresso" con una nota storico-letteraria, destinata a diventare celebre (almeno tra i lettori della mia generazione) circa il percorso della parola "mafia":

> Manzoni lesse in spagnolo il Don Chisciotte; e quando si imbatteva in parole o espressioni ancor vive nel dialetto milanese, diligentemente le annotava. Ne fece poi un elenco, che diede a degli amici: e da loro ci è stato conservato. Nell'elenco è la parola "mafia", non registrata dai dizionari della lingua spagnola e finora per me introvabile nel Don Chisciotte. L'ho cercata, nell'edizione Aguilar delle opere di Cervantes, in tutti i luoghi in cui pensavo potesse trovarsi; ho chiesto soccorso agli amici che molto meglio di me conoscono lo spagnolo e Cervantes. Inutilmente. Non mi resta che rileggere, dopo circa trent'anni, il libro dal principio alla fine; e prevedo con fatica, se il diletto di rileggerlo sarà insidiato e guastato dalla caccia a quella sola parola.
>
> ... Mi interessa ritrovarla, quella parola, non solo per liberarmi da un'ossessione, piccola quanto si vuole ma ossessione...[1]

* Va un particolare ringraziamento ai professori Gianmarco Gaspari e Angelo Stella del Centro nazionale di studi manzoniani che con generosa attenzione e solerzia mi hanno reso più agevole un raffronto fra le diverse edizioni in cui compaiono le voci cervantine trascritte da Manzoni durante la sua lettura del *Quijote*. Ringrazio inoltre per la sua disponibilità la dottoressa Maria Goffredo, esperta custode del Fondo Manzoniano della Biblioteca Nazionale Braidense.

[1] "L'Espresso", 16 marzo 1986, ora in *A futura memoria (se la memoria ha un futuro)*,

Sciascia poi proseguiva, richiamando le considerazioni di Borges sul carattere degli argentini e sull'atteggiamento mentale che sta alla base dei comportamenti mafiosi,[2] e concludeva proponendo l'ipotesi di una radice spagnola della mafia da far risalire ai secoli dell'occupazione.

Circa l'uso della parola "mafia" che Manzoni avrebbe riscontrato durante la sua lettura del *Quijote*, credo adesso di poter dire che non è proprio il caso di scomporsi troppo: l'"ossessione" pur "piccola" di Leonardo Sciascia ha probabilmente un'origine piuttosto prosaica.

Consultiamo intanto gli *Spogli dal "Don Chisciotte"* inseriti nel volume degli *Scritti linguistici inediti* della grande "edizione nazionale ed europea", a tutt'oggi la più completa e accreditata: ebbene, anche a voler leggere e rileggere, scorrendo i fogli con minuziosa attenzione, lì non troviamo traccia della parola "mafia".[3] E lo stesso accade se risaliamo alla prima edizione a stampa di quelle note manzoniane, a cura di Ezio Flori, così come vengono proposte nei *Colloqui col Manzoni* di Giuseppe Borri, fratello di Teresa, seconda moglie di Manzoni, al cap. XII - *La lettura del Don Chisciotte* -.[4]

Proviamo allora ad esaminare i volumi stampati nel periodo intermedio: nel 1944, per le edizioni Ultra, vengono raccolti in unico volu-

Milano, Bompiani, 2002, pp. 103-105. Circa la trascrizione della parola "mafia" da parte di Manzoni, che l'avrebbe tratta dal *Quijote,* non si trova cenno negli scritti raccolti in *Ore di Spagna* (nonostante i frequenti riferimenti a Cervantes) se non nell'introduzione al libro, scritta da Natale Tedesco. Cfr. Leonardo SCIASCIA, *Ore di Spagna* , introduzione di N. Tedesco, fotografie di F. Scianna, Milano, Bompiani, 2001, p. 13. Il libro raccoglie testi anteriori all'articolo dell' '86 pubblicato su "L'Espresso".

[2] Di Jorge Luis BORGES, cfr. *Nuestro pobre individualismo*, ora in *Otras inquisiciones*, Buenos, Aires, Emmecé, 1966, p. 36 e ss.

[3] Alessandro MANZONI, *Edizione nazionale ed europea delle opere di Alessandro Manzoni*, diretta da Giancarlo Vigorelli, Milano, Centro nazionale di studi manzoniani, *Scritti linguistici inediti*, a cura di Angelo Stella e Maurizio Vitale, vol. 18.2, 2004, pp. 832-836.

[4] Giuseppe BORRI, *Colloqui col Manzoni*, per la prima volta pubblicati da Ezio Flori, Bologna, Zanichelli, 1929, pp. 167-176, e in particolare p. 168. Sul tema delle espressioni linguistiche che aveva trascritto Manzoni dal *Quijote* si trova una nota di Cesare CANTÙ in *Alessandro Manzoni. Reminiscenze*, Milano, Treves, 1882, p. 207n: «[Manzoni] stimava grandemente il Cervantes, e in quel suo capolavoro di sentimento, di buon senso, di allegria notò le frasi che sono identiche colle ancor vive del parlar milanese. Una lista che me ne diede io posi nel *Milano e il suo territorio*». In tale opera, nell' appendice allo *Schizzo storico* dedicata dal Cantù al dialetto, troviamo in effetti una lista di termini ed espressioni spagnole. Tuttavia si tratta di una corrispondenza alquanto parziale rispetto all'elenco che conosciamo dai *Colloqui col Manzoni* di Giuseppe Borri. Da un lato la lista del Cantù è molto più breve, non esaurisce certo quella del Borri; dall'altro non tutti i termini che essa contiene trovano corrispondenza nell'elenco del Borri. Dalla lista del Cantù E' comunque assente la parola "mafia". Cfr. *Milano e il suo territorio*, Milano, Edizione speciale della Banca commercio e industria, 1960, pp. 102-103.

me (con introduzione e note attribuite a Cesare Giardini)[5] i *Colloqui col Manzoni* di Niccolò Tommaseo, Giuseppe Borri, Ruggero Bonghi. Questa volta, se andiamo al capitolo XII della sezione del Borri, troviamo solo poche righe di rinvio, e le voci cervantine non hanno neppure l'onore della riproduzione a stampa.[6]

Eppure è difficile pensare che Sciascia avesse lavorato di pura invenzione, per giunta su un tema che lo impegnava con tanta forza: ancora un piccolo sforzo nella consultazione dei testi ed in effetti, proprio la parola "mafia" compare davvero, nel volume collettivo del 1954, con introduzione e note di Giovanni Titta Rosa,[7] che insieme ai *Colloqui* del Borri, ospita di nuovo le pagine di Niccolò Tommaseo e di Ruggero Bonghi. Il testo del 1954, a differenza di quello del 1944, pubblica le note dei termini che Manzoni aveva tratto dal *Quijote*, che tuttavia non risultano identiche a quelle dell'edizione del Flori. Riguardo alle varianti rispetto all'edizione del 1929 non è data peraltro alcuna motivazione, e forse non si intende neppure proporre intenzionalmente una nuova versione.

È comunque naturale interrogarsi sulle ragioni della comparsa della parola "mafia" in una delle liste delle voci cervantine trascritte da Manzoni mentre leggeva in originale il *Quijote*. Se confrontiamo le edizioni del 1929, del 1954, del 2004, non troviamo corrispondenza piena nella successione dei gruppi di termini spagnoli, però possiamo comunque comparare una sequenza che è per l'occasione significativa, e alla fine ricavarne un interessante prospetto.

1929	1954	2004
maña – astuzia, malizia. *mañero* – *mañoso* – derivati. *amañar* - operar con destrezza donde forse il magnan dei milanesi.	*mafia* – astuzia, malizia. *manero* – *manoso* – derivati. *amanar* - operar con destrezza donde forse il magnan dei milanesi.	*maña* – astuzia, malizia. *mañero* – 'manoso' – derivati. *amañar* – 'operar con destrezza' donde forse il *magnan* dei milanesi.

[5] L'autore dell'introduzione e delle note di questa edizione del 1944 era in realtà Giovanni Titta Rosa, al quale il governo della RSI aveva vietato ogni attività pubblicistica. Lo si può leggere nell'*Avvertenza* all'edizione successiva, del 1954: Niccolò TOMMASEO, Giuseppe BORRI, Ruggiero BONGHI, *Colloqui col Manzoni*, con introduzione e note di G. Titta Rosa, Milano, Ceschina, 1954, pp. 7-8.

[6] Niccolò TOMMASEO, Giuseppe BORRI, Ruggiero BONGHI, *Colloqui col Manzoni*...seguiti da *Memorie manzoniane* di C. Fabris, Milano, Ultra, 1944. Cfr. p. 309 e ss.

[7] Niccolò TOMMASEO, Giuseppe BORRI, Ruggiero BONGHI, *Colloqui col Manzoni*, con introduzione e note di G. Titta Rosa, Milano, Ceschina, 1954, pp. 231-315, e in particolare p. 272.

Per la sezione che ci riguarda, l'edizione del 1954 non sembra certo il prodotto di un'accurata opera di revisione filologica. Il segno della tilde è stato sistematicamente omesso dai termini spagnoli (che fra l'altro senza quel segno semplicemente non hanno senso, non appartengono al vocabolario *castellano*). Nel caso di *maña* si è andati oltre l'omissione: il segno della tilde è stato probabilmente scambiato con il taglio della *f* seguita da *i* (*fi* al posto di *ñ*) fino a derivarne la parola italiana "mafia".[8] Insomma, la presenza della parola "mafia" in quell'elenco non ha origine né nel testo del *Quijote*, né nelle trascrizioni manzoniane.

Si può fra l'altro osservare che la parola *maña*, spesso resa nei dizionari con "destrezza", "abilità", è un termine dal significato complesso che rinvia ad un tempo alla "dedizione" e all'"ingegnosità" dell'operare. Non è comunque certo priva di senso la corrispondenza con i termini italiani "astuzia, malizia" quali risultano dalle note manzoniane. Basti dire che Francisco Rico nella sua edizione del *Quijote* (*pars* II, I), quando sente l'esigenza di chiarire il senso dell'aggettivo *mañero* gli fa corrispondere il termine *sagaz*, oppure impiega una locuzione più complessa, ma ugualmente significativa per il nostro scopo: "'*manejable*', '*obediente*', *pero también 'ladino'*, '*astuto*'…"[9]. Inoltre, sempre dal lato del capolavoro cervantino è persino banale notare che la parola "mafia" [10] non ricorre mai nel testo del *Quijote*, né d'altro canto appartiene allo spagnolo dell'epoca, mentre il vocabolo "maña" insieme agli altri che attingono alla medesima radice è decisamente frequente: "*maña*" compare ben sei volte, "*mañero*" due, e infine compaiono una volta "*mañoso*" e "*amañar*".[11] La locuzione "operar con destrezza" che Manzoni usa per tradurre "*amañar*" fa persino pensare ad un accostamento di termini sinonimici che è presente nel capitolo X della I parte del *Quijote*, all'interno della domanda retorica che l'*hidalgo* rivolge a Sancho:

> ¿Has leído en historias otro que tenga ni haya tenido más brío en acometer, más aliento en el perseverar, más *destreza* en el herir, ni más *maña* en el derribar? [12][corsivo mio]

[8] Le considerazioni che svolgo hanno naturalmente senso sulla base di una situazione di fatto: della sequenza di termini cervantini indicati nel prospetto non risulta ad oggi reperibile alcuna documentazione manoscritta, né nella forma di autografo manzoniano, né nella forma di "copia del Borri".

[9] Cfr. Miguel DE CERVANTES, *Don Quijote de la Mancha*, Edición del Instituto Cervantes 1605-2005, dirigida por Francisco Rico, Centro para la edición de los clásicos españoles, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2004, pp. 684 e 741.

[10] Circa l' origine del termine segnalo il dotto studio di Pasquale NATELLA, *La parola "mafia"*, Perugia, Olschki, 2002.

[11] Cfr. nella prima parte i capp. X e XLIX, nella seconda i capp. I, VI, XIV, XXVII, XXXIX, XLII, XLVIII, LVI.

[12] Miguel DE CERVANTES, *Don Quijote de la Mancha*, cit. p. 125.

Insomma la "pur piccola" ossessione di Sciascia nasce assai plausibilmente da un errore di trascrizione, che peraltro non si ferma all'edizione del 1954. Nel 1985 – proprio l'anno che precede il saggio di Leonardo Sciascia - i *Colloqui col Manzoni* pubblicati a cura di Alessandra Briganti, nella sezione del Borri, considerano valida la lettura di Titta Rosa[13], e ripropongono la sequenza "Mafia – Manero – Manoso - Amanar".[14] A ripristinare la lettura del Flori sarà nel 1990 Angelo Stella cui è affidata la cura degli *Spogli dal don Chisciotte* contenuti nell' edizione delle opere manzoniane dei Classici Mondadori.[15]

Fin qui quel che risulta da un modestissimo esame delle edizioni a stampa a proposito del presunto passaggio della parola "mafia" dal *Quijote* alle trascrizioni manzoniane. Altro, ben più impegnativo discorso è l'analisi della Giustizia al singolare e delle molte, diverse giustizie al plurale, che possiamo trovar descritte (sempre in forma narrativa, e tuttavia con precisione quasi anatomica, a testimonianza di una grande curiosità analitica) nelle pagine del capolavoro cervantino e in alcune delle *Novelas ejemplares*: la Giustizia di don *Quijote* campione della cavalleria errante, la giustizia di Sancho, governatore dell'isola di Barataria, la giustizia degli ufficiali del re, la giustizia dei Mori, la giustizia degli Zingari, la giustizia di don Roque Guinart che domina le vie d'accesso a Barcellona, la giustizia di Monipodio supremo signore della *hampa*, la malavita sevillana.

Qui il discorso si fa davvero serio, e temo che la risposta si farà attendere ancora un po'.

[13] R. Bonghi, G. Borri, N. Tommaseo, *Colloqui col Manzoni*, a cura di A. Briganti, Roma, Editori Riuniti, 1990. Cfr. la *Nota al testo*, p. XXVI.

[14] R. Bonghi, G. Borri, N. Tommaseo, *Colloqui col Manzoni*, cit. p. 223.

[15] Alessandro Manzoni, *Tutte le opere*, vol. V, t. II, *Scritti linguistici*, a cura di A. Stella e Luca Danzi, Milano, Mondadori, pp. 488-494, ed in particolare p. 491. Rispetto alla lettura del Flori resta tuttavia privo della tilde il termine "mañoso".

MARIA ROSARIA MAURO

Alcune riflessioni sulla personalità giuridica dell'Unione europea e le modifiche introdotte in materia dal Trattato di Lisbona

SOMMARIO: 1. Il Trattato di Lisbona. - 2. La personalità giuridica delle organizzazioni internazionali. - 3. La dottrina e la giurisprudenza sull'argomento. - 4. La personalità giuridica dell'Unione europea. - 5. Le novità introdotte dal Trattato di Lisbona.

1. *Il Trattato di Lisbona*

Dopo un travagliato processo di ratifica da parte dei ventisette Stati membri[1], il 1° dicembre 2009 è entrato in vigore il Trattato di Lisbona, che innova l'ordinamento dell'Unione europea riprendendo gran parte delle modifiche già previste nella cosiddetta Costituzione europea[2].

A differenza del Trattato costituzionale, che, nell'ottica di una maggiore semplificazione e razionalizzazione, avrebbe dovuto sostituire i Trattati esistenti con un unico testo, il Trattato di Lisbona si limita a modificare i Trattati precedenti, senza però rimpiazzarli. Pertanto, l'ordinamento dell'Unione europea viene a essere fondato su due Trattati di pari valore giuridico: il nuovo Trattato sull'Unione europea (TUE), che continua a disciplinare la "politica estera e di sicurezza comune" (PESC) e contiene il riconoscimento formale della personalità giuridica dell'Unione europea, e il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)[3], il quale sostituisce il precedente Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE) assorbendo anche il terzo pilastro[4].

[1] Si fa riferimento, in particolare, al referendum tenuto in Irlanda il 12 giugno 2008, che aveva inizialmente bocciato la ratifica del Trattato di Lisbona da parte di tale Stato, e alla sentenza del 30 giugno 2009 della Corte costituzionale tedesca, con la quale si è chiesto l'intervento del Parlamento tedesco per risolvere alcuni problemi di incostituzionalità posti dal Trattato.

[2] Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, approvato dal Consiglio di Bruxelles del 17 e 18 giugno 2004 e firmato a Roma il 29 ottobre 2004, è stato ratificato solo da 18 Stati membri su 27 (tra cui l'Italia con la legge 7 aprile 2005, n. 57), non entrando mai in vigore.

[3] Cfr. l'art. 1 TUE.

[4] Resta, inoltre, in vigore anche il Trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica (CEEA), modificato dal Protocollo n. 2 allegato al Trattato di Lisbona.

Si chiarisce, in tal modo, il quadro istituzionale e politico europeo, superando la struttura eclettica cui aveva dato origine il Trattato di Maastricht del 1992: vengono infatti riuniti i precedenti tre pilastri, in particolare con l'estensione all'ex terzo pilastro delle regole generali di origine comunitaria. Tuttavia, la PESC, di cui è parte integrante la "politica europea di sicurezza e di difesa comune" (PESD), continua a essere soggetta a regole specifiche e ne permane il carattere intergovernativo[5]; in particolare, essa è disciplinata nel TUE, mentre le altre azioni esterne – ovvero quella commerciale comune, la cooperazione con i Paesi terzi e l'aiuto umanitario, le misure restrittive, gli accordi internazionali e la clausola di solidarietà – sono regolate, eccetto gli aspetti di carattere generale, nel TFUE. Perciò, contrariamente all'approccio "unitario" del Trattato costituzionale, con il Trattato di Lisbona si ha in realtà una sopravvivenza "virtuale" del secondo pilastro[6].

La riforma persegue una più significativa democratizzazione e una maggiore trasparenza dell'Unione europea, in tale ottica viene rafforzato il ruolo del Parlamento europeo[7], sono coinvolti in maniera più ampia i Parlamenti nazionali nell'attività dell'Unione[8], é esteso il voto a maggioranza qualificata in seno al Consiglio a nuovi settori[9], vengono classificate le competenze in modo tale da definire meglio i rapporti tra l'Unione europea e gli Stati membri[10], si riconosce a questi ultimi, per la prima volta, un diritto di recesso volontario dall'Unione[11].

Il Trattato di Lisbona dedica, poi, una particolare attenzione alla tutela dei diritti umani e dei valori dell'Unione, principalmente attraverso l'integrazione della Carta dei diritti fondamentali nel diritto primario del-

[5] Si veda al riguardo U. Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, II ed., Bari, 2010, pp. 23-24.

[6] Si veda sull'argomento E. Triggiani (a cura di), *L'Unione europea secondo la riforma di Lisbona*, Bari, 2008, pp. 28-29.

[7] In particolare, il Parlamento europeo viene dotato di nuovi poteri in materia di adozione degli atti di bilancio e di accordi internazionali.

[8] Ciò avviene anche grazie alla previsione di nuove disposizioni per verificare la corretta applicazione del principio di sussidiarietà. Cfr. il Protocollo (n. 2) sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

[9] Dal 2014, peraltro, il calcolo della maggioranza qualificata si baserà sulla doppia maggioranza degli Stati membri e della popolazione, in modo da rappresentare la doppia legittimità dell'Unione. Secondo la regola della doppia maggioranza una decisione deve essere approvata da almeno il 55% degli Stati membri che devono rappresentare almeno il 65% della popolazione dell'Unione.

[10] Cfr. gli articoli 3 e 4 TFUE.

[11] Cfr. l'art. 50 TUE.

l'Unione, la quale viene in tal modo resa giuridicamente vincolante[12].

Il Trattato, infine, potenzia il ruolo dell'Europa sulla scena internazionale, in primo luogo riorganizzando e riunendo le politiche esterne dell'Unione europea per favorire una maggiore uniformità d'azione, tramite l'integrazione della politica commerciale comune, la cooperazione allo sviluppo, la cooperazione economica, finanziaria e tecnica, nonché l'aiuto umanitario; solo la politica estera e di sicurezza comune rimane a sé stante[13]. Nell'ottica di una maggiore armonia operativa, peraltro, si specifica che l'Unione dovrà assicurare la coerenza tra i diversi settori dell'azione esterna da una parte e tra questi e le altre politiche dall'altra[14]. Vengono previsti, inoltre, la figura dell'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, che è anche vicepresidente della Commissione, e un nuovo Servizio europeo per l'azione esterna, che deve assistere l'Alto rappresentante nell'esercizio delle sue funzioni[15].

In tale contesto si inserisce il riconoscimento formale della personalità giuridica unica dell'Unione europea. Lo *status* giuridico dell'Unione è stato un tema controverso da quando, con il Trattato di Maastricht, un nuovo attore, l'Unione europea appunto, è stato introdotto nel panorama della costruzione comunitaria. Il dibattito è stato determinato proprio dall'assenza nei Trattati di una norma attributiva della personalità giuridica all'Unione e dalla contemporanea presenza di norme che, invece, riconoscevano tale personalità alle tre Comunità[16].

Il Trattato di Lisbona, dunque, fa finalmente chiarezza, risolvendo in maniera esplicita il delicato problema della natura giuridica dell'Unione europea.

[12] Cfr. l'art. 6, par. 1, TUE. La Carta è stata predisposta da una apposita Convenzione, composta dai rappresentanti dei Capi di Stato o di Governo degli Stati membri, da un rappresentante del Presidente della Commissione europea, da membri del Parlamento europeo e dei Parlamenti nazionali. La Carta, adottata ufficialmente a Nizza nel dicembre 2000 dai Presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, è stata proclamata una seconda volta in una versione adattata il 12 dicembre 2007 dal Parlamento, dal Consiglio e dalla Commissione.

[13] Cfr. gli articoli 23-46 TUE.

[14] Cfr. l'art. 21, par. 3, TUE, secondo il quale: «Nell'elaborazione e attuazione dell'azione esterna nei vari settori compresi nel presente titolo e nella parte quinta del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e delle altre politiche nei loro aspetti esterni, l'Unione rispetta i principi e persegue gli obiettivi di cui ai paragrafi 1 e 2. L'Unione assicura la coerenza tra i vari settori dell'azione esterna e tra questi e le altre politiche. Il Consiglio e la Commissione, assistiti dall'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, garantiscono tale coerenza e cooperano a questo fine».

[15] Cfr. gli articoli 18 e 27 TUE.

[16] Cfr. al riguardo I. Macleod, I. D. Hendry, S. Hyett, *The External Relations of the European Communities. A Manual of Law and Practice*, Oxford, 1996, p. 3 ss.

2. *La personalità giuridica delle organizzazioni internazionali*

Si intende per personalità giuridica internazionale la capacità di essere destinatari di norme e, quindi, di diritti e obblighi, alla luce dell'ordinamento giuridico internazionale.

Sia la dottrina sia la prassi hanno riconosciuto da tempo che possono considerarsi soggetti di diritto internazionale anche enti diversi dagli Stati, se sono dotati di una certo grado di indipendenza e partecipano alla vita di relazione internazionale.

Perciò, anche le organizzazioni internazionali possono godere della soggettività internazionale[17], sebbene prive di un territorio e di cittadini su cui esercitare la propria sovranità, ma proprio per tale ragione la loro personalità giuridica è di natura funzionale e non territoriale come quella degli Stati. In tal senso essa non è piena, poiché trova un limite nelle funzioni che le organizzazioni - enti appunto funzionali e non territoriali – esercitano: la personalità delle organizzazioni si esplica, pertanto, solo in riferimento all'esercizio delle funzioni e degli scopi loro attribuiti dai membri.

L'aspetto peculiare delle organizzazioni internazionali è che la loro esistenza non deriva da un processo spontaneo, come nel caso degli Stati, ma dalla volontà di altri soggetti – Stati o altre organizzazioni – tanto che l'atto istitutivo dell'organizzazione è stato a lungo considerato la fonte della sua personalità giuridica[18]. Quindi, dal momento che l'organizzazione non è un ente autonomo, indipendente e dotato di piena sovranità, a differenza dello Stato essa non acquista la qualità di soggetto internazionale per il mero fatto di esistere, essendo al tal fine richiesta la presenza di elementi aggiuntivi.

Poiché non vi sono norme di diritto internazionale generale attributive della personalità giuridica alle organizzazioni internazionali[19], si

[17] Sulla personalità internazionale delle organizzazioni internazionali si vedano in particolare G. Arangio-Ruiz, *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1951; G. Balladore Pallieri, *La personalità delle organizzazioni internazionali*, in *Diritto internazionale*, 1960, p. 230 ss.; G. Arangio-Ruiz, *Stati e altri enti (Soggettività internazionale)*, in *Novissimo digesto italiano*, XVIII, Torino, 1971, p. 191 ss. Cfr. al riguardo, inoltre, i pareri della Corte internazionale di giustizia del 20 dicembre 1980, sull'*Interpretazione dell'accordo del 25 marzo 1951 tra l'OMS e l'Egitto*, *I.C.J. Reports 1980*, p. 73 ss., e dell'8 luglio 1996, sulla *Liceità dell'uso delle armi nucleari da uno Stato in un conflitto armato*, *I.C.J. Reports 1996*, p. 66 ss.

[18] Cfr. al riguardo K. Zemanek, *The Legal Foundations of the International System*, in *Recueil des cours*, 1997, t. 266, pp. 88-90.

[19] Si veda al riguardo C. Zanghì, *Diritto delle organizzazioni internazionali*, II ed., Torino, 2007, p. 31.

pongono allora due problemi: in primo luogo occorre stabilire quali requisiti minimi un'organizzazione debba possedere affinché le si possa eventualmente riconoscere la personalità giuridica; è necessario, inoltre, accertare successivamente se il riconoscimento di tale personalità dipenda dalla volontà degli Stati membri o da elementi di natura oggettiva.

Il primo requisito minimo perché si possa porre il problema del riconoscimento della personalità di un'organizzazione internazionale è l'imputabilità degli atti a essa stessa e non ai suoi membri; perciò, è necessario anche un apparato istituzionale al quale possano essere riferite le attività poste in essere dagli organi; bisogna, altresì, verificare se, in relazione agli obiettivi e alle modalità di funzionamento dell'ente, i membri abbiano voluto conferirgli poteri e capacità per agire nell'ordinamento internazionale. Dunque, affinché si possa riconoscere la personalità di una determinata organizzazione, occorre essere in presenza di un'associazione di Stati o di organizzazioni internazionali o di entrambi, istituita da un trattato che rappresenta la "costituzione" dell'ente, dotata di organi comuni, con propri obiettivi e una sua autonomia, nel senso che si ha una distinzione tra l'organizzazione e i suoi membri rispetto ai diritti, doveri, poteri e responsabilità che si hanno sul piano internazionale e non solo nell'ambito dell'ordinamento giuridico interno di uno o più membri[20].

Venendo alla seconda questione, gli Stati costituenti possono senz'altro esprimere la propria intenzione, nell'atto istitutivo o in un altro atto, di riconoscere all'organizzazione internazionale la personalità giuridica, tuttavia, tale manifestazione di volontà non è sufficiente affinché l'ente possa essere considerato soggetto di diritto internazionale, poiché, come si è osservato, l'organizzazione non acquista la qualità di soggetto di diritto internazionale per il mero fatto della sua creazione, ma solo grazie alla presenza di determinati requisiti oggettivi e comportamenti concludenti nell'ambito dell'ordinamento internazionale[21].

In altri termini, anche in riferimento alle organizzazioni internazionali «l'existence précède l'essence»[22], perciò, non è rilevante l'affermazione aprioristica della personalità giuridica dell'organizzazione, essendo

[20] Si vedano in argomento P. Gautier, *The Reparation for Injuries Case Revisited: the Personality of the European Union*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2000, p. 333; P. Dailler, A. Pellet, *Droit international public*, VII ed., Paris, 2002, p. 596; I. Brownlie, *Principles of Public International Law,* VII ed., Oxford, 2008, pp. 676-679.

[21] Si veda al riguardo C. Zanghì, *Diritto delle organizzazioni internazionali*, cit., pp. 33-35.

[22] Cfr. R. J. Dupuy, *Le droit des relations entre les organisations internationales*, in *Recueil des cours*, 1960, II, t. 100, p. 532.

invece la capacità reale e concreta di tale ente di agire nell'ordinamento internazionale a essere misura della sua personalità. Manifestazioni della personalità internazionale dell'organizzazione sono, ad esempio, il potere di stipulare accordi internazionali, la possibilità di intrattenere relazioni diplomatiche (il diritto di legazione attivo e passivo), la presentazione di reclami o istanze nei confronti di altri soggetti internazionali, l'assunzione della responsabilità internazionale per il proprio operato.

L'inserimento di una norma sulla personalità giuridica nel trattato istitutivo avrebbe in tale ottica solo un effetto dichiarativo, non sufficiente a garantire l'attribuzione della personalità all'ente se tale norma non si accompagna all'esistenza di diritti, obblighi e competenze effettivi propri dell'organizzazione.

In definitiva, anche per le organizzazioni internazionali come per gli Stati la determinazione della soggettività internazionale avviene sulla base del principio di effettività[23] e la sua esistenza, che prescinde dal riconoscimento di altri soggetti di diritto internazionale, ha effetti *erga omnes*: per tale ragione la personalità internazionale non può avere origine da una disposizione dell'accordo istitutivo o dello statuto, che avrebbe comunque sempre efficacia solo tra le parti[24].

Gli Stati fondatori, dunque, non possono attribuire la soggettività internazionale all'organizzazione che costituiscono, possono tutt'al più riconoscere a tale ente, nello statuto o in un altro atto, la personalità di dritto interno, che sarà contemporaneamente posseduta in ogni Stato membro dell'organizzazione. In virtù della personalità interna, che è evidentemente diversa da quella di diritto internazionale, l'organizzazione gode, negli ordinamenti degli Stati membri, della capacità giuridica necessaria per svolgere le funzioni che le sono attribuite[25], in particolare avere rapporti di natura contrattuale e assumersi la responsabilità extracontrattuale per l'operato dei propri agenti. Tale capacità è, in genere, espressamente prevista nello statuto delle organizzazioni[26].

[23] Cfr. U. Draetta, *Principi di diritto delle organizzazioni internazionali*, II ed., Milano, 2006, p. 132, secondo il quale «La valutazione andrà quindi effettuata sulla base del concreto atteggiarsi dell'organizzazione nei confronti degli altri membri della comunità internazionale e di questi ultimi nei confronti della prima».

[24] Cfr. l'art. 34 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969.

[25] Si veda al riguardo N. Ronzitti, *Introduzione al diritto internazionale*, III ed., Torino, 2009, p. 38.

[26] Cfr. ad esempio l'art. 104 della Carta delle Nazioni Unite e l'art. 282 TCE.

3. *La dottrina e la giurisprudenza sull'argomento*

Sull'origine della personalità giuridica internazionale delle organizzazioni internazionali sono state accolte in dottrina tre diverse tesi[27].

Secondo una prima teoria, cosiddetta soggettiva, contrattuale o volontaristica, la personalità giuridica di un'organizzazione internazionale dipende esclusivamente dalla volontà dei suoi Stati membri, che la conferiscono esplicitamente all'ente con una previsione apposita contenuta nel trattato istitutivo o nello statuto dell'organizzazione [28].

Tale approccio, seguito principalmente dalla dottrina[29] e dai Paesi socialisti, appare, tuttavia, eccessivamente "stato-centrico" e non corrispondente alla prassi internazionale, la quale si caratterizza, invece, per l'esistenza di numerose organizzazioni internazionali la cui personalità giuridica è pacificamente ammessa pur non essendo espressamente prevista dal loro atto istitutivo[30].

Vi è poi una seconda teoria, definita oggettiva, per la quale la personalità giuridica può essere acquisita *ipso facto* in virtù del diritto internazionale, se l'organizzazione agisce in maniera autonoma dai propri membri sul piano internazionale[31], quando cioè è dotata di organi propri in grado di esprimere una volontà imputabile all'organizzazione stessa e non ai suoi Stati membri[32]. La personalità dell'organizzazione dipenderebbe, quindi, non dalla volontà degli Stati membri ma dall'esistenza di alcuni requisiti oggettivi ai quali il diritto internazionale ricollega la personalità giuridica. In tale ottica eventuali norme sulla personalità giuridica delle organizzazioni internazionali contenute nei trattati istitutivi o negli statuti delle organizzazioni in questione avrebbero solo un va-

[27] Cfr. sull'argomento E. Paasivirta, *The European Union: from an Aggregate of States to a Legal Person?*, in *Hofstra Law and Policy Symposium*, 1997, p. 42 ss.; H. G. Schermers, N. M. Blokker, *International Institutional Law. Unity Within Diversity*, IV ed., Boston, Leiden, 2003, pp. 988-989.

[28] Si vedano al riguardo R. Monaco, *L'autonomia normativa degli enti internazionali*, in *Studi in onore di Tommaso Perassi*, II, Milano, 1957, p. 135 ss; G. Balladore Pallieri, *Scritti sulle organizzazioni internazionali*, Milano, 1961; G. Biscottini, *Il diritto delle organizzazioni internazionali*, Padova, 1971.

[29] Cfr. ad esempio G. I. Tunkin, *The Legal Nature of the United Nations*, in *Recueil des cours*, 1966, III, t. 119, pp. 2-25.

[30] Un esempio di organizzazione internazionale il cui statuto prevede espressamente la personalità giuridica internazionale è, invece, la Corte penale internazionale (cfr. l'art. 4, par. 1, dello Statuto).

[31] Cfr. D. W. Bowett, *The Law of International Institutions*, IV ed., London, 1982, p. 339.

[32] Cfr. F. Seyersted, *Objective International Personality of Intergovernmental Organizations: Do Their Capacities Really Depend upon the Conventions Establishing Them?*, Copenhagen, 1963.

lore dichiarativo o si riferirebbero meramente alla loro personalità di diritto interno.

Secondo un terzo approccio, infine, noto come teoria funzionale o dei poteri impliciti, la personalità è conferita dagli Stati fondatori, tramite una disposizione esplicita nell'atto istitutivo o attraverso un'attribuzione implicita; nel secondo caso tale qualità deriverebbe indirettamente dalle funzioni esercitate dagli organi dell'ente, i quali esprimono una volontà che è propria dell'organizzazione e non dei suoi membri.

Tale tesi collega, perciò, l'accertamento della personalità internazionale alla contemporanea presenza di requisiti soggettivi legati alla volontà degli Stati membri espressa nell'atto istitutivo, nonché di elementi oggettivi connessi all'effettivo operare dell'ente nell'ordinamento internazionale[33]. Le organizzazioni internazionali avrebbero, dunque, la personalità giuridica non perché esplicitamente riconosciuta nel trattato istitutivo o per il fatto oggettivo della loro esistenza, ma perché tale *status* gli viene riconosciuto, esplicitamente o implicitamente, poiché dettato da una "necessità funzionale", ovvero richiesto dagli obiettivi attribuiti, dalle funzioni esercitate e dalle attività svolte dall'organizzazione. In effetti solo poche organizzazioni internazionali hanno nello statuto una norma che conferisce loro esplicitamente la personalità giuridica.

L'attribuzione implicita della personalità giuridica internazionale risulterebbe, in tal modo, dalle azioni dell'organizzazione o dall'atteggiamento nei suo confronti di altri soggetti di diritto internazionale, sia altre organizzazioni sia Stati.

Tale interpretazione funzionale della personalità giuridica è stata accolta, peraltro, dalla Corte internazionale di giustizia nel celebre parere del 1949 sulla *Riparazione per i danni subiti al servizio delle Nazioni Unite*[34], in cui la Corte si è pronunciata sulla possibilità per le Nazioni Unite di agire sul piano internazionale per i danni subiti da un agente dell'Organizzazione[35]. Nel chiedersi se anche all'Organizzazione come agli Stati

[33] Si vedano in argomento B. Conforti, *La personalità internazionale delle unioni di Stati*, in *Diritto internazionale*, 1964, p. 324 ss.; M. Rama-Montaldo, *International Legal Personality and Implied Powers of International Organizations*, in *British Yearbook of International* Law, 1970, p. 147 ss..; D. W. Bowett, *The Law of International Institutions*, cit., p. 335; H. G. Schermers, N. M. Blokker, *International Institutional Law: Unity Within Diversity*, cit., p. 979; M. Diez de Velasco Vallejo, *Las organizaciones internacionales*, XIV ed., Madrid, 2006, p. 65 ss.

[34] Cfr. il parere della Corte internazionale di giustizia dell'11 aprile 1949, sulla *Riparazione per i danni subiti al servizio delle Nazioni Unite*, *I.C.J. Reports 1949*, p. 174 ss.

[35] Si trattava, in particolare di stabilire se l'Organizzazione potesse agire per mezzo di un reclamo internazionale contro lo Stato di Israele, che allora non era membro dell'ONU.

spettasse una tale capacità d'azione, la Corte ha ritenuto di dovere previamente accertare la soggettività internazionale dell'Organizzazione.

In mancanza di una norma esplicita nella Carta sulla personalità internazionale, la Corte ha analizzato i fini, la struttura e le competenze attribuiti alle Nazioni Unite, sulla base delle disposizioni della Carta e della prassi effettiva dell'Organizzazione. Secondo quanto affermato dalla Corte l'Organizzazione avrebbe diritti e obblighi diversi da quelli degli Stati membri e importanti obiettivi propri; i suoi membri, inoltre, conferendole determinate funzioni, le avrebbero attribuito anche le competenze necessarie affinché tali funzioni fossero effettivamente esercitate. Perciò, sia gli strumenti istitutivi sia la prassi indicherebbero uno *status* dell'Organizzazione indipendente e separato da quello dei suoi Stati membri, avendo quindi le Nazioni Unite personalità giuridica internazionale: «the Organization was intended to exercise and enjoy, and is in fact exercising and enjoying, functions and rights which can only be explained on the basis of the possession of a large measure of international personality and the capacity to operate on an international plane. It is at present the supreme type of international organization, and it could not carry out the intentions of its founders if it was devoid of legal personality. It must be acknowledged that its members, by entrusting certain functions to it, with the attendant duties and responsibilities, have clothed it with the competence required to enable those functions to be effectively discharged ... Whereas a State possesses the totality of international rights and duties recognized by international law, the rights and duties of an entity such as the Organization must depend upon its purposes and functions as specified or implied in its constituent documents and developed in practice ... Under international law, the Organization must be deemed to have those powers which, though not expressly provided in the Charter, are conferred upon it by necessary implication as being essential to the performance of its duties»[36].

4. *La personalità giuridica dell'Unione europea*

L'espressione "Unione europea" ha iniziato a diffondersi nella metà degli anni '70, quando il Primo ministro belga, Leo Tindemans, venne in-

[36] Cfr. il parere della Corte internazionale di giustizia dell'11 aprile 1949, sulla *Riparazione per i danni subiti al servizio delle Nazioni Unite*, cit., pp. 179, 180, 182.

caricato di preparare un rapporto sull'argomento[37].

Nel rapporto l'Unione era descritta come una nuova fase del processo di unificazione dell'Europa, di cui avrebbe rappresentato un cambiamento qualitativo grazie al rafforzamento delle istituzioni e alla fusione della cooperazione intergovernativa con gli aspetti comunitari.

Tuttavia, solo con il Trattato di Maastricht del 1992 il concetto è stato introdotto a livello giuridico, con l'istituzione dell'Unione europea a opera del TUE entrato in vigore a seguito di tale riforma[38]. Da allora, perciò, si è inserito il processo di integrazione europea in una struttura definita a tempio greco, che si caratterizzava per la coesistenza di tre pilastri: l'Unione europea, infatti, si fondava sulle tre Comunità esistenti e sulle nuove aree di cooperazione previste dal TUE, queste ultime di competenza dell'Unione appunto e non delle Comunità. Le tre Comunità continuavano in tal modo a esistere nel contesto dell'Unione; contemporaneamente, in virtù dei titoli V e VI TUE, si realizzava una cooperazione intergovernativa tra i membri nella forma della PESC (secondo pilastro) e della "cooperazione in materia di giustizia e affari interni" (GAI, terzo pilastro)[39].

Secondo quanto stabilito nel TUE, gli Stati membri si prefiggevano di realizzare «una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa»[40], assegnando all'Unione l'obiettivo di «affermare la sua identità sulla scena internazionale, segnatamente mediante l'attuazione di una politica estera e di sicurezza comune»[41]. Tali disposizioni sembravano presupporre l'intenzione degli Stati membri di attribuire all'Unione europea un ruolo specifico sul piano internazionale e indicare, quindi, l'esigenza di una personalità giuridica internazionale di tale Organizzazione. Tuttavia, il timore di alcuni di loro di vedere limitata eccessivamente la propria sovranità, soprattutto

[37] Cfr. *L'Unione europea,* rapporto di Leo Tindemans al Consiglio europeo, in *Bollettino delle Comunità europee*, Supplemento, 1/76, p. 12. La redazione del rapporto, presentato al Consiglio europeo del 29 dicembre 1975, era stata richiesta durante il vertice di Parigi del 1974, allo scopo di definire la nozione di "Unione europea" e di delineare un progetto sul suo sviluppo individuando le tappe dell'integrazione. Nonostante la sua rilevanza, il rapporto Tindemans non ebbe grande successo a causa dei contrasti politici all'interno della Comunità e fu perciò accantonato.

[38] Il Trattato di Maastricht, firmato il 7 febbraio 1992, è entrato in vigore il 1° novembre 1993.

[39] Dal 1999, a seguito della parziale comunitarizzazione del terzo pilastro realizzata con il Trattato di Amsterdam, quest'ultima è divenuta "cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale".

[40] Cfr. l'art. A, 2° comma, TUE, attuale art. 1, 2° comma, TUE.

[41] Cfr. l'art. B TUE.

in un settore così rilevante quale quello della politica estera, e le incertezze circa la coesistenza nello stesso contesto di più soggetti di diritto internazionale – l'Unione e le Comunità - impedirono il riconoscimento formale della personalità giuridica dell'Unione europea nel TUE[42].

Pertanto, sebbene il processo di integrazione europea sembrasse essere rafforzato dall'introduzione di questo nuovo attore, tuttavia il TUE non solo limitava l'Unione nelle sue competenze e nella struttura, ma soprattutto non le riconosceva alcuna personalità giuridica, contrariamente a quanto era accaduto per le tre Comunità nei rispettivi Trattati istitutivi[43]. Il TUE faceva sorgere, quindi, la complessa questione della natura giuridica del-

[42] Sulla questione della personalità giuridica dell'Unione si vedano in particolare J. Cloos, G. Reinesch, D. Vignes, J. Weyland, *Le Traite de Maastricht. Genese, analyse, commentaires*, II ed., Bruxelles, 1994, p. 165; V. Constantinesco, R. Kovar, D. Simon (sous la direction de), *Traité sur l'Union européenne (signé à Maastricht le 7 février 1992): commentaire article par article*, Paris, 1995, p. 89; E. Vilariño Pintos, *Representación exterior y cooperación diplomática y consular en el Tratado de la Unión europea*, in *Revista de instituciones europeas*, 1995, n. 2, pp. 417-443; M. Pechstein, *Une personnalité internationale pour l'Union européenne?*, in *Revue des affaires europeenes*, 1996, n. 3, pp. 229-233; K. De Gucht, *The Common Foreign and Security Policy (CFSP): Is There Room for New Perspectives in the Aftermath of Maastricht?*, in *Studia diplomatica*, 1997, n. 2, pp. 49-83; R. A. Wessel, *The International Legal Status of the European Union*, in *European Foreign Affairs Review*, 1997, pp. 109-129; A. Tizzano, *La personnalité internationale de l'Union européenne,* in *Revue du marché unique européen*, 1998, n. 4, pp. 11-40. P. Gautier, *The Reparation for Injuries Case Revisited: the Personality of the European Union*, cit., pp. 331-361; R. Leal-Arcas, *EU Legal Personality in Foreign Policy*, in *Boston University International Law Journal*, 2006, pp. 165-212; F. Dehousse, S. Andoura, *La personnalité juridique de l'Union européenne: le débat qui n'existait pas*, in Ch. Franck, G. Duchenne (sous la direction de), *L'action extérieure de l'Union européenne, Actes de la XIe Chaire Glaverbel d'études européennes (2005-2006)*, Louvain-la-Neuve, 2007.

[43] Cfr. l'art. 6 del Trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA) del 18 aprile 1951; l'art. 210 del Trattato che istituisce la Comunità economica europea (CEE) del 25 marzo 1957; l'art. 184 del Trattato CEEA del 25 marzo 1957. Secondo la Corte di giustizia dell'Unione europea l'art. 210 citato implicava il riconoscimento della capacità d'azione esterna della Comunità in tutti i settori rientranti nella sua competenza (cfr. la sentenza del 31 marzo 1971, causa 22/70, *Commissione* c. *Consiglio*, in *Raccolta*, p. 263 ss., punti 12/15, in cui si afferma: «In mancanza di disposizioni del Trattato che disciplinino esplicitamente la negoziazione e la conclusione di accordi internazionali nel campo della politica dei trasporti ... si deve aver riguardo al modo in cui il Trattato nel suo complesso disciplina i rapporti con gli Stati terzi. L'art. 210 stabilisce che "La Comunità ha personalità giuridica". Questa disposizione, che si trova all'inizio della parte sesta del Trattato, dedicata alle "Disposizioni generali e finali", implica che, nelle relazioni esterne, la Comunità può stabilire dei rapporti contrattuali con gli Stati terzi per l'intera gamma degli scopi enunziati nella prima parte del Trattato, di cui la sesta costituisce la prosecuzione. Onde accertare, in un caso determinato, se la Comunità sia competente a concludere accordi internazionali, si deve prendere in considerazione sia il Trattato nel suo complesso, sia le sue singole disposizioni»).

l'Unione europea e della relazione tra essa e le tre Comunità[44].

Per questa mancanza di chiarezza da più parti, in particolare dalla Commissione e dal Parlamento europeo[45], si iniziò a proporre l'attribuzione di una personalità giuridica unica all'Unione nei Trattati; nell'ambito della Conferenza intergovernativa del 1996, perciò, furono avanzate due proposte per l'inserimento nel Trattato di una disposizione che dichiarasse esplicitamente tale personalità.

Secondo il testo presentato dalla Presidenza irlandese al Consiglio europeo di Dublino, nel dicembre 1996, la personalità giuridica dell'Unione avrebbe dovuto essere giustapposta a quelle esistenti delle Comunità[46]. Invece, in base alla proposta avanzata dalla Presidenza olandese, nel marzo 1997, sarebbe stato preferibile istituire una personalità giuridica unica, che avrebbe dovuto inglobare quelle delle Comunità[47]. Nessuna delle due proposte, però, fu adottata, perciò anche con il Trattato di Amsterdam del 1997[48] non si ebbe alcun riconoscimento formale della personalità giuridica dell'Unione europea, in particolare a causa dell'opposizione inglese e francese[49].

Venne, invece, introdotta con questo Trattato una nuova importante disposizione, l'art. 24 TUE, che però contribuì ad aumentare l'incertezza sulla natura giuridica dell'Unione europea, poiché esso le conferiva un *treaty making power* esplicito nel campo della politica estera e di sicurezza e nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in ma-

[44] Cfr. al riguardo D. Curtin, *The Constitutional Structure of the Union: a Europe of Bits and Pieces*, in *Common Market Law Review*, 1993, pp. 17-69.

[45] Si vedano sull'argomento P. de Schoutheete, S. Andoura, *The Legal Personality of the European Union*, in *Studia Diplomatica*, 2007, n.1, pp. 233-243. Cfr. inoltre il rapporto del Parlamento europeo alla Conferenza intergovernativa del 1996, par. 14 (ii), citato in R. Leal-Arcas, *EU Legal Personality in Foreign Policy*, cit., p. 202, nota 158.

[46] Cfr. *Attribuire una personalità giuridica all'Unione*, testo presentato dalla Presidenza irlandese al Consiglio europeo di Dublino nel dicembre 1996, doc. CONF 2500/96.

[47] Cfr. la proposta della Presidenza olandese, doc. CONF 2500/96 ADD 1 CAB, 20 marzo 1997, p. 47.

[48] Il Trattato è stato firmato il 2 ottobre 1997 ed è entrato in vigore il 1° maggio 1999.

[49] Secondo il rapporto del gruppo di riflessione sulla Conferenza intergovernativa del 2 dicembre 1995, p. 40, citato in R. Leal-Arcas, *EU Legal Personality in Foreign Policy*, cit., p. 202, nota 160: «A majority of members points to the advantage of international legal personality for the Union so that it can conclude international agreements on the subject-matter of Titles V and VI concerning the CFSP [Common Foreign and Security Policy] and the external dimension of justice and home affairs. For them, the fact that the Union does not legally exist is a source of confusion outside and diminishes its external role. Others consider that the creation of international legal personality for the Union could risk confusion with the legal prerogatives of member states».

teria penale. Secondo l'art. 24 TUE[50], infatti, gli accordi in tali settori avrebbero dovuto essere negoziati dalla Presidenza e conclusi dal Consiglio, sebbene poi venisse consentito agli Stati membri di richiedere la procedura di ratifica sul piano nazionale in circostanze eccezionali[51] e venisse espressamente chiarito che le nuove disposizioni e gli eventuali accordi da esse derivanti non implicavano alcun trasferimento di competenze dagli Stati membri all'Unione europea[52].

Perciò, pur non attribuendo formalmente la personalità giuridica all'Unione europea, si dotava l'Organizzazione di uno dei poteri che maggiormente sono espressione di tale personalità: quello appunto di concludere accordi internazionali[53].

Secondo alcuni autori questo articolo, riconoscendo la capacità dell'Unione europea di concludere trattati internazionali nell'ambito dei Titoli V e VI TUE, le avrebbe conferito implicitamente la personalità giuridica; secondo altri, invece, esso si limitava a stabilire una procedura semplificata, che consentiva di ricorrere alla struttura istituzionale prevista dal Trattato per negoziare e concludere, in nome degli Stati membri, accordi internazionali, di cui questi e non l'Unione erano parti[54].

L'articolo poneva comunque importanti problemi interpretativi in riferimento agli Stati terzi e alle organizzazioni internazionali eventuali parti degli accordi in questione, poiché restava incerto, in definitiva, se essi si impegnassero nei confronti dell'Unione europea in quanto tale

[50] Cfr. anche l'allora art. 38 TUE, ora abrogato.

[51] Secondo l'art. 24 TUE introdotto dal Trattato di Amsterdam: «Quando, ai fini dell'attuazione del presente titolo, occorre concludere un accordo con uno o più Stati od organizzazioni internazionali, il Consiglio, deliberando all'unanimità, può autorizzare la Presidenza, assistita se del caso dalla Commissione, ad avviare i negoziati a tal fine necessari. Tali accordi sono conclusi dal Consiglio che delibera all'unanimità su raccomandazioni della Presidenza. Nessun accordo è vincolante per uno Stato membro, il cui rappresentante in sede di Consiglio dichiari che esso deve conformarsi alle prescrizioni della propria procedura costituzionale; gli altri membri del Consiglio possono convenire che l'accordo si applichi a titolo provvisorio nei loro confronti. Il presente articolo si applica anche alle materie contemplate nel Titolo VI».

[52] Cfr. la Dichiarazione sugli articoli J.14 e K.10 del Trattato sull'Unione europea (Dichiarazione 4), allegata all'atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Amsterdam.

[53] Si vedano al riguardo R. Passos, S. Marquardt, *International Agreements: Competences, Procedures and Judicial Control*, in G. Amato, H. Bribosia, B. De Witte (eds.), *Genesis and Destiny of the European Constitution: Commentary on the Treaty Establishing a Constitution for Europe in the Light of the Travaux Preparatoires and Future Prospects*, Bruxelles, 2007, p. 883.

[54] Cfr. Secretariat of the European Convention, Working Group III «Legal personality», Working Document 01, 13 giugno 2002, p. 4.

o con il gruppo di Stati membri dell'Unione. In realtà, solo nell'aprile 2001 l'Unione europea è divenuta parte di un trattato a proprio nome, allorquando il Consiglio europeo ha approvato un accordo per conto dell'Unione tra l'Unione europea stessa e la Iugoslavia sulla missione di vigilanza in Iugoslavia[55]. Tuttavia, il fatto che l'Unione non abbia concluso trattati prima di tale data non significa che non potesse farlo.

Il Trattato di Nizza[56], infine, generò ancora più confusione, aggiungendo all'art. 24 un paragrafo in cui si specificava che gli accordi conclusi alle condizioni indicate in suddetto articolo avrebbero vincolato le istituzioni dell'Unione[57], dando in tal modo un'ulteriore conferma, sebbene implicita, dell'esistenza di una personalità giuridica internazionale di questo soggetto.

Prima dell'inserimento di una norma specifica al riguardo nei Trattati, varie ipotesi sono state avanzate circa la natura dell'Unione europea[58]. Secondo una prima tesi essa avrebbe avuto natura essenzialmente politica e non giuridica, essendo volta esclusivamente a potenziare le relazioni tra gli Stati membri della Comunità europea nei settori in cui non vi erano le condizioni per un'integrazione secondo il modello e le regole comunitari, un meccanismo intergovernativo che consentiva un'azione politica comune tra i membri, priva di capacità d'azione sul piano internazionale[59]. In tale contesto solo la Comunità europea avrebbe avuto la personalità giuridica, tra i due soggetti non vi sarebbe stato però alcun rapporto gerarchico.

Sulla base di una seconda interpretazione, invece, l'Unione sarebbe appartenuta alla categoria delle organizzazioni internazionali, ma con caratteristiche giuridiche peculiari e formalmente priva di personalità giuridica.

[55] Cfr. la decisione del Consiglio 2001/352/PESC, del 9 aprile 2001, relativa alla conclusione dell'accordo tra l'Unione europea e la Repubblica federale di Iugoslavia (RFI) sulle attività della missione di vigilanza dell'Unione europea (EUMM) nella Repubblica federale di Iugoslavia, *GUCE* L 125, 5 maggio 2001, p. 1, nel cui art. 2 si afferma: «Il Presidente del Consiglio è autorizzato a designare la persona abilitata a firmare l'accordo allo scopo di impegnare l'Unione europea».

[56] Il Trattato è stato firmato il 26 febbraio 2001 ed è entrato in vigore il 1° febbraio 2003.

[57] Cfr. l'art. 24, par. 6, TUE.

[58] Si veda al riguardo M. P. Chiti, *Nota sulla personalità giuridica dell'Unione europea*, consultabile nel sito http://www.astrid-online.it/Riforma-de/Studi-e-ri/Archivio-23/Nota-sulla-personalit-giuridica-dell.pdf.

[59] Cfr. al riguardo A. D. Pliakos, *La nature juridique de l'Union européenne*, in *Revue trimestrielle de droit europeen*, 1993, pp. 187-224; D. Vignes, *L'absence de personalité juridique de l'Union européenne: Amsterdam persiste et signe*, in G. Hafner, G. Loibl, A. Rest, L. Sucharipa-Behrmann, K. Zemanek (eds.), *Liber amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern: in Honour of His 80th Birthday*, The Hague, London, Boston, 1998, pp. 757-770.

Secondo una terza chiave di lettura, infine, l'Unione europea sarebbe stata un'organizzazione di carattere originale, non assimilabile alle organizzazioni internazionali di tipo classico, apparendo più come una cornice al cui interno coesistevano vari livelli giuridici e istituzionali[60].

Una parte della dottrina, peraltro, ha ritenuto che, anche in assenza di un riconoscimento esplicito, l'Unione avesse comunque una propria personalità giuridica, pur qualificandola di volta in volta con vari attributi, come implicita[61], presunta[62] o virtuale[63].

Secondo alcuni, d'altronde, l'assenza di norme sulla personalità giuridica dell'Unione europea nei Trattati doveva essere intesa come prova evidente dell'intenzione degli Stati membri di non conferire alcuna personalità a tale Organizzazione e indurre a concludere, pertanto, che l'Unione non fosse soggetto di diritto internazionale. Tuttavia, come si è osservato, la volontà dei costituenti non è un elemento decisivo per l'acquisto della soggettività da parte delle organizzazioni internazionali, poiché tale soggettività, così come nel caso degli Stati, si determina sulla base del principio di effettività ed è *erga omnes*; non può, perciò, risultare solo da un trattato che, come è noto, non può avere effetti nei confronti di Stati terzi.

Seguendo l'approccio funzionale accolto nel citato parere della Corte internazionale di giustizia del 1949, del resto, non era essenziale che il Trattato istitutivo indicasse che l'Unione europea fosse dotata della per-

[60] Secondo M. P. Chiti, *Nota sulla personalità giuridica dell'Unione europea*, cit.: «Nessuna delle interpretazioni maggiori risulta convincente: quella della Unione europea come mera "polity" non tiene conto dei molti riferimenti nei Trattati alla Unione europea come entità giuridica; quella della Unione come organizzazione compiutamente definita cade nell'eccesso opposto di valorizzare oltre il dovuto spunti dei Trattati rimasti senza sviluppo; quella infine sulla "layered EU" è molto efficace descrittivamente, ma non spiega i caratteri giuridici dell'Unione ed i suoi rapporti con la CE».

[61] Si vedano al riguardo P. Des Nerviens, *Les relations extérieures,* in *Revue trimestrelle de droit européen*, 1997, pp. 801-812; G. Maganza, *Réflexions sur le Traité d'Amsterdam. Contexte général et quelques aspects particuliers*, in *Annuaire français de droit international*, 1997, p. 669; G. Hafner, *The Amsterdam Treaty and the Treaty–Making Power of the European Union. Some Critical Comments*, in G. Hafner, G. Loibl, A. Rest, L. Sucharipa-Behrmann, K. Zemanek (eds.), *Liber amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern: in Honour of His 80th Birthday*, cit., p. 283; J. D. Mouton, J. Charpentier, *L'amélioration des mécanismes de la PESC*, in AA.VV., *Le Traité d'Amsterdam: réalités et perspectives (Colloque Universités París I, II Bordeaux IV)*, París, 1998, pp. 117-129.

[62] Si veda J. Klabbers, *Presumptive Personality: the European Union in International Law*, in M. Koskenniemi (ed.), *International Law Aspects of the European Union*, The Hague, 1998, pp. 231-253.

[63] Cfr. J.-C. Gautron, L. Grard, *Le droit international dans la construction de l'Union européenne,* in S.F.D.I., Colloque de Bordeaux, *Droit international et droit communautaire: perspectives actuelles*, Paris, 2000, p. 67.

sonalità giuridica internazionale perché essa ne disponesse. Mentre, la personalità dell'Unione europea si sarebbe potuta desumere dalle disposizioni contenute nel TUE – introdotte a seguito dei Trattati di Maastricht, di Amsterdam e di Nizza - che le assegnavano il compito di affermare la sua identità sulla scena internazionale e le conferivano il potere di concludere accordi nei settori della PESC e della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, nonché dall'analisi della prassi, che indicava che tale potere era stato esercitato e che l'Unione partecipava realmente alla vita di relazione internazionale[64]. Questi elementi inducono a pensare che l'Unione europea avesse già all'epoca un'esistenza separata da quella degli Stati membri e fosse soggetto di diritto internazionale.

Il dibattito dottrinale ha trovato, infine, una soluzione normativa.

Il problema della personalità giuridica dell'Unione è stato affrontato espressamente, inizialmente, dalla Convenzione europea, che ha deciso di istituire un gruppo di lavoro *ad hoc* guidato da Giuliano Amato[65]. Secondo il rapporto presentato da tale gruppo si sarebbe dovuta riconoscere una personalità giuridica esplicita all'Unione europea, che avrebbe dovuto sostituire le personalità esistenti delle Comunità; il rapporto suggeriva, inoltre, di semplificare la struttura a pilastri introdotta dal Trattato di Maastricht[66].

La proposta fu recepita dalla Convenzione nell'art. 6 del progetto di trattato trasmesso al Consiglio europeo nel luglio 2003, divenuto poi l'art. I-7 del Trattato costituzionale firmato a Roma il 29 ottobre 2004. Il testo dell'articolo, pur riconoscendo formalmente la personalità giuridica dell'Unione europea, non chiariva se il riferimento fosse alla personalità giuridica interna o a quella internazionale o le includesse entrambe[67].

5. *Le novità introdotte dal Trattato di Lisbona*

Il Trattato di Lisbona riprende il dettato normativo contenuto nel

[64] Cfr. al riguardo A. Dashwood, *External Relations Provisions of the Amsterdam Treaty*, in *Common Market Law Review*, 1998, p. 1038 ss.

[65] Cfr. G. Amato, *Relazione finale del Gruppo III "Personalità giuridica"*, 1° ottobre 2002, CONV 305/02, WG III, Working Document 16.

[66] Si vedano al riguardo R. Passos, S. Marquardt, *International Agreements: Competences, Procedures and Judicial Control*, cit., pp. 202-204.

[67] Secondo l'art. I-7 infatti: «L'Unione ha personalità giuridica». Cfr. anche l'art. IV-438, par. 1, del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, secondo il quale «L'Unione europea istituita dal presente trattato succede all'Unione europea istituita dal trattato sull'Unione europea e alla Comunità europea».

progetto di Costituzione, riconoscendo formalmente la personalità giuridica unica dell'Unione: in virtù dell'art. 47 TUE, infatti, «L'Unione ha personalità giuridica». Anche questa disposizione, perciò, non specifica se si faccia riferimento alla personalità di diritto interno o a quella di diritto internazionale; tuttavia, analogamente a quanto accadeva già nei Trattati istitutivi delle tre Comunità, vi è nel TFUE una norma, l'art. 335, che si riferisce chiaramente alla personalità giuridica di diritto interno, secondo la quale l'Unione ha, negli Stati membri, la capacità giuridica riconosciuta alle persone giuridiche dalle legislazioni nazionali, per cui può, ad esempio, acquistare o alienare beni immobili e mobili e stare in giudizio. A tale fine, essa è rappresentata principalmente dalla Commissione o dalle altre istituzioni per le questioni connesse specificamente al loro funzionamento.

Il tardivo riconoscimento formale della personalità giuridica dell'Unione europea conferma la cautela dimostrata dagli Stati membri nell'affrontare la questione, a lungo preoccupati dal possibile impatto che tale riconoscimento avrebbe potuto avere sulla loro sovranità nazionale.

Alla luce di quanto osservato, tuttavia, si può concludere che anche prima del riconoscimento formale della personalità giuridica l'Unione europea fosse un soggetto di diritto internazionale, dal momento che essa rispettava i requisiti essenziali per il possesso della personalità giuridica internazionale; prova ne sono gli accordi da essa conclusi[68], nonché la sua capacità di avere relazioni diplomatiche con altri soggetti internazionali grazie all'esercizio del diritto di legazione attivo e passivo.

Considerata l'esistenza *de facto* di una soggettività internazionale dell'Unione, un riconoscimento esplicito appariva certamente necessario per motivi di trasparenza e di visibilità, ma anche di certezza del diritto; dal punto di vista giuridico, però, il Trattato di Lisbona non avrebbe potuto conferire all'Unione la personalità giuridica internazionale, l'art. 47 TUE, pertanto, non ha rappresentato la condizione affinché l'Unione potesse godere di tale personalità, la cui esistenza va sempre accertata solo in base al principio di effettività.

Il Trattato di Lisbona, tuttavia, ha reso manifesta l'intenzione degli Stati membri di volere configurare l'Unione come soggetto indipendente dell'ordinamento giuridico internazionale, in particolare attribuendole un'ampia capacità di concludere accordi internazionali vincolanti per le sue istituzioni e per gli Stati membri e rafforzandone la capacità di agi-

[68] Cfr. in argomento J. Klabbers, *Presumptive Personality: the European Union in International Law*, cit., pp. 231–253.

re sul piano internazionale.

Non va peraltro dimenticato che è stata adottata con il Trattato di Lisbona una Dichiarazione, voluta principalmente dal Regno Unito, secondo cui: «il fatto che l'Unione europea abbia personalità giuridica non autorizzerà in alcun modo l'Unione a legiferare o ad agire al di là delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei Trattati»[69]. Tale precisazione, che ha una sua valenza politica, sul piano giuridico appare tuttavia superflua, poiché, in quanto organizzazione internazionale, l'Unione ha comunque sempre e solo una personalità funzionale e di attribuzione.

Dal momento che si tratta di una personalità di natura funzionale ed è perciò limitata a capacità specifiche derivanti dalle competenze attribuite all'ente internazionale dai membri, la reale portata dell'art. 47 TUE varierà a seconda di come le novità introdotte dal Trattato di Lisbona incideranno concretamente sulle competenze internazionali dell'Unione europea e sull'interazione tra tale Organizzazione e gli Stati membri.

L'art. 47 TUE va letto, altresì, alla luce di quanto disposto nell'art. 1, 3° comma, TUE, secondo il quale «L'Unione sostituisce e succede alla Comunità»[70]. Al riconoscimento della personalità giuridica dell'Unione è collegata, infatti, la soppressione della struttura in tre pilastri introdotta dal Trattato di Maastricht. Il Trattato di Lisbona ha, quindi, il grande merito di porre fine all'ambiguità dell'architettura europea, legata alla coesistenza, nell'ambito di uno stesso sistema, di più organizzazioni, di cui solo le Comunità avevano espressamente la personalità giuridica. Conseguenza dell'integrazione tra Comunità e Unione è un quadro politico e istituzionale più lineare, in cui si ha un'unica entità giuridica e politica, peraltro, non è chiaro se l'Unione europea abbia assorbito la Comunità o, vice versa, se rimanga solo la Comunità la quale cambia nome: si ha, infatti, un'estensione dei principi dell'ordinamento comunitario a tutta l'Unione europea, in particolare il principio dell'*acquis communautaire*, quello di supremazia del di-

[69] Cfr. la Dichiarazione relativa alla personalità giuridica dell'Unione europea (Dichiarazione 24), allegata all'atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona.

[70] In relazione alle nozioni di sostituzione e di successione richiamate dall'articolo citato si veda U. Draetta, *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale. Ordinamento e struttura dell'Unione europea*, V ed., Milano, 2009, pp. 44-45. In particolare, secondo l'A.: «sembra ... che l'organizzazione internazionale prima denominata CE sia sopravvissuta, abbia cambiato la sua denominazione in UE ed abbracci ora, sia pure ... con differenti modalità, la cooperazione tra gli Stati membri in tutti i campi precedentemente oggetto dei tre pilastri».

ritto comunitario e quello dell'integrazione con gli ordinamenti degli Stati membri secondo un approccio monistico.

Dunque, per quanto il riconoscimento formale della personalità giuridica sia una conferma dell'importanza assunta negli anni dall'Unione europea come attore delle relazioni internazionali e rafforzi ulteriormente il ruolo dell'Unione nel contesto internazionale, tuttavia, più importante dell'art. 47 appare la fusione tra l'Unione e le Comunità, che pone fine alla confusione originata dal Trattato di Maastricht del 1992. La pluralità di attori poneva, infatti, un problema di coerenza e di visibilità e ostacolava la realizzazione di uno degli obiettivi principali del TUE: l'affermazione dell'identità dell'Unione sulla scena internazionale.

GIANMARIA PALMIERI

Legato di usufrutto, amministrazione di sostegno e limiti statutari alla circolazione *mortis causa* di quote di s.r.l.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La fattispecie oggetto del primo quesito. - 3. Delibera di proroga della società e formulazione dell'ordine del giorno. - 4. Usufrutto di quote di s.r.l. ed esercizio del diritto di voto: la posizione dell'amministratore di sostegno. - 5. Usufrutto di quote di s.r.l. ed esercizio del diritto di voto nella delibera di proroga della società. - 6. La fattispecie oggetto del secondo quesito. - 7. Rilievo e significato della clausola statutaria di rinvio all'art. 2284 c.c. - 8. Clausola statutaria di rinvio all'art. 2284 c.c. e legittimità della costituzione di usufrutto *mortis causa* sulle quote di s.r.l. - 9. Clausola statutaria di rinvio all'art. 2284 c.c. e limiti alla trasmissibilità *mortis causa* delle partecipazioni sociali di s.r.l. - 10. Comportamento dei soci superstiti ed attuazione del legato di usufrutto sulla quote di s.r.l.

1. *Premessa*

Sono stato incaricato di esprimere *parere pro veritate* in relazione ad una vicenda che riguarda la posizione di Tizia, socia e usufruttuaria *mortis causa* di quote sociali, in due società a responsabilità limitata (Alfa s.r.l. e Beta s.r.l.), alle quali la stessa partecipa assistita da un amministratore di sostegno.

Segnatamente, mi è stato richiesto: a) di *valutare se il diritto di voto sulla proroga della Alfa s.r.l. spetti alla beneficiaria dell'amministrazione di sostegno Tizia, quale usufruttuaria di quote sociali in virtù di disposizioni testamentarie, ex art. 2471 bis c.c.*; b*) di valutare la posizione di Tizia con riferimento alla sua partecipazione societaria (quale piena proprietaria ed usufruttuaria) in Beta s.r.l., alla luce della delibera adottata dal consiglio di amministrazione, con cui si è disposta la cancellazione dal libro dei soci e dal registro delle imprese dell'usufrutto costituito a suo favore, mediante legato, dal coniuge defunto Caio e la conseguente liquidazione agli eredi della partecipazione già appartenuta allo stesso.* Delibera assunta postulando l'inefficacia del legato per contrasto con la norma contenuta nell'art. 8, alinea 13, dello statuto della Beta s.r.l. che, in tema di circolazione delle quote, così dispone: "in caso di trasferimento *mortis causa* si applica il disposto dell'art. 2284 c.c.".

2. *La fattispecie oggetto del primo quesito*

Il primo quesito coinvolge il tema della posizione dell'amministratore di sostegno rispetto all'esercizio dei diritti sociali che competono al

soggetto assistito, nella sua qualità di usufruttuario di quote di s.r.l.

Per affrontare correttamente la questione occorre, *in primis*, definire con precisione i connotati della fattispecie concreta.

La Sig.ra Tizia è stata beneficiata, con testamento pubblico, di un legato di usufrutto sulla intera partecipazione già appartenente al coniuge Caio (pari al 70% del capitale sociale) nella Alfa s.r.l. In tale atto di ultima volontà il *de cuius* ha legato, infatti, a favore della stessa l'usufrutto generale vitalizio di tutti i suoi beni, mobili e immobili.

La nuda proprietà sulla medesima partecipazione sociale è stata invece assegnata, in parte (pari al 32% del capitale sociale della Alfa s.r.l.), a titolo di legato congiuntamente ed indivisamente ai nipoti ed, in parte (pari al 38% del capitale sociale della Alfa s.r.l.), al figlio, già nudo proprietario della residua partecipazione sociale (pari al 30% del capitale sociale della Alfa s.r.l.), sulla quale, peraltro, gravava usufrutto a favore del figlio di quest'ultimo.

Approssimandosi la scadenza del termine di durata della Alfa s.r.l., l'amministratore unico della medesima società ha convocato l'assemblea dei soci, con il seguente ordine del giorno: *1) accertamento delle intenzioni dei soci in ordine alla proroga della società; 2) ricognizione circa l'eventuale intenzione dei soci di procedere alla alienazione di beni immobili della società; 3) rivalutazione degli immobili della società; 4) varie e consequenziali.*

3. *Delibera di proroga della società e formulazione dell'ordine del giorno*

Un primo chiarimento si impone sul rapporto tra il quesito in esame (si chiede di valutare "se il diritto di voto *sulla proroga della Alfa s.r.l.* spetti alla beneficiaria Tizia, quale usufruttuaria di quote sociali") e l'oggetto dell'assemblea convocata, come risultante dall'ordine del giorno sopra riportato.

Ed invero, che la proroga della Alfa s.r.l. costituisca oggetto di tale assemblea non è circostanza desumibile con certezza dall'ordine del giorno sopra riportato, che appare al riguardo alquanto ambiguo.

Come noto, l'ordine del giorno, che deve essere inderogabilmente contenuto nell'avviso di convocazione anche delle assemblee delle società a responsabilità limitata, ai sensi degli artt. 2479 *bis*, comma 1, c.c. ("l'atto costitutivo determina i modi di convocazione dell'assemblea dei soci, tali comunque da assicurare *la tempestiva informazione sugli argomenti da trattare*")[1], delimita la competenza dell'assemblea, nel senso che l'in-

[1] Per tutti, M. Cian, *Le decisioni assembleari*, in Ibba - Marasà (diretto da), *Trattato della s.r.l.*, Padova, 2009, IV, 3, 64.

dicazione delle materie da trattare, da un lato, fissa gli argomenti che possono essere deliberati in quella determinata assemblea e, dall'altro, impedisce che possano essere decise questioni ulteriori e/o diverse da quelle portate dall'ordine del giorno[2]. Secondo la giurisprudenza, l'ordine del giorno deve essere formulato in guisa da consentire, senza ambiguità, la puntuale identificazione degli argomenti da trattare[3].

Orbene, l'avviso di convocazione dell'assemblea in parola prevede come primo punto all'o.d.g.: "*accertamento delle intenzioni dei soci in ordine alla proroga della società*".

Altro è, tuttavia, *accertare le intenzioni dei soci in ordine alla proroga della società*, come indicato nell'avviso di convocazione, altro è *decidere* la proroga del termine di durata della società. La prima costituisce mera attività ricognitiva di un orientamento (*scilicet*: le intenzioni) dei soci - sempre modificabile fino all'approvazione della delibera - rispetto ad una determinata decisione ancora da assumere. La seconda costituisce una modifica dell'atto costitutivo approvata dalla società mediante delibera dell'organo assembleare, all'esito di un complesso procedimento collegiale svoltosi in conformità alla legge e allo statuto. Modifica che non può validamente essere approvata là dove l'avviso di convocazione ometta di contemplarla, con la dovuta chiarezza, all'ordine del giorno, anche mediante la semplice indicazione "proroga della società" [4].

Indicazione quest'ultima non coincidente con quella presente nell'avviso *de qua*, che, come si è detto, fa riferimento all' "*accertamento delle intenzioni dei soci in ordine alla proroga della società*".

D'altra parte, l'ambiguità dell'avviso in esame è resa ancor più evidente dalla circostanza che, malgrado l'attuale disciplina legale della s.r.l. non distingua più tra assemblea *straordinaria* ed *ordinaria* e tale distinzione non risulti adottata in via statutaria dalla Alfa s.r.l., lo stesso avviso dispone testualmente la convocazione dell'assemblea "*ordinaria*" che, come noto, non ha competenza a deliberare le modifiche dell'atto costitutivo (v. artt. 2364 e 2365 c.c.).

[2]Per tutti, G.F. Campobasso, *Diritto commerciale, 2. Diritto delle società*, VII ed. a cura di M. Campobasso, Torino, 2009, 319; Salafia, *L'avviso di convocazione*, in *Società*, 2008, 1314; Serra, *L'assemblea: procedimento*, in *Trattato Colombo Portale*, Torino, 1994, 3*, 51, 104; in giurisprudenza, Cass., 27 aprile 1990, n. 3535, in *Giur. it*., 1990, I, 1, 1390; App. Milano, 27 marzo 2002, in *Società*, 2002, 1521.

[3] E*x multis*, Cass., 17 novembre 2005, n. 23269.

[4] Ha ritenuto necessaria, ai fini della validità della delibera, anche l'indicazione all'ordine del giorno del nuovo termine di durata della società, Trib. Vallo della Lucania, 25 ottobre 1996, in *Foro it*., 1997, I, 592

Né, a superare le descritte incertezze sulla circostanza che la delibera sociale di proroga del termine di durata sia all'ordine del giorno dell'assemblea del 29 aprile p.v., vale l'indicazione contenuta al punto 4 dello stesso: *varie e consequenziali.*

La possibilità che l'assemblea decida su materie consequenziali rispetto a quelle indicate nell'avviso di convocazione, che peraltro non è subordinata ad alcuna previsione nell'o.d.g., è limitata ai casi in cui vi sia un rapporto di *stretta* consequenzialità tra la materia indicata e quella non indicata[5]. Ed è quanto meno dubbio che tale rapporto sussista tra *l'accertamento delle intenzioni dei soci in ordine alla proroga*, che non implica una decisione della società, e la delibera assembleare di modifica del termine di durata fissato nell'atto costitutivo.

Mentre è da considerare irrilevante il riferimento alle "varie", costituendo principio assolutamente pacifico quello secondo cui tale riferimento non legittima la discussione e la deliberazione su argomenti non indicati nell'ordine del giorno[6].

In definitiva, si ritiene di dover segnalare all'amministratore di sostegno, per le sue opportune valutazioni, i fondati dubbi sulla idoneità dell'avviso di convocazione in parola a consentire all'assemblea di deliberare validamente la proroga del termine di durata della Alfa s.r.l., salva naturalmente la rinnovazione dell'avviso di convocazione o la costituzione di un'assemblea totalitaria ai sensi dell'art. 2479 *bis*, ult. comma, c.c.

4. *Usufrutto di quote di s.r.l. ed esercizio del diritto di voto: la posizione dell'amministratore di sostegno.*

La formulazione del quesito in esame chiama ad occuparsi della posizione dell'usufruttaria sig.ra Tizia rispetto alla delibera di proroga del termine di durata della Alfa s.r.l.

Si tratta dunque di una questione che investe il tema dell'effettivo ambito di applicazione del principio fissato, mediante l'espresso rinvio all'art. 2352 c.c., dall'art. 2471 *bis* c.c.: quello secondo cui, in caso di usufrutto sulla partecipazione sociale di s.r.l., salva diversa disposizione dell'atto costitutivo (mancante nello statuto della Alfa s.r.l.), il diritto di voto

[5] Cass., 17 novembre 2005, n.23269; Cass., 5 novembre 2004, n. 21232, In società, 2005, 228 s.; Trib. Trento, 6 luglio 2001, in *Giur, comm*., 2001, II, 84; nonché, anche per ulteriori riferimenti, FEZZA-CAPUANO, *sub* 2366, in G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2010, Libro Quinto, II, 1356, 1358.

[6] Per tutti, v. SERRA, *op. cit*., 107.

spetta all'usufruttuario.

Occorre tuttavia tener conto che, nella fattispecie qui in rilievo, l'usufruttuario della quota di s.r.l. non esercita i suoi "diritti sociali" personalmente, ma tramite un amministratore di sostegno nominato in conseguenza dell'accertata impossibilità dello stesso usufruttuario a provvedere alla cura dei propri interessi patrimoniali. Amministratore di sostegno che, in base al decreto di nomina , agisce "con poteri di *rappresentanza esclusiva* di Tizia, per il compimento *degli atti urgenti di conservazione e amministrazione del patrimonio della medesima, ivi compresa la gestione delle partecipazioni societarie di cui Tizia è usufruttuaria*".

Pertanto, prima di affrontare la questione della legittimazione dell'usufruttuario all'esercizio del diritto di voto con riguardo alla delibera di proroga della società, è necessario chiarire la specifica posizione dell'amministratore di sostegno, quale *rappresentante esclusivo* dell'usufruttuario, rispetto alla medesima delibera[7]. Vale a dire, se la posizione del primo debba essere assimilata *in toto* a quella del secondo, posto che l'amministratore di sostegno, nello svolgimento delle sue funzioni, è tenuto per legge ad osservare specifiche regole di condotta nell'interesse del beneficiario.

In realtà, nessun dubbio si pone in ordine alla piena assimilazione, con specifico riguardo all'esercizio del diritto di voto nella delibera in parola, delle due posizioni, in quanto là dove l'amministratore di sostegno agisce, quale rappresentante esclusivo, in nome e per conto del beneficiario (art. 405, n. 3, c.c.) esercita i diritti di quest'ultimo, con tutte le eventuali limitazioni che li caratterizzano[8]. Ne consegue, che se tale diritto è quello di voto spettante all'usufruttuario di una partecipazione sociale, l'amministratore di sostegno, fermo restando l'obbligo di agire nell'interesse del beneficiario (art. 410, comma 1, c.c.), non potrà che esercitarlo negli stessi precisi limiti in cui la legge consente di esercitarlo all'assistito quale titolare del diritto frazionario, vale a dire in modo da non pregiudicare la posizione del socio nudo proprietario, compromettendo

[7] Sui poteri dell'amministratore di sostegno in relazione agli atti per i quali gli è conferita la rappresentanza esclusiva v., in particolare, TESCARO, voce *Amministrazione di sostegno*, in *Digesto*, *Discipline Priv., Sez civ., Agg.*, I, Torino, 2007, 9, 11 ss.; MILONE, *Il beneficiario, il giudice tutelare, l'amministratore di sostegno: le relazioni*, in PATTI (a cura di), *L'amministratore di sostegno*, Milano, 2005, 83 ss.

[8] Per un'applicazione di analogo principio in tema di rappresentanza in assemblea, con riguardo alla disciplina del conflitto di interessi, v. SACCHI, *L'intervento e il voto nell'assemblea della s.p.a.- Profili procedimentali*, in *Trattato Colombo Portale*, Torino, 2000, 3*, 2000, 203, 442.

il valore economico della sua partecipazione[9]. In caso contrario, l'amministratore di sostegno rischierebbe, non solo, di determinare la cessazione dell'usufrutto[10], ma anche di giustificare l'esperimento di un'azione risarcitoria da parte del nudo proprietario danneggiato[11].

5. *Usufrutto di quote di s.r.l. ed esercizio del diritto di voto nella delibera di proroga della società*

Chiarito che la posizione dell'amministratore di sostegno, rispetto alla delibera in questione, non è diversa da quella del beneficiario, si può ora volgere l'attenzione al punto nodale del primo quesito, ovvero all'individuazione del soggetto legittimato (usufruttuario o nudo proprietario) ad esercitare il diritto di voto in ordine alla proroga della società.

Al riguardo, si può senz'altro affermare che tale legittimazione spetti esclusivamente al beneficiario del vincolo sulla partecipazione sociale, vale a dire all'usufruttuaria Tizia, e dunque, per lei, all'amministratore di sostegno.

Inequivocabile in tal senso è il testo dell'art. 2352, comma 1, c.c.

Tale norma, applicabile alla s.r.l. in virtù del richiamo operato dall'art. 2471 *bis* c.c., attribuisce *tout court* il diritto di voto all'usufruttuario, senza distinguere tra assemblea straordinaria e ordinaria e senza prevedere eccezione alcuna con riguardo allo specifico oggetto della delibera votata[12]. Non a caso in tal senso sembrano pacificamente orientate la dottrina e la giurisprudenza prevalenti[13], che giustificano l'attribuzione del voto al titolare del diritto frazionario sulla partecipazione sociale nella prospettiva del raccordo tra regole societarie e disciplina dell'usufrutto, sulla scorta dell'insegnamento tradizionale[14].

[9] G.F. Campobasso, *op. cit.*, 237; Ferrara-Corsi, *Gli imprenditori e le società*[13], 442; Cass., 19 agosto 1996, n. 7614, in *Giur. comm.*, 1997, II, 520.

[10] Sull'abuso dell'usufruttario nell'esercizio del diritto di voto quale possibile causa di cessazione dell'usufrutto, Cass., 26 maggio 2000, n. 6957, in *Giur. it.*, 2000, 2309; Trib. Bologna, 12 luglio 2001, in *Società*, 2002, 592; più recentemente, Trib. Marsala, 21 luglio 2005, in *Giur. merito*, 2006, 1472 ss.

[11] E v. Cass., 19 agosto 1996, n. 7614, *cit.*.

[12] Puntualizza con chiarezza tale circostanza Morera, *sub* 2352, in Niccolini-A. Stagno d'Alcontres, (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, Napoli, 2004, I, 315, 316.

[13] G.F. Campobasso, *op. cit.*, 237; Morera, op. cit., 314 e 316; Nardelli, *I poteri dell'usufruttuario e i poteri del nudo proprietario, ovvero quando l'equilibrio societario è rimesso al giudice*, in *Giur. merito*, 2006, 1484; Cass., 19 agosto 1996, n. 7614, *cit.*; con riguardo al creditore pignoratizio, Cass., 10 marzo 1999, n. 2053, in *Notariato*, 2000, 242; Cass., 12 luglio 2002, n. 10144, in *Giur. comm.*, 2004, II, 39.

[14] V. già Asquini, *Usufrutto di quote sociali e di azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1947, I, 12 ss.; Santini, *Cessione di credito garantito da pegno di azioni e diritto di voto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 283 ss.

In realtà, la scelta netta operata nell'art. 2352, comma 1, c.c. appare pienamente razionale non appena si riflette sulla natura di siffatto diritto reale di godimento e su quel che caratterizza, in termini generali, la posizione dell'usufruttuario rispetto all'oggetto del suo diritto. Anzi, come ben chiarito dalla giurisprudenza di legittimità proprio in relazione ad una delibera modificativa dell'atto costitutivo di s.r.l.[15] , l'attribuzione all'usufruttuario medesimo della legittimazione al voto inerente alla partecipazione sociale, *lungi dal rappresentare un'anomalia, costituisce un'ovvia esplicazione di quel diritto*, in quanto *è proprio dell'usufruttuario il godere della* res, *e, per ciò stesso, l'usarla, il possederla, il custodirla e l'amministrarla. A lui spetta, in una parola, il diritto di trarre da quella cosa ogni possibile utilità (art. 981, 982 e 1004 c.c.), sia pure con l'obbligo di non alterarne la destinazione economica. Ed allora, dovendosi trasporre tali concetti ad un diritto di usufrutto che abbia ad oggetto non già una* res *suscettibile di fruizione ed utilizzo naturali ed immediati, bensì una posizione giuridica rappresentata dalla partecipazione in società, sembra del tutto logico affermare che agli accennati poteri di utilizzare, possedere, custodire ed amministrare debba in questo caso corrispondere il potere di esercitare i diritti amministrativi inerenti alla partecipazione. Potere che spetta quindi all'usufruttuario come naturale esplicazione del suo diritto, e non invece al nudo proprietario, il quale di regola non ha alcuna potestà diretta sulla cosa, nè ha titolo per gestirla o per trarne utilità di sorta (salvo patto contrario), ma ha solo il diritto di reagire agli eventuali abusi commessi dall'usufruttuario in suo danno provocando la cessazione dell'usufrutto a norma dell'art. 1015 c.c.*.

Il che, sempre secondo l'orientamento in discorso, vale anche con riguardo alle delibere modificative dell'atto costitutivo, in quanto *se è vero che la soluzione accolta nell'art. 2352, comma 1, c.c., in tal caso, espone il proprietario al rischio di essere pregiudicato nel suo interesse alla conservazione del valore patrimoniale della partecipazione, ove l'usufruttuario non rispetti l'obbligo di far salva la* rerum substantia, *è anche vero che tale inconveniente è, in qualche misura, sempre connaturato alla dialettica delle posizioni in questione, e proprio per questo il legislatore ha imposto all'usufruttuario l'obbligo di salvaguardare la destinazione economica della cosa ed ha attribuito al proprietario la potestà di chiedere che l'usufrutto si estingua in caso di abuso dell'usufruttuario medesimo*.

Né, peraltro, a soluzione diversa condurrebbe altro orientamento che preferisce inquadrare l'art. 2352, comma 1, c.c. in un'ottica più tipicamente societaria, escludendo che l'attribuzione del diritto di voto al-

[15] Cass., 19 agosto 1996, n. 7614, *cit.*

l'usufruttuario sia da ricollegare alle facoltà proprie di tale diritto reale di godimento[16]. Tale orientamento non ravvisa infatti alcuna eccezione al principio fissato nell'art. 2352, comma 1, c.c. (ed ora anche nell'art. 2471 *bis* c.c.) fondata sull'oggetto della delibera.

In definitiva, non sembra potersi persuasivamente sostenere, in assenza di apposita clausola statutaria, conclusione diversa da quella della attribuzione del voto all'amministratore di sostegno dell'usufruttuaria Tizia. Attribuzione non certo revocabile in dubbio sulla base del rilievo che, in caso di usufrutto di azioni o quote di s.r.l., il diritto di recesso, come affermato dalla opinione prevalente già nel vigore del codice di commercio del 1882[17] , non competa all'usufruttuario, bensì al nudo proprietario [18] indipendentemente, almeno secondo un'accreditata opinione, da come il primo abbia votato[19].

Altro è recedere dalla società, altro è concorrere con il proprio voto alla approvazione di delibere assembleari.

L'attribuzione del diritto di *exit* al socio (debitore o nudo proprietario) appare infatti inevitabile, in quanto lo stesso determina, alla stregua di un atto di disposizione sulla partecipazione sociale, la perdita della qualità di socio (in questi termini, esplicitamente, Cass., 12 luglio 2002, n. 10144, cit). Si tratta, in altre parole, di un *Mitgliedschaftsrecht* inscindibilmente legato alla titolarità della partecipazione, come tale idoneo ad incidere definitivamente sullo stesso *status* di socio. Il che esclude possa essere esercitato dall'usufruttuario, tenuto per legge a rispettare la destinazione economica del bene di cui ha il pieno diritto di godere (art. 981), nonché a restituirlo al termine del rapporto (art. 1001, comma 1, c.c.).

Peraltro, non riconoscere all'usufruttuario la legittimazione all'esercizio del diritto di voto ogni qual volta l'approvazione della delibera configuri un'ipotesi di recesso, svuoterebbe sensibilmente di significato la stessa previsione di cui all'art. 2471 *bis* c.c., alla luce del cospicuo numero dei casi di recesso contemplati, in tema di s.r.l., nell'art. 2473 c.c. e del-

[16] e v., in quest' ordine di idee, PARTESOTTI, *Le operazioni sulle azioni. Usufrutto e pegno di azioni*, in *Trattato Colombo-Portale*, Torino, 1991, 2* 301, 303 ss.; ANGELICI, Le azioni, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1992, 1, 197; e, con sfumature diverse, POLI, *Commento all' art. 2352 c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società* a cura di Maffei Alberti, I, Padova, 2005, 219 ss.

[17] F. FERRARA *sen.*, *L'usufrutto di crediti nel diritto civile italiano*, in *Riv. it. sc. giur.*, XXXVIII, 1904, 325 ss.

[18] In quest'ordine di idee, sotto la vigenza dell'attuale codice civile PARTESOTTI, *op. cit.*, 325; e dopo la riforma del diritto societario del 2003, POLI, *op. cit.*, , 276; in giurisprudenza, Cass., 12 luglio 2002, n. 10144, in *Giust. civ.*, 2003, I, 383 ss.

[19] V. Rivolta, *Pegno ed usufrutto di quote di società a responsabilità limitata*, in *Riv. dir. comm.*, 1961, I, 205, 232 ss.

l'attribuzione ai soci del potere di prevederne ulteriori in via statutaria[20].

Restano da definire i criteri in base ai quali debba ispirarsi l'amministratore di sostegno nell'esercizio del diritto di voto. Si tratta, in verità, di un profilo già illustrato in precedenza, là dove si è affrontato il problema della legittimazione dell'usufruttuario a partecipare alla votazione assembleare.

Al riguardo, non può che ribadirsi un principio ormai acquisito dall'opinione prevalente, vale a dire che il canone generale della libertà ed insindacabilità del voto espresso in assemblea, in caso di costituzione di vincoli sulla partecipazione sociale, trovi un limite negli interessi del socio nudo proprietario. Il che impone all'usufruttuario di richiedere istruzioni a quest'ultimo, ferma restando comunque la validità della delibera assunta in mancanza della predetta richiesta di istruzioni, o in violazione delle stesse. Circostanze, queste ultime, che, come si è già detto, rileverebbero soltanto sul piano risarcitorio, giustificando anche l'estinzione dell'usufrutto ai sensi dell'art. 1015 c.c.[21] Pertanto, risulta quanto mai opportuno dar corso all'iniziativa preannunciata dall'amministratore di sostegno volta ad acquisire informazioni qualificate in ordine alla convenienza per i soci, sotto il profilo economico-patrimoniale, della eventuale proroga della società. Iniziativa che appare particolarmente appropriata, anche in considerazione della circostanza che i nudi proprietari hanno assunto al riguardo posizioni non coincidenti.

6. *La fattispecie oggetto del secondo quesito*

Il secondo quesito attiene alla posizione della Sig.ra Tizia nella Beta s.r.l. nella sua duplice qualità di usufruttuaria e piena proprietaria di parte delle relative quote, alla luce della delibera del consiglio di amministrazione con la quale si è deciso, a maggioranza, di procedere alla cancellazione dell'usufrutto in favore della medesima, nonché alla liquidazione dell'integrale valore della quota del *de cuius* in favore degli eredi.

A tale scopo, appare *in limine* opportuno delineare, da un lato, l'assetto della compagine sociale nella Beta s.r.l. come risultante dalle dispo-

[20] Sul punto, ampiamente, Piscitello, "Recesso ed esclusione nella s.r..l.", in Abbadessa-Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006, III, 715, 717 ss.

[21] Cass., 19 agosto 1996, n. 7614 e 10 marzo 1999, n. 2053, *citt*.; Cass., 26 maggio 2000, n. 6957, in *Giur. it*., 2000, 2309; Trib. Bologna, 12 luglio 2001, in *Società,* 2002, 592; più recentemente, Trib. Marsala, 21 luglio 2005, in *Giur. merito*, 2006, 1472 ss.

sizioni di ultima volontà rese da Caio, e, dall'altro, precisare significato e portata delle norme statutarie che, in tale società, regolano le vicende delle partecipazioni sociali.

La partecipazione di Tizia nella Beta. s.r.l. si articola nella piena proprietà di una quota pari 10,05 % del capitale sociale e dall'usufrutto sulla partecipazione già posseduta dal defunto coniuge Caio di valore corrispondente al 44,98 % dello stesso capitale.

Ne consegue, che la stessa Sig.ra Tizia dispone, sia pure a diverso titolo, di una partecipazione pari al 55,03 % del capitale sociale.

La predetta composizione della partecipazione sociale della beneficiaria costituisce, come già osservato, espressione della volontà del defunto marito Caio così come risultante da testamento pubblico, mediante il quale quest'ultimo, oltre alla costituzione di un legato di usufrutto sulla totalità dei suoi beni mobili e immobili (ivi comprese le partecipazioni sociali) in favore della consorte, aveva istituito suoi eredi universali, per metà, il figlio e per la restante metà i quattro nipoti, nati da altro figlio premorto.

Attualmente, quindi, detengono la nuda proprietà della quota originariamente appartenente al defunto Caio suo figlio Mevio, per il 22,49 %, e i suoi nipoti, anch'essi per la medesima percentuale, mentre il restante 44,97 % del capitale della Beta s.r.l. risulta ripartito in base a differenti proporzioni tra i citati eredi del *de cuius* e le sue due nuore.

7. *Rilievo e significato della clausola statutaria di rinvio all'art. 2284 c.c.*

La delibera del consiglio d'amministrazione di Beta s.r.l., come si è detto, ha disposto la cancellazione dell'usufrutto sulla partecipazione sociale a favore di Tizia dal libro dei soci e dal registro delle imprese e la liquidazione agli eredi della quota del socio defunto Caio. Tale decisione è stata assunta sul presupposto della inefficacia della disposizione testamentaria, sopra descritta, con la quale si è costituito il legato di usufrutto in favore della Sig.ra Tizia, disposizione che l'organo gestorio della Beta. s.r.l. ha valutato contraria alla previsione fissata nell'art. 8, alinea 13, dello statuto che così recita "in caso di trasferimento *mortis causa* si applica il disposto dell'art. 2284 c.c.".

Per affrontare adeguatamente il secondo quesito, è opportuno dunque muovere dalla clausola appena riportata, che costituisce la ragione della ritenuta inefficacia del legato e della conseguente (ritenuta) illegittimità dell'annotazione dell'usufrutto nel libro dei soci e della sua iscrizione nel registro delle imprese.

In particolare, occorre verificare se la predetta disposizione debba

essere effettivamente interpretata come ostativa al trasferimento *mortis causa* della partecipazione sociale e/o preclusiva della costituzione *iure successionis* dell'usufrutto.

Si può anticipare che il risultato cui si perverrà è in senso negativo: non solo l'art. 8, al. 13, consente la cessione *mortis causa* delle quote sociali, ma soprattutto – ed è ciò che più rileva nella nostra fattispecie - non impedisce la costituzione, per via testamentaria, di diritti frazionari sulle stesse. Ne consegue la piena efficacia del legato di usufrutto a favore di Tizia e la legittimità delle connesse formalità pubblicitarie già eseguite.

Indefettibile punto di partenza del discorso è il rinvio, contenuto nell'art. 8 al. 13 dello statuto della Beta. s.r.l. all'art. 2284 c.c. che, come noto, prevede in via dispositiva, per il caso della morte del socio di società di persone, lo scioglimento particolare del rapporto sociale limitatamente al defunto, ponendo a carico dei soci superstiti l'obbligo di liquidare la sua quota agli eredi; salvo che non si opti per lo scioglimento della società o per la continuazione della stessa con gli eredi.

La delibera del c.d.a. della Beta s.r.l. si fonda infatti sull'assunto che il richiamo statutario dell'art. 2284 c.c., determinando l'intrasferibilità *mortis causa* della quota di partecipazione, renderebbe inefficace, per contrasto con l'atto costitutivo, il legato di usufrutto sulla stessa.

Si tratta tuttavia di un assunto che non merita di essere condiviso, in quanto la clausola statutaria in questione, della cui validità non v'è ragione di dubitare[22], a ben vedere non preclude né la costituzione di usufrutto sulle stesse, né il trasferimento *mortis causa* delle partecipazioni sociali.

In realtà, che l'art. 8 al. 13 dello statuto non renda intrasmissibili *mortis causa* le partecipazioni sociali, limitandosi esclusivamente a subordinare l'efficacia definitiva dell'acquisto degli eredi o legatari al consenso dei soci superstiti, secondo lo schema delineato nell'art. 2284 c.c., è circostanza che emerge, in primo luogo, dall'interpretazione della citata disposizione statutaria alla luce del contesto delle previsioni in cui è collocata[23] . Contesto dal quale risulta che il principio di intrasferibilità, *mortis causa* o *inter*

[22] Afferma la piena legittimità di clausole statutarie che, con riguardo al trasferimento *mortis causa* delle quote sociali di s.r.l., accentuino il peso dell'elemento personalistico rispetto a quello capitalistico, alla stregua di quanto previsto nell'art. 2284 c.c., Cass., 12 febbraio 2010, n. 3345, in *Diritto e giustizia*, 2010; sulla diffusione del rinvio all'art. 2284 c.c. negli statuti delle s.r.l. v. Ghionni, *Società a responsabilità limitata a struttura chiusa e intrasferibilità delle quote*, Torino, 2009, 88 nt.84

[23] Sulla esigenza di interpretare le singole clausole dell'atto costitutivo secondo un criterio di coerenza con il contesto statutario in cui sono collocate v., per tutti, Angelici, *Appunti sull'interpretazione degli statuti di società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, 798 ss.

vivos, delle partecipazioni sociali è estraneo all'assetto organizzativo di Beta s.r.l. e che, anzi, il trasferimento delle quote sociali a favore dei coniugi e dei discendenti in linea retta è addirittura agevolato.

Il richiamo all'art. 2284 c.c. contenuto nell'al. 13 costituisce, invero, soltanto un segmento dell' articolata regolamentazione della cessione di partecipazioni prevista nell'art. 8 dello statuto, che nella prime due disposizioni (al. 1 e 2) dichiara espressamente le quote sociali *liberamente trasmissibili per atto tra vivi e per successione a causa di morte*, sia pur coi *limiti* successivamente contemplati.

Tali limiti sono indicati, per i trasferimenti *inter vivos*, in apposite clausole di prelazione (che tuttavia non si applicano "*nel caso di cessione a qualsiasi titolo a favore del coniuge o dei discendenti in linea retta dell'alienante*") e di gradimento; per i trasferimenti a causa di morte, nel già menzionato art. 8 al 13.

Pertanto, attribuire a quest'ultima disposizione il significato di clausola di intrasmissibilità appare frutto di un'ingiustificata forzatura interpretativa, in quanto contraddice il principio di libertà di trasferimento *mortis causa* delle partecipazioni sociali enunciato nelle attigue disposizioni statutarie. Principio che può tollerare una *limitazione* alla trasferibilità; giammai la sua esclusione.

8. *Clausola statutaria di rinvio all'art. 2284 c.c. e legittimità della costituzione di usufrutto* mortis causa *sulle quote di s.r.l.*

Come si è detto, e si tratta di un dato molto rilevante ai fini della soluzione del quesito in esame, non sembra che dall''art. 8 al. 13 dello statuto della Beta s.r.l. derivino preclusioni o limiti alla costituzione *mortis causa* di diritti frazionari sulle partecipazioni sociali.

La norma statutaria si limita a prevedere che "in caso di trasferimento *mortis causa* si applica il disposto dell'art. 2284 del codice civile", e ciò non significa precludere ai soci di disporre per testamento l'usufrutto sulla propria quota.

In primo luogo, è dubbia la riconducibilità alla fattispecie "trasferimento", contemplata nell'art. 8 al. 13, delle vicende costitutive dei diritti reali cd. minori, come l'usufrutto ed il pegno, che per loro natura non hanno efficacia traslativa in senso tecnico e, pertanto, non implicano alcun mutamento della titolarità delle quote[24], tanto che parte della dottri-

[24] V. Rivolta, *op. cit.*, , 205; Santini, *Società a responsabilità limitata*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1984, 120; Iocca, *Il pegno di quota di s.r.l. e la nuova legge sulla «tra-*

na e della giurisprudenza esclude che i limiti alla circolazione delle partecipazioni sociali nelle società di capitali o le clausole di intrasferibilità possano applicarsi là dove siano costituiti vincoli sulle stesse[25].

In secondo luogo, l'esistenza di siffatta preclusione non può considerarsi implicita nel rinvio all'art. 2284 c.c. che non regola, né tantomeno preclude, la costituzione *mortis causa* di diritti frazionari sulle quote di società di persone.

D'altra parte, che il principio ivi fissato, secondo cui la morte del socio determina lo scioglimento del singolo rapporto sociale, costituisca impedimento alla costituzione di un usufrutto *mortis causa* sulla quota sociale è smentito dal consolidato orientamento che riconosce ormai da lungo tempo l'ammissibilità della figura nelle società di persone, escludendo di poter ravvisare un ostacolo al riguardo nel precetto appena menzionato[26].

A ciò si aggiunge che, nel caso qui in rilievo, il legato di usufrutto riguarda una partecipazione in una società a responsabilità limitata, rispetto alla quale, diversamente da quanto accade nelle società di persone[27], la costituzione del diritto parziario è vincolata esclusivamente al consenso del socio disponente e del beneficiario, senza che, in mancanza di diversa disposizione statutaria (qui assente), la volontà degli altri soci assuma rilievo.

Ne può assumersi in senso contrario all'ammissibilità del legato di usufrutto la circostanza che l'art. 2284 c.c., anche in relazione alla fattispecie della "continuazione", faccia riferimento esclusivo agli eredi, omettendo di considerare i legatari, posto che l'opinione prevalente non esclude dall'ambi-

sparenza commerciale», in *Giur. comm.*, 1997, II, 482; GATTONI, sub *2471-bis*, in L.A. BIANCHI (a cura di), *Società a responsabilità limitata*, in P. MARCHETTI-L.A. BIANCHI-F. GHEZZI-M. NOTARI (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2008, 431; per un ampio riesame del problema v. ora GHIONNI, *op. cit.*, 73 ss.

[25] TEDESCHI, *In tema di pegno di quote di società a responsabilità limitata*, in *Foro it.*, 1957, IV, 146; RIVOLTA, *Sulla divisione delle quote sociali*, in *Riv. soc.*, 1974, 540, testo e nt. 16, sia pure operando dei distinguo; SANTINI, *op. cit.*, 120; in giurisprudenza, Trib. Bologna, 12 giugno 1993, in *Giur. comm.*, 1995, II, 599.

[26] V., molto chiaramente, G. FERRI, *Società, Artt. 2247-2324*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981, 332; GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972, 671.

[27] Nelle quali è richiesto, per quanto riguarda le quote a responsabilità illimitata, il consenso unanime dei soci: e v., per tutti, GHIDINI, *op. cit.*, 671; BUONOCORE, *Società in nome collettivo*, in *Commentario Schlesinger*, Torino, 1995, 208; PISCITELLO, *Società di persone a struttura aperta e circolazione delle quote. Modelli legali ed autonomia statutaria*, Torino, 1995), 237; sulla diversa disciplina della costituzione *mortis causa* (anche mediante legato) dell'usufrutto e del pegno sulla partecipazioni a responsabilità limitata in società personali, v. ora GHIONNI, *sub* 2322, in G. PERLINGIERI (a cura di*), Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2010, Libro Quinto, I, Napoli, 2010, 1163, 1170.

to di applicazione dell'art. 2284 c.c. i successori a titolo particolare[28].

In definitiva, la disposizione testamentaria con la quale Caio ha legato in usufrutto la sua partecipazione sociale in Beta. s.r.l. alla consorte Tizia non appare in contrasto con norme statutarie o legali e, pertanto, non può considerarsi affetta da inefficacia.

9. *Clausola statutaria di rinvio all'art. 2284 c.c. e limiti alla trasmissibilità* **mortis causa** *delle partecipazioni sociali* **di** *s.r.l.*

La conclusione appena formulata si fonda sul rilievo che l'art. 8 al. 13 dello statuto della Beta s.r.l. non limita la libertà del testatore di disporre l'usufrutto sulla propria partecipazione sociale, in quanto tale clausola, a ben vedere, non attiene alla costituzione dei diritti frazionari sulle quote.

Il che basterebbe ad esaurire il discorso relativo al quesito in esame.

Tuttavia, appare opportuno farsi carico di un' ulteriore questione: quella della efficacia della disposizione testamentaria in parola con riguardo al profilo della attribuzione agli eredi e legatari, nelle percentuali indicate *sub 6*, della nuda proprietà sulle quote assegnate in usufrutto a Tizia.

Si potrebbe infatti sostenere che l'inefficacia del legato di usufrutto non sia altro che il riflesso dell'invalidità, per violazione dell'art. 8 al. 13 dello statuto, del trasferimento *mortis causa* della titolarità della quota di Caio ai figli ed ai nipoti. Invalidità che, peraltro, rischierebbe di travolgere l'intero testamento, data l'indubbia rilevanza, nell'ambito dell'atto di ultima volontà, della specifica clausola.

Anche sotto il profilo dell'attribuzione *mortis causa* della titolarità della partecipazione già posseduta da Caio, la disposizione testamentaria si rivela comunque efficace, posto che l'art. 8, al. 13, non rende intrasmissibili *mortis causa* le partecipazioni sociali nella Beta. s.r.l., ma sembra esclusivamente sottoporne a taluni limiti la circolazione.

Decisiva in tal senso è un'interpretazione meditata dell'art. 2284 c.c. - cui la clausola statutaria rinvia - alla luce della quale emerge che tale norma non configura un principio di intrasmissibilità *mortis causa* della partecipazione del socio defunto, prevedendo testualmente l'alternativa della continuazione della società con gli eredi. Pertanto, la previsione statutaria che la richiama non può essere equiparata ad una clauso-

[28] V. G. Ferri, *op. cit.*, 317; Sarale, *Divisione testamentaria della quota di partecipazione in società di fatto e continuazione della società con gli eredi*, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1131; Carlini-Clericò-Ungari Trasatti, *Morte del socio, diritti dei successori e modalità del subentro nelle società di persone*, in *Riv. not.*, 2003, I, 1451

la di intrasferibilità e la disposizione testamentaria attributiva agli eredi e legatari della titolarità della quota non può considerarsi viziata.

Invero, che l'art. 2284 c.c. non precluda il trasferimento *iure successionis* della partecipazione sociale emerge da un attento esame del suo significato, alla luce delle diverse ricostruzioni operate da dottrina e giurisprudenza.

Come si è detto, la norma sancisce, in caso di morte del socio, lo scioglimento del singolo rapporto sociale, con conseguente obbligo per i superstiti di liquidare la quota agli eredi, salvo che non si opti per lo scioglimento della società o la continuazione della stessa con i medesimi.

Orbene, per sostenere che la norma in questione, e la previsione statutaria che la richiama, dispongano l'intrasmissibilità *mortis causa* della partecipazione sociale, con conseguente inefficacia della disposizione testamentaria, occorre negare ogni collegamento tra la continuazione della società con gli eredi (o legatari) e l'atto di ultima volontà, assumendo che la posizione dei successori all'interno della compagine sociale non sia per nulla influenzata dalla vicenda successoria, sia riguardo alla costituzione del rapporto che al suo svolgimento.

Tale conclusione risulta, non solo, in contrasto con la tesi, autorevolmente sostenuta in dottrina[29], che postula la "prosecuzione" del rapporto sociale con gli eredi (o legatari) successivamente al decesso di un membro della compagine sociale, indipendentemente dal realizzarsi della fattispecie della "continuazione" contemplata nell'ultima parte dell'art. 2284 c.c. (in particolare, secondo questo orientamento, la morte, lungi dal comportare automatica estinzione del singolo vincolo sociale, determina il configurarsi di una situazione di quiescenza superabile con la manifestazione di volontà, espressa o tacita, in ordine all'alternativa tra lo scioglimento o la continuazione della società con gli eredi), bensì, a ben vedere, anche con l'orientamento prevalente, secondo cui il rapporto sociale, per effetto della morte del socio, si estingue, determinando la nascita, in capo agli eredi, di un diritto di credito alla liquidazione della quota; con la conseguenza che l'eventuale continuazione del rapporto sociale si fonderebbe su un atto *inter vivos* e non *iure successionis* [30].

[29] A. Venditti, *L'erede del socio a responsabilità illimitata e la continuazione della società*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, 220; Porzio, *Sulla disciplina della società di persone con un solo socio*, in *Riv. soc.*, 1965, 286 ss.; Buonocore, *op. cit.*, 218-219.

[30] V., fra gli altri, sia pur con sfumature diverse, G. Ferri, *op. cit.*, 306; Galgano, *Diritto civile e commerciale*, vol. III, t. 1, Padova, 1990, 351, ss.; Campobasso, *op. cit.*, 111; Piscitello, *op. cit.*, 144 s.; Cass., 16 dicembre 1988, n. 6849, in *Giur.it*, 1989, I, 1, 1130, con nota di Sarale; Cass., 11 ottobre 2006, n. 21803, in *Mass. giust. civ.*, 2006, 10

Altro è infatti reputare necessario, ai fini della costituzione del rapporto sociale con gli eredi (o legatari), il consenso di questi ultimi *e* dei soci superstiti - il che giustifica l'affermazione secondo cui il subingresso si fonda su un atto *inter vivos* -, altro è disconoscere che l'atto testamentario costituisca il presupposto originario (e non sufficiente) di tale subingresso e incida comunque sulla costituzione (e sullo svolgimento) del rapporto sociale in capo ai successori.

Siffatta conclusione appare smentita sia dal dato letterale dell'art. 2284 c.c. che, facendo esplicito riferimento alla "continuazione" della società con gli "eredi", non sembra considerare la partecipazione di questi ultimi alla compagine del tutto indipendente da quella del *de cuius*, sia dalla circostanza che anche l'orientamento appena richiamato riconosce tale "derivazione", là dove esclude che gli eredi siano tenuti ad effettuare il conferimento, "valendo a questi effetti il conferimento già eseguito dal socio defunto" [31] e ammette che il loro subingresso possa avvenire a prescindere dal rispetto delle previsioni formali eventualmente richieste per l'adesione di nuovi soci alla società[32].

In definitiva, pur seguendo l'impostazione prevalente sull'interpretazione dell'art. 2284 c.c., si può escludere l'inefficacia, per contrasto con l'art. 8 al. 13 dello statuto, della disposizione testamentaria con cui Caio ha trasferito agli eredi e legatari la propria partecipazione nella Beta. s.r.l. (e, con essa, di quella con la quale ha disposto l'usufrutto a favore della consorte Tizia). Trasferimento che è consentito e non precluso dall'art. 8 all. 1, 2 e 13 dello Statuto della Beta. s.r.l. , pur nei limiti di quanto disposto dall'art. 2284 c.c.

10. *Comportamento dei soci superstiti ed attuazione del legato di usufrutto sulla quote di s.r.l.*

Accertata l'efficacia della disposizione testamentaria in parola, anche con riguardo al profilo della attribuzione agli eredi e legatari, nelle percentuali indicate *sub* par. *6)*, della nuda proprietà sulle quote assegnate in usufrutto a Tizia, occorre, in conclusione, valutare se si sia comunque formato nel corso della vita della società, ai sensi dell'art. 2284 c.c., il consenso alla continuazione del rapporto sociale con gli eredi o lega-

[31] Così Galgano, *op. cit*., 351.

[32] Per riferimenti v. O. De Nicola, *sub* art. 2284, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* a cura di G. Perlingieri, Libro Quinto, tomo I, Napoli, 2010, 989.

tari (e con l'usufruttaria); segnatamente nel periodo che va dall'apertura della successione di Caio, alla data della prima richiesta di liquidazione della quota del *de cuius* avanzata da uno degli eredi.

In realtà, per quanto già osservato in precedenza, la questione – a rigore – non avrebbe ragione di porsi con riferimento alla posizione di Tizia, in quanto la costituzione dell'usufrutto su partecipazioni in società di capitali, è vincolata esclusivamente al consenso del socio disponente e del beneficiario, senza che la volontà degli altri soci, nonostante il rinvio statutario all'art. 2284 c.c., assuma rilievo.

Tuttavia, anche alla luce del nesso esistente tra legato di usufrutto e attribuzione della nuda proprietà agli eredi e legatari (previsti nella medesima disposizione testamentaria), nella fattispecie in esame sussistono circostanze valutabili sia come manifestazione di volontà dei soci superstiti alla continuazione del rapporto sociale con gli eredi (e legatari), sia come "assenso" (comunque non necessario) alla costituzione del diritto reale di godimento sulle quote a favore di Tizia.

Si tratta, in particolare, di comportamenti che dimostrano come la disposizione testamentaria in questione abbia avuto volontaria esecuzione (giustificando all'occorrenza un'eventuale richiamo dell'art. 590 c.c.), tanto sotto il profilo dell'attribuzione della nuda proprietà sulla partecipazione appartenuta a Caio, quanto sotto il profilo, che attiene specificamente al quesito in esame, della costituzione dell'usufrutto.

Il riferimento non è certo alla circostanza che i soci superstiti abbiano lasciato infruttuosamente decorrere il termine indicato dello statuto per la liquidazione della quota del defunto, posto che l'inutile decorso di siffatto termine non può essere interpretato come consenso alla continuazione della società con gli eredi[33].

Piuttosto, assume significato dirimente il ripetuto esercizio del diritto di voto di Tizia, nella sua specifica qualità di usufruttuaria delle partecipazioni sociali, nelle assemblee della Beta. s.r.l., talvolta con effetti determinanti ai fini del raggiungimento dei *quorum* deliberativi. Esercizio che, non essendo stato contestato dagli altri soci sotto il profilo della legittimazione della stessa a votare quale usufruttuaria, sembra chiaramente rivelare la volontà di questi ultimi, anche quali eredi (e legatari), a recepire e attuare la disposizione testamentaria.

Anzi, tale volontà emerge, rispetto a tutti i soci superstiti eredi e legatari, con particolare evidenza proprio in relazione alla citata delibera assembleare, con la quale si è designato uno degli eredi come ammini-

[33] In tal senso, Cass., 23 maggio 2005, n. 6263, in *Società*, 2006, 185

stratore unico della società.

Eloquente in tal senso è, in primo luogo, l'accettazione, da parte di quest'ultimo, della sua nomina ad amministratore unico (nomina approvata col voto determinante della usufruttuaria), nonché l'espressa approvazione da parte dello stesso del verbale (*in forma di atto pubblico*) nel quale si dà pacificamente atto della condizione di usufruttuaria della medesima Sig.ra Tizia.

In secondo luogo, assume rilievo il contenuto della citazione con cui la predetta delibera è stata impugnata da alcuni soci. Impugnativa che si fonda non già sul difetto di legittimazione al voto, in veste di usufruttuaria, di Tizia, data espressamente per presupposta ("*è bene sin da ora precisare che in tale maniera la signora Tizia controlla, tra piena proprietà ed usufrutto una partecipazione pari al 55,08 % del capitale sociale*"), bensì sulla sua alterata condizione psichica (che avrebbe inficiato la convocazione dell'assemblea).

La circostanza che tali volontà risultino manifestate per iscritto risolve, poi, alla radice l'ulteriore problema della forma del consenso alla continuazione del rapporto sociale.

In conclusione, si ritiene pienamente efficace il legato di usufrutto delle quote sociali già appartenenti a Caio a favore della consorte Tizia e legittime le relative formalità pubblicitarie già eseguite.

MARCO PARISI

Società multietnica, autonomia scolastica e pluralismo delle scelte educative

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Dall'amministrazione centralistica dell'educazione alla "scuola dell'autonomia". - 3. Pluralismo delle opzioni educative ed autonomia delle istituzioni scolastiche. - 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La profonda rivoluzione istituzionale determinata dall'approvazione della riforma del Titolo V della Carta costituzionale, preceduta da una serie di leggi ordinarie ispirate dalla logica del decentramento amministrativo e della valorizzazione delle autonomie, ha evidenziato l'esigenza di un ripensamento dell'assetto organizzativo dei pubblici poteri, tale da far fronte alle molteplici istanze di maggiore efficienza e democraticità della pubblica amministrazione.

Nello specifico, sembra essere ampio il consenso rispetto alla necessità che lo Stato possa modificare la sua tradizionale vocazione all'esercizio di un ruolo di gestione dei servizi sociali in favore di una funzione di mera regolazione degli stessi, determinandosi ormai le condizioni (sociali e normative) per l'accesso alle realizzazione dei compiti di interesse collettivo anche da parte di soggettività diverse da quelle statali *tout court*.

Il clima riformistico in oggetto ha trovato, per certi aspetti, il suo ideale terreno di coltura nella contemporanea evoluzione del concetto di Stato-nazione, grazie alla devoluzione della sovranità statale, da un lato, verso l'esterno, in ragione della crescita progressiva del ruolo delle organizzazioni internazionali (e, in specie, per la definitiva affermazione dell'Unione Europea come protagonista della scena politica sovranazionale), e, dall'altro, verso l'interno, per le crescenti aspirazioni delle comunità territoriali alla soddisfazione dei loro specifici interessi locali[1].

[1] V. TOZZI, *Società multi-culturale, autonomia confessionale e questione della sovranità*, in V. TOZZI (a cura di), *Integrazione europea e società multi-etnica. Nuove dimensioni della libertà religiosa*, Torino, 2000, pp. 143-146, rileva come l'intensa partecipazione degli Stati nazio-

I mutamenti in corso, quindi, hanno trovato un valido strumento di diffusione nella implementazione del principio autonomistico, affermatosi sotto una duplice veste. Da un lato, esso si è imposto attraverso una differente ripartizione dei poteri tra i soggetti istituzionali (centrali e periferici), tale da rendere l'azione di governo corrispondente alle differenziazioni delle varie realtà sociali, determinando il progressivo superamento del pregresso tradizionale modello accentrato. D'altro canto, poi, il principio autonomistico si è inverato per mezzo del riconoscimento di ampi spazi di azione alle soggettività private, alle quali si sono conferite significative possibilità di intervento nell'erogazione dei servizi sociali[2].

In questo senso, ai fini di un cambiamento innovatore delle istituzioni l'ostacolo principale è costituito dal «(…) vetero mito dell'accentramento, che periodicamente torna sotto l'etichetta dell'unicità della scuola, della sanità, dei servizi, mentre la via per una autentica modernizzazione è quella della libertà, della autonomia, della pluralità dei soggetti, con uno Stato che svolga la funzione di promotore e di garante di una società civile in cui le persone e tutti i corpi intermedi possano esplicare in piena libertà l'esercizio dei diritti»[3]. Questa prospettiva appare essere confermata dall'analisi di uno dei settori di primaria importanza per la collettività, quale è l'istruzione pubblica[4], in quanto ambito in cui la cul-

nali agli organismi sovranazionali e il sistema delle competenze ripartite fra potere centrale e locale non determinino il pericolo di uno svuotamento di fatto (o di una crisi) del concetto di sovranità. Infatti, secondo l'Autore, si assisterebbe ad una mera trasformazione della sovranità, che non è destinata a perdere i suoi connotati tradizionali, ma solo a determinare un incremento della diffusione delle forme e dei luoghi nei quali vanno adottate le decisioni necessarie per il bene comune. Ovvero, in luogo della pregressa forma centralistica del potere pubblico, si andrebbe verso un sistema di "potere pubblico diffuso", con il coinvolgimento di un sistema articolato ed organizzato di istituzioni, sulla base della regolazione giuridica derivante (in prima istanza) dalla Carta costituzionale.

[2] Lo Stato contemporaneo, così come testimoniato da una vasta gamma di provvedimenti legislativi di recente approvazione, ha abbandonato la pregressa radicale diffidenza verso le iniziative private in ambito sociale, avvertendo l'esigenza di «(…) affinare organizzazioni private e pubbliche in un sistema territorialmente strutturato per coprire la vasta gamma di necessità che si presentano nella società (…)», riconoscendo e agevolando il ruolo delle soggettività (anche spiritualmente caratterizzate) impegnate nella esplicazione di attività di promozione sociale. Così C. Cardia, *Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea, legislazione italiana*, Torino, 2002, p. 299.

[3] Così G.B. Varnier, *Religioni, istituzioni e diritti: dall'identità nazionale alla società multiculturale*, in V. Tozzi e M. Parisi (a cura di), *Immigrazione e soluzioni legislative in Italia e Spagna. Istanze autonomistiche, società multiculturali, diritti civili e di cittadinanza*, Campobasso, 2007, p. 265.

[4] L'istruzione è, in effetti, in vario modo, al crocevia del dibattito politico istituzionale e dei processi di riforma amministrativa ed istituzionale che hanno avuto realizzazio-

tura autonomistica si è dispiegata lungo le due direttrici fondamentali dell'autonomia funzionale e dell'autonomia locale[5]. Ciò nella prospettiva, ormai sufficientemente realizzata, della creazione di un sistema amministrativo scolastico che, pur nella sua unitarietà, possa contraddistinguersi per la presenza di una pluralità di istituzioni scolastiche (pubbliche e private) e di apparati pubblici (Stato, Regioni ed enti locali), impegnati nel perseguimento del medesimo fine dell'istruzione[6] e nella determinazione delle condizioni di fatto per l'inveramento dell'obiettivo costituzionale della realizzazione e dello sviluppo della personalità umana[7].

Peraltro, non va dimenticato che i provvedimenti normativi attraverso i quali l'autonomia scolastica è stata introdotta nel nostro ordinamento giuridico presentano una serie di disposizioni poste a tutela del multiculturalismo delle proposte educative. Tali norme si sono inserite nel solco del segnalato rinnovamento della legislazione italiana in materia scolastica, imposto anche dai profondi mutamenti che hanno inte-

ne in Italia nel corso degli ultimi anni, nella prospettiva di determinare l'adozione di trasformazioni organizzative e funzionali in grado di colmare la pregressa inattuazione sostanziale di alcuni principi fondamentali (come quelli del pluralismo sociale ed istituzionale, nonché della valorizzazione delle autonomie politiche ed amministrative) della Carta costituzionale. In dottrina si veda G.C. De Martin, *Autonomia dell'istruzione e riforme istituzionali: note introduttive*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2004, 2-3, pp. 217-218.

[5] L'autonomia funzionale e locale verrebbe intesa, nelle scelte legislative fin qui compiute, come una concreta modalità di autogoverno. Ovvero, in questa prospettiva, essa si concreterebbe nella: scelta dei vertici delle istituzioni scolastiche da parte della comunità di riferimento; incidenza di questi ultimi sulla composizione e sugli assetti del corpo docente; scelta dell'offerta formativa derivante dal dialogo tra le varie componenti della comunità scolastica e dalle esigenze del contesto sociale di riferimento; scelta autonoma di parte dei programmi; scelta di modalità di spesa delle risorse, da cui deriva, in connessione, una responsabilizzazione delle scelte effettuate. In dottrina cfr. A. Sandulli, *L'autonomia scolastica nel sistema delle autonomie*, in M. Bombardelli e M. Cosulich (a cura di), *L'autonomia scolastica nel sistema delle autonomie*, Padova, 2005, p. 15.

[6] Secondo A. Ferrari, *La scuola italiana di fronte al paradigma musulmano*, in A. Ferrari (a cura di), *Islam in Europa/Islam in Italia tra diritto e società*, Bologna, 2008, p. 171, le istituzioni scolastiche stanno affrontando le crescenti domande di differenziazione e di professionalizzazione dei servizi educativi, imponendo al sistema politico-istituzionale la necessità di rendere operativo un processo di decentramento e di autonomizzazione che, nella logica della sussidiarietà, è destinato a coinvolgere sia le differenti articolazioni della sfera istituzionale che la società civile nel suo complesso.

[7] L'art. 2 Cost. riconosce e garantisce le personalità dei singoli, con le proprie diversità e peculiarità, postulando che la formale eguaglianza nella "parità delle chances" non debba tradursi in una società culturalmente massificata ed omogenea. In questa equilibrata ottica di sostegno alle legittime istanze di diversità culturale, si colloca la realizzazione di una politica scolastica pubblica volta a favorire l'emersione del bisogno sociale di una formazione di matrice pluralistica. Cfr. S. Berlingò, *Libertà d'istruzione e fattore religioso*, Milano, 1987, p. 13.

ressato, nel corso degli ultimi decenni, una società sempre meno omogenea dal punto di vista culturale, soprattutto a seguito dei flussi migratori in atto e al progressivo accentuarsi del processo di globalizzazione[8]. Invero, la scuola si è dimostrata essere uno dei primissimi ambiti della convivenza civile in cui i problemi e le difficoltà per gli studenti provenienti da culture, costumi e appartenenze confessionali diverse da quelle tradizionalmente caratterizzanti la società italiana si sono rivelati appieno, determinando la necessità dell'adozione di nuove mentalità pedagogiche e di nuovi programmi didattici, atti a soddisfare le nuove esigenze rilevabili.

È emersa, così, l'esigenza (rilevata dai nuovi strumenti normativi adottati nella logica della valorizzazione del principio autonomistico e delle differenze) che la scuola, nel suo complesso, possa proporsi come il luogo privilegiato di incontro, di integrazione, di confronto, di scambio di conoscenze e di rispetto reciproco tra gli utenti dei servizi educativi, pur nella diversità delle loro appartenenze spirituali ed ideali. Ciò al fine, nella nuova articolazione delle proposte educative erogate dalla mano pubblica, di ricomporre ad unità universi simbolici diversi per mezzo di un ripensamento dei contenuti e dei programmi della scuola, tale da soddisfare l'esigenza di considerazione per tutte le principali tradizioni culturali, ideali e fideistiche aspiranti ad una legittima valorizzazione.

2. *Dall'amministrazione centralistica dell'educazione alla "scuola dell'autonomia"*

Le scelte legislative in materia d'istruzione si sono, tradizionalmente, caratterizzate per un notevole intervento normativo statale, avente ad oggetto sia i servizi educativi strettamente considerati che le modalità di erogazione degli stessi. Infatti, per tutta l'epoca liberale e fino ai primi anni del Novecento, la preoccupazione fondamentale di realizzare un servizio scolastico omogeneo nelle differenti aree del Paese (al fine di garantire a tutti i cittadini l'accesso all'istruzione e di assicurare i medesimi livelli di cultura su tutto il territorio nazionale) ha determinato una

[8] R. De Vita e L. Nasi, *Dialogo e identità per una convivenza nel pluralismo culturale e religioso europeo*, in *Credere Oggi*, 2004, 3, p. 68, segnalano come il processo di globalizzazione, determinando l'annullamento della distanza nelle comunicazioni e la riduzione dei confini tra le culture, stia producendo una relativizzazione delle culture e delle identità tradizionali. Ciò, come sottolineato dagli Autori, origina l'impossibilità di vivere in modo isolato le tradizioni culturali e la necessità (positiva) della mescolanza tra le culture, le quali dovrebbero, di conseguenza, presentarsi sempre più ibride e sempre più relative.

configurazione statalista e fortemente burocratizzata del sistema dell'istruzione, nel quale i massimi protagonisti sono sempre stati rappresentati dalle articolazioni burocratiche dello Stato, mentre gli enti territoriali infranazionali (Regioni, Province e Comuni) e le istituzioni scolastiche hanno ricoperto un ruolo marginale e di scarso rilievo[9].

Conformemente ad un'opinione largamente diffusa in dottrina, fino a qualche decennio fa è sembrato realizzarsi un servizio scolastico incapace di valorizzare le diversità territoriali e culturali, di favorire al meglio l'efficienza e l'efficacia, in ragione del forte centralismo che lo ha contraddistinto, della ridotta frammentazione delle competenze fra i diversi attori (istituzionali e non), e della conseguente assenza di diversificazione delle responsabilità di gestione.

La politica di governo centralistico della scuola, peraltro, è stata caratterizzata da una sensibile diversità delle ragioni alla base delle scelte di carattere dirigistico statale poste in essere. Come è ben noto, infatti, nella vigenza della legge *Casati*, l'esistenza di un sistema scolastico burocratico e centrale si fondava sulla necessità per i pubblici poteri di contrastare l'azione della Chiesa[10]. Si potrebbe osservare al riguardo che nel

[9] Sembra opportuno rilevare, peraltro, come, fino alle riforme costituzionali del 1999 e del 2001, il sistema regionale italiano non è apparso come una felice traduzione, nel concreto, del modello previsto dalla Carta costituzionale. Infatti, l'articolato ed organico quadro delle autonomie regionali previsto in origine dal dettato costituzionale è stato travolto da una serie di interventi dei poteri centrali dello Stato, così come da una pressante azione interventista dei partiti politici, che hanno di fatto impedito alle Regioni di adempiere alla loro funzione di centri di canalizzazione democratica del consenso popolare a livello locale. La politica regionale, pertanto, è stata soffocata da una logica centralistica e partitocratica, che, per un verso, ha progressivamente eroso parte delle competenze formalmente assegnate alle Regioni proprio dal testo costituzionale, e, per un altro, non ha permesso ai governi locali di poter esprimere un proprio indirizzo politico a livello territoriale, tale da configurarsi almeno come parzialmente autonomo rispetto a quello elaborato in sede nazionale. Questo fenomeno, originato da una molteplicità di fattori, non ha consentito alle Regioni di vivere in modo corretto il ruolo loro assegnato dalla Costituzione, per il quale le istituzioni regionali avrebbero dovuto operare come centri di potere deputati alla cura degli interessi pubblici radicati a livello territoriale, e non come semplici soggetti esecutori di decisioni politiche assunte a livello centrale. In dottrina cfr. A. D'Atena, *La vicenda del regionalismo italiano ed i problemi della transizione al federalismo*, in A. D'Atena (a cura di), *Federalismo e regionalismo in Europa*, Milano, 1994, pp. 199 e ss.; P. Lillo, *Dal regionalismo al federalismo: nuove frontiere per il diritto ecclesiastico italiano?*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, 1996, 4, pp. 584-585.

[10] Nell'ambito delle disposizioni legislative poste a regolazione della pubblica istruzione, una importanza fondamentale è rivestita dalla legge 13 novembre 1859 n. 3725, promossa dal Ministro Casati al fine di completare il processo di riordino del sistema scolastico iniziato, prima, con la legge *Boncompagni*, n. 818 del 4 ottobre 1848, e, poi, con la legge *Lanza*, n. 2328 del 22 giugno 1857, entrambe di indirizzo centralistico e laicistico. Con tali provvedimenti, alla guida della politica scolastica nazionale venivano posti il Ministro della Pubblica Istru-

momento in cui lo Stato rivendicava alla propria potestà competenze e poteri in materia di istruzione, si assisteva all'affinamento della riflessione ecclesiale sulle ragioni giustificatrici di una presenza privilegiata della Chiesa nell'erogazione dei servizi educativi e nelle istituzioni scolastiche pubbliche. Ovvero, nelle fasi di più acuto contrasto con il potere politico, a causa della volontà di creazione (di diritto e di fatto) di un monopolio pubblico nel settore, il magistero ecclesiastico si impegnava, a livello teologico e canonistico, nell'approfondimento delle competenze della Chiesa in ambito educativo[11].

Successivamente, una volta affermatosi il progetto risorgimentale e fino all'avvento del Fascismo, l'esigenza preminente veniva individuata nella garanzia dell'unità del Paese. Durante il ventennio della dittatura, invece, la politica avvertiva il bisogno di utilizzare la Chiesa[12] e l'istru-

zione ed i suoi organi centrali e periferici, nell'obiettivo di contrastare l'azione della Chiesa nella sua tendenza all'erogazione in forma monopolistica dei servizi educativi.

Soprattutto per mezzo della legge *Casati*, si determinava l'adozione di un provvedimento regolativo del mondo della scuola che, per la serietà dell'impostazione e dei principi fondamentali ispiratori, è rimasto, per decenni dopo il compimento del processo unionistico, un modello normativo in grado di garantire una disciplina giuridica organica del mondo della scuola. La vocazione laicista di questo provvedimento, inoltre, si rivelava nel porre, pure a fronte della formale proclamazione della religione come insegnamento obbligatorio, il criterio della preminenza della funzione pubblica su tutta l'istruzione; tale scelta ha determinato le premesse per il progressivo e concreto declassamento della religione fino all'approvazione della riforma *Gentile*, e per una continua conflittualità nei rapporti tra lo Stato e la Chiesa. In merito cfr. M. Tigano, *L'«assolutezza» del diritto all'istruzione religiosa*, Milano, 2004, pp. 10-11. Si consenta anche il rinvio a M. Parisi, *Istruzione laica e confessionale nello Stato delle autonomie*, Napoli, 2008, pp. 13-15.

[11] Cfr. G. Dalla Torre, *La questione scolastica nei rapporti fra Stato e Chiesa*, Bologna, 1989, pp. 11-12.

[12] Ricordiamo che, attraverso la graduale ricomposizione dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa, culminata con l'adozione dei Patti Lateranensi del 1929, si determinava una notevole apertura di credito da parte delle massime gerarchie ecclesiastiche nei confronti del movimento fascista. Più specificamente, la Chiesa «(…) intravedeva nell'involuzione autoritaria di quel movimento l'occasione di riscatto storico, dopo la sconfitta della fine dello Stato pontificio. (…). La Chiesa assunse vere e proprie funzioni pubbliche, legittimate dal principio del cattolicesimo come *religione dello Stato*, ma ripristinanti l'antica *confusione dei poteri*; il tutto nell'alveo della soppressione della distinzione fra poteri legislativi e di governo (…); cioè in un regime anti-democratico che aveva un unico partito, che dichiarava di creare una cultura e perfino un'etica fascista, ma attribuiva potere diretto alla Chiesa ed al suo personale, ed anche valenza legale al diritto canonico. La Chiesa ebbe un ruolo pubblico ed un'influenza diretta nella scuola statale, nelle forze armate, nel sistema penitenziario, l'efficacia automatica della sua funzione giurisdizionale in materia matrimoniale (…). La Chiesa partecipava al disegno politico del regime fascista garantendo il controllo sulla popolazione quanto a comportamenti di carattere religioso; il regime legalizzava questo controllo, riconoscendo libertà ai singoli solo nel limitato ambito dei diritti ga-

zione pubblica come elementi coagulanti delle diversità politiche e sociali presenti sul territorio, nonché come fattori d'identificazione con il nuovo regime che andava affermandosi[13]. Con l'adozione della Costituzione repubblicana, si è affermato un diverso quadro istituzionale, in grado di respingere il pregresso modello monopolistico statale, in quanto compatibile con l'aspirazione alla creazione di uno Stato regionale e delle autonomie. Tuttavia, le significative innovazioni in materia scolastica presenti nella Carta fondamentale del 1948[14] non hanno ricevuto, per molti anni, nel corso del secondo dopoguerra, alcuna attuazione, registrandosi, per converso, la conferma di un sistema scolastico dall'impronta statalista e burocratica.

Sembra chiaro come un sistema così accentrato abbia comportato,

rantiti all'istituzione Chiesa». Si determinava, così, come risultato di tale sinergia e di tale ritrova sintonia tra potere politico e potere religioso, un irrigidimento dei comportamenti individuali dei cittadini, confinati nei rigorosi limiti di quanto accettato e permesso dallo Stato e dalla Chiesa. Cfr. V. Tozzi, *Chiesa cattolica, politica e partiti politici in Italia*, in A. Musi (a cura di), *Forma-partito e democrazie dell'Europa mediterranea: origini, sviluppi, prospettive*, Soveria Mannelli, 2007, pp. 67-68 (corsivi testuali).

[13] Strumentale al perseguimento di tale finalità fu, altresì, l'applicazione da parte del regime della riforma *Gentile* (legge 6 maggio 1923 n. 1054, e successivo regolamento attuativo 6 giugno 1925 n. 1084), con la quale il processo di avocazione all'autorità centrale pubblica dei compiti in materia d'istruzione veniva completato. Infatti, con la riforma *Gentile* si determinava un mutamento della concezione della scuola, con l'effetto del parziale superamento del pregresso laicismo e della riapertura dell'istruzione all'insegnamento della religione e all'attività degli istituti privati e liberi, strumentalmente utilizzato dal Fascismo per mutare a suo vantaggio le relazioni con la Chiesa, beneficiaria del superamento delle posizioni separatiste ed anticlericali del periodo liberale. In dottrina G.B. Varnier, *Diritto ecclesiastico dello Stato e cultura giuridica italiana*, in *Annali Univ. Molise*, 7, 2005, pp. 120-121

[14] In materia di istruzione, formazione ed educazione, le disposizioni costituzionali hanno contemplato: lo sviluppo della cultura e della ricerca scientifica (art. 9); la definizione di norme generali sull'istruzione e l'obbligatoria istituzione di scuole statali per tutti gli ordini e gradi (art. 33, comma II); l'adozione di norme di disciplina sugli esami di Stato e di abilitazione all'esercizio professionale (art. 33, comma V); l'obbligatorietà e la gratuità dell'istruzione inferiore (art. 34, comma II); il diritto all'istruzione degli studenti capaci e meritevoli, pur se privi di mezzi economici (art. 34, comma III); l'educazione e l'avviamento professionale degli inabili e dei minorati (art. 38, comma III). A completamento di tale articolato insieme di diritti all'istruzione, la Costituzione ha incluso anche il principio della libertà dell'insegnamento dell'arte e delle scienze (art. 33, comma I); il diritto di enti e privati di istituire scuole ed istituti di educazione senza oneri per lo Stato (art. 33, comma III), l'autonomia delle Università (art. 33, u.c.). Cfr. E. Balboni, *Insegnamento, istruzione e scuola: profili costituzionali antichi e attuali*, in *Jus*, 2005, 3, pp. 491 e ss.; S. Cassese, *La scuola: ideali costituenti e norme costituzionali*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, vol. III, 1977, pp. 251 e ss.; G. Corso, *Principi costituzionali sull'istruzione*, in C. Marzuoli (a cura di), *Istruzione e servizio pubblico*, Bologna, 2003, pp. 35 e ss.; U. Pototschnig, *Insegnamento, istruzione, scuola*, in *Giur. cost.*, 1961, pp. 366 e ss.

altresì, una debole attuazione e valorizzazione di alcuni principi fondamentali sanciti dalla Carta costituzionale, come quello enunciato dall'art. 2 (che avrebbe implicato un più opportuno riconoscimento alla scuola intesa come formazione sociale, nella quale ha svolgimento la personalità umana) e dell'art. 5 (sia per l'aspetto del decentramento amministrativo nei servizi dipendenti dallo Stato, che sotto il profilo del pluralismo autonomistico come modello fondamentale dell'organizzazione pubblica). La mancata attuazione delle istanze autonomistiche ha, così, compresso le possibilità di valutazione delle esigenze locali e culturali di più diverso segno, consentendo il passaggio da programmi uniformi e prestabiliti ad un'azione costruita sulle specifiche esigenze delle comunità territoriali[15].

Soltanto negli anni settanta, anche se in modo timido, sono stati mossi i primi passi verso la realizzazione di un sistema in cui altri soggetti giuridici hanno fatto il loro ingresso nella scena politica scolastica. Si è, ovvero, iniziato a realizzare un progressivo decentramento istituzionale, conferendo un ruolo significativo alle Regioni (grazie alla previsione costituzionale dell'art. 117), alle Province e ai Comuni, quali titolari di funzioni di gestione del servizio scolastico e di implementazione del governo sociale della scuola, che, nella logica del decentramento funzionale, avrebbe determinato la valorizzazione dell'azione delle singole istituzioni scolastiche.

Il riferimento è alla legge 16 maggio 1970 n. 281 e alla legge delega 22 luglio 1975 n. 382, a cui ha fatto seguito il D.P.R. 24 luglio 1977 n. 616, attraverso cui si sono conferite alle singole istituzioni scolastiche le prime possibilità di decisione, di responsabilità e di capacità progettuale nella organizzazione ed erogazione dei servizi educativi. Tuttavia, anche in seguito all'adozione dei decreti delegati degli anni settanta, l'articolazione delle funzioni in materia scolastica conservava un significativo insieme di competenze in capo agli organi centrali e periferici dello Stato, rallentando il processo di affermazione delle istanze autonomistiche[16].

[15] In dottrina, si rinvia a M. Carneroli, *La scuola del futuro tra Stato e autonomia (locale e funzionale)*, in *Pol. dir.*, 2000, 2, pp. 326-327; F. Donati, *Pubblico e privato nel sistema di istruzione scolastica*, in *Le Regioni*, 1999, 3, pp. 537 e ss.; A. Poggi, *Le autonomie funzionali "tra" sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, 2001, pp. 158 e ss.

[16] Una significativa battuta di arresto nella progressione del processo di decentramento funzionale ed istituzionale, avviato con il D.P.R. 24 luglio 1977 n. 616, si è avuta con l'approvazione della legge delega 24 dicembre 1993 n. 537. Per mezzo di tale provvedimento, si puntava a dare vita all'autonomia scolastica (didattica, organizzativa e finanziaria), determinando una svolta rispetto alla tradizionale configurazione degli istituti scolastici come organi dell'amministrazione statale periferica, attribuendo alle scuole la personalità giuridica. Tuttavia, l'inadempienza governativa allo scadere dei tempi previsti per l'attuazione della delega vanificava il positivo intento del legislatore nazionale.

Solo con l'approvazione della legge 15 marzo 1997 n. 59 si è assistito ad un sensibile progresso verso l'autonomia per le istituzioni scolastiche, alle quali, per mezzo dell'acquisizione della personalità giuridica, è stato conferito un insieme significativo di funzioni, da svolgere con un ampio margine di libertà di azione (art. 21, comma I, legge n. 59/1997), precedentemente esplicate dall'amministrazione statale. Attraverso l'adozione di un provvedimento legislativo contenente disposizioni concernenti lo snellimento della struttura burocratica dello Stato e la riduzione dei poteri delle potestà centrali in favore delle autonomie regionali e territoriali (ovvero, la suddetta legge n. 59/1997, *Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle Regioni e agli Enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa*), si è concretata la prospettiva dell'abbandono del pregresso modello organizzativo verticale di carattere ministeriale per un modello più orizzontale, basato sulla cultura della democrazia partecipata.

Ovvero, si è proceduto alla definizione di un sistema fondato sull'azione di diverse comunità scolastiche, impegnate nell'erogazione dei servizi educativi con l'impiego di modelli flessibili, nel perseguimento di obiettivi generali, posti da una direzione ministeriale libera dalle pregresse funzioni gestionali[17], conformemente a precisi *standards* di quali-

[17] Il riconoscimento dell'autonomia gestionale è stato assicurato, nello specifico, per mezzo delle previsioni contenute nel comma VIII dell'art. 21 della legge n. 59/1997. In esse si è previsto che, al fine di garantire «(…) la flessibilità, la diversificazione, l'efficienza e l'efficacia del servizio, l'integrazione ed il migliore utilizzo delle risorse e delle strutture, l'introduzione di tecnologie innovative ed il coordinamento con il contesto territoriale››, venga riconosciuto ad ogni singola istituzione scolastica il potere di decidere autonomamente sulle modalità organizzative dell'impiego dei docenti, nonché sull'organizzazione dei servizi d'istruzione in base alle esigenze dei discenti, soddisfacendo anche le nuove istanze poste dal sempre più accentuato pluralismo culturale del contesto sociale» ovvero, l'autonomia organizzativa è stata configurata nella prospettiva del ‹‹(…) superamento dei vincoli in materia di unità oraria della lezione, dell'unitarietà del gruppo di classe e delle modalità di ottimizzazione delle risorse umane, finanziarie, tecnologiche, materiali e temporali, fermi restando i giorni di attività didattica previsti a livello nazionale››. Nella medesima prospettiva, il successivo comma IX dell'art. 21 ha previsto, nell'obiettivo di ulteriormente specificare i contorni dell'autonomia di gestione e di organizzazione conferita agli istituti scolastici, la facoltà per le scuole, ‹‹(…) nel rispetto della libertà d'insegnamento, della libertà di scelta educativa da parte delle famiglie e del diritto di apprendere››, di poter scegliere ‹‹(…) metodologie, strumenti, organizzazione e tempi d'insegnamento, da adottare nel rispetto della possibile pluralità di opzioni metodologiche››, nonché di poter assumere ‹‹(…) ogni iniziativa che sia espressione di libertà progettuale, compresa l'eventuale offerta di insegnamenti opzionali, facoltativi o aggiuntivi››, sulla base di una opportuna considerazione delle esigenze formative degli studenti.

tà uniformi per l'intero territorio nazionale[18].

Alla realizzazione del processo di progressiva autonomia funzionale della scuola si è accompagnato quello più direttamente concernente il decentramento amministrativo, in forza del quale si sono delegate alle Regioni e agli enti locali nuove ed importanti funzioni, fra cui quelle di carattere programmatorio in materia d'istruzione, divenute oggetto di un'attività di gestione concordata con le istituzioni scolastiche. Si è, sostanzialmente, trattato della normativizzazione della formula della concertazione tra enti territoriali ed istituti d'istruzione per la definizione delle politiche educative e di formazione, contenuta nel D. lgs. 31 marzo 1998 n. 112 (*Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle Regioni e agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59*).

L'autonomia delle istituzioni scolastiche (art. 21 legge n. 59/1997) e il conferimento di competenze e funzioni alle Regioni, Province e Comuni (artt. 135-139 del D. lgs. n. 112/1998) sembrano delineare i tratti di un sistema nel quale opera una pluralità di agenzie formative, chiamate a confrontarsi sui programmi e sui servizi offerti. Un sistema formativo integrato che, attraverso la valorizzazione delle singole soggettività formative, ha posto le basi per una positiva dialettica tra Stato, Regioni ed enti locali, da una parte, ciascuno per i profili delle reciproche competenze, ed istituzioni scolastiche autonome, dall'altra: dialettica tesa ad evidenziare la capacità delle singole istituzioni autonome a rispondere alle istanze formative, di più diverso segno, delle giovani generazioni presenti nel Paese[19].

Nella realizzazione concreta dell'autonomia scolastica, peraltro, un significativo riconoscimento al rispetto della libertà di pensiero, di coscienza e di religione, quale precondizione essenziale per l'operatività delle singole istituzioni scolastiche autonome, è stato apportato dal D.P.R. 24 giugno 1998 n. 249 (*Regolamento recante lo Statuto delle studentesse e degli studenti della scuola secondaria*), ove all'art. 1, comma IV, si è previsto che

[18] Ricordiamo che l'art. 21, comma I, della legge n. 59/1997 ha previsto, ai fini della realizzazione dell'autonomia scolastica, che la progressiva attribuzione alle scuole delle funzioni dell'amministrazione centrale e periferica in materia di gestione del servizio d'istruzione avrebbe dovuto far salve le esigenze connesse al principio unitario (‹‹fermi restando i livelli unitari e nazionali di fruizione del diritto allo studio nonché gli elementi comuni all'intero sistema scolastico pubblico in materia di gestione e programmazione definiti dallo Stato››).

[19] Cfr. R. Botta, *La parità scolastica e la laicità "latitante". Il sistema nazionale di istruzione tra riforme legislative e diritto comunitario sui servizi alla persona*, in C. Cardia (a cura di), *Studi in onore di Anna Ravà*, Torino, 2003, pp. 166-167.

la vita della comunità scolastica si fondi «(…) sulla libertà di espressione, di pensiero, di coscienza e di religione, sul rispetto reciproco di tutte le persone che la compongono, quale che sia la loro età e condizione, nel ripudio di ogni barriera ideologica, sociale e culturale».

La precisazione a livello normativo dei contenuti dell'autonomia scolastica è stata, poi, affidata alle disposizioni di dettaglio presenti nel D.P.R.. 8 marzo 1999 n. 275 (*Regolamento recante norme in materia di autonomia delle istituzioni scolastiche ai sensi dell'art. 21 della legge 15 marzo 1997 n. 59*), in cui sono state fornite chiare indicazioni rispetto agli ambiti di operatività dell'autonomia didattica ed organizzativa delle scuole. Ovvero, da un lato, si è chiarito come l'autonomia scolastica venga immaginata a tutela della libertà di insegnamento e nella logica della valorizzazione del pluralismo culturale (art. 1, comma II, D.P.R. n. 275/1999), e, dall'altro, si è sostenuta l'azione delle istituzioni scolastiche riconoscendo ad esse autonomia di ricerca, di sperimentazione, di sviluppo (art. 6 D.P.R. n. 275/1999), da realizzarsi in forme concrete attraverso la predisposizione di un proprio *Piano dell'offerta formativa* (art. 3, comma I, D.P.R. n. 275/1999).

Si tratta di un documento «(…) costitutivo dell'identità culturale e progettuale delle istituzioni scolastiche», le quali sono poste in condizione di rendere manifeste «(…) le esigenze del contesto culturale, sociale ed economico della realtà locale», per mezzo della definizione di una specifica «(…) progettazione curricolare, extracurricolare, educativa ed organizzativa», atta a valorizzare «(…) le diverse opzioni metodologiche, anche di gruppi minoritari» (art. 3, commi I e II, D.P.R. n. 275/1999). Per tale via, dunque, ogni istituzione scolastica disporrebbe della possibilità di definire un proprio specifico percorso didattico (*curricolo*), attraverso cui dare soddisfacimento alle «(…) diverse esigenze formative degli alunni concretamente rilevate», e, al contempo, alle aspettative e alle istanze «(…) espresse dalle famiglie, dagli enti locali, dai contesti sociali, culturali ed economici del territorio».

3. *Pluralismo delle opzioni educative ed autonomia delle istituzioni scolastiche*

Le disposizioni presenti nel D.P.R. n. 275/1999, nel definire normativamente i contenuti dell'autonomia scolastica, sembrano proporre una configurazione dinamica e flessibile dell'organizzazione scolastica italiana, consentendo che, in una logica di reale pluralismo delle opzioni formative, l'erogazione dei servizi educativi divenga fisiologicamente sensibile ai continui cambiamenti derivanti dalle diverse esigenze, di volta

in volta, emergenti in ogni singola comunità scolastica[20].

Infatti, dalla creazione del *Piano dell'offerta formativa* conseguono opzioni differenziate per «…) la scelta, l'adozione e l'utilizzazione delle metodologie e degli strumenti didattici, ivi compresi i libri di testo» (art. 4, comma V, D.P.R. n. 275/99), le modificazioni del (e le deroghe al) calendario scolastico, conformemente «(…) alle esigenze derivanti dal *Piano dell'offerta formativa*» (art. 5, comma II, D.P.R. n. 275/99), le modalità di impiego dei docenti, suscettibili di diversificazioni e adattamenti «(…) in funzione delle eventuali differenziazioni nelle scelte metodologiche ed organizzative adottate nel *Piano dell'offerta formativa*» (art. 5, comma IV, D.P.R. n. 275/99). Inoltre, sempre nella prospettiva di una maggiore garanzia per il pluralismo culturale, va considerata la previsione contenuta nell'art. 4, comma I, del regolamento sull'autonomia scolastica, ove è stabilito che, le istituzioni scolastiche, nel rispetto della libertà d'insegnamento e delle scelte educative delle famiglie, «(…) riconoscono e valorizzano le diversità, promuovono le potenzialità di ciascuno adottando tutte le iniziative utili al successo formativo».

La portata di tali disposizioni, finalizzate alla tutela del pluralismo culturale nell'erogazione dei servizi d'istruzione e al soddisfacimento delle esigenze formative dei discenti di fedi e culture eterodosse, ha ricevuto un avallo significativo dalle norme concernenti il diritto allo studio degli stranieri, rinvenibili nel D. lgs. n. 286 del 25 luglio 1998 (*Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*)[21], e non modificate dalla legge 30 luglio 2002 n. 189 (*Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo*)[22], più nota come

[20] Ne è convinto, in dottrina, R. Mazzola, *La convivenza delle regole. Diritto, sicurezza e organizzazioni religiose*, Milano, 2005, p. 203, secondo il quale la riforma del sistema della scuola dell'obbligo in una dimensione marcatamente autonomistica, con l'abbandono degli schemi propri di un rigoroso centralismo amministrativo, risulterebbe molto più in sintonia rispetto alle esigenze interculturali delle contemporanee società pluralistiche.

[21] Tale provvedimento normativo, noto come legge *Turco-Napolitano*, si è distinto per l'aver interrotto la pregressa serie di interventi legislativi miranti alla semplice sanatoria delle immigrazioni clandestine, stabilendo la fruizione da parte degli immigrati di una serie di diritti di base: lavoro, salute, istruzione, famiglia, alloggio e assistenza sociale. Cfr. V. Tozzi, *Il diritto civile di libertà religiosa e l'immigrazione*, in V. Tozzi e M. Parisi (a cura di), *Immigrazione e soluzioni legislative in Italia e Spagna. Istanze autonomistiche, società multiculturali, diritti civili e di cittadinanza*, cit., p. 18.

[22] Si segnala che la legge n. 189/2002 presenta, rispetto ai pregressi interventi normativi in materia di disciplina dell'immigrazione, una caratterizzazione più xenofoba, nell'obiettivo di scoraggiare l'accesso e la permanenza in Italia dell'immigrato e non definendo alcun tipo di miglioramento in termini di accoglienza dello straniero. Ulteriori restrizioni per la condizione giuridica degli stranieri, con l'inserimento del reato di immigra-

Bossi-Fini. Infatti, al comma III dell'art. 38 del D. lgs. n. 286/1998 si è prevista, in favore dei minori stranieri presenti sul territorio italiano, l'applicazione di «(…) tutte le disposizioni vigenti in materia di diritto all'istruzione, di accesso ai servizi educativi, di partecipazione alla vita della comunità scolastica. (…). La comunità scolastica accoglie le differenze linguistiche e culturali come valore da porre a fondamento del rispetto reciproco, dello scambio tra le culture e della tolleranza; a tal fine promuove e favorisce iniziative volte all'accoglienza, alla tutela della cultura e della lingua d'origine e alla realizzazione di attività interculturali e comuni»[23].

Si tratta, come è intuibile, di disposizioni favorenti una evoluzione dei modelli formativi tradizionali in direzione interculturale, assumendo come centrale la differenza ideale e culturale e valorizzandola come risorsa «(…) per lo sviluppo di ogni identità e, contemporaneamente, di

zione clandestina, sono state apportate dalla recente legge n. 94 del 15 luglio 2009.

Per un quadro obiettivo sull'impatto sociale della legge *Bossi-Fini* si veda B. Nascimbene, *Nuove norme in materia di immigrazione. La legge Bossi-Fini: perplessità e critiche*, in *Corr. giur.*, 2003, 4, pp. 532 e ss.

[23] Si segnala che simili iniziative, ove generalizzate a livello nazionale, potrebbero rientrare nell'insieme delle attività complementari che, a seguito di deliberazione degli organi scolastici collegiali e dei genitori, sono già contemplate dall'art. 4 del D.P.R. n. 567/1996 (*Disciplina delle iniziative complementari e delle attività integrative nelle istituzioni scolastiche*) e dagli artt. 1-3 del D.P.R. n. 156/1999 (*Disciplina delle attività integrative scolastiche*). In quest'ultimo provvedimento, infatti, si è previsto che l'autonomia delle istituzioni scolastiche venga concepita come «(…) garanzia di libertà di insegnamento e di pluralismo culturale», sostanziandosi «(…) nella progettazione e nella realizzazione di interventi di educazione, formazione e istruzione mirati allo sviluppo della persona umana, adeguati ai diversi contesti, alla domanda delle famiglie e alle caratteristiche specifiche dei soggetti coinvolti (…)»

In relazione a ciò, e per la concreta realizzazione delle finalità di accoglienza e di rispetto degli immigrati, con il D.P.R. n. 394 del 31 agosto 1999 (*Regolamento recante norme di attuazione del Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'articolo 1, comma 6, del D. lgs. 25 luglio 1998 n. 286*), sono state previste modalità di agevolazioni economiche per gli studenti stranieri. In particolare, al n. 1 dell'art. 46, è presente un significativo riferimento agli «(…) orientamenti comunitari sull'accesso di studenti stranieri all'istruzione universitaria». Tuttavia, a parziale correzione di tali aperture, l'art. 26 della legge n. 189/2002 ha limitato «(…) l'accesso ai corsi universitari, a parità di condizioni con gli studenti italiani, agli stranieri titolari di carta di soggiorno, ovvero di permesso di soggiorno per lavoro subordinato o autonomo, per motivi familiari, per asilo politico, per asilo umanitario, o per motivi religiosi››, e, comunque, solo a coloro i quali «(…) soddisfino le condizioni generali richieste per l'ingresso per studio».

Si consenta, per ulteriori precisazioni, di rinviare a M. Parisi, *Formazione civile e formazione religiosa: la questione delle "scuole di tendenza" e l'Islam*, in V. Tozzi e G. Macrì (a cura di), *Europa e Islam. Ridiscutere i fondamenti della disciplina delle libertà religiose*, Soveria Mannelli, 2009, pp. 116-126.

un pensiero plurale, nel quale convivano più logiche, più codici, più culture»[24]. La contestualizzazione di queste innovazioni normative nel quadro scolastico che si va delineando dovrebbe favorire una più decisa accoglienza, nell'offerta formativa pubblica, delle diverse culture (anche religiose) presenti nella società contemporanea, al fine di consentire uno svolgimento più completo e maturo della personalità dei discenti in una comunità scolastica sempre più popolata da studenti stranieri in età soggetta all'obbligo scolastico[25].

La valorizzazione dell'autonomia scolastica, realizzata attraverso una coerente rete di interventi normativi paralleli al concretizzarsi delle istanze di decentramento amministrativo, ha ricevuto una ulteriore conferma nella recente riforma del Titolo V della Carta costituzionale, ove si è conferito rilievo costituzionale allo statuto di autonomia delle scuole. Infatti, la nuova formulazione del comma III dell'art. 117 Cost., pur inserendo l'istruzione nel novero delle materie di legislazione concorrente, ha formulato uno specifico riferimento all'autonomia delle istituzioni scolastiche. Ovvero, la riforma costituzionale ha chiarito come l'autonomia scolastica vada a rappresentare un ambito di libertà inderogabile nell'opera di ristrutturazione generale del sistema educativo nazionale, tale da esigere un rigoroso rispetto da parte degli enti locali, nell'esplicazione delle loro nuove funzioni in materia d'istruzione e di formazione, delle specifiche competenze connesse all'asseverata autonomia delle istituzioni educative. Così, si è provveduto, nella nuova formulazione dell'art. 117 Cost., a coordinare tra di loro il riconoscimento dell'autonomia scolastica e il progresso del decentramento amministrativo, al fine di giungere ad una sufficiente individuazione dei rispettivi ambiti di azione e ad una puntuale definizione dei confini.

Completando le indicazioni già presenti nell'art. 21 della legge n. 59/1997, attraverso il nuovo Titolo V della Costituzione, «(…) lo Stato dovrebbe poter intervenire solo in termini di *standard* minimi e di norme generali sull'istruzione e dunque dovrebbe innanzitutto emergere uno spazio per i pubblici poteri locali, in primo luogo regionali, e per un altro dovrebbe accrescersi quello di spettanza delle istituzioni scolastiche, la cui autonomia si impone come principio alla legislazione concorrente regionale[26]».

[24] Così N. Colaianni, *Tutela della personalità e diritti della coscienza*, Bari, 2002, p. 201.

[25] N. Colaianni, *L'istruzione religiosa nelle scuole pubbliche*, in S. Ferrari (a cura di), *Musulmani in Italia. La condizione giuridica delle comunità islamiche*, Bologna, 2000, p. 164.

[26] Così C. Marzuoli, *Istruzione e 'Stato sussidiario'*, in *Dir. pub.*, 2002, 1, p. 129.

Conformemente alle indicazioni del nuovo Titolo V della Costituzione, allo Stato spetta una competenza esclusiva in tema di «norme generali sull'istruzione» (art. 117, comma

Ovvero, il riconoscimento costituzionale dell'autonomia scolastica è apparso essere strumentale alla puntualizzazione delle modalità di coesistenza tra la rete delle autonomie locali (fruitici di un insieme articolato di nuove competenze) e l'insieme delle comunità scolastiche, salvaguardandone le funzioni di autonomia gestionale ed organizzativa nell'esplicazione delle attività di istruzione[27]. Con la riforma costituzionale, «(…) il principio ispiratore dell'autonomia e del-

II, lett. *n*), nonché in tema di «determinazione» dei livelli essenziali (art. 117, comma II, lett. *m*) e di individuazione dei principi fondamentali. Alle Regioni, invece, è conferita una legislazione concorrente (art. 117, comma III), nel rispetto dei principi fondamentali e dell'autonomia delle scuole, e una legislazione residuale in materia di istruzione e formazione professionale.

Per quanto riguarda le norme generali, secondo la dottrina, esse dovrebbero consistere nelle disposizioni atte a garantire che la rispondenza del servizio d'istruzione alle esigenze rappresentate dall'indirizzo politico espresso ai vari livelli territoriali si concili con il principio della neutralità ideologica (irrinunciabile negli istituti scolastici statali) e della uniformità di obiettivi, metodi e contenuti a livello nazionale. Ad esempio, si tratta delle disposizioni concernenti gli ordinamenti didattici, i titoli di studio, la definizione di linee-guida uniformi sullo statuto della funzione docente e della libertà del docente (nonché sul reclutamento e sulla disciplina del rapporto di lavoro), gli obiettivi formativi del sistema, la definizione dei requisiti per l'inserimento delle scuole private. I livelli essenziali, invece, sarebbero riferibili ad aspetti più strettamente suscettibili di variare con il mutamento delle contingenze economiche e sociali, e dovrebbero individuarsi in indicazioni relative al numero minimo di utenti per classe, di istituti scolastici per territorio, ecc. Infine, i principi sembrerebbero riguardare la parte residua della materia dell'istruzione, che finisce per specificarsi negli aspetti concernenti la programmazione del servizio, la disponibilità dei mezzi e delle strutture (edilizie e non), la gestione amministrativa, gli organi collegiali di tipo territoriale (ovvero ambiti in cui è previsto l'intervento delle Regioni con propri provvedimenti legislativi). Si veda T. Groppi, *Autonomie territoriali e uguaglianza nei diritti: tra decentramento delle competenze e garanzia del principio unitario*, in L. Ammannati, M.A. Cabiddu, P. De Carli, *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Milano, 2001, pp. 31 e ss.; C. Marzuoli, *Istruzione: libertà e servizio pubblico*, in C. Marzuoli (a cura di), *Istruzione e servizio pubblico*, cit., pp. 26-30; A. Morrone, *L'istruzione nella revisione del "titolo V" della Costituzione*, Bologna, 2001, pp. 6 e ss. F. Nuzzaci, *Natura e limiti dell'autonomia scolastica: dalla legge 59/97 alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*, in *Riv. giur. scuola*, 2002, pp. 395 e ss.; A. Poggi, *La legislazione regionale sull'istruzione dopo la revisione del Titolo V. Poche prospettive e molti problemi*, in M. Bombardelli e M. Cosulich (a cura di), *L'autonomia scolastica nel sistema delle autonomie*, cit., pp. 37 e ss.

[27] L'istruzione, nella prospettiva disegnata dal Costituente e dal legislatore costituzionale del 2001, rappresenta, e continua a costituire, un interesse con una forte connotazione nazionale. Infatti, anche se le Regioni (e gli enti locali in genere), con la riforma del Titolo V, hanno assunto un nuovo e più significativo ruolo, con la capacità di esercizio della potestà normativa sia nell'ambito delle materie di legislazione concorrente che nelle materie di competenza residuale, tali soggettività dovranno, tuttavia, autolimitare la naturale espansività della loro azione. Ovvero, l'adozione delle disposizioni legislative di disciplina delle competenze e delle attribuzioni relative alla attuazione concreta, nelle singole realtà territoriali, dell'autonomia delle istituzioni scolastiche dovrà inserirsi in una comu-

la valorizzazione dell'identità plurale e concorrente delle varie istituzioni preposte al servizio di istruzione risulta (…)[28]» molto più rafforzato e garantito.

In sintonia con le segnalate scelte legislative e con la revisione costituzionale del Titolo V, la legge 28 marzo 2003 n. 53 (*Delega al Governo per la definizione delle norme generali sull'istruzione e dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di istruzione e formazione professionale*), meglio conosciuta come riforma *Moratti*, ha stabilito, all'art. 1, che l'Esecutivo, nel porre in essere l'azione di delega, rispetti il «(…) principio dell'autonomia delle istituzioni scolastiche e secondo i principi sanciti dalla Costituzione»[29].

ne prospettiva di equilibrio, quanto agli ambiti di azione, tra Regioni e scuole, uniformemente assicurata su tutto il territorio nazionale. Per tale via, dovrebbe essere scongiurato non solo il pericolo di una possibile frantumazione dell'unità dell'ordinamento nazionale, ma anche del sorgere di un nuovo centralismo regionale. Cfr. A. Ruggeri, *La riforma costituzionale del Titolo V e i problemi della sua attuazione, con specifico riguardo alle dinamiche della normazione ed al piano dei controlli*, in Aa.Vv., *Il nuovo Titolo V della Parte II della Costituzione. Primi problemi della sua attuazione*, Milano, 2002, pp. 55 e ss.

[28] Così S. Berlingò, *Il sistema dell'istruzione*, in R. Botta (a cura di), *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, p. 26.

[29] Come sostenuto in dottrina, la legge n. 53/2003 appare animata, per un verso, dall'intento di promuovere il pluralismo scolastico nella finalità generale del pieno sviluppo della persona umana, e, per un altro, dalla volontà di difendere l'autonomia della scuola in un contesto di richiamo ai principi della Carta costituzionale (come informanti il sistema educativo nel suo complesso). Ne è testimonianza l'art. 1 del provvedimento, ove si legge che, nel perseguimento dell'obiettivo della «(…) crescita e (della) valorizzazione della persona umana», è proposta l'operatività di un «(…) sistema educativo di istruzione e di formazione (…) nel quadro della cooperazione tra scuola e genitori» strettamente connesso al pluralismo voluto dalla Costituzione, di modo che venga garantita la «(…) libertà di scelte educative alla famiglia» tra istituzioni scolastiche pubbliche e private ordinate secondo il principio di autonomia. Inoltre, nel voler ulteriormente fare riferimento ai principi costituzionali di fondo, la legge, nell'indicare i criteri direttivi *ex* art. 76 Cost., stabilisce che il sistema scolastico sia finalizzato ad educare ‹‹secondo i principi sanciti dalla Costituzione›› (art. 1, n. 1). Si veda A. Sandulli, *Il sistema nazionale di istruzione*, Bologna, 2003, pp. 132 e ss.

In dottrina si segnalano, tuttavia, orientamenti critici verso la riforma *Moratti*, giudicata inadeguata e sterile per una pluralità di motivi. Per A. Palmieri, *Una riflessione politica sulla riforma Moratti*, in *Il Tetto*, 2004, 2, pp. 67-68. La riforma, sotto una apparente volontà di svecchiamento dei contenuti culturali, realizzata attraverso la sperimentazione di nuove strade conoscitive, intenderebbe promuovere nella scuola pubblica i soli saperi utilitaristici (sulla base dei noti *slogans* relativi alla diffusione della cultura dell'impresa, dell'inglese e dell'informatica), che opererebbero più come "contenitori del sapere" che come "contenuti". Inoltre, il provvedimento normativo in oggetto indebolirebbe il sistema pubblico a causa della valorizzazione eccessiva delle esperienze extrascolastiche (il c.d *portfolio delle competenze*) e di una troppo radicale personalizzazione dei percorsi formativi, tali da eludere (paradossalmente) il pur richiamato dettato costituzionale in tema di sviluppo e promozione della personalità umana.

Invece per G.C. De Martin, *Autonomia dell'istruzione e riforme istituzionali: note intro-*

Per tale via, così, il legislatore ha provveduto a definire l'ambito d'azione delle disposizioni generali in materia d'istruzione, le quali, nel rispetto della discrezionalità politica di scelte effettuabili in forma normativa, sono tenute, nella indicazione degli obiettivi minimi del sistema educativo nazionale, a non comprimere l'autonomia conferita alle istituzioni scolastiche nell'esplicazione dell'azione didattica e pedagogica.

In sostanza, con il riconoscimento dell'autonomia scolastica e la progressiva affermazione delle istanze di devoluzione amministrativa, il legislatore riformatore, pur se con luci ed ombre, ha consentito l'attivazione di un processo di significativo cambiamento del mondo della scuola. Si è proceduto alla valorizzazione di due modelli di autonomia posti in stretta interazione: per un verso, la concretizzazione dell'autonomia funzionale delle istituzioni scolastiche, posta in essere per mezzo di una riforma interna al sistema dell'istruzione, che ha determinato una ridefinizione dei pregressi assetti creando una diversa relazione tra le articolazioni burocratiche (destinatarie della gestione dei servizi educativi) e gli istituti d'istruzione (destinatari dei compiti di concreta erogazione delle attività educative)[30]; da

duttive, cit., p. 223, la legge n. 53/2003, pur ponendosi come legge delega, in realtà, si presenterebbe come un testo poco incisivo sul piano della fissazione degli orientamenti di principio. Secondo l'Autore, esso, «(…) per un verso è (…) spesso ripetitivo e ridondante nel richiamo di formule costituzionali mentre è, per altro verso, assai poco innovativo e particolarmente preoccupante per via di qualche elemento involutivo rispetto all'assetto» pregresso, e per la sua inadeguatezza a sviluppare un modello coerente di autonomia.

[30] Si è affermato, così, un principio profondamente innovativo, avente rilievo costituzionale. In virtù di esso, la devoluzione di funzioni dal centro agli organi più prossimi ai destinatari dell'azione amministrativa, non necessariamente deve seguire gli schemi organizzativi dello Stato-persona: dal centro, alle Regioni, alle Province, ai Comuni e agli altri enti locali, ma - ove ricorrano determinati presupposti - detta devoluzione si concretizza in modelli di autorganizzazione di gruppi sociali, cioè costruiti su settori di interessi di categorie sociali non aventi rilievo specificatamente territoriale, che cioè non si esauriscono all'interno dell'ente locale. Si è ritenuto che il legislatore, nel considerare gli istituti scolastici nel novero delle autonomie funzionali, abbia fatto riferimento ad essi come ad enti che, nel quadro costituzionale dei diversi rapporti esistenti tra lo Stato e la società civile, si caratterizzano per l'essere espressivi del pluralismo sociale (configurandosi, così, nella prospettiva di inveramento dell'art. 2 Cost., come enti esponenziali dei gruppi, delle formazioni sociali e delle comunità che ne costituiscono il sostrato). Tale prospettiva avrebbe consentito di ritenere le autonomie funzionali quali veri e propri elementi costitutivi dello Stato-ordinamento accanto agli enti locali territoriali, costituendo esse il luogo in cui si sintetizza, entro le strutture organizzative dell'amministrazione, il collegamento tra il pluralismo sociale (art. 2 Cost.) e il pluricentrismo organizzativo (art. 5 Cost.), e in cui avrebbe espressione una delle modalità di esercizio della sovranità popolare. Per approfondimenti cfr. A. Poggi, *Istruzione, formazione professionale e Titolo V: alla ricerca di un (indispensabile) equilibrio tra cittadinanza sociale, decentramento regionale e autonomia funzionale delle Istituzioni scolastiche*, in *Le Regioni*, 2002, 4, pp. 781 e ss.; P.G. Rinaldi, *La scuola come autonomia funzionale*, in *Dir. Pub.*, 2004, 1, pp. 69-74.

un altro, la realizzazione dell'autonomia locale, posta in essere attraverso una generale riforma della struttura amministrativa pubblica, sia sotto il profilo di una diversa sistemazione delle funzioni amministrative fra i differenti livelli di governo, che sotto il profilo di una significativa riduzione dell'azione amministrativa statale in favore degli enti pubblici periferici[31]. Un sistema d'istruzione, quindi, che appare essere improntato a significativi elementi di discontinuità e di differenziazione, determinando per l'ordinamento scolastico la progressiva perdita della sua connotazione eminentemente statale in favore di una caratterizzazione più variegata nella sua composizione normativa, con disposizioni diversificate sia quanto ad imputazione soggettiva, che quanto a connotazione sostanziale[32].

[31] Un criterio ordinatore fondamentale nell'attribuzione delle competenze alle autonomie locali è stato fornito dall'art. 118, comma I, Cost., in base al quale «(…) le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni». Si è evidenziata, così, l'avvenuta rottura del principio del parallelismo tra funzioni legislative e funzioni amministrative, operata dalla riforma costituzionale del 2001. Le prime, infatti, sono ripartite tra Stato e Regioni con un criterio inverso rispetto al precedente assetto dei poteri, essendo prevista una competenza residuale in favore delle amministrazioni regionali a fronte della puntuale elencazione delle competenze legislative statali (art. 117, commi II, III, IV, Cost.). Le funzioni amministrative, invece, spettano in linea di massima al livello comunale. Viene, così, data piena legittimazione nel nostro sistema costituzionale al principio di sussidiarietà, recepito dall'ordinamento europeo (v. art. 5, ex art. 3B, del Trattato UE) e gradualmente assunto, anche all'interno del nostro ordinamento, a criterio ordinatore dei rapporti tra amministrazioni di diverso livello territoriale, nonché tra queste ed i cittadini-utenti. Secondo tale principio, già richiamato nel nostro ordinamento dall'art. 4, comma III, della l. n. 59/1997 e dall'art. 3, comma II, del D. lgs. n. 112/1998, che lo hanno posto tra i criteri direttivi del conferimento di compiti dallo Stato alle Regioni ed alle autonomie locali, le funzioni amministrative devono essere svolte dall'entità territoriale più vicina ai cittadini e possono essere attribuite ed esercitate dal livello superiore di governo soltanto se l'ente di livello inferiore non riesce a curare gli interessi che ad esso sono stati affidati.

La sussidiarietà, che nel senso descritto è presa in considerazione nella sua accezione verticale, presenta, dunque, un collegamento stretto con l'autonomia locale, la quale trova un rafforzamento nella necessità di prevedere un ambito di governo proprio e garantito degli enti locali sussidiati (e dei Comuni, in specie) in cui è ammessa l'ingerenza di altri livelli territoriali solamente in via sussidiaria o in via sostitutiva, secondo il meccanismo di cui all'art. 120 Cost. Si veda S. Cassese, *L'amministrazione nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Giornale dir. amm.*, 2001, 1, pp. 1193 ss.; V. Cerulli Irelli, *Costituzione e amministrazione. Documenti di un itinerario riformatore (1996-2002)*, Torino, 2002, pp. 346 e ss.

[32] Si veda A. Morrone, *L'istruzione nella revisione del «Titolo V» della Costituzione*, in G. Cimbalo (a cura di), *Europa delle Regioni e delle confessioni religiose. Leggi e provvedimenti regionali di interesse ecclesiastico in Italia e Spagna*, Torino, 2001, p. 294. Tuttavia, l'Autore paventa il pericolo che, in conseguenza della nuova articolazione delle competenze e della diversa configurazione del sistema nazionale d'istruzione, potranno aumentare la quantità e la qualità dei conflitti normativi, a causa della moltiplicazione dei livelli di governo e dei soggetti titolari di poteri regolativi.

Inoltre, un ulteriore elemento di rilievo che emerge dal quadro normativo delineato attiene alle nuove modalità di realizzazione del pluralismo. Infatti, prima dell'approvazione dei provvedimenti finalizzati a definire un nuovo assetto del sistema scolastico, la scuola pubblica appariva essere come il luogo deputato alla concretizzazione del "pluralismo interno", rimettendosi, invece, alla presenza di scuole private di "tendenza" (in quanto dotate di un proprio specifico progetto educativo) la soddisfazione delle istanze legate al "pluralismo esterno". Con il D.P.R. n. 275/1999 sembra mutare tale impostazione, e con l'obbligatoria adozione anche per le scuole pubbliche del *Piano dell'offerta formativa* si determineranno le condizioni per la presenza sul "mercato dell'istruzione" di varie istituzioni scolastiche, ciascuna con un proprio progetto culturale e metodologico, nella prospettiva di una più decisa valorizzazione del "pluralismo esterno"[33].

4. *Conclusioni*

Da quanto detto finora, sembra chiaro come il progresso delle istanze di decentramento amministrativo e la definizione normativa (anche a livello costituzionale) dell'autonomia scolastica possano positivamente contribuire al soddisfacimento delle richieste di riconoscimento culturale rilevabili nella scuola pubblica, favorendo l'evoluzione del sistema educativo nazionale in chiave di ampio ed aperto pluralismo e determinando il tendenziale superamento del pregresso accentramento delle competenze in ambito scolastico e la conseguente uniformità acritica dei programmi di studio.

In questo contesto, il descritto processo di frammentazione etico-religiosa, determinato dalla progressiva trasformazione in senso multiculturale della società contemporanea, oltre ad evidenziare la necessità di un ripensamento dei contenuti dell'offerta educativa generalmente considerata, sembra anche proporre l'esigenza di modulare diversamente i caratteri distintivi dell'educazione religiosa nelle scuole pubbliche[34]. Tale

[33] Tale prospettiva è solo parzialmente condivisa da G. Cimbalo, *La scuola tra servizio pubblico e principio di sussidiarietà. Legge sulla parità scolastica e libertà delle scuole private confessionali*, Torino, 1999, p. 33, che vede nel sistema delineato dall'autonomia scolastica una inevitabile compressione del "pluralismo interno", in conseguenza della necessità per i docenti (anche di quelli della scuola pubblica) di adeguarsi agli indirizzi del *Piano dell'offerta formativa* adottato dal proprio istituto scolastico, con possibili cedimenti per la libertà d'insegnamento rispetto agli indirizzi educativi fatti propri da ciascuna istituzione scolastica.

[34] Cfr. F. Pajer, *L'apprendimento religioso in una Europa multireligiosa. Gestire la transizione dell'Irc verso un nuovo profilo scientifico ed educativo della cultura religiosa*, in R. De Vita, F. Berti, L. Nasi (a cura di), *Ugualmente diversi. Culture, religioni, diritti*, Milano, 2007, p. 222.

obiettivo appare essere strumentale alla proposta di una alfabetizzazione religiosa di base, atta ad offrire un contributo neutro e obiettivo per la conoscenza delle principali tradizioni spirituali mondiali e per la costruzione dell'identità personale delle nuove generazioni di cittadini[35]. Ovvero, l'impegno educativo delle istituzioni scolastiche dovrebbe essere finalizzato a promuovere la conoscenza del fatto religioso, quale dimensione permanente dell'esperienza umana, e a favorire negli allievi, a partire dal patrimonio di esperienze e di linguaggi simbolici tipici della propria tradizione culturale e spirituale, approcci di natura comparativa ad altri universi di senso, così come imposto dall'attuale contesto socio-culturale[36]. Sembra chiaro come, nell'attuale condizione di promiscuità culturale e religiosa, risulti antieducativo e discriminante l'atteggiamento proselitistico, esplicito o implicito che sia, derivante dalla presenza di un insegnamento finalizzato a proporre il linguaggio identitario di una sola religione (nonché dei suoi simboli, della sua teologia e della sua catechesi), soprattutto ove ciò avvenisse senza alcuna mediazione interdisciplinare o trascurando del tutto un approccio storico-culturale critico ed obiettivo.

Come si vede, la tematica riguarda direttamente lo *status* dell'insegnamento religioso nella scuola pubblica, il cui carattere monoconfessionale e tendenzialmente catechetico non sembra più in grado di soddisfare la domanda culturale posta da un numero sempre più crescente di alunni non cattolici, non cristiani e, talora, di nessuna appartenenza religiosa, rivelandosi, peraltro, inadeguato anche per la stessa grande maggioranza di alunni (formalmente) cattolici[37]. La tradizionale pretesa della Chiesa cattolica di

[35] Cfr. B. Randazzo, *Diversi ed eguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, Milano, 2008, p. 311.

[36] Nell'attività conoscitiva e critica dell'educazione scolastica non appare utile eludere le domande relative alla ricerca di senso e, quindi, l'incontro con il tema della religiosità e delle religioni, con le risposte che ad esso sono state date dalla ricerca umana, comprese le soluzioni di natura non religiosa. Pertanto, la conoscenza delle religioni nella scuola finisce con l'assumere una rilevante importanza educativa, in quanto essa può offrire gli strumenti concettuali e il materiale simbolico per una migliore comprensione del mondo, della società e della personalità individuale dei singoli discenti. Cfr. R. Bonaiuti, *Scuola e cultura religiosa: verso un'ipotesi di percorso didattico*, in R. De Vita, F. Berti, L. Nasi (a cura di), *Democrazia, laicità e società multireligiosa*, Milano, 2005, p. 229.

[37] P. Cavana, *Interpretazioni della laicità. Esperienza francese ed esperienza italiana a confronto*, Roma, 1998, p. 346, evidenzia come la considerazione dell'insegnamento religioso nelle scuole pubbliche in una ottica prevalentemente confessionale abbia determinato, da parte dell'opinione pubblica, la sua valutazione nei termini «(…) di una sofferta regolamentazione tra l'istituzione civile e quella religiosa destinata a svilupparsi in un rapporto sottoposto a periodiche fibrillazioni e motivo di ricorrenti polemiche tra sinistra laica e mon-

conservare nella scuola pubblica un'educazione religiosa a carattere identitario si sta scontrando con una realtà culturale fortemente plurale, tale da rendere riduttivo ed improduttivo un approccio confessionale di carattere unilaterale alle questioni poste dalla rilevanza culturale e simbolica delle diverse tradizioni spirituali socialmente rilevabili.

Ne consegue che le attuali configurazioni normative, derivanti, da un lato, dagli Accordi di Villa Madama del 1984 e dalle successive intese attuative tra il Ministero della Pubblica Istruzione e la Conferenza Episcopale Italiana[38], e, dall'altro, dalle Intese operative con le confessioni religiose acattoliche[39], necessitino di un significativo ripensamento.

La normativa attualmente vigente, infatti, presenta le caratteristiche tipiche di un trattamento differenziato tra le organizzazioni confessionali, privo di una ragionevole giustificazione, ed operante secondo criteri di gradualità gerarchica. Ovvero, al vertice della configurazione gerarchica di fatto operante si situa il trattamento di favore esclusivo conferito alla religione cattolica, fruitrice di un suo proprio spazio di approfondimento didattico nell'ambito dell'orario scolastico, i cui oneri gravano per intero sulla finanza pubblica. Quindi, una posizione solo relativamente meno penalizzante è riconosciuta alle confessioni dotate di una

do cattolico». Inoltre, l'Autore sottolinea l'insoddisfazione avvertita fra gli stessi cattolici per gli esiti pratici della confezione concordataria, la quale «(…) sembra inserire la religione nella scuola pubblica non come fattore di maggiore libertà, come pure dovrebbe risultare dalla normativa di cui all'art. 9 n. 2 dell'Accordo, ma come fattore di pretesa discriminazione tra alunni e famiglie di diverse convinzioni o fedi religiose».

[38] Ci si riferisce, in particolare, al D.P.R. 16 dicembre 1985 n. 751 (*Esecuzione dell'intesa tra l'autorità scolastica italiana e la Conferenza episcopale italiana per l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche*) e al D.P.R. 23 giugno 1990 n. 202 (*Regolamento recante esecuzione dell'intesa tra l'autorità scolastica italiana e la Conferenza episcopale italiana per l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche, che modifica l'intesa del 14 dicembre 1985, resa esecutiva in Italia con D.P.R. 16 dicembre 1985, n. 751*).

[39] Le previsioni normative contenute in alcune Intese con le confessioni acattoliche (Tavola Valdese, Chiese protestantiche, Comunità Ebraiche), consentendo un intervento educativo nel contesto scolastico su richiesta degli organi collegiali d'istituto, non sembrano rappresentare una risposta significativa all'esigenza di insegnamento del patrimonio di principi e di valori delle principali religioni, con un'analisi di insieme ampia, articolata, obiettiva e pluralista. Infatti, nelle Intese si prevedono solo interventi episodici, finalizzati al soddisfacimento dell'esigenza di rispondere ad eventuali specifiche istanze, evidenziate dagli alunni di fede acattolica e dalle loro famiglie, per la conoscenza del rispettivo patrimonio di fede e di valori. Tale situazione, tuttavia, evidenzia una netta differenza di posizione rispetto alla Chiesa cattolica, in termini di stabilità e sistematicità della presenza confessionale acattolica nella scuola pubblica, ma anche in termini di rilievo giuridico e di sostegni finanziari da parte della mano pubblica. Cfr. M. Tigano, *L'«assolutezza» del diritto all'istruzione religiosa*, cit., pp. 20-22.

Intesa con lo Stato, i cui adepti godono del diritto di non avvalersi dell'insegnamento di religione e del diritto di rispondere alle eventuali richieste didattiche, avanzate dagli studenti e dalle famiglie. Infine, una condizione deteriore è riservata ai gruppi confessionali che non hanno avuto accesso allo strumento pattizio, i cui fedeli godono solo della garanzia di non avvalersi dell'insegnamento di religione, alla pari dei non credenti[40].

Le questioni problematiche e le contraddizioni, poi, sono acuite dalla stessa configurazione assunta dall'insegnamento di religione cattolica, che si caratterizza per l'essere una disciplina di carattere culturale, ma di tipo confessionale, obbligatorio nell'istituzione e meramente facoltativo nella frequenza; il che, come è ben noto, ha prodotto come conseguenza l'originarsi di un acceso contenzioso politico, dottrinale e giurisprudenziale sulla conformità delle disposizioni pattizie rispetto ai principi costituzionali e sulla coerenza di un insegnamento confessionale monotematico con i caratteri di laicità e di neutralità della scuola pubblica[41] .

In questo senso, la persistente vigenza della normativa concordataria in materia di educazione religiosa potrebbe condurre, nell'attuale quadro sociale di carattere multiculturale e multireligioso, a due esiti di notevole complessità.

Da una parte, si potrebbe assistere al moltiplicarsi di corsi confessionali richiesti da altre comunità religiose a beneficio dei propri adepti, erogati sulla base di un dissimulato intento di proselitismo. Ovvero, in nome del concetto di cittadinanza plurale e della configurazione della scuola come luogo di accoglienza per le differenti identità, la presenza di più insegnamenti confessionali potrebbe determinare la frammentazione della cultura religiosa tra le varie appartenenze, con una accentuazione del carattere catechetico dei servizi educativi offerti, tale da non favorire la formazione di identità dialoganti e la convivenza sociale tra

[40] Le controversie, soprattutto, hanno avuto ad oggetto il ruolo da conferirsi al principio di laicità, il quale, nel rispetto della centralità di valore del pluralismo sociale, dovrebbe assicurare la mediazione del diritto affinché si impedisca ad un solo sistema di valori (anche se di maggioranza) di impadronirsi delle istituzioni statali, trasformandole in una cassa di risonanza per l'affermazione, in modo uniforme, delle credenze e delle appartenenze in materia religiosa. Si consenta il rinvio a M. Parisi, *Insegnamento della religione cattolica nella società multiculturale e laicità dell'istruzione: note ricognitive sui principali aspetti problematici*, in *Dir. Eccl.*, 2008, 3-4, pp. 443-444.

[41] Per una sintetica ricostruzione degli interventi giurisprudenziali in materia, con esplicito riferimento all'attività della Corte costituzionale, cfr. M. Parisi, *Insegnamento della religione cattolica nella società multiculturale e laicità dell'istruzione: note ricognitive sui principali aspetti problematici*, cit., pp. 445-450.

le diversità, ma la formazione di vari etnocentrismi attraverso il canale delle appartenenze religiose.

D'altro lato, il monopolio *de facto* dei corsi di religione nella scuola italiana, da parte di insegnanti inseriti nell'organico con il consenso dell'autorità ecclesiastica e tenuti al rispetto di una rigida ortodossia dottrinale, determinerebbe un loro interessamento a fornire agli studenti indicazioni rispetto al patrimonio di principi e di valori delle altre correnti spirituali. Tuttavia, tale verosimile eventualità presenterebbe una contraddizione giuridica e pedagogica, in quanto si verificherebbe la circostanza per cui il titolare dell'insegnamento di religione cattolica, il quale necessita dell'avallo del suo ordinario diocesano per conseguire l'idoneità all'esercizio dell'attività didattica nelle scuole statali[42], viene ad improvvisarsi esperto nella conoscenza delle altre religioni senza il consenso di alcuna autorità (religiosa e civile)[43].

La problematicità derivante dalla presenza dell'insegnamento di religione cattolica nelle scuole pubbliche è rilevata, inoltre, dalla condizione vissuta dagli studenti non avvalentisi. Per essi, infatti, pur essendo fruibili quattro alternative (attività didattiche formative; attività di studio e/o di ricerca individuali con assistenza di personale docente; libera attività di studio e/o di ricerca individuale senza l'assistenza di docenti; allontanamento dall'edificio scolastico), l'unica opzione che realmente avrebbe potuto costituire una valida risposta alle esigenze di alfabetizzazione culturale sui temi del senso della vita e della religiosità è affidata, in massima parte, all'episodicità e al volontarismo.

Il riferimento è alla proposta di un insegnamento di cultura religiosa di carattere non confessionale e neutro, inteso nei termini di un approccio educativo e culturale al fatto religioso, considerato nella concretez-

[42] V. Tozzi, *La cooperazione per mezzo di accordi fra Stato e confessioni religiose ed i principi di specialità ed uguaglianza*, in *Dir. Eccl.*, 1990, 1, p. 136, nel descrivere la sostanziale gestione condivisa tra autorità civili ed organi confessionali in relazione alla nomina e all'inserimento del docente di religione negli istituti scolastici pubblici, denuncia una deprecabile «(…) incorporazione delle funzioni ecclesiali nell'apparato statale», lesiva in termini di rispetto del principio costituzionale della separazione degli ordini. Infatti, tale sistema di cogestione di fatto e di diritto (in quanto previsto dall'art. 9 n. 2 della legge n. 121/1985 e dai regolamenti attuativi) sarebbe idonea a consentire una inammissibile interferenza confessionale nell'esercizio delle funzioni statali, nonché una confusione dei ruoli dannosa per entrambi.

[43] Al riguardo delle perplessità sono espresse da S. Berlingò, *Istruzione religiosa*, in *Dig. Discipl. Pubbl.*, IX, Torino, 1994, p. 32, per il quale l'approfondimento didattico sul fatto religioso, e il conseguente rilievo da assegnare alla cultura religiosa nel sistema scolastico italiano, non dovrebbero essere interamente affidati ad una specifica soggettività confessionale, la quale finirebbe per l'essere investita di un servizio oggettivamente pubblico.

za delle sue manifestazioni storiche ed attuali, e in grado di tener conto delle scelte religiose ed areligiose degli insegnanti, delle famiglie e degli alunni, in un clima di confronto, di dialogo e di rispetto reciproco. Ovvero, pur conservando la normativa concordataria, modificabile sostanzialmente solo acquisendo il consenso della controparte ecclesiastica[44], si potrebbero istituzionalizzare in via obbligatoria le attività didattiche e formative alternative all'insegnamento di religione (oppure rendere curriculari le attività didattiche integrative), conferendo ad esse la dignità di vero e proprio insegnamento sui "fondamentali" della cultura religiosa (e dei diversi orientamenti, anche ateistici[45], relativi al problema della trascendenza e della spiritualità), al fine di favorire la conciliazione dei valori e dei comportamenti connessi all'etica religiosa di riferimento con una visione laica, plurale, storicamente e scientificamente aggiornata, del patrimonio religioso europeo.

Del resto, la promiscuità culturale all'interno di uno stesso spazio educativo dovrebbe favorire l'attivazione di una vivace dialettica tra le diverse identità presenti, cosicché si vengano a determinare le condizioni per la conoscenza reciproca e per il superamento di stereotipi e pregiudizi (i quali, a volte, hanno anche condizionato i pubblici poteri nel governo delle politiche di identità[46]). In questa prospettiva, una volta fa-

[44] La "copertura costituzionale" fornita alla normativa di derivazione pattizia dall'art. 7, comma II, Cost., offre a tale disciplina legislativa una particolare protezione rispetto alle procedure di modificabilità ordinaria, sottratte alla disponibilità del legislatore statale. Tale protezione specifica dal punto di vista passivo si esplicita attraverso l'acquisizione del consenso della Chiesa per la modificazione dei Patti, oppure attraverso l'impiego del procedimento di revisione costituzionale, di cui all'art. 138 della Carta del 1948, con l'abrogazione del II comma dell'art. 7, nell'ipotesi eccezionale in cui la controparte ecclesiastica non convenga sull'opportunità della revisione degli Accordi e si coauguli un forte consenso parlamentare per una modifica unilaterale. Su questi temi cfr. R. Botta, *Manuale di diritto ecclesiastico. Valori religiosi e rivendicazioni identitarie nell'autunno dei diritti*, Torino, 2008, pp. 97-99; L. Musselli e V. Tozzi, *Manuale di diritto ecclesiastico. La disciplina giuridica del fenomeno religioso*, Roma-Bari, 2000, pp. 84-87.

[45] Il carattere laico delle pubbliche istituzioni scolastiche è tale da riconoscere valore alle religioni seguite in un dato contesto sociale, ma anche all'ateismo e all'indifferentismo religioso, come modi di essere dei singoli consociati, uguali per dignità e per godimento delle garanzie di libertà (anche religiosa ed ideale), pur nelle loro differenti e variamente articolate modalità di vivere il rapporto con la spiritualità.

[46] R. Mazzola, *Attualità e inattualità dell'argomento religioso nei sistemi politici contemporanei*, in R. Mazzola e A Caraccio (a cura di), *Laicità alla prova. Religioni e democrazia nelle società pluraliste*, Alessandria, 2009, p. 20, evidenzia come le istituzioni pubbliche si siano trovate, di fronte al rilievo delle istanze di identità religiosa nei sistemi sociali contemporanei, a «(…) utilizzare categorie interpretative e linguaggi spesso desueti, semplificando là dove sarebbe stato opportuno semplificare». Ovvero, secondo l'Autore, "laicità",

vorito l'apprendimento in chiave culturale del bagaglio di valori e di principi afferenti alle principali esperienze religiose ed ateistiche storicamente note, la scuola pubblica, nell'esercizio della fondamentale funzione di mediazione culturale che le è propria, potrebbe anche, nell'esplicazione delle attività educative interculturali, incoraggiare la individuazione di una tavola di valori comuni, un *ethos* condiviso su cui tutti i discenti (a prescindere dalle diversità ideali e spirituali di cui essi sono testimoni) possano convenire.

È convinzione diffusa, infatti, che la mera realizzazione di un multiculturalismo statico, nel quale le pubbliche istituzioni si limitino a prendere atto della molteplicità irriducibile dei sistemi culturali rilevabili, trascurando di porre in essere idonee strategie di comunicazione tra le diversità, significherebbe rinunciare a concretizzare le sintesi necessarie per il progresso civile della società complessivamente considerata[47]. Si tratta di intendere, quindi, lo spazio comune, rappresentato dalle istituzioni scolastiche pubbliche, come il luogo privilegiato in cui tutte le concezioni ideali del mondo possano comunicare ed interagire[48], per vincere, da un lato, la tentazione di separatezza tipica delle religioni, e, dall'altro, l'attitudine a concepire l'educazione religiosa come occasione di proselitismo (più o meno surrettizio[49]). In quest'ottica, le istituzioni scolastiche, nell'esercizio, laico e neutro, dei loro compiti educativi (non de-

"Islam", "cattolico", "religioso", "ebraismo" sarebbero dei «(…) sostantivi e aggettivi largamente utilizzati, ma di cui spesso si ignora l'esatto significato e la reale complessità. Sono state coniate delle antitesi concettuali senza percepirne l'esatta antinomia. Così la trascuratezza della grammatica concettuale in ambito religioso ha spesso dato luogo a conclusioni erronee, in alcuni casi utilizzate ad arte per giustificare precise strategie politiche».

[47] G. Dal Ferro, *Libertà e culture. Nuove sfide per le religioni*, Padova, 1999, pp. 85-102. Su questa prospettiva conviene anche P. Consorti, *Pluralismo religioso: reazione giuridica multiculturalista e proposta interculturale*, in A. Fuccillo (a cura di), *Multireligiosità e reazione giuridica*, Torino, 2008, p. 210, per il quale l'affermazione di una dimensione interculturale potrebbe favorire lo sviluppo di una nuova sintesi sociale, tale da consentire il superamento di una situazione di mera compresenza in favore dell'attivazione di un processo di reciproco scambio tra le articolate idealità rappresentate dai singoli consociati.

[48] La neutralità delle istituzioni pubbliche, infatti, costituisce il presupposto che consente a ciascun consociato, indipendentemente dalla fede o dalla convinzione professata, di identificarsi con lo Stato, che assume i caratteri di una casa comune a tutti i cittadini, ove essi possano entrare e sentirsi a proprio agio, in quanto priva della contiguità (ideale e simbolica) ad una religione, ad una cultura, ad una etnia specifica. Cfr. S. Ferrari, *Diritto e religione nello Stato laico: islam e laicità*, in G.E. Rusconi (a cura di), *Lo Stato secolarizzato nell'età post-secolare*, Bologna, 2008, pp. 321-322.

[49] Cfr. L. Zannotti, *La politica ecclesiastica nel tempo della secolarizzazione e del multiculturalismo*, in N. Fiorita e D. Loprieno (a cura di), *La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa nelle società multiculturali*, Firenze, 2009, pp. 280-282.

legabili *tout court* alle organizzazioni religiose), dovrebbero fornire alle nuove generazioni di cittadini un minimo di attrezzatura culturale critica sul fatto religioso, a cui si accompagnerebbe un non trascurabile contributo in termini di educazione ai valori civici (come la primazia assiologica della persona umana, la solidarietà sociale, il rispetto delle diversità[50]), presenti come elementi fondamentali nel patrimonio di principi delle esperienze ideali e spirituali storicamente più note.

Appare ormai essere condivisa la convinzione che il percorso formativo delle giovani generazioni, nella costruzione di una cittadinanza democratica e pluralistica in grado di garantire la pacifica convivenza tra i consociati, implichi la conoscenza delle diverse tradizioni religiose in una prospettiva aconfessionale, quale presupposto per l'indispensabile ed unanime rispetto della dignità umana e dei diritti umani fondamentali[51].

In conclusione, la costruzione di un sistema scolastico laico e plurale nella sua offerta formativa (quale naturale conseguenza della neutralità della scuola pubblica e dei servizi da essa erogati, nonché della valorizzazione del principio, costituzionalmente tutelato, dell'autonomia scolastica) potrebbe realmente andare incontro alle esigenze educative dei gruppi religiosi, etnici e culturali di nuovo insediamento. Ciò, in quanto, grazie anche alle radicali innovazioni normative introdotte nel governo e nella fisionomia del mondo dell'istruzione, la scuola, pubblica e gratuita, si afferma come «(…) vero strumento per rimuovere quegli osta-

[50] Ciò in quanto «(…) la laicità è un co-elemento indispensabile per garantire il senso di appartenenza, di unità, di solidarietà fra soggetti diversi, ma che si legano fortemente nell'identità condivisa di nazione, di popolo, di comunità coesa, per il raggiungimento di beni comuni come la pace, la prosperità, la felicità, senza imporre una omogeneità assoluta di convinzioni ideologiche o di modi di vita». Così V. Tozzi, *C'è una politica ecclesiastica dei governi. E la dottrina?*, in P. Picozza e G. Rivetti (a cura di), *Religione, cultura e diritto tra globale e locale*, Milano, 2007, p. 171.

[51] R. Mazzola, *La convivenza delle regole. Diritto, sicurezza e organizzazioni religiose*, cit., p. 198, ritiene, su tali basi, positiva la realizzazione di attività interculturali finalizzate allo studio del fatto religioso in una prospettiva di richiamo ai valori comuni posti a fondamento della cittadinanza democratica. A conferma di ciò, l'Autore riferisce dell'iniziativa promossa dal Comune di Roma e dai rappresentanti di alcune organizzazioni confessionali acattoliche (Chiese valdesi, metodiste, battiste, luterana e salutista) e non cristiane (Comunità ebraica, Centro Islamico Culturale d'Italia, Unione Buddista) per l'istituzione di un *Tavolo interreligioso*, nel dicembre del 1998, al fine di arricchire l'offerta formativa scolastica con lo studio degli elementi di fondo delle diverse fedi e religioni. Nello specifico, quale esito finale dei lavori, si è proposta alle scuole la realizzazione di un ciclo di incontri, curato dagli esponenti delle religioni interessate, nelle scuole medie e superiori, basato anche sulla realizzazione di tavole rotonde comuni in cui affrontare i temi del rapporto tra cultura religiosa e ruolo della donna, della visione dello Stato e della società, della identificazione dei valori comuni.

coli che l'art. 3 della nostra Costituzione indica come causa di disuguaglianza[52]».

Le difficoltà insite nella gestione di una società sempre più multiculturale, in uno scenario mondiale fortemente globalizzato, sembrano suggerire l'affermazione di una laicità fondata su politiche pubbliche di intervento culturale non eccessivamente invasive, ma in grado di sperimentare «(…) tecniche di mediazione rispetto ai conflitti religiosi, forme di educazione e insegnamento tolleranti verso la religione, strategie e tecniche di dialogo che promuovano la diversità senza sacrificio intollerabile dell'eguaglianza[53]».

[52] Così G. Cimbalo, *Laicità come strumento di educazione alla convivenza*, in S. Canestrari (a cura di), *Laicità e diritto*, Bologna, 2007, p. 286.

[53] Così M. Ventura, *Funerali o battesimo della laicità? Una nuova politica religiosa italiana ed europea*, in R. De Vita, F. Berti, L. Nasi (a cura di), *Democrazia, laicità e società multireligiosa*, Milano, 2005, p. 83.

ORIZZONTI

MARIAGIOVANNA ANTINOLFI

Separazione patrimoniale e tutela dei creditori "involontari"

SOMMARIO: 1. Premessa: creditori *involontari* e separazione patrimoniale. - 2. Tipologie di segregazione: patrimoni destinati e fondo patrimoniale. Analogie e differenze. - 3. *Segue.* Un tentativo di comparazione con il *trust*. - 4. Il trattamento del Fisco come creditore *involontario* nelle diverse fattispecie di segregazione patrimoniale. - 5. *Segue.* In particolare, la posizione del Fisco nel fondo patrimoniale.

1. *Premessa: creditori* involontari *e separazione patrimoniale*

Il punto di partenza di un'indagine volta a delineare le forme di tutela accordate alla particolare categoria dei creditori *involontari* in alcune delle ipotesi di separazione patrimoniale contemplate dal nostro ordinamento non può non essere il riferimento al recente istituto dei patrimoni destinati ad uno specifico affare, introdotto dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, agli artt. 2447 – *bis* ss. c.c. È, infatti, proprio in relazione a tale istituto che l'insieme dei creditori che normalmente ruota attorno ad una s.p.a. è stato articolato in diverse categorie, distinte in base alla capacità di aggredire o meno anche il patrimonio destinato per la soddisfazione dei propri crediti[1].

In particolare, i creditori della società, una volta operata la separazione e conseguente destinazione di parte del patrimonio sociale allo specifico affare, vengono distinti in "*creditori volontari*", vale a dire quei soggetti che hanno stretto rapporti contrattuali con la società in vista della

[1] Sul punto si veda, in particolare, F. FIMMANÒ, *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nella società per azioni*, Milano, 2008, 123 e 124; M. RUBINO DE RITIS, *La costituzione di patrimoni destinati ad uno specifico affare,* in *Il nuovo diritto delle società – Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. I, Torino, 2007, 819. Il tema della individuazione e aggregazione di gruppi di creditori le cui pretese sono accomunate da omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici, ha trovato di recente un fertile terreno di sviluppo in materia fallimentare con riferimento alle soluzioni concordate della crisi di impresa. Ed infatti gli artt. 124 e 160 l. fall. prevedono la possibilità che nei piani di concordato fallimentare e preventivo i creditori siano suddivisi in una pluralità di "classi", ciascuna delle quali destinata ad accorpare crediti omogenei (sull'argomento, anche per completi riferimenti, v. M. FABIANI, *La giustificazione delle classi nei concordati e il superamento della* par condicio creditorum, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 711 e ss.).

realizzazione dello specifico affare e che, di conseguenza, possono aggredire solo il patrimonio destinato, salva diversa disposizione della delibera costitutiva, e "*creditori involontari*" che sono, invece, tutti coloro che hanno subìto un danno dalla società nel corso della realizzazione dell'affare stesso e che, pertanto, possono rivalersi indistintamente sia sul patrimonio destinato, sia su quello residuo della società[2]. A queste categorie se ne aggiungono, poi, altre due: quella dei "*creditori sociali anteriori alla segregazione*", cui viene riconosciuto il diritto di opposizione di cui all'art. 2447 – *quater* c.c., e quella dei "*creditori successivi generali*", che non hanno, invece, possibilità di aggredire il patrimonio destinato, salvo che per la parte di frutti e proventi spettante alla società[3].

La dottrina ha rivolto le proprie attenzioni principalmente ai creditori *involontari*, soprattutto nella prospettiva di ricomprendervi lo Stato, nella "veste" di Amministrazione Finanziaria, in relazione al credito fiscale. Il problema della posizione del Fisco rispetto alla costituzione di patrimoni destinati, come noto, è stato affrontato dalla cd. "Commissione Gallo", nell'ottica di salvaguardare l'innovatività e la capacità di diffusione degli istituti introdotti dalla riforma delle società rispetto ai condizionamenti derivanti dalla normativa fiscale.

Sul punto, tuttavia, si tornerà più avanti. I binari sui quali viaggerà la presente indagine muovono, pertanto, dal raffronto tra alcune delle più interessanti tipologie di segregazione patrimoniale (patrimoni destinati, fondo patrimoniale e *trust*), per poi fermarsi al tema del trattamento dei creditori *involontari*, in generale, e del Fisco, con particolare riguardo al fondo patrimoniale.

2. *Tipologie di segregazione: patrimoni destinati e fondo patrimoniale. Analogie e differenze*

All'interno dell'ormai ampio *genus* dei patrimoni separati, particolare interesse suscitano, in ambito societario, quelli "*destinati ad uno specifico affare*", espressione tangibile del fenomeno della "specializzazione della responsabilità patrimoniale" da tempo auspicato come efficace in-

[2] Vedi, in tal senso, le considerazioni di F. FIMMANÒ, *op. loc. cit.*, in ordine alla capacità di monitoraggio dei crediti e di reazione alle variazioni degli assetti patrimoniali della società che distingue i "creditori volontari" da quelli "involontari" sui quali, proprio perché sprovvisti delle suddette capacità, non è giusto far ricadere il peso delle operazioni organizzative della società e, soprattutto, dei rischi che ne conseguono.

[3] Cfr. M. RUBINO DE RITIS, *op. loc. cit.*

centivo alla crescita, allo sviluppo e alla competitività delle imprese[4]. Fenomeno che trova ulteriori significative espressioni, seppur con specifiche caratteristiche, nel fondo patrimoniale[5], da un lato, e nel *trust*[6], dall'altro. I dubbi sulla compatibilità del *trust* con i principi fondanti la disciplina interna del diritto di proprietà portano a compierne l'analisi separatamente rispetto al preliminare raffronto tra patrimoni destinati e fondo patrimoniale.

I due istituti si differenziano, anzitutto, quanto alle modalità di costituzione: atto pubblico o testamento per il fondo patrimoniale (art. 167, 1º comma, c.c.), delibera dell'organo amministrativo per i patrimoni destinati (art. 2447 – *ter*, 2º comma, c.c.). In entrambi i casi appare, quindi, necessario l'intervento di un notaio, anche se, in relazione ai patrimoni destinati, qualche perplessità suscita la mancanza di un'espressa previsione normativa che, sulla falsariga di quanto disposto dall'art. 2410, 2º comma, c.c., in tema di emissione di obbligazioni, imponga la verbalizzazione della delibera costitutiva da parte del notaio. Si ritiene, tuttavia, che la lacuna possa essere colmata attraverso il riferimento all'art. 2436 contenuto nell'art. 2447 *quater*, comma 1, c.c.[7].

[4] Così R. SANTAGATA, *Patrimoni destinati e rapporti intergestori*, Torino, 2008, 1 e ss.; sul collegamento inscindibile tra patrimoni destinati e "impresa", quale ragione sistematica della disciplina degli stessi all'interno delle norme in tema di s.p.a., incisivamente, C. ANGELICI, *Introduzione alla riforma delle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società – Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. I, Torino, 2007, 17. In relazione agli effetti "benefici" dei patrimoni destinati sull'efficienza della società si veda F. FIMMANÒ, *op. cit.*, 4, secondo il quale la segregazione di una parte del patrimonio della società e la contestuale destinazione alla realizzazione di uno specifico affare, con conseguente limitazione della responsabilità ai soli crediti sorti per la realizzazione dell'affare medesimo, consente di generare un incremento dell'efficienza della singola società, in ragione di una più agevole allocazione delle risorse da destinare alle singole attività.

[5] Per un'analisi dettagliata del fondo patrimoniale si vedano, tra gli altri, G. CIAN e G. CASAROTTO, *Fondo patrimoniale della famiglia*, in *Nov. Dig. It.*, *App. III*, Torino, 1982, 825 e ss.; F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, a cura di Cicu e Messineo, VI, II, sez. II, Milano, 1984, 83 e ss.; T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale Artt. 167 – 171*, in *Cod. civ.*, *Commentario, Artt. 167 – 171*, diretto da Schlesinger, Milano, 1992; U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994, *passim*; G. GABRIELLI, *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVI, Torino, 1997, 387 e ss.; M. CAMPOBASSO, *Alienazione di beni del fondo patrimoniale senza il consenso del coniuge*, in *Notariato*, 1999, 451 e ss.; A. PALAZZO, *Destinazione del patrimonio familiare*, in *Vita not.*, II, 2009, 1551 e ss.; G. TRAPANI, *Fondo patrimoniale: limiti alla modulazione convenzionale del vincolo di destinazione, all'alienazione dei beni ed alla cessazione del fondo*, in *Vita not.*, II, 2009, 1051 e ss.

[6] Per riferimenti, v. *infra sub* nota 19.

[7] Cfr. R. GUGLIELMO, *Società unipersonali e patrimoni destinati*, in *Riv. not.*, 2004, 613 e ss; G. GIANNELLI, *Obbligazioni. Strumenti finanziari. Patrimoni destinati*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2006, 172; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*[7] a cura di M. Campobasso, Torino, 2009, 181. *Contra*, F. FIMMANÒ, *Le destinazioni «industriali» dei patrimoni sociali*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 846, il quale, pur ri-

Anche l'estensione del vincolo di destinazione risulta diversa: la soddisfazione dei bisogni della famiglia appare finalità ben più ampia e generica, nonché suscettibile di applicazioni pratiche molteplici, rispetto al più ristretto "*specifico affare*" che delimita la funzionalizzazione del patrimonio segregato della società[8]. Peraltro, se in relazione al fondo patrimoniale non è necessaria la specificazione, ai fini della validità dell'atto costituivo del fondo, dei singoli atti attraverso i quali si dà realizzazione ai bisogni della famiglia, relativamente ai patrimoni destinati, non solo si richiede espressamente la menzione nella delibera costitutiva dell'"*affare al quale è destinato il patrimonio*"[9] (art. 2447 – *ter*, 1º comma, lett. *a*), c.c.), ma soprattutto si pretende che gli atti compiuti per la realizzazione dello specifico affare rechino l'espressa menzione del vincolo di destinazione (art. 2447 – *quinquies*, ult. comma, c.c.). In sostanza, poiché l'indicazione analitica delle suddette necessità non è elemento condizionante la validità del negozio costitutivo del fondo patrimoniale, il controllo sulla rispondenza ai bisogni della famiglia degli atti posti in essere dai coniugi, non essendo stato affidato al notaio in sede di costituzione, non può che condursi *ex post*, cioè quando l'eventuale "patologia" del fondo patrimoniale viene affidata all'accertamento giudiziale[10],

tenendo che la forma del verbale per atto pubblico non sia richiesta *ad substantiam*, sostiene la necessità che l'istituzione del patrimonio destinato sia sottoposta al controllo di legalità da parte del notaio ai fini dei successivi deposito ed iscrizione.

[8] Sul rilievo determinante che assume la "funzione" come giustificazione della "destinazione", cfr. per tutti P. SPADA, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta,* in *Riv. dir. soc.*, 2007, 20.

[9] Cfr. M. RUBINO DE RITIS, *op. cit.,* 835 e 864, il quale sottolinea la necessità dell'indicazione dell'affare nella delibera costitutiva del patrimonio, in mancanza della quale i creditori sociali potrebbero esercitare il diritto di opposizione ai sensi dell'art. 2447 – *quater*, 2º comma, c.c. Per una più approfondita analisi dei rimedi esperibili in caso di vizi inerenti il procedimento di formazione e il contenuto della delibera costitutiva del patrimonio destinato v. G. GUERRIERI, *Commento* all'art. 2388 cod. civ., in *Il nuovo diritto delle società* a cura di Maffei Alberti, I, Padova, 2005, 724 e ss.; C. PATRIARCA, *Le delibere consiliari viziate,* in questa *Rivista,* 7/2005, 673 e ss. Sostengono, invece, l'applicazione analogica dell'art. 2379 c.c. S. AMBROSINI, *L'amministrazione ed i controlli nella s.p.a.,* in *La riforma della società. Profili della nuova disciplina*, Torino, 2003, 59 e ss.; L. NAZZICONE, in *Società per azioni. Amministrazione e controlli* a cura di Nazzicone – Providenti, Milano, 2003, 94 e ss.

[10] Si pensi al caso del fondo patrimoniale costituito sulla base di un motivo illecito, rispetto al quale può senz'altro affermarsi la nullità. E cfr. sul punto F. CARRESI, *Del fondo patrimoniale*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* a cura di Cian, Oppo, Trabucchi, III, Padova, 1992, 49, il quale argomenta tale soluzione sul presupposto della configurabilità della costituzione del fondo patrimoniale (sia nell'ipotesi in cui sia stata effettuata dai coniugi, sia in quella in cui vi abbia provveduto un terzo) come atto di liberalità, soggetto all'applicazione delle norme dettate per la donazione obnuziale e di quelle sulla successione testamentaria, quali, in particolare, gli artt. 788 e 626 c.c.

là dove la verifica della destinazione allo specifico affare del patrimonio destinato viene subordinata dal legislatore al rispetto delle predette prescrizioni normative, in modo tale da anticiparne il relativo controllo già al momento della costituzione, per poi richiederne ulteriore conferma al compimento dei singoli atti che dell'affare costituiscono la realizzazione concreta.

Un'ulteriore differenza si riscontra, inoltre, in relazione all'oggetto. Questa volta è il fondo patrimoniale a mostrare una maggiore limitatezza rispetto ai patrimoni destinati, potendovi essere conferiti solo beni immobili, mobili registrati e titoli di credito (art. 167, 1º comma, c.c.), con evidente esclusione del bene mobile per eccellenza, il denaro, che, invece, è ricompreso tra gli indefiniti "*beni e rapporti giuridici*" che a norma dell'art. 2447 – *ter*, 1º comma, lett. *b*), c.c., costituiscono contenuto necessario della delibera costitutiva del patrimonio destinato. Nessun limite qualitativo è, pertanto, previsto in relazione ai beni che possono confluire nel patrimonio destinato, neppure quello imposto dall'art. 2342, 5º comma, c.c., in sede di costituzione della società e inerente alle "*prestazioni di opera o di servizi*" che porta, peraltro, a preferire la più agevole operazione della segregazione del patrimonio da destinare ad uno specifico affare rispetto a quella ben più laboriosa e limitante della costituzione di un'apposita società. Inoltre manca al fondo patrimoniale la possibilità di farvi rientrare anche le passività, vale a dire i debiti preesistenti dei coniugi, possibilità che, viceversa, viene ammessa in relazione al patrimonio destinato, non rilevando l'idoneità del bene oggetto di segregazione a rappresentare un elemento del patrimonio attivo della società[11]. La limitazione qualitativa imposta ai conferimenti in fondo patrimoniale porta, invece, ad escludere che la soddisfazione dei bisogni della famiglia possa avvenire mediante il conferimento in fondo patrimoniale di entità negative, quali i debiti dei coniugi.

Se, dunque, in relazione al patrimonio destinato non si riscontrano le limitazioni qualitative che invece sono previste in tema di fondo patrimoniale, quest'ultimo torna, per così dire, a riespandersi rispetto al primo dal punto di vista quantitativo, non essendo, infatti, previsto, per la valida costituzione del fondo patrimoniale, alcun limite, tanto meno quel-

[11] Cfr. M. RUBINO DE RITIS, *op. cit.*, 845, il quale fa riferimento, da un lato, alla circostanza che i rapporti oggetto di separazione possano presentare passività a carico della società (come ad esempio un'apertura di credito) e, dall'altro, che i beni destinati all'affare siano valutati al loro "valore di libro", cioè al prudente valore accolto in precedenza nella contabilità della società e che potrebbe essere interamente assorbito dalle passività segregate.

lo del 10% del patrimonio netto della società che, invece, l'art. 2447 – *bis*, 2º comma, c.c., frappone alla costituzione di un patrimonio destinato. Il limite, come è stato osservato[12], si spiega con la necessità di evitare che iniziative economiche di rilevante complessità vengano realizzate per il tramite di un patrimonio destinato, con tutto ciò che ne deriva in termini di limitazione della responsabilità in deroga al fondamentale principio di cui all'art. 2740 c.c. Entrambi gli istituti presentano, invece, una più evidente similarità laddove è previsto (artt. 167 e 2447 – *ter*, 1º comma, lett. *d*), c.c.) che i beni da riservare al fondo patrimoniale e al patrimonio destinato possano essere anche conferiti da terzi, dato che consente di evidenziare la duttilità di cui il legislatore ha voluto dotare entrambi e che, nel primo caso, permette di superare una eventuale esiguità del patrimonio preesistente dei coniugi in vista di una più sicura soddisfazione delle esigenze familiari e, nel secondo, di aggirare l'ostacolo del limite quantitativo del 10% del patrimonio netto della società, valore che deve essere rispettato solo al momento della separazione patrimoniale e in considerazione dei beni e dei rapporti della società, ma non anche in relazione agli apporti dei terzi[13].

A differenza di quanto accade in altre forme di segregazione patrimoniale, note al diritto societario e non certo meno rilevanti, come ad esempio la scissione o la costituzione di società di capitali unipersonali[14], la destinazione di una parte del patrimonio sociale ad uno specifico affare non comporta trasferimento alcuno della titolarità dei diritti sui beni che ne fanno parte, né imputazione ad un autonomo e diverso soggetto giuridico[15], dato, quest'ultimo, che il patrimonio destinato condivide, invece, con il fondo patrimoniale e con il *trust*.

[12] Cfr. M. RUBINO DE RITIS, *op. cit.*, 842.

[13] Cfr. M. RUBINO DE RITIS, *op. cit.*, 852.

[14] Per un efficace accostamento tra queste figure e quella dei patrimoni destinati, v. per tutti G. F. CAMPOBASSO, *Lezione introduttiva di diritto commerciale*, in questa *Rivista*, 5/2003, 23.

[15] Sul punto, in verità, la dottrina non è concorde, contrapponendosi ad un orientamento tendente a configurare la scissione come vicenda comunque traslativa (cfr., tra gli altri, G. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, Torino, 1999, 119 e ss. e G. B. PORTALE, *La scissione nel diritto societario italiano: casi e questioni*, in *Riv. soc.*, 2000, 480 e ss.) un altro volto a qualificarla come mera vicenda modificativa dell'atto costitutivo (si veda P. FERRO-LUZZI, *La nozione di scissione*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 1065 e ss.; P. LUCARELLI, *La scissione di società*, Torino, 1999, 20 e ss.). Più ampiamente sulla questione v., comunque, G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, in *Trattato della s.p.a.* diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, vol. VII, t. II, Torino, 2004, 121 e ss.

Dal raffronto con quanto già visto in relazione al fondo patrimoniale emerge un dato significativo. Se la disciplina del fondo patrimoniale consente l'esecuzione "*sui beni del fondo*" (art. 170 c.c.) sulla base di due criteri, uno oggettivo, rappresentato dall'estraneità dell'obbligazione contratta dai coniugi (o da uno solo di essi) rispetto alle esigenze della famiglia, ed uno soggettivo, vale a dire la conoscenza da parte del creditore di detta estraneità, con riguardo ai patrimoni destinati la limitazione della responsabilità opera in ragione di un diverso presupposto. Essa appare infatti connessa al pieno esplicarsi dell'efficacia della delibera costitutiva, stante la previsione del 1º e 2º comma dell'art. 2447 – *quinquies*, c.c., nonché alla circostanza che i singoli atti compiuti per la realizzazione dell'affare rechino l'espressa menzione del vincolo di destinazione, ai sensi, questa volta, dell'ultimo comma della norma in questione. In modo tale che, una volta soddisfatti i predetti requisiti, rimangano attratte nell'area della illimitata responsabilità della società le sole obbligazioni nascenti da fatto illecito. Ma al di là di questi primi elementi, quel che colpisce di più è la possibilità lasciata aperta dalla norma, dall'evidente carattere dispositivo, di cui al 3º comma dell'art. 2447 – *quinquies* c.c., di una diversa previsione della delibera costitutiva, norma che sembra conferire alla limitazione della responsabilità, quale corollario della segregazione patrimoniale, una minore capacità di incidere con nettezza sulla generale regola della responsabilità patrimoniale del debitore di cui all'art. 2740 c.c. In altre parole, è vero che "*per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare la società risponde nei limiti del patrimonio ad esso destinato*", ma è altrettanto vero che la delibera costitutiva può prevedere una diversa disposizione, e cioè che la società risponda comunque, anche se sussidiariamente, con il restante patrimonio sociale.

Nulla di tutto ciò sembra potersi dire, invece, riguardo al fondo patrimoniale. I coniugi o il terzo, al momento della costituzione, non possono derogare alla regola contenuta nell'art. 170 c.c. che, dato di non poco conto, non autorizza affatto una diversa pattuizione delle parti in merito. Ne consegue, che i coniugi o il terzo non possano convenzionalmente stabilire che per le obbligazioni contratte per far fronte alle esigenze della famiglia rispondano, sussidiariamente, anche i beni personali di uno o di entrambi i coniugi. L'aggressione del patrimonio personale di ciascuno dei coniugi è, infatti, legata solo alla circostanza (eventuale) che i beni del fondo, preventivamente esecutati dai soli creditori "autorizzati", risultino insufficienti a soddisfare le ragioni creditorie, sulla scia di quanto previsto dall'art. 190 c.c. in tema di responsabilità sussidiaria dei beni personali, norma che talvolta si ritiene applicabile in via analogica

anche al fondo patrimoniale[16].

Ci si può, pertanto, domandare perché la possibilità di una deroga convenzionale alla limitazione della responsabilità ordinariamente conseguente alla separazione patrimoniale sia stata, invece, ammessa in merito ai patrimoni destinati. Del resto, la previsione contenuta nel 3º comma dell'art. 2447 – *quinquies* c.c., là dove autorizza una diversa statuizione in ordine alla responsabilità esclusiva del patrimonio destinato, costituisce disposizione cui è stata ricollegata la precipua funzione di riequilibrare il rapporto tra le diverse categorie di creditori, a vantaggio, in particolare, di quelli "*involontari*" che subiscono, proprio perché tali, una diminuzione della capacità di monitoraggio del proprio credito[17].

Ebbene, non potendosi evidentemente sostenere che, in relazione al fondo patrimoniale, non siano state altrettanto avvertite quelle stesse esigenze di contemperamento degli interessi dei coniugi, da un lato, e dei creditori (personali e particolari), dall'altro, è, forse, più opportuno anzitutto rilevare come esse, ancorché ignorate, abbiano semplicemente trovato una soluzione diversa e, in secondo luogo, che tale diversa soluzione sia, per l'appunto, proprio quella di non ammettere alcuna deroga convenzionale alla netta indipendenza del fondo patrimoniale rispetto ai patrimoni personali dei coniugi. Ciò per l'ovvia ragione che, in quest'ultimo caso, manca un ente "superiore" (quale la società) capace di sostenere più efficacemente, in ipotesi di inadempimento o di *mala gestio* dei suoi amministratori, le ragioni dei creditori (seppur particolari) e di innalzare il muro della (più o meno) netta autonomia e separazione del patrimonio sociale rispetto, anzitutto, a quello personale dei soci e, in secondo luogo, a quello segregato e destinato ad uno specifico affare. In altre parole, i coniugi, nel compimento di tutti i singoli atti volti alla realizzazione delle esigenze della famiglia, non operano quali amministratori di un ente dotato di una sua propria soggettività e autonomia, in grado di sopperire, con il proprio patrimonio residuo (seppur sussidiariamente rispetto a quello segregato) alle "mancanze" o alle inadempienze dei medesimi gestori[18].

[16] Cfr. T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale Artt. 167 – 171*, in *Cod. civ.*, *Commentario, Artt. 167 – 171*, diretto da Schlesinger, Milano, 1992, *op. cit*, 321.

[17] Cfr. F. FIMMANÒ, *op. cit.*, 61.

[18] E non è mancato, infatti, chi, come F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIV, Napoli, 2009, 654, ha evidenziato come la separazione o destinazione patrimoniale trovi, dal punto di vista della tutela dei creditori esclusi, discipline diverse in relazione alle diverse eccezioni al principio di cui all'art. 2740 c.c., in modo tale che se ne possano distinguere alcune (come quella dell'art. 2447 *quinquies* c.c. di cui pure si rileva la analizzata deroga-

3. Segue. *Un tentativo di comparazione con il* trust

È ora possibile delineare, in ottica comparativa rispetto al fondo patrimoniale e ai patrimoni destinati, i connotati del *trust*, istituto estraneo alla nostra tradizione giuridica, che molta attenzione continua a suscitare date le resistenze che dottrina e giurisprudenza ancora oppongono alla sua piena ammissibilità, là dove se ne prospetta la configurabilità a prescindere dagli elementi più tipicamente internazionalprivatistici[19].

L'art. 2 delle legge 16 ottobre 1989, n. 364 di ratifica della Convenzione de L'Aja del 1º luglio 1985, stabilisce che "*per* trust *si intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente - con atto tra vivi o* mortis causa – *qualora dei beni siano posti sotto il controllo di un* trustee *nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico*". Il riferimento alla definizione accolta nella legge di ratifica consente, quindi, sin da ora, di delimitare il tentativo di comparazione tra *trust*, da un lato, e fondo patrimoniale e patrimoni destinati, dall'altro, al solo "*trust* da Convenzione"[20], vale a dire a quelle molteplici forme che esso può rivestire nei Paesi di *Common law* e che, proprio attraverso la legge di ratifica della citata Convenzione, trovano pieno riconoscimento anche negli ordinamenti di *Civil law* dove, viceversa, l'istituto in questione non è contemplato. Come, ad esempio, l'ordinamento italiano, nel quale all'ammissibilità di un "*trust* interno", basato su un'idea di *ownership* tipicamente anglosassone, osta il plurisecolare accoglimento del concetto romanistico di proprietà. Il *trust*, infatti, si qualificherebbe "interno" ove costituito da cittadini italiani con beni localizzati in Italia in base, tuttavia, a una legge straniera, liberamen-

bilità) in cui detta separazione opera "*bidirezionalmente*" consentendo, cioè, ai creditori per crediti funzionali di rivalersi solo sui beni del patrimonio destinato e agli altri creditori di poter aggredire i beni del residuo patrimonio sociale; e altre (come quella di cui all'art. 170 c.c.) in cui, invece, essa opera "*unidirezionalmente*", in favore, quindi, dei soli creditori per crediti funzionali che hanno, altresì, la facoltà di soddisfarsi eventualmente anche sui beni non destinati.

[19] Cfr. sul punto, F. GALLUZZO, *Il* trust *cd. interno e i negozi di destinazione dei beni allo scopo*, in *Nuova giur. civ. e comm.*, 2005, II, 85, che, in particolare, evidenzia il contrasto tra alcune decisioni di merito in ordine alla configurabilità del *trust* interno. V. inoltre A. GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione de L'Aja,* in *Riv. dir. civ.*, II, 2002, 257 e ss. ; M. LUPOI, *I* trust *in diritto civile*, in *Vita not.*, 2003, 605 e ss. Per un quadro completo del dibattito, v. più di recente M. BIANCA, Trustee *e figure affini nel diritto italiano*, in *Riv. not.*, 2009, I, 557 e ss.

[20] Fra gli altri, M. BIANCA, *op. cit.*, 557; F. DI MAIO, *La fiscalità del* trust*: il contrasto tra l'Agenzia delle entrate e la giurisprudenza delle Commissioni tributarie*, in *Le società*, 2009, 910.

te scelta dagli stessi contraenti, pur in assenza di quegli specifici elementi di contatto con l'ordinamento straniero richiamato che, al contrario, legittimano il riconoscimento dei *trusts* internazionali. In proposito deve condividersi, quindi, il giudizio espresso dalla dottrina che ha qualificato "bizzarra" una simile ipotesi sul rilievo che la scelta di una legge diversa da quella italiana, da parte di contraenti italiani, presupporrebbe un conflitto tra ordinamenti che in tal caso non sussiste[21]. Pertanto, non essendo questa la sede più opportuna per affrontare la delicata questione dell'ammissibilità del *trust* interno, è possibile concentrarsi sul cd. "*trust* da Convenzione" e cioè, come già anticipato, su quella particolare ipotesi di *trust* che si giustifica, sul piano della più stretta coerenza e compatibilità sistematica, alla luce della disciplina contenuta nelle legge di ratifica della Convenzione de L'Aja.

L'elemento caratteristico di questo istituto, figlio dei tribunali di equità dei sistemi di *Common law*, è evidentemente il riferimento ad una proprietà fiduciaria, sconosciuta al nostro ordinamento e lontana anche rispetto al più familiare negozio fiduciario, che ha valore solo tra le parti, là dove il *trust* è, invece, dotato di valenza esterna, essendo opponibile ai terzi.

Già ad un esame piuttosto superficiale il *trust*, sia esso "interno" o "da Convenzione", si atteggia come fattispecie del tutto diversa rispetto al fondo patrimoniale e ai patrimoni destinati. In primo luogo per la già illustrata base fiduciaria, che manca sia all'istituto del diritto di famiglia, sia a quello più tipicamente societario. Dagli stessi si discosta, inoltre, anche per la circostanza che né nel fondo patrimoniale, né nei patrimoni destinati si rinviene quell'elemento, peculiare invece al *trust*, del "successivo ritrasferimento" dei beni di cui si compone, a seguito del raggiungimento degli scopi o del conseguimento dei vantaggi per il *beneficiary*. Dati rispetto ai quali scoloriscono le poco rilevanti somiglianze tra i tre istituti riconducibili, da un lato, al fatto che il conferimento di beni non viene imputato ad un autonomo ente giuridico e, dall'altro, alla opponibilità ai terzi del vincolo. Senza trascurare i rimedi ipotizzati dalla dottrina in caso di uso "improprio" del *trust* e, in particolare, di un "abuso" in danno ai creditori, sui quali non vi è, peraltro, uniformità di vedute[22].

Ripercorrendo, tuttavia, le tappe della sia pur sintetica comparazione tra fondo patrimoniale e patrimoni destinati, si può agevolmente no-

[21] Cfr. F. GAZZONI, *Manuale cit.*, 985.

[22] Cfr. F. FIMMANÒ, Trust *e procedure concorsuali*, destinato agli studi in onore del Prof. Umberto Belviso, 6 e ss., consultato grazie alla cortesia dell'Autore.

tare come i profili di una lieve somiglianza tra i tre istituti siano limitati a esigue considerazioni di carattere formale. In tema di costituzione, infatti, la circostanza che anche il *trust*, come il fondo patrimoniale, possa essere costituito per atto *inter vivos* o *mortis causa* consente di riproporre le medesime considerazioni svolte in ordine alla necessità dell'intervento notarile. Intervento che, in relazione all'istituto anglosassone, appare quanto mai opportuno nella prospettiva di un più approfondito controllo di legalità e di generale compatibilità con il sistema.

Oltre, tuttavia, non è possibile spingersi. Spostandosi in ambito pubblicitario, ci si accorge, infatti, quanto sia difficile superare le difficoltà che anche il *trust* da Convenzione, come quello interno, pone in tema di trascrizione, ove abbia ad oggetto beni immobili. L'art. 12 l. 364/1989, là dove autorizza il *trustee* a richiedere l'iscrizione negli appositi registri di documenti relativi a beni mobili o immobili, condiziona tale adempimento pubblicitario alla circostanza che esso non sia "*vietato o incompatibile a norma della legislazione dello Stato nel quale la registrazione deve aver luogo*". Ne consegue che, non essendo prevista, allo stato attuale, una specifica norma che autorizzi e disciplini la trascrizione di un *trust*, sia pure internazionale, sarebbe preferibile escluderne la trascrivibilità in Italia, in virtù del principio della tipicità degli atti soggetti a trascrizione[23]. Si è opportunamente sostenuto che l'art. 12 l. 364/1989 non ha dettato norme di adattamento per la trascrizione[24] e, dunque, ad esso non può farsi riferimento, nemmeno nei termini di cui all'art. 2672 c.c. che, a chiusura del capo I relativo alla "trascrizione degli atti relativi a beni immo-

[23] È opportuno segnalare come nella prassi si tenda a risolvere il problema della trascrivibilità del *trust* attraverso il richiamo dell'art. 2645 – *ter*, c.c. che, come noto, regola la trascrizione degli atti di destinazione (e v. M. L. CENNI, *Trascrizione di atti attributivi di beni immobili al* trustee - *II*, in Trusts *e attività fiduciarie*, 2002, 355 e ss.; P. PICCOLI, E. CORSO, M. DOLZANI, *La trascrizione degli atti riguardanti* trusts, in *Riv. not.*, 1995, I, 1389 e ss.; P. PICCOLI, *Troppi timori in tema di trascrivibilità del* «trust» *in Italia*, in *Not.*, 1995, 616 e ss.). Sui recenti orientamenti della giurisprudenza, cfr. Trib. Trieste 19 settembre 2007, in *Not.*, 2008, 251 e ss., con nota di D. ROSSANO; Trib. Milano 23 febbraio 2005 e Trib. Parma 3 marzo 2005, in *Riv. not.*, 2005, 858 e ss., con nota di E. BARLA DE GUGLIELMI; Trib. Bologna 1 ottobre 2003 e Trib. Parma 21 ottobre 2003, *ivi*, 2004, 568 e ss., con nota di M. LUPOI. Tale soluzione, tuttavia, non merita di essere condivisa in considerazione della evidente diversità di fattispecie.

[24] Cfr. F. GAZZONI, *Manuale cit.*, 986; ID., *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista «non vivente» su* trust *e trascrizione)*, in *Riv. not.*, 2001, I, 11 e ss.; ID, *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul* Trust *e altre bagattelle)*, *ivi*, 1247 e ss. *Contra*, C. CASTRONOVO, Trust *e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998, 1330 e ss.; A. GAMBARO, *Un argomento a due gobbe in tema di trascrizioni del* trust *in base alla XV Convenzione* dell'Aja, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 919 e ss.

bili", fa salve "*le disposizioni delle leggi speciali che richiedono la trascrizione di atti non contemplati dal presente capo e le altre disposizioni che non sono incompatibili con quelle contenute nel capo medesimo*". A ben vedere, la circostanza che il codice faccia rinvio alle leggi speciali e che la legge speciale (L.364/1989), come un cane che si morde la coda, rimandi alla legislazione dello Stato in cui deve avvenire la trascrizione, dimostra che il legislatore, anziché risolvere il problema, si è limitato a "bypassarlo".

Superati, quindi, i rilievi di carattere meramente formale, le analogie con istituti simili del diritto interno sfumano sempre di più, mentre si fanno più netti quei tratti del *trust* che lo dipingono come istituto del tutto particolare non equiparabile a nessuna delle fattispecie regolate dal diritto interno cui si potrebbe accostare, dati i comunque troppo esigui elementi di conformità.[25]

Anche in relazione al vincolo di destinazione, infatti, il *trust* si allontana dal fondo patrimoniale e dai patrimoni destinati. Rispetto al primo, il *trust*, pur nascendo come istituto utilizzato prevalentemente in ambito familiare, nella sua successiva evoluzione ha perso tale originario ed esclusivo carattere, essendosi reso utilizzabile in molteplici settori quale agevole strumento di gestione patrimoniale. Anche rispetto ai secondi, la specificità dell'ambito nel quale possono costituirsi i patrimoni destinati, rispetto alla generalità dei settori e degli scopi cui può essere funzionalizzato il *trust*, escludono che i due istituti possano essere ritenuti analoghi[26].

Non possono, inoltre, ritenersi sufficienti, nell'ottica di una equiparazione fra le fattispecie analizzate, gli effetti che l'art. 11 della l. 364/1989 ricollega all'istituzione di un *trust* rispondente alle prescrizioni in essa contenute. La separazione tra il patrimonio del *trustee* e quello del *trust* e la conseguente invulnerabilità di quest'ultimo rispetto alle pretese dei creditori del primo, non valgono a sostenerne la sussunzione in uno dei due tipi esaminati.

Quanto detto finora consente, quindi, di concludere con la considerazione che il *trust* individui un istituto a sé stante che, oltre a non presentare sufficienti elementi simili rispetto a quelli comunemente indicati come affini nel diritto interno, resta fortemente condizionato dalla disciplina straniera che di volta in volta i costituenti riterranno applicabile al caso con-

[25] Al riguardo, fra gli altri, P. PICCOLI, *I* trusts *e figure affini in diritto civile. Analogie e differenze*, in *Vita not.*, 1998, 785 e ss.,. RAGAZZINI, Trust *«interno» e ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. not.*, 1999, II, 285 e ss.; M. BIANCA, *op. cit.*, 570 e ss. ; F. GALLUZZO, *op. cit.*, 87 e ss.

[26] Sul punto v. A. SALVATI, *Profili fiscali del* trust, Milano, 2004, 216 e 217.

creto. In guisa che tutti i problemi relativi alle conseguenze dell'istituzione di un *trust* internazionale non potranno che essere risolti in virtù della legge richiamata. Ciò, tuttavia, non senza le dovute precisazioni in ordine al problema del trattamento riservato ai creditori *involontari*, e, in particolare, al Fisco rispetto all'esazione dei crediti tributari.

4. *Il trattamento del Fisco come creditore* involontario *nelle diverse fattispecie di segregazione patrimoniale*

Come già anticipato, la dottrina ricomprende nella categoria dei creditori *involontari* tutti quei soggetti che hanno subìto un danno nella realizzazione dello "*specifico affare*" cui viene destinata una parte del patrimonio della s.p.a. Più in generale, l'art. 2447 – *quinquies*, 3º comma, c.c., afferma la responsabilità dell'intero patrimonio sociale per "*le obbligazioni da fatto illecito*". La circostanza, poi, per cui il danno ai creditori sia prodotto nel compimento dell'affare ha indotto la dottrina, nell'ottica dell'ampliamento della tutela dei creditori da fatto illecito, ad interpretare la norma nel senso di consentire ai creditori *involontari* anche l'aggressione del patrimonio destinato[27].

Piuttosto dibattuta appare in letteratura la questione della posizione da attribuire, in particolare, all'Erario, rispetto alle obbligazioni tributarie, nell'ambito dell'articolata distinzione dei creditori sociali nelle quattro categorie cui si è fatto in precedenza riferimento. L'esigenza di una attenuazione delle conseguenze del fenomeno segregativo con riguardo ai patrimoni destinati, è stata particolarmente avvertita dalla "Commissione Gallo"[28], specialmente in ordine alla limitazione della responsabilità. Nella prospettiva di "potenziare" la tutela da accordare al Fisco in quanto creditore *involontario*, come tale, sprovvisto della capacità di monitoraggio sui crediti tributari, la Commissione in parola ipotizzò la previsione di una "revocatoria fiscale", volta ad assicurare agli enti pubblici una più efficace tutela dei relativi crediti. Tale previsione, tuttavia, non ha avuto alcuna espressa concretizzazione, date le difficoltà di riuscire

[27] Cfr. M. RUBINO DE RITIS, *op. cit.*, 819, nota 2 e 3. L'Autore, in particolare, si sofferma sul problema della necessità o meno, per la società, di stabilire in quale misura far pesare il debito risarcitorio sul patrimonio sociale e su quello destinato. Problema più analiticamente affrontato da B. INZITARI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447* bis*, lett.* a*, c.c.)*, in *Contr. e impr.*, 2003, 173 (anche in *Dir. fall.*, 2003, I, 369 e ss.) e S. LOCORATOLO, *«Patrimoni destinati» e insolvenza*, Napoli, 2005, 59, ed *ivi* nota 100.

[28] Per un'analitica disamina dei lavori della Commissione Gallo, v. F. FIMMANÒ, *op. cit.*, 167 e ss.

a dimostrare l'uso fraudolento di un patrimonio destinato rispetto alle ragioni creditorie del Fisco. Ciononostante, la Commissione aveva supposto l'inopponibilità del vincolo di destinazione all'A. F., in particolare, e agli altri enti pubblici, più in generale, relativamente ai crediti tributari, contributivi ed assistenziali. Per i crediti sorti successivamente alla costituzione, si sarebbe prevista una responsabilità del patrimonio destinato limitatamente a imposte e contributi o alla quota proporzionale delle imposte e dei contributi ad essi riferibili.

I giudizi espressi dalla dottrina riguardo ad un'eventuale norma a tutela dei crediti dell'Erario (e degli altri enti pubblici) non furono, com'è comprensibile, positivi. In particolare, le valutazioni si appuntavano o sulla considerazione per cui il pregiudizio derivante ai terzi dalla responsabilità del patrimonio destinato per i crediti tributari ne avrebbe piuttosto diminuito le potenzialità di diffusione anziché incoraggiarle, o sulla stessa qualificazione dello Stato come creditore *involontario*, che mina di per sé l'opportunità di una norma di maggior favore rispetto a quelle dettate per i creditori volontari[29]. Da parte di altri, si è, invece, rilevata l'inadeguatezza della previsione di una specifica e maggior tutela dei crediti dell'Erario sulla base della intangibilità del principio di uguaglianza sostanziale tra creditori. In altre parole, si è detto, non si rinvengono ragioni particolari atte a sostenere che lo Stato debba essere considerato un creditore privilegiato, ben potendo ricorrere agli ordinari rimedi accordati ai creditori della medesima categoria[30]. In relazione, dunque, alla costituzione di patrimoni destinati può considerarsi preferibile la tesi secondo cui, a prescindere dalla configurabilità dell'Erario come creditore *volontario* o *involontario*, non appare corretto attribuire al Fisco un trattamento di maggior favore rispetto agli altri creditori.

Ma il tema del trattamento del Fisco può essere affrontato anche in relazione al *trust*. La questione, tuttavia, non può essere esaminata se non dopo aver risolto il preliminare problema dell'inquadramento della Convenzione de L'Aja all'interno del nostro sistema. Il dibattito si sviluppa attorno a due principali ipotesi ricostruttive[31]. Una, in base alla quale la

[29] Cfr. G. M. COMMITTERI – G. F. SCIFONI, *I patrimoni dedicati tra soggettività tributaria e tutele antielusive*, in *Corr. trib.*, 2003, 3978; L. SALAMONE, *Sui patrimoni destinati a specifici affari*, in AA. VV., *Profili patrimoniali e finanziari della riforma*, Atti del Convegno di Cassino, 9 ottobre 2003, a cura di C. Montagnani, Milano, 2004, 105.

[30] Cfr. F. FIMMANÒ, *op. loc. cit.*, il quale, tuttavia, ammette la possibilità di predisporre forme di tutela preventiva per i creditori e, in particolare, per i terzi.

[31] Sulle quali v. M. BIANCA, *op. cit.*, 557, nota 1.

Convenzione rivelerebbe la propria natura internazionalprivatistica, vale a dire, di normativa volta a dirimere i conflitti tra legislazioni diverse su fenomeni che presentano elementi di estraneità, avente la specifica funzione di consentire il riconoscimento dei *trusts* nei Paesi che, viceversa, non li contemplano. E l'altra, tendente a riconoscere alla Convenzione una natura tipicamente sostanziale, tale da costituire la base normativa giustificatrice dell'ammissibilità, nell'ambito dell'ordinamento italiano, del *trust* interno.

Certamente preferibile è la prima delle suesposte linee di pensiero, più coerente con le affermazioni della stessa Convenzione che, all'art. 2, enuncia la finalità di determinare "*la legge applicabile ai* trusts" e di regolarne il riconoscimento. La natura di mera normativa di conflitto è, inoltre, confermata dalla possibilità, conferita ai costituenti dalla Convenzione, di scegliere una legge straniera tra quelle che disciplinano il *trust*, facoltà che presuppone, come si è già avuto modo di precisare, che il medesimo si caratterizzi per quegli elementi di estraneità che non sono, invece, presenti in un *trust* costituito da cittadini italiani con beni situati in Italia.

Da tanto discende la conclusione che tutti gli aspetti legati in generale alla vita del *trust* debbano essere regolati dalla legge che i costituenti hanno deciso di richiamare nell'atto istitutivo. E ciò viene confermato dall'art. 6 della l. 364/1989, là dove autorizza i medesimi ad una scelta discrezionale che, tuttavia, per espressa indicazione del precedente art. 5, non può che spaziare tra le sole legislazioni che disciplinino l'istituto.

Per quanto riguarda, invece, il trattamento del Fisco italiano relativamente alle obbligazioni tributarie sorte rispetto al *trust*, avrà un rilievo determinante la disciplina predisposta dalla legislazione interna[32].

La Legge Finanziaria 2007 ha, in proposito, introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento una disciplina fiscale per il *trust*[33]. I punti salienti di quest'ultima possono essere identificati nella individuazione del soggetto passivo, nell'assoggettamento ad IRES dei redditi maturati

[32] Il che non intacca la rilevanza della disciplina regolatrice del *trust*. Sembra ispirarsi a tale criterio la Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate 23 aprile 2009, n. 110/E, con commento di DI MAIO, *cit.*, 908, là dove afferma che l'applicabilità ai *trusts* delle disposizioni agevolative in materia fiscale debba essere "valutata caso per caso tenendo conto del contenuto del negozio risultante *dalla legge regolatrice del trust* e dalle clausole contrattuali in esso contenute".

[33] Per completezza, v. la Circolare n. 48/E del 6 agosto 2007 con cui l'Agenzia delle Entrate ha illustrato e chiarito il trattamento fiscale del *trust* così come delineato dalla Finanziaria 2007.

dal *trust* (ove ne ricorrano i presupposti[34]), nonché nell'ulteriore soggezione ad ICI e, per ciò che concerne in particolare l'atto istitutivo, ad imposta di registro, all'imposta sulle successioni e donazioni e alle imposte ipotecaria e catastale. Sebbene, dunque, a norma dell'art. 8, 1º comma, l. 364/1989, la disciplina straniera richiamata dai costituenti costituisca la base normativa di riferimento per quanto riguarda la validità, l'interpretazione e l'amministrazione del *trust*, nonché soprattutto per i suoi effetti, quale, in particolare, la segregazione patrimoniale e la conseguente limitazione della responsabilità, per gli aspetti di natura fiscale, la normativa di riferimento non può che essere quella interna. Ne deriva da un lato che, nel caso in cui soggetto passivo d'imposta sia il *trust* stesso, l'Erario, a soddisfazione dell'obbligazione tributaria sorta in riferimento al medesimo ma rimasta inadempiuta, sarà pienamente legittimato a rivalersi sui beni in esso confluiti, al pari di un qualsiasi creditore particolare. Dall'altro lato, che i creditori personali del *trustee* non potranno vantare alcuna pretesa sui beni oggetto del *trust fund*, costituendo esso, come precisato dall'art. 11, l. 364/1989, un patrimonio distinto e separato da quello del suo gestore. Nella diversa ipotesi in cui, invece, soggetto passivo d'imposta sia il beneficiario, la personalità dell'obbligazione tributaria impone che solo nei confronti del patrimonio di quest'ultimo lo Stato possa esercitare la propria pretesa creditoria.

5. Segue. *In particolare, la posizione del Fisco in relazione al fondo patrimoniale*

Maggiori sono gli spunti offerti dalla recente giurisprudenza in tema di esecuzione sui beni costituiti in fondo patrimoniale per la soddisfazione, da parte dell'Erario, dei crediti di natura tributaria.

In particolare, la Cassazione penale, con sentenza del 7 ottobre 2009, n. 38925, ha affrontato il problema dell'ammissibilità del provvedimento di sequestro preventivo avente ad oggetto i beni confluiti in un fondo patrimoniale, sul presupposto della configurabilità del reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, previsto dall'art. 11, d. lgs. 74/2000. Senza voler scendere nei dettagli della fattispecie concreta, la sentenza si segnala per aver affermato che il credito fiscale non sog-

[34] Il riferimento è alla nuova formulazione dell'art. 73 TUIR, che distingue, ai fini della tassazione, due tipologie di *trust*: quelli "opachi", cioè *senza* beneficiari di reddito individuati, nei quali i redditi vengono attribuiti direttamente al *trust* stesso, e quelli "trasparenti", vale a dire *con* beneficiari di reddito individuati, nei quali, viceversa, i redditi vengono imputati per trasparenza ai beneficiari.

giace alla regola contenuta nell'art. 170 c.c. E ciò in base alla considerazione per cui esso non ha alcuna attinenza rispetto ai bisogni della famiglia. Nei confronti dell'Erario, insomma, la separazione patrimoniale, come tipica conseguenza della costituzione del fondo, non opera, ben potendo l' A. F. aggredire i beni oggetto del fondo medesimo, a prescindere dal ricorrere dei requisiti ai quali l'art. 170 c.c. subordina, in generale, l'esecuzione sui relativi beni. Si può, quindi, notare, seppur soltanto *quoad effectum*, il parallelismo con la descritta figura del creditore *involontario*.

A ben vedere, tuttavia, al di là di siffatta equiparazione sul piano degli effetti non è possibile spingersi; l'imposizione da parte dello Stato dell'obbligazione tributaria non può, infatti, definirsi "involontaria". In realtà, già il creditore di una prestazione contrattuale può atteggiarsi contemporaneamente come creditore *volontario* e *involontario*, se solo si pone attenzione al rapporto tra obbligazione principale e obbligazione risarcitoria: si qualificherà "volontario" rispetto all'obbligazione principale, essendo da questi voluta per espressa convenzione negoziale, ma "involontario" rispetto all'obbligazione risarcitoria conseguente all'inadempimento, che, di certo, non ha voluto. Lo stesso si può dire quando l'obbligazione ha la sua fonte nella legge: lo Stato, allo stesso modo, è creditore "volontario" rispetto all'obbligazione (principale) contributiva, ma diventa creditore "involontario" rispetto a quella risarcitoria non solo perché non ha, di certo, voluto il mancato "adempimento volontario" del contribuente, ma, soprattutto, perché all'A.F. si riconosce la capacità di aggredire i beni costituiti in fondo patrimoniale per la soddisfazione dei propri crediti fiscali, nonostante e, anzi, proprio perché essi non hanno alcuna attinenza con i bisogni della famiglia. E nel momento in cui la maggiore invasività della pretesa creditoria del Fisco viene giustificata sull'assoluta estraneità del credito fiscale rispetto alle esigenze della famiglia, si dota lo Stato di un "privilegio" ulteriore rispetto a quelli già previsti dagli artt. 2752, 2759 e 2771 c.c. sui beni mobili e immobili del debitore per i crediti relativi alle imposte sui redditi. Tale privilegio è costituito non tanto dal diritto ad essere preferito rispetto ai creditori che, viceversa, ne sono sprovvisti, quanto, soprattutto, nel diritto di aggredire beni (quelli confluiti nel fondo patrimoniale) sui quali altri creditori non hanno possibilità di soddisfare le proprie ragioni, se non nei limiti dell'art. 170 c.c., norma che, come si è affermato nella sentenza in parola, in relazione ai crediti dell'Erario non trova affatto applicazione.

Peraltro, l'irrilevanza del momento della nascita del debito rispetto alla costituzione del fondo nella decisione richiamata viene ribadita, là dove, seppur dal punto di vista della configurabilità di un reato, qua-

le la sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, si afferma come non necessaria l'anteriorità temporale e logica di una procedura di accertamento fiscale, già avviata e debitamente notificata al contribuente, rispetto alla costituzione del fondo stesso, assumendo, invece, rilevanza determinante la potenzialità lesiva del negozio rispetto alle ragioni del Fisco. Ma v'è di più: la Suprema Corte afferma che "il credito fiscale non ha alcuna attinenza con i bisogni della famiglia, ma sorge automaticamente quando si verificano i presupposti che determinano la nascita dell'obbligazione tributaria". In sostanza, è proprio l'estraneità del credito fiscale rispetto alle esigenze familiari a rendere, da un lato, irrilevante l'esistenza di una procedura di accertamento fiscale in atto e, dall'altro, a impedire l'applicazione della regola espressa nell'art. 170 c.c. e, quindi, l'operatività della segregazione patrimoniale con riguardo ai debiti "funzionali", cioè contratti per la soddisfazione delle predette esigenze. Il che equivale a riconoscere al credito fiscale una forza ben maggiore rispetto a quella generalmente attribuita ai crediti di altra natura, quali quelli vantati dai diversi creditori che hanno intessuto normali rapporti obbligatori con i coniugi in vista della soddisfazione dei bisogni familiari e per i quali, viceversa, l'art. 170 c.c., si riappropria di tutta la sua *vis* applicativa. In definitiva, sembrerebbe che la segregazione patrimoniale e, di conseguenza, la limitazione della responsabilità patrimoniale del debitore, assuma rilevanza, in ambito penale, quale "movente" dell'attività fraudolenta posta in essere dal contribuente allo scopo di sottrarre i propri beni alle ragioni del Fisco, per poi perderla del tutto, in ambito tributario, dove la pretesa creditoria dell'Erario viene sottratta dall'applicazione dei criteri discretivi contenuti nell'art. 170 c.c. e applicabili generalmente a tutti gli altri creditori, con tutto quel che consegue in termini di potenziamento della tutela accordata allo Stato per la soddisfazione dei relativi crediti rispetto a quella certamente meno invasiva riconosciuta alle altre classi di creditori.

Volendo, quindi, concludere con un'ultima notazione di tipo comparativo, diversi sono i presupposti in base ai quali si giustifica la possibilità accordata al Fisco di aggredire i beni costituiti in fondo patrimoniale rispetto a quanto visto in relazione ai patrimoni destinati, da un lato, e al *trust*, dall'altro. Se con riferimento al fondo patrimoniale la predetta facoltà discende dall'affermata estraneità del credito fiscale rispetto ai bisogni della famiglia, dunque, a prescindere dall'operatività della regola generalmente dettata per tutti gli altri creditori dall'art. 170 c.c., in relazione ai patrimoni destinati essa appare, al contrario, legata al normale esplicarsi del fenomeno segregativo, naturalmente a condizione che siano rispettate tutte le formalità prescritte dall'art. 2447 – *quinquies*, c.c.

Del tutto differente è, invece, la soluzione adottata riguardo al *trust*: in quest'ultimo caso, infatti, essa discende non solo dalla "fisiologica" separazione tra il patrimonio del *trust* e quello del *trustee*, ma anche e soprattutto dall'attribuzione al medesimo, sia pure solo ai fini della tassazione, di una propria soggettività "fiscale", che manca, invece, tanto al fondo patrimoniale, quanto ai patrimoni destinati, benché l'istituto anglosassone non sia qualificabile, dal punto di vista più strettamente civilistico, come autonomo soggetto di diritto. E una conferma di quanto appena affermato può essere individuata nella circostanza che, come si è detto, nei casi in cui la soggettività (fiscale) passiva sia attribuita non già al *trust*, ma al beneficiario, sarà solo il patrimonio di quest'ultimo a poter essere aggredito dall'Erario in ipotesi di inadempimento dell'obbligazione tributaria, nonostante questa sia sorta, comunque, rispetto al *trust*. Si tratta, a ben vedere, pur sempre di una forma di separazione patrimoniale, ma dai connotati del tutto diversi rispetto a quelli che caratterizzano le altre esaminate poc'anzi. E, precisamente, di una separazione di rilievo tipicamente fiscale. Un riflesso, per così dire, del basilare principio della personalità dell'obbligazione tributaria.

FRANCESCO BEER

In merito all'esercizio della potestà dei genitori. Art. 316 comma 4 c.c.: un residuo del passato?

SOMMARIO: Premessa. - 1. I prodromi dell'attuale istituto della potestà dei genitori. - 2. Quale *ratio* normativa. - 3. Le opinioni dottrinali. - 4. Conclusione: crisi del diritto o crisi dell'etica sociale?

Premessa

L'attuale situazione di eguaglianza tra i coniugi all'interno delle mura domestiche è il frutto, a livello normativo, della legge 151/1975. L'art. 138 della medesima, operando una piccola rivoluzione rispetto al passato[1], ha infatti garantito quella parità nella posizione dei coniugi che, peraltro, era stata già affermata dal legislatore costituzionale per mezzo dell'art. 3 della Carta Fondamentale. La potestà, il potere derivante storicamente dalla *potestas* del *paterfamilias* di romanistica memoria, diventa per la prima volta esercitabile da entrambi i genitori congiuntamente.

[1] Il tema del rapporto uomo-donna e, più in particolare, del legame familiare è da sempre al centro del dibattito scientifico. Per una panoramica sulla *familia* e sul sistema familiare nel diritto romano cfr. FRANCIOSI G., *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato*, Giappichelli, Torino, 1995; FRANCIOSI G., *La famiglia romana. Società e diritto*, Giappichelli, 2003; DE MARTINO F., voce *Famiglia (dir. rom.)*, in *Nov.Dig.It.*, 1957, pp. 42-46. Per un quadro generale sulla potestà nel diritto romano cfr. CAPOGROSSI COLOGNESI L., voce *Patria Potestà (dir. rom.)*, in *E.d.D.*, vol. XXXII, 1982, pp. 242-249; LONGO G., voce *Pater Familias*, in *Nov.Dig.It.*, vol. XII, 1957, pp. 555-556; DE FRANCISCI P., voce *Auctoritas*, in *EI*, vol. V, 1949, pp. 325-326; AMIRANTE L., voce *Auctoritas*, in *Nov.Dig.It.*, vol I, 1957, pp. 1536-1539; VOCI P., *Storia della patria potestas da Costantino a Giustiniano*, in *SDHI*, 51, 1985, pp. 1-68; M.RABELLO A., *Effetti personali della "Patria Potestas"*, Milano, Giuffré, 1979; VOCI P., *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in *IURA*, 31, 1980, pp. 37 e ss.; VOLTERRA E., *L'acquisto della patria potestas alla morte del pater familias*, in *BIDR*, 79, 1976, pp. 193 e ss.; M.RABELLO A., *L'acquisto della patria potestas*, in *Labeo*, 21, 1975, pp. 172-192; CAPOGROSSI COLOGNESI L., *Ancora sui poteri del 'pater familias'*, in *BIDR.*, 73, 1970, pp. 357-425; LOBRANO G., *Pater et filius eadem persona. Per lo studio della patria potestas*, Giuffré, Milano, 1984; GALLO F., *Potestas e dominium nella esperienza giuridica romana*, in *Labeo*, 16, 1970, pp. 17 e ss.

1. *I prodromi dell'attuale istituto della potestà dei genitori*

I prodromi dell'attuale istituto della potestà dei genitori vanno individuati in primo luogo nel diritto romano. Il dato della preminenza paterna, oggi sgretolato[2], affonda le proprie radici, infatti, nei diritti antichi, nei quali la donna era in una posizione certamente subordinata. E' noto come l'antico diritto romano proponesse un modello basato sulla supremazia assoluta del *paterfamilias*, inteso come soggetto a capo del nucleo familiare, detentore della *potestas* su tutti membri della *familia* stessa[3]: l'*uxor* era sottoposta al potere maschile, mentre il legame familiare si basava sull'esistenza dell'*affectio* tra l'uomo e la donna[4], venendo considerato il matrimonio[5] stesso una vera e propria *societas naturalis*[6], non soggetta a particolari formalità per la sua costituzione[7]. Certo in dottrina non mancano opinioni rivolte alla affermazione delle prerogative della donna romana, a sottolineare *"il ruolo di grande rilievo che la donna aveva nell'ambito religioso"*. Il riferimento è *"in primo luogo, alle vergini Vestali, nonché nell'ambito pubblico, per il quale è sufficiente richiamare la qualità di Augusta*[8]*"*, ma anche il *"ruolo centrale svolto dalla donna nella vita pubblica romana, e quindi nella politica, da intendersi come cura della* res publi-

[2] Interessante, sul punto, Cavina m., *Il padre spodestato, L'autorità paterna dall'antichità a oggi*, Laterza, 2007. Dello stesso Autore, in riferimento al tema dei totalitarismi europei rispetto alla *patria potestas*, cfr. *L'equivoco irrisolto.* Patria potestas *e totalitarismi europei*, in AA.VV., *Diritto romano e regimi totalitari nel '900 europeo*, Atti del seminario internazionale, Maglietta m. – Santucci g. (a cura di), 2009, pp. 215-229.

[3] Sul concetto di *familia* e di *potestas* nelle fonti cfr. Gai., I., 1.48 e ss.; D. 50.16.195.2 (*Ulp. 46 ad ed.*); D., 50.16.220 pr. (*Call. 2 quae.)*; Gai., I., 1.9;

[4] D., 23.2.1 (*Mod. 1 reg.*): *"Nuptiae sunt coniunctio mari et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio"*. Sulle forme constitutive della *conventio in manum* cfr. Gai., I., 1.110-113.

[5] Sul matrimonio romano cfr. Volterra e., voce *Matrimonio (dir.rom.)*, in *Nov.dig.it.*, vol. X, pp. 330-335; Ib., voce *Matrimonio*, in *E.d.D.*, vol. XXV, pp. 726-807. Sul matrimonio cristiano cfr. Bucci o., *Il matrimonio cristiano tra tradizione giuridico-orientale e tradizione greco-romana: in tema di indissolubilità e di forma pattizia*, in *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana*, VII Convegno Internazionale, Esi, 1988.

[6] D. 1.1.1.3 (*Ulp. 1 inst.*): *"Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc discendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc libero rum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censeri"*.

[7] Al riguardo chiaro Bonfante p., *Istituzioni di diritto romano*, Firenze, 1899, p. 138: *"Quanto alla conclusione del matrimonio, essa non ha bisogno di nessuna forma giuridica nel diritto romano…Tale assenza di forme giuridiche corrisponde alla natura del matrimonio romano"*.

[8] Cfr. Baccari m.p., *Alcune osservazioni sulla condizione della donna*, in *Studi Labruna*, I, Napoli, 2007, p. 254.

ca" curando *"la* pusilla res publica *(cioè la famiglia, riprendendo la terminologia ciceroniana[9])"*.

In relazione al rapporto con la prole, in dottrina si è dibattuto a lungo sulla possibile esistenza di un *consilium domesticum*[10] che affiancasse il *paterfamilias* nelle decisioni più importanti, ma non è in discussione la natura incisiva e preminente del potere detenuto da quest'ultimo, che si estendeva fino alla possibile uccisione dei figli che si fossero macchiati di gravi colpe (*vitae necisque potestas*). Il diritto romano giustinianeo, temperato dal diritto canonico attraverso secoli di interpretazione e studio, influenza profondamente le codificazioni moderne e, tra esse, quelle italiane del 1865 e del 1942.

Come spesso accade, l'adeguamento normativo alla realtà sociale è sempre fatto lungo e complesso[11]: negli anni '60 del secolo scorso, nella coscienza della popolazione, l'eguaglianza tra i coniugi poteva essere considerata una conquista, almeno teoricamente, acquisita; lo stesso legislatore si era reso conto della necessità di adeguare una normativa obsoleta[12], che aveva i suoi prodromi nel diritto romano e il suo immediato antecedente nel codice Pisanelli[13], saldamente ancorato, quest'ultimo, sulla storica supremazia del padre, unico soggetto ad esercitare la potestà sui figli in costanza di matrimonio.

[9] Ib., cit., p. 262.

[10] Circa il dibattito in merito all'esistenza di un *consilium domesticum* nella Roma antica cfr. VOLTERRA E., *Il preteso tribunale domestico in diritto romano*, in *RISG*, 85, 1948, pp. 103 e ss.; 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.; KUNKEL W., *Das Konsilium in Hausgericht*, in *ZSS*, 83, 1966, pp. 219 e ss.; RUGGIERO A., *Nuove riflessioni in tema di tribunale domestico*, in *Sodalitas*, *Scritti Guarino*, 4, Napoli, 1984, pp. 1593 e ss.; BEER F., *In tema di iudicium domesticum, tra familia romana e moderne forme di collegialità domestica*, in *Annali dell'Università degli Studi del Molise*, 10/2008, Campobasso, 2009, pp. 295-311.

[11] Sulla storia del diritto di famiglia e, in particolare, della potestà dal Codice Napoleonico ad oggi cfr. UNGARI P., *Storia del diritto di famiglia in Italia*, 1796-1975, Il Mulino, 2002.

[12] Al riguardo interessante, all'interno del travagliato iter legislativo della Legge 151/1975, cfr. Atti Parlamentari, VI legislatura, Proposta di legge n. 356 del 28 giugno 1972, in tema di *"Riforma del diritto di famiglia"*, p. 2: *"I principi costituzionali posti rigorosamente a base del progetto e necessariamente valutati alla stregua di una interpretazione rispondente alla evoluzione dei contesti etici, politici, sociali ed economici del Paese, sono soprattutto quelli relativi alla parità e responsabilità dei coniugi, alla unità della famiglia, alla sua tutela, alla sua autonomia, alla protezione della prole, nata nel e fuori dal matrimonio, alle libertà"*.

[13] Lo stesso affermava la supremazia del genitore di sesso maschile, laddove all'art. 220 chiariva che *"Il figlio, qualunque sia la sua età, deve onorare e rispettare i genitori. Egli è soggetto alla podestà dei genitori sino all'età maggiore od alla emancipazione. Durante il matrimonio tale podestà è esercitata dal padre e, se egli non possa esercitarla, dalla madre"*.

Il cambiamento proposto dalla riforma fu ampiamente favorito dalla normativa costituzionale entrata in vigore nel 1948. Tale normativa aveva infatti preparato un terreno, reso già fertile dalle tragiche vicende storiche culminate nelle due guerre mondiali, per la definizione di quelle riforme che porteranno, tra l'altro, alla modificazione dei rapporti fra i coniugi[14].

Peraltro la famiglia era oramai, nei fatti, divenuta una formazione sociale nella quale non esisteva quella sperequazione tra le posizioni dei suoi componenti che invece era ancora viva ad inizio secolo: l'emancipazione della donna era in pieno corso di svolgimento, ed era favorita dal progresso sociale e dalle nuove possibilità di lavoro che il *boom economico* degli anni '60 aveva creato. Anche la condizione dei figli era oramai profondamente diversa rispetto al passato: gli stessi potevano liberamente disporre della propria vita, ed erano oramai diventati l'oggetto preminente della tutela legislativa all'interno delle mura domestiche. Infatti, anche il rapporto tra genitori e figli, un tempo dominato dalla figura paterna, si era evoluto al punto che erano le esigenze della prole ad essere tenute in maggiore considerazione: ciò appariva peraltro normale in una società in continua espansione economica, in cui i giovani rappresentavano il vero motore trainante.

In questo scenario sociale così mutato la riforma del diritto di famiglia è sopraggiunta ad adeguare il contesto normativo relativo alla potestà dei genitori[15] rispetto alla Legge Fondamentale[16], con una radicale trasformazione degli articoli 315 e ss. del codice civile.

[14] Sul punto, particolarmente interessante, cfr. Atti parlamentari, VI legislatura, Proposta di legge n. 23 del 1972 di *"Riforma del diritto di famiglia"*, p. 2: *"Ci limitiamo a rilevare che istituti fondamentali del diritto di famiglia vengono modificati, talvolta radicalmente, nell'intento di realizzare, nella previsione legislativa, una famiglia nuova, conforme al precetto costituzionale, corrispondente ai nuovi rapporti della odierna società, alla caduta di vecchie ipocrisie, all'affermazione, anche nell'ambito familiare, dei valori della libertà, della partecipazione, della responsabilità. Il fatto che la riforma, dovendo appunto realizzare questi valori, il cui riconoscimento è oggi pressoché generale nell'opinione pubblica, sia da così lungo tempo e in così vasti settori reclamata, ne fa urgente la attuazione"*.

[15] Sulla potestà dei genitori e sull'eguaglianza tra i coniugi cfr. GIACOBBE G., *Libertà di educazione, diritti del minore, potestà dei genitori nel nuovo diritto di famiglia*, in *Rass.dir.civ.*, 1982, pp. 678 e ss.; VERCELLONE P., *Libertà dei minorenni e potestà dei genitori*, in *Riv.dir.civ.*, 1982, I, pp. 530 e ss.; BALLARANI G., voce *Potestà dei genitori*, in *Il Diritto, Encl.giur.*, XI, 2008, pp. 307-313.

[16] Per un quadro generale sul concetto di famiglia nel disegno costituzionale cfr. GIACOBBE G., *Il ruolo della famiglia nella costituzione*, in *AA.VV., I soggetti deboli nella famiglia e nelle istituzioni socio-sanitarie, Biopotere e diritti della persona, S. Piccinini (a cura di)*, Napoli, 2007, pp. 17-28.

Nel quadro delle norme riformate, può balzare all'occhio una disposizione che, *prima facie*, sembrerebbe palesemente contraria al dettato costituzionale: l'art. 316 quarto comma c.c. dispone infatti *che "se sussiste un incombente pericolo di un grave pregiudizio per il figlio, il padre può adottare i provvedimenti urgenti ed indifferibili"*. Questa disposizione, che sembra persino contrastare le linee generali della riforma ed i principi costituzionali, deve dunque essere valutata sia attraverso l'analisi dei lavori preparatori alla legge 151/1975, sia attraverso lo studio della dottrina che si è subito preoccupata di offrirne una chiave di lettura.

2. *Quale* ratio *normativa?*

La creazione della Carta Costituzionale ha condotto il Paese a quel rinnovamento giuridico che già si avvertiva a livello sociale[17]: in molti campi, quale quello del diritto di famiglia, si attese molti anni prima di un effettivo adeguamento. I lavori preparatori della Legge 151/1975 ci propongono un legislatore del tutto persuaso della necessità di una riforma, che già era stata messa in cantiere anche in precedenza. Nella Proposta di Legge n. 68 del 25 maggio 1972 in materia di *"Riforma del diritto di famiglia"*[18] si legge ad esempio che *"se esiste una normativa superata ed inadeguata alla società attuale questa è proprio quella contenuta nei primi due libri del codice civile. L'esame di un solo aspetto del diritto di famiglia è sufficiente ad illustrare l'arretratezza.* In relazione al ruolo della donna all'interno delle dinamiche sociali si evidenzia che *"il codice civile considera ancora la donna come un essere intellettualmente e moralmente inferiore, incapace da sola di superare le difficoltà della vita, non dotata di quella piena maturità e coscienza che dovrebbe essere riconosciuta ad ogni essere pensante […] allora si produce l'assurdo che i comportamenti mai praticati nella vita concreta sono resi obbligatori dal codice che continua a imporli proprio per i casi più drammatici…potremmo analizzare in dettaglio numerose disposizioni del codice civile […] per porre in risalto quali e quan-*

[17] Anche in dottrina e giurisprudenza si era a lungo dibattuto sulla necessità e l'opportunità di una riforma. Al riguardo cfr. FERRI L., *Commentario del codice civile Scialoja-Branca, Della potestà dei genitori*, GALGANO F. (a cura di), I, *Delle persone e della famiglia*, Bologna-Roma, 1988, pp. 29, il quale richiama, *ex multiis*, MOSCARINI L.V., *Governo della famiglia*, in *Sulla riforma del diritto di famiglia*, seminario diretto dal prof. SANTORO PASSARELLI F., p. 117; MODUGNO F., *La patria potestà e la sua difficile sopravvivenza (nota alla sent. C. cost., 8 luglio 1967, n. 102)*, in *Giur.cost.*, 1967, p. 1134; PULITANO D., *Relazione sulle proposte di modifica della disciplina della patria potestà*, in *Riv.dir.matr.*, 1967, p. 505.

[18] Cfr. Atti Parlamentari, VI legislatura, Proposta di legge n. 68 del 25 maggio 1972 in materia di *"Riforma del diritto di famiglia"*, p. 2.

te siano le norme anacronistiche ed inaccettabili". Anche nel dibattito svoltosi nelle Commissioni Legislative alla Camera dei Deputati emerge la necessità impellente dell'adeguamento di una normativa oramai obsoleta[19], con la necessità di predisporre dei nuovi punti di riferimento normativi.

Tra i punti maggiormente problematici che ci si trovò ad affrontare vi era quello della risoluzione di eventuali conflitti tra i coniugi circa i rimedi da adottare, anche nel caso di situazioni di non urgenza: un sistema basato su una diarchia avrebbe, infatti, certamente potuto generare situazioni di disaccordo in merito alle decisioni da adottare. Il possibile intervento di un disaccordo tra i coniugi rappresentò una delle maggiori incognite nella preparazione della riforma, facendo sì che venissero elaborate varie possibili ipotesi normative. Tra le soluzioni possibili per risolvere il problema, venne privilegiata, non senza discussioni, quella dell'intervento del giudice[20], quale soggetto deputato a dirimere le controversie insorte tra i coniugi tenendo come punto di riferimento l'interesse della prole. Tuttavia, all'esito del dibattito parlamentare, il testo definitivo presentò una norma che appare ancora oggi in scarsa sintonia con l'intera impalcatura della riforma, il già menzionato art. 316 comma 4 del codice civile. Le disposizioni costituzionali tese all'eguaglianza di tutti i cittadini e l'art. 29 della Carta che ritiene il matrimonio fondato *"sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi"* portano a ritenere di dubbia costituzionalità la disposizione menzionata.

La norma stessa fu anche oggetto di un acceso dibattito parlamentare: infatti nella VI Legislatura la Proposta di Legge n. 356 del 28 giugno 1972[21], d'iniziativa dei deputati Fortuna, Ballardini, Guerrini e Le-

[19] Particolarmente significativo, cfr. Atti Parlamentari, VI Legislatura, IV Commissione Giustizia, seduta del 2 agosto 1972, intervento deputata Martini, p. 3-4: *"sulla necessità della riforma siamo oramai tutti d'accordo e parimenti d'accordo siamo nella constatazione che vi è un superamento della legislazione vigente da parte del costume…vi è un nuovo modo di stare nella famiglia dovuto ad una trasformazione culturale e socioeconomica…occorre che la nuova legislazione tenda a salvare l'essenziale, per quanto è possibile, tralasciando quanto appare caduco, quanto è frutto di un costume, di un'epoca, ormai superati…a noi è sembrato che la legge dovesse rispettare innanzitutto le leggi proprie della famiglia; al riguardo è esemplare l'art. 29 della Costituzione…".*

[20] Sul punto cenni in Giorgianni M., *Della potestà dei genitori*, in AA.VV., *Commentario al diritto italiano della famiglia*, IV, Cian G. – Oppo G. – Trabucchi A. (a cura di), Padova, 1992, p. 324. Cfr. altresì Dogliotti M., *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, in AA.VV., *Trattato di diritto civile e commerciale*, VI, t. 2, Milano, 2007, p. 208, laddove evidenzia che *"una delle maggiori preoccupazioni e critiche che accompagnarono i lavori preparatori della riforma del 1975, era quella per cui la diarchia familiare, che si sostituiva alla monarchia paterna, avrebbe provocato continui contrasti e condotto ad una paralisi operativa nel governo della famiglia"*.

[21] Cfr. Atti Parlamentari, VI Legislatura, Proposta di legge n. 356 del 28 giugno 1972, in materia di *"Riforma del Diritto di Famiglia"*, p. 39, art. 110.

noci, andava decisamente in direzione opposta, sostenendo altrimenti che *"se nel caso di serio disaccordo debbono essere presi provvedimenti urgenti, non dilazionabili senza grave pregiudizio del minore, i provvedimenti stessi competono alla madre, nei confronti del figlio di età inferiore agli anni 12 ed al padre negli altri casi. Qualora l'altro genitore ritenga le decisioni di cui al comma precedente gravemente pregiudizievoli per l'interesse del figlio o comunque dilazionabili può ricorrere al giudice…"*. Come è evidente si tratta di una impostazione profondamente diversa, fu sottolineato in sede di dibattito in Commissione Giustizia[22], ribadendo la natura di *"eccezione"* della norma in questione. In effetti vennero scelti come testi base per la discussione della Riforma le quattro Proposte di Legge che non si discostavano tra di loro in quanto a soluzioni normative, mentre la menzionata Proposta n. 356 del giugno 1972 venne accantonata[23]. La discussione relativa alle modifiche da apportare all'art. 316 del codice civile avvenne giovedì 12 ottobre 1972[24]: in tale sede venne fatta osservare l'incongruenza relativa al quarto comma della norma[25]. La

[22] Cfr. Atti Parlamentari, VI Legislatura, IV Commissione Giustizia, seduta del 2 agosto 1972, intervento deputata Martini, p. 7: *"Un discorso di questo genere vale anche per quanto riguarda il problema della uguale posizione dei genitori in caso di disaccordo su questioni concernenti il figlio. A questo riguardo, la tesi sostenuta durante la passata legislatura dalla nostra parte politica era quella di rendere comunque possibili gli adempimenti urgenti, necessari per evitare un grave e indilazionabile pregiudizio per il figlio…noi prevedevamo, soltanto in questi casi – e quindi per ipotesi aventi un carattere di eccezionalità – la possibilità della prevalenza del parere del padre su quello contrario della madre…rimase invece soccombente l'impostazione di parte comunista, che prevedeva esclusivamente la facoltà di ricorrere al giudice da parte di ciascuno dei coniugi, in caso di disaccordo su decisioni attinenti ai figli, senza configurare un'eccezione neppure per il caso di incombente pericolo o di grave pregiudizio per i figli stessi. A questo riguardo, l'onorevole Fortuna – nella proposta di legge da lui e da altri colleghi ripresentata all'inizio della legislatura – modifica il suo atteggiamento che, come si è detto, è contrario all'intervento del giudice. Secondo il collega socialista, insomma, l'intervento del giudice dovrebbe essere escluso nel caso di contrasti attinenti ai rapporti tra i coniugi, mentre sarebbe da prendere in considerazione per l'ipotesi di contrasti riguardanti i figli. Per i casi di adempimenti urgenti, l'onorevole Fortuna prevede che prevalga il parere della madre se il figlio interessato abbia un'età inferiore ai dodici anni, del padre se il ragazzo superi quell'età"*.

[23] Cfr. Atti Parlamentari, VI Legislatura, Commissione IV Giustizia, seduta del 28 settembre 1972, p. 42.

[24] Cfr. Atti Parlamentari, VI Legislatura, Commissione IV Giustizia, seduta del 12 ottobre 1972, pp. 71 e ss.

[25] Cfr. Atti Parlamentari, *cit.*, intervento onorevole Spagnoli, p. 79: *"Vorrei ribadire, in questa sede, le osservazioni già avanzate dal gruppo comunista, nella passata legislatura, riferendomi in particolare al quarto comma dell'art. 135, che introduce un'ingiustificata eccezione al principio della parità dei coniugi per quanto riguarda l'esercizio della potestà sui figli. Tale eccezione costituisce infatti, a nostro avviso, un limite piuttosto serio al principio generale della parità dei coniugi che è posto a base di tutta la riforma del diritto di famiglia"*. Chiarisce il Presidente Reale che *"L'articolo in questione apre un problema già molto dibattuto nella passata legislatura. In quella occasione, infatti, si adottò l'ipotesi della provvisoria prevalenza paterna nei casi in cui sus-*

relatrice della riforma ribadì[26], parlando a nome del suo gruppo, l'adesione al principio della parità fra i coniugi: *"accogliamo pienamente il principio di parità tra i coniugi. Riteniamo, però, che quando sia seriamente in giuoco l'interesse di un terzo soggetto, cioè del figlio, si presenti la necessità di introdurre a tale regola un'eccezione"*. All'esito del dibattito venne quindi approvato il testo in Commissione Giustizia alla Camera e la Proposta di Legge, come detto unificata con l'assorbimento della Proposta n. 356, nella seduta di mercoledì 18 ottobre 1972 venne posta a votazione risultando approvata con 27 voti favorevoli e 3 voti contrari[27]. Dopo il passaggio al Senato il testo risultò definitivamente approvato nella seduta del 22 aprile 1975 con 21 voti a favore, 2 contrari e 2 astenuti[28], e successivamente venne pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 135 del 23 maggio 1975 entrando in vigore 120 giorni dopo.

3. *Le opinioni dottrinali*

La previsione normativa oggetto della presente riflessione suscitò subito in dottrina molte perplessità: immediatamente dopo l'entrata in vigore della legge n. 151 apparve chiara la discrasia tra il 4° comma dell'art. 316 e l'intera impalcatura della riforma: si disse[29] chiaramente che *"il 4° comma dell'art. 316 prevede quello che è stato definito l'ultimo residuo della millenaria* potestas *del padre stabilendo che* se sussiste un incombente pericolo di un grave pregiudizio per il figlio, il padre può adottare i provvedimenti indifferibili ed urgenti*:* in *ciò evidentemente sia che sia stato già iniziato il procedimento avanti il giudice e tendente al suo intervento e sia che questo procedimento non sia stato ancora promosso ma sia già insorto il contrasto su una questione di particolare importanza.* Circa la riconoscibilità dei presupposti di applicazione della norma, *"l'incombente pericolo ed il conseguen-*

sistesse un incombente pericolo di grave pregiudizio per il figlio: si trattò di una soluzione di compromesso tra divergenti opinioni emerse nel corso del dibattito. Debbo ora dire che, essendo sempre più convinto della esigenza di consentire, in determinati casi, ad uno dei genitori (che potrebbe, in ipotesi, essere anche la madre) di adottare decisioni provvisorie nell'interesse dei figli, noto tuttavia…che sussiste il pericolo di incertezze, che possono derivare dalla differente regolamentazione delle due situazioni ricordate…".

[26] Cfr. Atti Parlamentari, *cit.*, p. 80.

[27] Cfr. Atti Parlamentari, VI Legislatura, Camera dei Deputati, IV Commissione Giustizia, seduta del 18 ottobre 1972, pp. 96 e ss.

[28] Cfr. Atti Parlamentari, VI Legislatura, Camera dei Deputati, IV Commissione Giustizia, seduta del 22 aprile 1975, pp. 871-916.

[29] Cfr. Tamburrino G., *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale, La filiazione*, Torino, 1984, pp. 335-336.

te grave pregiudizio non possono che essere giudicati dallo stesso padre, ma provvisoriamente e sotto il controllo ed il giudizio definitivo del giudice cui certamente la madre si rivolgerà […] ed il giudice, dopo il tentativo non riuscito di conciliazione, provvederà nello stesso procedimento sul contrasto o sanzionando quei provvedimenti urgenti […] ovvero riconoscendone l'inidoneità". Il Giorgianni esprimendo seri dubbi sulla legittimità costituzionale della norma, evidenziò[30] che *"le espressioni e gli aggettivi adoperati indicano la assoluta eccezionalità di tale potere, che costituisce l'ultimo residuo della millenaria* patria potestas. *Deve trattarsi, quindi, di ipotesi in cui non sia possibile attendere che il contrasto tra i genitori possa comporsi all'interno, ovvero mediante il provvedimento giudiziale.* In relazione ai casi pratici che potessero legittimare l'utilizzo del potere concesso dalla norma, l'Autore sottolineò che *"il caso che viene di solito ipotizzato dalla dottrina è quello della operazione chirurgica che si presenti con carattere di assoluta urgenza. Può aggiungersi anche l'ipotesi – certo più delicata per i principi che essa implica – del battesimo da impartire al neonato che si trovi in pericolo di vita. Naturalmente l'esercizio del potere paterno ha anche efficacia esterna, non solo nel senso che il terzo dovrà dare esecuzione alla decisione del padre, ma anche nel senso che questo viene ad assumere, nei casi s'intende in cui ciò sia necessario, la rappresentanza del figlio senza il concorso della madre"*. Il caso riportato a titolo esemplificativo dal Giorgianni è la situazione paradigmatica a cui la dottrina fa riferimento nel fornire un campo di applicazione alla norma, insistendo sul carattere della eccezionalità del potere attribuito al padre.

Infatti si ritenne in maniera diffusa che la norma dovesse essere interpretata in maniera restrittiva, assumendone il carattere di eccezionalità e deroga, pur con dei dubbi circa la sua applicazione per gli atti di natura patrimoniale[31]: *"Il 4° comma dell'art. 316 c.c., che consente al padre di adottare provvedimenti urgenti ed indifferibili se sussiste un incombente pericolo di un grave pregiudizio per il figlio, costituisce una deroga, pur se estremamente limitata, al principio della parità dei coniugi, con cui il legislatore ha inteso evitare che le formalità e gli adempimenti di legge, cui il genitore deve sottostare per ottenere il potere di decisione, possano intanto pregiudicare il figlio, laddove le circostanze del caso esigano un intervento immediato*…In ordine al campo di applicazione del potere attribuito dalla norma, tale dottrina affermò che *"la norma ha carattere generale e non può quindi escludersene l'applicazione anche per gli atti di natura patrimoniale, negoziali o meno. La dottrina tende a circoscrivere l'ambito della disposizione agli atti di natura perso-*

[30] Cfr. Giorgianni m., *Della potestà dei genitori*, cit., pp. 332-333.
[31] Cfr. AA.VV., *Trattato di Diritto Privato*, IV, Rescigno p. (a cura di), Utet, 1982, p. 494.

nale […] non sembrano invece compatibili con la eccezionalità della norma quegli atti di natura patrimoniale, per i quali è richiesta l'autorizzazione del giudice tutelare" .

Sono molteplici le opinioni che chiaramente ne scorgono la dubbia costituzionalità[32]: il Bianca evidenziò che *"questa previsione legislativa appare di dubbia costituzionalità in quanto dà la prevalenza al padre come persona presuntivamente più idonea della madre nell'imporre una decisione indilazionabile nell'interesse del figlio. Se un provvedimento deve essere preso senza indugio per evitare al figlio un grave pregiudizio, si spiega che il padre debba adottare tale provvedimento superando l'opposizione della madre…non si spiega, perché non possa essere la madre ad adottare lo stesso provvedimento quando il padre si opponga"*, ponendo l'accento sul dato che la medesima prerogativa potrebbe essere benissimo assegnata anche alla madre. Come accennato in precedenza la soluzione della prevalenza della decisione materna fu prospettata a livello legislativo e scartata, ma non ci sono dubbi che una simile norma avrebbe creato i medesimi dubbi di legittimità costituzionale. Questa considerazione venne proposta da una differente dottrina[33], la quale, nel rimarcare il dubbio di costituzionalità, osservò che *"sembra vero che la scelta del legislatore – necessitata, seppure entro i limiti descritti – degrada i poteri del padre a meri espedienti tecnici – che nulla o quasi hanno a che vedere con l'intangibilità del principio dell'accordo – e che, di conseguenza, la scelta dell'uno o dell'altro genitore non poteva che essere indifferente. D'altra parte, là dove il legislatore avesse individuato nella madre, anziché nel padre, il genitore a cui affidare i poteri di adottare i provvedimenti urgenti ed indifferibili, sembra sicuro che gli stessi dubbi di costituzionalità che si pongono oggi verrebbero riproposti negli stessi termini contro la disposizione che avesse preferito la madre al padre.* Qui venne anche richiamato il potere della madre di richiedere la verifica della correttezza della decisione straordinaria assunta dal padre, anche in ordine alla sussistenza dei requisiti di applicazione dell'art. 316 comma 4: *"da qui anche, verosimilmente, l'indubbio riconoscimento del potere in capo alla madre di richiedere al giudice il controllo sulla correttezza del comportamento del padre, sia in ordine all'indifferibilità e all'urgenza del provvedimento sia, là dove è possibi-*

[32] Cfr. BIANCA C.M., *Diritto Civile*, vol. II, *la famiglia-le successioni*, Giuffré, 1985, p. 245.

[33] Cfr. RUSCELLO F., *Il codice civile – commentario, artt. 315-319*, SCHLESINGER P. (diretto da), Giuffré, 1996, pp. 184-185. Sulla definizione dei poteri paterni quali meri espedienti tecnici l'Autore richiama RODOTÀ S., *La riforma del diritto di famiglia alla prova*, in *Pol.dir.*, 1975, p. 669. Sulla qualificazione del potere come *"residuo della millenaria patria potestas* l'A. cita GIORGIANNI M., cit., p. 332; COSCIA A., *Problemi applicativi dell'art. 316 c.c. in tema di potestà dei genitori*, p. 188.

le, riguardo al contenuto del provvedimento stesso".

D'altra parte non mancano i casi nei quali il problema viene affrontato da un'altra angolazione, verificando il carattere potenzialmente paralizzante del disaccordo fra i coniugi: autorevole dottrina[34] osserva che *"esclusa l'esistenza di un dovere di andare d'accordo, per la sua inconcepibilità logica e giuridica, non restava dunque che introdurre, come necessaria integrazione, dell'esercizio della potestà, l'intervento del giudice. Questo avrebbe dovuto, per coerenza, essere configurato come immancabile e obbligatorio. Ma così non è stato. La legge lo prevede come facoltativo […] inoltre lo prevede solo per questioni di particolare importanza.* In tale sede si pose quindi l'accento sulla natura del disaccordo e sulla sua origine, distinguendo se il medesimo potesse derivare da fatti di grande importanza o di modesto rilievo: *il disaccordo sarà quindi paralizzante in tutti quei casi in cui si tratta di questioni di modesta importanza (salvo ritenere, come noi propendiamo, che non si richieda in tali ipotesi l'esercizio congiunto) o anche di questioni importanti, se nessuno dei genitori si valga della facoltà di ricorrere al giudice.* La critica divenne più marcata in ordine alla presunta sommarietà della soluzione legislativa adottata: *"il legislatore non ha previsto un meccanismo che, almeno sulla carta, funzioni in ogni caso, ma ne ha adottato uno lacunoso, rassegnandosi al non funzionamento della potestà. L'inconveniente è stato non certo eliminato, ma solo attenuato, da quarto comma dell'articolo in esame che prevede, nel caso di un incombente pericolo di un grave pregiudizio per il figlio, la possibilità, per il padre, di adottare i provvedimenti urgenti ed indifferibili. La facoltà è attribuita solo nel caso di incombente e grave pregiudizio, per cui nel caso di pregiudizio di media o lieve entità, o comunque non incombente, il padre non è legittimato ad adottare provvedimento alcuno; inoltre l'adozione di provvedimenti urgenti e indifferibili da parte del padre è possibile (il padre* può *adottare) ma non doverosa. In altre parole il disaccordo giustifica l'inerzia di entrambi i genitori, anche se sussiste il pericolo di una grave pregiudizio per il figlio"*.

Il Ferri ritenne che la posizione di preminenza del padre dovesse avere fondamento non in una discriminazione sessuale ma nell'*"esigenza di unità ed autonomia gestionale della famiglia"*, e sia il segno *"non di una*

[34] Cfr. Ferri L., *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, cit., pp. 32-33. Interessante l'interpretazione dell'A. in relazione al comma 2 dell'art. 29 della Carta Costituzionale, laddove evidenzia che *"la stessa Costituzione mostra piena consapevolezza dell'esigenza che il principio di uguaglianza sia limitato o contemperato a garanzia dell'unità familiare […]. Il legislatore della riforma non ha invece tenuto alcun conto del limite costituzionale e ha introdotto una illimitata parità dei coniugi in seno alla famiglia. Si è ritenuto che l'unità della famiglia non dovesse essere basata su un principio interno della stessa, ponendo limiti all'uguaglianza, ma assicurata dall'esterno, un sistematico intervento del giudice"*.

presunta volontà di diminuire o avvilire la dignità della donna sottoponendola, perché tale, al maschio". Il Sesta, apparentemente in difesa della previsione normativa, affermò[35] che *"un'eccezione rilevante alla regola dell'esercizio congiunto della potestà, è prevista dall'art. 316 c. 4°, c.c., che attribuisce al padre, in caso di incombente pericolo di grave pregiudizio per il figlio, il potere di adottare i provvedimenti urgenti ed indifferibili;* l'Autore richiama le opinioni discordanti affermando che *"si tratta di una deroga, da taluni criticata perché ritenuta in contrasto con i principio di uguaglianza fra i coniugi, ma che risulta giustificata dalla necessità di tutelare il soggetto debole ossia il minore, il cui stato di bisogno obbliga a provvedere immediatamente. Non v'è dubbio, peraltro, che la madre possa adire il giudice affinché l'esercizio del potere paterno sia sottoposto a controllo, anche con riguardo alla sussistenza del presupposto legale che ne consente l'esercizio"*. Ancora nel novero della dottrina che tende a legittimare la disposizione in esame si legge[36] che *"la fattispecie è abbastanza precisa per evitare abusi: v'è una serie di aggettivi, "incombente", "urgente", "indifferibile", che limitano l'eccezione ai casi in cui proprio non si può attendere nemmeno poco tempo per prendere una decisione a pena di grave pregiudizio per il figlio.* Anche in questo caso nella esemplificazione dei casi di pratica applicazione della normativa viene richiamata l'emergenza medica: *"gli esempi che più facilmente vengono alla mente riguardano sempre interventi sanitari […]. Forse un legislatore odierno avrebbe scelto di sacrificare la volontà del padre; comunque una scelta andava fatta, e ventisei anni fa fu fatta a favore del padre. Ma occorre che davvero sussistano l'incombente pericolo, l'urgenza, l'indifferibilità della decisione; altrimenti il medico, constatata la persistente discordia tra i genitori, dovrà segnalare la situazione al giudice"*.

È interessante notare come anche la dottrina più recente sembrerebbe orientata a considerare l'art. 316 comma 4 c.c. norma eccezionale e derogatoria del regime ordinario: si legge, ad esempio, che *"Il c. 4 dell'art. 316 attribuisce al padre il potere di adottare provvedimenti urgenti e indifferibili nel caso di incombente pericolo di un pregiudizio grave per il minore. La previsione dell'articolo in esame, incrinando il rispetto del principio di uguaglianza tra i genitori a favore del padre, appare del tutto eccezionale nel quadro della norma fin qui considerato e va pertanto interpretata restrittivamente"*[37]. Chiaramente schierato tra i sostenitori della illegittimità costituzionale il Do-

[35] Cfr. Sesta m., *Trattato di diritto privato*, vol. IV, t. III, *Il diritto di famiglia*, Bessone m. (diretto da), Torino, 1999, pp. 234-235.

[36] Cfr. AA.VV:, *Trattato di diritto di famiglia*, II, *Filiazione*, Zatti p. (diretto da), Milano, 2002, p. 1061.

[37] Cfr. AA.VV., *Codice Civile Commentato*, Alpa g. – Mariconda v. (a cura di), Ipsoa, 2009, p. 1081:. Al riguardo vengono citati il Giorgianni e il Finocchiaro.

gliotti, il quale sottolinea[38] che *"il riferimento al padre è – non c'è bisogno di sottolinearlo – in evidente contrasto con la riforma del 1975 e con i principi costituzionali […], e una questione di legittimità al riguardo sarebbe stata probabilmente accolta: ma non ve n'è stato bisogno, perché il costume sociale ha finito per abrogare implicitamente la disposizione"*. Lo stesso Autore in altra sede[39] ricorda le polemiche che hanno accompagnato la modifica dell'art. 316 c.c. ed il timore che il medesimo, nella nuova struttura, possa favorire una *"paralisi operativa"*, anche se in seguito si è compreso che *"tali timori erano totalmente infondati"*.

Generalmente, quindi, si è ritenuto che i casi di applicazione della norma debbano essere ricondotti a gravi esigenze mediche: ad oggi il dibattito in merito a questa tematica è certamente più agevole in virtù della mutata coscienza sociale, ma anche di una normativa che non può prescindere da valori sovranazionali. Le fonti del diritto di famiglia interne devono, infatti, essere messe in concorrenza e relazione con le convenzioni ed i trattati internazionali: la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo sancisce un generale divieto di non discriminazione all'art. 14, fondata *"sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione"*, ma una intensa attività rivolta alla rimozione delle diseguaglianza è condotta anche dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo[40]. Interessante è anche il progressivo ampliarsi della normativa comunitaria in tema di famiglia e filiazione, in ultimo, ad esempio, con il reg. 27.11.2003 n. 2201/2203 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale[41].

[38] Cfr. Dogliotti M., *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, cit., p. 208.

[39] Cfr. Ib., *La potestà dei genitori*, in AA.VV., *Diritto civile*, vol. I, *Fonti, soggetti, famiglia*, II, *La famiglia*, Lipari N. – Rescigno P. (diretto da), Milano, 2009, p. 570.

[40] Sul punto cfr. Caggia F., Voce *Famiglia*, in *Il Diritto*, *Encl.giur.*, VI, p. 319: *"la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha dato vita a un'abbondante giurisprudenza provocata da questioni di legittimità su norme di diritto di famiglia dei diversi Stati europei aderenti alla Convenzione…può ricavarsi una linea di tutela dei rapporti o legami familiari non necessariamente riconducibile al modello tradizionale della famiglia fondata sul matrimonio"*.

[41] Sul punto cfr. AA.VV., *Il diritto privato nella giurisprudenza*, Cendon P. (a cura di), III, *La famiglia – le persone*, t. 1, aggiornamento, Milano, 2008, pp. 139-140. Interessante il dato del progressivo mutamento del concetto di potestà genitoriale con quello di responsabilità genitoriale, termine che *"ricomprende l'imputabilità al genitore di tutti quei comportamenti, scelte, azioni che si rivolgano all'equilibrato sviluppo psico-fisico del soggetto in età evolutiva e sottoposto alla sua cura, assistenza, mantenimento ed educazione, indipendentemente dalla natura del rapporto di filiazione, ovvero se legittima o naturale"*. Sul punto ivi si richiamano Trib. Minorenni Perugia 9.8.2002, in *Familia*, 2003, p. 244; Cass. n. 10124/2005, in *GC*, I, p. 725; Corte Cost. n. 394/2006, in *GI*, 5, p. 897.

Visto il rapido evolversi sociale è opportuno evidenziare una recentissima proposta di legge rivolta alla modifica di alcune norme in tema di potestà dei genitori: la Proposta di Legge n. 1211, presentata in data 17 novembre 2008, in tema di *"Modifica alla disciplina in materia di esercizio della potestà genitoriale"*, si pone come obiettivo quello di *"armonizzare l'ordinamento in materia di potestà genitoriale, attraverso la concentrazione delle competenze giurisdizionali in capo al tribunale ordinario, alla luce della legge 8 febbraio 2006, n. 54, sull'affidamento condiviso, e nel rispetto dei principi costituzionali del giusto processo e dell'eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge"*[42]. Tra gli emendamenti al testo originale alcuni erano rivolti all'abrogazione del comma 4 dell'art. 316 c.c. L'iter legislativo è attualmemte in corso e potrebbe condurre ad una svolta nel tema in esame.

4. *Conclusione: crisi del diritto o crisi dell'etica sociale?*

Dalle brevi considerazioni effettuate sembrerebbero chiari molteplici profili di incostituzionalità in riferimento alla norma analizzata. La menzione del solo padre come legittimato alla adozione di provvedimenti urgenti ed indifferibili a favore della prole difficilmente si armonizza con gli articoli 3, 29 comma 2 e 30 della Carta Costituzionale, soprattutto laddove quest'ultima evidenzia che *"il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi"*. Certamente la scarsa rilevanza pratica e la stessa difficoltà per i destinatari della previsione normativa di immaginare la prerogativa del genitore di sesso maschile, hanno contribuito al mantenimento in vita della norma originaria. D'altra parte, in un momento in cui si parla sovente di una crisi del diritto, non sembrerebbe avere senso che rimanga in vigore una previsione normativa anacronistica e del tutto svincolata dall'odierna coscienza sociale.

Più in generale va osservato che il fatto stesso che non vengano rilevate crepe evidenti nella struttura del codice civile del 1942 è il sintomo di una legislazione che ha retto bene all'urto del cambiamento sociale, seppur con le dovute modificazioni. Da più parti si parla oggigiorno di una vera e propria *"crisi del diritto"* che potrebbe, forse, essere anche interpretata come una *"crisi dell'etica sociale"*, che si riflette poi nel momento legislativo. Oggi la società stessa non sembrerebbe in grado di esprimere dei valori certi e perduranti nel tempo, forse per il rapido mutare

[42] Cfr. Atti Parlamentari, XVI Legislatura, Senato della Repubblica, Disegno di Legge n. 1211 del 17 novembre 2008, in materia di *"Modifica alla disciplina in materia di esercizio della potestà genitoriale"*, p. 2.

dei costumi. Se il diritto è espressione di un contesto sociale, all'interno di quest'ultimo è sempre difficile trovare voci unanimi ma si è sempre nella necessità di far coesistere le diverse esigenze: un po' come un'assemblea di condominio nel quale convivano condomini giovani ed anziani e non si ci riesca ad accordare sul nuovo colore, vivo o cupo, da donare allo stabile!

L'estrema varietà delle istanze sociali può portare ad una difficoltà nella loro interpretazione, il che potrebbe talvolta tradursi, come spesso sottolineato da vari commentatori, in normative poco organiche. Il risultato immediato è l'accumularsi delle necessità da soddisfare e il loro repentino usurarsi dinanzi al rapido mutamento sociale. In conclusione, è emblematico l'interrogativo che si pone lo Zagrebelsky[43] in merito all'esigenza di diritti innati: *"quando la legge fatta dagli uomini secondo le loro mutevoli convenzioni appare ingiusta, le si contrappone la legge obiettiva della natura, che nessuno può alterare…il diritto naturale è indubbiamente una risorsa che appaga il bisogno di sicurezza. Di fronte a veri o presunti arbitrii e, perfino, ai veri e propri delitti compiuti con l'avallo della legge fatta dagli uomini, che cosa è più rassicurante di una legge obiettiva, sempre uguale e valida per tutti, la legge della natura appunto, che gli uomini non possono alterare e corrompere a loro piacimento?"*. L'auspicio è quello di una sempre migliore interpretazione della realtà sociale, in funzione migliorativa.

[43] ZAGREBELSKY G., *Contro l'etica della verità*, Roma-Bari, 2009, p. 106.

ALESSANDRA CAPPA

Riflessioni sul "potere di selezione" degli atti attribuito al pubblico ministero nella vicenda cautelare

SOMMARIO: 1. Il potere di selezione degli atti. - 2. Quale ruolo per i soggetti coinvolti? - 3. La vicenda in concreto: giurisprudenza. - 4. Il perchè di un ripensamento.

1. *Il potere di selezione degli atti*

La materia della libertà personale, di enorme importanza e costante attualità, coinvolge principi, norme e problematiche che, come satelliti, ruotano attorno al procedimento penale.

Si può cominciare ricordando che, secondo l'art. 291, comma 1, c.p.p., il pubblico ministero che intenda ottenere l'applicazione di una misura cautelare deve presentare, nella cancelleria del giudice procedente, la sua richiesta, ed allegare gli elementi su cui fonda l'istanza[1], nonché gli elementi raccolti a favore dell'imputato[2].

La consolidata interpretazione della norma attribuisce al rappresentante della pubblica accusa la facoltà di "selezionare" il materiale da trasmettere al giudice con la richiesta cautelare che, per effetto di tale forma di parziale *discovery*, comunque limitata e successiva, entrerà a far parte del patrimonio conoscitivo del giudice e della difesa[3].

[1] Il p.m. deve fornire, attraverso la allegazione del materiale di indagine che ritiene più opportuno al proprio scopo, gli atti posti a fondamento della richiesta; a tal proposito è stato sottolineato come <*risultano impossibili decisioni su carte occulte: siccome il giudice provvede iuxta alligata, al pubblico ministero incombe l'onere di esporre quanto gli giova. E' una scelta tattica spendere tutto, perdendo l'effetto sorpresa, o tacere qualcosa*>. CORDERO, Codice di procedura penale commentato, Torino, 1990, 329.

[2] Invero, l'obbligo di presentare al giudice gli elementi favorevoli alla difesa è stato introdotto solo successivamente, sulla scia dei "guasti" provocati da un uso eccessivamente disinvolto della custodia in carcere da parte delle procure che indagavano sulle ben note vicende di "tangentopoli". La modifica è stata apportata con l'art. 8 della legge n. 332 del 1995.

[3] E' invece preclusa al p.m., in virtù della modifica legislativa di cui alla nota precedente, la possibilità di effettuare qualsivoglia scelta sulla documentazione contenente elementi favorevoli all'indagato, che devono essere depositati unitamente alle memorie difensive già presentate, pena la nullità dell'ordinanza cautelare adottata. Si vedano, in giurisprudenza, Cass., 13 febbraio 1998, Migliaccio, in *Cass.Pen.*, 1999, 1520; Cass., 18 aprile

Si configura, in capo al pubblico ministero, stando a tale interpretazione, tra l'altro non sempre avversata dalla dottrina[4], un vero e proprio "super potere di selezione" giustificato, da un lato, dalla posizione dominante dell'accusa nel corso delle indagini; dall'altro, dalla necessità che il p.m. possa, per il tempo ritenuto necessario ed utile, mantenere il segreto su determinati atti o elementi.

Anzi, è ormai pacifico che l'organo pubblico, *ille solus altissimus*[5], sia pienamente autorizzato a selezionare, senza alcuna forma di controllo, nemmeno successivo[6], quegli atti che, a suo insindacabile giudizio, siano utili allo scopo (suo), nella specie quello di ottenere l'applicazione della misura cautelare richiesta[7].

In definitiva, al pubblico ministero è semplicemente imposto di allegare gli atti che possono giustificare l'adozione della misura cautelare[8], ciò in perfetta sintonia con il ruolo di parte, cui viene riconosciuta la possibi-

2002, n. 14615. In dottrina, v. NUZZO, *Considerazioni sugli elementi a favore dell'imputato nel procedimento cautelare,* in *Cass. Pen.,* 1999, 101; ADORNO, *Inosservanza dell'obbligo di trasmissione degli atti ex art. 291 comma 1 c.p.p. e nullità dell'ordinanza cautelare,* in *Cass. Pen.,* 1997, 1928.

[4] Si veda G. AMATO, *Sub art. 291 c.p.p.,* in A.A.V.V., *Commentario del nuovo c.p.p.,* diretto da Amodio e Dominioni, III, Milano, 1990; CORDERO, *Procedura penale,* Milano, 1993, 447. Contra, ASCIONE e DE BIASE, *La libertà personale nel nuovo processo penale,* Milano, 1990, 82; BAUDI, *Il potere cautelare nel nuovo processo penale,* Milano, 1990, 82.

[5] L'espressione è di AMODIO, *Le indagini difensive tra nuovi poteri del g.i.p. e doveri di lealtà del p.m.,* in *Cass. Pen.,* 1997, 2284.

[6] A questo proposito opportunamente SPANGHER rileva che di fronte alle inquietanti conseguenze di una selezione maliziosa degli atti trasmessi dal p.m. al g.i.p., non appaia *<sufficiente il richiamo alla successiva azione per l'eventuale responsabilità civile del magistrato>,* in *Considerazioni in tema di misure cautelari. Il giusto processo,* 1990, 5, 68. Sul punto si veda anche PATRONO, *Le misure cautelari personali.* In *Quaderni del consiglio superiore della magistratura,* 1989, 27m 179. In generale, sulla attuale ridotta efficacia del procedimento disciplinare e sulle possibili linee di intervento per una riforma, si veda la limpida analisi di PERCHINUNNO, *Crisi della giustizia penale e riforma dell'ordinamento giudiziario. Relazione al XXIII congresso nazionale giuridico forense.* Potenza-Matera, 1995, in *Società e giustizia. La proposta dell'avvocatura italiana,* 1995, 61.

[7] Tale indirizzo è più che consolidato nella giurisprudenza di legittimità che sin dall'entrata in vigore del nuovo codice, e salve iniziali sporadiche eccezioni, ha ritenuto legittima tale interpretazione: Cass., 18 aprile 2002, 14615; Cass., 7 ottobre 1998, 2900; Cass., 11 settembre 1997, 3419; Cass., 21 ottobre 1996, n. 5426; Cass., 30 giugno 1993, Bruno, 1943619; Cass., 21 dicembre 1992, Ferlin, 192961;.

[8] Ci sia consentito, a tale proposito, di citare una frase contenuta in RACINARO, *La giustizia virtuosa, manualetto del detenuto dilettante,* Macerata, 1996, 56, in cui l'Autore, al tempo rettore dell'università di Salerno, sottoposto a custodia in carcere, al di là della testimonianza sulla sua esperienza personale, conclusasi poi con il proscioglimento, nel ripercorrere le sequenze liturgiche che accompagnano l'*introibo* alla carcerazione, pensa a Kafka: *<una gabbia andò in cerca di un uccello>.*

lità di utilizzare i propri atti in funzione del buon esito delle indagini[9].

Rispetto al precedente sistema cautelare si registrano due novità qualificanti: i poteri cautelari appartengono solo al giudice procedente[10] (cui fa eco il corrispondente, esclusivo potere di impulso del pubblico ministero[11]); l'organo giurisdizionale provvede nei limiti del *petitum*[12].

L'imputato o indagato non è ancora posto in grado di interloquire.

Stando così le cose, il requirente deve affrontare una scelta tattica (con implicazioni di "lealtà"): può omettere parte del materiale raccolto, privilegiando future esigenze investigative; oppure fornire al giudice, insieme alla richiesta, tutti gli elementi raccolti, esponendosi al rischio di contromosse difensive.

V'è da ricordare, poi, come l'originale formulazione normativa dell'art. 291 c.p.p., che scandiva i modi e i tempi della richiesta di applicazione della misura, è stata modificata dalla legge n. 332 del 1995 la quale[13], introducendo l'obbligo, per il pubblico ministero, di presentare al giudice gli elementi favorevoli all'indagato, nonché le memorie difensive già depositate, ha avuto l'incontestato merito di ampliare i ristretti ambiti sino ad allora previsti per le garanzie difensive[14], fornendo al giudice la pos-

[9] G. AMATO, *Sub art. 292 c.p.p.,* in A.A.V.V., *Commentario, cit.,* 126.

[10] L'esigenza di giurisdizionalizzazione dei provvedimenti restrittivi, direttamente emergente dalla Costituzione, è espressa, in modo eloquente, dall'art. 279 c.p.p., secondo il quale sulla materia concernente le vicende cautelari personali decide il giudice che procede. Sul punto si veda APRILE, *Le misure cautelari nel processo penale,* Milano, 2003.

[11] Nella relazione che accompagna il progetto preliminare ed il testo definitivo del codice di procedura penale, si legge infatti: <*l'art. 291 è diretto ad attuare una precisa ed importante direttiva della nuova legge-delega (direttiva n. 59): come è da escludersi una legittimazione ai provvedimenti cautelari in capo al pubblico ministero, così è da escludersi l'adozione di misure cautelari che prescinda dall'iniziativa del pubblico ministero il quale è, sotto questo profilo, soggetto necessariamente "richiedente" senza legittimazione a disporre, mentre, per converso, il giudice è soggetto decidente, ma non ex officio*>. In supplemento ordinario n. 2 alla Gazzetta Ufficiale n. 250 del 24 ottobre 1988 – Serie generale.

[12] Si tratta del c.d. principio della domanda cautelare secondo il quale, in linea con il più generale principio espresso dal brocardo *ne procedat iudex ex officio,* può essere applicata una misura cautelare ovvero può essere sostituita con una più gravosa, solo in presenza di una richiesta del pubblico ministero. Al contrario, in ossequi al principio del *favor libertatis* che informa l'intero ordinamento penale, è riconosciuto al giudice in determinate situazioni l'esercizio di un potere officioso di revoca o di sostituzione della misura cautelare personale.

[13] Il comma 1 dell'art. 291 c.p.p. è stato modificato dall'art. 8 della legge 8 agosto 1995 n. 332.

[14] Si attribuisce al testo normativo in questione la duplice funzione di accentuare l'incisività del contraddittorio sull'applicazione della misura cautelare personale, e di rendere più efficace il controllo svolto dal giudice per le indagini preliminari. Si veda in proposito, TONINI, *Manuale di procedura penale,* III ed., Milano, 2001, 308.

sibilità di valutare, con maggiore consapevolezza, le richieste presentate dall'organo dell'accusa[15].

E' necessario, però, tenere presente come la menzionata legge ha operato una riforma "minima", intervenendo, cioè, in una mai desueta logica dell'emergenza[16], a porre singoli rimedi ad alcuni dei più vistosi squilibri manifestatisi a sfavore della difesa. Non è un caso, infatti, che uno degli ambiti interessati dalla novella sia stato proprio quello relativo alla richiesta applicativa della misura, disciplinato dall'art. 291 c.p.p.

Il clima politico "rovente" in cui si è trovato ad operare il legislatore, però, ha fatto perdere l'occasione per un ripensamento più radicale, che fosse in grado di sgomberare il campo dai vecchi equivoci e dalle prassi aberranti.

D'altro canto, la consapevolezza di un così forte sbilanciamento dei poteri a favore di una parte, il pubblico ministero, ed in una materia tanto importante, ha indotto parte della dottrina a ricavare dall'art. 358 c.p.p.[17] un dovere di imparzialità gravante sulla pubblica accusa.

Ciò nel tentativo di riequilibrare le sorti della decisione affidata al giudice. Epperò, la prescrizione, imposta al pubblico ministero dall'art. 358 c.p.p., di svolgere accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona indagata, oltre ad essere sfornita di sanzione[18], è uno dei passag-

[15] Il riferimento è agli articoli del codice di rito che impongono al giudice chiamato ad applicare la misura di <esporre i motivi per i quali sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa….> (art. 292, comma 2, lett. C, oppure sanzionano con la nullità l'ordinanza applicativa che <non contiene la valutazione degli elementi a carico e a favore dell'imputato….> (art. 292, comma 2 ter).

[16] *<Garanzie vengono recuperate qua e là, dove capita, dove si riesce, senza una vera linea globale. E poi vengono esibite quali trofei o spezzoni strappati a qualche nemico>,* in questi esatti termini si esprime NOBILI, *Diritti difensivi, poteri del pubblico ministero durante la fase preliminare e legge 8 agosto 1995, n. 332,* in *Cass. Pen.,* 1996, 347.

[17] Si ricordi che l'art. 358 c.p.p. prevede come il rappresentante della accusa svolga indagini anche in favore dell'indagato. Il valore di tale previsione, però, è svilito dalla mancanza di una qualsiasi sanzione nel caso del suo mancato rispetto. Sul valore della pregnanza di tale obbligo, PISANI, *Il pubblico ministero del nuovo processo penale: profili deontologici,* in *RDP,* 1989, 187. Nega che si possa addivenire ad una composizione tra le disposizioni di cui agli artt. 291, comma 1, e 358 c.p.p. NOBILI, *La nuova procedura penale,* Bologna, 1989, 357.

[18] La corte Costituzionale nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 358 c.p.p., sollevata in relazione al fatto che la norma non prevede alcuna sanzione in caso di inottemperanza da parte del p.m. all'obbligo di svolgere anche accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini ha chiarito come *<nella logica dell'attuale processo penale l'obbligo del p.m. di svolgere indagini anche in favore dell'indagato non mira né a realizzare il principio di eguaglianza tra accusa e difesa, né a dare attuazione al diritto di difesa, ma si innesta sulla natura di parte pubblica dell'organo di accusa e sui compiti che il p.m. è chiamato ad assolvere nell'ambito delle determinazioni che, a nor-*

gi codicistici di più ambigua e controversa lettura[19]. Se infatti si accede ad una visione semplicistica del processo accusatorio, esaltando il versante del confronto paritario tra accusa e difesa, difficilmente si comprende il dovere della parte pubblica di invadere il campo che sarebbe proprio della difesa; d'altro canto, neanche l'attribuzione al p.m. di una funzione *super partes*, che lo veda protagonista delle necessità probatorie della difesa, rende giustizia ad un sistema fondato sul principio accusatorio.

Il dilemma, secondo alcuni,[20] potrebbe risolversi attraverso la lettura della seconda parte dell'art. 358 c.p.p., strettamente connesso da un lato, al principio di obbligatorietà dell'azione penale, dall'altro, a quello della completezza delle indagini. In effetti, una volta che si ammette che l'obbligatorietà dell'azione penale vada intesa come obbligo del pubblico ministero di esercitare l'azione in presenza di indagini complete, diventa possibile ricondurre il precetto dell'art. 358 c.p.p. nell'ambito del doveroso impegno investigativo chiesto alla parte pubblica per procedere correttamente alle sue valutazioni.

Tale lettura della norma, però, a ben vedere, rende ancora più pregnanti le considerazioni sin qui svolte circa l'inefficacia dell'art. 358 a riequilibrare le sorti della decisione affidata al giudice nella vicenda cautelare.

Se, infatti, la norma deve leggersi come dovere di completezza delle indagini, finalizzato ad evitare il rischio di imputazioni azzardate o – peggio – di inazione dell'organo dell'accusa nell'esercizio dell'azione penale, la stessa non impone (anche) i tempi di realizzazione di tale completezza. Il che si traduce nell'inefficacia di tale principio alla materia che ci occupa, se, al momento della richiesta di emissione della misura cautelare, specie se applicata nelle prime battute delle indagini, tale completezza è ancora di là da venire.

Le brevi considerazioni che precedono danno un'idea della complessità degli argomenti coinvolti nella materia della libertà personale, da sempre foriera di antiche paure[21] ed irrisolti problemi.

ma del combinato disposto degli artt. 358 e 326, deve assumere in ordine all'esercizio dell'azione penale>. Corte Cost., 11 aprile 1997 n. 96, in *Giur. Cost.,* 1997, 953. In senso critico, MELE, *Una norma inutile l'art. 358 c.p.p.?* in *Cass. Pen.,* 1997, 2403; C. PANSINI, *Nessuna sanzione processuale per il mancato attivarsi del p.m. in favore dell'indagato,* in *Dir. pen. proc.,* 1997, 958.

[19] RECCHIONE, *Sub art. 358 c.p.p.,* in *Codice di procedura penale. Le fonti del diritto italiano.* Milano, Tomo I, 2008, 2760.

[20] RECCHIONE, *Sub art. 358 c.p.p.,* op. cit.

[21] *<Esagerate e fatali paure che la giustizia non possa muover passo alla ricerca del vero senza l'aiuto della prigionia>*, così si esprimeva già nel XIX secolo PAOLI, *La carcerazione preventiva. La libertà provvisoria. Il computo della carcerazione preventiva in sconto di pena,* in *Annali giur. It.,* 6, 1872, 52.

Il nodo cruciale della vicenda è rappresentato, infatti, dalla (equivoca) prevalenza attribuita, nella fase delle indagini, al segreto istruttorio: l'idea è che la prevalenza di un bene – tutela della collettività – sull'altro – libertà personale[22] – possa giustificare il vuoto di tutela della seconda.

In realtà, il problema – cioè quello dei modi e delle regole per l'applicazione delle misure cautelari -, andrebbe affrontato nella prospettiva dell'assoluta congruenza tra "mezzi" e "fini": per modo che nessuno possa sentirsi autorizzato a perseguire "fini" giusti con mezzi "ingiusti"[23].

Ne discende la necessità di bilanciare il fine con il mezzo[24], consentendo alla esigenza del segreto investigativo di non inficiare il valore costituzionale della libertà, per evitare di <*procurare che la custodia dell'accusato non sia indegna di un innocente*>[25].

Ogni riflessione sulla materia cautelare, infatti, deve partire dalla necessità di contemperare le esigenze della giustizia con il rispetto della persona umana e delle sue inviolabili garanzie[26]: non a caso, la custodia cautelare, provvedimento simbolo delle possibilità di restrizione, costituisce l'eccezione e non la regola[27].

[22] <*Dovendosi tenere conto delle esigenze delle indagini (e della loro segretezza) si ritiene che il p.m. possa mantenere riservata sia l'indicazione degli autori di dichiarazioni accusatorie, sia quella di parti degli atti trasmessi, quando la loro divulgazione possa pregiudicare le ulteriori indagini*>; Cass., 23 gennaio 1996, Coletta, CED 203775; Cass., 3 febbraio 1994, Quesada, CED 196489; Cass., 27 novembre 1993, Carlito, CED 198451; Cass., 23 novembre 1992, Canfora, CED 192369.

[23] In realtà, secondo DE CARO, il contrasto è solo apparente, poiché i due versanti, libertà e autorità, corrispondono a reali esigenze, da coniugare però in modo equilibrato all'interno della complessiva previsione normativa. In *Le misure cautelari personali. Trattato di procedura penale,* a cura di Spangher. Tomo II, Torino, 2008.

[24] Nella didattica più semplice, ma anche più concreta, il processo penale è inteso come strumentale alla corretta attuazione della giustizia penale sostanziale. Questo significa però che, in quanto strumento, prima che efficiente, lo stesso debba risultare adeguato allo scopo.

[25] FILANGIERI, *Scienza della legislazione. Vol. III.* Milano, ristampa 1950. La necessità di un ripensamento a livello normativo dell'art. 291 c.p.p. è rafforzata dal dato statistico: le richieste di custodia cautelare superano con successo, salvo una percentuale di mortalità fisiologica, una pluralità di controlli giurisdizionali, cui non corrisponde però un eguale numero di sentenze di condanna.

[26] Il problema non è nuovo: <*così è avvenuto più volte, che anche le buone ragioni abbian dato aiuto alle cattive, e che, per la forza delle une e delle altre, una verità, dopo aver tardato un bel pezzo a nascere, abbia dovuto rimanere per un altro pezzo nascosta*>, MANZONI, *Storia della colonna infame,* Milano, ristampa 2005. L'Autore, al di là dei problemi morali e religiosi avvertiti come particolarmente gravi e pressanti, continua ad offrire motivi di inquietante riflessione, testimoniando, ancora una volta, la non mai abbastanza dimostrata attualità delle sue considerazioni, circa i rapporti tra potere politico e giustizia, la morfologia del processo penale di tutti i tempi, la corretta informazione ed elaborazione dei dati di cronaca e di storia.

[27] <*Il processo penale rappresenta un percorso di accertamento che, coinvolgendo in modo massiccio la libertà dell'individuo, deve essere coniugato con il necessario rispetto delle garanzie pre-*

Il dato si ricava, senza equivoci, già dalla legge delega del 16 febbraio 1987, n. 81, che nell'elaborare una serie di criteri e principi direttivi dedicati alla libertà personale, ha operato una scelta di campo di tipo decisamente garantista, specchio fedele del dettato costituzionale e delle convenzioni internazionali[28].

Di conseguenza, la presunzione di innocenza, rappresenta il punto di riferimento di ogni disposizione normativa in argomento: l'interpretazione delle regole cautelari prima, e l'applicazione poi, impediscono l'assimilazione della posizione dell'indagato a quella del condannato[29].

Non a caso, la disciplina delle misure cautelari personali, recepita dal nuovo codice, affida alla distribuzione delle competenze, nella dinamica applicativa, il compito di disegnare il nuovo volto della materia della restrizione, riflettendo fedelmente la netta ripartizione dei ruoli tra l'organo dell'accusa e l'organo della decisione, punto di forza del nuovo sistema processuale[30].

viste innanzitutto dalla Costituzione>, DE CARO, voce *Libertà personale (profili costituzionali),* in *Digesto delle discipline penalistiche,* Aggiornamento 2005, Torino, 830; ed ancora DE CARO, *Misure cautelari personali. Il diritto alla libertà personale.* In *Trattato di procedura penale,* a cura di Spangher. Tomo II, Torino, 2008. L'Autore sottolinea come la limitazione della libertà personale <*durante lo svolgimento del procedimento penale, prima cioè della sua definizione, costituisce un'evenienza – non rara purtroppo – oggettivamente eccentrica rispetto ad un sistema ideale costituzionalmente orientato*>.

[28] Nella relazione al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale, si legge inoltre: <… *quanto al proprium più specifico a quella disciplina* (della libertà personale), *l'intervallo tra la prima e la seconda delle due leggi delega ha pur fatto registrare dei mutamenti culturali e di sensibilità, tanto che alcuni tra i principi che più apparivano innovatori nel 1974 hanno poi potuto informare di sé, quantomeno nelle linee fondamentali, già una parte della legislazione novellistica degli anni più recenti. Così dicasi, in particolare, per il potenziamento della pluralità di strumenti cautelari mirante a ridurre la tradizionale propensione ad un eccessivo ricorso alla custodia carceraria: così dicasi, altresì, per il superamento dell'altrettanto tradizionale "vuoto dei fini" legislativo in tema di misure limitative di libertà e per il connesso rafforzamento dell'obbligo di motivare i relativi provvedimenti; così dicasi, ancora, per l'introduzione di un sindacato di merito sui provvedimenti suddetti*>. In *Supplemento ordinario n. 2 alla G.U. n. 250 del 24 ottobre 1988.* Non a caso il principio della non colpevolezza è espresso con uguale ampiezza ed enfasi nella Costituzione Italiana, nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, nella Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali e nel Patto internazionale sui diritti civili e politici.

[29] Il significato minimo che può essere attribuito alla presunzione di non colpevolezza espressa dall'art. 27, comma 2, Cost è quello di non consentire restrizioni della libertà personale qualitativamente vicine, se non addirittura identiche, a quelle applicabili al colpevole.

[30] In ossequio alla riserva di giurisdizione prevista nella direttiva n. 59 della legge delega n. 81/87, si riconosce al giudice, senza alcuna riserva di eccezione, la competenza per tutti i provvedimenti di natura cautelare personale.

Sulla falsariga di tali principi, l'irrinunciabile nesso tra (metodo dell') accertamento e garanzie, rappresenta il fulcro del nuovo processo penale, dovendo realizzarne, al tempo stesso, l'impostazione ontologica e le specifiche applicazioni procedurali[31].

2. *Quale ruolo per i soggetti coinvolti?*

Come si anticipava, uno dei pilastri portanti del sistema processuale pensato dal legislatore del 1988, era rappresentato dalla distinzione tra la funzione requirente e quella giudicante. A quest'ultima, infatti, veniva assegnato il compito di cancellare, dal panorama processuale, l'ibrida ed ambigua figura del giudice istruttore[32]. Le aspettative di successo del nuovo modello processuale, dunque, riposavano – anche - sulla precisa definizione delle funzioni e dei ruoli dei diversi soggetti coinvolti.

Ancora una volta, però, le <scelte a metà>[33] non hanno garantito i livelli del buon funzionamento[34]. A tale proposito, si deve evidenziare, innanzitutto, come il legislatore delegato abbia lasciato inalterate le funzioni generali attribuite al pubblico ministero dalla legge di ordinamento giudiziario, ritenute comunque compatibili con la nuova natura di parte: nonostante tutto, insomma, il pubblico ministero conserva una funzione di giustizia[35].

[31] La tutela della libertà personale è concretizzata dalla nostra Costituzione secondo un progetto che si sviluppa attraverso una pluralità di disposizioni interconnesse tra loro. Sul piano generale, la nostra legge fondamentale ha posto la "persona" al centro di una serie di "attenzioni", tradotte, poi, in una pluralità di diritti e di libertà costituenti l'impalcato di garanzie costituzionali, ritenute indispensabili per la tutela dell'individuo e per rendere concreta la piena esplicazione della personalità, proiezione "dinamica" del valore di riferimento. Sul punto si veda per tutti, DE CARO, *Libertà personale, op. cit.*

[32] Tale impostazione era stata peraltro largamente anticipata dalla legge n. 330 del 1988.

[33] *<Nei nostri climi la potenza della tradizione è così grande che le idee non sono mai portate alle estreme conseguenze>,* SATTA, *Il diritto questo sconosciuto,* in *Soliloqui e colloqui di un giurista,* Padova, 1968.

[34] In questa prospettiva si veda GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari e le garanzie di libertà personale,* in *Riv. It. Dir. proc. pen.,* 4, 1994, 1256; l'Autore stigmatizza come la garanzia offerta dalla giurisdizione *de libertate,* a dispetto dell'imponente apparato procedimentale attraverso il quale si esplica, è nelle forme una giurisdizione pesante, nella sostanza una giurisdizione "light".

[35] L'interpretazione, d'altronde, trova conferma nelle pronunce della Corte Costituzionale, la quale ha rimarcato, in diverse occasioni, il ruolo di organo di giustizia del p.m. volto all'applicazione della legge e profondamente radicato nella *<cultura della giurisdizione>*. Si vedano, ad esempio, Corte Cost. n. 66/1990; Corte Cost. n. 183/1990; Corte Cost. n. 23/1992. In altre sentenze, però, la stessa Corte, ha riconosciuto che il p.m. è organo caratterizzato da *<strategie>*, in termini di *<proficuità nell'attività di conduzione delle indagini>* (Corte Cost. n. 420/1995). Tale discrasia, secondo NOBILI, è un *<ragionare sostanzialmente in due modi>* riconducibile ad una sorta di *<imbroglio logico>*, in *Diritti difensivi, poteri del p.m., op. cit.*

Così, il legislatore, stretto da un lato dalla necessità di non toccare il nuovo modello accusatorio, e dall'altro, nell'impossibilità (anche di mezzi) di restringere la fase delle indagini, ha sacrificato la sostanza alla forma, lasciando inalterato il meccanismo del giudice di "sola legittimità" fuori dal dibattimento.

Il correttivo introdotto, poi, risulta assai poco adeguato allo scopo: l'art. 358 c.p.p., secondo alcuni, si pone decisamente in contrasto con una serie di norme fondamentali del nuovo processo di parti[36].

Le perplessità circa la fisionomia del pubblico ministero nel processo penale non sono nuove[37]: ora, come allora, ci si chiede se <*questo correre verso il più profondo inserimento del pubblico ministero come organo di giustizia non sia frutto di un errore di prospettiva storica e non meriti di essere riveduto alla luce del regime di democrazia parlamentare, nel quale, oggi, viviamo*[38]>.

A moderare, in definitiva, lo sconfinato potere del pubblico ministero, ibrido a due teste, in quanto organo di giustizia e portatore di interessi di parte, si sarebbe potuta costruire una diversa figura di giudice per le indagini preliminari, che, attualmente, invece, è chiamato ad esprimere la volontà della legge *iuxta alligata et probata* dal solito, onnipresente pubblico ministero.

In un contesto del genere, sarebbe stato auspicabile un intervento sulla figura del giudice nella fase investigativa, teso a recuperarne la terzietà rispetto alle parti duellanti; né è possibile pensare di favorire l'equilibrio nella decisione del giudice solo attraverso la previsione dell'art. 291, comma 1, ultima parte, c.p.p., che prevede l'allegazione degli (eventuali) atti favorevoli all'indagato[39].

In questo contesto, non può suscitare sconcerto il fatto che il ruolo

[36] DE LALLA, *Idee per un completamento istruttorio del giudice per le indagini preliminari,* in *Riv. It. Dir. proc. pen.,* 1, 1994, 72.

[37] La prospettiva del p.m. quale "organo di giustizia" nasce, storicamente, in contrapposizione a quella che lo vuole dipendente dell'esecutivo, per impedire che, attraverso gli organi del pubblico ministero, si verifichino interferenze nell'attività giurisdizionale, oltre che per garantirne la indipendenza dal governo. Ma, le interferenze negli affari della magistratura, operate durante il periodo fascista, inasprirono la polemica tra i sostenitori delle opposte tesi facendo perdere di vista il nodo centrale della questione: la necessità, cioè, di chiare prese di posizione sul rapporto tra i vari poteri dello stato ed in particolare tra magistratura e società.

[38] Testualmente VASSALLI, *Il pubblico ministero e la sua posizione nel processo penale,* in *Democrazia e diritto,* 1961, 569.

[39] Si pensi, infatti, quanto agli atti di indagine, all'eventualità che quelli ipoteticamente favorevoli all'indagato non siano stati (ancora) compiuti; quanto alle memorie difensive, all'ipotesi, assai poco peregrina, che la misura cautelare venga richiesta prima che l'interessato soggetto sia a conoscenza della sua qualità di indagato.

attribuito al giudice per le indagini preliminari si connoti, nei fatti, più che in un potere di decidere sullo *status libertatis,* nel ridotto potere di ratificare le scelte compiute dal p.m., a causa del condizionante fardello rappresentato dalle smisurate possibilità di azione e di scelta del requirente, rispetto alle limitate possibilità di conoscenza del giudicante[40]. A tale proposito, non a caso, autorevole dottrina[41], stigmatizzando la situazione, ha parlato di decisione giurisdizionale presa <non soltanto senza la stereofonia del contraddittorio>, ma sulla scorta dei <soli strumenti che il pubblico ministero gli vuole far ascoltare>.

La scarsa sinergia così instaurata non giova al risultato: un giudice "controllore", il cui orizzonte conoscitivo è, insindacabilmente, disegnato dall'organo "controllato", tenderà fatalmente, nel dubbio, a non discostarsi dall'impostazione della vicenda offerta dal p.m., che più di lui conosce il materiale delle indagini[42].

In definitiva, l'intervento del giudice si riduce ad una verifica astratta sulla ragionevolezza della richiesta presentata, ben lontana dal controllo concreto sul singolo caso affidatogli dal legislatore, e precluso dalla impossibilità di verificare la totalità dei risultati delle indagini svolte[43].

3. *La vicenda in concreto: giurisprudenza*

Uno sguardo alla giurisprudenza formatasi sull'art. 291 c.p.p. non può che confermare le perplessità sin qui rappresentate.

Di ciò si trova riscontro nella costante interpretazione della Cassazione secondo la quale non vi è un dovere del pubblico ministero di tra-

[40] Sotto il profilo ordinamentale è difficile disconoscere gli inconvenienti che derivano, non foss'altro sul piano psicologico, dal fatto che il g.i.p. sia chiamato a pronunciarsi sulle richieste del <*collega della porta accanto*>, con il quale ha una sua contiguità non solo logistica ma anche professionale, GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari e le garanzie della libertà personale,* in *Riv. It. Dir. proc. pen.,* Milano, 4, 1994, 1257.

[41] In questi termini, GIOSTRA, *Il giudice delle indagini preliminari e le garanzie della libertà personale,* in *Riv. It. Dir. e proc. pen.,* 1994, 128, che si interroga sulla autenticità di una garanzia costituzionale così costruita.

[42] La peculiarità del momento procedurale nel quale la decisione cautelare interviene comporta, peraltro, la possibilità di utilizzare atti che normalmente non sarebbero, o lo sarebbero limitatamente, spendibili nel dibattimento in quanto formati unilateralmente dal p.m. Sottolinea tale anomala situazione DE CARO, *Le misure cautelari personali,* in *Trattato di procedura penale* a cura di Spangher, Tomo II, Torino, 2008.

[43] Si tenga conto che il parametro per la qualificazione di un elemento di prova come favorevole all'indagato non è solo quello relativo alla applicazione della misura richiesta ma anche quello che consenta al giudice di applicare una misura più vantaggiosa rispetto a quella richiesta dal p.m.

smettere al giudice, unitamente alla richiesta di applicazione della misura, tutti gli atti di indagini compiuti.

Né tale dovere si configura nella successiva fase del riesame.

Infatti, secondo la Corte, che si affida ad una interpretazione prevalentemente letterale del dato normativo, l'art. 291 c.p.p., consente al p.m. di "selezionare" gli atti da sottoporre all'attenzione del giudice; non solo, l'assunto viene poi "colorato" da una serie di elementi, tutti diretti a corroborare il potere attribuito all'accusa pubblica.

In virtù delle esigenze investigative, e della loro segretezza[44], si ritiene, ad esempio, come l'organo pubblico possa mantenere riservata l'indicazione dei nominativi degli autori delle dichiarazioni accusatorie[45]; oppure, possa omettere parte degli atti trasmessi, quando la loro divulgazione possa pregiudicare le ulteriori indagini[46].

Va da sé che la valutazione circa il pericolo di pregiudizio sia lasciata esclusivamente allo stesso pubblico ministero e risulti sfornita di qualsiasi forma di controllo, anche successivo.

In questo contesto, ancora, la giurisprudenza, ha considerato legittima la prassi degli "*omissis*" del contenuto di parte degli atti di indagine trasmessi al giudice per la sua decisione, sul presupposto che il termine <elementi>, contenuto nell'art. 291 c.p.p., faccia riferimento non solo agli atti nella loro integralità ma anche a parti o stralci di essi[47].

Con buona pace della possibilità della difesa di poter efficacemente contrastare, o verificare, l'informazione in tal modo offerta al giudice e, peggio, di realizzare un efficace contraddittorio avanti al tribunale del riesame[48].

Quanto, poi, alla necessità che al tribunale in questione vengano trasmessi tutti gli atti presentati unitamente ala richiesta cautelare, versante tra i più delicati, attesa la funzione di controllo attribuita a questo organo, si registrano diversi orientamenti, specie per quanto attiene le conseguenze della mancata allegazione.

Un primo, più rigoroso orientamento[49], riteneva come l'integrale tra-

[44] Cass., 9 febbraio 2006, CED 233160.

[45] Cass., 18 aprile 2002, CED 14615; Cass., 23 gennaio 1996, Coletta, CED 203775; Cass., 3 febbraio 1994, Quesada, CED 196489; Cass., 27 nobembre 1993, Carlito, CED 198451.

[46]Cass., 17 giugno 2005, CED 25589; Cass., 15 ottobre 2003, CED 42748.

[47] Cass., 22 dicembre 1998, Bruno, CED 212900; Cass., 1° ottobre 1998, Balbo, CED 211524; Cass., 1° aprile 1998, Romeo, CED 210207.

[48] Solo di recente le Sezioni Unite della Cassazione hanno riconosciuto il diritto della difesa ad ottenere il deposito degli atti del procedimento cautelare nella cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento restrittivo prima del c.d. interrogatorio di garanzia. Si veda Cass., S.U., 20 luglio 2005, in *Cass. Pen.,* 2005, 3265.

[49] Cass., 23 maggio 1996, Mazzara, CED 205145; Cass., 18 aprile 1996, Viviani, inedita.

smissione degli atti, risultasse dalla norma stessa e, dunque, il mancato rispetto dell'obbligo comportasse la caducazione della misura in atto. Secondo questa giurisprudenza, quindi, il controllo del giudice del riesame, doveva necessariamente estendersi alla conformità tra il provvedimento e gli atti che lo sostenevano, anche in considerazione del fatto che, in tal modo, l'indagato avrebbe avuto la possibilità di accertare la proporzione tra richiesta presentata e atti che la sorreggevano[50].

In seguito, si è fatto strada un diverso orientamento giurisprudenziale[51] il quale, partendo dal presupposto che simile controllo difensivo potesse comunque realizzarsi ex art. 293, comma 3, c.p.p.[52], ha attribuito alla richiesta di misura cautelare, la mera funzione di atto di impulso del procedimento.

Nella vicenda sono intervenute le sezioni unite della cassazione[53] che, dopo aver preliminarmente sottolineato l'importante funzione di controllo affidata al tribunale del riesame, hanno operato una (inspiegabile) distinzione relativa alla "valenza" degli atti in questione. In definitiva, si è sostenuto come la mancata trasmissione di elementi al tribunale del riesame, non influenti sulla decisione, o comunque conosciuti o conoscibili dalla difesa, non concretizza un motivo di inefficacia dell'ordinanza impositiva della misura.

A tale ultimo proposito, anzi, la Corte, stigmatizza la distinzione tra richiesta del p.m. ed elementi a sostegno della stessa: la funzione del tribunale si sostanzia ed esaurisce nel controllo del ragionamento seguito dal g.i.p. nell'adottare la cautela, e nell'esame degli atti effettivamente utilizzati nella decisione, restandone esclusa, di conseguenza, la necessità della concreta trasmissione di un atto non decisivo, anche se sottoposto all'attenzione del primo giudice.

Nel ragionamento, però, è sin troppo agevole rinvenire "vuoti di giurisdizione" del procedimento cautelare che, in alcune occasioni, hanno offerto alla giurisprudenza di legittimità la possibilità di avallare prassi lesive dei diritti fondamentali[54].

[50] Cass., 24 settembre 1996, Basanisi, in *Giust. Pen.*, 1997, III, 593.

[51] Cass., 1° febbraio 2000, Carloni, in *Dir. giust.*, 2000, 12, 16; Cass., 20 dicembre 1999, Sessa, CED 215652.

[52] Il comma 3 dell'art. 293 c.p.p. prevede che: <*Le ordinanze previste dai commi 1 e 2, dopo la loro notificazione o esecuzione, sono depositate nella cancelleria del giudice che le ha emesse insieme alla richiesta del pubblico ministero e agli atti presentati con la stessa. Avviso del deposito è notificato al difensore*>.

[53] Cass., S.U., 22 maggio 2002, Ashrat ed altro.

[54] Si veda Cass., 14 gennaio 1991, Conciatori, in *Cass. Pen.*, 1991, II, 857.

4. *Il perché di un ripensamento*

Le considerazioni sin qui svolte evidenziano la necessità di ragionare, *de iure condendo,* su alcuni aspetti della vicenda cautelare che appaiono, oggi, quali nervi scoperti di un sistema volutamente costruito attorno alle garanzie fondamentali della persona.

Le aporie relative al parziale orizzonte cognitivo del giudice chiamato ad applicare la misura, il potere incontrollato, attribuito all'accusa, di selezionare ed addirittura valutare il suo stesso materiale, la scarsa possibilità di incidenza della difesa sul versante della capacità concreta di "contraddire" la ricostruzione dei fatti, anche in vista di un successivo controllo di merito, appaiono come ossimori nella sintassi del procedimento penale, che rischiano di capovolgere le regole fondamentali del sistema.

Il diritto al controllo di merito del provvedimento applicativo, infatti, rappresenta l'anello di congiunzione tra l'esigenza reale di rimozione di eventuali errori e la garanzia costituzionale di tutela della libertà[55].

Anche perché la decisione "giusta" costituisce, - dovrebbe -, l'epilogo di ogni decisione del giudice, a prescindere dal suo oggetto: sia esso quello relativo al merito della *regiudicanda* o quello relativo alla applicazione della misura cautelare.

Ciò premesso, allora, è necessario spingere poco più avanti le riflessioni svolte: anche in materia cautelare la "bontà" della decisione assunta è collegata alla "completezza" delle informazioni poste a disposizione del giudice.

Il ragionamento è confermato dall'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali – non a caso incombente anche sul giudice della cautela – che rende concreta la necessità di dare conto dell'*iter* logico e giuridico seguito nella decisione adottata.

Un passo in avanti potrebbe essere quello di "potenziare" il contraddittorio sulla decisione cautelare[56]: dacché, se è pacifico che in questa ma-

[55] Si veda in tal senso DE CARO, *Il controllo della decisione,* in RICCIO-DE CARO-MAROTTA, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale. Una rilettura della giurisprudenza costituzionale 1956-1988,* Napoli, 1991, 161, ove si collega il diritto al controllo di merito dei provvedimenti restrittivi della libertà personale al controllo della sentenza, quale espressione, entrambi, del principio del "doppio grado di giurisdizione di merito" direttamente riconducibile nell'alveo dell'art. 2 Cost.

[56] Si veda sull'art. 111 Cost. come riformulato dalla legge costituzionale n. 2 del 23 novembre 1999, "Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione", CONTI-FERRUA-TONINI, *Art. 111 Cost.,* in *Commentario Giarda e Spangher,* Milano, 2001.

teria le norme si atteggino in modo particolare rispetto al più generale contesto processuale, è altrettanto vero che i diritti fondamentali non possano essere disconosciuti, dovendo consentire di realizzare, in concreto, la possibilità di interloquire sulle decisioni[57].

Tale diritto, in definitiva, dovrebbe giocare un ruolo fondamentale anche nella vicenda cautelare, dal momento che esso costituisce un presidio essenziale della giurisdizione intesa in tutta la sua ampiezza, senza alcuna eccezione: nessuna espressione della giurisdizione penale può prescindere oggi dalla piena attuazione del contraddittorio[58].

La valenza "minima" del contraddittorio cautelare, insomma, dovrebbe assumere la fisionomia del "diritto ad interloquire"[59]: anche le "regole di accertamento" sottese alla applicazione delle misure cautelari, infatti, vogliono evitare il margine di errore insito nella natura umana del giudice.

L'interpretazione attuale del sistema dei rapporti tra pubblico ministero e giudice, soprattutto nella fase investigativa, però, lascia spazio a non pochi margini di errore.

Infatti, il meccanismo che consente solo all'accusa di scegliere "se", e fino a che punto, un determinato elemento possa considerarsi "favorevole" o "sfavorevole", "utile" o "non utile" alla giusta decisione del giudice, non convince.

A prescindere dalle complesse dinamiche poste alla base dell'attività del valutare, non convince, appunto, che ad effettuare una simile valutazione sia lo stesso soggetto che ha concorso alla formazione dell'elemento oggetto di valutazione[60]. In questo contesto, la dot-

[57] Nel senso che il contraddittorio è non solo un efficace strumento di sviluppo endoprocessuale ma soprattutto un fondamentale principio politico, indispensabile al corretto esercizio della funzione giurisdizionale, si veda A.A.V.V., *Il contraddittorio fra Costituzione e legge ordinaria. Atti del convegno in memoria di Vincenzo Cavallai,* Ferrara, 13-15 ottobre 2000, Milano, 2001.

[58] Sul principio del contraddittorio si veda, A.A.V.V., *Il contraddittorio fra Costituzione e legge ordinaria,* Atti in memoria di Vincenzo Cavallai, Ferrara 13-15 ottobre 2000, Milano, 2001; CONTI, *Giusto processo, diritto processuale penale,* in *Enc. Dir.,* V aggiornamento, Milano, 2001; DE FRANCESCO, *Il principio del contraddittorio nella formazione della prova nella Costituzione italiana,* Milano, 2005; TONINI, *Il principio del contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento,* in *Dir. pen. Proc.,* 2000; UBERTIS, *Prova e contraddittorio,* in *Cass. Pen.,* 2002, 1182.

[59] In questi termini, anche se ancorata ad una visione del diritto ancora tradizionalmente collocato all'interno del diritto di difesa, Corte Cost., 22 giugno 2000, n. 229; Corte Cost., 10 febbraio 1999, n. 32; Corte Cost., 22 giugno 1998, n. 232.

[60] Tra l'altro occorre ricordare come, nella prospettiva cautelare, elementi a favore, rilevanti per la decisione, sono non solo quelli propriamente a discarico, ma anche quelli che abbiano l'attitudine ad incidere, in senso favorevole all'imputato, sulla qualificazione del fatto o sulla sussistenza delle esigenze cautelari.

trina[61] ha ipotizzato la possibilità di interpretare l'art. 291 c.p.p., oltre il dato letterale utilizzato dalla giurisprudenza, per arrivare ad una lettura ragionata che privilegi il collegamento con altre norme di riferimento.

Si pensi, infatti, che il giudice, nell'adottare le singole misure, deve indicare le <specifiche esigenze cautelari> e <gli indizi che giustificano in concreto> l'accoglimento dell'istanza[62], e che tale obbligo è oggi adempiuto sulla base di spazi conoscitivi pesantemente condizionati dalle potere di selezione del p.m. richiedente.

E', dunque, proprio sul piano cognitivo che il giudice per le indagini preliminari mostra le più vistose carenze in punto di "bontà" della decisione: nell'ipotesi di elementi a discolpa presentati successivamente all'esecuzione della misura, per fare un esempio, il giudice non ha né la possibilità di verificare se questi fossero già noti al pubblico ministero, né può verificare se essi siano stati valutati, ed in che modo, dall'organo dell'accusa, in relazione alla richiesta cautelare presentata. A ciò si aggiunga che lo stesso giudice non può assumere iniziative per verificare il peso dei nuovi elementi offerti.

In definitiva, il giudice delle misure cautelari, ha un potere cognitivo ben limitato cui corrisponde, nella sostanza, una responsabilità non diversa da quella del giudice che condanna o assolve. Con ciò non si vuole nascondere che la fase cautelare è caratterizzata da un giudizio probabilistico circa la futura condanna, mentre la sentenza di merito costituisce l'esito di una verifica piena sulla responsabilità penale[63]. Tra le due opzioni, infatti, esiste una indiscutibile diversità, collegata ad elementi che scandiscono e giustificano la latitudine dei diversi giudizi. Si sostiene, a questo proposito, che la valutazione cautelare sia di tipo "sommario", in quanto meno approfondita di quella che normalmente viene effettuata in sede di pronunzia della sentenza. La sommarietà, poi, secondo la dottrina, assume un duplice profilo, quello della parzialità e quello della superficialità[64].

In ciò è facile scorgere una compressione della garanzia fondamentale che consente di limitare la libertà solo a seguito di un provvedimen-

[61] Si veda MARZADURI, voce *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina),* in *Digesto delle discipline penalistiche,* Torino, 2005, 59.

[62] Art. 292, comma 1, lett. c), c.p.p.

[63] Secondo PERONI, in questa fase non si può esigere il grado di certezza necessario all'affermazione della penale responsabilità. *Chiamate di correità, dichiarazioni de relato, standards di gravità indiziaria nell'adozione delle misure cautelari,* in *Cass. Pen.,* 1994, 679.

[64] CHIOVENDA, *Diritto processuale civile,* Napoli, III ed., 1923; LUISO, *Diritto processuale civile,* I, Milano, 2000.

to – e, *a fortiori,* di un accertamento – giurisdizionale.

Non sembri eccessivo, allora, auspicare l'intervento del legislatore nell'ottica del potenziamento del quadro conoscitivo del giudice chiamato ad applicare la misura, sulla scorta di una elementare regola di epistemologia processuale, in base alla quale la conoscenza di chi è chiamato ad applicare la misura risulti, almeno, eguale a quella di chi quella misura chiede che venga applicata[65].

[65] Si veda per tutti DE CARO, *Le misure cautelari personali,* op. cit., secondo il quale all'interno del sistema processuale è necessario individuare un punto di equilibrio tra l'autonomia della sfera cautelare e la sua necessaria correlazione con le decisioni sulla responsabilità per evitare di scontrarsi con una discutibile ed eccentrica "assoluta incomunicabilità" tra ambiti eterogenei che scorrono, però, su un medesimo piano inclinato.

PAOLA COLANERI

L'espropriazione parziale dell'azienda

SOMMARIO: 1. Le problematiche dell'espropriazione parziale: primo inquadramento. - 2. Profilo soggettivo della fattispecie espropriazione parziale. - 3. Profilo oggettivo della fattispecie "espropriazione parziale" e criterio dell'unicità funzionale. - 4. Segue. Profilo oggettivo: beni produttivi, fondo e azienda. - 5. La peculiarità dell'espropriazione parziale quale "patologia" che consente di dare rilievo alle "perdite aziendali". - 6. Tipologia di danni ipotizzabili per il caso di espropriazione parziale: in particolare, incidenza dell'espropriazione parziale sul valore azienda. - 7. Meccanismo indennitario. - 8. Ricerca di una ratio per la differenza di regime indennitario nel caso di espropriazione parziale di azienda agricola.

1. *Le problematiche dell'espropriazione parziale: primo inquadramento.*

A mente dell'art. 834 c.c., la "*causa di pubblico interesse, legalmente dichiarata*" può consentire, sempre "*contro il pagamento di una giusta indennità*", di attivare un procedimento espropriativo destinato a sottrarre anche solo "*in parte*" i beni al legittimo proprietario.

La previsione espressa di un'ablazione parziale ha necessariamente come punto di riferimento, non tanto la totalità del patrimonio[1] che faccia capo ad un soggetto, bensì un unico bene appropriabile[2] la cui natura[3] e il cui profilo funzionale non ne impediscano una scissione on-

[1] Quale insieme delle situazioni soggettive suscettibili di valutazione economica e unificate in ragione della loro appartenenza ad un soggetto o della loro destinazione unitaria, DURANTE V., voce *Patrimonio*, in Enc. Giur. Treccani, 1990.

[2] Che, in generale, le *cose* per essere *beni* debbano essere *suscettibili di appropriazione* si legge in SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1971, p. 55.

[3] Nel corso di un'indagine storica sul significato della proprietà, in GROSSI P., *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, (estratto dai Quaderni Fiorentini, per la storia del pensiero giuridico moderno), Giuffrè, 1988, p.361,si legge –nella ricostruzione dell'apertura dottrinaria al concetto di "*le proprietà*" al posto di "*la proprietà*" (passaggio cruciale avvenuto nella civilistica moderna e formalizzato in occasione del congresso nazionale di Diritto di Agrario del 1935)- di un approccio diverso al rapporto tra uomo e cose: un ridimensionamento dell'individualismo "imponeva" di porsi al livello delle cose, di osservare dal basso quel rapporto "*senza preconcetti individualistici e con una disponibilità totale a leggere le cose senza occhiali deformanti. E le cose avevano dimostrato di essere strutture non generiche ma specifiche, con assetti specifici e diversificati che richiedevano diverse e peculiari costruzioni giuridiche se queste ultime volevano essere congeniali e non mortificanti….*"

tologica[4] e di destinazione[5].

Quest'ultima fattispecie integra l'ipotesi dell' "*espropriazione parziale*".

Si ha espropriazione parziale quando il procedimento giuridico attivato dalla pubblica autorità determina il trasferimento coattivo del diritto reale su una parte di un bene sicchè il soggetto espropriato conserva la possibilità di esercitare le facoltà connesse al diritto reale *de quo* soltanto sulla porzione di bene non oggetto dell'espropriazione.

In prima approssimazione si tratta di un procedimento destinato a produrre effetti meno invasivi e negativi nella sfera del privato espropriato: questi pur conservando un residuo diritto sul bene assiste alla privazione della "sostanza economica" di tale residuo diritto.

La consapevolezza che ad un *anticlimax* formale - espropriazione to-

[4] Il riferimento è alla distinzione tra cose *divisibili* e *indivisibili*.

" *Divisibili sono le cose che possono essere ridotte in parti omogenee ciascuna delle quali rappresenti in proporzione l'essenza, il valore e la funzione del tutto…Divisibile per eccellenza è il fondo ed in genere le cose immobili… "*, *sic* in DE MARTINO F., *Dei beni in generale*, in Comm. del Cod. Civ. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1976, p. 8.

Si tratta di una distinzione non enunciata espressamente dal codice ma ricavata dalla dottrina in ragione della qualità delle cose. Per es. il BIANCA, al riguardo, propone un accertamento della divisibilità in base a criteri *materiale* ed *economico funzionale* sicchè la divisibilità materiale sussiste "*quando il bene può essere scomposto in parti omogenee senza il loro apprezzabile deterioramento e senza costi eccessivi*" mentre la divisibilità economico-funzionale sussiste "*quando il bene può essere scomposto in parti aventi valore ed utilità proporzionali al tutto*" (BIANCA M., *La proprietà*, Giuffrè, 1999, pp. 63 e 64). I beni sarebbero dunque indivisibili a causa di una infrazionabilità materiale e/o economico-funzionale.

L'indivisibilità può dipendere dalla natura delle cose ma anche dalla volontà del privato, del giudice o della legge (per es. si vedano gli articoli del codice civile 713, 714, 716, 717, 720, 722, 1112, 1114, 1316, la previsione sulla minima unità colturale di cui all'art. 846 c.c. abrogato dall'art. 5 *bis* del D.Lgs. 228/2001 come modificato dall'art. 7, c. 10 del D.Lgs. 99/2004).

[5]Il riferimento è alla destinazione oggettiva di un bene sul quale già incidano leggi conformative o ablative in via implicita: si pensi alla proprietà destinata alla tutela del paesaggio o ai vincoli storico-artistici.

Il nostro ordinamento giuridico, infatti, prevede una riserva di legge relativa (MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1967, p. 894) che caratterizza il potere del legislatore di provvedere alla destinazione dei beni economici in vista di una funzionalizzazione della proprietà dei medesimi senza che a ciò osti la destinazione già eventualmente impressa dal proprietario.

La problematica delle *destinazioni* dei beni e, particolarmente, dei beni fondiari è qui solo accennata, non se ne possono tuttavia sottacere la inferenza sui temi della *proprietà* e dei *beni* nonchè gli innumerevoli aspetti che possono essere affrontati nell'ambito di un diverso ordine di discipline. Si rinvia agli studi di FRANCARIO L., *Le destinazioni della proprietà fondiaria*, Terni, 1984; Id., *Le destinazioni della proprietà a tutela del paesaggio*, Napoli, 1984.

Sempre in tema di destinazione, GALLONI G., *Potere di destinazione e impresa agricola*, Milano, 1974; IANNELLI A, *La proprietà costituzionale*, ESI, 1980, pp. 99 e ss.

tale/espropriazione parziale- possa corrispondere un *climax* sostanziale -per cui l'espropriazione parziale non necessariamente rappresenta un *minus* rispetto all'espropriazione totale- ha, evidentemente, indotto il legislatore a legittimare, con espresso riconoscimento, il fenomeno dell'ablazione parziale.

Diversi sono i riferimenti normativi della fattispecie.

L'art. 834, 1°, c.c. infatti – come anticipato- tutela il privato a fronte di una privazione "…*in tutto o in parte dei beni di sua proprietà*….".

Simile enunciato si riscontra nell'art. 865, 1°, c.c. laddove, nel rispetto della legge speciale, si legittima una "*espropriazione parziale o totale del fondo*" appartenente al proprietario che, con la sua condotta inadempiente agli obblighi, comprometta l'attuazione del piano di bonifica[6].

L'art. 33 del T.U. sull'espropriazione disciplina, nel capo VI dedicato all'indennità di espropriazione, il fenomeno dell' "*Espropriazione parziale di un bene unitario*" fornendo dei criteri per la determinazione del valore della parte espropriata in relazione alle ricadute che l'ablazione determina sulla parte residua.

Da ultimo, non può essere omesso un riferimento all'art. 40 della L. 2359/1865, il quale, benchè abrogato[7], trova ancora applicazione per le fattispecie espropriative la cui pubblica utilità sia stata dichiarata anteriormente al 30 giugno 2003[8]: la norma in questione, per i casi di "*occupazione parziale*", prevede un calcolo dell'indennità attraverso il ricorso al criterio differenziale tra il giusto prezzo che avrebbe avuto l'immobile senza l'occupazione ed il giusto prezzo che avrebbe potuto avere la parte residua di esso dopo l'occupazione.

Oggetto di attenzione legislativa è, altresì, la "*retrocessione parziale*" di cui all'art. 47 del T.U. sull'espropriazione. Quando, dopo l'esecuzione dell'opera pubblica residuino aree non utilizzate per le quali non sus-

[6] Sull'innovazione introdotta in materia dal Codice Civile del 1942, rispetto alla Legge speciale costituita dal R.D. 13.02.1933 n. 215, si veda DE MARTINO F., *Dei beni in generale*, in Comm. del Cod. Civ. Scialoja-Branca, *cit*., pp. 249 e ss., ove si apprezza come siffatta espropriazione sia consentita, non già a fronte di una semplice inattività del proprietario, bensì a causa di un inadempimento che comprometta interessi vitali della bonifica. La previsione dell'art. 865 c.c. era, dunque, conforme alle tendenze sociali del diritto dell'epoca di restringere entro limiti, il più possibile rigorosi, un provvedimento che potesse risolversi in un vantaggio a favore del proprietario più ricco -in grado di adempiere più facilmente agli obblighi importanti modifiche o lavori sul fondo- contro il più povero.

[7] La L. 2359/1865 è stata abrogata dall'art. 58, D.Lgs. 325/2001e dall'art. 58 D.Lgs 327/2001. L'abrogazione è stata confermata dall'art. 24. D.L. 112/2008.

[8] A mente dell'art. 59 D.L.gs. 327/2001, "*Le disposizioni del presente testo unico entrano in vigore dal 30 giugno 2003*".

sista più alcun legame funzionale di strumentalità all'opera pubblica, l'espropriato ha facoltà di attivare un procedimento volto ad ottenere la retrocessione parziale del bene.

La fattispecie ora considerata rileva in quanto offre uno scenario in cui si manifestano le criticità connesse alla valutazione del "*corrispettivo della retrocessione*" (*sic ex* art. 48, 1°c., T.U.E.) che sono speculari a quelle che ricorrono nel calcolo dell'indennità per il caso di espropriazione parziale: l'art. 48 T.U.E. rinvia infatti, per l'ipotesi di mancato accordo, ad una determinazione da operarsi in base "*ai criteri applicati per la determinazione dell'indennità di esproprio e con riguardo al momento del ritrasferimento*".

2. *Profilo soggettivo della fattispecie espropriazione parziale*

Individuati i riferimenti normativi del fenomeno dell'espropriazione parziale e delle sue conseguenze è opportuno indagarne la portata differenziale alla luce degli elementi in presenza dei quali può ritenersi verificata la fattispecie in questione.

Ad una prima analisi del dato giurisprudenziale[9], si rileva come fondamentale il criterio della cosiddetta "*unisoggettività*": non sarebbe ravvisabile un'ipotesi di espropriazione parziale mancando il presupposto dell'identità del proprietario con riferimento alla parte espropriata e a quella non espropriata.

Tale affermazione è valida con l'esclusione del caso di esproprio di terreni agricoli -su cui insista un'organizzazione aziendale- in cui è prevalente, rispetto all'elemento soggettivo, il requisito caratterizzante dell'unità economica e funzionale che lega la particella espropriata a quella residuale. L'esercizio di azienda agricola è, infatti, espressamente previsto dal legislatore[10] -nell'art. 16 della L. 865/1971 e oggi- nell'art. 40 D.P.R. 327/2001 sicchè, risultando impossibile riferire l'azienda agraria ai soli terreni in proprietà del titolare, si consente, sul piano della corresponsione delle indennità, anche un riconoscimento delle posizioni di soggetti diversi dal proprietario del fondo.

[9] Cass. 31 gennaio 2008, n. 2424 in *Urbanistica e appalti*, 2008, 5, 602 ; Cass. 17 agosto 2004, n. 17112 in *Foro Amm. CDS*, 2004, 2496.

[10] Per esempio, in Cass., 31 gennaio 2008, n. 2424, cit. e in Cass. 14 settembre 1999,n. 9814 in www.utetcedampluris.it si segnala che *"…il solo caso in cui è riconosciuta autonoma rilevanza alla perdita aziendale, in aggiunta a quella dominicale, è quello dell'azienda agricola in cui si fa luogo all'attribuzione di un valore complementare, non strettamente coincidente con il valore agricolo medio determinabilee attraverso le tabelle cui fa rinvio la L. 865 del 1971, art. 16*".

Il rilievo del soggetto può, dunque, manifestarsi diversamente anche in base alla destinazione economica del bene: l'unisoggettività può, cioè, essere requisito più o meno imprescindibile in base alla destinazione impressa ai beni sia per volontà del soggetto stesso sia per l'oggettiva prevalenza dell'organizzazione funzionale di un determinato oggetto dell'espropriazione.

Il profilo soggettivo, invece, non ha rilievo in punto di apprezzamento quantitativo delle conseguenze del fenomeno espropriativo parziale.

La fattispecie di espropriazione parziale, infatti, con la conseguente indennizzabilità della diminuzione di valore della parte residua del fondo, si intende realizzata quando la parte non ablata del fondo sia intimamente collegata con quella espropriata - a mezzo di un vincolo strumentale ed oggettivo tale da conferire unità economico-funzionale all'intero immobile – sicchè la separazione delle due parti dell'immobile determina in modo oggettivo, "*con esclusione di ogni valutazione soggettiva, cioè rilevante per il solo proprietario o per persone determinate*" e non in grado di influenzare l'effettivo valore venale dell'immobile, un'inferenza negativa sulla parte non espropriata[11].

3. *Profilo oggettivo della fattispecie "espropriazione parziale" e criterio dell'unicità funzionale*

Per quanto concerne il profilo oggettivo, il procedimento espropriativo per essere qualificato "*parziale*" ed innescare i peculiari meccanismi indennitari, deve comportare la sottrazione al proprietario di una parte del bene oggetto del suo diritto in modo che, tra le conseguenze rilevanti ai fini indennitari, si porrà il problema della valutazione del valore della parte non interessata dall'espropriazione. Ciò che sembra rilevare, piuttosto che l'unitarietà materiale della cosa o l'identità del titolo di appartenenza, è dunque l' "*unitaria destinazione economica del bene*".

La destinazione unitaria[12], che leghi sul piano funzionale le parti di

[11] Cass. sez. I, 10 luglio 1998, n. 6722 , Cass. sez. I, 13 settembre 1993, n. 9489, in www.leggiditaliaprofessionale.it ;

[12] Che l'espropriazione parziale si configuri quando "…*la parte espropriata e quella non espropriata siano elementi di* un unicum *sotto il profilo funzionale ed economico ed il distacco dell'una oggettivamente influisca in modo negativo sull'altra*", si legge in Cass. 23 novembre 2004, n. 22110 in *Urbanistica e appalti*, 2005, 3, 326. L'orientamento, univoco sul punto, vanta, tra le altre pronunce, anche Cass. 10 luglio 1998, n. 6722 in *Appalti, Urbanistica, Edilizia*, 1999, 488; Cass. 27 settembre 2002, n. 14007 in Gius. 2003, 3, 297 ; Cass..24 giugno 2003, n. 9981 in *Dir. e Gir. Agr*., 2004, 124;

un bene, può infatti determinare, per il soggetto espropriato, un pregiudizio ulteriore e diverso da quello calcolato con riferimento soltanto alla porzione espropriata e ciò proprio a causa della compromissione o comunque dell'alterazione delle possibilità di utilizzazione della restante porzione e del connesso deprezzamento di essa.

L'art. 33 del D.P.R. 327/2001 riferisce l'ablazione ad una parte di un "*bene unitario*".

Questa specificazione renderebbe necessario circoscrivere la nozione di "*bene unitario*" verificando se questa possa assorbire anche le ipotesi in cui le parti di un fondo –successivamente separate assiologicamente dall'evento espropriativo- siano, tra loro, in rapporto pertinenziale[13] ovvero siano collegate solo sotto il profilo funzionale in quanto ricadenti, a diverso titolo, nella sfera di appartenenza di un soggetto ovvero si tratti di parti naturalisticamente separate.

La possibilità che un rapporto di pertinenza inferisca negativamente sul configurarsi dell'espropriazione parziale va esclusa nei limiti in cui la destinazione unitaria impressa dal titolare del diritto reale alle cose non sia venuta meno prima del fenomeno espropriativo sì da rompere quel collegamento funzionale che consente una valutazione unitaria.

Per esempio, al riguardo, la Cassazione[14] nel ribadire il criterio dell'unitaria destinazione economica, afferma esplicitamente che "*… l'espropriazione di un terreno adiacente ad un fabbricato, abbia o meno questo i connotati della pertinenza di cui all'art. 817 c.c., non è riconducibile nell'ambito dell'espropriazione parziale e delle regole ad essa attinenti, se l'unico proprietario dell'insieme non riceva un impoverimento maggiore rispetto a quello correlato al valore del terreno medesimo in se considerato*"; in altra occasione[15] è dato rinvenire simile risultato interpretativo ove si legge che "*…l'indennità per l'espropriazione di una porzione di terreno edificabile, la quale sia pertinenza di*

[13] Sulle pertinenze, ANDREOLI, *Le pertinenze*, Milano, 1936; CONTURSI LISI, *Le pertinenze*, Padova, 1952; ROSSI, *Le pertinenze e le cose accessorie*, Padova, 1985;

In particolare, sulle pertinenze agrarie, si veda, SCHERMI, *I presupposti legali per la costituzione del rapporto pertinenziale*, in *Giur. Agr. It*., 1960, p. 263; CARROZZA, *Sul procedimento di destinazione pertinenziale*, in *Riv. dir. agr*., 1967, I, p. 767.

[14] Cass. 24 settembre 2007, n. 19570, in www.utetcedampluris.it .

[15] In Cass. 23 novembre 2004, n. 22110, in *Urbanistica e Appalti*, 2005, 3, 326 , il profilo del rapporto di pertinenza viene considerato in relazione alla questione concernente la distinzione di normativa applicabile in base alla natura edificabile o meno delle aree da espropriare: quivi si afferma, appunto, che la regola della stima differenziale dell'art. 40, L. 2359/1865 non è inconciliabile con la norma dell'art. 5 bis, D.l. 333/1992 per le aree edificabili atteso che quest'ultima fa riferimento, sia pure come parametro concorrente, al valore venale.

fabbricato e determini con il proprio distacco una riduzione del valore dell'immobile residuo, deve essere calcolata sottraendo dal valore dell'intero immobile prima dell'espropriazione il valore della parte restante, e poi applicando sul risultato il criterio dell'art. 5 bis (D.L. 333/1992)….".

La destinazione economica unitaria sembrerebbe, altresì, criterio idoneo a far ricadere nel concetto di "bene unitario" anche i casi di bene che, per esempio, sia costituito da fondi o strutture tra loro fisicamente non adiacenti (si pensi all'ipotesi di un complesso immobiliare con unità separate) o rientranti a diverso titolo nella sfera di appartenenza del titolare.

Quanto all'aspetto della necessità o meno della contiguità materiale delle parti di un bene, che subiscano diversa sorte a causa dell'incidenza parziale dell'espropriazione, è tuttavia dato rinvenire un indirizzo giurisprudenziale orientato a richiedere un rapporto di "*unità funzionale per ubicazione e destinazione*": l'unità funzionale "*per ubicazione*", non meglio precisata dalla pronuncia *de qua*[16], potrebbe essere tuttavia interpretata in senso lato, quale criterio idoneo solo ad evitare che la non adiacenza materiale possa tradursi in uno strumento di abuso da parte del soggetto espropriato.

A questa interpretazione sembra dare agio, da una parte, l'esplicita prevalenza riconosciuta dalla giurisprudenza, nelle plurime occasioni citate, all'unitarietà funzionale economica oggettiva tra le parti, dall'altra, la logica argomentativa che sorregge in via implicita altre motivazioni. Per esempio, in un ulteriore arresto giurisprudenziale[17], in cui pur si poneva *a latere* un problema di terreno espropriato che *confina* con altra area del soggetto espropriato, la soluzione offerta dalla Suprema Corte si riassume nell'indicare la necessità di un *accertamento di fatto* in ordine al "*rapporto di unità funzionale ed economica*" dal quale ricavare l'unità o l'autonomia "*e per natura e per destinazione*" del fondo espropriato rispetto a quello non espropriato: il rinvio ad una verifica del caso concreto circa il rapporto tra fondi, il riferimento ai "*fondi*" piuttosto che alla "*parte di un fondo*" e la scissione ontologica tra unità o autonomia "*per natura*" o "*per destinazione*" sono elementi che sembrano deporre a favore della conclusione che un bene possa essere considerato unitario anche solo in base all'unitarietà funzionale che possa collegare due entità distinte per natura.

A sostegno dell'indifferenza del diverso titolo di appartenenza di beni ad un soggetto espropriato solo parzialmente, sembra potersi rile-

[16] Cass. 10 luglio 1998, n. 6722 in www.leggiditaliaprofessionale.it.
[17] Cass. 9 maggio 1990, n. 3790 in *Riv. Gir. Edil.*, 1990, I, 672.

vare che l'unità funzionale può fondarsi anche sulla strumentalità dei beni ad una organizzazione aziendale sicchè il "*legame produttivo*" potrebbe rendere necessario valutare l'ulteriore danno eventualmente provocato dall'ablazione di un fondo in proprietà rispetto ad un'azienda che si svolga su un residuo immobile del quale il proprietario espropriato sia solo usufruttuario.

In altri termini, un'unità funzionale-aziendale potrebbe anche sostituirsi alla carenza del profilo soggettivo dell'unisoggettività.

Questa considerazione è sicuramente conforme all'orientamento giurisprudenziale per il caso di esercizio di un'azienda agricola e dunque di esproprio parziale che venga a colpire un tale assetto di beni, non altrettanto invece accade per le aziende non agricole.

Può, dunque, ritenersi che l'espropriazione parziale abbia ad oggetto un bene unitario sul piano funzionale-economico-oggettivo, piuttosto che naturalistico o soggettivo, sicchè il meccanismo indennitario peculiare alla fattispecie avrà ragione di essere applicato proprio per la valorizzazione della *deminutio* di valore e di utilizzabilità subita dalla parte di bene residuale rispetto alla parte di bene espropriata.

4. *Segue. Profilo oggettivo: beni produttivi, fondo e azienda*

L'analisi del profilo oggettivo, in questa sede, impone di limitare[18] il discorso all'ipotesi dell'espropriazione parziale di un bene immobile, da considerare isolatamente oppure in ragione del suo utilizzo.

La distinzione tra beni, che più corrisponde all'attualità giuridico-economica, è quella tra *beni di consumo* e *beni destinati alla produzione*[19].

Un bene immobile può essere considerato in sé come *res* produttiva.

E' il caso, per esempio, delle cave e delle miniere che assurgono nel-

[18] L'art 42 Cost. e l'art. 834 c.c., non limitano l'oggetto dell'espropriazione, sicchè esistono norme che consentono l'espropriazione di imprese (L. 6 dicembre 1962, n. 1643), di cose mobili (si veda oggi il capo VII del Codice dei Beni Culturali ex D.Lgs. 42/2004), di diritti (per es. il diritto d'autore ex artt. 112-114 L. 633/1941 o il brevetto per invenzioni industriali ex artt. 60-62 R.D. 1127/1939)… L'art. 1 dell L. 2359/1865 riferiva l'espropriazione ai beni immobili e ai diritti relativi ad immobili; medesima dicitura si rinviene nell'art. 1 del D.P.R. 327/2001.

[19] Come afferma GALLONI G., nella sua presentazione al libro di BRUNI A.M., *La compravendita di fondo rustico*, cit., p.XII, "*Così come alla bipartizione fondamentale del diritto romano risalente all'epoca classica tra res mancipi e res nec mancipi, subentrò, nell'epoca post classica – ed è rimasta incontrastata sino ad ora, la partizione tra mobili e immobili, oggi possiamo dire che, nello sviluppo moderno industriale maturo o post-industriale, la distinzione socialmente più rilevante dei beni è tra beni di consumo e beni destinati alla produzione*".

l'interpretazione giurisprudenziale[20] a " res *che per loro natura hanno carattere di bene produttivo*". In tale fattispecie, l'espropriazione avrà per oggetto entità fruibili direttamente in termini di appropriazione materiale e non reversibile né rinnovabile ed opererà su un contesto che sfugge alla logica di distinzione tra aree edificabili ed aree agricole. Si è, dunque, affermato che il reddito correlato alla estrazione del materiale per tutto il tempo della sua prevista utilizzabilità costituisce il razionale riferimento ai fini indennitari per l'ablazione ovvero che ai medesimi fini occorre considerare i proventi che l'espropriato sarebbe stato in grado di

Disquisendo circa il profilo degli interessi collegati ad un bene, FRANCARIO L., *I beni in generale*, in Diritto Civile diretto da Lipari-Rescigno, Giuffrè, 2009, p. 28, sottolinea come il godimento proprietario sui *beni di consumo* riassuma in sé ancora "*…le caratteristiche di assolutezza e di esclusività di un tempo, in quanto l'ordinamento non riconosce rilievo al riguardo ad interessi altri rispetto a quelli proprietari*".

Diversamente, in CANTELMO V.E., *Le forme attuali di proprietà privata. La forma agricola*, ESI, 1984. P. 28, si sottolinea altro aspetto dei beni di consumo: poiché i beni di consumo sarebbero i beni presenti in massa sul mercato e dunque a disposizione anche dei redditi più bassi non potrebbe individuarsi negli stessi un "oggetto" di proprietà connotato attraverso il requisito della *privatizzazione* consistente nel fatto che l'attribuzione ad un soggetto ne impedisce il godimento per altri tendenziali titolari. (Forse più, che parlare di non privatizzazione dei beni di consumo la differenza risiederebbe nel fatto che c'è privatizzazione e dunque uso esclusivo del singolo bene ma non essendoci scarsità sociale ci sarebbe più facilità di accesso al bene: il problema non è di statuto proprietario bensì è un problema sociologico-economico).

[20] In Cass. 25 luglio 2006, n. 16983, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 11, 1274, con nota di DE MARZO, in materia di "*cave*", si ribadisce un principio, estensibile, per analogia, anche alle "*miniere*" e già enunciato in precedenti decisioni intervenute nell'ambito dell'indifferenziato alveo del valore venale (L. n. 2359 del 1865, art. 39) e ben prima che la norma contenuta nella L. n. 359 del 1992, art. 5 *bis* introducesse la nota dicotomia tra le aree edificabili e tutte le altre aree (Cass. 14 gennaio 1980, n. 326; Cass. 26 febbraio 1991, n. 2061; Cass. 3 maggio 1991, n. 4848; Cass. 20 giugno 1991, n. 6978; Cass. 7 settembre 1992, n. 10277): " *l'indennizzo per l'esproprio di beni siffatti, da considerare entità fruibili direttamente in termini di appropriazione materiale e non reversibile nè rinnovabile, ovvero in un contesto di utilizzazione e consumo che sfugge alla logica che, nell'ottica della L. n. 359 del 1992, già citato art. 5 bis presiede alla valutazione delle aree, si sottrae alla rigida dicotomia normativa tra suoli agricoli e suoli edificatori, onde va determinato, attesa la peculiare natura produttiva di detti beni i quali sono utilizzabili non per quel che si può su di essi costruire (aree edificabili) o dal loro soprassuolo trarre (aree agricole), in modo tale da apprestare un serio ristoro per l'ablazione dei medesimi e, quindi, sulla base del razionale riferimento ai proventi che l'espropriato, in quanto pure titolare della cava (o della miniera), sarebbe stato in grado, in una libera contrattazione, di ricavare per effetto dell'esercizio dell'attività estrattiva se il bene non gli fosse stato espropriato, ovvero deve essere ragguagliato alle capacità estrattive dell'area e, quindi, al reddito prodotto e producibile per tutto il tempo della prevista utilizzazione del materiale, sino all'estinzione, cioè, del rapporto o all'esaurimento (effettivo od economico) del giacimento, avuto riguardo alla produttività della cava (o della miniera), alle sue specifiche possibilità di sfruttamento ed al valore di mercato del materiale anzidetto all'epoca dell'esproprio….*".

ricavare, in una libera contrattazione, per effetto dell'attività estrattiva se il bene non gli fosse stato espropriato [21].

La soluzione diversificata in materia di cave e miniere potrebbe forse fondare un principio di indennizzabilità idoneo anche ad estendere un serio ristoro alle ipotesi di espropriazione di beni che non hanno destinazione agricola né edificabile (per esempio, beni caratterizzati da una destinazione produttiva collegata ad un'organizzazione aziendale oppure beni destinati a verde pubblico, ad impiantistiche sportive, parcheggi…).

Un bene immobile può, altresì, essere *destinato* alla produzione tant'è che un *terreno* viene qualificato *fondo* proprio in ragione di tale peculiare destinazione.

Il bene fondiario[22] è suscettibile di diverse valutazioni a seconda della destinazione che sia ad esso impressa.

La stessa distinzione terminologica tra il concetto di "*suolo*" -nozione più ampia indicativa di un terreno non considerato solo come nuda terra, indipendentemente da ogni valutazione di politica agraria o economica- e quello di "*fondo*"[23] corrisponde ad una differenza sostanziale. Il "*fondo*" assurge, infatti, a sinonimo di "*proprietà terriera*"[24] che, sul piano economico, può caratterizzarsi per la destinazione all'esercizio di at-

[21] Il principio che regola l'indennizzo in materia di cave e miniere è ribadito da Cass. 8829/2009 in www.utetcedampluris.it .

[22] Al riguardo si rievoca la riflessione del Pugliatti che incentrava i suoi studi in tema di proprietà sul rifiuto di una concezione oggettivistica che conduceva ad identificare la proprietà con lo statuto del bene avallando invece una ricostruzione del sistema che non prescindesse dall'elemento che *"logicamente costituisce e costituirà sempre il termine fondamentale di ogni fenomeno giuridico, il soggetto"*, PUGLIATTI, *Lineamenti della proprietà agricola*, in vol. *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, pp. 264, 323 e ss;

BUSNELLI, *Dalla proprietà agraria alle proprietà agrarie con ritorno alla proprietà*, in *Riv. dir. agr*., 1983, I., p. 474.

[23] Sulla difficoltà della ricostruzione di una nozione di *fondo*, SALARIS F. , *Considerazioni sulla proprietà agricola*, Milano, 1981, pp. 83 e ss;

Sulla relazione tra nozione di "*suolo*" e "*fondo*", VALERI G., *Impresa, azienda, fondo nel nuovo diritto agrario italiano*, in *Riv. dir. agr*., 1943, pp. 156 e ss; VIGNOLI, *Sull'individuazione del fondo anche con riguardo alla prelazione agraria*, in *Riv. dir. agr*, 1975, pp.578 e ss.

[24] La *proprietà fondiaria*, nell'accezione accolta dal Codice Civile, è tanto la *proprietà di fondi rustici* quanto la *proprietà di edifici*: nel Codice del 1942 viene infatti posta come genere la proprietà fondiaria o immobiliare e come successive specificazioni la proprietà rurale e la proprietà edilizia. In particolare la disciplina della proprietà dei fondi rustici tende a riassumere sistematicamente la precedente normativa in materia di proprietà agricola connotata per il riferimento all'agricoltura e alla funzione della produttività. (si veda per una sintesi, CANTELMO V.E., *Le forme attuali di proprietà privata. La forma agricola*, cit. p. 48)

tività agricola -da *bene-terra*[25] a *fondo rustico*[26] –o per la funzionalizzazione ad altro tipo di organizzazione imprenditoriale: il profilo soggettivo della destinazione ad impieghi produttivi può variamente combinarsi con la intrinseca potenzialità del fondo, salvi gli eventuali vincoli imposti dal legislatore.

In particolare, dunque, sulla valutazione economica di un fondo incidono sia la tipizzazione urbanistica sia la destinazione impressa dal privato, dalla quale la prima può essere più o meno condizionata alla luce di un rapporto che non è di contrapposizione ma di individuazione di priorità nella soddisfazione dei bisogni sociali i cui strumenti sono, appunto, le risorse territoriali limitate[27].

Il bene fondiario può essere considerato in sé, anche come cosa produttiva[28], oppure come elemento integrato in un'organizzazione aziendale[29] quale fattore della produzione agricola e non.

[25] Il riferimento alla "*terra*", non è tuttavia elemento imprescindibile ed esaustivo per lo svolgimento delle possibili attività agricole, si veda sul punto, MASSART A., *Contributo alla determinazione del concetto giuridico di agricoltura*, in *Riv. dir. agr*., 1974, I, pp. 338 e ss.; CARROZZA A., *Problemi generali e profili di qualificazione del diritto agrario*, Milano, 1975, pp. 59 e ss; SALARIS F., *Considerazioni sulla proprietà agricola*, Giuffrè, 1981, pp. 6 e ss.

[26] Per la nozione di *fondo rustico*, in relazione alla funzione assolta nell'ambito dei fattori della produzione, BOLLA, *Il fondo nei suoi aspetti giuridici*, in *Scritti di diritto agrario*, Milano, 1963, p. 281; PUGLIATTI, *Fondo, azienda, impresa agricola*, in *Dopo il I Convegno Internazionale di diritto agrario*, Milano, 1958, p. 316; ROMAGNOLI E., *Aspetti dell'unità aziendale in agricoltura*, Milano, 1957, p. 13 e ss.; GALLONI, *Potere di destinazione di impresa agricola*, Milano, 1974, p. 195 e ss; Id, voce *Fondo rustico*, in IV Dig. It., vol. VIII, Torrino, 1992, 369 e Aggiornamento, Torino, 2000, 399 ; SALARIS F., *La nozione giuridica di* "fondo", in *Riv. dir. agr*., 1980, I, p. 337; Id., *Considerazioni sulla proprietà agricola*, Milano, 1981, p. 81 e ss; ; SCIAUDONE A., *Il fondo rustico nella proprietà e nell'impresa*, Napoli, 1997; BUSNELLI, *Dalla proprietà agraria alle proprietà agrarie con ritorno alla proprietà*, cit., p. 474;

[27] Sul punto si rinvia, per un'approfondita trattazione, a FRANCARIO L., *Le destinazioni della proprietà fondiaria*, cit., 27 e ss.

Sul concetto di scarsità sociale dei beni oggetto della proprietà privata con riferimento allo studio delle situazioni proprietarie, TARELLO G., *Il diritto e la funzione di distribuzione dei beni*, in S.Castiglione, R. Guarnieri, G. Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto. Lezioni*, Genova, 1981, pp. 142 e ss.

[28] Il fondo quale bene immobile "*suscettibile di seria utilizzazione a scopo agrario*" è, appunto, una *res frugifera*, sic in MASSART A., *Contributo alla determinazione del concetto giuridico di agricoltura*, cit., p. 338.

[29] In BRUNI A.M., *La compravendita di fondo rustico*, Padova, 1990, p. 9, si rileva come il legislatore abbia, in diverse occasioni, considerato il fondo quale elemento non soltanto oggettivo ed attuale bensì quale elemento, anche potenziale, dell'azienda agricola: un esempio è l'articolo 846 c.c. (ora abrogato dal D.Lgs. 99/2004) che prevedeva un vincolo alla circolazione del fondo, o di *partes fundi*, che potesse comprometterne un'adeguata utilizzazione da parte dell'azienda agricola.

Con riguardo ad un'attività di impresa agricola che si svolga su un fondo, quest'ultimo assurge ad elemento fondamentale del complesso aziendale se non a condizione della sua stessa esistenza[30].

Tuttavia il concetto di fondo – "*proprietà agricola fondiaria*"- , che è solo uno (sebbene rilevante) dei fattori della produzione, e quello di azienda agricola –"*proprietà agricola aziendale*"- restano concetti distinti cui corrispondono diritti distinti[31]: tale assunto dovrebbe poter consentire una valorizzazione dell'autonomo diritto[32] sull'azienda attraverso una diretta tutela del titolare (proprietario e non del fondo) anche nel caso di espropriazione.

Si tratta di una valorizzazione che, in realtà, andrebbe meditata anche con riferimento ad un'impresa non agricola.

L'accenno alla distinzione concettuale tra terra e fondo -a seconda che il bene sia considerato *in re ipsa* o quale elemento di un' organizzazione aziendale- che precede, è funzionale a verificare il tipo di ricadute che possono prodursi nel caso dell'espropriazione parziale: si intuisce che il fenomeno ablativo possa ingenerare un diverso ordine di conseguenze a seconda della natura dell'oggetto che venga a "*diminuire*".

[30] Sui rapporti tra fondo e azienda, GALLONI, voce *Fondo rustico*, cit.;

[31] Sul punto, FRANCARIO L., *Espropriazione per pubblico interesse*, in Commentario al Codice Civile Schlesinger, Giuffrè, 2002, p. 109, ove si richiamano i contributi di NICOLO' R., *Il trasferimento d'impresa nella sistematica delle leggi di nazionalizzazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, pp. 273 e ss; JANNARELLI A., *L'attività di impresa e i privati nel processo economico*, in *Diritto Privato. Una ricerca per l'insegnamento*, a cura di N. Lipari, Bari, 1974, p. 655 e ss.

[32] Circa la configurazione di una "*proprietà aziendale agricola*" rinvenibile sia nelle imprese su terra sia in quelle fuori terra, SALARIS F., *Considerazioni sulla proprietà agricola*, *cit*., p. 7, - ove si riporta quanto scritto da ROMAGNOLI E., *Aspetti dell'unità aziendale in agricoltura*, Milano, 1957, p. 141, " *l'azienda come organizzazione è un bene immateriale, ed il diritto su di essa deve considerarsi diritto di proprietà….indipendente perché sorge in capo al suo autore per effetto della creazione dell'organizzazione*" e sussistente *erga omnes*-, pp. 28 e ss ove " *la proprietà agricola non si riconosce più nella proprietà fondiaria: la loro identità istituzionale non sussiste univocamente a causa dell'organizzazione imprenditoriale dell'attività agricola –che configura la c.d. proprietà aziendale agricola-, esercitata spesso da un soggetto diverso dal proprietario tradizionale e regolamentata tramite il contratto agrario che è diverso rispetto alla nozione contrattuale, prevista nell'art. 1321 c.c. L'esperienza giuridica contemporanea è caratterizzata, oltre che dal manifestarsi di nuove forme di proprietà, dall'apparire di nuove categorie di beni suscettibili tra l'altro di essere usati, goduti ed acquistati con strumenti e formule che esulano dagli schemi del codice civile….*" e pp. 88 e ss ove, partendo dall'affiancamento alla figura del proprietario della figura del conduttore, si ricostruisce una evoluzione del concetto di fondo parallela alle modifiche istituzionali dell'impresa, del contratto e della proprietà agricola sì da consentire di riconoscere un'autonomo *diritto di impresa* che implica il potere di gestione dei beni strumentali ridotti ad unità sotto il profilo economico-sociale.

5. *La peculiarità dell'espropriazione parziale quale "patologia" che consente di dare rilievo alle "perdite aziendali"*

In generale, con riferimento al fenomeno dell'espropriazione, nonostante la coscienza[33] dell'eventualità che questo possa comportare la perdita di beni e valori ulteriori rispetto alla cosa[34] -oggetto del diritto reale- e funzionali ad una gestione economica della stessa, il legislatore non consente ancora all'interprete, in sede di valutazione delle esternalità negative conseguenti all'esproprio, di apprezzare autonomamente il diritto sull'impresa/azienda, eventualmente insistente sul bene ablato[35].

[33] Per es., in Cass. 21 maggio 2007, n. 11782, in www.utetcedampluris.it nel ricostruire l'*iter* argomentativo che porta ad escludere la valenza a fini indennitari, dell'azienda sul soprasuolo, si afferma, con riferimento alla dissoluzione dell'attività imprenditoriale, che "*per quanta attenzione il problema meriti* de iure condendo *l'attuale sistema (recepito anche dal T.U. di cui al D.P.R. n. 327 del 2001) non prevede tale ulteriore contributo riparatorio*".

[34] Una critica alla "*prospettiva cosale*" si riscontra nella più ampia analisi di FRANCARIO L., *Espropriazione per pubblico interesse*, art. 834, in Commentario al Codice Civile Schlesinger, cit., pp,107 e *passim*.

[35] È dato riscontrare in giurisprudenza due orientamenti.

L'orientamento generale che è tendenzialmente univoco nell'escludere dal computo indennitario il valore aziendale del bene, annovera tra le più rilevanti pronunce: Cass. Sez. Un., 8 giugno 1998, n. 5609 in Appalti, urbanistica, edilizia, 1999, 375, ove si afferma l'irrilevanza del "*reale pregiudizio che il proprietario od altro titolare di minore diritto di godimento risentono come effetto dal non potere ulteriormente svolgere, mediante l'uso dello stesso immobile, la precedente attività*", infatti ove l'ablazione impedisca la prosecuzione dell'attività di impresa che si avvaleva degli immobili, "*l'espropriazione non si estende al diritto dell'imprenditore su di essi sì che il valore del bene espropriato debba comprendere quello dell'azienda in sé considerata, quale complesso funzionale organizzato risultante da una pluralità di elementi*". Nello stesso senso, Cass. 2424/2008 in *Foro Amm. CDS*, 2004, 2496; Cass. 6 aprile 2009, n. 8229/2009 in *Urbanistica e appalti*, 2009, 9, 1075.

Nello stesso senso e con preciso riferimento al soggetto che non sia "proprietario" del bene espropriato, Cass. 18 giugno 2009, n. 14205, in www.utetcedampluris.it ove (nell' individuare il soggetto passivo dell'espropriazione) con riguardo all'attività industriale svolta da un imprenditore non proprietario del terreno e dei manufatti ivi installati, si ribadisce che "*…non sono invocabili….gli obblighi indennitari di cui alla legge del 1865, artt 39 e 40, poiché gli stessi si riferiscono esclusivamente alla "indennità dovuta all'espropriato" per la perdita del suo diritto dominicale a seguito dell'espropriazione totale (art. 39) o parziale (art. 40) del suo immobile: in conformità, del resto, alla ratio ed al contenuto dell'intera legge la quale non prevede, al pari delle successive (L. 865/1971, e T.U. appr. Con D.P.R. n. 327/2001) che all'imprenditore di esso non proprietario, costretto dall'espropriazione ad abbandonarla, spetti un'indennità per il fatto di vedere dissolta l'organizzazione aziendale di cui costituiva elemento il diritto di godimento sull'immobile espropriato :considerando l'estinzione dei minori diritti personali una conseguenza dell'espropriazione del diritto di proprietà (Cass. sez. un. 1008/1972), di cui essi costituiscono una frazione da un punto di vista giuridico, e quindi, un effetto naturale del ricorso allo strumento ablativo, quale che sia il motivo di pubblico generale interesse per cui l'espropriante decide di richiederne l'impiego; di qui, dunque le conseguenze economiche restano regolate soltanto dalle pattuizioni intercorse tra proprietario e titolari dei diritti sudetti*".

L'ulteriore e diverso orientamento, come sintetizzato nel testo, concerne invece l'espropriazione parziale che incida su un'azienda agricola.

La fattispecie dell'espropriazione parziale, connotandosi come sottrazione di un diritto su una *parte* del bene, si inserisce più forzatamente nel generale quadro di tutela delineato dal legislatore: risulta più chiaro, infatti, individuare come l'evento espropriativo subito dal privato non si riassuma e dissolva nel meccanismo ablazione/indennità in quanto non è indifferente la sorte della parte di bene non espropriato.

In altri termini, la *deminutio* del patrimonio dell'espropriato va oltre la sottrazione di una "parte" del diritto traducendosi essa stessa in un riverbero negativo sull'essenza del diritto sul bene non espropriato nonché sulle stesse libertà individuali del privato quali, fra le altre, il libero esercizio dell'iniziativa economica.

Per esempio, si consideri l'ipotesi di un'espropriazione parziale incidente su un immobile strumentale ad un'organizzazione aziendale: l'evidente permanere in capo all'espropriato della titolarità di un bene produttivo deprivato di un elemento funzionale allo svolgimento dell'attività aziendale non può che rafforzare il convincimento che il fenomeno espropriativo -nel caso in questione "parziale" ma il ragionamento conserva validità anche per l'espropriazione "totale"- sia un evento in grado di colpire "*…non solo il terreno, ma anche l'azienda che su esso insiste (e quindi anche valori quali le scorte vive e morte, l'avviamento, etc…) nonché rapporti contrattuali asserviti alla conservazione della pregressa destinazione economica: l'espropriazione della proprietà si rivela, dunque operazione più complessa di una mera ablazione di una cosa (il terreno)*"[36].

La giurisprudenza ha ricondotto all' ipotesi dell'espropriazione – al di là dei principi affermati in tema di cave e miniere - l' unica possibilità di vedere riconosciuto un indennizzo collegato agli effetti negativi dell'ablazione prodotti sull'azienda.

Tale apertura è, però, sufficientemente circostanziata alle ipotesi di azienda agricola[37] e alla ribadita impossibilità di procedere ad una "*valutazione del complesso dei beni organizzato per l'esercizio di una specifica e ben individuata impresa agricola da intendersi nel senso di cui all'art. 2555 c.c. e, quindi, di tutte le conseguenze pregiudizievoli –ivi compreso il mancato guadagno (lucro cessante)- del ridimensionamento e/o della cessazione dell'attivi-*

[36] FRANCARIO L., *Espropriazione per pubblico interesse*, art. 834, in Commentario al Codice Civile Schlesinger, cit., p. 84.

[37] Le diverse pronunce che saranno considerate pervengono, tra l'altro, al riconoscimento di un'indennità per l'espropriazione parziale che comprenda anche la valutazione dell'azienda agricola per vie interpretative differenti: alcune ritenendo applicabile direttamente il dato normativo degli articoli 15 e 16 della L. 865/1971, altre ritenendo che tale applicazione sia mediata dall'art. 40 della L. 3259/1865.

tà imprenditoriale….", nel senso che l'indennizzo potrà comunque comprendere solo "*il ristoro del pregiudizio arrecato dall'espropriazione all'attività aziendale agricola su quel terreno esercitata: di quello cioè, avente una incidenza diretta sul fondo, nel senso che esso deve attualmente consistere in un danneggiamento materiale dell'immobile o nella compromissione di una condizione di fatto essenziale per l'utilizzazione od il godimento dello stesso e deve risolversi sul piano economico in una effettiva diminuzione del valore venale del bene su cui era allocata l'azienda agricola.*".

Di qui, ciò che rileverebbe non sarebbe tanto la dissoluzione della pluralità degli elementi dell'azienda nonché dei suoi fattori di produzione, quanto il "*pregiudizio conseguente ad una diminuzione o perdita di un valore in precedenza proprio dell'immobile stesso e direttamente ricavato dalla sua peculiare destinazione agricola*"[38].

6. *Tipologia di danni ipotizzabili per il caso di espropriazione parziale: in particolare, incidenza dell'espropriazione parziale sul valore azienda.*

Nel caso di mera sottrazione di parte della proprietà che non abbia alcuna ripercussione negativa sulla parte residua non espropriata, evidentemente, il ristoro del soggetto espropriato si risolverà con le regole di indennizzo generali e relative alla sola parte ablata.

Il distacco della parte di immobile espropriata - così come l'esecuzione dell'opera pubblica su di essa- può, invece, influire positivamente o negativamente[39] sul valore della parte rimasta nella titolarità del soggetto espropriato.

L'influenza positiva potrebbe tradursi in una forma di incremento apprezzabile del valore della parte residua: questo risulterebbe elemento da considerare in sede di calcolo dell'indennità dovuta a ristoro della sottrazione subita dal proprietario, come si evince dal dettato dell'art. 33, 2° del DPR 327/2001.

D'altro canto, l'espropriazione parziale può inferire sulla proprietà del soggetto espropriato provocando una *deminutio* qualitativa, oltre

[38] Cass. 21 maggio 2007, n. 11782 in CED Cassazione, 2007; nello stesso senso, Cass. 29 novembre 2000, n. 15288 in www.utetcedampluris.it . In Cass. 6 aprile 2009, n. 8229in Urbanistica e appalti, 2009, 9, 1075, l'inciso per cui "*le perdite aziendali* - assumono- *rilevanza autonoma rispetto alla perdita dominicale solo nella diversa ipotesi di espropriazione di azienda agricola*".

[39] Cass. I, 9 maggio 1990, n. 3790, in *Riv. Giur. Edil.*, 1990, I, 672.

che quantitativa, del bene residuato in proprietà.

L'ipotesi nella quale ad una riduzione quantitativa del bene si accompagni un' affievolimento della consistenza economica della rimanente porzione non ablata, a causa di una interdipendenza tra le parti del bene, pone ulteriori aspetti problematici di valutazione dell'indennità.

Tale evenienza può manifestarsi in termini di esternalità negative riferibili *sic et simpliciter* al fondo –che, per esempio, resti intercluso, perda valore a causa dell'opera pubblica eseguita, …..- oppure traducibili in termini di riduzione o elisione della capacità produttiva o della funzionalità di un'azienda che risulti deprivata di un elemento ad essa strumentale.

In via generale, elemento necessario al configurarsi del fenomeno dell'espropriazione parziale è il fatto che la vicenda ablativa deve implicare, per il proprietario, un pregiudizio diverso da quello ristorabile mediante l'indennizzo calcolato solo con riferimento alla parte espropriata per effetto della compromissione o comunque dell'alterazione delle possibilità di utilizzazione della restante porzione e del connesso deprezzamento di essa[40]: il proprietario deve, cioè, subire un impoverimento maggiore rispetto a quello consistente nel venir meno del valore del terreno ablato in sé considerato. L' impoverimento, che si traduce in un effettivo degrado della parte residua, deve essere causato direttamente[41] dal distacco dalla parte espropriata.

Il "degrado" della parte residua deve essere oggettivamente rilevabile: restano con ciò precluse valutazioni relative al solo proprietario o a persone determinate[42].

La *deminutio* della consistenza proprietaria subita dal soggetto espropriato relativamente alla parte non ablata può tradursi sia in una perdi-

[40] Cass. 27 agosto 2004, n. 17112 , cit.

[41] L'orientamento della Suprema Corte (Cass. 23 giugno 1980, n. 3932; Cass. 10 agosto, 1982, n. 4470; Cass. 22 marzo 1990, n. 2392; Cass. 14 giugno 1999, n. 5854; Cass. 19 luglio, 1999, n. 7669; Cass. 8 febbraio 2006, n. 2810;Cass. 7 febbraio2009, n.2938) è nel senso di non computare, a fini indennitari, le diminuzioni di valore della porzione residua le quali non derivino, in forza di un nesso di causalità diretta ed immediata, dall'evento espropriativo onde l'indennizzabilità andrebbe esclusa allorchè il deprezzamento sia dovuto non soltanto a limitazioni legali della proprietà ma altresì a perdite di visuali o ad immissioni che non eccedano la normale tollerabilità e che non colpiscano in modo specifico e differenziato la porzione residua del fondo, risolvendosi in obblighi o limitazioni di carattere generale che colpirebbero tale porzione indipendentemente dall'espropriazione e che gravano, a prescindere dall'intervento ablatorio, su tutti i beni che si trovino in una certa posizione di vicinanza rispetto all'opera pubblica realizzata o da realizzare.

[42] Cass. 1 luglio 1998, n. 6722 in *Appalti, Urbanistica, Edilizia*, 1999, 488.

ta di valore commerciale del fondo residuo sia in una perdita di valore dell'azienda: entrambe le perdite possono avvenire a mezzo di diverse tipologie di danni.

Con riguardo alla perdita di valore commerciale del fondo, l'art. 44 del T.U. sull' espropriazione –come già l'art. 46 della L. 2359/1865- riconosce una speciale indennità ai proprietari che, per effetto dell'opera pubblica, subiscano una menomazione del proprio diritto in termini di "*perdita*" o "*ridotta possibilità di esercizio del diritto di proprietà*": tale indennità può ben cumularsi all'indennità di esproprio ove il soggetto, già espropriato in parte[43], subisca danni autonomamente apprezzabili -quali, per esempio, la perdita di valore del fondo dovuta ad immissioni[44] o alla interclusione o alla ridotta possibilità di esercitare il diritto di proprietà a causa del venir meno della edificabilità- relativamente ai fondi residuati in sua proprietà.

Va, comunque, segnalato sul punto anche un altro orientamento giurisprudenziale[45] formatosi in relazione all'art. 46 della l. 865/1971: si tratta dell'operatività di un diverso meccanismo liquidatorio dell'indennità in base al quale l'art. 46 sarebbe deputato a tutelare il proprietario danneggiato "dalla esecuzione di un'opera pubblica" e non anche l'espropriato in relazione ai danni subiti da altra sua propria area residua non tanto a causa dell'espropriazione subita quanto a causa dell'esecuzione dell'opera di pubblica utilità; l'indennità di esproprio ex art. 40 dovrebbe, invece, garantire il ristoro per il caso di espropriazione parziale.

Un evento espropriativo parziale può essere tale da ledere sia l'impresa sia il diritto del proprietario.

La perdita di valore dell'azienda a causa di un esproprio parziale rileva, come anticipato, sul piano della determinazione dell'indennità per il caso peculiare di azienda agricola.

[43] In Cass. 7 febbraio 2008, n. 2938 in www.utetcedampluris.it si ribadisce il principio a mente del quale "*…. in tema di espropriazione parziale ed al fine della determinazione dell'indennità espropriativa secondo il criterio differenziale fissato dalla L. 2359/1865, art. 40, ……. il valore successivamente attribuibile alla parte residua (non espropriata) del fondo deve tener conto di tutti i danni che incidono su di essa, rimasta in proprietà del titolare assoggettato al provvedimento ablatorio, vuoi che traggano origine dall'espropriazione (e, cioè, dallo scorporo vero e proprio dell'area occupata), vuoi che derivino dall'esecuzione dell'opera pubblica o dall'esercizio della pubblica funzione o del pubblico servizio cui l'opera stessa risulti destinata*"; sul punto anche Cass. 26 maggio 1997, n. 4657; Cass. 6 marzo 1999, n. 1928; Cass. 10 marzo 2000, n. 2728.

[44] In Cass. 14 maggio 1998, n. 4848 in *Appalti, Urbanistica, Edilizia*, 1999, 293, si fa, per esempio, riferimento al caso della perdita di valore del fondo -residuato in proprietà del soggetto espropriato- dovuta alla presenza di disturbi acustici.

[45] Cass. 10 marzo 2000, n. 2728 in *Urbanistica e appalti*, 2000, 6, 614.

L'art. 40 del T.U. sull'espropriazione statuisce che l'indennità definitiva per le aree non edificabili sia determinata "…*in base al criterio del valore agricolo, tenendo conto delle colture effettivamente praticate sul fondo e del valore dei manufatti edilizi legittimamente realizzati, anche in relazione all'esercizio dell'azienda agricola, senza valutare la possibile o l'effettiva utilizzazione diversa da quella agricola"*. Inoltre, l'art. 42 del medesimo provvedimento disciplina il regime delle indennità aggiuntive quali erogazioni che spettano al fittavolo- mezzadro- compartecipante che, per effetto della procedura espropriativa, sia costretto ad abbandonare in tutto o in parte l'area direttamente coltivata da almeno un anno prima della dichiarazione di pubblica utilità.

Di conseguenza la giurisprudenza, nel tentativo di coordinare le tutele della proprietà e del lavoro, ha applicato siffatto dettato normativo –che tralaticiamente riproduce in parte l'art. 15 della L. 865/1971- per tradurre in termini monetari, al di là del valore del fondo, anche le perdite subite dall'azienda a causa dell'espropriazione parziale.

La tipologia di danni che possa subire un'azienda agricola lesa nella sua unitarietà funzionale e/o strutturale dall'ablazione dovuta ad un' espropriazione parziale si articola in varie ipotesi che, in via esemplificativa, possono concernere i maggiori oneri di svolgimento dell'attività (dovuti, per esempio, all'interclusione del fondo) o la totale impossibilità di prosecuzione dell'attività (per esempio, per definitiva irraggiungibilità del fondo), le perdite di valore dovute alla impossibilità di ottimizzare l'attività con l'edificazione di nuove strutture o di continuare le coltivazioni ivi insistenti nonché anche tutte le perdite che il titolare del bene subisca non solo per effetto dell'ablazione del terreno ma anche per l'esecuzione dell'opera pubblica che l'occupa in parte o per l'esercizio del servizio cui l'opera pubblica è destinata[46].

Non è trascurabile, inoltre, il profilo dell'analisi economica che riguarda il meccanismo delle economie di scala e dunque dei maggiori costi derivanti dalla *deminutio* quantitativa del fondo.

Sul piano di una valutazione economica, infatti, può tuttora convenirsi sul punto che "*è proprio la sufficiente dimensione*[47] *dell'impresa che dà*

[46] Cass. 6 marzo 1999, n. 1928- Cass. 26 maggio 1997, n. 4657- Cass. 18 agosto 1997, n. 7663 tutte in www.utetcedampluris.it.

[47] L'esiguità delle dimensioni di un fondo rustico può incidere negativamente anche sul riconoscimento di diritti quali, per esempio, il diritto di prelazione: in Cass. 18 febbraio 2010, n. 3901, infatti, si ribadisce il principio per cui, sebbene il "*fondo rustico*" venga definito non in funzione di una determinata estensione o misura minima dello stesso, ma della sua suscettibilità di essere oggetto di attività produttiva agraria, " … *il diritto di prelazione del coltivatore resta precluso soltanto nel caso che siano accertate dimensioni del fondo talmente esigue da escludere ogni possibilità di coltivazione*".

all'imprenditore-coltivatore sicurezza economica e sociale e stabilità di lavoro"[48].

L'ablazione di parte del fondo su cui insiste un'impresa agricola è, infatti, fenomeno tale da limitare i diritti del proprietario e da lasciare eventualmente anche un minifondo non in grado di consentire l'assorbimento dei costi di una attività che si avvalga razionalmente dei moderni mezzi di produzione.

Gli svantaggi collegati all'impossibilità di svolgere efficienti economie di scala –senza che con ciò si debba necessariamente propendere per modelli che danneggino la biodiversità e la valorizzazione di imprese agricole medio-piccole – possono anche indurre a scelte che siano frutto di riflessioni sul piano della legittimità costituzionale (si consideri, per es., l'art. 44 Cost. nei suoi riferimenti alla *ricostituzione delle unità produttive* e agli aiuti *alla piccola e media proprietà*).

In giurisprudenza si è, comunque, riconosciuto in capo al soggetto che abbia subito un esproprio parziale un interesse legittimo[49] a domandare al soggetto espropriante l'esproprio del residuo fondo.

7. *Meccanismo indennitario*

L'aspetto peculiare del meccanismo indennitario, per il caso di espropriazione parziale, consiste nel combinare i criteri di calcolo previsti dall'art. 40 della L. 2359/1865, prima, o dall'art. 33 D.P.R. 327/2001, dal 30 giugno 2003 in poi, con il sistema legale di indennizzo previsto per le aree edificabili o agricole. Le due norme non sembrano offrire soluzioni di calcolo perfettamente sovrapponibili in quanto, mentre l'art. 40 L. 2359/1865 si fondava su un criterio di *stima differenziale*, l'art. 33 D.P.R. 327/2001 prescinde da un'esplicita indicazione in tal senso.

Secondo il paradigma previsto dall'art. 40 L. 2359/1865, il decremento di una parte del fondo a causa dell'avvenuta espropriazione di altra parte del fondo stesso, comportava l'attribuzione al proprietario di un'unica indennità determinata alla stregua della differenza tra il valore dell'intero immobile prima dell'espropriazione e quello della parte residua dopo l'ablazione[50]. In giurisprudenza[51] si era, altresì, precisato che del de-

[48] BACCARELLA, *Riflessioni sull'impresa coltivatrice*, in *Riv. dir. agr*., 1978, I, pag. 376.

[49] Cass. S.U., 26 settembre 1997, n. 9478, in *Giur. It*., 1998, 198.

[50] *Ex multis*, Cass. 14 settembre 1999, n. 9814, in www.utetcedampluris.it ; Cass. 10 luglio 1998, n. 6722, in *Appalti, Urbanistica, Edilizia*, 1999, 488.

[51] Cass. 14 settembre 1999, n. 9814, cit.; Cass. 14 maggio 1998, n. 4848 cit., 293, ; Cass. 14 settembre 1995, n. 9686 in *Rassegna Giur. Energia Elettrica*, 1996, 946.

cremento della parte di fondo residuata all'espropriazione avrebbe dovuto tenersi conto nella stima differenziale richiesta dall'art. 40 il che, relativamente ai suoli agricoli, avrebbe comportato l'attribuzione di un valore complementare -non strettamente coincidente con il valore agricolo medio determinabile secondo i criteri cui rinviava l'art 16 della L. 865/1971- idoneo a compensare anche i maggiori oneri di conduzione aziendale determinati dallo smembramento dei terreni.

Il criterio della stima differenziale sembrava, infatti, piuttosto collegato ad un principio che identificasse l'indennità di espropriazione con la copertura integrale della perdita economica subita dal proprietario.

Si sarebbe avuto, dunque, un parallelismo per cui, se in caso di espropriazione totale l'indennità avrebbe dovuto corrispondere al valore venale del bene, nel caso di espropriazione parziale il ristoro avrebbe dovuto comprendere anche la diminuzione di valore dell'area non espropriata.

L'art. 33 nel disciplinare il criterio di calcolo del valore ablato non contiene più alcun riferimento al criterio di valutazione differenziale (previsto invece nel precedente regime), enunciando solo il principio per cui " *Nel caso di esproprio parziale di un bene unitario, il valore della parte espropriata è determinato tenendo conto della relativa diminuzione di valore*".

Tale nuova impostazione della norma sembrerebbe essere stata ispirata da quell'orientamento giurisprudenziale[52] ai sensi del quale il meccanismo dell'art. 40 non sarebbe vincolante, potendosi raggiungere il medesimo risultato attraverso alternative operazioni matematiche (per esempio: il calcolo differenziale tra il valore dell'area nella sua originaria consistenza e il valore della parte residuata all'espropriazione, la somma del valore venale della parte espropriata e del minor valore della parte residua, il computo delle singole perdite, aggiungendo al valore dell'area espropriata l'entità delle spese e degli oneri che, incidendo sulla parte residua, ne riducono il valore[53]) che, comunque, conducano alla compensazione della diminuzione di valore subita dalla parte non espropriata in conformità alla legge.

Anche alla luce della risistemazione del dato normativo nel T.U. di cui al d.p.r. 327/2001, l'art. 33, nel riassumere una precisa scelta di parte della giurisprudenza anteriore, integra un'eccezione rispetto alla consolidata regola generale di indennizzabilità chiusa nei confini del valo-

[52] Cass. 15359/2000 in *Mass. Giur. It.*, 2000.

Anche la Corte Cost. 305/2003, con riferimento alle ipotesi in cui la procedura incida su un'area agricola su cui è presente un'azienda agricola, ha avallato tale orientamento.

[53] Cass. 1 dicembre 2005, n. 26216 in www.leggiditaliaprofessionale.it .

re venale/agricolo del bene che, ove non rappresenti una definitiva e soddisfacente sensibilizzazione ad un principio di tutela più ampio, costituisce, almeno, una scelta consapevole e non più casuale.

In dottrina[54], comunque, nonostante la differente terminologia, si tende ad accomunare sul piano degli effetti, la previsione dell'art. 40 L. 2359/1865 a quella dell'art. 33 del d.p.r. 327/2001.

L'ambito applicativo del criterio di calcolo -ivi previsto per l'ipotesi di espropriazione parziale- dell'indennità avrebbe una portata generale[55] applicabile all'espropriazione tanto di area agricola quanto di area edificabile.

Il meccanismo di calcolo prescelto dovrebbe poi essere coordinato con il criterio applicabile per legge in relazione alla destinazione dell'area oggetto di esproprio in modo da pervenire ad un valore comprensivo dell'intera diminuzione patrimoniale, ivi compresa la perdita di valore della porzione residua non ablata, subita dal soggetto parzialmente espropriato.

L'interpretazione giurisprudenziale delle norme in considerazione consente di rilevare, per il caso di espropriazione parziale, degli effetti favorevoli per l'azienda agricola che non risultano allo stesso modo mutuabili per la valutazione, a fini indennitari, dell'incidenza dell'esproprio parziale sull'azienda, presente sull'immobile oggetto di esproprio, quando si tratti di terreno edificabile e di azienda non agricola.

Nei casi di aree edificabili, infatti, si rinviene un orientamento[56] tendenzialmente volto a ritenere che l'espropriazione non si estenda al diritto dell'imprenditore e cioè non comporti l'acquisizione all'espropriante dell'azienda o delle strutture installate per condurla: il problema dell' *an* e del *quantum* dell'indennità, che debba eventualmente tenere in considerazione anche il pregiudizio che l'espropriazione arreca alla prosecuzione dell'attività aziendale svolta sull'immobile espropriato, andrebbe dunque risolto in base ai criteri normativi applicabili in relazione alla destinazione urbanistica dell'area.

Per le aree edificabili, infatti, risulta attualmente in vigore il criterio che lega l'indennizzo al valore venale del bene e che prescinde da ogni considerazione in ordine alle attività svolte a mezzo dell'immobile stes-

[54] ARGANINI- BUSA', *L'esproprio parziale e l'azienda: sono maturi i tempi per l'equiparazione tra azienda agricola e azienda commerciale?*, in *D.G.A.e A.*, 2, 2007 p. 106 e ss.

[55] Cass. 21 febbraio 1992, n. 2133, in Rep. Foro It., 1992, voce *espropriazione per p.u.*, n. 121; Cass. 14 settembre 1995 n. 9686, ivi, 1997, voce *espropriazione per p.u.*, n. 127.

[56] *Ex multis*, Cass. 16 dicembre 2005, n. 27801 in *D.G.A.e A.*, 2/2007, 105 e ss.; Cass., 15 luglio 2004, n. 13115, in Rep. *Foro It.*, 2004, voce *espropriazione per p.i.*, n. 215; Cass. Sez. Un. 8 giugno 1998, n. 5609, *ivi*, voce *espropriazione per p.i.*, n. 155.

so: l'esercizio di azienda, dunque, essendo una forma di godimento del suolo –da chiunque venga esercitata- non rileverebbe ai fini del calcolo indennitario.

Per le aree non edificabili, invece, la regola di carattere generale di cui all'art. 33 del T.U.E., andrebbe applicata attraverso il filtro della norma di carattere speciale di cui all'attuale art. 40 T.U.E.

Preliminare resta la verifica della ricorrenza dei presupposti dell'indennizzabilità della diminuzione di valore della parte di fondo non espropriata che possono, comunque, riassumersi nell'effettivo degrado della parte residua e nell'esistenza, tra la parte di fondo espropriata e quella non espropriata, di un rapporto di unità funzionale[57], per ubicazione e destinazione, sicchè il degrado sia imputabile alla loro separazione.

Come viene precisato in giurisprudenza[58] "… *l'istituto in esame è configurabile quando ricorra la duplice condizione che la parte residua del fondo sia intimamente collegata con quella espropriata da un vincolo strumentale ed obiettivo tale da conferire all'intero immobile unità economica e funzionale e che il distacco di una parte di esso influisca, oggettivamente, in modo negativo sulla parte residua, con esclusione di ogni valutazione soggettiva, cioè rilevante solo per il proprietario o per persone determinate*".

Dall'unità economico-funzionale tra le parti del fondo discende la necessità –al fine della indennizzabilità- di un rapporto di causalità diretta e immediata tra l'ablazione di parte del fondo e il danno subito come conseguenza dalla parte rimanente.

La verifica positiva della presenza dei presupposti in questione consente di coordinare gli articoli 33 e 40 T.U.E. per la determinazione del valore dell'indennizzo che tendenzialmente sarà un'unica indennità comprensiva tanto del valore della parte espropriata quanto della diminuzione del valore della parte non espropriata: l'indennizzo in questione, a prescindere dal criterio di calcolo cui si ritenga di ricorrere dovrà consentire di pervenire ad un risultato economicamente e giuridicamente conforme alla legge che, cioè, tenga conto della "*relativa diminuzione di valore*" della parte non espropriata.

[57] In Cass. 24 giugno 2003, n. 9981, in *D.G.A.e A.* 2004, p. 124 si legge che l'unitarietà economica e funzionale deve formare oggetto di apposita valutazione da parte del giudice anche quando le due parti dell'immobile appartengano ad un'unica azienda agricola, giacchè l'appartenenza alla medesima azienda non coincide *ex se* con la sussistenza del richiesto vincolo economico-funzionale.

[58] Cass. 10 luglio 1998, n. 6722; Cass. 9 aprile 1997, n. 3077; Cass. 13 settembre 1993, n. 9489; Cass. 9 maggio 1990, n.3790; Cass. 15 dicembre 1982, n. 6913.

8. *Ricerca di una* **ratio** *per la differenza di regime indennitario nel caso di espropriazione parziale di azienda agricola*

Quanto premesso consente di rilevare la peculiarità del regime indennitario operante a seguito di espropriazione parziale e consistente nella valorizzazione, in sede di quantificazione del ristoro per l'espropriato, della presenza di un'azienda agricola sul fondo parzialmente espropriato[59].

Il diverso regime potrebbe essere una conseguenza del generale *favor* costituzionale per le attività agricole -sia per il rilievo economico del settore sia per il ruolo multifunzionale che l'agricoltura è in grado di realizzare- che si traduce nella tutela, non solo della proprietà, ma anche dei valori afferenti all'impresa e al lavoro agricolo[60].

D'altro canto, lo stesso legislatore (prima nell'art. 15 della L. 865/1971 oggi) nell'art. 40 del T.U.E. effettua un preciso riferimento all'azienda agricola che consente la compensazione dei danni da questa subiti attraverso l'indennizzo da corrispondere all'espropriato e, nell' art. 42 (già art. 17 della L. 865/1971), prevede un' indennità aggiuntiva[61] in favore del coltivatore fittavolo, mezzadro, colono, compartecipante.

Sembra potersi affermare che la giurisprudenza[62] abbia interpretato

[59] In ARENA C., *L'indennità d'esproprio in relazione all'esercizio dell'azienda agricola*, in *Giur. It*., 1982, IV, 163 e ss., già si sottolineava come la perdita del terreno e il solo ristoro di essa non poteva dirsi esaustiva della totalità delle perdite sofferte dall'interessato in relazione ad un'azienda agricola.

[60] *Ex multis*, Cass. 3 marzo 1998, n. 2336, in Rep. *Foro It*., voce *espropriazione per p.i*., n. 492.

CIMELLARO, *La tutela del lavoro e dell'azienda agricola nell'esporpriazione per pubblica utilità,* in *D.G.A.e A*., 4, 2008, pag. 266 e ss.

[61] Il d.p.r. 327/2001 innova, rispetto alla situazione precedente, il regime indennitario di un terreno "edificabile" utilizzato a scopi agricoli dal proprietario: infatti l'art. 37, al comma 9, prevede la corresponsione di un'indennità aggiuntiva (rispetto a quella di esproprio) a favore di un soggetto che coltivi un'area edificabile di cui è anche proprietario. Le due indennità saranno determinate secondo criteri distinti – l'indennità di esproprio ex art. 37, l'indennità "aggiuntiva" in una somma pari "*al valore agricolo medio corrispondente al tipo di coltura effettivamente praticato*"- nonostante siano riferite alla medesima area e al medesimo soggetto. Sebbene il comma 9 dell'art. 37 rappresenti il corrispondente normativo dell'art. 40 –inerente alle indennità aggiuntive da corrispondersi nel caso di area agricola-, si ravvisa una discrasia sul piano soggettivo là dove nel comma 9 dell'art. 37 manca il riferimento alla figura dell'imprenditore agricolo professionale tre i soggetti titolari del diritto all'indennità aggiuntiva. Sul punto si rinvia a BUSA'M., *Aree edificabili con proprietario coltivatore diretto: il nuovo Testo Unico Espropri amplia la tutela patrimoniale*, in *D.G.A. e A*.., 11/2007, 682 e ss.

[62] Per es., in Sez. Un. 8 aprile 2008, n. 9041 in *D.G.A. e A*.. 2, 2009, p. 106 e ss, si afferma che "…*nella fattispecie regolata dall'art. 40, va ricompresa ogni ipotesi di diminuzione di valore della parte non interessata dall'espropriazione: si prescinde in tale valutazione, dal dato catastale della particella, dovendosi riferire al concetto di proprietà e al nesso funzionale tra ciò che è stato oggetto del provvedimento ablativo e ciò che è rimasto nella disponibilità dell'espropriato (Cass. 24 settembre 2007, n. 19570), tanto più ove si tratti di suoli a destinazione agricola, in cui rileva l'unitarietà costituita dalla destinazione a servizio dell'azienda agricola*".

il dato normativo nel senso di cogliere un' intima connessione dell'attività agricola con la destinazione del fondo[63]: si tende, cioè, a ravvisare una sorta di unità funzionale - oggettiva e connaturata al fondo - tra fondo e azienda agricola ivi insistente (ciò soprattutto ove si ipotizzi il caso di peculiari colture altrove non possibili) sicchè sarebbe *in re ipsa* quell'unità funzionale richiesta per l'indennizzabilità dell'espropriazione parziale.

Invece, per altre tipologie di azienda, più che un dato oggettivo di naturale destinazione all'agricoltura, rileverebbe il profilo soggettivo della volontà dell'imprenditore quale elemento dirompente dell'oggettiva unità funzionale[64].

A sostegno dell'unità funzionale tra fondo e azienda agricola, potrebbe assumersi che la presenza di un'azienda agricola su un fondo incida sul concetto di divisibilità del bene.

Infatti, se la divisibilità di un bene va accertata in base a criteri materiali ed economico-funzionali[65] sicchè si ha divisibilità materiale se il

[63] In SALARIS F., *Considerazioni sulla proprietà agricola*, Milano, 1981, p. 36 si afferma che "*…L'attività dell'imprenditore agricolo coinvolge e finalizza il diritto di proprietà agricola e, pur in assenza di un criterio normativo sicuro, produce effetti comuni giuridicamente rilevanti*"; sempre a favore dell'intima connessione tra proprietà del fondo ed esercizio dell'impresa agricola, a pag. 34 il riferimento al prevalere dell'esercizio dell'impresa sulla titolarità del diritto e allo stravolgimento della gerarchia dei valori.

[64] Infatti, in Cass. 8229/2009 in *Urbanistica e Appalti*, p. 1080, si ribadisce che "*oggetto dell'indennizzo è solo il valore in sé dell'area, del fabbricato e delle attrezzature che su di essa insistono in ragione delle loro specifiche caratteristiche e non quello connesso all'esercizio dell'attività produttiva o commerciale che non è insita nella* res *sì che non può venire in considerazione l'incidenza dell'esercizio dell'impresa sia esso attuale o potenziale sul prezzo di mercato del bene, che va stabilito con riferimento alla res in quanto tale*".

La pronuncia delle Sez. Un. n. 5609/1998, nel richiamare la sent. 396/196, ribadisce il principio per cui "*nell'indennità va ricompreso il ristoro del pregiudizio che l'espropriazione arreca in rapporto ad attrezzature e macchinari ed in genere alle cose non comprese nell'espropriazione, per il fatto che debbano essere rimossi e reimpiantati altrove o per il fatto che non possano essere più utilizzati. Quando sull' immobile espropriato siano stati costruiti edifici ed installate attrezzature al fine di imprimergli una destinazione industriale, l'espropriazione dell'immobile si estende anche a tutto quanto vi si presenti stabilmente impiantato; e per la parte in cui gli immobili espropriati presentano destinazione industriale, essi debbono essere in tal modo valutati, per stabilirne il valore venale, nell'ambito in cui ciò rilevi ai fini del criterio indennitario applicabile; l'indennità può poi estendersi a comprendere il pregiudizio prima indicato, valutabile alla stregua dei principi sull'espropriazione parziale.*

Invece il fatto che, estinto il diritto di proprietà e quindi il minore diritto di godimento, risulti impedito sul luogo l'ulteriore svolgimento dell'impresa che utilizzava gli immobili per fornire i propri servizi, non comporta che l'espropriazione si estenda al diritto dell'imprenditore, né comporta che sia acquisita all'espropriante l'azienda organizzata dall'imprenditore, sì che il valore del bene espropriato debba comprendere quello dell'azienda".

[65] BIANCA M., *La proprietà*, Giuffrè, pp. 63 e 64.

bene può essere scomposto in parti omogenee senza il loro apprezzabile deterioramento e senza costi eccessivi e si ha divisibilità economico-funzionale se il bene può essere scomposto in parti aventi valore e utilità proporzionali al tutto, l'azienda agricola -che si avvalga strumentalmente di tutto il fondo integrandolo in un complesso economico-funzionale- renderebbe il bene non divisibile: un'eventuale espropriazione parziale non potrebbe dunque che comportare una *deminutio* da ristorare in tutti i suoi aspetti al soggetto espropriato.

La differenza di regime per il caso di espropriazione parziale di azienda agricola riflette, comunque, un vero e proprio favor legislativo che, *de iure condendo,* andrebbe rimeditato nel senso di una sua estensione -quantomeno- alle ipotesi di espropriazione parziale di azienda non agricola poichè i valori in campo – tutela del lavoro, libertà di iniziativa economica, tutela della proprietà –, incisi dal fenomeno espropriativo parziale, sono i medesimi.

Infatti, se l'*ubi consistam* dell'espropriazione non è il trasferimento bensì, come dimostra la stessa etimo della parola, l'ablazione di un diritto o di una facoltà inerente al diritto[66], l'espropriazione parziale di un fondo su cui insiste un'azienda, che lasci al proprietario una parte residua di fondo, determinerebbe una *deminutio* che va oltre la sottrazione del diritto espropriato e che incide negativamente anche sul residuo diritto di proprietà nonché sulla libertà di iniziativa economica[67] alla quale il primo è strumentale.

Si verificherebbe, in questo caso, per le conseguenze negative e limitanti, una forma di *coercizione sul contenuto dei poteri*[68] idonea a tradur-

[66] SANDULLI, *Natura ed effetti della imposizione di vincoli paesistici*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1961, p. 100.

[67] Si segnalano, sul punto, posizioni che, sebbene muovano da diversificate prospettive, offrono argomentazioni valide a sostenere soluzioni più aderenti all'attuale realtà socio-economica , dunque, meno orientate alla tutela di un diritto di proprietà di concezione ottocentesca: il riferimento è, per esempio, alla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo del 6 marzo 2007 n. 23662/98 (in www.giustizia.it ; SCOCA F.G., *Indennità di espropriazione: la diversa sensibilità della Consulta e della Corte di Strasburgo*, studio in data 31 maggio 2006, in www.federalismi.it; CARANTA R., *L'espropriazione tra costituzione nazionale e costituzione europea*, in http://appinter.csm.it/incontri/relaz/10650.pdf)) nonché alla pronuncia della Corte Costituzionale del 24 ottobre 2007, n. 349 (in *Corriere Giuridico*, 2008, 2, 193; in *Urbanistica e appalti*, 2007, 12, 1499; in *Giornale di Diritto Amminsitrativo*, 2008, 1 25; in *Danno e Responsabilità*, 2008, 10, 981) ove si affermano i principi della non compressione oltre misura della proprietà e della libertà (anche di iniziativa economica) nonché della tutela del lavoro nell'espropriazione per pubblica utilità.

[68] Concetto mutuato da FRANCARIO L., *L'espropriazione per pubblico interesse*, cit., p. 5.

si in una sorta di "doppia ablazione": all'espropriazione di una parte del fondo si aggiungerebbe la "conformazione" dell'esercizio del residuo diritto sulla parte non espropriata: la sottrazione di una parte potrebbe così incidere sull'*an* e sul *quomodo* dell'esercizio del diritto sulla parte residua, con ciò giustificando l'indennizzabilità delle ulteriori perdite.

CORINNA DE CARO

Da una pronuncia giurisprudenziale le ragioni di una riflessione

SOMMARIO: 1. La *notitia criminis* come atto di impulso. - 2. I contrastanti orientamenti giurisprudenziali. - 3. La pronuncia dirimente delle Sezioni Unite. - 4. Le proposte di riforma

1. *La* notitia criminis *come atto di impulso*

La complessa disciplina della durata delle indagini preliminari evoca non poche questioni legate alla teoria generale del processo: il rispetto del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale[1], l'attuazione del diritto per l'imputato ad una celere durata del processo[2], l'equilibrio nei rapporti tra l'organo di accusa e il giudice preposto al controllo.

Il Pubblico Ministero è il naturale recettore della notizia di reato, l'organo cui spetta il potere-dovere di accertare se "il sospetto" possa divenire "probabilità", per dare concretezza e contenuto alla "domanda" da formulare al giudice. L'art. 335 c.p.p.[3] fa obbligo al p.m. di provvedere "immediatamente" all'adempimento delle formalità di iscrizione della notizia di reato, comunque ricevuta o acquisita, nell'apposito registro tenuto presso l'ufficio.

Lo scopo di questa riflessione è, dunque, quello di esaminare i problemi derivanti dalla tardiva iscrizione della notizia di reato e le rovinose conseguenze connesse che si riverberano sulle garanzie della persona sottoposta alle indagini.

A tal fine si procederà ad una ricostruzione sostanzialistica sia del-

[1] SCACCIANOCE, *L'inazione del pubblico ministero*, Milano, 2009, p. 94 e ss.

[2] Sul profilo della ragionevole durata del processo e sulla estensibilità in relazione alla fase delle indagini, per tutti si veda FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2005, p. 53 e ss. Si veda, inoltre, per una disamina molto critica sul tema, GAROFOLI, *La malintesa endiadi tra pubblica sicurezza e durata ragionevole del processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 673.

[3] L'art. 335 c.p.p. (registro delle notizie di reato) e l'art. 109 disp. att. cpp (ricezione della notizia di reato) costituiscono la diretta applicazione della direttiva 35 della legge delega del 1987. In particolare, l'art. 109 impone alla segreteria della Procura della Repubblica di annotare sugli atti "che possono contenere notizie di reato la data e l'ora in cui sono pervenuti in ufficio e li sottopone immediatamente al Procuratore della repubblica per l'eventuale iscrizione nel registro notizie di reato".

l'art. 335 c.p.p., che impone al pubblico ministero "immediatezza" nell'iscrizione della notizia di reato[4], sia dell'art. 407 c.p.p., che qualifica come inutilizzabili gli atti di indagine compiuti dopo la scadenza dei termini[5].

In passato, la formulazione dell'imputazione poteva coincidere con il momento stesso di acquisizione della notizia di reato, ovvero seguire la fase prodromica pre-processuale dell'istruzione sommaria.

Vi era, sostanzialmente, una quasi coincidenza tra l'acquisizione della notizia di reato e l'esercizio dell'azione penale[6].

Oggi, invece, l'iscrizione della *notitia criminis* nell'apposito registro segna l'*incipit* formale del procedimento: una delle novità salienti del nuovo codice di procedura penale consiste nell'aver sostituito all'istruzione che prepara il processo, l'indagine che prepara l'azione, così da delineare un confine netto all'interno del quale la parte pubblica è chiamata ad esercitare le sue funzioni.

Non è un caso, quindi, che nel lessico del nuovo codice il termine «processo» stia ad indicare esclusivamente la fase che segue l'esercizio dell'azione penale, mentre l'espressione «procedimento» assume un significato di maggiore ampiezza, comprensivo anche della fase delle indagini preliminari[7].

La funzione svolta dalla notizia di reato[8] è esclusivamente endoprocessuale: i fatti descritti nella notizia di reato non costituiscono prova utilizzabile nel dibattimento. In questa ottica, a seguito del rinvio a giudizio, la notizia stessa rimane nel fascicolo del pubblico ministero, salvo

[4] ARICO', *Notizia di reato*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 757, parla di ‹‹informativa e notizia di informativa››; RICCIO – SPANGHER, *La procedura penale*, Napoli, 2002, p. 295, secondo cui ‹‹la *notitia criminis* è l'informazione secondo cui un determinato reato sarebbe stato commesso da una o più persone identificate (notizia specifica) o ignote (notizia generica)››. Secondo l'art. 330 c.p.p. ‹‹il pubblico ministero e la polizia giudiziaria prendono notizia dei reati di propria iniziativa e ricevono le notizie di reato presentate o trasmesse a norma degli articoli seguenti››, mentre a norma dell'art. 55, comma 1, c.p.p. ‹‹la polizia giudiziaria deve, anche di propria iniziativa, prendere notizia dei reati››.

[5] ZACCARIA, *L'utilizzabilità degli atti di indagini* ante notitia criminis: *profili cronologici e tutela della difesa*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 644.

[6] APRATI, *Notizia di reato*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di Garuti, Torino, 2009, p. 5.

[7] TRANCHINA, *Il procedimento per le indagini preliminari*, in AA.VV., *Diritto processuale penale*, vol. II, Milano, 2006, p. 33.

[8] MARANDOLA, *Mancata iscrizione della notitia criminis*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 411. E' interessante la definizione dell'Autrice, che definisce la norma ‹‹di confine›› tra il diritto sostanziale e quello processuale: ‹‹L'iscrizione della notizia di reato costituisce il primo atto processuale in senso stretto dal quale la legge fa dipendere la decorrenza dei termini di indagine preliminare. Non a caso l'articolo del codice a cui si fa riferimento è topograficamente collocato all'interno della cosiddetta parte dinamica››.

il caso in cui essa costituisca condizione di procedibilità dell'azione, per cui, a questo limitato fine, viene inserita, ex artt. 431, lett. a) e 511, comma 4, c.p.p., nel fascicolo del dibattimento.

Il pubblico ministero, una volta qualificata come notizia di reato una certa informazione – in quanto fatto rilevante, concreto e sussumibile sotto una fattispecie penale – deve procedere alla sua iscrizione e, se è possibile individuarne l'autore, registrare anche il nominativo dello stesso; altrimenti, la notizia verrà iscritta a carico di ignoti.

Tale fase è di esclusiva competenza del pubblico ministero[9], coadiuvato dalla polizia giudiziaria, ed ha lo scopo di consentire al rappresentante della pubblica accusa di valutare la notizia di reato, configurandola, sussistendone i presupposti, entro una determinata imputazione; in caso contrario, scelta obbligata sarà la richiesta di archiviazione[10].

La fase delle indagini preliminari è, senza ombra di dubbio, un momento garantito quanto al profilo difensivo e delineato da precisi ambiti temporali segnati, per il momento iniziale, dalla iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro e, per quello finale, dallo scadere del termine ordinario o prorogato decorrente da quella iscrizione.

Il legislatore, invero poco puntuale nello stabilire il momento nel quale sorge l'obbligo del pubblico ministero di adempiere a tale formalità[11], si è limitato a prevedere, attraverso l'art. 335, comma 1, c.p.p., che la notizia vada iscritta <immediatamente>[12].

Si è detto che ‹‹l'espressione è indicativa di un utopico dover essere››[13] al quale si contrappone fermamente la perentorietà del termine entro il quale vanno svolte le indagini preliminari, così come indicato da-

[9] SOTTANI, *Il pubblico ministero i*n *Trattato di procedura penale* a cura di SPANGHER, Torino, 2009,vol. I, p. 363; si veda, inoltre, CESQUI, *Codice di procedure penale Rassegna di Giurisprudenza e di Dottrina*, a cura di Lattanzi - Lupo, 2003, p. 671, secondo cui l'art. 50 costituisce un architrave del codice perché conferisce al pubblico ministero la titolarità dell'azione penale. Tale disposizione va letta in coordinato con l'art. 405 c.p.p. che elenca gli atti tipici di esercizio dell'azione e con l'art. 125 disp. att. che indica i criteri cui il pubblico ministero deve attenersi per esercitarla.

[10] APRILE - SILVESTRI, *Le indagini preliminari e l'archiviazione*, Milano 2004, p. 62.

[11] PAULESU, *sub art. 335*, in *Codice di procedura penale*, a cura di Giarda, Spangher, vol. II, Padova, 2007, p. 3017.

[12] Ai sensi dell'art. 335, comma 1 , c.p.p. ‹‹il pubblico ministero iscrive immediatamente, nell'apposito registro custodito presso l'ufficio, ogni notizia di reato che gli perviene o che ha acquisito di propria iniziativa nonché, contestualmente o dal momento in cui risulta, il nome della persona alla quale il reato stesso è attribuito››. In dottrina, si veda ZAPPULLA, *La disciplina processuale della* notitia criminis, Torino, 2007.

[13] FUMU, *Commento all'art. 335 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, vol. IV, Torino, 1990, p. 57.

gli artt. 405 e 407, comma 3, c.p.p.

L'iscrizione, definita come ‹‹embrione dell'ipotetica domanda penale››[14], rappresenta una categoria giuridica strettamente connessa ai profili cronologici delle indagini preliminari.

Se, da un lato, il legislatore non ha previsto un tempo quantitativamente definito, dall'altro è pur vero che l'avverbio temporale utilizzato non sembra lasciare spazio a dubbi: l'immediatezza è la tempestiva esecuzione di un'azione[15].

Eppure, l'intera tematica che ruota attorno alla disciplina dei termini delle indagini preliminari ha costituito, sin dalle prime applicazioni del vigente codice di rito, un aspetto problematico sul quale si sono venute a misurare opinioni quanto mai disparate: nell'avverbio, evidentemente troppo vago, si possono annidare rischiose deformazioni procedimentali. Tale fluidità, correlata alla estrema genericità, non permette all'interprete di capire quando, ed entro quale tempo, il p.m. deve iscrivere la notizia di reato nell'apposito registro, dando luogo ad una "vertigine processuale".

La dimensione temporale circoscritta, meglio di altre previsioni garantisce, da un lato, l'espletamento delle sole indagini necessarie e sufficienti per le scelte relative all'azione penale, e, dall'altro, la tempestiva celebrazione del giudizio: indispensabile epilogo, quest'ultimo, per consentire un'acquisizione probatoria effettiva, non stemperata dal diluirsi del tempo.

Giova sottolineare, in tal senso, come il rigoroso vincolo temporale impresso alle indagini, rappresenta di per sé un segnale non equivoco circa la volontà di precludere interminabili inchieste, che avrebbero ineluttabilmente fatto correre al sistema il rischio di riprodurre antiche - e ormai superate - vocazioni istruttorie.

La normativa, nella sua genericità, ha creato orientamenti ondiva-

[14] Così la definiva CORDERO, *Procedura penale*, 1991, p. 380.

[15] Il celebre giurista Carrara sosteneva che la *contestazione dell'accusa* è «la concertazione e manifestazione del problema presentato alla giustizia», momento imprescindibile che caratterizza il sistema.

Essa, cioè, «(affinché non si converta in una farisaica simulazione di rito) deve aver sempre due condizioni – 1° deve essere *completa* – 2° deve essere *tempestiva*», perché necessaria al «fine di mettere in grado l'imputato di esercitare utilmente il diritto di difesa, senza la quale mai può aversi fidanza che il giudizio criminale abbia condotto al conoscimento della verità, la quale interessa non solo al giudicabile, ma tutta la società; ed è così di ordine pubblico primario». La visione carrariana rappresenta, peraltro, un momento di riflessione e di spunto nell'idea di Riforma del Codice di procedura penale della Commissione Ministeriale presieduta dal Prof. Riccio.

ghi e distorsioni applicative: l'organo inquirente, di fatto, ha un potere discrezionale circa il momento e l'opportunità dell'iscrizione della notizia di reato, determinandosi, così, la concreta impossibilità di individuare un *dies a quo* certo a partire dal quale far decorrere il termine previsto per le indagini preliminari. Si rileva, quindi, da una parte, un sostanziale potenziamento delle tattiche investigative e, dall'altro, una lesione profondamente ingiusta al diritto di difesa dell'indagato.

Le Sezioni Unite[16] hanno suggellato l'orientamento di una giurisprudenza[17] non consolidata, ma sicuramente maggioritaria. Costituisce, invero, *ius receptum* l'orientamento[18] secondo cui gli atti di indagine effettuati prima dell'iscrizione della *notitia criminis* sono pienamente utilizzabili nel corso del procedimento.

2. *I contrastanti orientamenti giurisprudenziali*

La lettura della giurisprudenza suscita non poche difficoltà: orientamenti profondamente contrastanti si sono succeduti nel tempo, creando notevoli problemi sostanziali e stravolgendo i principi elementari del nostro sistema processuale.

La norma, infatti, segue sempre una linea retta, a differenza di quanto accade nella prassi, dove la linea diventa curva e la norma deve adattarsi necessariamente al suo andamento.

Secondo una prima impostazione, il *dies a quo* inizia a decorrere dalla data dell'effettiva iscrizione della notizia di reato, a prescindere dal momento nel quale l'informativa è pervenuta all'ufficio del pubblico ministero[19]. Co-

[16] Cass., sez. unite 24.09.09 n. 40538 (dep. 20.10.09) su www.cortedicassazione.it

[17] Cfr. *ex plurimis*: Cass., sez. IV, 22.06.04, in *Cass. pen*., 2006, p. 185; Sez. V, 8.10.03 , in *idem*, 2005, p. 1327, con nota di Aprati, *Intorno all'immediatezza dell'iscrizione della notizia di reato: tra sindacabilità del giudice e inutilizzabilità degli atti investigativi tardivi*. Secondo questo orientamento, ‹‹l'omessa annotazione nel registro non determina l'inutilizzabilità degli atti di indagini compiuti sino al momento dell'effettiva iscrizione, poiché, in tal caso, il termine di durata massima delle indagini previsto dall'art. 407 c.p.p., al cui scadere consegue l'inutilizzabilità degli atti successivi, decorre per l'indagato dalla data in cui il nome è effettivamente iscritto nel registro delle notizie di reato, e non dalla presunta data nella quale il p.m. avrebbe dovuto iscriverla››. Ai fini valutativi, è necessaria la piena discrezionalità del p.m.

[18] Tuttavia, pur rappresentando l'orientamento maggioritario, non è univoco. Notevoli contrasti, infatti, si sono proposti sul tema tanto da legittimare l'intervento delle Sezioni unite.

[19] Vd., in giurisprudenza, Cass., sez. VI, 22.12.97, in *C.E.D. Cass*., n. 209492; Cass., sez. VI 08.02.07, dep. 30.07.07, n. 30948; Cass., sez. VI, 10.10.07, dep. 06.11.07, n. 40791.

rollario inevitabile di questa posizione è, da un lato, che solo gli atti compiuti dopo la scadenza del momento nel quale l'iscrizione è effettivamente avvenuta sarebbero inficiati da inutilizzabilità *ex* art. 407, comma 3, c.p.p., e, dall'altro, sarebbe esclusa la possibilità che possa ravvisarsi in capo al giudice un potere di controllo sullo iato temporale che intercorre tra il momento in cui la notizia è giunta alla procura e quello in cui il pubblico ministero ha provveduto ad iscriverla.

Di fronte a tale meccanismo normativo, nella prassi si registrano situazioni nelle quali il pubblico ministero, pur rispettando i limiti temporali entro i quali svolgere le indagini, non procede con tempestività all'iscrizione della notizia di reato o del nominativo dell'indagato.

Si tratta di un'ipotesi di indagine occulta da cui derivano problemi di non poco momento: da un lato, indagando senza procedere immediatamente alle dovute annotazioni sull'apposito registro, si lucrano tempi investigativi non consentiti; dall'altro, l'indagato subirebbe – e subisce, di fatto - *sine die* un rilevante discredito sociale.

L'obbligo imposto al p.m. di iscrivere la "*notitia criminis*" nell'apposito registro di cui all'art. 335 c.p.p. risponde ad una precisa esigenza di garanzia del rispetto dei termini di durata massima delle indagini preliminari e presuppone che a carico di una persona nota emerga l'esistenza di specifici elementi indizianti.

Non solo. La insindacabile valutazione discrezionale del momento nel quale una persona assume lo *status* di indagato potrebbe determinare situazioni di evidente e incontestabile disparità di trattamento tra indagati[20].

L'iscrizione, da parte del Procuratore della Repubblica, di una notizia di reato e del nome della persona alla quale il reato stesso è attribuito, *ex* art. 335, comma primo, c.p.p., costituisce un atto delle indagini preliminari previsto allo scopo di permettere il controllo del rispetto dei termini stabiliti per la durata delle indagini preliminari (*ex* artt. 405, comma secondo, e 407 c.p.p.). Il più significativo effetto della decorrenza dei termini ordinari e di quelli massimi dall'iscrizione è costituito dal-

[20] In tal senso, MARANDOLA, *I registri del pubblico ministero tra notizia di reato ed effetti procedimentali*, in *Problemi attuali della giustizia penale*, a cura di Giarda, Spangher, Tonini, Padova 2001, p. 289. "Senza prospettare il caso più emblematico, cioè quello in cui il pubblico ministero adempia all'indicazione nominativa contestualmente alla richiesta di rinvio a giudizio, il pregiudizio è configurabile anche nella semplice ipotesi in cui intercorra un periodo inferiore tra il momento in cui la persona ha assunto la qualità di persona sottoposta alle indagini – perché raggiunta da indizi di colpevolezza – e il momento in cui è stato iscritto nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.".

la sanzione dell'inutilizzabilità degli atti di indagine eventualmente compiuti dopo la scadenza di detti termini[21].

L'iscrizione costituisce un atto processuale in quanto rientrano in questa categoria non solo gli atti probatori, ma anche quelli che danno impulso al processo o comunque fanno parte della sequenza procedimentale prevista dalla legge in funzione delle finalità del processo.

Alla luce di questa considerazione, è necessario sottolinearne un'altra: la ragionevole durata del processo coinvolge anche la fase investigativa nonostante la lettera dell'art. 111 Cost. si riferisca, formalmente, solo al processo (forse inteso in un'accezione generale e omnicomprensiva). Ma è evidente come un mancato controllo sui tempi di durata delle indagini finisca per incidere in modo irreversibile sulla concreta riconoscibilità del principio di ragionevole durata. Da questa semplice – ma fondamentale - considerazione nasce l'idea di contingentare la durata delle indagini riconoscendo al giudice un potere di verifica concreta circa il *dies a quo*[22]. La fase investigativa partecipa, indiscutibilmente, alla complessiva vocazione del sistema processuale di giungere al suo epilogo in tempi ragionevoli.

Questa essenziale caratteristica, prevista, peraltro, in modo espresso e forte dall'art. 111 Cost., pur nella naturale relatività del riferimento, non può che trovare le sue fondamenta nelle indagini preliminari. Esse rappresentano il primo momento della complessa scansione procedurale e proprio per questo la loro durata "ragionevole" configura un esempio per il prosieguo della vicenda.

La tematica della ritardata iscrizione è di estrema delicatezza per le indiscutibili interrelazioni che essa ha con alcuni nervi scoperti della procedura penale ed in particolare con quelli afferenti al controllo del potere del pubblico ministero nella fase investigativa, a lui solo affidata[23].

La giurisprudenza, che pure si è resa conto della estrema delicatezza della problematica - in quanto iscrivere con ritardo una notizia

[21] Al riguardo, si è escluso che l'invalidità possa colpire l'atto di indagine compiuto in termine e, semplicemente, depositato successivamente alla sua scadenza. *Ex plurimis*, Cass., sez. III, 27.10.95, in *C.E.D. Cass*., n. 202945. L'uso della locuzione "atti di indagine" ha, inoltre, consentito lo sviluppo di una soluzione ermeneutica che riconduce nell'alveo della sanzione unicamente gli atti con efficacia probatoria: resterebbero, dunque, esclusi i provvedimenti cautelari e gli atti di mero impulso processuale. In tal senso, SPANGHER, *La proroga del termine per la conclusione delle indagini preliminari*, in *Studium Iuris*, 1996, p. 813.

[22] L'idea è stata proposta dalla Commissione Ministeriale di Riforma del Codice di Procedura penale, presieduta dal Prof. Riccio.

[23] SIRACUSANO, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare,* in Siracusano, Galati, Tranchina, Zappalà, *Diritto processuale penale,* Milano, 2004, p. 55.

significa dilatare arbitrariamente i tempi delle indagini aggirando, di fatto, la previsione normativa -, ha sempre optato per una soluzione "morbida".

Ed invero, l'orientamento maggioritario della giurisprudenza della Suprema Corte ritiene che l'apprezzamento della tempestività dell'iscrizione rientra nell'esclusiva valutazione discrezionale del p.m. ed è sottratta, in ordine all'*an* ed al *quando*, al sindacato del giudice, con la conseguenza che, quanto all'utilizzabilità degli atti di indagine, deve tenersi conto unicamente della data dell'effettiva iscrizione del nome della persona raggiunta da indizi di colpevolezza, momento dal quale inizia a decorrere il termine di cui al combinato disposto degli artt. 405, comma 2, e 407, comma 3, c.p.p.: ‹‹*il termine di durata massima delle indagini preliminari decorre dalla data in cui il P.M. iscrive nell'apposito registro la notizia di reato e non dalla data dalla quale avrebbe dovuto iscriverla. L'omessa annotazione della* notitia criminis *sul detto registro, con l'indicazione del nome della persona raggiunta da indizi di colpevolezza e sottoposta a indagini "contestualmente ovvero dal momento in cui esso risulta", non determina l'inutilizzabilità degli atti d'indagine sino al momento dell'effettiva iscrizione nel registro, poiché, in tal caso, il termine di durata massima delle indagini preliminari, previsto dall'art. 407 c.p.p., al cui scadere consegue l'inutilizzabilità degli atti d'indagine successivi, decorre per l'indagato dalla data in cui il nome è effettivamente iscritto nel registro delle notizie di reato e non dalla presunta data nella quale il P.M. avrebbe dovuto iscriverla*››[24].

La Cassazione ha ribadito il principio già affermato in precedenza dal più alto Consesso della Suprema Corte[25], sostenendo che se da un lato è vero che l'art. 335, comma 1, c.p.p. prevede che l'iscrizione debba essere effettuata dal pubblico ministero "immediatamente", dall'altro è anche vero che la norma non indica alcun termine entro il quale debba procedersi a detta iscrizione, né alcuna specifica sanzione, con l'effetto che la tempestività o meno dell'iniziativa del p.m. non può essere sindacata sul piano processuale, salvo gli eventuali riflessi su quello disciplina-

[24] Cass., sez. I, 28.01.10 n. 8158, pronuncia nella quale la Corte "smonta" la deduzione difensiva circa la tardiva iscrizione della *notitia criminis* ‹‹perché contrasta con un recente arresto delle SU che ha confermato l'interpretazione largamente prevalente nella giurisprudenza secondo cui il termine di durata delle indagini decorre dalla data in cui il p.m. ha iscritto formalmente il nome senza che al GIP sia consentito stabilire una diversa decorrenza, sicché gli eventuali ritardi, per quanto abnormi, sono privi di conseguenze agli effetti di quanto previsto dal 3°comma dell'art. 407 c.p.p., fermi restando eventuali profili di responsabilità disciplinare››; vd., inoltre, Cass., sez. VI 08.02.07, dep. 30.07.07, n. 30948; Cass., sez. VI, 10.10.07, dep. 06.11.07, n. 40791.

[25] Cass., sez. unite, sent. n.16 del 21.06.00, in *C.E.D. Cass.*, n. 216248.

re o, al limite, su quello penale[26].

Recentemente, la Corte ha sottolineato l'incoerenza di quelle prospettazioni che, dal presupposto della tardiva iscrizione della notizia di reato, fanno derivare, attraverso l'attribuzione al giudice del potere di retrodatazione, l'inutilizzabilità, ex art. 407, comma terzo, c.p.p., non solo degli atti di indagine compiuti oltre la scadenza del termine così rideterminato, ma anche degli atti compiuti antecedentemente alla formale iscrizione medesima, essendo la seconda conseguenza incompatibile con la prima[27].

Non si manca, poi, di sottolineare come un eventuale controllo giudiziale mal si concilierebbe con il carattere discrezionale dell'attribuzione nominativa da parte del pubblico ministero.

C'è qualcosa che non convince.

Ed invero, a fronte di un coeso quadro giurisprudenziale[28], si regi-

[26] In questi termini si esprime, in dottrina, DANIELE, *Le modifiche in materia di termini per le indagini preliminari*, in AA.VV., *Il decreto "antiscarcerazioni"*, a cura di Bargis, Torino, 2001, p. 85. La soluzione non può essere condivisa: motivazioni di carattere amministrativo o burocratico, a sostegno di un eventuale ritardo, non soddisferebbero i diritti e gli interessi delle persone coinvolte nelle indagini.

[27]La giurisprudenza che acclara questa tesi è imponente. Cfr. Cass., sez. VI, 4.12.09 n. 2261, in *Dir. e Giustizia*, 2010; sez. III 24.03.2010 n. 12377; sez. feriale, 19.08.08 n. 35107.

Anche in dottrina, si è fatto notare come una eventuale valutazione del giudice potrebbe pregiudicare la terzietà ed imparzialità dell'organo giudicante, il quale dopo una rapida incursione negli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero dovrebbe dimenticarne il contenuto ai fini della decisione. In tal senso, MADDALENA, *I problemi pratici delle inchieste di criminalità organizzata nel nuovo processo penale*, in AA.VV., *Processo penale e criminalità organizzata*, a cura di Grevi, Bari, 1993, p. 90. La previsione, invero, sembra un po' eccentrica: non sarebbe l'organo dibattimentale ad effettuare un simile controllo, ma evidentemente il giudice per le indagini preliminari.

[28] Si deve sottolineare come non mancano, anche in quadro così netto, pronunce ambigue, che pur aderendo all'orientamento maggioritario, si accorge del problema, cercando di porre rimedio attraverso una soluzione sostanzialistica. Il riferimento immediato è a Cass., sez. unite, sent. n. 23868 del 23 aprile 2009 - depositata il 10 giugno 2009, su *Guida dir*., n. 35/09, con nota di NATALINI, *Una soluzione individuata facendo leva sulla conforme giurisprudenza costituzionale*, p. 38 ss. Nel caso di specie, la Corte, chiamata a pronunciarsi in ordine alla possibilità o meno, per il giudice (nella specie si trattava del tribunale del riesame), di rideterminare la data dell'iscrizione del nome dell'indagato nel "registro delle notizie di reato", tardivamente effettuata dal pubblico ministero, con conseguente inutilizzabilità degli atti compiuti oltre la scadenza del termine di durata massima delle indagini, non ha affrontato il merito della questione stante l'inammissibilità del ricorso (non avendo il ricorrente, da un canto, individuato gli atti compiuti a termini scaduti e, dall'altro, chiarito l'incidenza degli stessi sul complessivo compendio indiziario valutato dal giudice). Tuttavia, ha ribadito che ai fini della validità degli atti di indagine, non bisognerebbe muovere dall'epoca in cui l'iscrizione nominativa è stata "formalmente" compiuta, ma da quella che sostanzialisticamente avrebbe dovuto effettuare il p.m.; con il propugnato effetto di far derivare l'inutilizzabilità di tutti gli atti compiuti oltre la scadenza del ter-

stra un orientamento[29] di carattere sostanzialistico, secondo cui la locuzione "immediatamente" sta a significare: ‹‹non appena il pubblico ministero ne abbia conoscenza››.

Le attività investigative devono durare un certo tempo: dal momento in cui esse prendono l'avvio, devono essere contingentate, a garanzia dell'imputato e della loro efficienza[30]. L'"immediatezza", intesa quale parametro di riferimento, deve essere ricondotta al momento in cui si inizia ad indagare.

La prospettiva appare molto semplice: il primo atto compiuto dal pubblico ministero segna il momento iniziale delle indagini preliminari[31], con la concreta possibilità di un'eventuale retrodatazione *ope judicis* del *dies a quo* ogni qualvolta il pubblico ministero ritardi l'iscrizione. Potenziale conseguenza è che, spostandosi l'asse cronologico delle indagini, gli atti compiuti dopo lo scadere del termine originario potrebbero diventare inutilizzabili, *ex* art. 407, comma 3, c.p.p.

mine di durata massima delle indagini in tal modo ridefinita. In questa tesi – stigmatizzano i Supremi giudici – si annida un "equivoco di fondo" perché ai sensi dell'art. 407, comma 3, c.p.p. la comminatoria di inutilizzabilità degli atti di indagine concerne solo quelli compiuti dopo la scadenza del termine; sicché, ‹‹può discettarsi sulla determinazione del termine a quo, dal quale poi dipende ineluttabilmente la fissazione di quello ad quem, ma, una volta questi fissati e delimitati, secondo che si intenda privilegiare, alla stregua delle distinte opzioni richiamate, quanto formalmente si è fatto o, piuttosto, quanto sostanzialisticamente avrebbe dovuto farsi, tutti gli atti di indagine compiuti medio tempore, quindi nel lasso di tempo intercorrente tra i due individuati termini, sono sicuramente utilizzabili››. Secondo l'indirizzo "affossato", non sarebbe del tutto sottratto il controllo giudiziale sulle scelte del p.m., potendo il giudice valutare la tardività della iscrizione e rideterminare il termine iniziale.

[29] Cass., sez. I, 17.04.2000, in *Guida dir*., 2000, p. 80; Cass., sez. V, 28.02.2000, in *Giur. it*., 2000, III, c. 1462. L'orientamento è, peraltro, caldeggiato dalla prevalente dottrina. In tal senso, si veda Bernardi, *Commento all'art. 407 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, vol. IV, Torino, 1990, p. 526; Adorno, *Decorrenza del termine per le indagini preliminari e sanzione di inutilizzabilità ex art. 407, comma 3, c.p.p.*, in *Cass. pen*., 1996, p. 3719.

[30] Conti, *La chiusura delle indagini preliminari*, in *Cass. pen*., 1989, p. 850.

[31] Aprati, *Intorno all'immediatezza dell'iscrizione della notizia di reato: sindacabilità del giudice e inutilizzabilità degli atti investigativi tardivi*, in *Cass. pen*., 2005, p. 1329. La soluzione, invero, ben si concilierebbe con quella parte di giurisprudenza che non ammette il sindacato a causa delle difficoltà operative delle Procure: di fronte all'impossibilità di gestire numeri troppo elevati di procedimenti, si consentirebbe di congelare l'inchiesta fino a quando non si inizi veramente a lavorare su di essa. Ovvia la possibile replica: legittimando l'inerzia del pubblico ministero si viola il principio di obbligatorietà dell'azione penale. Tuttavia, osserva l'Autrice, è necessario considerare la realtà nella quale agiscono le procure, sicché mentre non è censurabile "processualmente" il (fisiologico) ritardo nell'apertura dei procedimenti rispetto al momento in cui pervengono le notizie, è invece censurabile lo svolgimento di un'inchiesta penale a prescindere dall'iscrizione.

La soluzione potrebbe apparire plausibile, contemperando, da un lato, l'esigenza di autonomia della pubblica accusa, e, dall'altro, la necessità di arginare il pericolo di una eccessiva discrezionalità, se non di un vero e proprio arbitrio.

L'orientamento è tutt'altro che minoritario[32]. La tardiva iscrizione del nome dell'indagato nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. non determina alcuna invalidità delle indagini preliminari ma consente, tuttavia, al giudice di rideterminarne il termine iniziale, in riferimento al momento in cui si sarebbe dovuta iscrivere la notizia di reato[33]: in tal caso, la tardiva iscrizione potrebbe incidere sulla utilizzabilità delle indagini finali, ma non sulla utilizzabilità di quelle svolte prima della iscrizione[34] e il relativo accertamento non sarebbe censurabile in sede di legittimità qualora sia sorretto da congrua e logica motivazione.

Recentemente, la Cassazione è tornata sul punto ed ha precisato, ancora una volta, che nel caso in cui l'iscrizione del nome dell'indagato nel registro delle notizie di reato sia omessa o ritardata, si può ritenere che il termine decorra dal momento in cui si sarebbe dovuta iscrivere la notizia, così come accertato *ex post* dal giudice: con la conseguenza che la tardiva iscrizione può incidere sull'utilizzabilità delle indagini che risultino compiute dopo la scadenza del termine *ex* art. 407 c.p.p[35].

A fronte di un autorevole indirizzo di segno contrario, la Cassazione ha richiamato un filone giurisprudenziale sensibile all'aspetto specifico della inutilizzabilità degli atti acquisiti in epoca successiva allo scadere teorico di ogni termine massimo a far data dal momento in cui sicuramente emergevano significativi e convergenti elementi indizianti a carico degli indagati.

Il dato contrario sarebbe veramente allarmante: non ci si può trincerare dietro il solito "profilo disciplinare" e consentire che ogni regola procedurale sia stravolta.

[32] In tal senso, Cass., sez. V, sent. n. 1410 del 21.09.06 - dep. 19/01/2007. In dottrina, si veda IANNUZZI, *Le indagini del pubblico ministero tardive, suppletive ed integrative*, in *Giust. pen.*, 2001, III, c.3; MONACO, *Ritardata iscrizione della notizia di reato:* quid iuris?, in *Giur. it.*, 2000, c. 1465.

[33] In dottrina, fra gli altri, ADORNO, *Decorrenza del termine per le indagini preliminari e sanzione di inutilizzabilità ex art. 407 comma 3 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3713.

[34] Cass., sez. V, sent. n. 41131 del 08.10.03 - dep. 30.10.03, in *C.E.D. Cass.*, n. 227054. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha escluso la invalidità e l'inutilizzabilità delle intercettazioni disposte sull'utenza in uso ad un soggetto il quale era stato iscritto nel registro degli indagati in epoca successiva al provvedimento di intercettazione.

[35] Cass., sez. I, sent. n. 14512 del 17.03.09 (dep. 02.04.09), in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 706.

A sostegno della soluzione favorevole ad un effettivo controllo del *dies a quo*, la Corte ha rilevato l'irragionevolezza di un sistema che, da un lato, prevede come obbligatoria l'"immediata" iscrizione del nominativo dell'indagato e fa derivare dal superamento dei termini l'inutilizzabilità delle indagine tardive, e, dall'altro, consente la facile e completa elusione di tali meccanismi di garanzia facendo decorrere il termine da un adempimento sottratto al controllo giurisdizionale: in tal modo, finirebbe per essere un obbligo processuale la cui inosservanza sarebbe processualmente irrilevante.

Una posizione ambigua è stata assunta dalla Corte costituzionale, la quale investita della questione, ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 335 c. 1, 405 c. 2 e 191 c.p.p. (in relazione agli artt. 3 - 24, comma 2, e 111 commi 1, 2 e 3 Cost.) ‹‹*nella parte in cui consentono, in caso di ritardata iscrizione da parte del p.m. del nominativo della persona sottoposta alle indagini nell'apposito registro, la possibilità di utilizzare gli atti processuali compiuti oltre il termine previsto dall'art. 405 co. 2 c.p.p. con riferimento all'epoca di individuazione degli elementi configuranti indizi di reato nei confronti della persona il cui nome è stato tardivamente iscritto nel registro degli indagati*›› [36].

[36]*Ex plurimis*, Corte cost., ord. n. 306 e 307 del 2005, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3328 e ss.; C. cost., n. 348 del 2005 in Cass. pen., 2006, p. 1417, con nota di Zappulla, *Il potere del gip di ordinare l'iscrizione del nome nel registro delle notizie di reato prima dell'udienza prevista in seguito ad opposizione alla richiesta di archiviazione*. La Corte costituzionale ha chiarito come l'iscrizione abbia natura ricognitiva e non costitutiva dello *status* di persona sottoposta alle indagini, esistendo un vero e proprio diritto alla corretta iscrizione della notizia di reato (immediatamente successiva alla sua acquisizione nominativa), sicché le "*garanzie difensive che la legge accorda a quest'ultima, in relazione ai singoli atti compiuti, debbano ritenersi pienamente operanti anche in assenza dell'iscrizione*". A questa impostazione consegue, sempre secondo la Corte costituzionale, che "*il tardivo espletamento della formalità non può essere considerato fonte di pregiudizio al diritto di difesa*".

Tuttavia, le Sezioni Unite della Suprema Corte, nella loro ultimissima pronuncia, hanno sostenuto che la "*Corte costituzionale, malgrado talune puntualizzazioni circa la utilizzabilità degli atti compiuti prima della formale iscrizione, non ha offerto risposta nel merito, avendo nelle varie occasioni reputato inammissibili i quesiti formulati. … La problematica connessa alla mancata previsione di specifici rimedi processuali atti a ‹‹correggere›› l'eventuale ritardo nella iscrizione del nominativo dell'indagato nel registro di cui all'art. 335 c.p.p., agli effetti della individuazione del* dies a quo*, dal quale far decorrere i termini di durata delle indagini preliminari, resta ancora questione aperta*". Invero, così non è. Se da un lato la Corte ha esortato e ricordato al giudice il dovere di ricercare e di seguire l'interpretazione da lui ritenuta più adeguata ai principi costituzionali, configurandosi, altrimenti, la questione di costituzionalità quale improprio strumento volto ad ottenere l'avallo della Corte a favore di una determinata interpretazione della norma, dall'altro ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale del comb. disp. degli artt. 335 comma 1, 405 comma 2 e 191 c.p.p. (in relazione agli artt. 3, 24 comma 2 e 111 comma 1,2 e 3 Cost.) nella parte in cui consentono, in caso di ritardata iscrizione da parte del pubblico ministero del nominativo del-

La Corte non ha offerto nessuna risposta nel merito e ha dapprima chiarito come l'iscrizione sia di competenza del P.M. per poi spostare la tesi della necessità di imprimere tempestività alle indagini. Il giudice rimettente, in particolare, aveva evidenziato che dalla ritardata iscrizione, non sanzionata dall'inutilizzabilità degli atti, deriva sia la violazione del principio di uguaglianza sia quella del diritto di difesa, stante la disparità di trattamento fra imputati, nonché la compromissione del diritto dell'imputato ad essere messo in condizione di conoscere tempestivamente l'esistenza di indagini a suo carico ed a vedersi garantita una "ragionevole durata del processo". La Corte ha sottolineato che: ‹‹*nell'ipotesi, infatti, in cui il pubblico ministero procrastini indebitamente l'iscrizione del registro, il problema che può porsi attiene unicamente all'artificiosa dilazione del termine di durata massima delle indagini preliminari, vale a dire, alla possibile elusione della sanzione dell'inutilizzabilità che colpirebbe, ai sensi dell'art. 407 comma 3 c.p.p., gli atti di indagine collocati temporalmente a valle della scadenza del predetto termine, computato a partire dal momento in cui l'iscrizione avrebbe dovuto essere effettuata*››.

In sintesi, l'iscrizione è meramente ricognitiva di un diritto che si costituisce al momento in cui sorge lo *status* di persona sottoposta alle indagini e la decorrenza dei termini investigativi parte dal momento in cui sorge il diritto e non successivamente nel momento in cui il pubblico ministero provvede alla iscrizione.

La Corte ha poi sottolineato, con estrema chiarezza, come la previsione di specifici limiti cronologici per lo svolgimento delle indagini preliminari e della correlativa sanzione di inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti dopo la scadenza dei termini stabiliti per quella fase costituisca il frutto di una precisa scelta operata dal legislatore delegante, al fine di soddisfare, da un lato, la «*necessità di imprimere tempestività alle investigazioni*», e, dall'altro, l'esigenza «*di contenere in un lasso di tempo predeterminato la condizione di chi a tali indagini è assoggettato*». Tale opzione si raccorda intimamente alle finalità stesse della attività di indagine, la quale, lungi dal riprodurre quella funzione preparatoria del processo che caratterizzava la fase istruttoria nel codice di rito previgente, è destinata unicamente a consentire - come espressamente recita l'art. 326 c.p.p. - al pubblico ministero di assumere le proprie determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale. Con l'ovvio corollario che la tendenziale completezza delle indagini, evocata dall'art. 358 del codice di rito, vie-

la persona sottoposta alle indagini nell'apposito registro, la possibilità di utilizzare gli atti processuali compiuti oltre il termine previsto dall'art. 405 comma 2 c.p.p. con riferimento all'epoca di individuazione degli elementi configuranti indizi di reato nei confronti della persona il cui nome è stato tardivamente iscritto nel registro degli indagati.

ne funzionalmente a correlarsi, non più al compimento di tutti gli «atti necessari per l'accertamento della verità», secondo l'ampia e iperbolica enunciazione che definiva i compiti del giudice istruttore nell'art. 299 del codice abrogato, ma al ben più circoscritto ambito che ruota attorno alla scelta riguardante l'esercizio o meno dell'azione penale.

3. *La pronuncia dirimente delle Sezioni unite*

L'interpretazione ondivaga dell'avverbio temporale utilizzato dal legislatore ha richiesto e legittimato l'intervento delle Sezioni unite.

Il più alto consesso della Corte, con una lunga e articolata motivazione, ha ribadito la soluzione oggi prevalente: gli interventi di controllo del Gip sull'attività del pubblico ministero sono rigidamente tipizzati nel codice di procedura e, in attesa di un intervento legislativo (tra l'altro annunciato dal disegno di legge 1440/09, all'esame del Senato[37]), tali

[37] «L'articolo 3 contiene disposizioni relative alla polizia giudiziaria, alle indagini preliminari, alla notizia di reato e ai registri penali. In primo luogo, vengono modificati gli articoli 55 e 56 del codice di procedura penale (lettere a) e b)). Da una parte, è affermato che la polizia giudiziaria deve prendere e ricevere la notizia di reato, conformemente all'articolo 330 del codice di procedura penale, come riformulato dalla lettera e) dello stesso articolo 3 del disegno di legge. Dall'altra, si afferma che le sezioni di polizia giudiziaria, costituite presso le procure della Repubblica, operano alla dipendenza e sotto la direzione dell'autorità giudiziaria, mentre i servizi e gli altri organi di polizia giudiziaria, cui la legge fa obbligo di compiere indagini a seguito di una notizia di reato, sono posti esclusivamente sotto la «direzione» dell'autorità giudiziaria. Con le lettere d), e) ed f), sono distinti più nettamente i compiti della polizia giudiziaria e del pubblico ministero. … La lettera f), numero 2), dell'articolo 3 introduce il comma 3-ter dell'articolo 335 del codice di procedura penale, in materia di registri penali, allo scopo di ordinare una materia che ha fatto registrare prassi diverse e anche opposte tra i diversi uffici del pubblico ministero. Si afferma espressamente che delle notizie iscritte in registri diversi dal registro delle notizie di reato non può esser fatto alcun uso, ne´ può essere svolto in relazione ad esse alcun atto di indagine. Il pubblico ministero non potrà far uso dei poteri afferenti alle indagini preliminari, in relazione a notizie che non sono state classificate come notizie di reato e che, di conseguenza, non sono state inserite nei registri ad esse relativi, previsti dai decreti del Ministro della giustizia, ai quali fa rinvio l'articolo 2 del regolamento per l'esecuzione del codice di procedura penale (da ultimo, vedi il decreto del Ministro della giustizia 27 marzo 2000, n. 264, recante regolamento per la tenuta dei registri presso gli uffici giudiziari). Pertanto, per svolgere o delegare una qualsiasi attività di indagine, il pubblico ministero dovrà prima operare una variazione dell'iscrizione. Infine, in relazione agli atti pervenuti alla procura della Repubblica e inseriti in registri diversi dal registro delle notizie di reato previsto nell'articolo 335 del codice, la lettera e) dell'articolo 10 del disegno di legge prevede la distruzione con provvedimento adottato annualmente dal Procuratore della Repubblica (per le denunce e gli altri documenti anonimi e` invece confermata la norma vigente che ne impone la distruzione decorsi cinque anni da quando sono pervenuti alla procura della Repubblica)», in *Relazione di accompagnamento* al DDL 1440/09, su *www.senato.it*.

compiti sono strettamente «limitati».

Alla luce di tale orientamento, deriva che l'apprezzamento della tempestività dell'iscrizione rientra nella "valutazione discrezionale"[38] del pubblico ministero[39], e non può affidarsi a postume congetture: il termine di durata massima delle indagini decorre dalla data in cui il nome è effettivamente iscritto nel registro delle notizie di reato, e non dalla presunta data nella quale il pubblico ministero avrebbe dovuto iscriverla.

Il dato nominativo, argomentano le Sezioni unite, è chiaro nel tracciare la rigorosa scansione temporale della sequenza obbligatoria per il P.M.: acquisita la notizia di reato «*oggettiva, cioè il fatto - reato, il rappresentante dell'accusa deve procedere «senza soluzione di continuità» e «senza alcuna sfera di discrezionalità» all'iscrizione nel registro previsto dall'articolo 335 c.p.p.) e per quanto riguarda, invece, l'iscrizione dell'indagato questa è legata al momento in cui il P.M. ha a disposizione gli elementi obiettivi di identificazione del soggetto responsabile» sufficienti a «superare la soglia del generico e personale sospetto*».

La previsione della Corte è orientata, quindi, verso l'esclusione di qualsiasi possibilità di scelta, non solo in relazione all'*an*, ma anche rispetto al *quid* - poiché l'iscrizione riguarderebbe "ogni" notizia di reato - ed al *quando*.

Il ragionamento della Corte è, a nostro dire, errato sin dall'inizio: acclarare questa tesi significherebbe consentire indagini *sine die*, con tutte le conseguenze nefaste che questo comporta.

Le Sezioni unite, seppur consapevoli che la scelta del pubblico ministero completamente priva di qualsiasi controllo giurisdizionale - e perciò discrezionale - finirebbe ineluttabilmente per coinvolgere valori costituzionali, non la considerano pienamente tale, stante l'indiscutibile vaghezza dei parametri identificativi del "momento" di insorgenza dell'obbligo di procedere agli adempimenti previsti dall'art.

[38] La Corte, in realtà, ha chiarito il senso del suo dire nel corso della motivazione della sentenza: ‹‹il compito del pubblico ministero è quello – in teoria del tutto "neutro" – di riscontrare l'esistenza dei presupposti normativi che impongono l'iscrizione: non di effettuare valutazioni realmente "discrezionali" che ineluttabilmente finirebbero per coinvolgere l'esercizio di un potere difficilmente compatibile - anche sul versante dei valori costituzionali coinvolti - con la totale assenza di qualsiasi controllo giurisdizionale››. Così, Cass., sez. unite 24.09.09 n. 40538.

[39] ‹‹Il compito della "iscrizione" è, infatti, soggettivamente demandato al pubblico ministero, cui pertanto viene conferito il relativo *munus*, senza che il disposto normativo consenta di intravedere altre figure, del processo o delle indagini, legittimate a surrogare il "ritardato" esercizio di tale potere-dovere››, Corte Cass., sez. unite 24.09.09 n. 40538 (dep. 20.10.09) su *www.cortedicassazione.it*.

335 c.p.p., e altrettanto desumibile dal quadro normativo di riferimento. Stabilisce, ad esempio, l'art. 190 disp. att. cod. proc. pen., che la segreteria del p.m. annota sugli atti ‹‹che possono contenere notizia di reato›› la data e l'ora in cui sono pervenuti, e li ‹‹sottopone immediatamente›› al pubblico ministero ‹‹per l'eventuale iscrizione nel registro delle notizie di reato››. E' evidente che, se per un verso, lo scrutinio appare problematico, per altro, è normativamente riservato al pubblico ministero[40].

La ritardata iscrizione crea un *vulnus* nella fase di raccolta degli elementi investigativi e lede in modo significativo i diritti della persona sottoposta alle indagini. Non si può fare a meno, a questo punto, di sottolineare l'inevitabile lesione al diritto di difesa dell'indagato che comporterebbe – e di fatto comporta – la soluzione prospettata dalle Sezioni unite.

Il diritto ad essere informato in tempi brevi circa la natura ed i motivi dell'accusa sono diritti sanciti e tutelati livello internazionale[41], oltre che dalla Costituzione (art. 111, comma 3, Cost.).

È preponderante l'esigenza di "rassicurare" l'indagato dinanzi a questa inquietante prassi delle Procure, che quasi "massacrano" le persone sottoposte ad indagini.

Per tale ragione essa deve trovare all'interno del sistema una risposta adeguata ed equilibrata.

[40] Individuata nelle «determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale», la funzione fondamentale del procedimento per le indagini preliminari, risulta naturale che preposto alla gestione delle attività investigative sia il pubblico ministero in quanto titolare dell'azione, il cui esercizio dipende dai risultati di quelle attività. È in questa prospettiva che l'art. 327 c.p.p. attribuisce al pubblico ministero la direzione delle indagini, ed è sempre in questa prospettiva che lo stesso compie ogni attività necessaria per potersi opportunamente orientare in ordine all'esercizio dell'azione penale, come previsto dall'art. 358 c.p.p.

Si veda, inoltre, Di bitonto, *L'attività di indagine dopo l'avvio del processo penale,* in *Studi di diritto Processuale Penale* raccolti da G. Conso, Milano, II Ediz., 2009, p. 29, osserva come il principio della completezza delle indagini preliminari non è più una mera opzione esegetica, sia pur pregevole e convincente. Diviene per l'inquirente pubblico un esplicito obbiettivo codificato alla stregua del combinato disposto degli artt. 415-bis e 421-bis c.p.p.; il primo contempla, quale *condicio sine qua non* per la richiesta di rinvio a giudizio, il previo invito alla persona sottoposta alle indagini dell'avviso di conclusione; l'altro attribuisce al giudice dell'udienza preliminare il ruolo di garante della completezza delle indagini preliminari, predisponendo un meccanismo di integrazione "a tutto campo", analogamente a quel che avviene nell'udienza di controllo sull'inazione, in cui il mancato accoglimento della richiesta di archiviazione da parte del giudice può essere prodromico dell'espletamento di ulteriore attività investigativa *iussu iudicis.*

[41] Cfr. art. 6, par. 3, lett. a) C.E.D.U. e art. 14, n. 3, lett. a), del Patto Internazionale dei Diritti Civili e Politici.

4. *Le proposte di riforma*

Il problema ha costituito oggetto di attenzione da parte delle Commissioni Ministeriali di Riforma del Codice di Procedura penale insediate nelle due legislature precedenti a quella odierna: tanto la Commissione presieduta dal Prof. Dalia, quanto quella presieduta dal Prof. Riccio, hanno affrontato la questione dell'iscrizione della notizia di reato, le problematiche connesse al ritardo operato dal p.m., prospettando soluzioni di matrice diversa, ma entrambe ispirate al principio-novità più saliente del nuovo art. 111 Cost.: la costituzionalizzazione della *ragionevole durata del processo.*

L'idea di fondo delle prospettive di riforma è quella di un sistema processuale fondato su un modello accusatorio che, nel rispetto della tutela dei diritti costituzionalmente garantiti, possa realizzare il principio della ragionevole durata del processo.

Tale principio costituisce, oggi, ‹‹la regola pregiuridica a cui conformare i comportamenti riformatori, dall'elevato valore sociale, anche perché essa influenza la lettura degli altri "principi" costituzionali››[42].

La proposta di riforma del codice di procedura penale, presentata alla Camera dei deputati il 2 maggio del 2006, nel corso della XV Legislatura, ha affrontato nel libro V, dedicato alle indagini preliminari e all'udienza di comparizione[43], la difficile tematica relativa ai tempi ed ai modi di iscrizione delle notizie di reato nel registro generale delle notizie di reato.

Il progetto di riforma ha evidenziato la necessità di individuare un termine, predeterminato dalla legge in sessanta giorni dalla iscrizione della notizia di reato, entro cui inviare l'informazione di garanzia onde consentire all'indagato di conoscere l'esistenza del processo[44]. L'omesso ri-

[42] Cfr. Relazione di accompagnamento della Bozza di Riforma del Codice di procedura penale operata dalla Commissione presieduta dal Prof. Riccio.

[43] L'udienza di comparizione, prevista in luogo dell'udienza preliminare, è disciplinata nel libro V, titolo X, artt. 454 e ss. del progetto di riforma in esame. La scansione processuale dei termini per la fissazione e la celebrazione dell'udienza di comparizione appare in linea con le esigenze di una ragionevole durata del processo perseguite dalla riforma. Viene espressamente previsto che, entro cinque giorni dal deposito della richiesta di rinvio a giudizio, il giudice proceda ad individuare la data e l'ora di celebrazione dell'udienza di comparizione. Tra la data della richiesta di rinvio a giudizio e la celebrazione dell'udienza di comparizione non deve intercorrere un termine superiore a giorni quaranta.

[44] L'esigenza di dotare il sistema di un meccanismo attraverso il quale consentire di radicare la conoscenza dell'esistenza di un procedimento in un termine predeterminato e congruo è stata ripresa anche nel progetto di riforma della Commissione Ministeriale presieduta dal Prof. Riccio che pure ha evidenziato la necessità di anticipare la conoscenza della pendenza del procedimento penale rispetto a quanto previsto, nel sistema vigente, dalla disciplina dettata dall'art. 369 c.p.p.

spetto del termine individuato determina l'inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti.

Tale regola soffre, naturalmente, di eccezioni predeterminate: la commissione di riforma ha espressamente previsto la possibilità per il pubblico ministero di dilatare tale termine, fino al momento della conclusione delle indagini preliminari, attraverso una richiesta di autorizzazione al giudice per le indagini preliminari che provvede con decreto motivato, nei casi in cui vi sia «un'esigenza di maggiore cautela processuale»[45].

In sintonia con tale previsione è stato, inoltre, esteso il controllo del giudice sui termini di indagine preliminare ai procedimenti con iscrizione a carico di ignoti: la *ratio* evidente di tale opzione è di evitare un utilizzo di tale strumento al fine di dilatare i termini della investigazione.

Il controllo in ordine alla concreta verifica dei termini di indagine, si completa attraverso la disamina della correttezza dell'iscrizione della *notitia criminis*.

Se questa doveva essere effettuata in un momento anteriore a quello in cui il *dominus* delle indagini ha effettivamente iscritto la notizia di reato, al giudice per le indagini preliminari viene riconosciuto il potere di retrodatare tale data con la conseguenza di rendere inutilizzabili gli atti di indagine compiuti dopo lo scadere del termine correttamente computato.

La scelta della commissione di dotare di certezza il termine dell'iscrizione delle notizie di reato e di prevedere delle sanzioni processuali connesse al mancato rispetto di tale termine è, come di qui a poco si dirà anche in relazione all'analisi del progetto di riforma elaborato dalla commissione ministeriale presieduta dal prof. Riccio, logica e coerente con gli obiettivi di un sistema che recupera la natura accusatoria del processo e che realizza, in linea con quanto costantemente[46] evidenziato dalla giurisprudenza di legittimità[47], il principio della ragionevole durata.

L'analisi delle cause che hanno determinato la «crisi della giustizia

[45] Atti parlamentari, XV legislatura, proposta di legge n. 323 del 2.5.2006, 15.

[46] Di recente, cfr. Cass. S.U., 20.12.2007, in *CED* 238240, con cui è stato evidenziato come l'esigenza di assicurare l'effettività della garanzia costituzionale della ragionevole durata dei processi (art. 111, comma Cost.) ha condotto le sezioni unite, al culmine di un percorso interpretativo già inaugurato da plurime decisioni di sezioni semplici a considerare detta garanzia quale canone interpretativo privilegiato al quale l'interprete deve costantemente ispirarsi.

[47] Nella medesima direzione cfr. Cass. S.U., 31.01.2008, in *CED* 234872, che evidenzia ancora una volta come l'esigenza di assicurare la ragionevole durata del processo fondi non solo sull'art. 111 Cost. ma trovi fondamento nella lettura dell'art. 6 della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

penale» è stata condotta attraverso una molteplicità di audizioni delle quali si è fatto carico il comitato scientifico che ha accompagnato i lavori della Commissione di Riforma presieduta dal Prof. Riccio.

Le problematiche presenti nella fase investigativa, individuate nella irragionevolezza dei tempi «costituita dal divario tra domanda ed offerta di giustizia, tra il numero degli affari e la capacità di definizione dell'apparato giudiziario»[48], rappresentano un punto cruciale del pensiero che ha animato il comitato scientifico.

La riforma prospettata dalla Commissione, fonda sull'idea di creare un sistema nel quale l'attività investigativa sia efficiente, con una durata limitata e predeterminata: ‹‹*per dare certezza al principio di durata limitata delle indagini e per evitare problemi connessi alla tempestività della iscrizione, fondamentale per dare concretezza al primo principio, è stata stabilita la inutilizzabilità degli atti compiuti oltre il termine previsto o prorogato e, soprattutto, il potere del giudice, ogni qual volta valuta la utilizzabilità degli atti o su richiesta delle parti, di verificare la correttezza dell'iscrizione retrodatando, ove necessario, la iscrizione medesima al momento nel quale doveva essere effettuata*››[49].

Il progetto di riforma analizza compiutamente i limiti dell'attuale disciplina e censura tempi e modi[50] con cui la persona sottoposta alle indagini viene ad essere informata della iscrizione nel registro delle notizie di reato: il rispetto delle garanzie difensive costituisce una delle linee guida utilizzate dalla commissione nell'elaborazione del progetto di riforma ministeriale.

Al rischio che le investigazioni asseritamente dirette alla formazione della notizia di reato possano in realtà nascondere indagini *su notizie di reato già acquisite* – quanto alla possibilità, cioè, che gli spazi di legittima "costruzione" della *notitia criminis* concessi al pubblico ministero vengano illegittimamente dilatati al fine di aggirare la disciplina dei termini investigativi – pone rimedio la *direttiva 62* nella parte in cui attribuisce al giudice il potere di retrodatare il termine iniziale dell'indagine in sede di valutazione dell'utilizzabilità degli atti investigativi compiuti solo apparentemente nei termini di legge. Nella *direttiva 58* («1. *obbligo del pubblico ministero di iscrivere la notizia del reato in apposito registro custodito ne-*

[48] Per una critica al progetto di riforma presentato dalla commissione ministeriale per la riforma del codice di procedura penale si rinvia a LATTANZI, *Manca un piano per la giustizia*, *Cass. pen*., 2007, p. 3559.

[49] Cfr. Relazione di accompagnamento, p. 68.

[50] Per una verifica degli obiettivi che la Commissione si è proposta e per un esame delle scelte operate per perseguirli si rinvia a RICCIO, *La nuova progettualità per far fronte alla crisi della giustizia*, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 4407.

gli uffici della procura della Repubblica, indicando la data della sua acquisizione e, appena possibile, il nominativo di ogni persona alla quale il reato è attribuito; 2. *obbligo del pubblico ministero di aggiornare le iscrizioni alle risultanze delle indagini in corso e all'eventuale mutamento del titolo del reato*») viene disciplinato l'obbligo del pubblico ministero di iscrivere la notizia di reato in apposito registro custodito presso gli uffici di procura.

La soluzione proposta dalla Commissione appare decisamente convincente attesa la diffusa consapevolezza che l'art. 112 della Costituzione si presta a letture aperte in grado di restituire vigore alla regola dell'obbligatorietà.

‹‹Rispetto al vigente assetto normativo, la novità è rappresentata dal fatto che il pubblico ministero deve indicare, all'atto dell'iscrizione, la data di acquisizione effettiva della *notitia criminis*. L'innovazione si spiega con l'intento, esplicitato nella prima parte della *direttiva 62*, di fare decorrere il termine *a quo* delle indagini preliminari dalla data di acquisizione effettiva della notizia di reato anziché, come oggi avviene, dalla data della sua iscrizione nel registro delle *notitiae criminis* («1. *prevedere un termine per le indagini preliminari* […] *decorrente dall'acquisizione della notizia di reato*»)››[51].

La scelta appare in sintonia con le richieste dell'avvocatura, volte ad evitare il consolidato utilizzo, nella prassi, del meccanismo della ritardata iscrizione o della richiesta di proroga del termine delle indagini preliminari.

A differenti soluzioni interpretative, peraltro, non conduce l'art. 111 Cost. che, seppure letteralmente si riferisce alla ragionevole durata del processo, non può non coinvolgere anche la fase investigativa. Diversamente opinando si dovrebbe ipotizzare un obbligo di durata ragionevole del processo limitato solo ad alcune fasi del procedimento.

D'altronde, la Consulta, già più volte sollecitata a decidere sulla conformità ai canoni costituzionali dell'imprecisione normativa, aveva sostenuto l'impossibilità di indicare precipuamente "il termine entro il quale il pubblico ministero deve iscrivere nell'apposito registro il nome della persona alla quale è attribuito il reato", trattandosi di una scelta che rientra nell'esclusiva competenza del legislatore[52].

Una soluzione auspicabile, quindi, quella proposta, che permette al

[51] Relazione di accompagnamento della Bozza di Riforma del Codice di procedura penale, p. 86.

[52] Corte cost., n. 337 del 1996, in *Giur. Cost.*, 1996, p. 2965 e, successivamente, Corte cost., n. 94 del 1998, in *Giur. cost.*, 1998, p. 849.

giudice di esercitare il controllo sul momento dell'iscrizione dell'indagato nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. (che deve avvenire appena la persona alla quale il reato è attribuito sia stata identificata) e, una volta verificata la tardività, riconosce il potere di retrodatazione. A questa ricostruzione consegue l'inutilizzabilità di tutti gli atti di indagine compiuti successivamente alla scadenza del termine di cui all'art. 405, comma 2, c.p.p., il cui *dies a quo* deve dunque essere individuato nel momento in cui a carico della persona cui è attribuito il reato sono configurabili indizi di colpevolezza.

Eppure, le Sezioni unite, da ultime interpellate al fine di dirimere i precedenti contrasti, hanno smentito la possibilità di conferire al giudice un potere di retrodatazione al fine di "correggere" l'eventuale ritardo nella iscrizione del nominativo dell'indagato nel registro delle notizie di reato. L'inerzia o il ritardo del pubblico ministero può dar luogo solo a procedimenti disciplinari nei suoi confronti, ma non incidono sulla "biografia" dell'indagine.

Ovvio corollario è lo svilimento della figura del giudice per le indagini preliminari, il quale non svolge alcun potere di controllo sullo iato temporale che intercorre tra il momento in cui la notizia è giunta alla Procura e quello in cui il pubblico ministero ha adempiuto alla iscrizione.

E' necessario notare come il G.I.P.[53], a differenza del vecchio giudice istruttore, non ha funzioni di formazione della prova, ma di garanzia e di controllo sulla correttezza e regolarità nello svolgimento delle indagini stesse e sul rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone che a quelle indagini sono sottoposte. E', quindi, organo giurisdizionale di garanzia, di controllo e di decisione della fase procedimentale ove interviene, in via incidentale, nei casi previsti dalla legge, su richiesta del pubblico ministero, della persona sottoposta alle indagini e della persona offesa senza, tuttavia, essere titolare delle indagini[54], non svol-

[53] Sulla triplice funzione *ad acta* di controllo, garanzia e decisione del giudice per le indagini preliminari, si veda COLAMUSSI, *Inutilizzabili le dichiarazioni accusatorie non verbalizzate ai fini dell'emissione di una misura cautelare*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2640.

[54] PALLA, *Sub art. 328 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale – Rassegna di giurisprudenza e di dottrina,* Padova, 2008, p. 7, con specifico riferimento al GIP nei reati di associazione mafiosa, osserva che il nuovo organo giurisdizionale, inserito dal comma 1-*bis* dell'art. 328 c.p.p. relativo allo svolgimento delle funzioni di GIP chiamato ad occuparsi delle vicende di mafia su tutto il territorio del distretto (art. 51 comma 3-*bis*), è stato ritenuto compatibile con i principi costituzionali in materia di naturalità e precostituzione del giudice (art. 25 Cost.) essendo ben possibile che i processi non siano ancorati al *locus delicti* dal momento che, per la tutela di interessi superiori, risultano idonei anche giudici non naturali, purché siano precostituiti. Per una disamina completa vedi anche, FERRAIOLI, *La funzione di garante del giudice delle indagini preliminari,* Padova, 2001, p. 26.

gendo compiti investigativi né avendo poteri d'iniziativa.

Eppure nessuna prospettiva di retrodatare o comunque di ricollocare il termine di inizio dell'inchiesta gli viene concessa.

Il problema dei possibili "arbitrii" da parte del pubblico ministero è tutt'ora acutamente avvertito, anche e soprattutto nella prassi quotidiana, evidentemente proprio nella consapevolezza di quanto sia arduo - e forse impossibile – risolvere la *quaestio* attraverso semplici operazioni ermeneutiche.

Ancora una volta si avverte l'esigenza che il rispetto delle garanzie difensive, nell'ottica del solco tracciato da una corretta analisi dei principi di cui all'art. 111 della Costituzione, debba essere un presidio effettivo ed operativo che consenta di evitare illegittimi arbitri e inconcepibili abusi.

LUANA FIERRO

Per un obbligo di sicurezza delle Apparecchiature Elettriche ed Elettroniche: verso l'introduzione di una Reverse Logistics quale principio guida in materia di Tutela Ambientale

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La reazione normativa dell'Unione Europea. - 3. Il recepimento della normativa comunitaria nel nostro ordinamento e l'obbligo di creazione di prodotti sicuri. - 4. La Reverse Logistics guida i sistemi produttivi. - 5. La risposta delle aziende alle disposizioni sul riciclo. - 6. Conclusioni

1. *Introduzione*

Come è noto, le nuove tecnologie determinano la produzione continua di prototipi relativi a progetti meccanici, elettronici e informatici destinati a sviluppare prodotti altamente sofisticati (denominati anche AEE, ossia Apparecchiature Elettriche o Elettroniche), quali pc ad elevatissime prestazioni, telefonini iperaccessoriati legati alle mode ed agli stili del momento, nuovi schermi touchscreen, immensi televisori al LED,[1] videocamere e fotocamere sempre più potenti, che nella maggior parte dei casi vengono immessi in commercio anche nei casi in cui, già in fase di realizzazione, dimostrano di essere sorpassati o addirittura obsoleti.[2]

Di conseguenza, al fine di sostenere i consumi ed il reddito delle aziende produttrici, i sistemi di marketing hanno messo a punto una lunga serie di azioni destinate alla pressione psicologica ed allo stimolo del comportamento altrui,[3] in primis dei potenziali acquirenti che, vittime

[1] Sul punto v. il contributo di G. LOJACONO, *Trend evolutivi e modifica dei business model nel settore dell'illuminazione*, Milano, I, FrancoAngeli, 2005.

[2] A. GATTO, L. IULIANO, *Prototipazione rapida. La tecnologia per la competizione globale*, Milano, Tecniche Nuove, 1998; G. BRAJNIK, E. TOPPANO, *Creare siti web multimediali. Fondamenti per l'analisi e la progettazione*, Milano, Pearson Paravia Bruno Mondad, 2007; A. ARDIGÒ, G. MAZZOLI, *Le nuove tecnologie per la promozione umana: usi dell'informatica fra macro e micro comunicazioni* - Volume 23 di *Il prisma*, Milano, FrancoAngeli, 1993.

[3] Sulla questione v. E. CARUSO, *Il circolo virtuoso impresa-mercato. Come orientare l'azienda al marketing - Gestione d'impresa* - Volume 3 di *Piccola media impresa*, Milano, Tecniche Nuove, 2004; F. GIORGIO, *Innovazione e creatività responsabile* (Relazione al Convegno organizzato da TP Associazione Italiana Pubblicitari Professionisti, San Patrignano, 26-28 giugno 2009) in *Il Diritto industriale*, 2009, fasc. 4 pag. 369 e ss.; M. QUARANTA, *Pubblicità on line tra marketing e tutela del consumatore le nuove linee di una logica di interessi* in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, 2003, fasc. 1 pp. 47 e ss.

di un complesso sistema pubblicitario,[4] idoneo a determinare l'insorgere di bisogni che in modo naturale non sarebbero avvertiti, si sentono spinti a procedere verso la rapida sostituzione dei prodotti acquistati, con cadenze sempre più brevi.[5] Se, tuttavia, queste condotte potrebbero essere comunque positive per lo sviluppo del mercato, le stesse non risultano altrettanto positive per lo stato del pianeta e per l'intero sistema ambientale, perché consentono di incrementare in misura significativa la produzione di rifiuti elettronici, produzione troppo spesso ignorata a favore delle esigenze di sviluppo del mercato dell'informatica e del mondo dell'elettronica, che preferisce incentivare l'aumento della produzione, non preoccupandosi della destinazione dei prodotti sostituiti.[6]

Dati recenti dimostrano così che ogni giorno la terra viene ad essere ricoperta da milioni di tonnellate di rifiuti tecnologici, ormai fonti di inquinamento e simboli di spreco, che, nonostante le normative predisposte per la disciplina dello smaltimento controllato e del recupero dei materiali riciclabili, poi raggiungono illegalmente mercati e discariche a cielo aperto dislocate in vaste aree di Stati sottosviluppati, come Ghana, Pakistan, Cina e India, dove i costi di smaltimento sono più bassi, le leggi ambientali meno severe ed i controlli più labili.[7] Si sta, pertanto, affrontando una gravissima situazione che da un lato vede crescere le discariche a cielo aperto,[8] con conseguenze incontrollate sulla salute del pianeta, e dall'altro vede incrementare l'inquinamento al quale vengono ad essere esposti gli individui della popolazione attuale e delle generazioni

[4] Aa. vv, *Principles of Marketing*, Global Media, 2007 V. K. Enterprises, J. N. Printers, Delhi; S. Onkvisit, J. J. Shaw, *International marketing: analysis and strategy*, New York, Routledge, 2004.

[5] P. Stanzione, G. Sciancalepore, *Commentario al Codice del Consumo: inquadramento sistematico e prassi applicativa*, Torino, IPSOA - Wolters Kluwer Italia, 2006; G. Alpa, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna, 1977; AA.VV., *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, (a cura di) Bocchini, vol. I, Torino, 2003.

[6] In argomento v. anche J. B. Stephenson, *Electronic Waste: Strengthening the Role of the Federal Government in Encouraging Recycling and Reuse,* Diane Publishing, 2006; R. E. Hester, R. M. Harrison, *Electronic waste management*, Cambridge, Royal Society of Chemistry, 2009; S. Dully, C. Ulbricht, H.-J. Lückefett, E. Westkämper, *National Registration for Producers of Electronic Waste*, Heidelberg, Springer, 2009.

[7] G. Pireddu, *Economia dell'ambiente: un'introduzione in equilibrio generale - Idee & strumenti,* Milano, Apogeo Editore, 2002.

[8] M. Imperio, *Progetti ambientali e cooperazione: identità locale in armonia con lo sviluppo* Volume 5 di Oasi / Dipartimento di progettazione per la città, il paesaggio e il territorio dell'Università Mediterranea di Reggio Calabria - 5, Milano, FrancoAngeli, 2004; AA.VV., *Manuale ambiente*, Lavis (TN), Wolters Kluwer Italia, 2008; G. Nebbia, *La società dei rifiuti*, Bari, Edipuglia srl, 1990.

future, in ragione della diffusione di sostanze altamente tossiche e cancerogene sprigionate dai componenti delle apparecchiature dismesse.[9]

Un chiaro esempio di quanto detto sopra è dato dalle denunce di Greenpeace che, nel 2009, con un'operazione segreta ha rivelato un traffico illegale di rifiuti elettronici destinati al riciclo, i quali, dichiarati come beni di seconda mano, venivano trasportati dalla Gran Bretagna alla Nigeria. A seguito di questa operazione, la responsabile della Campagna Inquinamento di Greenpeace ha evidenziato come proprio le imprese produttrici, quelle che traggono i maggiori vantaggi dalla produzione dei prodotti tecnologici,[10] possano porre fine a questo traffico illegale e pericoloso, mettendo in commercio prodotti privi di sostanze tossiche, ed assumendosi la piena responsabilità di gestire il riciclo in sicurezza dei propri articoli,[11] perché solo in questo modo si potrebbe porre fine ad un fenomeno illegale che, nella sua crescita esponenziale, con sostanze quali piombo, bario, cadmio, cromo e mercurio continua ad avvelenare la gente ed i posti incontaminati dei paesi meno ricchi.[12]

Certo, molti Stati europei attualmente si preoccupano di rispettare le disposizioni contenute nella "Basel Convention"[13] per ridurre l'in-

[9] V. sul punto, C. Rossi, *Il marketing digitale. Sfide e opportunità per le imprese nell'economia dell'interconnessione*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, 2003, fasc. 1, pp. 107 e ss.; G. Pivato, *Imprese multinazionali, processi di internazionalizzazione, marketing*, in *Rivista delle Società*, 1987, pp. 1522 e ss.

[10] Più diffusamente G. Garofano, *Capitalismo distrettuale, localismi d'impresa, globalizzazione*, Firenze, Firenze University Press, 2007; G. Marangoni, *Nuove tecnologie, organizzazione d'impresa e sistema produttivo locale* - Volume 238 di Economia e politica industriale, Milano, FrancoAngeli, 2004; S. Maglia, *Diritto Ambientale*, IPSOA - Wolters Kluwer Italia, 2009.

[11] Direttiva 85/374/CEE del Consiglio del 25 luglio 1985 relativa al Ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, in Gazzetta ufficiale l. n. 210 del 07/08/1985 pp. 0029 e ss.; D. Fairgrieve, *Product Liability in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, 2005, pp. 155 e ss.; O. Radley-Gardner, H. G. Beale, R. Zimmermann, R. Schulze, *Fundamental Texts on European Private Law*, Hart publishing c/o International Specialized Book Services, Portland (Oregon) 2003, pp. 187- 196.

[12] *L'espresso*, Volume 52, Numeri 7-13, 2006, Indiana University; OECD, *Rapporto sulle performance ambientali OCSE, Rapporti Sulle Performance Ambientali: Italia,* Paris, OECD Publishing, 2003.

[13] Programme des Nations Unies pour l'environnement, United Nations Environment Programme, *The Basel Convention: a global solution for controlling hazardous wastes*, UNEP/Earthprint, 1997; J. Krueger, *International trade and the Basel convention- Trade and environment series,* London, Earthscan, 1999; K. Kummer, *International management of hazardous wastes: the Basel Convention and related legal rules - Oxford monographs in international law,* Great Britain, Oxford University Press, 2000.

quinamento tossico proveniente dalle discariche tossiche dei "paesi pattumiera", ma ben pochi fra di essi si adeguano veramente alle direttive emanate dal legislatore comunitario che, impegnato nell'emanazione di molteplici e complessi atti normativi, cerca di porre un freno alle attività illegali,[14] le quali da un lato sgravano sicuramente le aziende dal sostenimento degli elevati costi legati allo smaltimento dei prodotti, ma dall'altro non fanno altro che andare a danneggiare l'ambiente a livello globale, con irreversibili conseguenze sulla salute degli individui e dell'intero ecosistema.[15]

Sarebbe pertanto opportuno dedicare maggiore attenzione alle condotte dei produttori, ponendo in essere seri ed efficaci controlli, e recepire in tempi rapidi le disposizioni emanate a livello comunitario, destinate a creare un valido sistema di responsabilità del produttore impegnato nel settore tecnologico. In tale ottica, dunque, potrebbe essere di grande efficacia l'introduzione di un particolare regime di responsabilità del produttore di apparecchiature elettriche ed elettroniche, le cui condotte stanno diventano una seria minaccia per l'ambiente e la salute umana.[16]

Quanto alle disposizioni attualmente vigenti, emanate nell'interesse della protezione ambientale e della salute umana, una tappa di fondamentale importanza può essere costituita dall'approvazione della Direttiva RAEE (o WEEE) sui rifiuti da apparecchiature elettriche ed elettroniche[17] che, nell'introdurre nuove limitazioni e restrizioni sui movimenti internazionali di questo tipo di rifiuti, ne disciplina il riciclaggio e ne vieta l'esportazione all'estero per lo smaltimento.[18]

[14] E. Caretto, *Ambiente, sostenibilità e qualità della vita*, Castrignano dei Greci (Le), Amaltea edizioni, 2002.

[15] Così, in particolare, M. Barcellona, *Interessi diffusi, diritto alla salute e danno ambientale*, in *Corriere giuridico*, 1989, p. 881; M. Comporti, *Tutela dell'ambiente e tutela della salute*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1990, p. 191; R. Tommasini, *Danno ambientale e danno alla salute: imputazione ed entità del risarcimento*, in *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, (a cura di) P. Perlingieri, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1991.

[16] Sul punto v. A. Bruscino, *Lo Sviluppo Eco Sostenibile,*Lulu, 2007, pp. 32-36; R. Hillary, *Small and Medium-sized Enterprises and the Environment,* Sheffield, Greenleaf Publishing, 2000; D. Giardi, V. Trapanese, *Uomo ambiente e sviluppo,* Roma, Geva Edizioni, 2006.

[17] N. Cassinelli, R. Del Duro, *La raccolta differenziata dei rifiuti e il riciclo delle materie seconde* - Volume 344 di Economia e politica industriale - Fondazione AMGA, Milano, FrancoAngeli, 2008; N. Lugaresi, S. Bertazzo, *Nuovo codice dell'ambiente*, Santarcangelo di Romagna (RN), Maggioli Editore, 2009; C. P. Salsa, *Diritto ambientale: principi, norme, giurisprudenza*, Santarcangelo di Romagna (RN), Maggioli Editore, 2008.

[18] J. Vaughn, *Waste Management: A Reference Handbook*, California, ABC-CLIO, 2008.

Sul punto v. anche: S. Ganesan, M. Pecht, *Lead-free electronics,*USA, John Wiley and Sons, 2006.

2. *La reazione normativa dell'Unione Europea*

L'esigenza dell'Unione Europea di ridurre al minimo le conseguenze negative della produzione e della gestione dei rifiuti, per la salute umana e l'ambiente, ha incoraggiato l'elaborazione di un'articolata politica in materia di rifiuti, che principalmente punta alla formulazione ed all'applicazione pratica di una scala gerarchica dei rifiuti, oltre che alla riduzione dell'uso di materiali inquinanti, nell'intento di dissociare la crescita dei sistemi produttivi dalla produzione dei rifiuti, così proponendo un quadro giuridico volto a controllare tutto il ciclo dei rifiuti, partendo dalla produzione per arrivare allo smaltimento, il tutto nell'ottica di favorire il recupero ed il riciclaggio.

In effetti, partendo dalle affermazioni contenute nella risoluzione del 24 febbraio 1997 sulla strategia comunitaria per la gestione dei rifiuti, il Consiglio ha sempre ribadito che la priorità principale della gestione dei rifiuti è rappresentata dalla prevenzione[19], tanto che, con la direttiva 2006/12/CE, è arrivato a stabilire che il riutilizzo e il riciclaggio dei materiali debbano preferirsi alla valorizzazione energetica dei rifiuti, nella misura in cui essi rappresentano le alternative migliori dal punto di vista ecologico.[20]

Di conseguenza, con la direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sulla gestione dei rifiuti, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea il 24 novembre, il Consiglio ha specificato alcuni concetti basilari, tra i quali rientrano le definizioni di rifiuto, di recupero e di smaltimento, ma ha anche fornito importanti riferimenti per le attività degli operatori che si occupano del recupero dei rifiuti e dell'utilizzazione dei materiali di recupero, nell'interesse della preservazione delle risorse naturali.[21]

[19] Direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, Eur-Lex http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=32004L0035&lg=it [30 dicembre 2008]. Sul punto v. anche C. Rapiosarda Sasson, *Verso la riforma delle norme sul danno ambientale*, in *L'impresa ambiente*, 1991, n. 2, p. 110; B. Pozzo, *La proposta di nuova Direttiva sulla prevenzione e il risarcimento del danno all'ambiente*, in Danno e resp., 2002, p. 11 ss.; B. Pozzo, *La nuova Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno,* in *Riv. giur. amb.,* 2006, 1 ss.

[20] Eur-Lex, Directive 2006/12/EC of the European Parliament and of the Council of 5 April 2006 on waste, http://www.google.it/webhp?sourceid=navclient&hl=it&ie=UTF-8#hl=it&q=2006%2F12%2Fec& aq=f&aqi=&aql=&oq=&gs_rfai=&fp=574412546c8a36ce [15 maggio 2010].

[21] Eur-Lex, Directive 2008/98/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on waste, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:312:0003:0003:EN:PDF [15 maggio 2010].

La ratio di una siffatta politica è quindi facilmente identificabile nella consapevolezza di dover procedere verso la creazione della "Società europea del riciclaggio", basata sul raggiungimento di un elevato livello di efficienza nell'allocazione delle risorse, il quale obbliga a spingere verso l'elaborazione di strumenti economici destinati a sostenere la realizzazione degli obiettivi di prevenzione e gestione dei rifiuti, con l'idea di dover spingere verso la protezione dell'ambiente e della salute umana,[22] obiettivi questi che chiaramente non possono essere realizzati in misura soddisfacente tramite l'esclusiva azione degli Stati membri,[23] ma necessitano dell'intervento coordinatore e direttivo del legislatore comunitario, autorizzato ad intervenire in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 del Trattato.[24]

[22] M. Tooma, *Safety, Security, Health and Environment Law* G - Reference,Information and Interdisciplinary Subjects Series, Sydney, Federation Press, 2008; D. H. Sells, *Security in the health care environment*, USA, Jones & Bartlett Learning, 2000.

[23] Articolo 174 (ex articolo 130 R)

1. La politica della Comunità in materia ambientale contribuisce a perseguire i seguenti obiettivi:
- salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente;
- protezione della salute umana;
- utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali;
- promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale.

[24] Il principio di sussidiarietà nasce nel pensiero socio-politico, e si sviluppa nella dottrina sociale cristiana. Esso racchiude un significato a natura bivalente, che da un lato tutela l'autonomia del singolo e dell'organismo minore di fronte all'invadenza di quelli maggiori, dall'altro implica l'eventualità dell'intervento ausiliario di questi ultimi, quando gli organismi minori si rivelino inadempienti o non adeguati rispetto al compito da svolgere. Applicato in un ordinamento giuridico articolato secondo una pluralità di autonomie sociali e territoriali, il principio può comportare per il potere pubblico ora un dovere di astensione, ora un dovere d'intervento. Nella sua accezione "verticale" esso è riferito alla pluralità di autonomie territoriali; nell'accezione "orizzontale" esso è riferito alle relazioni che intercorrono fra il potere pubblico (anche locale) e i cittadini: fra l'apparato politico-amministrativo e la società civile. Vasta è la letteratura sul principio di sussidiarietà in riferimento all'ordinamento costituzionale. Sul punto v. A. Rinella, *Il principio di sussidiarietà: definizioni, comparazioni e modello d'analisi*, 8, in A. Rinella, L. Coen, R. Scarciglia (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali*, Padova, 1999; P. Duret, *La sussidiarietà orizzontale: le radici e le suggestioni di un concetto,* in *Jus,* 2000, 95; A. D'Atena, *Costituzione e principio di sussidiarietà,* in *Quad. Cost*., 2001, 13; P. Ridola, *Il principio di sussidiarietà e la forma di stato di democrazia pluralista*, in A. Cervati, S.P. Panunzio, P. Ridola (a cura di) *Studi sulla riforma costituzionale*, Torino, 2001; A. Poggi, *Le autonomie funzionali "tra" sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, 2001; G. Cotturri, *Potere sussidiario. Sussidiarietà e federalismo in Europa e in Italia*, Roma, 2001; A. Albanese, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici,* in *Dir. Pubbl*., 2002; G.U. Rescigno, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, ivi, 6 ss.; A. Moscarini, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, Padova, 2003, 13 ss.

Si può allora vedere, tra i più recenti interventi normativi, come l'ultima fra le direttive richiamate, la n. 2008/98/CE, appunto, abbia determinato la creazione di un nuovo quadro normativo nel settore in esame, con l'abrogazione delle direttive 75/439/CEE,[25] 91/689/CEE[26], nonché della già richiamata 2006/12/CE, in un'ottica di semplificazione ma anche di razionalizzazione e di innovazione della disciplina sulla gestione dei rifiuti in seno alla Comunità Europea. Tale strumento è arrivato a coronamento di uno degli obiettivi delineati all'interno del Sesto Programma di Azione Comunitaria, varato nel 2002,[27] nel quale si auspicava di giungere all'estensione o alla revisione della normativa sui rifiuti, nell'ambito della quale sarebbe stata fondamentale una chiara distinzione tra rifiuti e non rifiuti, e necessario lo sviluppo di misure destinate a sostenere la prevenzione e gestione dei rifiuti, compresa la fissazione degli obiettivi.[28]

[25] Eur-Lex, Council Directive 75/439/EEC of 16 June 1975 on the disposal of waste oils, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31975L0439:EN:HTML [15maggio 2010].

[26] Eur-Lex, Council Directive 91/689/EEC of 12 December 1991 on hazardous waste, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31991L0689:EN:HTML [15 maggio 2010].

[27] Decisione n. 1600/2002/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 luglio 2002, che istituisce il sesto programma comunitario di azione in materia di ambiente - Gazzetta ufficiale l. 242 del 10.9.2002.

[28] Decisione n. 1600/2002/CE, Art. 2 – punto 2 "Il programma punta … a garantire una migliore efficienza delle risorse e una migliore gestione delle risorse e dei rifiuti ai fini del passaggio a modelli di produzione e consumo più sostenibili, dissociando pertanto l'impiego delle risorse e la produzione dei rifiuti dal tasso di crescita economica, e cercando di garantire che il consumo di risorse rinnovabili e non rinnovabili non superi la capacità di carico dell'ambiente."

Art. 8 " Obiettivi e aree di azione prioritarie per l'uso e la gestione sostenibili delle risorse naturali e dei rifiuti

1. Gli scopi definiti all'articolo 2 dovrebbero essere perseguiti con i seguenti obiettivi:

- prefiggersi di assicurare che il consumo di risorse e i conseguenti impatti non superino la soglia di saturazione dell'ambiente e spezzare il nesso fra crescita economica e utilizzo delle risorse. In questo contesto si ricorda l'obiettivo di raggiungere, entro il 2010 nella Comunità, la percentuale del 22 % della produzione di energia elettrica a partire da energie rinnovabili affinché l'efficacia delle risorse e dell'energia sia aumentata in modo drastico,
- conseguire una sensibile riduzione complessiva delle quantità di rifiuti prodotte mediante iniziative di prevenzione nel settore, una maggiore efficienza delle risorse e il passaggio a modelli di produzione e di consumo più sostenibili,
- conseguire una sensibile riduzione delle quantità di rifiuti destinati all'eliminazione nonché delle quantità di rifiuti pericolosi prodotte, evitando un aumento delle emissioni nell'aria, nell'acqua e nel terreno,
- incentivare il riutilizzo, e per quanto riguarda i rifiuti tuttora prodotti: il loro livello di pericolosità dovrebbe essere diminuito ed essi dovrebbero comportare il minimo rischio

Ma procediamo con ordine e cerchiamo di fornire un quadro leggermente più dettagliato dell'attuale contesto normativo comunitario del settore, con una breve analisi delle tappe fondamentali che hanno portato all'attuale situazione.[29]

A tale fine, la prima Direttiva che deve essere richiamata è la Direttiva n. 2002/95/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sulla restrizione dell'uso di determinate sostanze pericolose nelle apparecchiature elettriche ed elettroniche, il cui scopo prioritario era quello di contribuire alla tutela della salute umana, nonché al recupero ed allo smaltimento ecologicamente corretto dei rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche. A tal fine l'articolo 4 della Direttiva in esame prevede che a partire dal 1° luglio 2006 gli Stati membri debbano provvedere affinché le apparecchiature elettriche ed elettroniche nuove immesse sul mercato non contengano piombo, mercurio, cadmio, cromo esavalente, bifenili polibromurati (PBB) o etere di difenile polibromurato (PBDE),[30] mentre, per tutti i beni prodotti fino al 1° luglio 2006, consente di attenersi alle precedenti misure nazionali volte a limitare o vietare l'uso di dette sostanze nelle apparecchiature elettriche ed elettroniche,[31] adottate per ottemperare alla normativa comunitaria nel periodo antecedente all'ado-

possibile; occorrerebbe dare la priorità al recupero, segnatamente al riciclaggio; i rifiuti destinati all'eliminazione dovrebbero essere ridotti al minimo ed essere eliminati in modo sicuro; il sito di trattamento dei rifiuti destinati allo smaltimento dovrebbe essere situato il più possibile vicino al luogo di produzione dei medesimi, sempreché ciò non comporti una riduzione dell'efficacia per quanto riguarda le operazioni di trattamento dei rifiuti.

[29] V. per una più compiuta analisi della normativa, H.R. Martin, *Nuove norme europee sulle apparecchiature elettriche ed elettroniche: accordo raggiunto*, in *Riv. Giuridica dell'Ambiente*, 2003, pp. 233 e ss.; A.R. Stolfi, *Il recupero dei rifiuti*, in *Dir. e Giur. Agraria Alimentare e dell'Ambiente*, 2009, I, p. 285 e ss.; A. Iacoviello, *I limiti della competenza legislativa regionale in materia di smaltimento dei rifiuti pericolosi e speciali*, in *Dir. e Giur. Agraria Alimentare e dell'Ambiente*, 2008, pp. 28 e ss.

[30] J. D. Weidenhamer, M. L. Clement, *Leaded electronic waste is a possible source material for lead-contaminated jewelry*, Chemosphere - Volume 69, Issue 7, October 2007, pp. 1111 e ss.; L. S. Morf, J. Tremp, R. Gloor, F. Schuppisser, M. Stengel, R. Taverna, *Metals, nonmetals and PCB in electrical and electronic waste – Actual levels in Switzerland*, Waste Management - Volume 27, Issue 10, 2007, pp. 1306 e ss. - Wascon 2006 6th International Conference: Developments in the re-use of mineral waste.

[31] Direttiva n. 2002/95/CE, *Articolo 4*: " Prevenzione

1. A partire dal 1° luglio 2006 gli Stati membri provvedono affinché le apparecchiature elettriche ed elettroniche nuove immesse sul mercato non contengano piombo, mercurio, cadmio, cromo esavalente, bifenili polibromurati (PBB) o etere di difenile polibromurato (PBDE). Fino al 1° luglio 2006 è possibile mantenere le misure nazionali volte a limitare o vietare l'uso di dette sostanze nelle apparecchiature elettriche ed elettroniche adottate per ottemperare alla normativa comunitaria prima dell'adozione della presente direttiva."

zione della presente direttiva.[32]

Non poteva non operare nella medesima direzione la successiva Direttiva 2002/96/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 gennaio 2003 sui rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche (RAEE), il cui art. 4, ha riconosciuto, per la prima volta, l'obbligo degli Stati membri di operare verso l'incoraggiamento di una fase progettuale idonea a generare apparecchiature elettriche ed elettroniche che potremo definire sicure, nel senso che le stesse debbono essere progettate tenendo conto delle necessità di soppressione e di recupero dei RAEE, di reimpiego e riciclaggio degli stessi, oltre che dei loro singoli componenti. A seguito di siffatta normativa è quindi previsto che gli Stati membri adottino misure intese ad impedire l'aggiramento degli obblighi relativi alle attività di reimpiego dei RAEE, creando prodotti che per le caratteristiche della progettazione o per i processi di fabbricazione possano impedire attività di recupero, ma, nel contempo, in virtù dell'ultima parte relativa al comma 1 dell'articolo 4, è stata prevista un'eccezione a tale regola, per il caso in cui l'attività produttiva, che dovrebbe essere sanzionata a norma della disposizione appena indicata, presenti vantaggi di primaria importanza, ad esempio perseguendo la protezione ambientale o la sicurezza dei prodotti.[33]

Occorre inoltre rilevare come la stessa Direttiva contenga misure che prioritariamente tendono a prevenire la produzione di rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche (RAEE), favorendo il loro reimpiego tramite il riciclaggio ed altre forme di recupero,[34] attività fondamentali

[32] Sul punto v. R. Widmer, H. Oswald-Krapf, D. Sinha-Khetriwal, M. Schnellmann, H. Böni, *Global perspectives on e-waste,* Environmental Impact Assessment Review - Volume 25, Issue 5, July 2005, pp. 436 e ss.; R. Ciocci, M. Pecht, *Impact of environmental regulations on green electronics manufacture,* Microelectronics International, 2006, Volume: 23, Issue: 2, pp. 45 e ss.; J. Li, B. Tian, T. Liu, H. Liu, X. Wen, S. Honda, *Status quo of e-waste management in mainland China,* in Journal of Material Cycles and Waste Management, Springer Japan, Volume 8, Number 1 / March, 2006, pp. 13 e ss.

[33] Direttiva 2002/96/CE - *Articolo 4*: Progettazione dei prodotti "Gli Stati membri incoraggiano la progettazione e la produzione di apparecchiature elettriche ed elettroniche che tengano in considerazione e facilitino la soppressione e il recupero, in particolare il reimpiego e il riciclaggio dei RAEE, dei loro componenti e materiali. In tale contesto, gli Stati membri adottano misure adeguate affinché i produttori non impediscano, mediante caratteristiche specifiche della progettazione o processi di fabbricazione, il reimpiego dei RAEE, a meno che tali caratteristiche specifiche della progettazione o processi di fabbricazione presentino vantaggi di primaria importanza, ad esempio in relazione alla protezione dell'ambiente e/o ai requisiti di sicurezza."

[34] In quest'ordine d'idee M. Roseland, S. Connelly, *Toward sustainable communities: resources for citizens and their governments*, Canada, New Society Publishers, 2005; *Gestione dei rifiuti, compost e trattamento biologico, sostenibilità del territorio e certificazione ambientale*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2007; (a cura di) L. Morselli, F. Passarini, I. Vassura, *Recupero dei rifiuti: riciclo e valorizzazione energetica*, traduzione dal testo originale: "*WASTE RECOVERY: Recycling and Waste to Energy*"(a cura di) A. Santini; 2006.

per la riduzione del volume di rifiuti destinati allo smaltimento. A questa logica va poi ricollegata anche la previsione della seconda parte dell'articolo 1, la quale riconosce esplicitamente che la Direttiva in analisi "mira inoltre a migliorare il funzionamento dal punto di vista ambientale di tutti gli operatori che intervengono nel ciclo di vita delle AEE, quali ad esempio produttori, distributori e consumatori, in particolare quegli operatori direttamente collegati al trattamento dei rifiuti delle stesse."[35]

Si aggiunga, infine, che addirittura prima della sua entrata in vigore la direttiva in analisi è stata più volte ritoccata, prima di tutto ad opera della Direttiva 2003/108/CE, la quale è andata più che altro a modificare l'articolo 9 della stessa, che disciplina il finanziamento relativo ai RAEE provenienti da utenti diversi dai nuclei domestici, per stabilire l'obbligo, degli Stati membri, di provvedere affinché entro il 13 agosto 2005, per RAEE di prodotti immessi sul mercato prima del 13 agosto 2005 ("rifiuti storici"), il finanziamento dei costi di gestione segua le modalità sancite al terzo ed al quarto comma. Diversamente per i rifiuti storici sostituiti da nuovi prodotti equivalenti o da nuovi prodotti adibiti alla medesima funzione, per i quali il finanziamento dei costi incombe sui produttori di detti prodotti all'atto della fornitura. Ed in alternativa, agli Stati membri, si consente di prevedere che la responsabilità totale o parziale del finanziamento ricada su utenti diversi dai nuclei domestici. Infine, per il trattamento dei rifiuti storici, si dispone che il finanziamento dei costi gravi su utenti diversi dai nuclei domestici.

L'attività normativa degli organi comunitari è poi proseguita con l'emanazione della Direttiva 2006/12/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 aprile 2006 incentrata sui rifiuti, che ha stabilito il quadro normativo per il trattamento dei rifiuti all'interno della Comunità nell'intento di spingere attivamente l'UE verso una cd "Società del riciclaggio", nella quale i rifiuti sono destinati ad essere considerati e trattati come una risorsa, e con la già richiamata Direttiva 2008/98/CE che, come accennato, ha abrogato fra le altre anche quest'ultima, ed ha finalmente stabilito concrete misure destinate alla pianificazione ed alla riduzione degli impatti nocivi della produzione e della gestione dei rifiuti, ma anche rivolte a limitare le conseguenze negative che scaturiscono da un catti-

[35] Italia: Direzione generale per la ricerca ambientale e lo sviluppo, *Riciclo: la doppia vita delle cose / Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio,* Milano: Editoriale tempi duri, 2006; *Riciclo riciclo : dagli Stati Uniti all'Italia, il riciclaggio alla portata di tutti,* prefazione di G. Nebbia, Roma, Verde ambiente, 1993; *Seminario S1: riciclo e sostenibilità: ciclo di vita dei rifiuti ed aspetti legislativi*, coordinatore responsabile comitato scientifico L. Morselli, Rimini, 1997.

vo ed inefficiente uso delle risorse.[36]

Proprio a tale fine è stato possibile procedere, grazie a quanto disposto dalla normativa appena richiamata, in relazione ad una "classificazione gerarchica" dei rifiuti, all'integrazione delle disposizioni della direttiva 75/439/CEE del Consiglio del 16 giugno 1975, concernente l'eliminazione degli oli usati, stabilendo che la gestione degli oli usati debba avvenire secondo l'ordine di priorità della gerarchia dei rifiuti, con la preferenza alle opzioni che nel complesso diano il miglior risultato ambientale.[37]

In secondo luogo, con l'abrogazione della direttiva 2006/12/CE, sono state migliorate ed integrate le definizioni di concetti basilari quali rifiuto, recupero e smaltimento, fondamentali per stabilire e chiarire gli obblighi essenziali nell'ambito della gestione dei rifiuti, tra i quali il ruolo determinante è rappresentato dalla previsione di un obbligo di autorizzazione e di registrazione gravante su quegli enti o imprese che effettuano operazioni di gestione dei rifiuti.[38]

D'altro canto, la direttiva del 2008 non si è limitata ad effettuare integrazioni ed abrogazioni, ma ha fornito una nuova disciplina per tutte le future e potenziali condotte tramite la riaffermazione di principi fondamentali, quali l'obbligo di trattare i rifiuti in modo da evitare impatti negativi sull'ambiente e sulla salute umana, un valido incentivo all'applicazione della gerarchia dei rifiuti, ed ha infine riaffermato il "Polluter Pay Principle" (il principio "chi inquina paga"),[39] addebitando i costi dello smaltimento dei rifiuti al detentore dei rifiuti, ai detentori precedenti o ai produttori del prodotto che ha generato gli stessi.[40]

[36] Sul punto v. il contributo di V. Paone, *Novità dell'Unione Europea in materia di gestione dei rifiuti* (Nota a CGCE Grande sezione 24 giugno 2008 (causa C-188/07)) in *Il Foro italiano*, 2008, fasc. 9 pag. 403 – 405.

[37] Più diffusamente F. Giampietro, *Commento alla direttiva 2008/98/CE sui rifiuti. Quali modifiche al codice dell'ambiente*, IPSOA - Wolters Kluwer Italia, 2009; S. Gervasoni, *Sistemi di gestione ambientale*, Trento, Hoepli Editore, 2000.

[38] A. Montagna, *La responsabilità nella gestione del rifiuto oltre il momento della sua produzione* (Nota a Cass. sez. III 19 dicembre 2007, n. 6101) in *Cassazione penale*, 2009, fasc. 1 pag. 343 e ss.; G. Sarno, *Sulla autorizzazione preventiva integrata in materia di smaltimento dei rifiuti*, in *Cassazione penale*, 2006 fasc. 2, pp. 627 e ss.; G. Ferrari, *Temporanea autorizzazione legale all'esercizio d'impianto per il trattamento dei rifiuti riclassificati dalla commissione CE*, in *Urbanistica e appalti*, 2004 fasc. 9, pp. 1105 e ss.

[39] A. Pappalardo, *Nozione di rifiuti e principio "chi inquina paga" nella giurisprudenza della Corte di Giustizia* (Nota a CGCE Grande sezione 24 giugno 2008 (causa C-188/07)) in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, fasc. 4 pag. 2065 – 2072.

[40] In tale senso v. M. Meli, *Il principio chi inquina paga nel codice dell'ambiente*, in *Danno e responsabilità*, 2009, pp. 811 e ss.

Questa normativa, in virtù delle diverse ed importanti novità introdotte, è così andata a creare un confine netto tra le definizioni di "rifiuti", "sottoprodotti" e "materie prime secondarie", a precisare alcuni concetti basilari come le definizioni di "riciclaggio", "recupero" e "smaltimento", favorire il recupero dei rifiuti e l'utilizzazione dei materiali di recupero, ma anche a sostenere azioni destinate a sviluppare mercati dei rifiuti più efficienti e meno"burocratici".

3. *Il recepimento della normativa comunitaria nel nostro ordinamento e l'obbligo di creazione di prodotti sicuri*

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, data la necessità di agire con prontezza,[41] le disposizioni contenute nelle direttive 2002/95/CE, 2002/96/CE e 2003/108/CE sono state tutte recepite con il D. Lgs. 151 del 25 luglio 2005,[42] imperniato sul Trattamento dei Rifiuti di Apparecchiature Elettriche ed Elettroniche,[43] seguito nell'immediato dal D.L. 12 maggio 2006 n. 173, avente ad oggetto la proroga dei termini previsti per l'emanazione di atti attuativi di natura regolamentare e legislativa.[44] Difatti, dati i chiari ritardi nelle procedure di emanazione degli atti richiesti dal testo del Decreto 151/2005, entrato in vigore dal 13 agosto 2005, per un lungo periodo è stato necessario procedere con la fissazione di molteplici differimenti dell'originario termine, in un primo momento fissato, dall'articolo 20 comma 5 del decreto legislativo 25 luglio 2005 n. 151, a un anno dalla data di emanazione del decreto.

Sfortunatamente le vicende economiche e sociali non consentirono l'entrata in vigore di tutte le disposizioni nei termini inizialmente decretati, tanto che ben presto si rese necessaria un'ulteriore modifica, disposta dal D.L. n. 300 del 28 dicembre 2006, la quale portò il termine, già modificato, al 30 giugno 2007. Ma neppure questa volta il termine fissato era

[41] Sul punto G. Alpa, *Il diritto dei consumatori*, Nuova ed. riv. e aggiornata, Roma, Laterza, 2002; G. Alpa *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore,* Milano, Giuffrè, 1975; *Diritto pubblico e diritto privato nella formazione del mercato unico: materiali del Seminario dell'8 luglio 2004,* raccolti da G. Alpa, Milano, Giuffrè, 2005.

[42] G.U. 29 luglio 2005, n. 175 - S.O. n. 135

[43] L. Morselli, F. Passarini, I. Vassura, *Waste recovery: strategies, techniques and applications in Europe,*- Milano, Angeli, 2009.

[44] D.l. 173/2006, rinvia l'entrata in vigore del "Decreto RAEE" al 31 dicembre 2006: "1. Il termine di cui all'articolo 20, comma 5, del decreto legislativo 25 luglio 2005, n. 151, e' prorogato fino all'emanazione dei provvedimenti attuativi di cui agli articoli 13, comma 8, e 15, comma 1, del medesimo decreto legislativo e comunque non oltre il 31 dicembre 2006."

quello definitivo, difatti fu nuovamente e più volte ritoccato, prima dal D.L. 81/2007 che rinviava l'entrata in vigore del Decreto RAEE al 31 dicembre 2007, poi dal D.L. 248/2007 che prorogava ulteriormente il termine previsto per l'attuazione del Decreto 151/2005 al 31 dicembre 2008.

Si è reso, infine, necessario anche un ultimo intervento, realizzato dal D.L. 208/2008, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 304 del 31-12-2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 13/2009, per spostare il termine del 31 dicembre 2008, contenuto all'articolo 20 comma 4 del decreto legislativo 25 luglio 2005, al 31 dicembre 2009, oltre che per apportare delle piccole modifiche all'articolo 3, comma 1, lettera m), del decreto legislativo 25 luglio 2005, n. 151, numero 4).[45]

Tuttavia, al di là della scansione temporale per l'entrata in vigore delle sue disposizioni, l'analisi della normativa, emanata con il fine di rendere migliore sotto il profilo ambientale l'intervento di quei soggetti che entrano a contatto con i RAEE durante il processo produttivo e dei consumatori che usufruiscono degli AEE per soddisfare i loro bisogni, non può non partire dalla delimitazione del suo ambito di applicazione.

Si tratta, infatti, di individuare quali sono gli strumenti ed i macchinari (e per relazione i rifiuti) che debbono quindi essere oggetto di un insieme di norme volte a prevenirne la produzione, a promuoverne il reimpiego, a migliorare, sotto il profilo ambientale, l'intervento dei soggetti che partecipano al ciclo di vita di dette apparecchiature (compreso lo smaltimento dei relativi rifiuti) ed a ridurre la presenza di componenti pericolose nella loro conformazione.

In relazione a ciò, appare evidente che la normativa sia destinata ad occuparsi degli strumenti e dei beni definiti dal suo articolo 3, il quale, nel fornire le principali definizioni per la sua applicazione, ha dichiarato che all'interno della categoria delle "apparecchiature elettriche ed elettroniche" o "AEE" sono incluse tutte quelle "apparecchiature che dipendono, per un corretto funzionamento, da correnti elettriche o da campi elettromagnetici e le apparecchiature di generazione, di trasferimento e di misura di questi campi e correnti, appartenenti alle categorie di cui al-

[45] Art. 7 - Apparecchiature elettriche ed elettroniche

"1. All'articolo 3, comma 1, lettera m), del decreto legislativo 25 luglio 2005, n. 151, il numero 4) e' sostituito dal seguente:

«4) per le sole apparecchiature elettriche ed elettroniche destinate esclusivamente all'esportazione, il produttore e' considerato tale ai fini degli articoli 4, 13 e 14. Ai fini del presente decreto non e' considerato produttore chi fornisce finanziamenti esclusivamente sulla base o a norma di un accordo finanziario, salvo che agisca in qualità di produttore ai sensi dei numeri 1), 2) e 3); ».''

l'allegato I A e progettate per essere usate con una tensione non superiore a 1000 volt per la corrente alternata e a 1500 volt per la corrente continua". Nel contempo il legislatore italiano ha somministrato una ulteriore importante definizione, quella dei "rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche" o "RAEE", alla lettera b dell'art. 3, laddove ha qualificato come tali i "rifiuti ai sensi dell'articolo 1, lettera a), della direttiva 75/442/CEE, inclusi tutti i componenti, sottoinsiemi e materiali di consumo che sono parte integrante del prodotto al momento in cui si decide di eliminarlo".[46]

Dopo di che, il legislatore, non ritenendo sufficiente limitare la sua attività all'enunciazione delle definizioni indicate, al fine di individuare con chiarezza le categorie di apparecchiature elettriche ed elettroniche rientranti nel campo di applicazione del D. Lgs. 151/2005, ha fornito, tramite l'Allegato 1 A, un elenco preciso delle categorie interessate dall'articolo 2 comma 1, e, con l'Allegato B, alcuni esempi di prodotti che devono essere presi in considerazione ai fini del presente decreto e che rientrano nelle categorie dell'Allegato 1 A, senza discostarsi da quanto enunciato dal legislatore comunitario all'interno della Direttiva di riferimento.

Nello specifico l'Allegato 1 si è limitato a riprodurre peridissequamente le disposizioni della Direttiva 2002/96/CE, difatti all'Allegato 1A sono indicate le categorie di apparecchiature elettriche ed elettroniche già coperte dalla Direttiva, ed all'Allegato 1 B viene presentato l'elenco esemplificativo e non esaustivo di prodotti che devono essere presi in considerazione ai fini della presente Direttiva, ossia quelli rientranti nelle categorie dell'allegato 1 A, suddivisi nelle nove categorie di prodotti assoggettati alle disposizioni in analisi.

In particolare, la lista predisposta parte dalla categoria dei grandi elettrodomestici, che esclude quelli fissi di grandi dimensioni per dare spazio a frigoriferi, congelatori e forni a microonde, e passa poi, tramite la seconda categoria, a piccoli elettrodomestici calcolati in base ad una valutazione effettuata in termini di peso, necessaria ai fini della determinazione delle quote di mercato ai sensi dell'articolo 8, comma 1. Nello specifico, si fa riferimento alle scope meccaniche, alle macchine per cucire, alle macchine per maglieria, a quelle tessitrici e per altre lavorazio-

[46] Sul punto si veda, in particolare, P. Colombo, *Il principio di responsabilità del produttore nella gestione dei rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche*, in *Il diritto dell'economia*, 2007 fasc. 3, pp. 419 e ss.; P. Seldoni, *Rifiuti elettrici ed elettronici. La responsabilità del produttore: un principio condiviso tra norma comunitaria e accordi di programma,* in *Gazzetta ambiente*, 2002 fasc. 1, pp. 111 e ss.; V. Paone, *Sulla responsabilità del produttore di rifiuti*, in *Il Foro italiano*, 2000 fasc. 12, pt. 2, pp. 700 e ss.

ni dei tessili, ai ferri da stiro, ai tostapane, alle friggitrici, ai frullatori, ai macina caffè elettrici, etc.

La terza categoria è poi quella delle apparecchiature informatiche per le comunicazioni, a loro volta suddivise in due sottocategorie, la prima costituita dai prodotti utilizzati per il trattamento dati centralizzato, quali mainframe, minicomputer e stampanti, e la seconda formata dagli articoli per l'Informatica individuale, che rappresentano la specie più consistente nell'ambito dei prodotti soggetti ad una maggiore obsolescenza e quindi indirizzati verso un rapido smaltimento, vale a dire personal computer (unità centrale, mouse, schermo e tastiera inclusi), computer portatili (unità centrale, mouse, schermo e tastiera inclusi), notebook, agende elettroniche, stampanti, telefoni senza filo, telefoni cellulari, segreterie telefoniche.

La quarta categoria è costituita dalle apparecchiature di consumo, quali apparecchi radio, apparecchi televisivi, videocamere, videoregistratori, registratori hi-fi ed amplificatori audio, tutti prodotti che, insieme a quelli già confluiti nella precedente categoria, risultano essere particolarmente connessi ad obsolescenza e superamento tecnologico.

Ad essa si affiancano ulteriori categorie, nelle quali rientrano beni quali apparecchiature di illuminazione (comprese lampade ad incandescenza), giocattoli, apparecchiature per lo sport e il tempo libero, distributori automatici, etc.

E nell'ultima parte dell'articolo 2 del D. Lgs. in commento, per coerenza con quanto esposto nella Direttiva 2002/96/CE, sono state invece collocate fuori dall'ambito di applicazione della disciplina "le apparecchiature connesse alla tutela degli interessi essenziali della sicurezza degli Stati membri, le armi, le munizioni e il materiale bellico, ad eccezione tuttavia dei prodotti che non siano destinati a fini specificamente militari."[47]

Ma, al di là delle disposizioni analizzate, è necessario avvertire che, date le esigenze sottese all'emanazione della Direttiva, l'articolo 4 dello stesso Decreto, nel recepire l'articolo 4 della Direttiva Comunitaria e nell'intento di ridurre le quantità di prodotti da avviare allo smaltimento, ha evidenziato la necessità di procedere verso la promozione del reimpiego, del riciclaggio e delle altre forme di recupero dei RAEE, attività da attuare tramite il sostegno del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio che, operando al fianco del Ministero delle Attività Produttive, deve ricorrere a misure indirizzate a spingere i produttori di apparecchiature elettriche ed elettroniche verso modalità di progettazione

[47] Dir. 2002/96/CE, art. 2 c.3.

e fabbricazione idonee a facilitare lo smontaggio, il recupero, il reimpiego ed il riciclaggio dei RAEE, oltre che dei loro singoli componenti.[48]

Inoltre, appare necessario, in questa sede, mettere in evidenza come l'Italia, seguendo quanto ragionevolmente previsto dalla direttiva, ha identificato delle eccezioni, precisate nei casi in cui i processi di fabbricazione utilizzati o i prodotti ottenuti sono considerati utili per un minor impatto ambientale in fase produttiva o di utilizzo, ed in quelli caratterizzati da un minor consumo energetico o superiori livelli di sicurezza.

Infine, l'articolo 5 del Decreto 151/2005 stabilendo che a partire dal 1° luglio 2006 sarebbe scattato il divieto ad utilizzare determinate sostanze nella produzione delle apparecchiature elettriche ed elettroniche nuove, rientranti nelle categorie individuate nell'allegato 1 A, è riuscito ad imporre sui fabbricanti un obbligo di sicurezza per i prodotti, tramite la previsione di uno specifico divieto ad utilizzare piombo, mercurio, cadmio, cromo esavalente, bifenili polibromurati od etere di difenile polibromurato.

Siffatto divieto non troverebbe tuttavia un'adeguata efficacia se non fosse accompagnato da una idonea sanzione, non potendosi ritenere tale la semplice pena pecuniaria prevista nella normativa stessa all'art. 16 n. 3.

A tal fine potrebbe ipotizzarsi una nuova lettura della normativa in commento, che la collochi all'interno della normativa sulla responsabilità del produttore, così come introdotta dalla nota Direttiva 374 del 1985 (da noi recepita con il DPR n. 224 del 24 marzo 1988, e successivamente modificata con la direttiva 99/34 CE del 10 maggio 1999, a sua volta recepita con il D. Lgs. 10 febbraio 2001), che ha previsto una forma speciale di responsabilità del (o dei vari) produttore(i) (in solido eventualmente anche con altri soggetti) per i danni causati dal prodotto difettoso.[49]

[48] D. Lgs. 151/2005, Articolo 4 (Progettazione dei prodotti)

1. Al fine di promuovere il reimpiego, il riciclaggio e le altre forme di recupero dei RAEE, in modo da ridurne la quantità da avviare allo smaltimento, il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio, di concerto con il Ministero delle attività produttive, adotta misure dirette a favorire ed incentivare, da parte dei produttori di apparecchiature elettriche ed elettroniche, l'impiego di modalità di progettazione e di fabbricazione di dette apparecchiature che agevolano lo smontaggio, il recupero e in particolare, il reimpiego ed il riciclaggio dei RAEE e dei loro componenti e materiali, salvo nei casi in cui i diversi processi di fabbricazione utilizzati o i prodotti ottenuti presentino altri vantaggi di primaria importanza, quali un minor impatto ambientale in fase produttiva o di utilizzo, un minor consumo energetico o superiori livelli di sicurezza. 2. Per le finalità di cui al comma 1, il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio, di concerto con i Ministeri delle attività produttive e dell'economia e delle finanze, individuano e promuovono politiche di sostegno e di incentivazione, nei limiti degli ordinari stanziamenti di bilancio previsti per gli scopi di cui al comma 1.

[49] Per un'aggiornata cronologia delle varie normative v. G. Benacchio, *Diritto privato della Comunità Europea, Fonti, modelli, regole*, Padova, Cedam, 2008, p. 354 e ss.

Come è noto, questa normativa non ha stabilito, tuttavia, contrariamente alle apparenze, alcuna forma di responsabilità oggettiva, bensì un semplice meccanismo di inversione dell'onere della prova nel procedimento per il risarcimento del danno, offrendo al produttore la possibilità di dimostrare la sussistenza di alcune circostanze tali da liberarlo da un simile obbligo. Fra di esse, nell'elenco fornito dall'art. 7, quella che più ha fatto discutere è sicuramente la possibilità di provare che "in base allo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento in cui ha messo in circolazione il prodotto non permetteva di scoprire l'esistenza del difetto", che, quindi, si trattasse di un "prodotto sicuro". Ebbene la discussione sul punto è sfociata in una ulteriore direttiva, la Direttiva n. 2001/95/CEE, che, proprio nell'ottica dell'esimente sopra evidenziata, ha appunto definito le regole per "la sicurezza generale dei prodotti".

Ecco, proprio alle regole imposte con quest'ultima normativa si potrebbe legare il D. Lgs. 151/2005, che consente di leggere nel divieto di inserire nelle apparecchiature elettriche ed elettroniche determinate sostanze pericolose come un obbligo di non inserirle, al fine di poter considerare sicuro il prodotto AEE.

Si dovrebbe così intravedere, nella normativa in commento, l'imposizione di un obbligo specifico per gli AEE, di produzione di prodotti sicuri, che segue quanto è stato già previsto per i beni disciplinati dalla Direttiva 2001/95/CEE.[50]

In altri termini, l'obbligo di creazione di apparecchiature e prodotti sicuri potrebbe così essere letto come un'estrinsecazione del generale principio sancito all'interno della Direttiva 2001/95/CEE, al quale il produttore deve conformarsi per evitare la responsabilità introdotta dalla Direttiva del 1985. È ovvio, infatti, che tramite la disposizione relativa al divieto ad utilizzare determinate sostanze nella produzione delle apparecchiature elettriche ed elettroniche si da luogo ad un passaggio che consente di muoversi dal principio generale, per passare al principio specifico e di settore, perché tramite la disposizione specifica relativa a determinate tipologie di prodotti, quelli elettici ed elettronici specificati nell'Allegato 1 A della Direttiva, altro non si fa che dar luogo ad una con-

[50] La bibliografia sulla normativa è praticamente sconfinata. Non rappresentando il punto nodale del presente saggio ci limiteremmo a richiamare G. Benacchio, *Diritto privato della Comunità Europea*, *Fonti, modelli, regole*, *op. cit.*; D.Saluzzo, D. Conba, R. Bernardini, *Il prodotto sicuro nella CEE: la responsabilità per danno da prodotto difettoso, e i requisiti di sicurezza nella normativa europea*, Milano, 1993; A. Cantù, *Il decreto legislativo 17 marzo 1995 N. 115 sulla sicurezza generale dei prodotti*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1996, fasc. 3-4 (agosto), pp. 799 e ss.

cretizzazione del generale principio concernente l'obbligo di produrre e distribuire prodotti sicuri, già precedentemente sancito nella Direttiva 2001/95/CE.

4. *La Reverse Logistics guida i sistemi produttivi*

Un simile quadro normativo sta così stimolando la crescente attenzione delle imprese per la Reverse Logistics ossia quegli studi che si occupano dei prodotti e dei materiali che dal mercato ritornano ai siti produttivi dove sono stati fabbricati o utilizzati, oppure vengono diretti a centri specializzati per essere opportunamente trattati, con l'obiettivo di riguadagnare valore o di garantire la corretta filiera del fine vita. Quindi, la RL opera nella prospettiva del recupero del bene e del profitto economico proveniente dai materiali e dai prodotti usati, su cui il produttore ha una responsabilità,[51] nascente dalla necessità di rispettare le normative in materia di tutela dell'ambiente. Tali normative non si limitano ad accettare una responsabilità del produttore che accompagni i beni venduti sino alla fase successiva al trasferimento della proprietà,[52] per le esigenze di tutela dell'ambiente e della salute, ma richiedono che la responsabilità del produttore parta dalla fase produttiva per giungere a quella relativa alla disfazione del bene prodotto, ossia la fase in cui i beni commercializzati, dopo aver erogato la propria utilità, concludono il loro ciclo di vita.[53]

Ciò vuol dire che la Reverse Logistics occupa oggi un peso crescente nelle scelte effettuate dalle aziende,[54] preoccupate in merito alle possibili conseguenze negative che le decisioni prese in merito all'appara-

[51] Questo secondo la denominazione anglosassone; in seguito definita semplicemente come RL.

[52] S. Pizzorno, *La responsabilità del produttore nella direttiva del 25 luglio 1985 del Consiglio delle Comunità Europea*, in *Riv. Dir. Comm.*, I, 237; G. Maitinò, *Sicurezza e libera circolazione dei prodotti. Procedure d'immissione sul mercato dei prodotti e obbligo di sorveglianza degli stati*, in *De Qualitate*, anno 2000, fascicolo 6, pagg. 84 e ss.

[53] Istituto per i valori d'impresa, *Primo rapporto sulla responsabilità sociale d'impresa in Italia*, Milano, 2006

[54] Nel settore della Reverse Logistics, nell'ambito degli studi sulla logistica, le analisi condotte possono muoversi nel campo della logistica diretta, e quindi delle analisi relative alle attività che regolano il flusso fisico delle materie prime e dei prodotti finiti, ed inoltre nella sfera della logistica immateriale, costituita da informazioni associate ai beni in transito, tutti studi rivolti al mercato degli utilizzatori e dei consumatori finali, passando poi alla logistica inversa, la quale si occupa di prodotti e materiali che, procedendo in senso opposto, dal mercato ritornano alle zone di produzione, oppure vengono spediti a centri specializzati per essere opportunamente trattati.

to produttivo potrebbero avere sull'immagine del prodotto, e sulle valutazioni dei potenziali clienti, soprattutto in virtù del fatto che va sensibilmente crescendo il numero dei consumatori che definiscono i propri acquisti non solo in base alla performance ed alla qualità intrinseca dei prodotti, ma soprattutto in base al rispetto per l'ambiente che ha chi li fabbrica e l'impegno che le stesse aziende produttrici hanno diretto in studi ed iniziative ecologicamente corrette.[55]

Per tali ragioni le aziende produttrici più competitive hanno ritenuto necessario rivisitare gli schemi dei processi produttivi non solo al fine di ottemperare all'obbligo di fabbricare prodotti sicuri, sancito dal legislatore comunitario ben 10 anni fa, ma anche per soddisfare l'esigenza di determinare prodotti che siano sicuri in fase di smaltimento, la quale ha spinto alla predilezione di materie prime riciclate ed all'applicazione (nella fase di progettazione dei prodotti e dei packaging) di principi incentrati sulla semplificazione delle attività di smaltimento dei rifiuti, oltre che verso l'utilizzo di modelli idonei a favorire il risparmio energetico, riuscendo in conclusione a rafforzare quel sistema produttivo che negli anni precedenti si era preoccupato esclusivamente di dover rispettare gli obblighi sanciti dalle disposizioni comunitarie in tema di obbligo di sicurezza e garanzia legale.[56]

Le politiche di sensibilizzazione attuate a favore dell'ambiente hanno oggi indirizzato le aspettative dei clienti verso un prodotto rispettoso dell'ambiente, nell'interesse di una piena tutela del consumatore, che chiaramente espone le aziende produttrici ad ulteriori oneri, necessari per l'attuazione di azioni destinate allo smaltimento ed al recupero di fine vita dei prodotti, i quali devono adeguarsi a rigidi criteri di eco-compatibilità e di sicurezza.[57] Proprio in questa direzione ha preso le mosse la direttiva 2002/96/CE, indirizzata alla prevenzione ed alla limitazione del flusso di RAEE destinati alle discariche, nell'interesse di politiche di riuso e riciclaggio.

Nello specifico, le disposizioni comunitarie per il finanziamento relativo ai RAEE provenienti dai nuclei domestici riconoscono la respon-

[55] L. Morselli, *Ecomondo 2008 - Europa del recupero: le ricerche, le tecnologie, gli strumenti e i casi studio per una cultura della responsabilità ambientale*, I, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2008.

[56] Direttiva 99/44/CE del Parlamento Europeo sulla garanzia nel contratto di vendita di beni al consumo; Decreto Legislativo 2 Febbraio 2002 n. 24 "*Attuazione della Direttiva 99/44/CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie di consumo*".

[57] R. Mosca (a cura di), *Teoria, metodi e modelli per la logistica e la logistica inversa*, Milano, F. Angeli, 2007.

sabilità estesa del produttore o dell'importatore, per i quali diviene obbligatorio provvedere al finanziamento delle operazioni di raccolta, stoccaggio, trasporto, recupero, riciclaggio e corretto smaltimento delle proprie apparecchiature giunte a fine vita.[58] Ma se ciò ha introdotto una responsabilità finanziaria di tipo individuale per i prodotti immessi sul mercato nella fase successiva all'entrata in vigore della direttiva, per quelli introdotti prima di tale data è rimasta una semplice responsabilità collettiva di difficile sanzionabilità [59].

In questo modo i nuovi obblighi di legge gravanti sul produttore, disposti in ossequio al recepimento della normativa comunitaria, si circostanziano nell'obbligo di istituire in collaborazione con i distributori, per ciò che concerne le apparecchiature provenienti dall'utenza privata, sistemi di raccolta differenziata, di recupero e trattamento delle apparecchiature elettriche ed elettroniche (RAEE) conformi alla direttiva. Proprio a tal fine, ossia con lo scopo di stimolare l'attenzione verso le problematiche ambientali connesse alla diffusione dei RAEE, sono stati istituiti consorzi di produttori destinati alla gestione della dismissione e del riciclaggio dei prodotti.

Tutto questo a dimostrazione di come siano innumerevoli gli obblighi di legge introdotti nel sistema dei prodotti AEE e dei rifiuti loro connessi, i quali gravano solo in minima parte sulle condotte del consumatore finale, ed incidono invece notevolmente sulle condotte dei produttori, in capo ai quali si registra un notevole incremento dei costi di produzione, chiaramente poi riversati nel prezzo finale del bene commercializzato.

5. *La risposta delle aziende alle disposizioni sul riciclo*

Al fine di dare attuazione alle disposizioni di origine comunitaria, soprattutto agli obblighi di produzione di prodotti sicuri, sono state in-

[58] V. sul punto, in linea generale, B. Pozzo, *Verso una responsabilità civile per danni all'ambiente in Europa. Il nuovo* Libro Bianco *della Commissione delle Comunità europee,* in *Rivista Giur. dell'Ambiente,* 2000; L. Bardini Barbafiera, A. M. Fontana, *Il prodotto, il marketing, l'ambiente*, Padova, Piccin, 1997; M. M. Rizzo, Ambiente e salute, Trento, UNI Service, 2008; Autori Vari, *Sviluppo Sostenibile, Tutela dell'Ambiente e della Salute Umana*, Perugia, Morlacchi, 2008; A. Postiglione., *Il danno alla salute e all'ambiente nella giurisprudenza e nella dottrina giuridica.* Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente, 1996, 5 (10): pp. 582 e ss.

[59] Direttiva 2002/96/CE, articolo 8, punto 3 " Il finanziamento dei costi della gestione dei RAEE originati da prodotti immessi sul mercato anteriormente alla data di cui al paragrafo 1 («rifiuti storici») è fornito da uno o più sistemi ai quali contribuiscono proporzionalmente tutti i produttori esistenti sul mercato al momento in cui si verificano i rispettivi costi, ad esempio in proporzione della rispettiva quota di mercato per tipo di apparecchiatura".

traprese importanti azioni anche nel settore delle apparecchiature domestiche, ove le singole aziende e le associazioni nazionali aderenti alla CECED (Associazione Europea Costruttori Elettrodomestici)[60] hanno indirizzato rilevanti investimenti verso la creazione e la diffusione d'iniziative destinate allo smaltimento di prodotti ad elevati consumi energetici, oltre che alla sensibilizzazione del cliente finale verso l'acquisto di apparecchi a bassi consumi energetici, così incentivando la produzione e la vendita di apparecchi con ridotto impatto ambientale.

Nel medesimo settore si sta inoltre diffondendo il concetto di comportamento etico d'impresa, quindi di responsabilità e sostenibilità sociale delle aziende,[61] che ha spinto la stessa CECED alla redazione di un codice di condotta adottato da numerose aziende, nell'intento di appoggiare ed attuare la promozione di standard di comportamento equi e sostenibili, sia nell'ambito delle condizioni di lavoro che nel settore del rispetto dei diritti sociali e delle prestazioni ambientali, con l'intento di incentivare, nel mercato internazionale, una concorrenza corretta nel settore degli elettrodomestici.

Considerando, inoltre, che l'obiettivo principale di qualsiasi politica dei rifiuti dovrebbe essere quello di ridurre al minimo gli effetti negativi della produzione e della gestione dei rifiuti sulla salute umana e l'ambiente,[62] la politica sui rifiuti dell'UE dovrebbe mirare fondamentalmente a ridurre l'uso delle risorse naturali e favorire una reale applicazione della gerarchia dei rifiuti.[63] Pertanto, in questo contesto, al fine di

[60] Il CECED è il Comitato Europeo dei Costruttori di Apparecchi Domestici - European Committee of Domestic Equipment Manufacturers - con sede a Bruxelles. CECED Italia è l'Associazione Nazionale dei Produttori di Apparecchi Domestici e Professionali, socio diretto di Confindustria e associazione di settore di ANIE Federazione. Appartiene al network europeo di CECED - Comitato Europeo dei Costruttori di Apparecchi Domestici - ed EFCEM - Federazione Europea dei Costruttori di Apparecchiature per la Ristorazione Professionale e Collettiva - con sede a Bruxelles. (CECED, http://www.ceceditalia.it/jsp/index.jsp?p_openIndexMenu=1&p_gadgetURL=pagemapping.jsp%3Fid%3Dcontent_generic&p_contentTopic=0000000109&pocs_bnav=yes&p_containerTopic=0000000108&p_Navigator=0000000108 [05 maggio 2010]).

[61] S. D'Angelo, *La responsabilità ambientale delle imprese.*, Ars Edizioni Informatiche, 2006; H. Alford, *Fondare la responsabilità sociale d'impresa*, Roma, Città Nuova, 2008; M. Braham, *The economic analysis of civil law*, UK, Edward Elgar Publishing, 2004.

[62] E. Mengozzi, *Ambiente e rifiuti*, prefazione di E. Realacci, Milano, Sperling & Kupfer, 1994; R. Caccin, *Ambiente e sua protezione nella normativa sui rifiuti solidi,* Padova, CEDAM, 1984.

[63] K. Fiorenza, *La risorsa-rifiuto: profili giuridici*, in *Rivista giuridica del Molise e del Sannio*, 2004, fasc. 2 pag. 111–133; O. De Castro, *Il rifiuto, una risorsa trascurata*, in Comuni d'Italia, 2004, fasc. 6 pag. 61-64.

rispettare gli obiettivi della direttiva 2008/98/CE, gli Stati membri sono obbligati, entro il 2020, a prepararsi al riutilizzo ed al riciclaggio di rifiuti come minimo, carta, metallo, plastica e vetro provenienti dai nuclei domestici, portandone al 50% la percentuale minima in termini di peso e, per le medesime esigenze, ad organizzarsi per rendere concretamente operativi sistemi di riutilizzo, di riciclaggio e recupero di materiali, di rifiuti da costruzione e demolizione non pericolosi,[64] ad esclusione del materiale allo stato naturale definito alla voce 17.05.04 dell'elenco dei rifiuti, che dovrà invece essere aumentato almeno al 70 % in termini di peso, in modo da rendere potenzialmente effettivo l'obbligo di sicurezza relativo all'ultima fase vissuta dai prodotti durevoli commercializzati, quella della dismissione.

Del resto in questa prospettiva, e nell'intento di garantire la sicurezza dei prodotti elettrici ed elettronici in fase di smaltimento, a norma dell'articolo 13 del Decreto 151/2005, il produttore di apparecchiature elettriche ed elettroniche deve fornire, all'interno delle istruzioni per l'uso delle stesse, adeguate informazioni sull'obbligo di non smaltire i RAEE come rifiuti urbani, in quanto per gli stessi è dovuta una raccolta separata, e deve indicare i dati relativi ai sistemi di raccolta dei RAEE, i quali possono essere affiancati anche dalle prescrizioni concernenti le opportunità di riconsegna, al distributore, di quelle apparecchiature della medesima specie che risultavano possedute precedentemente all'atto di acquisto.[65]

Diversamente, per i casi che non possono rientrare nella regolamentazione della prima parte dell'articolo, il comma 2 rivolgendosi ai casi in

[64] Sul punto v. S. Beltrame, *II nuovo Catalogo europeo dei rifiuti (decisione 2000/532/CE e succ. mod.) e le modifiche al sistema di classificazione dei rifiuti pericolosi introdotte nel nostro ordinamento dalla c.d. legge obiettivo,* in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2003 fasc. 2, pp. 340 – 349; F. Bailo, *Rifiuti pericolosi? E' lo Stato che detta i principi!* in *Giurisprudenza italiana*, 2007 fasc. 8-9, pp. 1892 e ss.; V. Paone, *Circa i rifiuti e i rifiuti pericolosi*, in *Il Foro italiano*, 2000 fasc. 11, pt. 4, pp. 465 e ss.

[65] In Italia, entrerà in vigore il 18 giugno prossimo il tanto atteso decreto per il ritiro dei rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche (RAEE) da parte degli stessi punti vendita. Ciò significa che acquistano un nuovo apparecchio (elettrodomestico, computer, telefonino…) i consumatori potranno consegnare gratuitamente quello vecchio, di cui si vogliono liberare.

Difatti, con la pubblicazione nella Gazzetta ufficiale n. 102 del 4 maggio 2010 del decreto n. 65 dell'8 Marzo 2010, i distributori hanno trenta giorni di tempo, a partire dal 19 maggio, per iscriversi alla sezione dell'Albo Nazionale Gestori Ambientali e organizzare il ritiro.

Di conseguenza, dal 18 giugno, anche se si tratta di una vendita online, il venditore è obbligato a provvedere al ritiro senza alcun onere per l'acquirente e deve informare i clienti della gratuità di questa operazione.

cui la tipologia dell'apparecchiatura elettrica ed elettronica non prevede la fornitura delle istruzioni, richiede che le informazioni prescritte debbano comunque essere fornite dal distributore, che presso il punto di vendita può ricorrere ad idonee pubblicazioni ed all'esposizione del materiale informativo.[66]

6. *Conclusioni*

Le esigenze sottese al sistema produttivo moderno, se da un lato spingono verso la produzione e l'acquisto di prodotti nuovi che rispettano le normative ambientali ed il diritto alla salute, dall'altro, sfruttando le novità proposte dal design e le nuove funzionalità dei beni introdotti sul mercato, determinano la formazione di nuove necessità e l'evoluzione del gusto personale, che non fa altro altro che andare ad incrementare, con condotte apparentemente corrette, il deterioramento degli elementi ambientali. Difatti, il consumatore, sempre più propenso ad effettuare acquisti idonei a dimostrare il proprio stile ed il proprio modo di essere, non fa altro che aumentare i quantitativi di beni destinati allo smaltimento, in virtù della rapida sostituzione dei beni precedentemente acquistati.

Da tutto quanto abbiamo detto fino ad ora, discende che le migliori scelte effettuate in tema di risparmio energetico e di compatibilità ambientale, le quali propongono ed incentivano la sostituzione dei prodotti già posseduti, formalmente nell'interesse delle esigenze ambientali, in realtà non vanno di certo d'accordo con gli interessi di tutela ambientale, soprattutto in settori particolari come quello delle apparecchiature elettriche ed elettroniche, concernenti beni a natura complessa e di difficile smaltimento, perché non fanno altro che favorire l'incremento dei rifiuti prodotti, che devono poi essere smaltiti, riciclati, o riutilizzati.[67]

In altre parole, mentre il sistema muove sempre più coscientemente verso un'economia incentrata sull'ambiente, e prova a cambiare le logiche globali del sistema economico, cercando di raggiungere la salvaguardia ambientale tout court, anche tramite l'imposizione e lo sviluppo di beni e servizi a minor impatto ambientale, il sistema produttivo,

[66] In questi termini, S. Cavalieri, M. Perona, A. Pistoni, A. Pozzetti, M. Tucci, *Riprogettare il servizio post- vendita*, Hoepli, Milano, 2007.

[67] ASAP SMF, 2006, Libro Bianco del workshop *"Prodotto, prezzo, servizio. L'impatto sulle scelte d'acquisto del cliente"*, Brescia 17 gennaio 2006; ASAP SMF, 2006, *Rapporto intersettoriale - Scenario attuale e tendenze evolutive*, Collana Rapporti ASAP, ISBN 88-901162-2-6 (autori: S. Cavalieri, M. Perona).

nel recepire le informazioni e le nuove scoperte non fa altro che muovere in una duplice direzione: da un lato volge verso il sostegno dell'ambiente con il ricorso ai nuovi sistemi produttivi e dall'altro muove verso l'afflizione dello stesso, generata dalla crescita dei rifiuti originati dai beni precedentemente immessi sul mercato, vittime delle repentine sostituzioni.

Inoltre, è presumibile pensare che le politiche ambientali producono i loro effetti anche sulla competitività delle imprese le quali, costrette a l'internalizzazione dei costi ambientali,[68] sono coinvolte da un irreversibile aumento delle spese necessarie per procedere all'adeguamento ai requisiti di tutela ambientale e di tutela della salute.

Di conseguenza sarà facile comprendere le ragioni per cui molte imprese, invece di gestire i rifiuti elettronici nel rispetto delle disposizioni comunitarie e dei principi ambientali, preferiscano smaltirli in modo illegale,[69] arrivando addirittura a falsificare bolle e documenti di accompagnamento, al fine di destinarli alle discariche africane, asiatiche e di tutte le altre zone sottosviluppate del mondo, pur consapevoli di violare in questo modo gli obblighi di sicurezza dei prodotti sanciti in relazione alla fase dello smaltimento.

E ciò deve ritenersi assolutamente inaccettabile, insieme all'idea che molti rifiuti, soprattutto quelli prodotti da apparecchiature elettriche ed elettroniche, vadano a gravare su popolazioni che in alcun modo possono beneficiare delle stesse, costrette a subire passivamente gli effetti negativi legati all'emissione delle sostanze tossiche in essi contenute.

Sicuramente opportuno e pertinente deve ritenersi l'intervento del legislatore comunitario in materia di RAEE, con il quale è stato posto a carico dei produttori l'obbligo di curare lo smaltimento dei rifiuti prodotti dai beni da loro stessi collocati sul mercato, anche se chiaramente è ancora necessaria una più precisa valutazione dell'efficienza del sistema così creato, che lo metta alla prova ed eventualmente lo corregga nei

[68] Sul punto A. Marangoni, La gestione ambientale: la variabile ecologica nell'economia delle aziende industriali - Volume 2 di SPACE (Series), Indiana University, Egea, 1994; M. G. Caroli, L. Fratocchi, *Nuove tendenze nelle strategie di internazionalizzazione delle imprese minori: le modalità di entrata emergenti tra alleanze e commercio elettronico* - Volume 114 di Economia – Ricerche, Milano, FrancoAngeli, 2000; S. Maglia, *Corso di legislazione ambientale. Alla luce del testo unico ambientale* - Volume 1 di *I manuali di Ambiente e sviluppo*, Lavis (TN), IPSOA - Wolters Kluwer Italia, 2008.

[69] In argomento v. anche D. Bianchi, S. Ciafani (a cura di), *Ambiente Italia 2009: rifiuti made in Italy,* Milano, Edizioni Ambiente, 2009; G. Kocasoy, T. Atabarut, I. Nuhoglu, *Appropriate environmental and solid waste management and technologies for developing countries,* Istanbul, 2002.

punti di debolezza.

Il problema è che il sistema introdotto potrebbe anche non essere ritenuto sufficiente, perché appare assai difficile controllare e seguire in modo attento le condotte intraprese dalle imprese in relazione allo smaltimento dei rifiuti. Potrebbe così rivelarsi di maggiore efficacia il rafforzamento delle disposizioni relative alla sicurezza dei prodotti, in quanto la fabbricazione di un prodotto che possa essere considerato sicuro sia dal punto di vista dell'utilizzo che dal punto di vista dello smaltimento, non potrebbe che avere delle positive ripercussioni sull'inquinamento globale e sulla tutela della salute.[70]

E' chiaro che qualora fosse previsto un esplicito obbligo di produzione di RAEE sicuri in fase di smaltimento, verrebbe ad essere eliminata la produzione di prodotti non sicuri, e si andrebbero a ridurre gli effetti legati al mancato smaltimento e riciclo degli stessi, così avvantaggiando la salute degli individui e la preservazione dell'ambiente [71].

Ciò potrebbe, infatti, avvenire facendo leva sulla lettura proposta dell'articolo 4 della Direttiva n. 2002/95/CE (così come recepito nel nostro ordinamento dall'art. 5 del D.L. 151/2005) il quale, nell'interesse dei principi di tutela dell'ambiente e di tutela della salute, andando a dare applicazione al generale principio di precauzione,[72] e quindi andando a

[70] Sul punto v. anche A. Ruffini, *Certificazione e sicurezza. Genesi e sviluppo di un modello culturale*, Milano, FrancoAngeli, 2007, che afferma: "L'atteggiamento delle industrie nei confronti dell'ambiente è tutt'ora molto variegato, specie se si considera il panorama internazionale in ottica globalizzata.

Si possono distinguere tre tipologie di orientamento.

Alla prima appartengono le aziende (di solito quelle con management più giovane) che fanno del prodotto "verde" e/o dei metodi di produzione ecologici la loro bandiera; e ciò per reale convinzione o più semplicemente per catturare l'attenzione di settori di consumatori particolarmente attenti alle problematiche ambientali.

Alla terza tipologia, fortunatamente limitata e in costante riduzione, appartengono aziende situate in Paesi emergenti (ancora troppo preoccupati della quantità e della qualità piuttosto che della sostenibilità del loro sistema produttivo) oppure aziende situate in Paesi altamente industrializzati, che preferiscono delocalizzare produzioni inquinanti o trasportare rifiuti troppo costosi da smaltire in paesi accondiscendenti. Secondo una deplorevole logica n.i.m.b.y (not in my back yard).

Esempio ben noto ne sono le aziende occidentali che trasferiscono nella provincia cinese del Guangdong tonnellate di rifiuti elettronici.

Il traguardo da raggiungere sarebbe per tutte un atteggiamento attivo verso l'ambiente, il cui rispetto non venisse più considerato come deterrente per lo sviluppo aziendale ma come elemento e apporto necessario di sinergia".

[71] P. Cinquina, *Guida alle procedure di valutazione ambientale*, Repubblica di San Marino, Maggioli Editore, 2009.

[72] Nel settore ambientale, il principio di precauzione consiste nell'obbligo di intervenire in tutti quei casi, in cui esista la minaccia di un danno all'ambiente. Esso pertanto

prevedere che a partire dal 1° luglio 2006 gli Stati membri provvedono affinché le apparecchiature elettriche ed elettroniche nuove immesse sul mercato non contengano piombo, mercurio, cadmio, cromo esavalente, bifenili polibromurati (PBB) o etere di difenile polibromurato (PBDE), riesce a prevedere, in capo ai produttori di apparecchiature AEE, un obbligo specifico di sicurezza dei prodotti. In questo modo, da un lato si da attuazione al principio generale di prevenzione, ampiamente sostenuto nel campo ambientale ed in quello di protezione della salute umana, e dall'altro si riescono a rafforzare, per i prodotti elettrici ed elettronici, i principi sanciti nelle disposizioni sulla sicurezza generale dei prodotti, affermate in via generale all'interno della Direttiva 2001/95/CEE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 dicembre 2001, nell'intendo di impedire, almeno in via di principio, la produzione di danni in capo ai consumatori ed a tutti i soggetti che possono entrare in contatto con determinati prodotti.[73]

trova applicazione in tutte quelle ipotesi in cui una preliminare valutazione scientifica obiettiva indichi l'esistenza di motivi che possano far ragionevolmente temere che i possibili effetti nocivi sull'ambiente e sulla salute degli esseri umani, degli animali e delle piante, possano essere incompatibili con l'elevato livello di protezione prescelto dalla Comunità. L'obbligo di intervenire viene prima ancora che sia provata l'esistenza del rischio, essendo sufficiente la presenza in un'ipotesi di rischio potenziale, anche se lo stesso non può essere interamente dimostrato nella sua portata quantificata e nei suoi effetti determinati, per l'insufficienza o il carattere non concludente dei dati scientifici.

[73] G. Alpa, M. Bessone, *Il consumatore e l'Europa: testi e materiali della Comunita economica europea e del Consiglio d'Europa raccolti e commentati,* Padova, CEDAM, 1979; G. Alpa, *Nuove garanzie a tutela del consumatore*, in Contratti, 1997.

FIORE FONTANAROSA

Dalla promessa di vendita al contratto preliminare. Spunti comparatistici in materia di contratto a formazione progressiva

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Inquadramento dell'istituto nel nostro ordinamento: natura giuridica, disciplina normativa e funzione pratica. - 3. La promessa di vendita: dal Code Napoléon al codice civile italiano. - 4. Segue: la circolazione della figura del contratto preliminare negli altri sistemi giuridici. - 5. Il contratto preliminare nella moderna teorica del consensualismo. - 6. Segue: la promesse de vente e il contratto preliminare. - 7. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Spesso l'ordinamento giuridico tende ad arricchirsi di strumenti ed istituti introdotti dalla elaborazione della giurisprudenza (soprattutto in seguito alle sollecitazioni della dottrina) per rispondere alle esigenze fortemente sentite a livello dei commerci, mettendo così riparo ai danni provocati da (pregresse) omissioni del legislatore, in virtù di scelte prettamente ideologiche. Fra gli esempi che possono essere richiamati per illustrare una simile tendenza vi è sicuramente il contratto preliminare, il quale ha trovato una compiuta disciplina solamente grazie agli sforzi elaborativi della dottrina e della giurisprudenza, che così hanno colmato le lacune del codice civile del 1942[1].

L'obiettivo del presente scritto è quello di indagare la natura dogmatica e la funzione (pratica) del contratto preliminare, con particolare riferimento all'ipotesi che, più frequentemente, ricorre nella realtà giuridica fattuale, ovvero la promessa di vendita; il tutto nell'ottica di una comparazione di tale strumento negoziale con il suo omologo francese (*promesse de vente*). L'analisi dell'istituto *de quo* risulta a nostro avviso fattibile non solo in chiave di comparazione sincronica (dunque attuale), bensì anche in chiave diacronica. Invero, questo secondo approccio (storico) risulta addirittura necessario per giungere ad un corretto inquadramen-

[1] F. GAZZONI, *Contratto preliminare,* in AA.VV., *Il contratto in generale*, t. II, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, vol. XIII, Torino, 2000, p. 565.

to sistematico dell'istituto *de quo*, nonché ai fini di una migliore comprensione dei suoi più (attuali) rilevanti aspetti morfologici.

L'*excursus* storico, in particolare, prenderà le mosse dalla figura del *pactum de contrahendo*, elaborata nel periodo dello *ius commune* per passare all'analisi del principio consensualistico, così come consacrato nel *code civil* del 1804: principio, per taluni aspetti rivoluzionario, che è stato recepito *in toto* sia dal nostro codice del 1865, sia da quello attuale del 1942. L'analisi storiografica si soffermerà in particolare sulle elaborazioni dei pandettisti ai quali si deve la sistemazione concettuale della categoria dei *pacta de contrahendo*, dalla quale nascerà lo schema negoziale del contratto preliminare (*Vorvertrag*), la cui ricostruzione dogmatica ha fortemente influenzato la stessa dottrina italiana verso la fine del 1800.

Invero, l'analisi della promessa di vendita, *species* del contratto preliminare, investe peraltro numerose *quaestio iuris* (soprattutto, ma non solo, di diritto interno) strettamente ricollegabili ad essa, quali ad es. il profilo causale (funzionale) del contratto, l'efficacia del regolamento negoziale (ad effetti reali o ad effetti obbligatori), il perfezionamento del contratto, *specialiter* di vendita (principio consensualistico), la teoria generale dell'obbligazione, con particolare riferimento al contenuto dell'obbligo gravante in capo al debitore-venditore (se di dare o di *facere*). In altri termini, il preliminare, pur essendo pacificamente inquadrato dalla dottrina nell'ambito della "formazione progressiva del contratto", suscita problematiche che investono direttamente non solo il momento procedimentale dell'*iter* negoziale ma lo stesso momento genetico e funzionale dell'assetto contrattuale divisato dalle parti.

Al riguardo, ci sembra opportuno anticipare come l'inquadramento giuridico di questa figura debba sicuramente fare i conti con la scelta di fondo fatta da ciascun ordinamento in merito al momento di perfezionamento del contratto traslativo. Come è noto, il panorama giuridico si divide in sistemi giuridici (quali quello tedesco, l'austriaco, lo svizzero e l'inglese, per citarne i più noti) che ancora oggi prevedono, in materia di trasferimento della proprietà, la vecchia scissione, risalente al diritto comune, fra *titulus* e *modus adquirendi* e sistemi (quali, fra gli altri, il nostro e quello francese) che, invece, in virtù dell'accoglimento del principio consensualistico, ritengono a tal fine sufficiente l'accordo fra le parti[2].

[2] Con particolare riferimento all'ordinamento tedesco, non possono sottacersi le importanti elaborazioni di von Savigny, secondo il quale al fine di operare il trasferimento della proprietà (effetto traslativo) sarebbe necessaria la compresenza di due elementi: la volontà concorde di produrre il trasferimento della proprietà (*titulus*) e la consegna del bene (*traditio*). Questa impostazione ha avuto un ruolo determinante nel diritto tedesco, influen-

Per altri versi, in via di prima approssimazione, è possibile fin d'ora individuare tre differenti meccanismi di riconoscimento giuridico di questa tipologia contrattuale con riferimento alla disciplina normativa apprestata al contratto preliminare dai diversi ordinamenti giuridici. *In primis*, vengono in rilievo gli ordinamenti che riconoscono il preliminare quale contratto autonomo, produttivo, dunque, dell'obbligazione di concludere il contratto definitivo (è il caso del sistema giuridico italiano)[3]. Altri ordinamenti giuridici non riconoscono rilevanza contrattuale al preliminare, relegandolo piuttosto nella fase delle trattative, attribuendogli, quindi, un valore sostanzialmente precontrattuale (e non negoziale) negando, di conseguenza, ai contraenti la possibilità di assumere negozialmente l'obbligazione di stipulare il contratto definitivo (è il caso dei sistemi di *common law*[4]). Infine, vi sono ordinamenti che attribuiscono rilievo giuridico al preliminare, nel senso però di ricollegare ad esso non già l'obbligazione di contrarre, bensì il contratto definitivo, come avviene in Francia[5].

2. *Inquadramento dell'istituto nel nostro ordinamento: natura giuridica, disciplina normativa e funzione pratica*

Partendo dall'esame del nostro sistema giuridico, ci pare utile iniziare dalla definizione corrente dell'istituto, secondo la quale il contratto preliminare sarebbe quel contratto mediante il quale le parti si obbligano alla stipulazione futura di un altro contratto, chiamato definitivo[6]. Il preliminare può così essere bilaterale, se entrambi i paciscenti assumono l'obbligazione di contrarre, oppure unilaterale, se una parte soltanto

zando la pandettistica ed il legislatore (§§ 929 e ss. BGB); anche se è necessario rilevare come il *titulus* non si identifichi più con quello elaborato nel periodo dello *ius commune*, bensì con il contratto, con l'ulteriore precisazione che non si tratta di contratto causale ma del semplice accordo di volontà. In materia di trasferimento della proprietà, in Francia il *code civil* ha eliminato la necessità di ricorrere al *modus* (*traditio*), mentre in Germania la semplificazione ha agito in senso inverso, decretando l'abolizione del *titulus*. Tale ricostruzione è operata da R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, Torino, 2005, p. 109.

[3] A. Chianale, *Contratto preliminare in diritto comparato* (voce), in *Dig. IV*, *disc. priv.*, *sez. civ.*, Torino, 1989, vol. IV, p. 290.

[4] Sul punto v. C. Tedeschi, *Preliminary negotiation: rassegna comparativa*, Genova, 1986, p. 8.

[5] M. Bernardini, *Il preliminare di vendita immobiliare e la sua «circolazione»*, in *Contratto e impr.*, 1991, p. 691.

[6] Tra i tanti, v. R. Sacco, *Obbligazioni e contratti*, t. II, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1997, p. 476.

si impegna a stipulare il definitivo[7]. Nella pratica sono frequenti, oltre al preliminare di vendita, quello di appalto, di locazione, di società, di lavoro, ecc.[8]; tuttavia, come osserva la dottrina maggioritaria, il preliminare è utilizzato quasi esclusivamente in caso di compravendita[9].

Esso viene spesso chiamato compromesso, anche se questo termine, in realtà, indica nella pratica la scrittura privata (es. di vendita), in opposizione all'atto pubblico[10]. Il preliminare deve inoltre essere tenuto distinto dal c.d. contratto normativo, il quale non obbliga le parti a contrarre ma solo ad inserire nei futuri contratti, che le stesse dovessero stipulare, determinate clausole[11].

Il contratto preliminare ha dunque una funzione preparatoria[12], cioè strumentale e ovviamente prodromica alla stipulazione del contratto definitivo[13]. Vi possono essere degli impedimenti oggettivi al raggiungimento di un accordo completo (definitivo), in presenza dei quali i paciscenti non sarebbero in grado di stipulare subito il contratto definitivo: basti pensare all' utilità del preliminare di vendita quando l'acquirente debba ancora accertare i dati catastali di un immobile o l'esistenza di eventuali pesi ed oneri su di esso[14], oppure quando la predisposizione delle modalità di pagamento o la ricerca dei finanziamenti necessari richiedano del tempo, oppure, infine, quando si preferisce rinviare ad un momento successivo la formalità di una stipulazione solenne[15].

Il codice del 1865, in realtà, non prevedeva la possibilità di assume-

[7] D. Henrich, *Il contratto preliminare nella prassi giuridica tedesca*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 692.

[8] F. Gazzoni, *op. cit.*, p. 646.

[9] V. per tutti, D. Henrich, *op. cit.*, p. 693. *Contra* M. Mantello, *L'inadempimento del contratto preliminare di vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, pp. 553 e s.

[10] R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*, t. II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, p. 268.

[11] La puntualizzazione è di P. Zatti-V. Colussi, *Lineamenti di diritto privato*, Padova, 2009, p. 410, ove rilevano come in tal caso ad essere vincolata non sarebbe la libertà di contrarre bensì quella di determinare il contenuto negoziale.

[12] Sul problema dell'identificazione e distinzione tra contratto preliminare e definitivo, v. I. Ferri, *Contratto preliminare: funzione e qualificazione*, in *Riv. not.*, 2003, pp. 1265 e ss., secondo cui è irrilevante la qualificazione data al contratto dalle parti, essendo necessario far riferimento ad una puntuale interpretazione della loro effettiva volontà.

[13] A. Chianale, *Contratto preliminare* (voce), in *Dig. IV*, cit., p. 278, ove sottolinea come grazie ad esso, le parti giungano in modo mediato, attraverso l'assunzione dell'obbligazione di contrarre, alla stipulazione del contratto definitivo, produttivo degli effetti che esse si prefiggono.

[14] F. Galgano, *Diritto privato*, Padova, 2008, p. 254.

[15] P. Forchielli, *Contratto preliminare*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1959, vol. IV, pp. 683 e s.

re un vincolo preliminare né, più in generale, di stipulare contratti cc.dd. preparatori, essendo esso stato ricalcato sul modello del codice napoleonico che, a sua volta, prevedeva il principio "promessa di vendita vale vendita", in omaggio al dogma del consenso traslativo[16].

Il codice civile del 1942 ha dettato tre norme riguardanti il contratto preliminare. Con la prima, seppur collocata nel contesto della disciplina sulla forma (art. 1351), il legislatore, da un lato, ha dimostrato di considerare lo strumento della promessa di contrarre idonea, in linea di principio, a rivestire qualsivoglia contenuto divenendo così, almeno in teoria, una categoria generale; dall'altro, ha inteso dettare una regola che non può essere limitata al profilo formale, ma si estende all'intera disciplina del definitivo[17]. Con la seconda norma il legislatore, sconvolgendo in apparenza le regole dell'autonomia privata e della libertà del volere, ha previsto l'esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo di contrarre rimasto inadempiuto, realizzata mediante sentenza, la quale produce gli effetti del contratto non concluso (art. 2932)[18]. La terza norma, infine, ha previsto, in favore del promittente acquirente, una regola pubblicitaria atta a garantire, a date condizioni, la tempestiva opponibilità della sentenza ai terzi aventi causa dal promittente alienante (art. 2652 n. 2).

In ogni caso, la scarna disciplina legislativa sembra essere stata ben colmata dall'apporto particolarmente ricco della giurisprudenza, soprattutto di quella di legittimità, che avrebbe dunque ricoperto un ruolo tanto importante da aver addirittura sopravanzato le stesse elaborazioni dottrinali[19].

Fatte tali premesse è possibile passare all'inquadramento sistematico dell'istituto. Dal punto di vista dell'effetto giuridico prodotto, il contratto preliminare si inserisce certamente in un gruppo di figure connotate dall'obbligo a contrarre[20]. Tale schema contrattuale produrrebbe (solo) effetti obbligatori[21] (obbligo di prestare il consenso alla stipula del definitivo), mentre il definitivo può essere sia ad effetti reali (ad es. compra-

[16] F. Gazzoni, *op. cit.*, p. 565

[17] F. Gazzoni, *op. cit.*, p. 571.

[18] Sul punto v. M. Mantello, *op. cit.*, p. 550, secondo il quale l'interpretazione di tale norma assume rilievo soprattutto riguardo al problema della qualificazione giuridica del contratto preliminare.

[19] L'osservazione è di F. Gazzoni, *op. cit.*, p. 572.

[20] F. Messineo, *Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1962, vol. X, p. 167.

[21] In tal senso, tra gli altri, P. Perlingieri-V. Rizzo, *Vincoli nella formazione dei contratti*, in Aa.Vv., *Istituzioni di diritto civile* (a cura di P. Perlingieri), Napoli, 2005, p. 257.

vendita) sia ad effetti obbligatori (ad es. mandato)[22].

Nelle alienazioni di beni immobili, l'utilità del preliminare si manifesta, in particolare, proprio nel separare gli effetti obbligatori da quelli reali; in quest'ambito, il contratto preliminare di vendita si è rivelato uno strumento particolarmente adatto per la contrattazione su immobili da costruire o in corso di costruzione[23]. I paciscenti, vincolandosi con un contratto preliminare bilaterale, in base ad una conoscenza dell'oggetto del negozio non ancora assistita da un adeguato controllo, valutano la convenienza dello stesso; in seguito, essi si riservano di operare, mediante il definitivo, un controllo ed una verifica dei presupposti ritenuti essenziali (ad es. scoperta di diritti di terzi sulla cosa, vizi, difetti di qualità) ed eventualmente rinunciare alla stipulazione definitiva[24]. Secondo la prevalente dottrina, infatti, la funzione precipua del preliminare consisterebbe proprio nel controllo delle sopravvenienze[25].

3. *La promessa di vendita: dal* Code Napoléon *al codice civile italiano*

Prima di affrontare gli aspetti squisitamente tecnici posti dalla disciplina dell'istituto, ci sembra opportuno accennare al suo sviluppo storico. Già nel diritto comune si riteneva in generale ammissibile il *pactum de contrahendo*, con il quale le parti assumevano l'obbligazione di stipulare il contratto definitivo, discutendosi tuttavia se il *pactum de contrahendo* fosse coercibile in forma specifica o se l'inadempimento legittimasse soltanto ad agire per il risarcimento del danno[26]. Nel periodo dello *ius commune*, il meccanismo del trasferimento della proprietà *inter vivos* era basato sulla distinzione tra *titulus* e *modus adquirendi*: il primo consisteva nel contratto, ad es. la vendita, produttivo di effetti obbligatori (che trova giustificazione causale in una *causa remota*, c.d. *iusta causa*); il secondo era la *traditio* (dotata di *causa proxima*)[27], cioè la consegna della cosa,

[22] F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, p. 879.

[23] L'utilità del preliminare in tale settore è sottolineata, tra gli altri, da A. Chianale, *op. ult. loc. cit*.

[24] A. Chianale, *op. ult. cit*., pp. 278 e s.; A. Di Majo, *Vincoli, unilaterali e bilaterali, nella formazione del contratto*, in Aa.Vv., *Lineamenti di diritto privato* (a cura di M. Bessone), Torino, 2004, p. 374.

[25] V. per tutti, E. Gabrielli, *Il "preliminare ad effetti anticipati" e la tutela del promissario acquirente*, in *Riv. dir. comm*., 1986, p. 316.

[26] Sul punto vedi R. Moschella, *Contratti preliminari* (voce), in *Nuovo Dig. it.,* Torino, 1938, vol. IV, p. 24.

[27] In merito al problema causale del meccanismo del *titulus-modus* v. *amplius* le osservazioni svolte da C.A. Cannata, *L'unificazione del diritto europeo, la scienza giuridica e il metodo storico-comparatistico*, in Aa.Vv., *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storica-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, Torino, 1997, pp. 28 e s.

necessaria, insieme al *titulus*, per il passaggio della proprietà[28]. I contratti, dunque, indipendentemente dalla loro natura, causale o astratta, producevano sempre e soltanto effetti obbligatori[29].

Nell'area francese, tuttavia, la *traditio* cominciò col perdere progressivamente importanza, affermandosi nella pratica contrattuale la *traditio ficta*, consistente in un *costituto possessorio* pattuito in sede di vendita (o nella clausola di *dissaisine-saisine* per gli immobili)[30]. La scelta di abbandonare il meccanismo *titulus-modus* trova la sua (principale) giustificazione in ragioni di natura filosofica *sub specie* di giusnaturalismo[31], il quale postulava l'idea che ogni individuo, in quanto sovrano assoluto della propria sfera giuridica, può disporre liberamente dei propri diritti; logico corollario (giuridico) di tale impostazione (filosofica) è la possibilità, per l'individuo, di modificare la realtà giuridica per effetto esclusivo della propria volontà[32].

Seguendo tale evoluzione, il *Code Napoléon*, all'art. 1138, sancì il principio consensualistico per il quale l'obbligazione di dare comprende quella di consegnare la cosa (art. 1136) e questa "*rend le créancier propriétaire*"[33]. Nell'area francese, del resto, sembra che gli Autori del tardo diritto comune considerassero già la promessa di vendita quale *iusta causa traditionis*, così giungendo a considerare come schemi giuridici equivalenti la vendita e la promessa di vendita[34]. La formulazione del principio in di-

[28] La scissione *titulus-modus* si rinviene, anche per implicito, già nel diritto romano, in particolare, nel testo C. 2.3.20, il quale sanciva il principio in base al quale «traditionibus et usucapioni bus dominia rerum, non nudis pactis transferatum».

[29] In tal senso F. Ferrari, *Abstraktionsprinzip, Traditionsprinzip e consensualismo nel trasferimento dei beni mobili. Una superabile divaricazione?*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 732.

[30] A. Chianale, *Obbligazione di dare e di fare in diritto comparato e italiano* (voce), in *Dig. IV*, *disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1995, vol XII, p. 357.

[31] Al riguardo pare che Grozio abbia svolto un ruolo determinante nell'attribuire al contratto di compravendita effetti reali (trasferimento della proprietà) con la semplice manifestazione del consenso. Sul punto v. le osservazioni svolte da U. Petronio, *Vendita, trasferimento della proprietà e vendita di cosa altrui nella formazione del code civil e dell'Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, in Aa.Vv., *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storica-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano* (a cura di L. Vacca), Torino, 1997, p. 148.

[32] E. Rajneri, *Il principio consensualistico e l'Abstraktions prinzip quali meccanismi alternativi di attribuzione della titolarità e gli interessi dei terzi: un conflitto irrisolto nei lavori di Restatement del diritto privato europeo*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, I, p. 434. In merito al principio di autonomia e volontà in materia contrattuale, v. A. Bénabent, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 2005, pp. 18 e s.

[33] Così R. Sacco, *Principio consensualistico ed effetti del mandato*, in *Foro it.*, 1966, I, coll. 1384 e ss.

[34] Sul punto v. G. Astuti, *Promesse de vente vaut vente*, in *Riv. st. dir. it.*, 1953/54, p. 247.

scorso, già fatta dalla dottrina francese, segnatamente da Bourjon[35], fu comunque oggetto di aspre critiche da parte di taluni Autori francesi, quali Marcadé, Demolombe, poiché considerata oscura, deplorabile, enigmatica[36]. Ciò nonostante, dalla formulazione del principio nel *code civil*, emerse che la vendita obbligava a consegnare (*livrer*) la cosa venduta, come del resto nel diritto romano-comune insegnato da Pothier, non a far acquistare il diritto (*donner*)[37] ed a quell'obbligazione seguiva *ex lege,* come effetto necessario del contratto, il trasferimento del diritto. Una parte della dottrina riteneva che questo effetto fosse immediato, sostenendo, di conseguenza, la tesi della nullità assoluta della vendita di cosa altrui (art. 1599 C. Nap.)[38]. L'opzione ermeneutica abbracciata da Pothier era del resto coerente con la nozione unitaria di proprietà che egli stesso aveva sostanzialmente elaborato al fine di superare le frammentarietà delle (diverse) ricostruzioni operate dal sistema feudale[39].

In realtà, la dottrina maggioritaria, in evidente contrasto con l'interpretazione offerta da Pothier, ritenne che il venditore fosse obbligato a far acquistare il diritto al compratore (*donner*), sostenendo come a quest'ultima obbligazione (e non a quella di consegnare la cosa) si ricollegasse, *ex lege,* l'effetto traslativo[40]: di conseguenza la vendita di cosa altrui fu considerata affetta da nullità soltanto relativa (art. 1599 C.

[35] V. sul punto P.M. Vecchi, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Torino, 1999, pp. 32 e s.; G. Vettori, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, 1985, pp. 18 e ss.

[36] Le critiche mosse dalla dottrina francese all'introduzione del principio del consenso traslativo nel *code civil*, sono ben riassunte da J.P. Chazal-S. Vicente, *Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil*, in *RTD civ*., 2000, 3, p. 481.

[37] Nel *Code Napoléon*, la vendita è quella di Pothier, che obbliga il venditore soltanto ad *habere licere*: per l'art. 1582, al. 1, «*La vente est une convention par laquelle l' un s' oblige à livrer une chose, et l' autre à la payer*», e per l'art. 1603 «*Il y a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend*». La garanzia per evizione ha per oggetto *la possession paisible de la chose vendue* (art. 1625). La vendita, nella lettera del *Code Napoléon*, non obbliga invece a *donner*, in quanto è vero che per l' art. 1136 *l' obligation de donner* comprende sempre *l' obligation de livrer*, ma non è necessariamente vero il contrario, cioè che il *livrer* acceda sempre ad un *donner.* Sui tre progetti di Cambacèrés, vedi le osservazioni di L. Cabella Pisu, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983, pp. 22 e ss.

[38] Tale ricostruzione storica è offerta da A. Chianale, *Trascrizione del contratto preliminare e trasferimento della proprietà*, Torino, 1998, p. 8.

[39] È la tesi sposata da L. Cabella Pisu, *Garanzia e responsabilità*, in Aa.Vv., *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storica-comparatistica*, cit., pp. 256 e s., ove ricorda come l'Autore francese modellò la figura del proprietario su quella di chi sulla cosa deteneva il dominio utile piuttosto che su quella di chi possedeva il dominio diretto.

[40] La posizione della dottrina francese su tale questione è riassunta da A. Chianale, *op. ult. loc. cit.*

Nap)[41]. La giurisprudenza francese, invece, mostrò di aver immediatamente acquisito l'innovazione introdotta dal *code civil*, riconoscendo ben presto che l'effetto traslativo della proprietà dovesse essere imputato immediatamente al contratto di compravendita[42].

La diversità di interpretazione del principio consensualistico fu, con tutta probabilità, dovuto ad una errata esegesi della norma racchiusa nell'art. 1138, a tenore del quale «L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes». Come si è detto, i primi interpreti francesi, Pothier su tutti, ritennero che l'alienante fosse tenuto a consegnare la cosa, mentre l'interpretazione prevalente sosteneva l'irrilevanza (giuridica) della consegna, ai fini del trasferimento della proprietà (che infatti sarebbe già avvenuto grazie allo scambio del consenso delle parti): in effetti, l'obbligo di consegna è perfetto, nel senso che esso nasce grazie al solo consenso (già manifestato) dalle parti. Ma, accedendo ad una diversa lettura ermeneutica del testo emerge come, atteso che il termine *parfait* viene dal latino *perfectus* e significa compiuto, perfetto, consumato, l'art. 1138 debba piuttosto essere letto, non nel senso che l'obbligo di consegna nasce in virtù del principio consensualistico, bensì nel senso che la consegna è compiuta grazie al solo consenso delle parti; tuttavia, una prestazione puramente materiale (quale è la consegna della cosa) non può essere compiuta mediante il solo consenso delle parti[43]: è questa la prima contraddizione che emergerebbe dal primo comma della norma in discorso.

Lo snaturamento della lettera dell'art. 1138 troverebbe conferma, del resto, leggendo il comma 2, a tenore del quale «Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier». Il secondo comma dell'art. 1138, dunque, statuisce che è il semplice scambio dei consensi e non la *livraison*, cioè la consegna, che rende creditore il proprietario; ma tale corollario contrasta con l'assunto secondo il quale il semplice scambio dei consensi è sufficiente a trasferire la proprietà, indipendentemente dalla *traditio*[44]. In altri termini, la norma avrebbe dovuto dire «il rend» (cioè lo scambio dei consensi) al po-

[41] P.M. Vecchi, *op. cit.*, p. 37.

[42] La posizione della giurisprudenza d'Oltralpe in merito all'interpretazione del principio consensualistico è sottolineata P.M. Vecchi, *op. cit.*, p. 36.

[43] La critica all'esegesi della norma è di J.P. Chazal-S. Vicente, *op. cit.*, p. 482, secondo i quali, al fine di evitare questo non senso, il significato della parola *parfait* fu alterato.

[44] J.P. Chazal-S. Vicente, *op. loc. cit.*

sto di «elle rend» (cioè la consegna della cosa)[45].

Continuando ad analizzare il secondo comma emerge la terza contraddizione, allorquando esso afferma che la consegna rende il creditore proprietario fin dal momento in cui la cosa deve essere consegnata, anche se la consegna non è stata (ancora) eseguita; la norma avrebbe invece dovuto dire: «lo scambio dei consensi rende il creditore proprietario fin dal momento in cui l'obbligo di consegna esiste»; sarebbe impossibile infatti riportare il (momento del) trasferimento della proprietà al momento in cui la cosa deve essere consegnata, poiché il trasferimento è già avvenuto, così come statuito dal comma 1[46]. In ultima analisi, dunque, la *volutas legis* che emergerebbe dall'art. 1138 non sarebbe quella di consacrare il principio del trasferimento immediato della proprietà, bensì quello di subordinare il trasferimento dei rischi alla consegna della cosa stessa[47].

In ogni caso, il codice civile del 1865 e gli interpreti italiani accolsero, oltre al principio consensualistico, la connessa interpretazione dell'art. 1138 del *Code Napoléon*: traducendo *livrer* con dare, si affermava che la vendita obbligava a far acquistare il diritto, non soltanto a consegnare la cosa[48]; in particolare, il codice civile italiano statuiva, all'art. 1125, che «la proprietà si trasmette e si acquista per effetto del consenso legittimamente manifestato». La vendita, se proveniente *a domino* (cioè dall'effettivo titolare), produceva il trasferimento della proprietà[49]: le parti potevano, al massimo, differire temporalmente l' efficacia traslativa, ma non potevano invece ricorrere ad un *modus adquirendi*, vale a dire alla *traditio,* al fine di ritardare il trasferimento della proprietà[50]. Tuttavia, una

[45] Le incongruenze semantiche della norma in esame sono messe in evidenza da J.P. Chazal-S. Vicente, *op. loc. cit.*

[46] J.P. Chazal-S. Vicente, *op. loc. cit.*

[47] Così J.P. Chazal-S. Vicente, *op. cit.*, p. 494

[48] Secondo l' art. 1447 c.c. del 1865 «La vendita è un contratto, per cui uno si obbliga a dare e l' altro a pagare il prezzo». La traduzione di *livrer* con il termine dare è già presente nella traduzione ufficiale, promulgata con il decreto di Monaco del 6 gennaio 1806, del Codice Napoleone per il Regno Italico e nel Codice Albertino del 1838, all'art. 1588. Sul punto v. L. Cabella Pisu, *op. ult. cit.*, p. 258, ove sottolinea come il dibattito vertesse particolarmente sul significato dell'obbligazione di dare imposta ad un venditore che ha già trasferito la proprietà nel momento stesso del consenso: a fronte di un primo orientamento che sottolineava la rilevanza di tale obbligazione nei casi in cui il trasferimento di proprietà non poteva compiersi immediatamente si contrapponeva una seconda opzione ermeneutica per la quale l'obbligo di dare consisteva nelle obbligazioni di consegna e di garanzia.

[49] La nullità della vendita di cosa altrui era limitata dal codice civile del 1865 ed esclusa dall'art. 95 del codice commerciale del 1865 (poi art. 59 del codice commerciale del 1882).

[50] La precisazione è di A. Chianale, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà,* Milano, 1990, p. 92., secondo il quale la nozione di obbligazione di dare non comprendeva l'obbligazione di trasferire negozialmente il diritto.

parte della dottrina affermava la separatezza, sia concettuale che materiale, dell'atto (ad effetti obbligatori) dal negozio di esecuzione (ad effetti reali)[51]: il modo di acquisto della proprietà, secondo questa opzione ermeneutica, era pur sempre costituito dalla consegna (*modus adquirendi*)[52], nonostante quest'ultima coincidesse sostanzialmente con il relativo contratto causale (*titulus adquirendi*)[53]; In realtà, il *Code Napoléon* sancendo, all' art. 1589 al. 1, che «*La promesse de vente vaut vente lorsqu' il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix*», voleva impedire che il *modus adquirendi,* separato dal *titulus,* potesse rientrare surrettiziamente nel nuovo sistema proprio grazie alla promessa di vendita[54].

La soluzione francese in tema di promessa di contratto, seguita fedelmente in Belgio e per lungo tempo anche in Spagna, fu accolta in Italia da dottrina e giurisprudenza maggioritarie, benché il principio dell' art. 1589 *Code Napoléon*, recepito da alcuni codici preunitari[55], non figurasse nel codice civile del 1865, pur avendo quest'ultimo mutuato, dall'ordinamento francese, la disciplina in materia di perfezionamento e di efficacia del contratto di compravendita[56]. Secondo la giurisprudenza prevalente si presumeva che chi prometteva di vendere in realtà volesse vendere, quindi trasferire immediatamente il diritto oggetto del contratto[57], mentre un diverso orientamento (minoritario) dottrinale e giurisprudenziale riteneva impossibile configurare un'equivalenza tra la vendita e la promessa di vendita, in ragione della diversità delle due fattispecie negoziali, nonché degli effetti dalle stesse prodotte[58].

[51] G. Gorla, *La compravendita,* in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da F. Vassalli, Torino, 1937, p. 6; Id., *L' atto di disposizione dei diritti,* in *Studi in memoria di Tommasone,* Padova, 1937, pp. 1 e ss., pp. 38 e ss.

[52] A. Chianale, *op. ult. cit*., p. 34.

[53] La precisazione è di P. Sirena, *Il principio del consenso traslativo*, in Aa.Vv., in *Effetti* (a cura di M. Costanza), vol. III, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, pp. 24 e s., nt. 24.

[54] J.P. Lévy-A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Paris, 2002, p. 725, ricordano che l'introduzione di tale soluzione giuridica si deve principalmente all'opera dei post-glossatori ed in particolare alla controversia che vide impegnati due di essi, Decius e Jason de Mayno ai quali, del resto, si deve anche la stessa distinzione tra *promesse unilatérale* e *synallagmatique.*

[55] In tal senso l'art. 1595 cod. Albertino del 1838: «La promessa di vendere equivale alla vendita, se esiste consenso reciproco delle parti sulla cosa e sul prezzo. Quando si tratti di stabili la promessa di vendita debba essere fatta per atto pubblico come la vendita stessa». V. anche l'art. 1434 cod. del Regno delle Due Sicilie, l'art. 1474 cod. Estense, nonché l'art. 1349 c.c. per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla.

[56] V. per tutti, M. Mantello, *op. cit*., p. 547.

[57] Cass. Torino, 21 maggio 1895, cit., con nota di L. Coviello.

[58] La ricostruzione del dibattito dottrinale e giurisprudenziale in materia è offerto da A. Chianale, *Il preliminare di vendita immobiliare,* cit., coll. 680 e s.

La svolta si ebbe nel 1895, allorquando una sentenza della Cassazione di Torino, in contrasto con l'opinione (fino ad allora) dominante, ritenne che la promessa di vendita obbligasse i paciscenti alla stipulazione di un futuro contratto di vendita[59]. Questo (momentaneo) *revirement* giurisprudenziale fu indubbiamente dovuto (o comunque accelerato) dal recepimento delle teoriche sviluppate dai pandettisti nell'elaborazione della categoria del *Vorvertrag*, consistente in un contratto che promette un contratto futuro[60]. In effetti, il contratto preliminare, utilizzato in Italia soprattutto per la vendita, fu ben accettato soltanto dalla dottrina, perché particolarmente sensibile ai modelli germanici: essa considerò il preliminare quale fonte di un'obbligazione di fare, avente per oggetto una prestazione infungibile che dà diritto (solo) al risarcimento dei danni, in caso di rifiuto del debitore-venditore alla stipula del contratto definitivo[61]. Del resto, il codice civile del 1865 non conteneva riferimenti normativi al preliminare, non riproducendo clausole analoghe all'art. 1589 C. Nap. o al § 936 ABGB (codice civile austriaco)[62].

Per molti anni, dunque, la dottrina dominante, sia civilistica[63] sia commercialistica, si pose su posizioni differenti rispetto alla giurisprudenza. Questa fase di transizione è del resto testimoniata dalla pubblicazione di numerose ed autorevoli note a sentenza[64] e termina con il pieno accoglimento, prima da parte delle Corti di merito e successivamente (intorno agli anni '20) anche da parte della giurisprudenza di legittimità (inclusa quella del Regno), dell'orientamento dottrinale secondo il quale la promessa di contratto non produceva gli effetti del contratto promesso, bensì l'obbligo di concludere il contratto definitivo[65]. Da tale impostazione derivavano importanti corollari giuridici in punto di regole operazionali: in particolare, il preliminare non richiedeva la forma scritta imposta al definitivo[66]; non era suscettibile di rescissione per lesione, poiché il semplice *contrahere* non era idoneo a produrre una lesione[67]; infine, l'azione redibitoria e l'*actio quanti minoris* erano applicabili soltanto alla vendita definitiva[68].

[59] In tal senso Cass. Torino, 21 maggio 1895, cit., in *Giur. it.,* 1895, I, 1, col. 667

[60] La forte influenza della scienza giuridica tedesca è sottolineata da A. CHIANALE, *op. ult. cit*., col. 681.

[61] A. CHIANALE, *op. ult. loc. cit.*

[62] L'importante sottolineatura è di M. BERNARDINI, *op. cit*., p. 694.

[63] V. G. GORLA, *op. ult. cit*., p. 15; ID., *Del rischio e pericoli delle obbligazioni*, Padova, 1937, p. 247.

[64] L'interessante osservazione è di A. CHIANALE, *op. ult. loc. cit*.

[65] A. CHIANALE, *Contratto preliminare in diritto comparato*, cit., p. 291.

[66] Ciò si spiega anche con la incoercibilità in forma specifica del contratto preliminare.

[67] R. MOSCHELLA, *op. cit*., p. 28;

[68] L. COVIELLO, nota cit., col. 674.

4. *Segue: la circolazione della figura del contratto preliminare negli altri sistemi giuridici*

Nella prima metà del 1800, anche la Pandettistica si interesso all'elaborazione dottrinale della teorica dei *pacta de contrahendo* di diritto comune, delineando progressivamente le regole ad essi applicabili[69]. In Germania, in particolare, l'idea, ma soprattutto l'elaborazione dogmatica del *Vorvertrag* nascono e trovano la loro giustificazione nel principio della libertà contrattuale (*Abschlußfreiheit*)[70]. La definizione di *Vorvertrag*, coniata per primo da Thöl, si rivelò indubbiamente più appropriata della nozione di *pactum de contrahendo* (considerata troppo indeterminata); si convenne, tuttavia, di delimitare l'espressione ad ogni contratto obbligatorio rivolto alla conclusione di un altro contratto obbligatorio[71]. In realtà, nonostante lo sforzo compiuto dai pandettisti nel sistemare l'istituto del *Vorvertrag*, partendo dal *pactum de contrahendo*, per molti anni la dottrina fu piuttosto propensa a seguire la concezione francese (come affermata nell'art. 1589 C. Nap.), ritenendo, di conseguenza, inammissibile la figura del contratto preliminare[72].

Le costruzioni concettuali dei pandettisti esercitarono un' indubbia influenza su altri paesi. In particolare, la codificazione austriaca, la più fedele alle soluzioni di diritto comune, recepì la categoria dei *pacta de contrahendo*, così come era stata elaborata dai pandettisti[73]. Il codice austriaco, in linea del resto con il BGB tedesco, non dedicò però una apposita norma al preliminare prevedendo soltanto che «L'accordo di voler concludere un contratto in un momento successivo è vincolante solo se determina sia il momento della conclusione sia gli elementi essenziali del contratto, e purché nel frattempo le circostanze non si siano modificate in modo tale da vanificare lo scopo espressamente indicato o comunque desumibile dalle circostanze, ovvero da far venir meno la fiducia dell'una o dell'altra parte» (§ 936, frase 1, ABGB). Ciò nonostante, gli interpreti

[69] R. Speciale, *Il Vorvertrag nell'ambito delle nuove tendenze in materia di formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 53.

[70] R. Speciale, *op. cit.*, p. 52.

[71] R. Speciale, *op. cit.*, p. 53.

[72] D. Henrich, *op. cit.*, p. 691, ove sottolinea come la situazione mutò nel 1887, con la pubblicazione di un articolo di Degenkolb che portò al riconoscimento della figura del contratto preliminare. In particolare secondo tale Autore «il Vorvertrag non è propriamente nel significato giuridico una figura intermedia tra un inizio della trattativa e una conclusione del contratto definitivo (il c.d. Hauptvertrag) e quindi qualcosa di poco definito, bensì è un contratto autonomo e completo come qualsiasi altro».

[73] A. Chianale, *op. ult. loc. cit.*

austriaci utilizzano, nel commentare questa norma, il termine *Vorvertrag*.

In Svizzera, l'art. 22, comma 1, c. obbl., stabilì che «Mediante contratto si può assumere la obbligazione di stipulare un contratto futuro»; l'art. 216, comma 2, invece, si occupò specificamente dei contratti preliminari di vendita (*promesses de vente* nella versione francese, *Vorverträge* nella versione tedesca)[74].

La penetrazione del contratto preliminare in Spagna mostra invece interessanti analogie con quelle che hanno investito il nostro ordinamento giuridico. Secondo l'opinione dominante, l'art. 1451 *codigo civil*, che, seguendo l'art. 1589 al. 1 *Code Napoléon,* equiparava la promessa di vendita alla vendita, sanciva, più in generale, l'equiparazione della promessa di contratto al contratto definitivo; la dottrina e la giurisprudenza spagnole elaborarono nei primi decenni del secolo scorso la categoria del *precontrato*[75]. Il *precontrato*, nel cui ambito figura in particolare la promessa di vendita, è considerato fonte dell'obbligazione di concludere il contratto definitivo[76].

Per quanto riguarda i sistemi di *common law*, occorre sottolineare che essi sono sostanzialmente rimasti esclusi dalla circolazione dell'istituto. Il diritto inglese, infatti, sembra rifiutare una figura assimilabile al contratto preliminare (bilaterale). Secondo le regole operazionali inglesi, quando le parti raggiungono un determinato accordo e prevedono la redazione di un successivo *formal contract*, si deve accertare se esse siano obbligate alle prestazioni concordate, al massimo sotto condizione sospensiva della redazione del *formal contract*, oppure se l'accordo iniziale sia ancora parte della trattative[77]. La soluzione statunitense è analoga. Tuttavia, alcuni Autori e qualche *obiter dictum*, hanno affermato che, in linea di principio, non vi sono ragioni teoriche che ostino a ritenere ammissibile *"a contract to enter into a determinate contract"*[78].

5. *Il contratto preliminare nella moderna teorica del consensualismo*

Dopo aver analizzato il contratto preliminare in un'ottica diacronica, cioè nella sua evoluzione storica è ora possibile accertare se si rinven-

[74] A. Chianale, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, cit., p. 99.

[75] A. Chianale, *Contratto preliminare in diritto comparato*, cit., p. 291.

[76] A. Plaia, *La «promesse de vente» e il «contrat préliminaire» : dal Codice Napoleone alla legislazione speciale,* in *Europa e dir. privato*, 1999, p. 589.

[77] Cheshire-Fifoot-Furmston's, *Law of contract* (a cura di M.P. Furmston), Oxford, 2007, pp. 51 e s.

[78] A. Chianale, *op. ult. cit.*, p. 293.

ga (e quale posizione occupi) un istituto omologo al nostro preliminare di vendita, sia nei paesi che scindono *modus* e *titulus adquirendi,* sia nei paesi che accolgono il principio consensualistico. Nel primo gruppo, si trovano i sistemi tedesco, austriaco, svizzero e inglese, dove l'effetto reale non è prodotto dalla vendita (*Kauf*, *sale of land*), ma da *Auflassung* seguita da *Einschereibung* in diritto tedesco[79]; da iscrizione nei libri fondiari del *titulus* in diritto austriaco e svizzero; da *conveyance* e successiva *registration* (ove necessario), in diritto inglese. Al fine di descrivere le diversità che si riscontrano in tema di trasferimento della proprietà, si è anche discorso in termini di genotipo e fenotipi, nel senso che le alienazioni immobiliari si perfezionerebbero mediante due (diversi) atti, di cui solo il secondo, però, costituirebbe l'elemento conclusivo della fattispecie traslativa; il genotipo, quindi, si specificherebbe in altrettanti fenotipi a seconda dei vari ordinamenti giuridici[80]. In tema di contratto preliminare un cenno merita poi il principio consensualistico. In particolare, il consensualismo, che si inserisce nella più generale tendenza all'antiformalismo o meglio, all'opposizione nei riguardi del vuoto formalismo giuridico[81], costituisce indubbiamente uno dei fattori che maggiormente concorrono a determinare lo stile dei diritti continentali[82]. Il consensualismo si distingue, ma allo stesso tempo nasce dal formalismo[83], ossia dalla limitazione delle possibilità di concludere un negozio ad un numero predeterminato di tipi, la cui validità è tuttavia subordinata al rispetto della forma prescritta[84].

[79] In particolare, il principio di astrazione implica che il compimento dell'atto traslativo, accompagnato dall'intento di trasferire la proprietà della cosa, produce l'effetto voluto; il BGB tedesco, ad es., prevede un negozio astratto reale (*dinglicher Vertrag*) il cui esempio più importante è rappresentato dal negozio di trasferimento della proprietà. Sul punto v. G.B. PORTALE, *Lezioni di diritto privato*, Torino, 2007, p. 111.

[80] La ricostruzione in merito all'operatività dei trasferimenti immobiliari in termini di genotipo-fenotipi (distinzione coniata da R. Sacco), è di A. CHIANALE, *op. ult. cit.*, coll. 695 e s.

[81] Sul tema del formalismo riguardato sia in chiave diacronica che sincronica, v. R. CLARIZIA, *La libertà di forma in civil law ed in common law. Il contratto telematico*, in *Europa e dir. privato*, 1999, pp. 183 e ss., ove ricorda come si sia passati dal "formalismo" spinto del diritto romano al principio della "libertà di forma", comune sia ai sistemi di *civil law* che di *common law*, per poi ritornare di nuovo al formalismo.

[82] In tal senso K. ZWEIGERT-H. KÖTZ, *Introduzione al Diritto Comparato*, Vol. I, *I Principi fondamentali*, Milano, 1998, p. 87.

[83] Sulla distinzione tra formalismo e libertà di forma, v. R. CLARIZIA, *op. cit.*, p. 186, secondo il quale il formalismo riguarda la necessità di rispettare una determinata forma ai fini della piena validità o efficacia di un negozio giuridico, mentre la libertà di forma indica che non è richiesto a quegli stessi fini l'osservanza di una forma determinata.

[84] Così K. ZWEIGERT-H. KÖTZ, *op. loc. cit.*, i quali rilevano come il formalismo sia presente in tutti i sistemi giuridici primitivi, mentre oggi è particolarmente presente nel *com-*

Detto ciò è possibile affermare che la dottrina dei paesi di lingua tedesca, pur di fronte a norme codicistiche di vario tenore[85], resta comunque fedele all'elaborazione pandettistica e considera il preliminare istituto a carattere generale, fonte dell'obbligazione di contrarre[86]. Seguendo l'insegnamento dei pandettisti, l'odierna dottrina tedesca, austriaca e svizzera considera il *Vorvertrag* fonte dell'obbligazione di concludere un futuro contratto[87].

L'impostazione odierna considera i contratti preliminari quali normali promesse obbligatorie, con l'unica particolarità che l'obbligazione viene resa esecutiva per mezzo del § 894 ZPO[88], norma in parte corrispondente al nostro art. 2932 c.c. Attualmente, il contratto preliminare viene considerato come elemento di un procedimento per gradi, o meglio, il primo di questi gradi[89]. In altre parole, il contenuto del contratto preliminare è lo stesso del contratto definitivo, ma su scala modificata: il *Vorvertrag*, quindi, non è più considerato come una "*Verpflichtung zu etwas*" (un'obbligazione a qualcosa)[90], bensì come una "*Initial auf etwas*" (inizio di qualcosa) . Da tale impostazione deriva, come logico corollario, l'impossibilità di configurare un contratto preliminare a favore di terzi[91].

In Germania, tuttavia, si segnalano problemi legati all'operatività delle regole dettate in materia di contratto, sia con riguardo alla validità delle clausole contenute in condizioni generali di contratto che obblighino alla successiva conclusione del definitivo, sia in merito alla (suf-

mon law. Sul continente, invece, l'antiformalismo è una tendenza presente soprattutto in Germania, Svizzera e nei paesi scandinavi, mentre è meno presente in Francia, a seguito della codificazione napoleonica.

[85] Nei tre sistemi esistono regole, legali o giurisprudenziali, analoghe a quelle degli artt. 1351 e 2932 c.c.

[86] A. Chianale, *Il preliminare di vendita immobiliare*, cit., col. 693;

[87] A. Chianale, *Contratto preliminare in diritto comparato*, cit., p. 291.

[88] K. Zweigert-H. Kötz, *op. cit*., p. 163, ove affermano che la disposizione del § 894 ZPO trova applicazione nel caso in cui l'azione positiva, che il debitore deve eseguire sulla base della sentenza, consista nella manifestazione di una dichiarazione di volontà; si considera tale dichiarazione di volontà come espressa, non appena la sentenza abbia autorità di cosa giudicata.

[89] R. Speciale, *op. cit*., p. 55, ove sottolinea come l'approdo a tale concezione si deve allo sviluppo di una notevole analisi critica sul tema, dovuta particolarmente all'opera di Brüggemann. La dottrina tedesca ritenne così di dover passare da una classificazione a seconda dell'oggetto della prestazione dell'obbligo di stipulare il contratto ad un concetto funzionale, con ciò senza accantonare il momento dell'obbligazione di stipulare il contratto definitivo.

[90] R. Speciale, *op. loc. cit*.,

[91] Ad una cessione dei diritti derivanti dal contratto preliminare si opporrebbe infatti la previsione del § 399 BGB.

ficiente) determinatezza contenutistica dei preliminari, nonché alla stessa (corretta) esecuzione degli stessi, come testimoniato, del resto, dai *dicta* del *Bundesgerichtshof* in materia[92].

A prescindere tuttavia dalle rare pronunce giurisprudenziali non vi è molto spazio in Germania per il contratto preliminare e ciò per un duplice ordine di motivi: l'assenza, nel BGB, di un riferimento al preliminare; la scelta, da parte dei contraenti, di evitare di sostenere i costi di un doppio atto notarile, in considerazione della forma dell'atto pubblico *ad substantiam* richiesta per la redazione dei preliminari più importanti[93].

Parte della dottrina tedesca ritiene il preliminare di compravendita caso eccezionale. La stessa dottrina, del resto, ha messo in dubbio l'utilità (pratica) del preliminare, in quanto esso costituirebbe una fase delle trattative e in ogni caso non sarebbe distinguibile dal contratto perfetto, mentre la giurisprudenza tende a considerare compravendita perfetta (essa stessa contratto ad effetti obbligatori) il c.d. *Kaufvorvertrag*, che contenga l'accordo delle parti sulla cosa e sul prezzo[94]. Il *Vorvertrag*, dunque, avrebbe finito con l'assumere la veste di un istituto poco flessibile a causa della sovrapposizione con il contratto definitivo, operata dalla dottrina tedesca[95].

Per quanto riguarda il sistema di *common law*, la diffidenza verso il *contract to contract* sembra esludere un preliminare di vendita di *real property*[96]. In realtà, il *common law* inglese e americano esclude che lo stesso *contract* possa trasferire una proprietà immobiliare, essendo necessaria, a tal fine, la *conveyance*, che non è considerata alla stregua di un *contract*[97]. Essa costituisce l'atto mediante il quale si trasferisce *inter vivos* la titolarità dei beni immobili, l'atto cioè che trasferisce i *legal estates*[98], oggi consistenti nel *fee simple absolute in possession*, assimilabile alla proprietà di *civil law* e nel *term of year* (o *leasehold*) *absolute*, consistente nella concessione a termine del godimento di un immobile[99]. In particolare, nel

[92] I problemi legati all'interpretazione normativa sono ben espressi da D. Henrich, *op. cit.*, p. 692 e pp. 694 e s., ove sottolinea come le osservazioni della Corte Suprema si siano appuntate particolarmente in merito alla (sufficiente) determinatezza (o determinabilità) e completezza del contenuto contrattuale, al fine di permettere al giudice, in caso di controversia, di accertare l'esatto contenuto del regolamento negoziale.

[93] D. Henrich, *op. cit.*, p. 710.

[94] A. Chianale, *op. ult. cit.*, p. 293.

[95] R. Speciale, *op. cit.*, p. 52 e p. 83.

[96] A. Chianale, *op. ult. loc. cit.*

[97] P.G. Monateri-R. Sacco, *op. ult. cit.*, pp. 139 e s.

[98] A. Chianale, *Conveyance* (voce), in *Dig. IV*, cit., p. 382.

[99] La riduzione dei *legal estates* ai due citati è opera del *Law of Property Act* del 1925 s. 1.

diritto inglese la vendita genera soltanto effetti obbligatori, mentre il trasferimento della proprietà è prodotto da un apposito atto traslativo chiamato *conveyance* e da successiva *registration*, ove necessario[100].

Il sistema spagnolo si situa in posizione intermedia tra quello svizzero ed austriaco da una parte e quello franco-italiano dall'altra: la proprietà si acquista mediante la consegna (art. 609, comma 2, *codigo civil*) e l'acquisto avviene "*por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición*"; questa consiste normalmente in una *traditio ficta* (artt. 1462 e ss. *codigo civil*). In particolare, nella vendita di immobili, considerata *titulus adquirendi*, è equiparata alla consegna la redazione dell'atto pubblico, salvo patto contrario (art. 1462, comma 2, *codigo civil*). Nel secolo XX, la dottrina e successivamente la giurisprudenza, influenzate dalla dogmatica tedesca ed italiana, svilupparono l'elaborazione teorica della categoria del *precontrato*, corrispondente al nostro contratto preliminare[101]. Tuttavia, nonostante questa netta presa di posizione a livello teorico, anche in Spagna, come in Germania, Austria e Svizzera, il preliminare di vendita immobiliare è scarsamente utilizzato: esso compare di rado nelle raccolte di giurisprudenza[102].

6. *Segue: la* promesse de vente *e il contratto preliminare*

La grande innovazione del *code civil* rispetto alla tradizione romanistica consistette nell'estendere il principio consensualistico dalle convenzioni che producono (solo) effetti obbligatori a quelle ad effetti reali, cioè a quelle pattuizioni che producono il trasferimento di un diritto (ad es. di proprietà)[103]. La giustificazione del principio consensualistico, come consacrato nel *code civil*, costituì una scelta di politica legislativa, alla cui base presiedettero motivazioni culturali, economiche e filosofiche, quest'ultime individuate non solo nel giusnaturalismo ma anche nell'ideologia illuminista, con la sua *intentio* semplificatrice[104]. La regola con-

[100] P.G. Monateri-R. Sacco, *Contratto in diritto comparato*, in *Dig. IV*, cit., p. 139.

[101] Secondo l'art. 1415 comma 1, c.c., ai promittenti è attribuito il diritto di agire per l'adempimento della vendita oggetto della promessa.

[102] La scissione tra atto ad effetti obbligatori ed atto ad effetti reali può infatti essere ottenuta mediante l'accordo delle parti, che escluda la presunzione *ex* art. 1462 *codigo civil*.

[103] Così R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*, t. I, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2005, p. 855. I contratti ad effetti reali non sono solo quelli che producono il trasferimento della proprietà, bensì anche quelli idonei a costituire o trasferire un diritto reale (usufrutto, credito, ecc.). Su tale distinzione v. *amplius* F. Gazzoni, *op. ult. cit.*, pp. 89 e s.

[104] M. Bernardini, *op. cit.*, p. 690.

sensualistica si distingue sia dalla tradizione romanistica basata sulla scissione *titulus-modus adquirendi*, sia dalla tradizione germanistica che distingueva le fonti delle obbligazioni dai modi di acquisto dei diritti sulle cose[105]; ciò nonostante la distinzione, quantomeno formale, tra contratto obbligatorio ed atto traslativo, era in realtà presente anche nell'ambiente francese[106]. Sempre da un punto di vista storico-ricostruttivo, emerge che, come evidenziato del resto da autorevole dottrina comparatistica, i redattori del *code civil* si sono limitati a formalizzare (consacrare) un principio che già «serpeggiava in Francia prima del codice»[107].

Nel diritto francese (così come in quello belga) la sostanziale equiparazione tra vendita e promessa di vendita scolpita nell'art. 1589, al. 1, C. Nap., ha impedito lo sviluppo di uno schema omologo al nostro contratto preliminare[108]. Al fine di porre rimedio a tale scelta legislativa (ripudio dello schema *titulus-modus*), la pratica ha optato per altri strumenti negoziali al fine di ricreare la (vecchia) scissione tra effetti obbligatori ed effetti reali, ricorrendo ad es. al c.d. *compromis sous seign privé*, del quale si pattuisce la reiterazione per atto pubblico oppure inserendo nel contratto una clausola di riserva della proprietà dell'immobile venduto sino alla redazione dell'atto notarile o, infine, mediante l'introduzione di una condizione sospensiva[109].

In Francia, l'ordinamento giuridico opera un distinguo tra *promesse unilatérale* e *promesse synallagmatique*[110]. Quest'ultima viene anche chiamata *compromis*, sebbene tale locuzione sia oggetto di critiche dottrinali poiché essa, più correttamente, designa l'accordo di volontà in virtù del quale le parti decidono di sottoporre una controversia ad un arbitro[111]. In ogni caso, la distinzione tra le due tipologie negoziali si è attenuata

[105] R. Sacco-G. De Nova, *op. ult. cit.*, pp. 879 e s., secondo i quali grazie alla regola consensualistica «la volontà contrattuale delle parti cessa di essere mera fonte di obbligazioni, per diventare altresì modo di trasferimento dei diritti reali (modus adquirendi)».

[106] P.M. Vecchi, *op. cit.*, pp. 21 e s.

[107] R. Sacco-G. De Nova, *op. ult. cit.*, p. 856. Per una revisione critica della dottrina della vincolatività del consenso v. G. Alpa, *Lineamenti diritto contrattuale*, in Aa.Vv., *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Roma-Bari, 2004, p. 160.

[108] A. Chianale, *Trascrizione del contratto preliminare e trasferimento della proprietà*, cit., p. 21.

[109] V. più ampiamente *infra*.

[110] La formulazione di tale distinzione risale al secolo XVI, allorquando Dumoulin cominciò a distinguere tra *promesse actuelle* e *promesse future*, *promesse de praesenti* e *promesse de futuro*. In tal senso J.P. Lévy-A. Castaldo, *op. loc. cit.*, p. 725, secondo i quali tali distinzioni risentono fortemente dell'impostazione della scolastica medioevale.

[111] F. Terré-P. Simler-Y Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 2005, p. 199, nt. 2.

nel tempo: la *promesse synallagmatique* consiste, normalmente, in una vendita condizionata e abbisogna dell'atto autentico perché sottoposta ad un regime di pubblicità obbligatorio[112]. La promessa unilaterale è più frequente nella prassi rispetto a quella sinallagmatica, in particolare nella sua configurazione di promessa di vendita (in materia immobiliare), mentre meno frequente è la *promesse d'achat*[113]. La *promesse unilatérale* non costituisce un atto unilaterale, ma un vero e proprio contratto che nasce dall'accordo delle parti[114] e deve essere tenuto distinto dall'offerta di vendita[115].

Il momento cruciale al fine di individuare se l'atto posto in essere dalle parti costituisca una *promesse de vente* o una vendita perfetta è rappresentato dall'esercizio dell'opzione, nel senso che prima di tale momento si versa in ipotesi di promessa di vendita che, come tale, non costituisce un "*contrat traslatif de propriété*"[116]. La dottrina francese è divisa in merito alla qualificazione giuridica della posizione del beneficiario: alla stregua di una prima ricostruzione dottrinale, egli è titolare di un diritto personale, un semplice diritto di credito; secondo un diverso orientamento interpretativo, invece, il beneficiario sarebbe titolare di un diritto potestativo di concludere il contratto definitivo[117].

La promessa unilaterale di vendita presenta indubbie analogie con il contratto sottoposto a condizione sospensiva; tuttavia, nel primo caso, il contratto (definitivo) comincia a produrre effetti dal momento in cui viene esercitata l'opzione, mentre nella seconda ipotesi il verificarsi della condizione produce effetti *ex tunc*, nel senso che gli effetti negoziali re-

[112] F. Collart-Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble: les risques de désordre*, in *Droit et patrimoine*, 1995, déc., p. 60.

[113] Con la promessa di acquisto un contraente si impegna ad acquistare una cosa se il proprietario si deciderà alla vendita.

[114] In merito al dibattito, in chiave storica, sulla vincolatività della promessa unilaterale in Francia v. P. Recano, *Profili storici della promessa unilaterale*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, pp. 205 e ss.

[115] A. Bénabent, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Paris, 2006, pp. 65 e s, ove rileva come il *contrat de promesse* è formato dall'incontro di un'offerta ed un'accettazione, la quale trasforma l'offerta in un contratto. Infatti tale accettazione «porte sur la promesse elle-même et non point encore sur la vente: elle n'est donc pas encore la levée de l'option par le bénéficiaire. Mais, en acceptant cette promesse en tant que telle, le bénéficiaire donne à l'option qui lui est consentie un caractère contractuel obligatoire: alors qu'une simple offre est révocable, le contrat de promesse ne l'est pas et le promettano est ainsi lié, tout comme réciproquement le bénéficiaire s'engage aux obligations accessoires que ce contrat de promesse peut contenir à sa charge».

[116] M. Fabre-Magnan, *Le mythe de l'obligation de donner*, in *RTD civ.*, 1996, p. 99.

[117] La ricostruzione della disputa dottrinale è ben riassunta da F. Terré-P. Simler-Y Lequette, op. cit., p. 196, i quali sottolineano come il diritto attribuito al beneficiario sia trasmissibile *inter vivos* e *mortis causa*, a meno che sia stato concesso *intuitu personae*.

troagiscono al momento dello scambio dei consensi, cioè a quello della conclusione del contratto[118]. La giurisprudenza di legittimità francese, nell'operare l'esegesi del dettato codicistico di cui all'art. 1142 del *code civil,* si è particolarmente soffermata sul contenuto dell'obbligazione gravante in capo al promittente; in altri termini ci si è chiesti se l'obbligo che grava in capo al venditore abbia ad oggetto un dare ovvero un fare[119]. La disputa non è meramente teorica (la stessa *quaestio iuris*, del resto, involge il nostro ordinamento giuridico), poiché dall'accoglimento dell'uno o dell'altro indirizzo ermeneutico discende, quale logico corollario giuridico, la possibilità, per l'acquirente, di ricorrere all'esecuzione forzata solo nel primo caso (se si tratta, dunque, di un obbligo di dare, vale a dire far acquistare la proprietà al compratore)[120]. In realtà, nell'ipotesi di promessa unilaterale se, dopo l'esercizio dell'opzione, il promittente rifiuta di stipulare l'atto di vendita, l'acquirente può ricorrere all'*astreinte*[121] oppure richiedere al giudice un provvedimento idoneo all'esecuzione in natura; tuttavia, la giurisprudenza della Cour de Cassation è poco incline a riconoscere tale forma di esecuzione, mentre la dottrina è attestata su di un orientamento contrapposto[122].

Nelle ipotesi di promessa sinallagmatica di vendita, invece, una volta esercitata l'opzione, il beneficiario acconsente all'acquisto; con l'esercizio dell'opzione «le contrat de promesse de vente s'est transformé en un autre contrat, ce dernier seul étant translatif de propriété offert»[123]. In altri termini, in tale momento si viene a formare una classica vendita a termine: «il y a formation du contrat de vente puisqu'il a rencontre d'une volonté de vendre (manifeste dès le jour de la conclusion de la promesse) et d'une volonté de vendre (manifestée par la levée de l'option)»[124]. In tale affermazione riecheggia perfettamente la piena operatività del principio

[118] F. Terré-P. Simler-Y Lequette, *op. cit*., p. 197.

[119] M. Fabre-Magnan, *op. cit*., p. 96.

[120] Nelle ipotesi in cui l'obbligo del venditore è qualificato come un fare allora il compratore ha solo diritto al risarcimento dei danni corrispondenti al pregiudizio subito dal beneficiario.

[121] Sul concetto di *astreinte*, con particolare riferimento al nostro ordinamento giuridico, v. B. Capponi, *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Giust. civ*., 1999, II, pp. 157 e ss.

[122] P. Malaurie-L. Aynès-P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Paris, 2005, p. 219.

[123] M. Fabre-Magnan, *op. cit*., p. 100.

[124] M. Fabre-Magnan, *op. loc. cit.*, il quale riafferma come poco importi che le parti abbiano convenuto che il trasferimento della proprietà sia subordinato alla stipulazione di un *acte authentique* poiché il contratto «est déjà en lui-même, dès la levée de l'option, un contrat translatif de propriété et c'est pourquoi l'exécution forcée peut en être ordonée par le juge».

consensualistico che si esprime nel "*rencontre des volontés*" delle parti. La stessa distinzione (e conseguente disputa teorica) tra obbligazioni di *donner* e di *faire* perde dunque importanza poiché l'attenzione del giudice francese è rivolta alla esatta qualificazione del contratto (di vendita), se già traslativo della proprietà o non ancora definitivo, non residuando dunque spazio alla configurabilità di un contratto di vendita ad effetti obbligatori. In altri termini, la *promesse synallagmatique de vente* diviene obbligatoria e "*vaut vente*" quando si sono verificate le condizioni dedotte in contratto, come ad es. il rilascio di una autorizzazione amministrativa, producendo, dunque, gli effetti di un contratto di vendita definitivo.

La differenza principale con il nostro ordinamento giuridico consiste nel fatto che se le parti stabiliscono che la vendita necessita, per essere regolarizzata, di un atto notarile, tale clausola non è in grado di incidere sul momento perfezionativo del contratto (spostandolo temporalmente in avanti) semplicemente perché, come più volte ribadito dalla giurisprudenza d'Oltralpe, la "*promesse de contrat vaut contrat*" costituisce la regola, mentre la "*promesse de contrat ne vaut pas contrat*" rappresenta l'eccezione[125]. L'obbligazione nascente dalla promessa sinallagmatica di vendita non si sostanzia nell'obbligo di concludere un altro contratto (nel senso di prestare il consenso alla stipula dello stesso), bensì in un obbligo di fare: compiere le formalità richieste (previamente fissate dalle parti)[126]. Normalmente la *promesse* (*synallagmatique*) precisa che la vendita si perfezionerà con il compimento di determinate formalità (ad es. con la stipula dell'atto autentico); tuttavia, tale previsione pattizia viene interpretata (e considerata) come un termine (c.d. *vente a terme*) che è in grado di incidere sull'esecuzione del contratto (differendola), ma non sulla sua formazione (il contratto si è già perfezionato)[127], come del resto più volte ribadito dalla Cour de Cassation[128]. Le medesime considerazioni appena svolte possono essere estese, *mutatis mutandis*, all'ipotesi di una *promesse synallagmatique* sottoposta ad una condizione sospensiva: in tal caso,

[125] P. Malaurie-L. Aynès-P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 221, secondo i quali solo più raramente questa clausola può essere interpretata nel senso che «les parties, d'accord sur les éléments du contrat, n'entendent réaliser la vente qu'en la forme authentique; par leurs colontés, elles en font un acte solennel; si une des parties se dérobe, elle peut seulement être condamnée à des dommages-intérêts». Ancora più raramente il *compromis* può essere interpretato come un «simple projet, un épisode de négociations, une punctation; en ce cas, chaque partie est libre de ne pas l'exécuter, sauf mauvaise foi de sa part».

[126] F. Terré-P. Simler-Y Lequette, *op. cit.*, p. 198.

[127] A. Bénabent, *op. ult. cit.*, p. 76.

[128] Cour de Cassation, sez. III, 30 novembre 1988, in *Bull*, III, n. 173.

muta solo il *nomen iuris*, discorrendosi, in tale evenienza, di vendita condizionata[129].

La strada seguita dalla pratica per superare l'*impasse* costituito dal principio (consensualistico) sotteso all'art. 1589, al. 1, C. Nap., nel tentativo di "ritardare" la formazione del contratto di compravendita, è stata quella di elevare le modalità accessorie del contratto, ergendole ad elementi costitutivi del contratto di vendita: ad es. la previsione contrattuale di un accordo sulle modalità di pagamento del prezzo, piuttosto che la subordinazione del perfezionamento del contratto alla stipulazione dell'atto notarile da compiersi prima di una certa data[130]. Tuttavia, anche in tal caso la giurisprudenza di legittimità è rimasta arroccata sulle proprie posizioni, pronunziando, per siffatte statuizioni contrattuali, la declaratoria di nullità; sanzione che, del resto, si comunica all'intero contratto[131]. La dottrina, invece, ha talvolta qualificato tali clausole come delle (semplici) condizioni sospensive[132], talaltra, invece alla stregua di vere e proprie condizioni aberranti[133].

La dottrina francese conobbe, ma non recepì, l'elaborazione della categoria del contratto preliminare sviluppata dagli Autori tedeschi e poi, italiani, limitandosi a tradurre il termine tedesco *Vorvertrag* con *avant-contrat*[134]; si parla altresì di *promesse de contrat*, di *contrat préliminaire*, di *contrat préparatoire*, di *contrat de réservation*[135]. La categoria dell'*avant-contrat* è stata accolta anche in giurisprudenza, ma essa, lungi dal corrispondere al *Vorvertrag*, raggruppa istituti tra loro eterogenei, quali patti d'opzione e di prelazione, accordi di principio, contratti-quadro, contratti di prova[136]; l'ammissibilità di una promessa bilaterale, non equiparata negli effetti al contratto di cui si pattuisce la stipulazione, continua, pertanto, ad essere trascurata o esclusa. Gli *avant-contrats* sono contratti provvisori ed obbligatori, sottoposti, ma solo in parte, alla disciplina giuridica dei contratti; tutti i contratti posso essere preceduti da un *avant-con-*

[129] A. Bénabent, *op. ult. loc. cit.*

[130] A. Bénabent, *op. ult. cit.*, p. 77.

[132] A. Bénabent, *op. ult. loc. cit.*, secondo il quale, se si trattasse di una condizione sospensiva, sarebbe potestativa, dal momento che sarebbe sufficiente per uno dei contraenti sottrarsi alla stipula dell'atto notarile per far fallire la stessa formazione della compravendita, così affrancandosi dalla sua promessa. In realtà è da ritenere, piuttosto, che le parti non abbiano raggiunto un vero impegno vincolante e la promessa costituisca in tal caso un semplice progetto.

[133] F. Collart-Dutilleul- P. Delebecque, *Contrats civil et commerciaux*, Paris, 2004, n. 81.

[134] A. Chianale, *Il preliminare di vendita immobiliare*, cit., col. 694;

[135] P. Malaurie-L. Aynès-P. Stoffel-Munck, *op. cit.*, p. 217, nt. 65.

[136] A. Chianale, *Contratto preliminare in diritto comparato*, cit., pp. 292 e s.

trat, anche se i più diffusi sono le promesse unilaterali o sinallagmatiche di vendita[137].

La pratica, dunque, dimostra come la *promesse de vente* costituisca una strumento contrattuale abbastanza diffuso, ma di *contrat préliminaire* in senso tecnico può parlarsi solo con riferimento alla legislazione speciale[138].

Un primo esempio si rinviene nella legge n. 595 del 12 luglio 1984, il cui art. 3 regola la c.d. *location-accession*: con questo contratto, che presenta taluni elementi di analogia con il nostro preliminare ad effetti anticipati[139], un venditore si obbliga verso un acquirente a trasferirgli la proprietà di tutta o parte, di un immobile, in cambio di un pagamento frazionato o differito del prezzo di vendita e la prestazione di un canone fino al giorno di scadenza dell'opzione, quale contropartita del diritto dell'acquirente al godimento dell'abitazione e del suo diritto personale al trasferimento della proprietà[140]. Nel panorama giuridico italiano, il preliminare ad effetti anticipati costituisce una figura connotata da significative peculiarità, sol se si considera che, in pratica, vengono a realizzarsi tutti gli effetti tipici della vendita, ad es. consegna del bene, pagamento del prezzo, eccezion fatta per il trasferimento della proprietà[141]. Tale categoria contrattuale permette di differenziare nettamente questa ipotesi da quella del contratto preliminare inteso in maniera tradizionale, che non contempla la possibilità di una anticipata esecuzione delle prestazioni[142].

L'altra figura di contratto preliminare, sempre riferibile all'ordina-

[137] P. Malaurie-L. Aynès-P. Stoffel-Munck, *op. cit.*, pp. 217 e ss.

[138] L'osservazione è di A. Plaia, *op. cit.*, pp. 580 e ss.

[139] L'inquadramento sistematico e la disciplina applicabile al contratto preliminare ad effetti anticipati ha dato luogo a non poche dispute dottrinarie, nonostante questa figura negoziale possa ormai considerarsi facente parte del c.d. diritto vivente. In tal senso A. Luminoso, *I contratti tipici e anticipi*, in Aa.Vv., *I contratti di alienazione, di godimento, di credito*, t. I, in *Trattato di diritto privato* (a cura di G. Iudica-P. Zatti), Milano, 1995, p. 4 e p. 24.

[140] A. Plaia, *op. cit.*, p. 583 e p. 586.

[141] Sulle origini del preliminare di vendita ad effetti anticipati, v. R. De Matteis, *Dalla promessa di vendita al preliminare trascritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, pp. 307 e ss., secondo il quale nel periodo precedente l'emanazione dell'attuale codice, la configurazione riconosciuta dalla giurisprudenza alla promessa di vendita, sostanzialmente intesa quale contratto che obbliga al pagamento del prezzo e tramite un successivo atto negoziale, al trasferimento del diritto, aveva in un certo modo favorito l'imporsi di una prassi negoziale volta ad anticipare la consegna del bene e/o il pagamento del prezzo rispetto al verificarsi dell'effetto traslativo, legittimando questa prassi con il supporto di un adeguato schema causale.

[142] Sulla distinzione tra contratto preliminare ad effetti anticipati e contratto definitivo v. R. Pirotta, *Preliminare di compravendita immobiliare ad esecuzione anticipata o ad effetti anticipati*, in *Contratti*, 2000, p. 987.

mento d'Oltralpe, concerne sempre il settore immobiliare ed è contenuta nella legge del 3 gennaio 1967, n. 3 e nel successivo decreto attuativo del 22 dicembre 1967, n. 1166. In particolare, la legge n. 3/1967, all'art. 1 introduce nel *code civil* gli artt. 1601-1 e ss., collocandoli in un apposito *chapitre* con l'obiettivo di inserire, nel titolo dedicato alla vendita, delle definizioni precise e valide, in linea generale, nelle ipotesi di vendita di immobili da costruire. Ai sensi dell'art. 11 della legge in commento la vendita di immobili in corso di costruzione può essere preceduta da un «contrat préliminaire par lequel [...] le vendeur s'engage à réserver à un acheteur un immeuble ou une partie d'immeuble». Nonostante la norma accenni soltanto all'obbligazione del futuro venditore, si è affermato in dottrina che anche il promissario (*réservataire*) può impegnarsi ad acquistare: in tal caso, il *contrat préliminaire* sarebbe una promessa bilaterale di vendita sottratta all'applicazione dell'art. 1589 al. 1, e costituirebbe fonte dell'obbligazione di stipulare la vendita definitiva[143].

Le forme di acquisto previste sono la *vente à terme*, nella quale l'effetto traslativo si verifica automaticamente con la constatazione, per atto pubblico, del completamento dell'immobile e la *vente en état futur d'achèvement* (in stato di futuro completamento), nella quale il contratto trasferisce all'acquirente la proprietà sul suolo e sulle opere già realizzate all'atto della stipulazione mentre le opere successive si acquistano a mano a mano che vengono realizzate: entrambe possono essere precedute dalla stipula di un *contrat préliminaire*. Esso è definito come il contratto in base al quale «come corrispettivo di un deposito di garanzia su un conto speciale (incedibile, impignorabile) il venditore si obbliga a riservare all'acquirente un immobile o una parte dell'immobile». Si tratta di un obbligazione legale, dunque, con un contenuto variabile, poiché la legge stabilisce solo l'obbligo di non vendere ad altri: se il contratto preliminare interviene in un momento in cui le condizioni del contratto definitivo sono ormai stabilite, allora l'obbligazione di riservare può rivestire la forma di un obbligazione di vendere, quindi di una *promesse de vente*. È oggetto di vivace disputa teorica la questione concernente la natura giuridica del contratto preliminare di immobile da costruire: secondo una prima impostazione dottrinale si tratterebbe di un patto di preferenza (come tale, dunque, riconducibile alla onnicomprensiva categoria dell'*avant-contrat*); alla stregua di una seconda opzione ricostruttiva, non sarebbe possibile tipizzare il contratto preliminare in esame perché figura *sui generis*; infine, secondo un'ultima lettura ermeneutica, sareb-

[143] A. Plaia, *op. cit.*, p. 583.

be impossibile una qualificazione giuridica unitaria, in quanto il preliminare potrebbe costituire sia una promessa unilaterale che bilaterale a seconda che venga concluso dopo o prima dell'assunzione della scelta di costruire[144]. La giurisprudenza, dal suo canto, sembra aver aderito al secondo degli orientamenti dottrinali descritti, in quanto considera il preliminare previsto dalla legge del 1967 quale contratto *sui generis* essenzialmente sinallagmatico[145].

L'esigenza di predisporre strumenti idonei a tutelare l'acquirente di immobili in costruzione e l'insufficienza del precedente intervento legislativo (art. 2645 *bis*, comma 3, c.c.)[146], ha portato il legislatore italiano a dettare una disciplina di tutela degli acquirenti di immobili da costruire (d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122, in attuazione della legge delega 2 agosto 2004, n. 210) volta a prevenire quelle conseguenze pregiudizievoli a cui questi ultimi vanno incontro nelle ipotesi di dissesto finanziario del venditore[147]. La disciplina di tutela in commento ha visto la luce alcuni decenni dopo quella dettata dal legislatore francese ed è stata indubbiamente favorita dall'attuale *trend* legislativo particolarmente rivolto ad una maggiore protezione del consumatore ed in generale del contraente debole[148].

Quanto fin qui detto, a proposito del ruolo rivestito dal contratto preliminare in Francia, non deve tuttavia meravigliare poiché si è già affermato come l'introduzione da parte del *code civil* del principio del consenso traslativo abbia contribuito a delineare (limitandoli) i contorni della figura della *promesse de vente*, finendo col restringere la sua autonomia giuridica e sovrapponendola, di fatto, alla fattispecie negoziale del contratto di vendita (definitivo).

In realtà, il principio consensualistico costituisce ancora oggi oggetto di critiche da parte della dottrina che possono ben essere condensate

[144] La ricognizione della controversia dottrinale è svolta da A. Plaia, *op. cit.*, p. 586.

[145] A. Plaia, *op. cit.*, p. 584.

[146] Sul punto v., anche ai fini di un commento sul decreto in oggetto, G. Bozzi, *I contratti preparatori*, in Aa.Vv., *I contratti di vendita* (a cura di D. Valentino), t. I, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno-E. Gabrielli, Torino, 2007, pp. 237 e ss.

[147] A. Barale, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire: dall'esperienza francese alla nuova normativa italiana*, in *Contratto e impr.*, 2005, p. 810.

[148] Così A. Barale, *op. cit.*, p. 811. Tuttavia P. Perlingieri, *La tutela del "contraente debole" nelle negoziazioni immobiliari. Traccia di un possibile Convegno*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, pp. 746 e s., mette in guardia dal rischio di ragionare per categorie (l'acquirente-contraente debole), poiché (anche) in materia immobiliare non sarebbe possibile configurare, a priori, una presunzione di debolezza in ragione dei ruoli, rispettivamente, di venditore e di acquirente. Tali soggetti sarebbero, dunque, in egual misura esposti alla maggior forza economica o alla maggiore scaltrezza dell'altro contraente.

in una significativa domanda che si pongono taluni Autori francesi: «faut-il retarder le transfert de propriété?». Le obiezioni trovano fondamento in due osservazioni: la pratica contrattuale ha consacrato il declino del trasferimento immediato della proprietà; nella vendita immobiliare il trasferimento della proprietà è ritardato e coincide con la stipulazione dell'atto autentico[149]. In particolare, i redattori del *code civil* si sarebbero fatto influenzare dal pensiero di Pufendorf secondo il quale avere un diritto alla cosa significa essere già, almeno moralmente, proprietario della stessa[150]. Tale concezione avrebbe dunque fortemente inciso sulla redazione delle norme relative all'*obligation de donner*, nonché sullo stesso termine "*propriété*", attribuendogli una polisemia, così accreditando l'idea che esista, accanto alla proprietà romana una proprietà intesa quale semplice facoltà morale, limitata al diritto di disporre e trasmissibile, tra le parti, in virtù del semplice consenso[151].

Il problema, *rectius* l'esigenza di ritardare il trasferimento della proprietà è risolto invece in Italia ricorrendo proprio al contratto preliminare. Il nostro è il paese ove il contratto preliminare ha riscosso notevole successo, certamente superiore rispetto all'ordinamento tedesco dove pure tale tipologia contrattuale ha ricevuto la più completa elaborazione dogmatica[152]. In Italia, il dibattito sul preliminare si è particolarmente incentrato sul contenuto dell'obbligazione gravante in capo al venditore. La dottrina maggioritaria, infatti, ritiene che si tratti di un obbligo di *facere* (prestare il consenso alla stipula del definitivo)[153], mentre altra dottrina[154], peraltro confortata dalla giurisprudenza di legittimità[155], argomenta in termini di obbligo di dare (far acquistare la proprietà al compratore), *spe-*

[149] J.P. Chazal-S. Vicente, *op. cit.*, pp. 477 e s.

[150] J.P. Chazal-S. Vicente, *op. cit.*, p. 480.

[151] J.P. Chazal-S. Vicente, *op. loc. cit.*

[152] L'osservazione è di R. Speciale, *op. cit.*, p. 46.

[153] P. Greco-G. Cottino, *Della vendita*, in *Commentario del codice civile* (a cura di A. Scialoja-G. Branca), Bologna-Roma, 1981, p. 8; C. Castronovo, *La contrattazione immobiliare abitativa*, in *Jus*, 1986, pp. 29 e ss.; G. Mirabelli, *La vendita, il Riporto, la Pemuta, il Contratto estimatorio, la Somministrazione. Commentario agli artt. 1470-1570 del codice civile*, Torino, 1988, pp. 13 e ss.; M. Mantello, *op. cit.*, p. 561; A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 2009, p. 177.

[154] M. Giorgianni, *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, in *Giust. civ.*, 1961, I, pp. 64 e ss.; R. Speciale, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, Milano, 1990, pp. 56 e ss.; A. Chianale, *Obbligazione di dare e atti traslativi solvendi causa*, nota a Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 233; da ultimo F. Gazzoni, *op. ult. cit.*, p. 885.

[155] V. Cass., Sez. Un., 18 maggio 2006, n. 11624.

cialiter ove si versi in ipotesi di preliminare di cosa altrui[156]. L'obbligazione prodotta dalla conclusione di un contratto preliminare consisterebbe dunque nel far conseguire al promissario-acquirente la proprietà immediata del bene (salvo risulti una diversa volontà delle parti)[157]. L'adesione a quest'ultima ricostruzione dottrinale (e giurisprudenziale) comporta, come logico corollario, la qualificazione del preliminare (di vendita) quale vendita obbligatoria, la quale si sostanzierebbe nell'obbligo, gravante in capo al promittente-venditore, di far acquistare al promissario-acquirente la proprietà, interpretando estensivamente la norma di cui all'art. 1476, comma 2[158]. In altri termini, la sequenza preliminare-definitivo non farebbe altro che riproporre la vecchia scissione *titulus-modus*, con il definitivo che verrebbe a sostanziarsi in un atto traslativo unilaterale posto in essere dal promittente venditore[159]. Quest'ultima corrente dottrinale prende le mosse dalla sopravvenuta non assimilabilità del preliminare al *Vorvertrag* (da cui pure era nato), configurandosi esso piuttosto alla stregua della vendita (obbligatoria), come agevolmente rinvenibile nell'ordinamento giuridico tedesco ed inglese[160].

La funzione svolta dal contratto definitivo è invece "svalutata" da quell'orientamento ermeneutico che ritiene il preliminare uno strumento già idoneo a produrre gli effetti finali, svolgendo il definitivo una funzione meramente riproduttiva a carattere documentale, condizione per la piena efficacia del preliminare stesso[161].

[156] A. Chianale, *Trascrizione del contratto preliminare e trasferimento della proprietà*, cit., p. 18, sostiene tale tesi argomentando in base alle statuizioni della Corte di Cassazione in merito alla possibilità per il promittente venditore di adempiere all'obbligazione di trasferire la proprietà, inducendo il terzo (proprietario del bene) ad intervenire nel contratto definitivo.

[157] F. Gazzoni, *op. ult. loc. cit.*

[158] F. Gazzoni, *op. ult. loc. cit.*

[159] Così F. Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, *Art. 2643-2645-bis*, Milano, 1998, vol. I, p. 709.

[160] Tale tesi è sostenuta da A. Chianale, *op. ult. cit.*, pp. 18 e s. In particolare l'Autore sottolinea la duplice possibilità, offerta ai contraenti dall'ordinamento giuridico italiano al fine di alienare un diritto (verso corrispettivo): stipulare una vendita, qualificata come traslativa, il cui adempimento, dunque, non consiste in un successivo negozio, oppure concludere un preliminare di vendita, fonte dell'obbligazione di dare, ma per il cui adempimento è necessario un (ulteriore) atto traslativo avente causa solutoria.

[161] È la tesi sostenuta da L. Montesano, *Obbligazione ed azione del contratto preliminare*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, Milano, 1970, p. 1173, secondo il quale la sentenza *ex* art. 2932 c.c. avrebbe la funzione di porre nel nulla tale condizione (sentenza risolutoria), così permettendo al preliminare di produrre gli effetti finali suoi propri. Nello stesso senso G. Palermo, *Contratto preliminare*, Padova, 1991, pp. 102 e ss., la cui impostazione è ripresa da U. La Porta, *Accordi sulla forma, preliminare e tecniche di formazione del contratto. A proposito di un recente libro*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, pp. 539 e ss.

7. *Considerazioni conclusive*

Da quanto sin qui detto emerge che, nei sistemi ove la vendita produce effetti obbligatori in quanto il trasferimento del diritto (di proprietà) è prodotto da un successivo atto di trasferimento (o, per taluni ordinamenti, dall'iscrizione nei libri fondiari del contratto di vendita), non è dato rinvenire, fatte salve talune eccezioni, un vero e proprio omologo del nostro preliminare, poiché proprio la scissione tra vendita (ad effetto obbligatorio) e negozio di esecuzione (ad effetto reale) assolve bene alle esigenze della contrattazione immobiliare[162].

Peraltro l'indagine comparativa effettuata con riferimento alla promessa di vendita fa emergere, con tutta evidenza, almeno tre osservazioni che investono direttamente la scienza della comparazione.

La prima osservazione ha a che vedere con il problema del parallelismo giuridico e dell'identità linguistica. Come si è visto ampiamente nel corso del saggio, tra la *promesse de vente* e la promessa di vendita o tra il *contrat prèliminaire* ed il contratto preliminare vi è un'indubbia identità linguistica: a tale omologazione linguistica non corrisponde tuttavia una omologazione (o identità) giuridica (completa)[163]. Nondimeno, la comparabilità fra le due fattispecie giuridiche può essere giustificata in chiave di "funzionalità", poiché l'oggetto della scienza giuridica è il problema concreto, piuttosto che l'analisi dogmatica *sic et simpliciter*, seppur svolta in ottica comparata, di un istituto giuridico. Nel caso in esame, dunque, i termini della comparazione non sono tanto rappresentati dalla *promesse de vente* da un lato e dalla promessa di vendita dall'altro, quanto dai tentativi, posti in essere soprattutto in Francia dai privati, di superare il "muro" del principio consensualistico[164]; tentativi che postulano l'esistenza di un sottostante problema giuridico, da sempre evidenziato dalla pratica: ritardare il momento (effettivo) del trasferimento della proprietà, cercando, per certi versi, di reintrodurre la vecchia sequenza *titulus-modus adquirendi*[165].

La seconda osservazione concerne la circolazione dei modelli giu-

[162] A. Chianale, *Il preliminare di vendita immobiliare*, cit., col. 695.

[163] L.J. Constantinesco, *Il metodo* comparativo, (ed. it. di A. Procida Mirabelli Di Lauro), Torino, 2000, p. 53.

[164] Per una critica del principio consensualistico considerato quale dogma, v. le importanti osservazioni svolte da R. Sacco-G. De Nova, *op. ult. cit.*, pp. 905 e s. , ove si sostiene la tesi della perfetta derogabilità del principio *de quo*, considerato dagli Autori quale tendenza piuttosto che come dogma, non essendo del resto rinvenibili, nell'operatività del meccanismo consensualistico, particolari funzioni sociali.

[165] K. Zweigert-H. Kötz, *op. cit.*, p. 37 e p. 52.

ridici. L'introduzione, da parte del legislatore del '42, del principio consensualistico (art. 1376 c.c.) si inserisce in quel più generale processo, pacificamente riconosciuto in dottrina, che ha portato l'attuale codice civile a ricalcare, in buona misura, il *code civil* del 1804 (passando per il codice civile italiano del 1865). Il sistema giuridico italiano (c.d. sistema affiliato), pur mutuando il principio consensualistico dall'ordinamento francese (c.d. sistema affiliante) non ha tuttavia mantenuto le regole operative e i corollari giuridici che "naturalmente" discendono dall'accoglimento di un siffatto principio. In tema di contratto preliminare, infatti, come si è visto, la dottrina italiana (di fine '800) recepì piuttosto le elaborazione pandettiste del *Vorvertrag*, rimanendo ancora oggi fedele a quello schema giuridico. Del resto, tale dottrina espresse le maggiori critiche nei riguardi del principio consensualistico di matrice francese in quanto gli Autori di tale periodo avevano una formazione di stretta derivazione romanista, dunque poco attratti dalle declamazioni del "diritto di ragione" che invece era dato ravvisare negli interpreti francesi[166]. La migliore dimostrazione dell'esistenza, quale dato caratterizzante del nostro ordinamento, di una dissociazione fra un modello legale di derivazione francese ed un modello dottrinale di derivazione germanica[167] è data dalla constatazione secondo la quale la scissione preliminare-definitivo, per come è strutturata, riproporrebbe sostanzialmente la vecchia sequenza *titulus-modus* di romanistica memoria: si tratterebbe di un'impostazione che, secondo taluni, contrasterebbe in modo evidente con l'art. 1376 (perché espressione, quest'ultimo, del principio del consenso traslativo)[168]. Tale constatazione non deve sorprendere poiché, dal *code civil* in poi, il venir meno del modello del *modus* distinto dal *titulus adquirendi*, ha determinato la necessità, per i privati, di inventare, *rectius* reinventare uno strumento giuridico idoneo a ricreare quell'antica scissione[169]. L'utilità di tale meccanismo acquisitivo della proprietà è del resto confermata dall'osservazione secondo la quale il contratto preliminare si è affermato con successo nella pratica di molti paesi ben prima degli interventi legislativi e delle stesse elaborazioni dottrinali[170].

[166] Così P.G. Monateri, *La sineddoche. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, 1984, p. 357.

[167] Sull'identità del modello giuridico che muta v. R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 136.

[168] U. La Porta, *op. cit*., p. 543.

[169] F. Gazzoni, *Contratto preliminare*, cit., p. 565.

[170] Così R. Sacco, *La preparazione del contratto*, in Aa.Vv., *Obbligazioni e contratti*, t. II, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. X, Torino, 2000, p. 514, ora anche in R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*, t. II, cit., pp. 270 e s.

La terza osservazione concerne "l'anomalia" costituita dalla constatazione che il contratto preliminare trova in Italia un'ampia utilizzazione nelle contrattazioni immobiliari, a differenza di quanto avviene in altri sistemi giuridici (ovviamente ove esiste un istituto omologo); tale osservazione è del resto confermata dalla stessa dottrina tedesca[171]. Al di là delle osservazioni che giustificano tale successo del preliminare motivando in termini di utilità dell'istituto in parola, non può tuttavia a nostro avviso essere sottovalutato, in materia di trasferimento della proprietà, il legame storico-culturale, ancor prima che dogmatico e concettuale, con il diritto romano, ovviamente grazie all'opera di "intermediazione" svolta dalla pandettistica. In tal senso, il contratto preliminare costituirebbe la versione moderna della vecchia sequenza rappresentata dal *titulus-modus adquirendi* di matrice romanistica. Il successo che riscuote in Italia il preliminare, un istituto che è oggetto di scarsa (insufficiente) disciplina normativa, di una copiosa giurisprudenza (a testimonianza del frequente ricorso ad esso da parte dei privati) e di una vivace disputa dottrinale, è probabilmente dovuto proprio alla sua ambiguità. Quest'ultima, del resto, non investe tanto le regole operazionali (dove vi è comunque maggior uniformità di vedute) quanto piuttosto la sua stessa configurazione giuridica. Ci troviamo infatti di fronte ad un vero e proprio contratto, che produce dunque (taluni) effetti negoziali, seppur considerato quale istituto giuridico che accede "soltanto" alla fase delle trattative precontrattuali, una fase che, di norma, non impegna (definitivamente) le parti. In altri termini, il preliminare si pone come una "fattispecie negoziale ibrida", a metà strada tra la fase precontrattuale *sub specie* di minute (o puntuazioni), lettere d'intenti[172] ed il contratto definitivo vero e proprio. In definitiva, l'intento che le parti intendono conseguire con la stipula del preliminare è quello di "vincolarsi senza vincolarsi" o meglio di "vincolarsi ma a tempo determinato" (altrimenti concluderebbero un contratto definitivo). In nessun altro paese diverso dall'Italia, del resto, si è arrivati ad ipotizzare addirittura la configurabilità di un preliminare di preliminare. Invero, si tratta di una figura negoziale aspramente criticata dalla dottrina ed oggetto di talune pronunce giurisprudenziali che ne hanno sostanzialmente escluso l'operatività (ma

[171] D. Henrich, *op. loc. cit.*

[172] In merito alla natura giuridica delle lettere d'intenti, riguardate anche in ottica comparata, v. le osservazioni svolte da I. Gemelli, *Intese precontrattuali e contratti preliminari*, in *Giur. merito*, 1999, pp. 1130 e ss.

ancor prima la stessa configurabilità) [173]. Ai nostri fini la disputa in merito all'ammissibilità del preliminare di preliminare rappresenta un indice sintomatico della volontà dei contraenti, che pur intendono stipulare un contratto (definitivo), di segmentare ulteriormente, sul piano temporale, l'*iter* negoziale.

[173] Sulla figura del preliminare di preliminare e relative critiche v. F. GAZZONI, *Contratto preliminare*, cit., pp. 611 e ss.

AGOSTINO GUARENTE

Regole sociali e diritti dell'uomo nella contemporaneità

SOMMARIO: 1. Il futuro dello stato di diritto e dei diritti fondamentali. - 2. Normativismo e realismo. - 3. Stato di diritto, democrazia e crisi dello Stato nazionale. - Bibliografia

Ogni società moderna, ogni essere civile, si trovano a vivere, ed a muoversi nelle maglie di un ordinamento giuridico, cioè di un complesso di leggi. Che cosa è dunque una legge?, è "il precetto che regola in modo assolutamente obbligatorio l'*operare* umano, cioè l'*azione* di soggetti di diritto (persone fisiche o giuridiche) in rapporti che fra esse si costituiscono nella vita sociale, per garantire gli interessi, individuali e collettivi, degli uni di fronte agli altri". Il diritto è un insieme di regole (leggi) che obbligano a qualcosa e che comportano una sanzione in caso di trasgressione.

L'idea che ogni singolo essere umano sia titolare di diritti (si noti bene: di diritti al plurale, non solo di diritto), così inequivocabilmente affermata dall'articolo 1 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*: *Tutti gi esseri umani nascono liberi e eguali in dignità e diritti*[1]. Idea che pare ovvia alla coscienza dell'uomo moderno, è il prodotto di una faticosa maturazione storica, determinata da affermazioni teoriche di filosofi e giuristi e da lotte di comunità sociali, di gruppi e di individui, che coincide, nel complesso, con la storia dell'affermazione di una nuova classe sociale, la *borghesia*; nei primi tempi dell'età moderna, questa, in ascesa nella scala dell'importanza sociale è interessata a rivoluzionare l'ordine sociale preesistente, imposto dalla classe sociale fino ad allora dominante, la nobiltà. Allo Stato feudale succede cosi, sia pure con una evoluzione secolare, lo *stato di diritto*[2].

[1] In questo senso l'argomento si lega strettamente con la storia del costituzionalismo europeo. Un buon punto di partenza è dato dall'esperienza inglese, con l'*Habeas corpus act* del 1679 e il *Bill of rights* del 1689, successivo alla gloriosa rivoluzione del 1688. Meritano poi di essere ricordati la Dichiarazione d'indipendenza degli Stati Uniti del 1776 ed i primi dieci emendamenti della stessa Costituzione USA (*Bill of rights*) del 1791.

[2] Se ci spostiamo sul continente europeo la nostra attenzione si deve innanzitutto concentrare sulla *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789; deve essere poi presa in considerazione anche la Costituzione giacobina del 1793, per i primi accenni ai diritti sociali che essa contiene. Una prima effettiva proclamazione dei diritti sociali (dato che

I diritti, anche oggi sanciti negli ordinamenti giuridici (tra cui quello italiano), sono il prodotto di tale evoluzione storica: in questo senso la storia dell'uomo moderno è la storia della lotta per il riconoscimento dei diritti. A partire dalla fine del Medioevo, la storia è tutta un percorso teso alle rivendicazioni di libertà: in campo economico, politico sociale; si può tuttavia ricordare che uno dei campi in cui tale lotta è divampata con maggior vigore è quello religioso. Agli inizi dell'età moderna i singoli dovevano, infatti, professare il credo religioso proprio del loro sovrano senza aver diritto alla libertà di coscienza[3]. Poiché, inoltre, la professione religiosa era, in quell'epoca, strettamente legata all'obbedienza politica, appare evidente che battersi per la libertà religiosa comportava allora, appunto, battersi per avere quei diritti che oggi si chiamano civili, cioè libertà di pensiero, inviolabilità della libertà personale e del domicilio, libertà di riunione e di associazione ecc., che, determinano sfere di indipendenza personale, costituiscono altrettante limitazioni del potere del sovrano.

Con le dichiarazioni dei diritti del 1700, si affermano soprattutto i cosiddetti diritti civili; una serie di diritti, inerenti alla persona, nel suo comportamento quotidiano (tra cui il diritto di proprietà), sono riconosciuti con legge dal potere sovrano. Ma, nelle "dichiarazioni dei diritti dell'uomo e del cittadino", "liberali", del '700-800, tutta un'altra serie di diritti rimaneva ancora negata ai cittadini, quella dei diritti politici (che vennero, in tali secoli, riconosciuti soltanto alle costituzioni democratiche della Rivoluzione francese e da quelle da essa ispirate)[4].

la Costituzione rivoluzionaria francese del '93 non entrò mai in vigore) si trova però solo nella Costituzione di Weimar del 1919. Infine, una pagina importante del costituzionalismo occidentale è data anche dalla nostra Costituzione, di cui meritano di essere esaminati, per ciò che riguarda i diritti fondamentali, i principi fondamentali (artt. 1-12) e la prima parte dedicata ai "diritti e doveri dei cittadini" (artt. 13-54).

[3] Può essere tra l'altro utile, in questo quadro, un confronto con la parte relativa ai diritti fondamentali dello Statuto albertino (artt. 24-32). Inoltre, alla luce di progressi nel processo dell'integrazione europea, può essere utile dare uno sguardo al catalogo dei diritti contenuto nelle Costituzioni degli altri Stati dell'Unione europea (*Le Costituzioni dei paesi dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2001).

[4] Dalla fine della seconda guerra mondiale i diritti umani hanno trovato solenne riconoscimento anche a livello internazionale e sovranazionale. In questa sede, è opportuno ricordare la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1948; la *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* del 1950, elaborata in seno al Consiglio d'Europa; l'Atto finale di Helsinki del 1975 e la Carta di Parigi per una nuova Europa del 1990, prodotti della Conferenza sulla cooperazione e la sicurezza in Europa, e, infine, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Ulteriore documentazione sulla proclamazione e la protezione a livello internazionale dei diritti fondamentali può essere ritrovata nel *Codice dei diritti umani*, a cura di Giovanni Conso e A. Saccucci (Padova. CEDAM, 2001).

Lo schema fin qui delineato, potrebbe essere proseguito ricordando, ad esempio, come i diritti politici, dapprima riservati a ristrette categorie di cittadini, o in pratica a determinate classi sociali (nobiltà, borghesia ricca), siano progressivamente stati estesi (o meglio acquistati mediante pressioni e lotte sociali), alla totalità dei cittadini (ad esempio il diritto di voto, divenuto a poco a poco, ma in pratica soltanto con il 1900, suffragio universale).

Ma l'evoluzione storica delle rivendicazioni dei diritti prosegue anche per un'altra via. Se i diritti di libertà spettano, a detta delle stesse "dichiarazioni" liberali, a tutti gli uomini in quanto tali e non possono essere ammessi privilegi o distinzioni fra di essi, non si possono creare categorie diverse di cittadini, con maggiori o minori diritti. Ma le vicende politico-sociali dimostrano che l'affermazione dei diritti finiva per essere semplicemente teorica: cioè, l'eguaglianza dei cittadini, in termini di sanzione di principio di diritti, non si traduceva in un'eguaglianza dei medesimi nel loro effettivo esercizio. All'eguaglianza *formale*, dei cittadini davanti ai diritti non faceva riscontro un'eguaglianza *sostanziale*, agli effetti del loro esercizio[5].

Si è cercato, fin qui, di dare un'idea concreta di due termini: *diritto* e *diritti*. È *diritto* - è bene ripeterlo -, l'ordinamento giuridico che regola la vita quotidiana di una società umana. È diritto, cioè - per l'uomo moderno - quel corpo di leggi e norme giuridiche scritte, che un'autorità riconosciuta ha promulgato, o promulga, per comandare o vietare alcunché al cittadino: il diritto è un complesso di regole dirette ad ordinare ragionevolmente la condotta pratica dei cittadini, con particolare riferimento ai rapporti che si instaurano tra di essi.

Con il plurale *diritti*, si intende invece la titolarità, tutelata dalla legge, che il cittadino ha di sfere di libertà personale e della facoltà di esigere dagli altri - Stato compreso -, determinati comportamenti od astensioni da azioni che possono menomare quella libertà. I diritti sono pretese che ognuno può far valere legalmente di fronte agli altri ed allo Stato.

L'uomo è soggetto di diritto, *persona fisica*, fin dalla nascita ed è titolare di diritti e di doveri, ha cioè la *capacità giuridica*. La *capacità di agi-*

[5] Come si vede, si può concordare con il giurista Peces Barba Martinez che, nella sua *Teoria dei diritti fondamentali* (Milano, Giuffré, 1993), ha parlato, con riferimento all'evoluzione dei diritti dell'uomo, di un processo di progressiva positivizzazione (riconoscimento dei diritti da parte degli ordinamenti giuridici); universalizzazione (estensione dei diritti a tutti i gruppi sociali); specificazione (proliferazione dei diritti rispetto alle diverse esigenze della vita sociale); internazionalizzazione (riconoscimento dei diritti da parte del diritto internazionale).

re consiste nel riconoscimento giuridico alla persona della idoneità a disporre dei rapporti giuridici di cui è titolare.

Nella riflessione di Dostoevskij, la questione etica è la questione di fondo, che non si affida alle mediazioni del pensiero logico, ma alla densità pratica, esistenziale e partecipativa del cuore e del "sentire".

Ma, nell'opera di Dostoevskij, la questione etica è anche la questione fondamentale del diritto: la questione che fonda l'identità giuridica dell'Occidente, il suo costituirsi. Etica e diritto, insomma, fanno tutt'uno e mostrano il medesimo problema di fondo, che il pensiero tragico di Dostoevskij assume e radicalizza. Nelle opere di Dostoevskij, la "*polis*", è l'orizzonte politico-istituzionale del vivere e dello "stare-insieme", all'interno del tessuto comunitario.

Il mondo del Diritto oggettivo, la "*civitas*", è il mondo della compiuta peccaminosità: il mondo del male, della separazione e della scissione. Una scissione che si sottrae alla sintesi. Nessuna conciliazione, dunque. La totalità è distrutta: non restano che frammenti[6]. Monadi disperse e disarticolate, smarrite nel cosmo opaco ed alienante del "non-senso" e della contraddizione. E tragico è il fatto, che lo smarrimento e la perdita del senso, condanni l'uomo ad una ricerca interminabile, che non si esaurisce mai e che esclude la ricomposizione dell'equilibrio infranto. Interrogando la finitezza, Dostoevskij, mette in questione il tessuto profondo della nostra esistenza e ne mostra il limite ontologico, l'inesorabile oscillazione tra senso e non senso, tra verità e menzogna, tra libertà e necessità. Il che vuol dire, poi: tra colpa e redenzione, tra diritto e giustizia, nello spazio liminare che ognuno abita e che resta sospeso tra colpa ed innocenza, tra conflitto e dono. Sullo sfondo, la questione etica: il nesso conflitto-dono, innanzitutto, ma anche l'insuperabilità della finitezza e del limite. La figura del *Grande Inquisitore*, ed il silenzio di Cristo, nei "*Fratelli Karamazov*", ne è l'esibizione esemplare, il simbolo. Cristo, accusato dal Grande Inquisitore, tace e, dopo averlo baciato, dilegua nei *meandri oscuri della città*, passando attraverso le fratture e le irrimediabili tensioni che dividono la *polis:* la sua redenzione è salvezza che libera all'interno del limite, nel cuore stesso della temporalità e della storia. Una salvezza, che scaturisce dalla capacità di amare incondizionatamente il mondo così com'è, nelle sue contraddizioni, nel suo limite ontologico. La capacità, quindi, di conservare quel limite nella memoria, nel gesto di *partecipazione* che assume, fino in fondo, la responsabilità etica e l'attrito del male, prendendo su di sé la sofferenza inutile del mondo.

[6] Aristotele, *Opere*, Laterza, Bari, 1973.

Il peso del dolore, si sottrae alle spiegazioni ed alle categorie del *Logos* giuridico, perché il *Nomos* non è altro che l'espressione ed il riflesso della razionalità euclidea: il riflesso, dunque, di una cultura che fonda se stessa su un atto di scissione e di rimozione della natura e che, in quanto tale, non può definire né revocare lo scandalo indicibile del male che è lo scandalo della colpa. Il silenzio di Cristo, allora, è icona dell'Irrappresentabile: simbolo di un'eccedenza che sfugge alla determinatezza ed alle chiarificazioni dello *ius* codificato.

Ma questo significa che, al fondo del Diritto, resta la traccia, la vibrazione, il mistero del *pathos:* un sentire originario che diventa, nell'esperienza storica determinata, comunione intersoggettiva e condivisione. In questa capacità di riconoscimento e di partecipazione empatica consiste, di fatto, la "*seconda etica*" di Dostoevskij (cfr. G. Lukács, *Dostoevskij*, SE, 2000): l'etica della *bontà*, che non pretende di spiegare il mistero dell'Altro, ma lo comprende e lo accetta nella sua immediatezza irrappresentabile ed indicibile. La seconda etica è la capacità di superare la ribellione luciferina ed individualistica: la ribellione eroica - e, dunque, illusoria -, che vorrebbe rimuovere l'esistente ed instaurare un ordine nuovo. L'etica fraterna annunciata da Dostoevskij, rimanda alla consapevolezza evangelica, al Vangelo di Matteo che dice l'abbandono del finito, la sofferenza della Croce. Amare, significa per Dostoevskij attraversare l'oscurità del non-senso, comprendere e conservare nel cuore l'abisso del *sottosuolo*, ovvero: la vertigine spaesante della contraddizione, lo scandalo del male. Questa capacità di amare è il "si" alla vita pronunciato da Dostoevskij: l'adesione consapevole all'inquietudine ed al tremito della *vita vivente.*

Per questo, se è vero che il mondo del diritto è il mondo delle *convenzioni* - il mondo del non-senso, che nasce dalla scissione e dalla divisione tra natura e cultura, tra *Nomos* e *Physis* - è anche vero che, all'interno di quelle strutture oggettive ed impersonali, nella trama invisibile che le genera e le produce, la condizione fondamentale ed aurorale che rende possibile ogni diritto, ogni gesto giuridico non è una dimensione logico-concettuale e trasparente, ma qualcosa di inafferrabile: un principio originario di condivisione affettiva, un "sentire" polifonico ed intersoggettivo, e, quindi, un principio di *fraternità*.

Un sentimento del quale non possiamo dare ragione, perché il suo darsi precede e fonda il nostro "dare ragione del mondo", vale a dire: le nostre categorie intellettuali e la tessitura analitica che le caratterizza. E, tuttavia, quel "sentire" - pur rinviando all'assolutezza del sovrasensibile - emerge, qui ed ora, nello sguardo dell'Altro, nell'urto sconvolgente che il suo rivelarsi produce, dentro la Storia, nel tessuto profondo della

nostra esperienza.

La seconda etica, implica una solidarietà illimitata, un dialogo interminabile: il tentativo di comprendere la storia dall'interno, cogliendo, nel tempo ed al fondo del visibile, la sua condizione interna e non-visibile. E quindi, la condizione trascendentale del diritto, vale a dire: ciò che lo rende possibile.

Ma questo significa anche che la "seconda etica", è più fondamentale del Diritto oggettivo, più fondamentale dello *ius* che fonda l'unità relazionale e storica della *civitas*. L'unità fraterna del sentire si dà, infatti, *prima* di ogni definizione giuridica, prima di ogni divisione e ogni forma giuridica la presuppone.

La "*seconda etica*" di Dostoevskij è esattamente questo*:* la possibilità ineffabile di un contatto diretto tra le anime, la capacità di riconoscere e di ritrovare se stessi nell'Altro da sé, nella piena reciprocità di un "ri-*velarsi*" aurorale ed originario che si traduce, di volta in volta, nella concretezza storica dell'esperienza dialogica, nella trama relazionale che caratterizza il nostro "vivere" all'interno delle strutture giuridiche della *polis.*

Nella riflessione di Dostoevskij, il mistero dell'uomo appare e si manifesta nella sua complessità. É il mistero di una comunione ineffabile che va oltre la politica e che ridefinisce le sue categorie, aprendoci all'ascolto. In questo modo, ascoltando la voce dell'Estraneo, l'etica fraterna del dialogo scopre e riconosce, in quella voce - nel suo tremito inafferrabile - l'identità, il "proprio": l'essenza stessa della comunicazione e del diritto, il fondamento universale del nostro stare-insieme, tra la necessità del conflitto e la certezza irrappresentabile del dono. E, qui, nella prospettiva del dono, emerge l'esigenza di rispondere all'appello dell'Altro che è voce e volto: voce che interroga, volto che si manifesta[7]. Per questo, nella visione etica dischiusa da Dostoevskij, arrogante e colpevole è la pretesa di realizzare nel mondo il senso ultimo e definitivo del mondo, l'assoluto "*dover essere*", imposto dalla razionalità, nella misura in cui la vera matrice del diritto oggettivo - la condizione incondizionata che lo fonda e lo trascende - è la capacità di sentirsi uniti nella partecipazione intersoggettiva, nella responsabilità creativa e costruttiva di un dialogo che si rinnova nel tempo. Per questo, non c'è parola o atto giuridico che possa tradurre l'intraducibile pienezza della "*seconda etica*": qui, e non altrove, si svela la complessità esistenziale della *vita vivente*, e le sue tensioni interne revocano l'autonomia e l'univocità del Diritto positivo, che riflette e conferma le strutture della razionalità tecnica e calcolante.

[7] Cfr. J. Rolland, *Dostoevskij e la questione dell'altro*, Jaca Book, 1990.

Nel silenzio di Cristo, evocato da Dostoevskij, la trasparenza del Diritto positivo esplode. Quel silenzio, infatti, dice l'essenza irrappresentabile della storia e del visibile, manifestando - in modo ossimorico e quasi per antifrasi - il mistero indicibile dell'Eterno, l'assoluta eccedenza dell'Altro che rivelandosi, infinitamente si sottrae. Per questo, il Volto dell'Altro è icona dell'Infigurabile che mostra se stesso e che, manifestandosi, ci coinvolge e ci cattura, nell'istante inafferrabile dello sguardo. La comunione fraterna delle anime implica questa consapevolezza e supera il dualismo, la distinzione logica che divide soggetto ed oggetto[8]. Il riconoscimento dell'Altro si dà nell'estasi dello sguardo, nell'irruzione del volto che è presenza e, insieme, assenza. Il fondamento fraterno del Diritto, allora, è il margine opaco del *Nomos*, lo scarto che lo divide al suo interno, la dimensione affettiva che diventa la condizione trascendentale ed assiologica del suo originario apparire e costituirsi. La *seconda etica* - l'etica della partecipazione fraterna - è, quindi, il paradosso incommensurabile di una *estraneità* che è lontana e, tuttavia, vicina, perché l'Altro del medesimo si dà solo all'interno del medesimo - qui ed ora - nel "già" della testimonianza storica, nell'incertezza e nelle fluttuazioni imprevedibili del presente. Qui, nella fragilità della contingenza, l'Eterno mostra se stesso: nell'immediatezza sorprendente dello sguardo che si fa *dono*, donazione di Sé, tra visibile ed invisibile, tra la parola inflessibile del Diritto e l'imponderabile silenzio che la avvolge. Per questo, la voce di Dostoevskij ci dice che la fraternità è *pietas*, che comprende ed accoglie l'assoluta alterità. *E l'assunzione di una prospettiva fraterna è possibile qui ed ora, e non al di là del tempo. Qui ed ora: nello spazio liminare che divide e, insieme, unisce parola e silenzio, colpa e innocenza, finito ed infinito.*

Il diritto - inteso come *ius*, come "*nomos*" codificato e positivo - è, nella nostra tradizione, unità del molteplice e sintesi globale del patrimonio etico condiviso: per questo, interrogarsi sulla sua identità significa interrogare l'essenza costitutiva della cultura occidentale, l'originario istituirsi delle sue articolazioni oggettive.

Ma, se è vero che il diritto esibisce in modo esemplare il tentativo di assumere fino in fondo il peso delle tensioni sociali ed intersoggettive e l'equilibrio instabile che, di volta in volta, quelle tensioni producono, è anche vero che la matrice ultima e la condizione originaria che, di fatto, rende possibile quelle oscillazioni e quel dinamismo, non può non essere, come abbiamo visto, una dimensione costitutivamente inafferrabile e non dicibile: una dimensione che il Logos - che pure tenta di co-

[8] Cfr. G. Di Giacomo, *Estetica e letteratura*, Laterza, 1999.

struire forme via via più complesse e strutturate di "*nomos*" - non può spiegare in termini analitici. Al fondo del Diritto, in altre parole, emerge qualcosa che si sottrae alla trasparenza univoca della razionalità: un'eccedenza affettiva, che sfugge, proprio per questo, al dominio ed alla chiarezza dell'intelletto. Un *quid* che può essere vissuto, non spiegato. Il pensiero di Dostoevskij tenta di rappresentare questa dimensione indicibile ed inspiegabile: quel "sentire" immediato che si dà *prima* e che è più fondamentale delle categorie logiche. Più fondamentale delle mediazioni e delle classificazioni giuridiche. La sapienza tragica di Dostoevskij svela l'insuperabile attrito della *seconda etica*: il fatto cioè che qualcosa, nelle strutture oggettive del Diritto, sia irriducibile al Diritto. Qualcosa che si dà qui ed ora, nell'equilibrio istituzionale incarnato e tradotto dalla cultura giuridica e che, tuttavia, è altro dalla cultura: un "*sentire*", un principio intersoggettivo e relazionale. Cosi, al di là di ogni illusione luciferina ed individualistica, al di là di ogni ribellione, il pensiero di Dostoevskij si fa annuncio del Vero, rivelazione paradossale di quella Verità che passa attraverso il dubbio e che, attraversando obliquamente l'oscurità del male e del sottosuolo, trascende la colpa, perché la comprende e la accoglie nella prospettiva della fede e della *seconda etica*, che è fraternità e trasvalutazione di tutti i valori. Un'inversione dei valori che è al di là di ogni progetto politico determinato, al di là di ogni condanna.

Per questo, oltre le mediazioni contingenti della Politica e del Diritto codificato, la *porta della giustizia* (cfr. Kafka, *Il Processo*), è già aperta, per chi sappia cogliere, nel contatto diretto delle anime, il rivelarsi imprevedibile della Verità e, nella comune partecipazione al dialogo che fonda la *polis*, lo sguardo dell'Altro. Riconoscendolo, l'uomo interiorizza la sua finitezza e ritrova se stesso, nell'orizzonte relazionale della condivisione affettiva, nel gesto fraterno che è, innanzitutto, capacità di ascolto. Ed è proprio lo sguardo dell'Altro che, mostrando se stesso, ci orienta verso nuove forme di *pietas*. Forme sempre nuove e diverse che la codificazione istituzionale dello *ius* non può prevedere né controllare e che, tuttavia, esibiscono il dinamismo immanente del Diritto e della storia. Per questo, l'etica fraterna esibita da Dostoevskij è anche principio e fonte di *speranza*, nella misura in cui coglie, nel volto dello straniero, il volto familiare dell'identico, ovvero: il proprio volto. Un'*estraneità interiore*, dunque, che annuncia - nelle ferite della Storia - il passaggio dalla dualità all'unità e, quindi, il possibile instaurarsi, nella Storia, di una comunione reale ed autocosciente. La reale unità del sentire e del comprendere: la salvezza - ineffabile e paradossale - che redime il finito, qui ed ora, perché assume, del finito, il limite e la responsabilità. Nella riflessione di Dostoevskij, fraternità significa esattamente questo: la *resurrezione* che pre-

suppone ed attraversa il male, la colpa, la catastrofe. La capacità di riconoscere l'Altro - al di là del Diritto, oltre le convenzioni - la capacità di amarlo nella sua irriducibile estraneità.

1. *Il futuro dello stato di diritto e dei diritti fondamentali*

Vorrei fare innanzitutto un'osservazione preliminare, di carattere terminologico, che riguarda lo: "Stato di diritto e diritti soggettivi". Credo che il tema di cui dobbiamo occuparci è non già quello generico dei "diritti soggettivi", bensì quello, più specifico, dei "diritti fondamentali", e del loro rapporto da un lato con la democrazia e dall'altro con lo Stato di diritto[9].

Le due espressioni, non sono affatto sinonime. "Diritto soggettivo", è una figura classica della dottrina giuridica nella quale rientrano, oltre ed ancor prima dei diritti fondamentali, tutti i diritti patrimoniali: il diritto di proprietà, i diritti di credito, che sono figure appartenenti alla nostra più antica tradizione - al diritto romano ed al diritto comune - e che nulla hanno a che fare con lo "stato di diritto", il quale, qualunque cosa s'intenda con questa espressione è un fenomeno moderno, legato non già come i diritti patrimoniali al diritto privato, bensì al diritto pubblico sviluppatosi dopo la nascita dello Stato moderno. Dunque non parliamo di "diritti soggettivi", ma di diritti fondamentali, o umani, o personalissimi o comunque li vogliamo chiamare[10], cioè di figure che con i diritti pa-

[9] L'universalizzazione e la specificazione dei diritti si collega invece alla classificazione operata dal sociologo inglese Thomas H. Marshall in alcune celebri lezioni tenute nel 1949 a Cambridge (ora in *Cittadinanza e classe sociale*, Torino, UTET, 1976). Marshall parlò di tre tipi di diritti. "I diritti del primo tipo" sono quelli che attengono alla piena affermazione della libertà individuale (libertà di pensiero, libertà religiosa, libertà di stampa, libertà di associazione); "i diritti del secondo tipo" sono i diritti politici (l'elettorato attivo e passivo, il diritto di partecipare all'esercizio del potere politico); "i diritti del terzo tipo" sono i diritti sociali, ovvero il diritto all'istruzione, all'assistenza sanitaria, all'assistenza sociale in caso di disoccupazione, diritti che presuppongono un'azione dello Stato per consentire a ogni cittadino di vivere la vita di un essere civile secondo gli *standard* prevalenti nella società. In questo quadro, esempi classici di riflessioni sui diritti del primo tipo sono *Il secondo trattato sul governo* di John Locke del 1690 (Milano, Rizzoli, 1998) ed il *Saggio sulla libertà* di John Stuart Mill del 1859 (Milano, Mondadori, 2002).

[10] Su questa varietà terminologica, Cfr. G. Peces-Barba Martinez, *Curso de drechos fundamentales*, 1991, tr. it. a cura di V. Ferrari, *Teoria dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano 1993, pp. 10-24; M. del Carmen Barranco Avilés, *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*, Dykinson, Madrid 1996. Giustifico la scelta dell'espressione "diritti fondamentali" con due ordini di ragioni: in negativo, con il significato più ristretto che ho associato a termini come "diritti umani", "diritti pubblici", "diritti della persona" o "diritti di cittadinanza" In *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma 2001, pp. 282-288; in positivo, con il fatto che tali diritti formano, a mio parere, altrettanti "fondamenti" della democrazia costituzionale, ivi, pp. 318-332.

trimoniali - gli *iura in re*, cioè i diritti reali su beni determinati, tanto per intenderci, o i diritti di credito - non hanno nulla a che vedere: tanto che ho sostenuto che non ha senso sul piano scientifico, ed è solo fonte di gravissime confusioni, usare la medesima parola - "diritto soggettivo" - per designare cose così diverse, addirittura opposte; e che sarebbe opportuno abbandonare la nozione di "diritto soggettivo" quale nozione di genere, riservandola ai soli diritti patrimoniali o ai soli diritti fondamentali, e comunque utilizzare due parole diverse per designare queste due diversissime figure. Non è possibile alterare fino a questo punto il linguaggio corrente. E dovrebbe quindi essere sufficiente, ma al tempo stesso necessario, distinguere radicalmente, tra diritti fondamentali, che sono diritti universali, consistenti direttamente in norme, indisponibili ed appartenenti a rapporti verticali della persona nei confronti della sfera pubblica, e diritti patrimoniali, che sono invece diritti singolari, non direttamente disposti ma solo predisposti da norme come effetti di ipotetici atti negoziali, disponibili, alienabili ed appartenenti a rapporti orizzontali di diritto privato nei confronti di privati. Insomma, la tematica dello stato di diritto, inteso con questa espressione la soggezione al diritto dei pubblici poteri, non ha nulla a che vedere, né sul piano storico né su quello teorico, con i diritti soggettivi patrimoniali[11]. Ha a che vedere soltanto con il principio di legalità, cioè con la soggezione dei poteri alla legge, e precisamente a leggi consistenti in norme generali ed astratte: e perciò non con qualunque diritto, ma solo con i diritti fondamentali, i quali consistono, per la loro forma universale, direttamente in norme, quelle che ho chiamato norme tetiche, dato che dispongono immediatamente diritti o doveri, e precisamente, nei nostri ordinamenti, in norme costituzionali[12].

[11] La riflessione sui diritti politici richiama invece quella sul rapporto tra liberalismo e democrazia. A questo proposito, si può ricordare il celebre discorso di Benjamin Constant su *La libertà degli antichi, paragonata a quella dei moderni* (Torino, Einaudi, 1991). Ma, in qualche modo, al tema si ricollega anche Isaiah Berlin in *Two concepts of liberty* (in *Quattro saggi sulla libertà*, Milano, Feltrinelli, 1989) con la descrizione della dicotomia tra "libertà da" (libertà negativa, intesa come non interferenza) e "libertà di" (libertà positiva, intesa come effettiva capacità di decisione, autonomia, autogoverno). Ma il tema più dibattuto e complesso è quello dello *status* dei diritti sociali. La concezione che le esigenze di protezione sociale potessero costituire sviluppo e potenziamento delle libertà individuali fu propria, tra fine Ottocento e inizi Novecento, del *new liberalism* inglese (basti pensare a Leonard Hobhouse, *Liberalismo*, Firenze, Sansoni, 1973).

[12] In Italia, il ragionamento venne compiuto da Carlo Rosselli in *Socialismo liberale* (Torino, Einaudi, 1997). Ma per la definizione dei diritti sociali nell'ambito dei diritti di libertà è interessante anche la prefazione di Piero Calamandrei alla seconda edizione, del 1945, a *Diritti di libertà* di Francesco Ruffini (che, pubblicato per la prima volta dalle edizioni Gobetti nel 1926, aveva invece rappresentato l'estrema difesa delle fondamentali li-

2. *Normativismo e realismo*

C'è poi un secondo ordine di considerazioni che mi sembra utile premettere a questa discussione. Queste, mettono a confronto due posizioni antitetiche: normativismo e realismo; approccio normativo, prescrittivo all'analisi dei sistemi giuridici e politici, ed approccio realistico, puramente descrittivo. Ora, questa alternativa viene spesso proposta, ad opera soprattutto dei realisti, come alternativa tra approccio puramente prescrittivo, per cosi dire idealistico e magari utopistico, ed approccio empirico-esplicativo, e quindi scientifico ai fenomeni del diritto e della politica. Naturalmente, non intendo qui soffermarmi sugli enormi problemi epistemologici legati a questi diversi approcci: problemi che richiederebbero da soli ben più dello spazio di un'intero lavoro. Mi limiterò a caratterizzare l'approccio normativistico, principalmente sulla base di due elementi, che presuppongono entrambi un approccio descrittivo oltre che prescrittivo e che sono di solito ignorati dai realisti. Il primo elemento, riguarda la natura del nostro oggetto di indagine e la conseguente, inevitabile dimensione pragmatica della teoria politica e della teoria del diritto. Diritto, stato di diritto e democrazia non sono fenomeni naturali, ma costruzioni artificiali. Sono, come scrisse Hobbes, "ragione e volontà artificiali" ("*artificial reason and will*")[13], cioè un prodotto della nostra stessa ragione, frutto della politica e della teoria[14]. In altre parole, sono come noi li pensiamo, li progettiamo, li produciamo, li interpretiamo e li difendiamo. E questo, conferisce un ruolo per cosi dire performativo alla teoria giuridica e politica: un ruolo, dunque, non semplicemente conoscitivo, ma per cosi dire costitutivo, del quale porta il merito e la responsabilità. È sempre stato così: non solo, come è ovvio, nell'esperien-

bertà di pensiero, di religione, di stampa e di associazione contro il nascente regime fascista); il saggio di Calamandrei è ora presente nella raccolta *La libertà dei moderni* (a cura di Gaetano Pecora, Milano, Dunod, 1997). Nel già ricordato *L'età dei diritti*, Norberto Bobbio riprende, da un lato, la classificazione di Marshall, dall'altro, ne introduce però una diversa: dopo aver parlato dei diritti sociali come diritti di seconda generazione, individua una serie di nuovi diritti come "diritti di terza generazione".

[13] T. Hobbes, *Leviatano*, con testo inglese del 1651 a fronte, tr. it. a cura di R. Santi, Bompiani, Milano 2001, Introduzione, 1, p. 15.

[14] "La filosofia civile, come la geometria", scrive Bobbio a proposito di Hobbes, "rivolge la propria conoscenza ad un oggetto che noi stessi produciamo. Rimane da domandarsi: in che senso si può dire che noi produciamo l'oggetto della filosofia civile o, con le parole stesse di Hobbes, formiamo lo Stato?. Lo Stato, risponde Hobbes, non è per natura ma per convenzione. Appunto perché soddisfa ad un'esigenza elementare dell'uomo sono gli stessi uomini che lo vogliono e gli danno vita con un reciproco accordo", N. Bobbio, *Introduzione* a T. Hobbes, *Opere politiche*, a cura di N. Bobbio, I, Utet, Torino 1959, p. 23.

za giuridica premoderna, allorquando diritto e scienza giuridica sostanzialmente coincidevano, ma anche nell'età moderna, così con riguardo all'edificazione dello stato di diritto, che ha nei filosofi illuministi e poi nei giuspubblicisti dell'Ottocento i suoi padri costituenti, come nell'interpretazione del diritto positivo, sia legislativo che costituzionale[15]. I giuristi, fanno infatti parte dell'oggetto che indagano e contribuiscono a formarlo. C'è, insomma, una circolarità tra diritto ed istituzioni politiche da un lato, e cultura giuridica e politica dall'altro: le istituzioni, sono un prodotto della teoria, che a sua volta ne esplica e rafforza il senso e la portata normativa. Il secondo connotato del normativismo, è quello che può essere espresso con la bella formula di Dworkin del "diritto preso sul serio". Prendere sul serio il diritto vuol dire riconoscere il carattere normativo che esso, almeno nel paradigma del costituzionalismo novecentesco, ha, nei confronti di se medesimo: e quindi leggere, nel divario - in una certa misura fisiologico, oltre una certa misura patologico - tra il dover essere del diritto ed il suo essere effettivo, una violazione del primo da parte dei secondi. È un connotato, aggiungo, che è iscritto, per così dire, nella struttura stessa del paradigma del costituzionalismo, caratterizzato appunto dalla positivizzazione di principi come la pace, l'uguaglianza ed i diritti fondamentali quali norme che hanno come destinatari i supremi poteri e perciò dalla possibile esistenza del *diritto illegittimo* perché in contrasto - per commissione (ove si manifesti in antinomie), o per omissione (ove si manifesti in lacune) -, con le norme giuridiche sulla sua produzione. Ebbene, è chiaro che l'approccio descrittivo non è proprio soltanto dell'approccio realistico ma forma il presupposto di qualunque approccio scientifico, incluso quello normativistico. E questo perché il tema privilegiato di una teoria del diritto di impostazione normativistica, ciò che da essa deve essere soprattutto esplicato, è precisamente la divaricazione interna, propria di quegli ordinamenti complessi che sono gli odierni Stati costituzionali di diritto, tra il diritto che è ed il diritto che deve

[15] Tra questi ricorda il diritto a un ambiente sano, i diritti dei consumatori, i diritti alla qualità della vita, alla *privacy*, il diritto allo sviluppo. E delinea, infine, dei "diritti di quarta generazione", legati alla tutela dell'integrità del patrimonio genetico a fronte dei progressi della ricerca biologica. Si tratta di tematiche sviluppatesi a partire dagli anni Settanta: basti pensare allo sviluppo dei movimenti femministi, alle lotte su divorzio, obiezione di coscienza, aborto. E nella stessa temperie culturale è nato in fondo, a partire dagli USA, anche il dibattito sul multiculturalismo: ci si è posti cioè l'interrogativo di quali diritti dovessero essere riconosciuti ai gruppi, alle comunità in quanto tali (basti pensare alle minoranze razziali e religiose), e quali rapporti vi fossero tra questi diritti ed i diritti dell'individuo (si veda, a questo proposito, Charles Taylor, *Multiculturalismo. La politica del riconoscimento*, Milano, Anabasi, 1993).

essere, tra il diritto come fatto - che dunque dev'esser descritto per come realmente è, anche nei suoi profili di invalidità e di illiceità - ed il diritto come norma.

3. *Stato di diritto, democrazia e crisi dello Stato nazionale*

Fatte queste precisazioni, vengo finalmente al tema, quello del rapporto tra Stato di diritto e diritti (non già semplicemente soggettivi bensì) fondamentali. Ed allora, la prima osservazione che dobbiamo fare, in ordine a questo rapporto, riguarda precisamente la divaricazione, non fisiologica ma patologica, intervenuta, in questi anni, tra il modello non semplicemente teorico, ma giuridico, costituzionale - tradotto appunto in norme di diritto positivo di rango costituzionale - dello stato di diritto e la realtà. Riguarda, in breve, la crisi dello stato di diritto, una crisi che si manifesta cosi nel diritto interno delle nostre democrazie, per la crisi del principio di legalità e per la tendenza di tutti i poteri, sia politici che economici, ad accumularsi ed a rilegittimarsi in forme assolute, come nel diritto internazionale. Ma che cosa vuol dire registrare realisticamente questa crisi e leggerla, secondo l'approccio normativistico, come divaricazione tra il dover essere normativo e l'essere effettivo dello stato di diritto medesimo? Vuol dire, ovviamente, rilevare gli innumerevoli strappi, violazioni ed inottemperanze recate, in questi decenni, dai pubblici poteri ai principi della democrazia costituzionale: dal principio di legalità, cioè della loro soggezione alla legge, alla separazione dei poteri, dal pluralismo nell'informazione, al principio della pace ed all'insieme di diritti fondamentali. Ma vuol dire, ancor prima, una cosa ben più radicale. Vuol dire, se è vero che lo stato di diritto consiste nella soggezione del potere al diritto, che qualunque approccio teorico al nostro tema, sia esso realistico o normativistico, deve muovere da una rigorosa ricognizione empirica dei luoghi in cui si è dislocato il potere, o meglio i poteri, siano essi politici, o economici, o militari, o *mass*-mediatici e simili. Dunque, il presupposto della nostra riflessione è un'analisi della fenomenologia del potere nell'età della globalizzazione. Ebbene, questa analisi ci dice, sommariamente, due cose. La prima, è che i poteri - tutti i poteri, quelli pubblici e quelli privati, quelli politici e quelli economici - si sono dislocati, in gran parte, al di fuori dello Stato: i poteri pubblici in sedi istituzionali sovra-statali, i poteri privati in luoghi transnazionali ed occulte; gli uni e gli altri al di fuori dei confini e delle possibilità di controllo del diritto statale. Il secondo aspetto della crisi, è che questi poteri sono sempre più sregolati ed illimitati. La crisi degli Stati nazionali e della capacità regolativa dei diritti statali, non è stata compensata dallo

sviluppo di nuove istituzioni e di un nuovo diritto all'altezza dei nuovi poteri. La globalizzazione infatti, sul piano giuridico, può ben essere letta come assenza, vuoto di diritto pubblico: non si badi di diritto, dato che il vuoto è riempito dalla legge del più forte - sul piano politico dal dominio degli Stati Uniti e su quello economico dalle norme elaborate dalle grandi società multinazionali -, ma un vuoto di diritto pubblico, di sfera pubblica, cioè di garanzia dei diritti fondamentali. Io credo, che questi siano dati di fatto, non contestabili. Due dati di fatto, che si risolvono in una crisi delle forme tradizionali, statali, appunto, cosi della democrazia come dello stato di diritto; cosi della legittimazione politica proveniente ai poteri di governo dalla rappresentanza, come della legittimazione giuridica proveniente dalla garanzia costituzionale dei diritti fondamentali[16]. Ne risultano due effetti, entrambi distruttivi: l'uno riguardo alla democrazia politica; l'altro riguardo allo stato di diritto. Innanzitutto, infatti, la crisi della sovranità statale, in quanto crisi della sovranità popolare, trascina con sé le forme statali della *democrazia politica*. Se la democrazia consiste nel potere del popolo, nell'autogoverno, cioè nel fatto che le decisioni politiche - le leggi e gli atti di governo - sono prese, direttamente o tramite rappresentanti eletti con il suffragio universale, dagli stessi soggetti cui sono destinate, è evidente che essa viene meno se i luoghi decisionali si spostano al di fuori delle sedi della rappresentanza politica. Questo vale evidentemente per i Paesi dell'Unione Europea, il cui deficit democratico consiste appunto nel fatto che oltre il 60% della legislazione, in essi vigente, è di origine comunitaria, cioè direttamente od indirettamente prodotta da organi non rappresentativi. Ma, vale ancor più per i Paesi poveri del sud del mondo, i cui destini - pensiamo all'Argentina, agli stati africani -, sono decisi prevalentemente da istituzioni sovranazionali, come la Banca Mondiale, il Fondo monetario internazionale, l'Organizzazione mondiale del Commercio, il G8, la Nato e simili. Per moltissimi popoli, l'elezione del presidente degli Stati Uniti ha sicuramente maggior importanza per il loro futuro che non quella dei loro governanti. È possibile, di fronte a questo crollo del rapporto tra po-

[16] Per quello che riguarda, infine, l'internazionalizzazione dei diritti umani, meritano di essere considerati, per una panoramica generale, *I diritti umani nel mondo contemporaneo* di Antonio Cassese e la voce sull'argomento dell'*Enciclopedia giuridica Treccani* redatta da Claudio Zanghì (vol. XI, 1989). Studi importanti sull'argomento sono poi quelli di Paolo De Stefani, *Il diritto internazionale dei diritti umani* (Padova, CEDAM, 1994) e *La tutela giuridica internazionale dei diritti umani* (Padova, CEDAM, 1997). Ulteriore materiale sull'argomento può essere poi reperito sul *database for education* dell'Alto Commissariato ONU per i diritti umani.

polo e decisioni che contano, parlare ancora di democrazia politica in qualche senso di questa espressione?

In secondo luogo, ed è il tema che interessa la nostra analisi, la crisi dello Stato, quale monopolio della produzione giuridica, sia legislativa che giurisdizionale, trascina con sé le forme, ancor più inequivocabilmente statali, dello *stato di diritto* e perciò delle garanzie dei diritti fondamentali. In un assetto, in cui la maggior parte delle norme vigenti sono di origine extra-statale, espressioni come principio di legalità, riserva di legge, soggezione del giudice alla legge, che fanno riferimento ad una fonte tipicamente statale come è la legge, sia essa ordinaria o costituzionale, perdono di senso. E vengono meno perciò i due principali connotati dello stato di diritto: la soggezione al diritto dei pubblici poteri, ed il controllo giurisdizionale sul loro operato ad opera di giudici indipendenti. E viene meno, in particolare, il controllo di costituzionalità delle leggi, che dei diritti fondamentali sanciti nelle nostre costituzioni rigide rappresenta la principale garanzia.

Ora, dobbiamo riflettere che, la domanda cui dobbiamo rispondere è tanto semplice quanto fondamentale. I nessi, stato nazionale-democrazia e stato nazionale-stato di diritto, sono teoreticamente indissolubili, sicché il declino dello Stato implica, inevitabilmente, quello della democrazia e dello stato di diritto, nonché delle connesse garanzie statali dei diritti fondamentali? Oppure è possibile - non dico probabile, ma semplicemente possibile -, rifondare la democrazia e lo stato di diritto ed ancor prima la teoria dell'una e dell'altro all'altezza delle nuove forme - extra- o sovra-statali assunte dai poteri e dalle violazioni dei diritti fondamentali? Insomma, esiste un nesso tra Stato nazionale - ancorato ad un "demos" o ad una "nazione", o simili - e democrazia e stato di diritto, oppure è possibile una democrazia ed uno stato di diritto senza Stato nazionale? Affiderò la possibile soluzione di questi interrogativi così dirimenti ad un prossimo contributo.

Bibliografia

G. AMATO, H. BRIBOSIA, B. DE WITTE (ed. by), *Genèse et destinée de la Constitution européenne (Genesis and destiny of the European Constitution)*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

M.C. BARUFFI, *I diritti sociali nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Guida al Lavoro*, 2010, n. 5, pp. 44-49.

M.C. BARUFFI, *Dalla Costituzione europea al trattato di Lisbona*, Padova, Cedam, 2008.

M. DONY, *Après la réforme de Lisbonne. Les nouveaux traités européens*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles , 2008.

F. GABRIELE, *Europa: La «costituzione» abbandonata*, Bari, Cacucci Editore, 2008.

G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale,* Milano, Giuffrè Editore, 2008.

G. GUARINO, *Ratificare Lisbona?*,Firenze, Passigli Editori, 2008.

A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione Europea*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.

F.-X. PRIOLLAUD, D. SIRITZKY, *Le traité de Lisbonne*, Paris, La Documentation française, 2008.

S.C. SIEBERSON, *Dividing Lines Between the European Union and Its Member States: The Impact of the Treaty of Lisbon,* The Hague, T.M.C. Asser Press, 2008.

J. ZILLER, *Il nuovo trattato europeo*, Bologna, Il Mulino, 2007.

Articoli di periodici

A. ABAQUESNE DE PARFOURU, *'See No Evil, Hear No Evil, Speak No Evil': The Irish Referendum and Ratification of the Lisbon Treaty,* in *Maastricht Journal. European and Comparative Law,* 2008, pp. 493-51.

S. ALLEGREZZA, *L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Cassazione penale*, 2008, pp. 3882-3893.

G. BARRETT, *Creation's Final Laws: The Impact of the Treaty of Lisbon on the 'Final Provisions' of Earlier Treaties,* in *Yearbook of European law,* 2008, pp. 3-46.

M. C. BARUFFI, *I diritti fondamentali nel Trattato di riforma*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008, p. 26 ss.

M. C. BARUFFI, *Profili distintivi del trattato di Lisbona*, in *Guida al lavoro*, 2008, n. 1, pp. 27-29.

M. C. BARUFFI, *Rafforzato il prin-*

cipio di sussidiarietà: protagonisti i parlamenti nazionali, in *Guida al diritto. Diritto comunitario e internazionale*, 2007, n. 6, pp. 15-17.

L. BATTISTOTTI, *Il Trattato di Lisbona: più efficacia, più trasparenza, più democrazia,* in *Sud in Europa*, 2009, p. 3.

A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale,* in *Quaderni costituzionali,* 2009, n.1, pp. 37-64.

E. BEST, *Legislative Procedures after Lisbon: Fewer, Simpler, Clearer*?, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law,* 2008, n.1, pp.85-96

P. BILANCIA, *The Role and the Power of European and National Parliaments in the Dymanics of Integration,* in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario,* 2009, pp. 273-284.

R. CAFARI PANICO, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel Trattato di riforma: le disposizioni generali,* in *Sud in Europa,* febbraio 2008, pp. 19-22.

R. CANGELOSI, M. PERONACI, *La geografia istituzionale post-Lisbona e la posizione dell'Italia,* in *Studi sull'integrazione europea,* 2009, pp. 55-72.

R. CANGELOSI, *L'Europa allargata e la difesa degli equilibri del Trattato costituzionale*, in *La comunità internazionale*, 2007, n. 3, pp. 485-501.

E. CANNIZZARO, *Il sistema delle fonti dell'Unione nel nuovo Trattato di riforma,* in *Sud in Europa,* febbraio 2008, pp. 12-13.

F. CAPELLI, *Riflessioni sul trattato di Lisbona,* in *Bulletin européen,* 2008, n. 694, pp. 1-2.

S. M. CARBONE, *Le procedure innanzi alla Corte di giustizia a tutela delle situazioni giuridiche individuali dopo il Trattato di Lisbona,* in *Studi sull'integrazione europea,* 2008, n. 2, pp. 239-254.

M. CASTELLANETA, *Si riducono i tempi per l'adozione degli atti di cooperazione penale*, in *Guida al diritto. Diritto comunitario e internazionale*, 2007, n. 6, pp. 18-20.

T. CORTHAUT, *Plus ça change, plus c'est la meme chose? A Comparison with the Constitutional Treaty,* in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, n.1, pp. 21-34.

L. DANIELE, *Le istituzione politiche dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: verso un nuovo equilibrio?,* in *Studi sull'integrazione europea,* 2009, pp. 43-54.

L. DANIELE, *L'architettura dei due nuovi Trattati e i loro rapporti reciproci,* in *Sud in Europa,* febbraio 2008, pp. 7-9.

L. DANIELE, *Trattato di Lisbona: addio all'idea federalista per superare gli ostacoli degli euroscettici*, in *Guida al diritto. Diritto comunitario e internazionale*, 2007, n. 6, pp. 11-14.

G. R. DE GROOT AND J. J. KUIPERS, *The New Provisions on Private International Law in the Treaty of Lisbon,* in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, n.1, pp. 109-114.

F. DE WITTE, *The European Judiciary after Lisbon*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law,* 2008, n.1, pp. 43-54.

U. DRAETTA, *Brevi note sulla sentenza della Corte costituzionale tedesca del 30 giugno 2009 sul trattato di Lisbona,* in *Studi sull'integrazione europea,* 2009, pp. 719-733.

U. DRAETTA, *Composizione e funzionamento di Consiglio e Consiglio europeo del Trattato di Lisbona,* in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, pp. 7-22.

U. DRAETTA, *La funzione legislativa ed esecutiva dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, pp. 677-694.

U. DRAETTA, *La membership dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, pp. 469-486.

U. DRAETTA, *I principi democratici dell'unione europea nel Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, pp. 513-525.

M. FRAGOLA, Deficit *democratico e procedura di revisione dei trattati nel processo di integrazione europea*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2007, n. 3, pp. 629-642.

P. COSTANZO, *Oscillazioni della "forma di governo" dell'Unione europea nel "Traité simplifié compliqué"*, pp. 45-60.

P. DE PASQUALE, *Il riparto di competenze tra Unione europea e Stati membri*, pp. 60-69.

L. MEZZETTI, *La nuova Costituzione europea*, pp. 77-83.

C. MORVIDUCCI, *Il ruolo dei Parlamenti nazionali*, pp. 83-94.

E. PAGANO, *Dalla Carta di Nizza alla Carta di Strasburgo dei diritti fondamentali*, pp. 94-101.

O. POLLICINO, V.SCIARABBA, *La Carta di Nizza oggi, tra "sdoganamento giurisprudenziale" e Trattato di Lisbona*, pp. 101-124.

A. RUGGERI, *Fonti europee e fonti nazionali al giro di boa di Lisbona: ritorno al passato o avventura nel futuro?*, pp. 124-142.

L. G. SCIANNELLA, *Morte e reincarnazione di una Costituzione: dal "Constitutional Treaty" al "Reform Treaty"*, pp. 142-170.

C. GABRIELLI, *La partecipazione del Regno Unito allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Sud in Europa, febbraio 2008, pp. 33-34.*

L. GIANNITI, *Come sarà scelto il nuovo Alto rappresentante dell'Unione?*, in *Quaderni Costituzionali*, 2008, n. 1, pp. 153-156.

M. GOODWIN, *First Reflections on the Reform Treaty: A Merciful Closure or New Beginning?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law,*2008, n.1, pp. 3-5

L. IDOT, *Traité simplifié, traité réformateur ou traité de Lisbonne… ?*, in *Europe*, nov. 2007, pp. 1.

Karlsruhe has spoken: "Yes" to the Lisbon Treaty, but…(editorial comments), in *Common Market Law Review,* 2009, pp. 1023-1033.

P. KIIVER, *Lisbon and the Lawyers-Reflections on what the EU Reform Treaty means to Jurists,* in *Maastricht Journal,* 2007, n. 4, pp. 337-341.

F. KIIVER, *Reflections on the Lisbon Judgment – How the Judges at Karlsruhe Trust neither the European Parliament Nor Their National Parliament*, in *Maastricht Journal of European and comparative Law, 2009, pp. 263-270.*

P. KIIVER*, The Treaty of Lisbon, the National Parliaments and the Principle of Subsidiarity,* in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, n.1, pp. 77-83

A. MANZELLA, *Verso Lisbona Plus,* in *Quaderni costituzionali,* 2009, p. 707-713.

A. MASSON, *La hiérarchie des normes de droit dérivé dans le projet de traité modificatif : vers la fin de la confusion ?,* in *Europe,* 2008, n. 1, pp. 4-9.

C. MORVIDUCCI, *IL ruolo dei parlamenti nazionali nel nuovo Trattato,* in *Sud in Europa,* febbraio 2008 , pp. 23-25.

M. PANEBIANCO, *L'Unione europea* post *costituzionale: verso il* reform treaty, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2007, n. 3, pp. 601-612.

F. PALERMO, J. WOELK (nota di), *"Maastricht reloaded": il Tribunale costituzionale federale tedesco e la ratifica condizionata del Trattato di Lisbona,* in *Diritto pubblico comparato ed europeo,* 2009, pp. 1027-1037.

P. PASSAGLIA, *Il trattato di Lisbona: qualche passo indietro per andare avanti,* in *Il Foro italiano,* 2008, n. 1, pp. 40-44.

S. PEERS, *Finally 'Fit for Purpose' ?The Treaty of Lisbon and the End of the Third Pillar Legal Order,* in *Yearbook of European Law,* 2008, pp. 47-64.

S. PEERS, *EU Criminal Law and the Treaty of Lisbon*, in *European Law Review*, 2008, pp. 507-529.

E. PIZZOLO, *La modernizzazione dei servizi d'interesse generale nella riforma di Lisbona. Il bilanciamento fra competizione e solidarietà*, in *Sud in Europa*, dic. 2008, pp. 27-28.

P. PUOTI, *La PESC nella prospettiva del Trattato di revisione*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, pp. 539-574.

F. POCAR, *Gli obiettivi dell' Europa nel nuovo trattato: un compromesso tra luci e ombre*, in *Guida al diritto. Diritto comunitario e internazionale*, 2007, n. 4, pp. 8-9.

M. POIARES MADURO e G. GRASSO, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul trattato di Lisbona?,* in *Il Diritto dell'Unione Europea,* 2009, pp. 503-529.

P. PONZANO, *Le traité de Lisbonne: l'Europe sort de sa crise institutionelle*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2007, n. 3, pp. 569-584.

La protezione dei diritti dell'uomo nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, pp. 645-767. Relazioni e interventi: L. DANIELE, *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d'insieme*, pp. 645-652; N. PARISI, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, pp. 653-678;

A. GIANELLI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, pp. 678-700;

A. BULTRINI, *I rapporti tra Carta dei diritti fondamentali e CEDU dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, pp. 700-720;

P. PUOTI, *La PESC nella prospettiva del Trattato di riforma*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008, pp. 28-30.

L. S. ROSSI, *I principi enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona: un'ipoteca sul futuro dell'integrazione europea?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, pp. 993-1019.

L. S. ROSSI, *L'integrazione differenziata nel Trattato di Lisbona*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008, p. 14 ss.

J. ROUX, *Le Conseil constitutionnel et le contrôle de constitutionalité du Traité de Lisbonne: bis repetita*?, in

Revue Trimestrielle de droit européen, 2008, n. 1, pp. 5-28

A. SCHRAUWEN, *European Union Citizenship in the Treaty of Lisbon: Any Change at All?, in Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, n.1, pp. 55-64.

V. R. SCOTTI, *Francia: approvata la modifica costituzionale che recepisce il Trattato di Lisbona*, in

Diritto pubblico comparato ed europeo, 2008, pp. 615-616.

R. SCHÜTZE, *Lisbon and the federal order of competences: A prospective analysis*, in *European Law Review*, 2008, pp. 709-722.

D. SIMON (sous la direction de), *Le traité de Lisbonne: oui, non, mais à quoi?*, in *Europe. Actualité du droit communautaire*, 2008, n. 7, pp. 24-70.

Contiene:J. P. JOUYET, (entretien avec), *Ce traité est le plus démocratique et le plus social*, pp. 25-27. A. RIGAUX, *L'écriture du Traité: le discours de la méthode*, pp. 27-31. D. SIMON, *Les fondations: l'Europe modeste ?*, pp. 32-37. F. KAUFF-GAZIN, *Les droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne: un bilan contrasté*, pp. 37-42. V. MICHEL, *Les compétences : les mots et les choses*, pp. 43-46. J. L. SAURON, *Les institutions: la victoire de la complexité ?*, pp. 47-50. V. CONSTANTINESCO, *Le processus de décision : vers une nouvelle gouvernance ?*, pp. 51-54. J. ROUX, *Les actes : un désordre ordonné ?*, pp. 54-57. H.

LABAYLE, *L'espace de liberté, sécurité et justice : la nouvelle frontière ?*, pp. 58-61. P. MADDALON, *L'action extérieure de l'Union européenne*, pp. 61-65. O. DUBOS, *L'après-Lisbonne*, pp. 65-69. J. LASSALLE, *Bibliographie indicative sur le traité de Lisbonne*, pp. 70. D. SIMON, *Les droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne,* in *Europe*, 2008, n. 2, pp. 1-2. G. STROZZI, *Prime considerazioni sul Trattato di Lisbona,* in *Sud in Europa,* febbraio 2008 , pp. 4-6.

G. TESAURO, *Un testo di revisione stilato a tempo di record che sacrifica partecipazione e valori condivisi*, in *Guida al diritto. Diritto comunitario e internazionale*, 2007, n. 6, pp. 8-10.

D. THYM, *In the name of sovereign statehood: A critical introduction to the Lisbon judgment of the German constitutional court*, in *Common Market Law Review*, 2009, pp. 1795-1822. *Le traité de Lisbonne,* in *Revue des Affaires Européennes,* 2007-2008, pp. 163-339.

Contiene: J.-C. GAUTRON, *Le traité de Lisbonne ou le retour de la realpolitik,* pp.163-175. J.-P. JACQUE, *La complexité d'un traité simplifié Le traité de Lisbonne et la coexistence des trois traités,* pp.177-184.J. RIDEAU, *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne Perspectives ouvertes par le traité de Lisbonne,* pp. 185-207. H. LABAYLE, *Le traité de Lisbonne et l'entraide répressive dans l'Union européenne,* pp.209-222. P. DE BRUYCKER, *Le traité de Lisbonne et les politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration,* pp. 223-241. M. FALLON et A.-C. SIMON, *Le renouvellement des politiques de l'Union européenne dans le traité de Lisbonne,* pp. 243-264. J. RIDEAU, *Constitution française et construction européenne D'une révision à l'autre…,* pp. 265-298. C.-E. GUDIN, *La suppression de la référence aux symboles de l'Union européenne,* pp.299-304. A. TRAMONTANA, *Il ruolo della Germania nel processo d'integrazione europea*, in *La comunità internazionale*, 2007, n. 4, pp. 693-702. E. TRIGGIANI, *La speranza di un rilancio*, in *Sud in Europa*, ott. 2007, p. 1-2. M. VELLANO, *Espulsione e recesso dall'Unione europea: profili attuali e prospettive future*, in *La comunità internazionale*, 2007, n. 3, pp. 503-515.

P. VAN ACKERE, *L'Europe ne se fera pas sans la défense*, in *The European Union Review*, 2008, n. 1, pp. 11-35.

S. VAN DEN BOGAERT, *The Treaty of Lisbon: The European Union's Own Judgment of Solomon*?, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law,*2008, n.1, pp. 7-19

S. VAN DEN BOGAERT, *Qualified Majority Voting in the Council: First Reflections on the New Rules,* in *Maastricht Journal of European and Comparative Law,* 2008, n.1, pp. 97-108.

E. VIGLIAR, *Lo sviluppo dell'Unione Europea dopo la crisi del Trattato costituzionale*, in *La comunità internazionale*, 2007, n. 2, pp. 287-301.

J. ZILLER, *Solange III, ovvero la Europarechtsfreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht. A proposito della sentenza della Corte Costituzionale Federale Tedesca sulla ratifica del Trattato di Lisbona,* in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario,* 2009, pp. 973-995.

J. ZILLER, *Il diritto di soggiorno e di libera circolazione nell'Unione Europea, alla luce della giurisprudenza e del Trattato di Lisbona*, in *Diritto amministrativo,* 2008, pp. 939-968.

PUBBLICAZIONI ON-LINE

M. COMELLI, *Il nuovo trattato di riforma dell'UE e la politica estera e di sicurezza europea: cosa cambia?*, Senato della Repubblica, 2007, n. 78.

http://www.senato.it/documenti/repository/lavori/affariinternazionali/approfondimenti/78.pdf

G. DE BURCA, *Reflections on the path from the Constitutional Treaty to the Lisbon Treaty*, in *Jean Monnet Working papers*, 2008, n. 3. http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/08/080301.pdf

C. DE FIORES, *Il fallimento della Costituzione europea. Note a margine del Trattato di Lisbona,* in *Costituzionalismo.it,* apr. 2008. http://www.costituzionalismo.it/articolo.asp?id=272

S. DELLA VALLE, *Una legge fondamentale post-costituzionale? Il diritto pubblico europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Costituzionalismo.it*, apr. 2008.

http://www.costituzionalismo.it/articolo.asp?id=269

C. FASONE, *Quando i seggi non tornano. A proposito dei membri del parlamento europeo spettanti all'Italia e del trattato di riforma*, in *Amministrazione in cammino*, nov. 2007.

http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/site/_contentfiles/00015800/15835_Fasone

SEGGI.pdf

S. GAMBINO, *Diritti fondamentali dell'Unione Europea fra trattati (di Lisbona) e Costituzione*, in *Federalismi.it*, 12. gen. 2010.

Full-text

D. GROS, *What next? How to save the Treaty of Lisbon*, in *CEPS Policy Brief*, lug. 2008

http://shop.ceps.be/downfree.php?item_id=1675

D. GROS, *Plan B*, in *CEPS Commentaries,* giu. 2008

http://shop.ceps.be/downfree.php?item_id=1674

D. GROS and S. KURPAS, *What next? How to save the Treaty of Lisbon*, in *CEPS Policy Briefs,* giu.

2008. http://shop.ceps.be/downfree.php?item_id=1675

HOUSE OF LORDS, *The Treaty of Lisbon: an impact assessment*, in *HL Paper*, 2008, n. 62

http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldselect/ldeucom/62/62.pdf

(fasc. 1)

http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldselect/ldeucom/62/62ii.pdf

(fasc. 2)

P. M. KACZYÑSKI, *The European Citizens' Initiative: A Proper Response from the Commission*, in

CEPS Commentary, 8 Jan. 2010

http://www.ceps.be/ceps/download/2841

S. KURPAS and P. MACIEJ KACZYÑSKI, *Inching towards a Second Irish Referendum*, in CEPS

Working Commentaries, dic. 2008

B. LAFFAN, *Ireland and the EU Post-Lisbon*, in Notre Europe, dic. 2008

http://www.notre-europe.eu/en/axes/visions-of-europe/works/publication/ireland-and-theeu-

post-lisbon/

H.W. MICKLITZ, *The Visible Hand of European Regulatory Private Law*, in *EUI Law Working Papers*, 2008, n. 14

http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/8707/1/LAW_2008_14.pdf

J. O' BRENNAN, *Ireland and the Lisbon Treaty: Quo Vadis?, in CEPS Policy Brief*, 2008, n. 176

http://shop.ceps.be/downfree.php?item_id=1741

J. O'BRENNAN, *Ireland's plan to resurrect the Lisbon Treaty to be unveiled at the Brussels summit*,

in *CEPS Working Commentaries*, dic. 2008

http://shop.ceps.be/downfree.php?item_id=1763

V. PASKALEV, *Lisbon treaty and the Possibility of a European network Democraicy*, in *EUI*

Working papers LAW, 2009, n. 2

http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/13005/1/LAW_2009_20.pdf

http://cadmus.iue.it/dspace/handle/1814/3//browse-date# (ABSTRACT)

L. PATRUNO, *Lo spirito del tempo e il processo di riforma delle istituzioni europee*, in *Costituzionalismo.it*, mar. 2008.

http://www.costituzionalismo.it:80/articolo.asp?id=262

L. PATRUNO, *Addio "costituzione" europea? I nomi: Trattato, Costituzione; la cosa: il diritto*

europeo, in *Costituzionalismo.it*, lug. 2007.

http://www.costituzionalismo.it:80/articolo.asp?id=250

U. RANIERI, *L'Italia e il rilancio dell'integrazione europea*, in *federalismi.it*, 2008, n. 2.

http://www.costituzioniregionali.it/federalismi/applMostraDoc.cfm?Artid=9071

T. RAUNIO, *National parliaments and European integration*, in *Arena Working Papers*, feb. 2009

http://www.arena.uio.no/publications/working-papers2009/papers/WP_02_09.pdf

J. RUPNIK, *"Europe without barriers" and "Europe that protects"*, in *Notre Europe*, dic. 2008

http://www.notre-europe.eu/uploads/tx_publication/J_Rupnik_Pr_sdence_Tch_quefr_

01.pdf

R. SCHÜTZE, *Subsidiarity after Lisbon: Reinforcing the Safeguards of Federalism*, in *The Cambridge Law Journal*, 2009, vol. 68, n. 3, pp 525-536

http://journals.cambridge.org/action/displayIssue?jid=CLJ&volumeId=68&issueId=03&iid=

6866404# (full-text accessibile dalla rete di Ateneo)

P. SUTHERLAND, *Westminster en plein brouillard, in Notre Europe. Policy Paper*, mar. 2008

http://www.notre-europe.eu/uploads/tx_publication/Policypaper33-Sutherland-fr_01.pdf

J. TEMPLE LANG AND E. GALLAGHER, *Essential Steps for the European Union after the "No" Votes in France, the Netherlands & Ireland*, in *CEPS Policy Brief*, ago. 2008

http://shop.ceps.be/downfree.php?item_id=1696

W. F. VAN EEKELEN AND S. KURPAS, *The Evolution of Flexible Integration in European Defence Policy: Is permanent structured cooperation a leap forward for the Common Security and Defense Policy?*, in *CEPS Commentaries*, giu. 2008.

http://shop.ceps.be/downfree.php?item_id=1681

A. VILLAFRANCA, *Il trattato di Lisbona: fine di una crisi?*, in *ISPI Policy brief*, 2007, n. 63.

http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/site/_contentfiles/00015800/15835_Fasone

SEGGI.pdf

FABIO IACOBONE

La valutazione del dipendente pubblico nella Riforma Brunetta

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il nuovo sistema di valutazione. - 3. I criteri di valutazione. - 4. Gli strumenti per premiare il merito. - 5. Conclusioni.

1. *Premessa*

Le profonde innovazioni che hanno caratterizzato, soprattutto nell'ultimo ventennio, la disciplina del rapporto di lavoro nella pubblica amministrazione hanno rivoluzionato alcuni criteri tradizionali su cui si basava il settore del pubblico impiego, ridisegnandone quasi integralmente l'assetto lavorativo.

Infatti, a partire dagli anni Novanta, in Italia inizia un radicale processo di riforma della pubblica amministrazione attraverso l'emanazione del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 (poi modificato e trasfuso nel d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 - c.d. T.U. sul pubblico impiego) che introduce il sistema della privatizzazione del rapporto di pubblico impiego[1], delineando, così, una nuova organizzazione della pubblica am-

[1] In generale sul tema: M.N. BETTINI, *Il dirigente pubblico tra merito e demerito*, in "Lavoro e previdenza oggi", 2009 fasc. 3, pp. 297 ss.; F. DURVAL, *La riforma della pubblica amministrazione ed il sistema di valutazione dei dirigenti*, in "Lavoro e previdenza oggi", 2009 fasc. 3, pp. 321 ss.; A. PIZZOFERRATO, Sulla riforma della pubblica amministrazione, in "Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni", 2008 fasc. 6, pp. 1041 ss.; A. GARILLI, *La privatizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e l'art. 97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 2007 fasc. 2, pp. 301 ss.; M. PERSIANI, *Brevi riflessioni sulla privatizzazione dell'impiego pubblico*, in "Argomenti di diritto del lavoro", 2000 fasc. 3, pp. 621 ss.; L. ZOPPOLI, *Dieci anni di riforma del lavoro pubblico*, in "Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni", 2003 fasc. 5, pp. 751 ss.; M. SGROI, *Riforma del pubblico impiego e tutela del rapporto di lavoro dirigenziale*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 2002 fasc. 3, pp. 589 ss.; G. ALBENZIO, *Il punto sulla privatizzazione del pubblico impiego dopo gli interventi correttivi del d.lg. n. 29/1993*, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 1994 fasc. 3, pp. 369 ss.; F. CARINCI, *La c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 1993 fasc. 1, pp. 8 ss.; M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "leggi Bassanini"*, in: "Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni", fasc. 1, 1998; M. NAPOLI (a cura di), *Riforma del pubblico impiego ed efficienza della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 1996.

ministrazione ispirata alla cultura dell'efficienza, dell' economicità e del risultato.

Tale assetto normativo ha continuato ad essere modificato anche dopo il 1998 per effetto del decreto legislativo n. 286 del 30 luglio 1999 che avvia il riordino ed il potenziamento dei meccanismi di valutazione dell'attività amministrativa, stabilendo che: "le pubbliche amministrazioni (…), valutano (…), le prestazioni dei propri dirigenti, nonché i comportamenti relativi allo sviluppo delle risorse professionali, umane e organizzative ad essi assegnate (competenze organizzative)"[2].

Più specificamente, in linea con i principi di revisione e potenziamento dei sistemi di controllo delle amministrazioni pubbliche, introdotti dal D.Lgs. 286/99, la valutazione delle prestazioni svolge un ruolo essenziale nella gestione e sviluppo delle risorse umane e costituisce un percorso essenziale di accompagnamento, programmazione e controllo delle attività svolte dalla struttura organizzativa.

L'evoluzione normativa non ha, poi, subito rilevanti modifiche fino al 2008, allorquando viene emanato il decreto legge n. 112 del 25 giugno 2008 recante "Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria"[3].

In questo quadro, il processo di riforma rimane di fatto un cantiere aperto per tutto il decennio del nuovo secolo, fino ad arrivare al 2009, anno i cui viene approvata la legge delega n. 15 del 4 marzo 2009 (meglio conosciuta come "Riforma Brunetta") e, quindi, varato il decreto legislativo n. 150 del 27 ottobre 2009, recante disposizioni in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni.

In particolare, l'oggetto del decreto n. 150 si muove lungo due direttrici[4]: da una parte modifica il decreto legislativo n. 165 del 2001, con particolare riguardo sia alla parte relativa ai principi generali che a quella rivolta alla contrattazione collettiva, alla dirigenza ed ai procedimenti disciplinari; dall'altra introduce disposizioni in tema di misurazione, valutazione e trasparenza della *performance* delle amministrazioni pub-

[2] Così veniva disposto dall'art. 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286 (intitolato "La valutazione del personale con incarico dirigenziale"), ora abrogato dall'art. 30, comma 4, lettera c), del d.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150.

[3] Il decreto è stato poi convertito con minime modifiche nella legge 6 agosto 2008, n. 133.

[4] V. D'Acri, *Il sistema di gestione della performance nelle amministrazioni pubbliche dopo il d.lgs. n. 150/2009*, in "Risorse umane", fasc. 1, 2010, p. 85.

bliche, nonché di nuovi strumenti di incentivo al merito e alla produttività dei dipendenti pubblici[5].

Sotto tale ultimo profilo, in particolare, sembra opportuno analizzare il sistema valutativo del dipendente pubblico con specifico riguardo ai nuovi strumenti che il legislatore ha destinato alla valutazione e valorizzazione del merito e della professionalità.

2. *Il nuovo sistema di valutazione*

Il sistema di valutazione delle strutture e dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche[6] è finalizzato ad assicurare elevati *standard* qualitativi ed economici del servizio, tramite la valorizzazione dei risultati e della *performance* organizzativa ed individuale[7], prevedendo strumenti per premiare il merito e la professionalità[8].

La misurazione e valutazione della prestazione riguardano sia l'amministrazione e le sue articolazioni organizzative, sia i singoli dipendenti[9].

Al vertice del sistema è collocata la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche, che è un'autorità indipendente collegiale (composta da cinque componenti scelti tra esperti di elevata professionalità sia nel settore pubblico che in quello privato) con il compito di indirizzare, coordinare, sovrintendere e garantire la trasparenza delle funzioni di valutazione[10], tra l'altro definendo le strutture e le modalità di redazione del piano programmatico triennale e della relazione consuntiva annuale verificando la loro corretta predisposizione da parte delle amministrazioni e, a campione, degli enti ter-

[5] In sostanza il legislatore individua il necessario collegamento tra i procedimenti organizzativi di controllo interno e di valutazione delle strutture con i conseguenti atti datoriali di gestione del personale, sul fronte della retribuzione accessoria e delle progressioni professionali.

[6] In generale sul tema: F. Carinci, La *privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla Legge 133/2008 alla Legge n. 15/2009*, in "Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni", fasc. 6, 2008; B. Cimino, *Selettività e merito nella disciplina delle progressioni professionali e della retribuzione incentivante*, in "Giornale di diritto amministrativo", fasc. 1, 2010; N. Nitti, *Ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico ed efficienza, trasparenza e innovazione delle pubbliche amministrazioni*, in "Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza", fasc. 21, 2009; G. Roma, *Merito e valutazione: dalla legge delega 15/2009 al decreto di attuazione*, in "Risorse umane nella pubblica amministrazione", fasc. 4-5, 2009.

[7] Cfr. art. 2, d.lgs. n.150/2009.

[8] Cfr. art. 20, co. 1, d.lgs. n.150/2009.

[9] Cfr. art. 3, co. 2 d.lgs. n.150/2009.

[10] Cfr. art. 13, co. 1, d.lgs. n.150/2009.

ritoriali, nonché definendo il modello del sistema di valutazione della *performance*[11]. In ciascuna amministrazione o gruppo associato di amministrazioni è costituito l'Organismo indipendente di valutazione della prestazione[12], nominato dall'organo di indirizzo politico amministrativo, sentita la Commissione

Tale organo ha il compito, fra l'altro, di monitorare il funzionamento complessivo del sistema di valutazione, di valutare la *performance* di ciascuna struttura amministrativa, di validare la relazione annuale a consuntivo sulla *performance* organizzativa ed individuale dell'anno precedente redatta dall'organo di indirizzo politico amministrativo, nonché di proporre, all'organo politico, la valutazione annuale dei dirigenti di vertice e la relativa attribuzione di premi[13].

L'organo di indirizzo politico amministrativo definisce, in collaborazione con i dirigenti di vertice, il Sistema di misurazione e valutazione della *performance* organizzativa ed individuale, il Piano programmatico triennale della *performance* che individua gli indirizzi strategici, gli indicatori per la misurazione e valutazione della *performance* organizzativa e gli obiettivi del personale dirigente con i relativi indicatori, nonché la relazione consuntiva annuale sulla *performance*[14].

I dirigenti, invece, sono direttamente responsabili di misurare e valutare la *performance* individuale del personale assegnato ai propri uffici, nel rispetto del principio del merito (artt. 7 e 9 d.lgs. 150/2009; art. 17, co. 1, lett. e bis, d.lgs. n.165/2001 nuovo testo)[15].

In ultimo, ai contratti collettivi è attribuita la funzione di definire i trattamenti economici accessori collegati alla *performance* individuale e a quella organizzativa (art. 45, co3, d.lgs. n.165/2001), utilizzando le risorse a ciò appositamente destinate nell'ambito di quelle previste per il rinnovo del contratto nazionale (art. 45, co. 3 bis, d.lgs. n. 165/2001).

3. *I criteri di valutazione*

Il sistema di valutazione della *performance* individuale è fondamen-

[11] V. A. Vallebona, *La riforma del lavoro pubblico: il difficile risveglio da un incubo*, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro" fasc. 3, 2010, p. 137.

[12] Gli organismi indipendenti di valutazione della *performance*, sostituiscono i servizi di controllo interno disciplinati dal decreto legislativo n. 286 del 1999.

[13] V. artt. 7, 8, 10, 14, d.lgs. n.150/2009.

[14] Cfr. artt. 5, 7, 8, 9, 10, 15, d.lgs. n.150/2009.

[15] U. Carabelli, *Breve quadro sistematico delle novità legislative introdotte dalla riforma Brunetta*, in "Risorse Umane", fasc. 2, 2010, p. 39.

tale, poiché la legge vieta la distribuzione in maniera indifferenziata o automatica di incentivi o premi al di fuori di tale sistema (art. 18, co. 2).

In particolare, l'art. 18 del decreto legislativo n. 150 del 2009, intitolato "Criteri e modalità per la valorizzazione del merito ed incentivazione della *performance*", stabilisce che alla base del merito e del miglioramento della *performance* organizzativa ed individuale vi sia l'utilizzo di sistemi premianti selettivi, secondo logiche meritocratiche.

In sostanza, l'attribuzione di incentivi economici e di carriera[16], dovrebbe riguardare solo coloro che raggiungono le migliori *performance*, evitando, in tal modo, la c.d. distribuzione "a pioggia" di premi.

Dunque, la nuova normativa privilegia le differenziazioni sulla base di meriti effettivi e pone l'esigenza di verificare e misurare il reale livello di *performance* raggiunta.

A tale scopo, in ciascuna amministrazione, l'Organismo indipendente per la valutazione della *performance* ha il compito (sulla base della valutazione della *performance* individuale effettuata dai dirigenti per il personale e dall'organo di indirizzo politico per i dirigenti) di predisporre una graduatoria delle valutazioni individuali del personale dirigenziale e del personale non dirigenziale.

I criteri di ripartizione del personale per livelli di *performance* sono individuati dall'art. 19 del d.lgs. n. 150 del 2009 nel seguente modo[17]:

a) il venticinque per cento è collocato nella fascia di merito alta, alla quale corrisponde il cinquanta per cento delle risorse destinate al trattamento accessorio collegato alla *performance* individuale;
b) il cinquanta per cento è collocato nella fascia di merito intermedia, alla quale corrisponde l'attribuzione del cinquanta per cento delle risorse destinate al trattamento accessorio collegato alla *performance* individuale;

[16] Cfr. A. Ghiribelli, *I nuovi criteri di attribuzione di meriti e premi nella pubblica amministrazione*, in "Nuova rassegna", fasc. 23-24, 2009, p. 2461 secondo cui "i due istituti che la riforma chiama in causa sono, in particolare, la produttività e il meccanismo delle progressioni orizzontali, i quali spesso hanno operato in maniera indifferenziata e secondo automatismo. Essi, infatti, hanno costituito per lungo tempo all'interno delle amministrazioni pubbliche istituti attivabili verso la generalità del personale dipendente proprio per non creare differenziazioni. In particolare, la distribuzione della produttività "a pioggia" costituiva non un meccanismo premiale, ma un innalzamento per tutti dello stipendio tabellare; il meccanismo delle progressioni orizzontali era spesso mosso più da una permanenza per anzianità ad un certo livello economico che da un incentivo volto per premiare i più meritevoli".

[17] A. Capalbo, *Riforma Brunetta. Tutte le novità nel pubblico impiego*, Macerata, Nuova Giuridica, 2009.

c) il restante venticinque per cento è collocato nella fascia di merito bassa, alla quale non corrisponde l'attribuzione di alcun trattamento accessorio collegato alla *performance* individuale.

La contrattazione collettiva integrativa[18], allo scopo di assicurare una flessibilità al meccanismo della valutazione dei dipendenti, può prevedere deroghe alla percentuale di cui alla lettera a) in misura non superiore a cinque punti percentuali in aumento o in diminuzione (e quindi la cifra può scendere fino al 20% o salire fino al 30%), con corrispondente variazione compensativa delle percentuali di cui alle lettere b) e c).

Inoltre, la contrattazione può prevedere deroghe alla composizione percentuale della fascia intermedia e bassa e alla distribuzione tra le medesime fasce delle risorse destinate ai trattamenti accessori collegati alla *performance* individuale.

Tali deroghe sono oggetto di monitoraggio da parte del dipartimento della funzione pubblica, al fine di verificare il rispetto dei principi di selettività e di meritocrazia, onde evitare il ritorno al vecchio sistema degli incentivi a pioggia[19]

4. *Gli strumenti per premiare il merito*

Uno degli aspetti fondamentali della c.d. riforma Brunetta è rappresentato dagli istituti di premialità del merito e della professionalità, funzionali alla misurazione della *performance* individuale e collettiva sia del personale che delle singole amministrazioni[20].

Gli strumenti per premiare il merito e le professionalità, previsti dal decreto legislativo n. 150 del 2009[21], sono i seguenti[22]:

a) il bonus annuale delle eccellenze;

b) il premio annuale per l'innovazione;

c) le progressioni economiche;

[18] M. Barilà, *Trattamento economico accessorio la definizione alla contrattazione collettiva*, in "Guida al pubblico impiego", fasc. 5, 2010, pp. 38 ss.; A. Bianco, *La riforma del lavoro pubblico*, in "Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza", fasc. 16, 2009.

[19] In tal senso V. D'Acri, *op.cit*, p. 113.

[20] A. Viscomi, *Il sistema di valutazione delle performances delle strutture, della dirigenza e del personale nella riforma della pubblica amministrazione*, in U. Carabelli - M.T. Carinci (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Cacucci, Bari, 2009.

[21] In particolare gli articoli 20, 21, 22, 23, 24, 25 e 26.

[22] R. Santucci e P. Monda, *Valorizzazione del merito e metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa*, in L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, p. 275 ss.

d) le progressioni di carriera;
e) l'attribuzione di incarichi e di responsabilità;
f) l'accesso ai percorsi di alta formazione e di crescita professionale in ambito nazionale ed internazionale.

Per quanto concerne il bonus annuale delle eccellenze, a tale strumento concorre il personale dirigenziale e non, che si è collocato nella fascia di merito alta[23] (art. 21).

Il *bonus* è assegnato alle *performance* eccellenti individuate in non più del cinque per cento del personale, dirigenziale e non, che si è collocato nella predetta fascia di merito alta.

Spetta alla contrattazione collettiva nazionale determinare l'ammontare del *bonus* annuale delle eccellenze, che viene determinato nel limite delle risorse disponibili a valere sul fondo destinato alla contrattazione collettiva integrativa.

Inoltre, tale *bonus* viene assegnato al personale a conclusione del processo di valutazione della *performance*, entro il mese di aprile di ogni anno.

Con riferimento al premio annuale per l'innovazione, questo è istituito da ogni singola amministrazione pubblica ed ha un valore pari all'ammontare del *bonus* annuale di eccellenza, per ciascun dipendente premiato (art. 22).

Il premio viene assegnato al miglior progetto realizzato nell'anno, in grado di produrre un significativo cambiamento dei servizi offerti o dei processi interni di lavoro, con un elevato impatto sulla *performance* dell'organizzazione.

L'assegnazione del premio per l'innovazione compete all'Organismo indipendente di valutazione della *performance*, sulla base di una valutazione comparativa delle candidature presentate da singoli dirigenti e dipendenti o da gruppi di lavoro.

Chi abbia ottenuto il *bonus* annuale delle eccellenze può, rinunciandovi, partecipare alla selezione per il premio annuale per l'innovazione.

Gli artt. 23 e 24 del D.Lgs. n. 150 del 2009 regolano rispettivamente le progressioni economiche e le progressioni in carriera[24] dei dipendenti pubblici.

Per quanto concerne le progressioni economiche orizzontali, è opportuno premettere che l'art. 52 del D.Lgs. n. 165 del 2001, così come modificato dall'art. 62 del D.Lgs. n. 150 del 2009, precisa che nella mate-

[23]Nelle graduatorie di cui all'articolo 19, comma 2, lettera a), d.lgs. n. 150/2009.

[24] D. Serra e L. Busico, *La progressione di carriera dei dipendenti pubblici prima e dopo la "riforma Brunetta"*, in "Il lavoro nella giurisprudenza", fasc. 2, 2010, pp. 138 ss.

ria l'intervento della contrattazione collettiva è consentito negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge[25].

L'art. 23, comma 2 del D.Lgs. n. 150 del 2009 dispone che le progressioni economiche sono attribuite in modo selettivo, ad una quota limitata di dipendenti, in relazione allo sviluppo delle competenze professionali ed ai risultati individuali e collettivi rilevati dal sistema di valutazione.

Il comma 3 prevede, poi, che la collocazione nella fascia di merito alta per tre anni consecutivi o per cinque annualità anche non consecutive, costituisce titolo prioritario ai fini dell'attribuzione delle progressioni economiche. La contrattazione dovrà definire il concetto di "titolo prioritario", nonché le modalità di computo dei tre anni consecutivi e delle cinque annualità non consecutive[26].

Per quanto riguarda le progressioni di carriera, il legislatore della riforma ha previsto all'art. 24, comma 1, che le amministrazioni pubbliche, a decorrere dal 1 gennaio 2010, coprano i posti disponibili nella dotazione organica attraverso concorsi pubblici, con riserva non superiore al cinquanta per cento a favore del personale interno nel rispetto delle disposizioni vigenti in materia di assunzioni[27].

L'attribuzione dei posti riservati al personale interno, in virtù del comma 2 dell'art. 24, è finalizzata a riconoscere e valorizzare le competenze professionali sviluppate dai dipendenti in relazione alle specifiche esigenze delle amministrazioni e, a norma del comma 3, la collocazione nella fascia di merito alta per tre anni consecutivi, ovvero per cinque annualità anche non consecutive, costituisce titolo rilevante ai fini della progressione di carriera (norma che non si applica alle regioni ed agli enti locali).

Con le suddette disposizioni viene, quindi, riaffermato, in chiave meritocratica, il principio di concorsualità *ex* art. 97 Cost. non solo nell'accesso dall'esterno al pubblico impiego, ma anche nelle progressioni interne alla stessa P.A

Infine, completano il quadro degli strumenti dedicati alla premia-

[25] F. Fontana, *La centralità del sistema di valutazione del personale. Note a margine della Legge n. 15/2009, con particolare riguardo agli enti locali*, in "Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza", fasc. 16, 2009.

[26] G. Ferraro, *Prove generali di riforma del lavoro pubblico*, in "Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali" fasc. 2, 2009.

[27] Si precisa che la soglia del cinquanta per cento è stata considerata dalla Corte Costituzionale, soprattutto con la sentenza n. 373 del 2002, insuperabile per non incorrere nella violazione del precetto costituzionale di cui all'art. 97 Cost., ma è quella massima, potendo ogni amministrazione prevedere anche percentuali inferiori.

zione del merito, l'assegnazione di incarichi e responsabilità[28] (sulla base della professionalità sviluppata e attestata dal sistema di misurazione e valutazione) e l'accesso a percorsi di alta formazione e crescita professionale utili allo sviluppo delle competenze dei dipendenti[29].

E', inoltre, previsto un premio di efficienza, ossia una quota fino al 30 % dei risparmi sui costi di funzionamento derivanti da processi di ristrutturazione, riorganizzazione e innovazione destinati a premiare il personale direttamente e proficuamente coinvolto e, per la parte residua, ad incrementare le somme disponibili per la contrattazione stessa.

5. *Conclusioni*

Il decreto legislativo n. 150 del 27 ottobre 2009, è un provvedimento di grande rilevanza destinato a segnare, perlomeno nella speranza degli autori, un punto di svolta nella storia della Pubblica Amministrazione.

Per perseguire questo risultato si introduce il sistema di valutazione della *performance* che incide sull'erogazione del trattamento accessorio, sull'attribuzione di premi, sulle progressioni economiche e su quelle di carriera.

Tuttavia, tale impianto, appare caratterizzato da un'eccessiva rigidità in termini sia formali che burocratici, con la previsione di una serie di organi, competenze ed adempimenti che pongono, ad una distanza considerevole, il sistema valutativo del settore pubblico rispetto a quello privato[30].

Sul fronte dell'equità organizzativa si percepisce nell'azione del legislatore il giusto sforzo di differenziare i trattamenti retributivi a fronte dei diversi livelli di *performance* dei dipendenti. Tuttavia, tale sistema di distribuzione "forzata", potrebbe negare ingiustamente, a priori, la possibilità di un'eccellenza diffusa all'interno delle pubbliche amministrazioni[31] con il rischio che le risorse umane possano scontare un forte abbattimento motivazionale[32].

Un altro profilo discutibile della riforma è il rischio della crescita del

[28] Art. 25, d.lgs. n.150/2009.

[29] Art. 26, d.lgs. n.150/2009.

[30] In tal senso S. Mainardi, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, in "Il lavoro nella pubblica amministrazione", fasc. 5, pp. 729 ss.

[31] Si veda al riguardo G. Piscopo, *La riforma Brunetta nella prospettiva del valore delle risorse umane*, in "Risorse Umane", fasc. 2, 2010, p. 79

[32]. G. Piscopo, *op. cit.*, p. 79.

contenzioso, favorito anche dal mancato coinvolgimento dei valutati nelle varie fasi in cui si articola il ciclo della *performance*. Infatti, il personale potrebbe non condividere la valutazione ricevuta e, quindi, chiedere all'autorità giudiziaria la verifica dell'*iter* procedurale collegato alla valutazione[33].

Sembra, pertanto, necessario prevedere forme di monitoraggio e di confronto diffuso al fine di rendere condiviso il sistema valutativo.

[33] E. Villa, *Il sistema di misurazione/valutazione della performance dei dipendenti pubblici nel d.lgs. n. 15072009*, in "Il lavoro nelle pubblica amministrazione", fasc. 5, 2009, p. 773 ss.

PAOLA LIBERANOME

La difficile operazione di trapianto dei *Punitive Damages* nell'ordinamento italiano: l'apparente rigetto del sistema

SOMMARIO: 1. *Punitive damages*: il generale rigetto rispetto all'ipotesi di un *legal trasplant*. - 2. Deterrenza e rimedi civilistici. - 3. Nuovi orientamenti della giurisprudenza: il giudice avamposto di frontiera nell'evoluzione della responsabilità civile. - 4. Le più recenti tendenze limitative nei risarcimenti dei *punitive damages* nel nordamerica.

1. Punitive damages: *il generale rigetto rispetto all'ipotesi di un* legal trasplant

Da tempo la migliore dottrina italiana si interroga sulla possibilità e sull'utilità dell'introduzione nell'ordinamento italiano della categoria dei *punitive damages*, che, in particolare a seguito della recente decisione della Suprema Corte (sentenza n. 1183 del 19 gennaio 2007)[1] paiono allontanarsi sempre più all'orizzonte quale rimedio adottabile alla luce dei principi che disciplinano la responsabilità civile e che governano il nostro sistema giuridico[2].

[1] La Cassazione era stata chiamata a decidere in merito al rigetto, in sede di appello, dell'istanza di delibazione di una sentenza statunitense che condannava il produttore di un casco a risarcire alla vittima di un incidente stradale, per difetto di progettazione e produzione, una somma sicuramente eccedente il ristoro dei danni patiti. La somma riconosciuta a titolo di risarcimento era stata determinata dai giudici statunitensi secondo il parametro dei *punitive damages*, ritenuti, tuttavia incompatibili con il limiti dell'ordine pubblico interno.

Il giudicante, nel ribadire l'esclusiva finalità riparatoria della responsabilità civile, chiarisce che la stessa deve limitarsi a: «restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, anche mediante l'attribuzione al danneggiato di una somma che tenda a eliminare le conseguenze del danno subito mentre rimane estranea al sistema l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile ed è indifferente a tal fine la valutazione della sua condotta; è quindi incompatibile con la finalità dei danni punitivi che, per altro verso, non è neanche riferibile alla risarcibilità dei danni non patrimoniali o morali»

[2] Per tutti si vedano: P. PARDOLESI, *Danni punitivi: frustrazione da vorrei ma non posso?*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2007, p. 341 e ss.; C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile Aquiliano: Danno meramente patrimoniale, cd. perdita di chance, danni punitivi, danno cd. esistenziale*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 315 e ss.; G. PONZANELLI, *Danni Punitivi? No grazie*, in *Foro it.*, 2007, I, p. 1461 e ss.; S. OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*, in *NGCC*, 2007, I, p. 981 e ss; P. PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice?*, in *Danno e respons.*, 2007, p. 1126 e ss.; P. FAVA, Punitive damages *e ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco*, in *Corr. Giur.*,

La sentenza, infatti, sembra ribadire l'incontrovertibile funzione unicamente riparatoria assegnata al giudizio di responsabilità civile, escludendo *in nuce* ogni possibile riferimento a scopi punitivi e deterrenti. Questi ultimi sarebbero in contrasto con il principio generale di ordine pubblico dal momento che svincolerebbero la valutazione del comportamento del danneggiante dalla valutazione dei danni effettivamente patiti dal danneggiato, rompendo, in tal modo, l'equilibrio dell'intera architettura su cui si regge il nostro regime di responsabilità aquiliana.

Il giudizio appare, dunque, grave e difficilmente superabile, come d'altro canto un ulteriore e serio ostacolo alla trasposizione dell'istituto pare essere dovuta alla ricostruzione dello stesso alla luce dell'ordinamento di provenienza, ricostruzione che non fa che sancire la distanza tra i due approcci, quello statunitense e quello italiano, al problema dei *torts* e dei fatti illeciti e dei sistemi rimediali apprestati.

Come appare chiaro nella breve ricostruzione approntata da Ponzanelli[3], quattro sono le caratteristiche fondamentali che vanno ravvisate nei danni punitivi e che li caratterizzano in maniera preponderante, proprio queste caratteristiche, tuttavia, impediscono ogni qualsivoglia accostamento con l'esperienza italiana.

L'A. fa notare come il primo punto di scollamento tra i sistemi sia dato dalla dipendenza dell'illecito civile da quello penale negli Stati Uniti, dove: «l'illecito civile nasce nel grembo della responsabilità penale e anche quando raggiunge la sua autonomia mantiene forte la caratterizzazione penalistica …», mentre in Italia il cammino risulta completamente inverso, sganciando il nostro ordinamento, oggi anche per quello che riguarda il danno non patrimoniale, la valutazione dell'illecito civile dal vaglio dei comportamenti effettuato sotto la lente delle norme penali.

Altro grande motivo di incompatibilità pare essere la presenza ed il ruolo centrale che la giuria gioca negli Stati Uniti; a questa spetta infatti il compito di determinare l'ammontare del risarcimento, senza peraltro dover motivare, e nel farlo, dall'esame della casistica, emerge la sua tendenza a correggere verso l'alto la concessione dei risarcimenti, anche laddove non si controverta in tema di danni punitivi, quasi a voler, sostiene l'A., riequilibrare un sistema nel quale, come è noto, deboli sono

2007, p. 497 e ss.; L. Ciaroni, *Il paradigma della responsabilità civile tra tradizione e prospettive di riforma*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 1893 e ss.; G. Spoto, *I* punitive damages *al vaglio della giurisprudenza italiana*, in *Europa e dir. prov.*, 2007, p. 1129 e ss.; A. Musy, Punitive damages *e resistenza temeraria in giudizio: regole, definizioni e modelli istituzionali a confronto*, in *Danno e resp.*, 2000, p. 1125 e ss

[3] G. Ponzanelli, *I danni punitivi*, in *NGCC*, 2008, II, p. 26-27.

le garanzie in campo di sicurezza sociale. La mancanza della giuria ed un sistema, al contrario, forte e strutturato di *social security* costituirebbero l'antidoto dell'ordinamento italiano alle «tentazioni redistributive» perseguite anche per il tramite dei danni punitivi.

Ancora, la mancanza del principio di soccombenza nella lite negli U.S.A. orienta i giudici al riconoscimento di danni che normalmente vanno già oltre i danni subiti e provati al fine di garantire la più completa ed integrale riparazione, che comprenda, dunque, anche le spese di giudizio, che, viceversa, nel nostro ordinamento vengono addossate alla parte soccombente con la pronuncia di condanna.

Infine, una certa tendenza dettata dall'analisi economica del diritto che con la teoria dei multipli proporrebbe, in caso di *undercompensation*, di «trasferire tutte le somme globalmente non risarcite a favore dei soggetti che, per un motivo o per un altro, sono riusciti ad ottenere il risarcimento», evoluzioni della dottrina nordamericana che poca diffusione hanno avuto nel nostro paese.

Se, dunque, dovessimo fermarci alla breve ricostruzione effettuata dall'A. e alla lettura della sentenza della Cassazione sopra citata, non potremmo che concludere per l'impossibilità di effettuare l'operazione di *legal trasplant* dell'istituto: l'ordinamento non tollererebbe l'estraneo e non potrebbe che produrre un rigetto dell'elemento «alieno»[4].

Tuttavia i trapianti, per quanto siano interventi complessi e sempre rischiosi, sono pure operazioni che mirano a salvare la vita di un paziente che diversamente avrebbe gravemente compromessa la qualità della propria esistenza, quando non anche impedita del tutto la possibilità di

[4] Si vedano: G. Ponzanelli, *Non riconoscimento dei danni punitivi nell'ordinamento italiano: una nuova vicenda …*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 92 e ss.; X. Fava, *Funzione sanzionatoria dell'illecito civile? Una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra danni punitivi ed ordine pubblico …*, in *Corr. Giur.*, 2009, p. 525 e ss.

Contra P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da Sacco, Torino, 1998, p. 336, che nella lettura congiunta dell'art. 1223 e 1226 vede la volontà, da parte del legislatore, di creare due autonome e distinte ipotesi di valutazione da parte del giudice del danno, consentendogli di superare il limite della mera riparazione dello stesso che sembrerebbe discendere dall'applicazione dell'art. 1223. la valutazione equitativa riconosciuta infatti dall'art. 1226 permetterebbe al giudice di prendere in considerazione anche il comportamento del danneggiante e di uscire dal vincolo della valutazione del solo danno-conseguenza e degli effetti pregiudizievoli da questo prodotti.

Egualmente fondata sulla valutazione della condotta del danneggiante è la ricostruzione effettuata da V. Sirena (*Il risarcimento dei cosiddetti danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, I, p. 531 e ss.), che arriva ad ipotizzare la concessione di un rimedio generale di tale portata, anche sulla scorta dell'analisi della normativa europea, in tutti i casi in cui al danneggiante sia imputabile la male fede.

proseguirla. É, dunque, opportuno domandarsi se il tentativo non valga comunque la pena, se la forzatura del sistema non serva a garantirgli una maggiore funzionalità ed efficacia, se cioè non valga davvero la pena di tentare nell'ottica di assicurare al sistema un rimedio punitivo generale dotato di effettiva valenza deterrente.

2. *Deterrenza e rimedi civilistici*

Ridurre alla sola sfera riparatoria il ruolo e la funzione della responsabilità civile significherebbe misconoscere un rilevante aspetto della stessa. Oggi più che mai si assiste nei diversi sistemi ad un generale ripensamento di quest'area del diritto che faccia andare di pari passo la necessità di considerare il ristoro del danneggiato per i danni patiti unitamente alla valutazione della condotta del danneggiante, con una ripresa dell'attenzione sull'aspetto deterrente. La direzione è quella che dovrebbe portare al raggiungimento di un nuovo e più proficuo equilibrio tra riparazione e deterrenza[5], deterrenza verso la quale, in verità, parte della nostra stessa dottrina pare rivolgersi anche quando nega l'ingresso, anche solo a fini meramente speculativi, dei danni punitivi[6].

Pur riaffermando la prevalenza, nell'ambito della responsabilità civile, del rimedio risarcitorio, si concede una possibilità alla funzione di deterrenza, affermandosi che in questa direzione dovrebbe orientarsi la concessione dei rimedi classici, «si tratterà di modulare il rimedio stesso verso obiettivi non solo riparatori, ma anche punitivi»[7].

[5] V. Scalisi, *Il nostro compito nella nuova Europa*, in *Europa dir. priv.*, 2007, 2, 250. L'A. parla di un piano riequilibrato da ritrovare perché «una punizione non strumentale alla riparazione sarebbe mera *petitio principis*» così come una riparazione avulsa e non volta alla prevenzione risulterebbe altrettanto «velleitaria e priva di senso».

[6] Così ad esempio G. Ponzanelli, *Calabresi, 35 anni dopo: un ritorno alla* deterrente, in *NGCC*, 2006, II, p. 292 e ss. e *I danni punitivi*, cit., p. 27.

[7] *Ut supra.* L'A. dubita della possibilità di riconoscere una unica e piena finalità punitiva alla sanzione civile, stante il riconoscimento della potestà punitiva solo allo stato ed il riconoscimento alle sole sanzioni criminali della caratteristica in questione («… la punizione è compito inderogabile del legislatore, penale, e non potrebbe in alcun modo essere annoverata tra le finalità proprie del diritto civile»). Eppure concorda sul fatto che l'incapacità stessa delle pene criminali rispetto alla funzione generale di prevenzione ha originato, anche in altre branche del diritto, come quello amministrativo, la necessità di far ricorso a sanzioni punitive ed una valorizzazione delle stesse. Il fenomeno delle pene private ha conosciuto, così, dagli anni ottanta in poi una crescente attenzione ed applicazione «a tutti e tre i livelli dell'esperienza giuridica: si può infatti individuare la presenza di pene private contrattuali, legislative e giudiziali. I privati (l'esempio tipico più conosciuto è quello della clausola penale), il legislatore nonché il giudice, possono essere tutti e tre interessati nella concessione di misure sanzionatorie di carattere punitivo».

I danni punitivi, pertanto, potrebbero ben essere intesi, nel quadro del sistema, come sanzioni punitive private, pene private destinate a riprendere campo e corpo soprattutto laddove la disciplina penalistica mostri le maggiori carenze sul piano della prevenzione[8].

Né può agitarsi la bandiera del "principio di integrale riparazione del danno" quale vessillo dietro il quale trincerarsi contro una possibile invasione dei danni punitivi. Il principio vuole che il danneggiato, a seguito del risarcimento, sia messo nella medesima condizione in cui si trovava prima di subire il danno, sulla stessa "curva d'indifferenza", senza nulla aggiungere o togliere.

Chiarito, tuttavia, che il principio non ha alcuna valenza costituzionale, poiché in tal senso si espressa la stessa Corte Costituzionale[9], e rilevato che esso trova deroghe di tipo legislativo in cui, come nel caso evidente dell'espropriazione per pubblico interesse o nell'occupazione appropriativa, la misura del risarcimento è di certo inferiore al pregiudizio patito, non si comprende perché dovrebbe negarsi recisamente la possibilità che, al contrario, la misura del risarcimento possa trascendere i limiti dell'integrale soddisfazione.

Pur non prevedendo il risarcimento di danni punitivi, in due interventi il legislatore, in tema di proprietà intellettuale e tutela di essa, pare di recente essersi comunque discostato dal modello esclusivamente riparatorio, avendo disposto, nel caso della proprietà intellettuale[10], il ri-

[8] Per tutti si vedano: Busnelli, Scalfi, *Le pene private*, Milano, 1985 e P. Gallo, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996.

[9] Corte Cost. n. 349 del 24 ottobre 2007, in *Guida al dir.*, n. 44, 2007, p. 42 e ss.; sul punto G. Ponzanelli, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in *la responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di M. Bussani, Napoli, 2006. Si vedano anche Cass. Civ. n. 15760 del 12 luglio e Cass. Civ. n. 2311 del 2 febbraio 2007.

[10] Nello specifico è l'art. 125 del Codice della proprietà intellettuale così rubricato "Risarcimento del danno e restituzione dei profitti dell'autore della violazione".

Sul tema si vedano: L.C. Ubertazzi, *Il codice della proprietà intellettuale,* Milano, 2004; M. Libertini, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale e da lesione della proprietà intellettuale*, Milano, 2004; A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, p. 333 e ss; A. Genovese, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, Napoli, 2005; A. Plaia, *Proprietà Intellettuale e risarcimento del danno*, Torino, 2005; P. Pardolesi, *Profitto illecito e risarcimento del danno*, Trento, 2005; V. Sirena, *Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi*, in *Studi in onore di Massimo Bianca*, Milano, 2006, p. 824 e ss; M. Barbuto, *il risarcimento dei danni da contraffazione del brevetto e la restituzione degli utili*, in *Riv. dir. ind.*, 2007, I, p. 172.

Non manca, tuttavia, in dottrina chi sostiene l'autonomia della pretesa restitutoria sulla scorta delle norme in tema di ingiustificato arricchimento (C. Castronovo, *La violazione della proprietà industriale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, in *IDI*, 2003, p. 7; A. Nicolussi, *Proprietà intellettuale ed arricchimento ingiustificato: la restituzione degli utili nell'art. 45 dei Trips*, in *Europa e dir. Priv.*, 2002, p. 1003; A. Plaia, *La vio-*

sarcimento tanto del danno emergente quanto del lucro cessante a seguito dell'usurpazione di privative industriali o di contraffazione del brevetto ma anche la restituzione degli utili conseguiti, in alternativa al lucro cessante o nella misura in cui essi eccedano tale risarcimento. Dal momento che, dunque, l'utile conseguito può eccedere il danno effettivamente subito e che questo utile può essere richiesto in restituzione dal danneggiato, il risarcimento avrà senza dubbio una funzione non solo compensatoria ma anche sanzionatoria.

A seguito, inoltre, del recepimento della Direttiva Comunitaria n. 48 del 2004, ad opera dell'art. 5 del D. Lgs n. 140 del 16 marzo 2006, la legge sul diritto d'autore (L. n. 633 del 22 aprile 1941 e successive modifiche ed integrazioni) giunge ad introdurre notevoli innovazioni nel sistema. In primo luogo essa sancisce l'applicabilità, anche per il diritto d'autore, delle *astreintes*[11], già previste in altri campi di tutela della proprietà industriale; estende, poi, la responsabilità e l'applicazione delle sanzioni all'intermediario che fornisce i servizi resisi necessari per la violazione (coinvolgendo, così, anche il *server provider*) (art. 156 Legge sul Diritto d'Autore), recepisce il consolidato orientamento che vede nella violazione di un diritto di esclusiva un danno *in re ipsa* da liquidarsi equitativamente da parte del giudice, che dovrà tenere in debito conto anche

lazione della proprietà intellettuale tra risarcimento e restituzione, in *Riv. Dir. Com.*, 2003, p. 1021; M. Ricolfi, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale e da lesione della proprietà intellettuale*, Milano, 2004) o ancora delle disposizioni sulla gestione di affari altrui (V. Sirena, *L'efficacia dei rimedi civilistici a tutela del diritto d'autore: prospettive di una ridefinizione sistematica*, in *AIDA*, 2003, p. 520; G. Guglielminetti, *La gestione di affari e la riversione di degli utili*, in *AIDA*, 2000, p. 186) oppure di quelle dettate in tema di reversione dei frutti nel possesso (G. Gitti, *Il possesso di beni immateriali e la riversione dei frutti*, in *AIDA*, 2000, p. 152).

[11] Anche nel Codice del consumo si trova, all'art. 140, la previsione dell'istituto di origine francese che serve a far sì che l'obbligato adempia all'ordine di un giudice ponendo in essere l'obbligo di fare infungibile oggetto della propria prestazione. L'infungibiltà dell'obbligo impone che lo stesso venga ottemperato dall'oblato, essendo difficile se non impossibile eseguirlo in via esecutiva.

Nella stessa linea si pone anche l'art. 614 *bis* c.p.c. introdotto con la l. n. 69 del 18 giugno 2009 di riforma dl codice civile. L'articolo prevede che: «con il provvedimento di condanna il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di danaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico o privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409.

Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile».

gli utili realizzati in violazione della esclusiva[12], e stabilisce, in aggiunta al risarcimento, l'obbligo, a carico dell'autore della violazione, di distruggere o rimuovere, a proprie spese, lo stato di fatto da cui la violazione ha origine. L'art. 158 prevede poi la possibilità per il giudice di liquidare il danno in via forfettaria, aggiungendo comunque una maggiore somma stabilita in relazione ai maggiori utili conseguiti grazie alla violazione dell'esclusiva. Ancora una volta, dunque, benché forse in maniera meno incisiva di quanto previsto dall'art. 125 del Codice della proprietà intellettuale, il legislatore, nel disciplinare le modalità per il risarcimento del danno patito, supera la mera funzione riparatoria e compensatoria, riconoscendo una funzione afflittiva al risarcimento che coprirà non solo il danno effettivamente sofferto ma anche una valutazione degli utili conseguiti dal danneggiante, cui dovrà parametrarsi il risarcimento.

Nella stessa direzione pare muoversi anche l'art. 4 del D.L. n. 259 del 22 settembre 2006, in tema di intercettazioni telefoniche, successivamente convertito con modifiche dalla L. n. 281 del 20 novembre 2006. Ancora una volta il legislatore, nel fissare un risarcimento in termini generali ed astratti, che scatta in conseguenza della lesione, risarcisce la lesione stessa (danno evento) e non anche le conseguenze, immediate e dirette, di questa (danno conseguenza), attribuendogli una funzione sanzionatoria oltre che riparatoria.

Nei casi sopra esaminati si risarcisce, pertanto, un danno attribuendo una somma di danaro che non è destinata a riportare direttamente il danneggiato sulla medesima curva d'indifferenza su cui si trovava prima di subire la lesione, superando così la funzione eminentemente riparatoria ed aprendo un varco all'ingresso dei danni punitivi.

3. *Nuovi orientamenti della giurisprudenza: il giudice avamposto di frontiera nell'evoluzione della responsabilità civile*

Sfruttando questi piccoli varchi del sistema, che non permettono certo di individuare fattispecie assimilabili ai danni punitivi, ma neppure consentono di escludere a priori la possibilità di ragionare in termini di funzione deterrente e punitiva del rimedio risarcitorio, si può pensare ad un ruolo fortemente attivo e propositivo del giudice che, dando una let-

[12] Si vedano in tal senso Cass. Civ. n. 3672 del 14 marzo 2001, in *Dir. Autore*, 2001, p. 463; Cass. Civ. n. 3390 del 7 marzo 2003 e App. Milano, sez. I, del 14 dicembre 2005 in *Giur. It.*, 2006, II, c. 1880, con nota di C.E. Menzetti, *Il risarcimento del danno fra vecchio e nuovo diritto della proprietà intellettuale: utili, benefici e meriti come criteri di liquidazione*.

tura nuova delle norme chiamato ad applicare, possa fungere da grimaldello per forzare il blocco finora imposto all'ingresso di sanzioni inflitte con finalità sanzionatorie.

Il punto da verificare è se, in presenza evidentemente di un dettato legislativo che lasci intravedere la possibilità di valutare la condotta del danneggiante ai fini della determinazione dell'ammontare del risarcimento, il giudice possa spingersi fino a sanzionare la condotta stessa stabilendo un risarcimento ad essa correlato.

Un primo tentativo si può certamente riscontare in tema di danni non patrimoniali. In questo caso, infatti, intanto è la stessa norma, l'art. 2059, che rinviando ai casi determinati dalla legge, e, quindi, alle fattispecie di reato in prima battuta, mette in relazione diretta il risarcimento con la condotta del danneggiante.

Ma è poi la giurisprudenza che allarga le maglie, facendo rientrare la più ampia nozione di lesione di diritti fondamentali e di compromissione dei valori personali, superando la riserva di legge correlata all'applicazione dell'art. 185 c.p., richiamato dall'art. 2059. La lettura costituzionalmente orientata della norma permette così di riconoscere tutela al danneggiato in ogni caso in cui risultino lesi interessi protetti di rilievo costituzionale[13].

Altro indice di rilevanza della condotta del danneggiante ai fini del risarcimento del danno può essere rinvenuto nel dettato dell'art. 96 c.p.c., che sanziona il comportamento di quanti instaurino controversie manifestamente infondate. In tal senso, i giudici potrebbero, in applicazione della norma, arrivare a sanzionare i comportamenti processuali delle parti, punendo più severamente quelli che risultino connotati da dolo[14].

[13] Sulla possibilità di considerare il danno morale come danno avente una sua funzione sanzionatoria e punitiva si veda M. Franzoni, *Fatti illeciti*, in *Commentario Scialoja-Branca*, *sub* art. 2059, Bologna, Roma, 1993, p. 1250 e ss. ed anche *Fatti illeciti*, Supplemento, in *Commentario Scialoja-Branca*, *sub* art. 2059, Bologna, Roma, 2004, p. 530, e *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2004, p. 491.

Bisogna però ricordare che lo stesso A. mostra di cambiare successivamente opinione nello scritto *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, in *Contratto e impr.*, 2009, p. 1 e ss.

[14] Si veda la decisione del Tribunale di Milano del 26 ottobre 2006, pubblicata in *Danno e resp.*, 2007, p. 1037 e ss. con commento di R. Breda, *Recenti sviluppi interpretativi in materia di responsabilità processuale aggravata*. G. Ponzanelli, che pure richiama la decisione nel suo scritto *I danni punitivi*, cit. p. 31-32, accosta questa decisione alla decisione della Suprema Corte statunitense del 2003 nel caso Campebell, in cui, per l'appunto, si controverteva in tema di danni punitivi. L'A., tuttavia, chiarisce che: «tali disposizioni attestano l'esistenza nel nostro ordinamento di figure che pongono l'accento sulla condotta del danneggiante e che concedono il risarcimento di un danno non tanto per il fatto che esso sia sta-

Qualche Autore[15] aggiunge poi a questi casi, quello della clausola penale e la lettura della norma che ne ha fatto la Cassazione, che a sezioni unite esplicitamente ammette la possibilità di riconoscere valenza sanzionatoria all'istituto, chiamato a rivestire anche i panni della sanzione privata per il caso di inadempimento del debitore[16]. Ancora una volta la giurisprudenza si spinge fino al punto di riconoscere una funzione punitiva, oltre che risarcitoria, ad una sanzione contrattuale e dunque privata, sebbene da applicarsi entro i limiti della proporzionalità, di fatto, però, escludendo che il riconoscimento di un risarcimento del danno con funzione affittiva possa essere in contrasto con il principio dell'ordine pubblico interno.

Ancora, lo stesso Autore indica anche l'applicazione che certa giurisprudenza fa dell'art. 709 *ter* c.p.c.[17] e la ricostruzione dei percorsi del-

to sofferto dalla vittima, quanto per l'urgenza di sanzionare una condotta del danneggiante che abbia superato una certa soglia di antigiuridicità.

Soltanto in presenza di un indice normativo sicuro, peraltro, il giudice può concedere una somma superiore al danno sofferto dalla vittima; a lui è preclusa una facoltà generale di concedere risarcimenti punitivi» (p. 32).

[15] A. Riccio, *I danni punitivi non sono, dunque, in contrasto con l'ordine pubblico interno*, in *Contratto e impr.*, 2009, p. 854 e ss.

[16] La sentenza cui si fa riferimento è Cass. Civ. n. 18128 del 13 settembre 2005, in *Foro it.*, 2005, I, p. 2985, con commento di A. Riccio, *L'equità correttiva è, dunque, assurta a regola generale*, in *Contratto e impr.*, 2005, p. 927 e ss, dello stesso A. si veda anche *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata*, in *danno e resp.*, 2006, p. 424 e ss.

La Cassazione espressamente prevede che: «nel disciplinare l'istituto la legge ha ampliato il campo normalmente riservato all'autonomia delle parti, prevedendo per esse la possibilità di predeterminare, in tutto o in parte, l'ammontare del risarcimento del danno dovuto dal debitore inadempiente (aspetto risarcitorio della clausola), ovvero di esonerare il creditore dal fornire la prova del danno subito, di costituire un vincolo sollecitatorio a carico del debitore, di porre a carico di quest'ultimo una sanzione per l'inadempimento (aspetto sanzionatorio della penale), e ciò in deroga alla disciplina positiva in materia …».

Favorevole al riconoscimento della funzione punitiva della penale è anche F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009, p. 515 e ss.

[17] Così Trib. Napoli, 30 aprile 2008 in *Fam. e dir.*, 2008, p. 1024 e ss, con nota di G. Facci, della stessa Autrice si veda anche, sul tema, *La responsabilità dei genitori per violazione dei doveri genitoriali*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. Sesta, Torino, 2008, p. 225e ss.; nello stesso volume si vedano ancora B. Lena, *I rimedi all'inadempimento dei provvedimenti relativi all'affidamento della prole*, p. 247 e ss.

In senso conforme alla decisione sopra menzionata si vedano anche Trib. Messina, 5 aprile 2007, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 80 con nota di E. La Rosa, *I danni punitivi approdano in famiglia?*, Trib. Vallo Lucania, 7 marzo 2007, in *La responsabilità civile*, 2007, p. 472.

Sul tema: G. Ferrando, *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. n. 54/2006*, in *Famiglia, persone e succ.*, 2007, p. 596 e ss.; A. D'Angelo, *Il risarcimento del danno come sanzione?Alcune riflessioni sul nuovo art. 709 ter c.p.c.*, in *Famiglia*, 2006, p. 1048 e ss.; M. Paladini, *Responsabilità civile nella famiglia, verso i danni punitivi?*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2007, p.

la dottrina sul regime dei provvedimenti che il giudice, ai sensi dell'articolo in esame, può disporre a carico del genitore inadempiente.

Tali provvedimenti hanno una evidente natura sanzionatoria e deterrente, tanto che non è necessaria la prova del pregiudizio subito al fine di ottenere un risarcimento per la mancata ottemperanza ai provvedimenti dell'autorità.

I giudici possono, dunque, e in molti casi hanno già sfruttato i vari *input* del legislatore al fine di poter concedere risarcimenti che superino il mero intento riparatorio-compensatorio. In presenza di un «indice normativo sicuro»[18] il giudice applicherà la norma che, al tempo stesso, introducendo la funzione sanzionatoria ed afflittiva, impedisce di sollevare un problema di ordine pubblico interno. Potranno poi, saltato il limite anzidetto, dare anche una lettura delle altre norme in linea con la funzione deterrente non più aprioristicamente esclusa o escludibile.

La storia a questo punto sembra tutta da riscrivere. La grande vivacità del dibattito che negli stessi Stati Uniti suscita ancora il tema dei danni puntivi fa comprendere quanto proficuo possa risultare il tentativo di ragionare non più solo in termini riparatori sulla responsabilità aquiliana, aggiungendo una nuova funzione ed un ulteriore scopo al fine di meglio tutelare il danneggiato e rendere più completo il sistema rimediale approntato dall'ordinamento.

4. *Le più recenti tendenze limitative dei* **punitive damages** *nel nordamerica*

Paradigmatica dell'evoluzione, tutt'ora in corso, della dottrina dei danni punitivi pare essere la nota sentenza resa nel caso *Philip Morris USA v. Williams*[19], che ancora continua a tenere occupate le corti statunitensi, benché non si controverta sulla responsabilità, oramai definitivamente accertata, del colosso del tabacco.

Inserita nell'ambito delle cosiddette *Tobacco Litigations*, la decisione in esame mostra come se sull'*an debeatur* nulla resti da dire, sul *quantum*, al contrario, la partita è ancora completamente aperta, in partico-

2011; G. De Marzo, *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare*, Milano, 2007, p. 722; C. Onniboni, *Ammonizione e altre sanzioni al genitore inadempiente: prime applicazioni dell'art. 709 ter c.p.c.*, in *Famiglia e dir.*, 2007, p. 829; F. Danovi, *I provvedimenti riguardanti i figli: profili processuali*, in *Il diritto di famiglia*, in *Trattato Bonilini Cattaneo*,Torino, 2007, p. 1108; B. De Filippis, *Il matrimonio, la separazione dei coniugi e il divorzio*, Padova, 2007, p. 321; A. Arceri, *L'affidamento condiviso. Nuovi diritti e nuove responsabilità nella famiglia in crisi*, Milano, 2007, p. 275.

[18] Così G. Ponzanelli, *I danni punitivi*, *cit*, p. 32.

[19] *Philip Morris USA v. Williams*, 549 U.S. 346 (2007).

lar modo in relazione alla quantificazione dei danni punitivi.

Con essa la corte riconosce sostanzialmente le ragioni della signora Williams, che agisce in giudizio per vedersi riconosciuto un risarcimento dei danni patiti in conseguenza della morte del marito, morto per patologie legate al consumo di tabacco, lamentando il comportamento fraudolento della Philip Morris che aveva tenuto i consumatori all'oscuro dei rischi legati al consumo di tabacco e non aveva mai rese note le sostanze additive e cancerogene aggiunte ai suoi prodotti.

Il vero punto della questione risiede nel risarcimento riconosciuto dalla giuria: 821.000 dollari a titolo di *compensatory damages* e ben 79,5 milioni di dollari quali *punitive damages*[20].

Questa somma fa sì che nel 2007 la Corte Suprema rimandi il caso alla Corte Suprema dello stato dell'Oregon affinché la stessa valuti se non vi sia stata una violazione del principio costituzionale del *due process* nel modo in cui il giudice ha condotto il caso ed, in particolare, relativamente alle modalità con cui la giuria è stata istruita.

Ma il giudicante, nel voler riaffermare l'autonomia del proprio orientamento e nel volersi discostare da un orientamento più *pro business* che la Suprema Corte aveva iniziato a manifestare, riafferma il verdetto, lasciando intatto l'ammontare del risarcimento.

Nel 2008 la Suprema Corte sembra arrendersi alla ricostruzione dell'Oregon Supreme Court[21] e nel 2009 sancisce che la *certiorari petition* presentata dalla convenuta ed accettata e concessa era stata *improvidently granted*[22].

La decisone dunque continua ancora a far discutere ed è ancora oggetto di recenti riesami.

Cercando di cavalcare una tendenza al ridimensionamento dei danni punitivi concessi dalle corti utilizzando l'argomento del *constitutional excessiveness*, la convenuta aveva tentato di ottenere una revisione della somma riconosciuta al danneggiato dalla Corte Suprema dell'Oregon. In qualche caso[23], infatti, la Suprema Corte Federale si era dimostrata ben

[20] Riconoscendo questa somma stratosferica la giuria s discosta nettamente dal limite che solo qualche anno addietro era stato fissato nel caso *Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Campbell* (538 U.S. 403, 2003).

[21] *Philipp Morris USA v. Williams*, 128 S. Ct. 2904 del 9 giugno 2008.

[22] *Philipp Morris USA v. Williams*, 129 S. Ct. 1436 del 31 marzo 2009.

[23] Si vedano: *BMW of North America v. Gore*, 517 U.S. 559, 1996;e *Exxon Shipping Co. v. Baker*, 128 Ct 2605, 2008. In relazione a questioni di rilevanza constituzionale relative ai Danni punitive si vedano anche: *Browing- Ferries v. Kelco*, 492 U.S. 257, 1997; *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, 499 U.S. 1, 1991; *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.*, 509 U.S. 443, 1993; *Honda Motor Co. V. Oberg*, 512 U.S. 415, 1994; *Cooper Industries Inc. v. Letherman Tool Group Inc*, 532 U.S. 424, 2001.

pronta a ridurre l'ammontare dei danni da risarcire.

Ciò tuttavia non accade nel caso in esame, nel quale la Corte, pur riconoscendo inizialmente la validità della *certiorari petition*, non entra nel merito dei danni riconosciuti, per la verità perché ritiene non ben motivato il ricorso sul punto della *constitutional excessiveness.*

In qualche maniera, pertanto, con questo rigetto si modifica l'orientamento della corte favorevole ad una diminuzione delle somme riconosciute quali danni punitivi che si era affermato a partire dal caso BMW, sostanzialmente sulla scorta di due motivi di doglianza: il contrasto con l' VIII Emendamento (*Excessive Fines Clause*) ed il contrasto con il XIV Emendamento (*Due Process Clause*). Il caso BMW, tuttavia, resta quello di maggior rilievo perché per la prima volta si afferma la possibilità di considerare come costituzionalmente illegittimi danni punitivi in quanto in contrasto con la *due process clause*, dunque in relazioni a questioni di tipo procedurale[24].

Come si vede, anche nell'ordinamento di provenienza non mancano i dibattiti sui danni punitivi e la dottrina è ancora lontana dall'essere cristallizzata. Di certo si può comunque affermare che un confronto con tale istituto ed ogni tentativo di ipotizzare trapianti o letture degli istituti già presenti nel nostro ordinamento alla luce di una funzione anche afflittiva della responsabilità civile non può che risultare proficuo, soprattutto laddove si intenda porre l'accento sulla condotta del danneggiante e sulla necessità di sanzionarla quando essa superi un certo livello di antigiuridicità.

Per un commento alle decisioni si veda: B. C. Zipursky, *A theory of punitive damages*, in 84 *Tex L. Rev.* 1, 2005 e dello stesso Autore *Punitive Damages after Philip Morris v. Williams*, in 134 U.S. 44, 2010.

[24] Nel caso a fronte di un danno economico patito e riconosciuto per un ammontare di 4.000 dollari, la giuria aveva condannato la BMW al pagamento di 2 milioni di dollari di danni punitivi, benché la condotta della convenuta non fosse connotata da particolare antigiuridicità (la casa automobilistica aveva solo taciuto il fatto di aver riverniciato la vettura prima di metterla in vendita).

MIRNA MASTRODOMENICO

Brevi note sul lavoro occasionale di tipo accessorio

SOMMARIO: 1. Evoluzione del quadro legislativo. - 2. Il lavoro accessorio riformato.

1. *Evoluzione del quadro legislativo*

Nel ventaglio delle tipologie contrattuali introdotti dalla Riforma Biagi (D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 emanato in attuazione della L. 14 febbraio 2003, n. 30), il lavoro accessorio riveste particolare interesse per gli interpreti, dal momento che costituisce, nel nostro ordinamento, un *unicum*, sia sotto il profilo della disciplina, improntata alla massima semplificazione degli adempimenti fiscali e previdenziali[1], sia sotto quello della procedura di corresponsione del compenso, incentrato sul sistema dei buoni lavoro.

Il lavoro accessorio viene introdotto nel nostro ordinamento utilizzando come modello quello del *Contract ALE* dell'esperienza belga: in quest'ultimo il lavoro accessorio è resa nell'ambito di un rapporto triangolare tra il datore di lavoro, l'*Ale* (*Agence Locale pour l'Emploi*), il lavoratore e l'utilizzatore (una sorta di somministrazione di manodopera destinata a particolari soggetti e che viene in qualche modo ripresa in Francia con la disciplina di sviluppo ai servizi alla famiglia, i cd. *chéques emploi – service universels* disciplinati dagli articoli L1271-1 e L1271-5 del *Code du Travail*); la prestazione di lavoro è compensata con i cd. *chéques Ale* che corrispondono alla retribuzione oraria spettante al lavoratore; infine il Governo finanzia un rimborso a favore dell'impresa che ha assunto il lavoratore, assumendosi così gli oneri dell'inserimento professionale di soggetti generalmente poco qualificati e a rischio di esclusione sociale[2].

[1] Cfr. M. R. GHEIDO – A. CASOTTI, *Lavoro accessorio: esteso l'utilizzo dei* voucher, in *Dir. prat. lav.*, 2010, p. 157.

[2] V., L. Valente, *Lavoro accessorio nelle recenti riforme e lavoro subordinato "a requisiti ridotti"*, in Riv. gen. lav. prev. soc., 2009, p. 589 ss.. Cfr anche M. BORZAGA, *Le prestazioni occasionali all'indomani della L. n. 30 e del D.Lgs. n. 276/2003,* in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, p. 290.; S. CORBASCIO - O. NACCI, *Riforma del mercato del lavoro e contrasto al lavoro nero*, in AA.VV., *La riforma del mercato del lavoro,* a cura di M. TIRABOSCHI, Milano, Giuffrè, 2004, p. 266; I. CORSO, *Prestazioni occasionali di tipo accessorio*, in AA. VV., *Il lavoro subordinato,* Vol. II, a cura di C. CESTER, in *Diritto del lavoro. Commentario*, diretto da F. CARINCI, Torino, Utet, 2007, p. 169

Il nostro legislatore, scegliendo un modello contrattuale bilaterale (committente-prestatore di lavoro) ammette "prestazioni di lavoro occasionale ed accessorio, in generale e con particolare riferimento a opportunità di assistenza sociale, rese a favore di famiglie e di enti senza fini di lucro, da disoccupati di lungo periodo, altri soggetti a rischio di esclusione sociale o comunque non ancora entrati nel mercato del lavoro, ovvero in procinto di uscirne, regolarizzabili attraverso la tecnica di buoni corrispondenti a un certo ammontare di attività lavorativa …" (art. 4, co. 1 lett. d) L. n. 30/2003). In attuazione della legge delega, il D.Lgs. 276/2003, agli artt. 70-74, detta una prima disciplina del lavoro accessorio[3], che, data la sua natura innovativa, richiederà successive modifiche dettate da esigenze via via suggerite dalla prassi[4].

ss. Sull'esperienza belga si v. O. Nacci, *Il lavoro accessorio nell'esperienza comparata: il caso belga*, in *Guida lav.*, suppl. 2003, n. 4, p. 119; A. Sansoni, *Lavoro accessorio e buoni lavoro: le ragioni di un successo*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, p. 311; N. Persico, voce *Lavoro accessorio*, in *Digesto comm.*, Torino, Utet, 2008, p. 417.

[3] Per la quale si rinvia a F. Basenghi, *Il lavoro occasionale ed accessorio: spunti ricostruttivi*, in *Dir. merc. lav.*, 2004, p. 247 ss.; N. Bianchi, *Il lavoro autonomo occasionale dopo la legge Biagi*, in *Guida lav.*, 2004, 2, suppl., p. 64 ss.; M. Borzaga, *op. cit.*, p. 273 ss.; I. Corso, *Le prestazioni occasionali di tipo accessorio*, in *Lav. giur.*, 2004, p. 1134 ss.; N. De Marinis, *Il lavoro occasionale e il lavoro accessorio nel D.Lgs. n. 276/2003. Il diritto del lavoro oltre il mercato*, in *Scritti in memoria di Salvatore Hernandez*, in *Dir. lav.*, 2003, p. 169 ss.; A. Lo Faro, *Commento agli artt. 70-73*, in Aa. Vv., *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, Cedam, 2004, p. 792 ss.; G. Mautone, *Lavoro accessorio e prestazioni che esulano dal mercato del lavoro*, in *Guida lav.*, 2003, 4, p. 116 ss.; M. Pedrazzoli, *Commento agli articoli 70-73*, in Aa.Vv., *Il nuovo mercato del lavoro*, coordinato da M. Pedrazzoli, Bologna, Zanichelli, 2004, p. 841 ss.; T. Vettor, *Le prestazioni accessorie*, in Aa.Vv., *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, a cura di G. Ghezzi, Bologna, Zanichelli, 2004, p. 341 ss.; M. Viceconte, *Prestazione occasionale* ex *D.Lgs. n. 276/2003 e prestazione occasionale di lavoro autonomo* ex *art. 2222 c.c.: identità e differenze*, in *Mass. giur. lav.*, 2004, p. 481 ss.

[4] Le modifiche sono state operate dal D.Lgs. 6 ottobre 2004, n. 251 ("Disposizioni correttive del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, in materia di occupazione e mercato del lavoro"); dalla L. 14 maggio 2005, n. 80 ("Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, recante disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Deleghe al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali"); dai D.M. 30 settembre 2005 ("Lavoro accessorio ai sensi dell'articolo 72 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni") e 1 marzo 2006 ("Modifica del decreto 30 settembre 2005, adottato ai sensi dell'articolo 72, commi 1 e 4, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, relativo al lavoro accessorio"); dalla L. 6 agosto 2008, n. 133 ("Conversione, con modificazioni, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante "Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria"); dalla L. 9 aprile 2009, n. 33 ("Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, recante misure urgenti a sostegno dei settori industriali in crisi"); e, da ultimo, dalla L. 23 dicembre 2009, n. 191 ("Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2010").

La finalità precipua, dichiaratamente perseguita dal legislatore con l'introduzione dell'istituto, sta nel ricondurre, in un certo ambito di diritto, alcune prestazioni di lavoro che, di regola, sono eseguite in nero[5].

A questi obiettivi se ne affiancano altri dalla valenza occupazionale e pseudo-ammortizzatoria: già, nel primo impianto del decreto Biagi, i prestatori di lavoro accessorio erano individuati, dall'art. 70, co. 1, in "soggetti a rischio di esclusione sociale o comunque non ancora entrati nel mercato del lavoro, ovvero in procinto di uscirne"[6].

Negli sviluppi legislativi più recenti, si assiste ad una rimodulazione in senso estensivo dei limiti di applicazione previsti nel disegno originario: prima con le riforme del 2008 e 2009 (D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla L. 6 agosto 2008, n. 133, e D.L. 10 febbraio 2009, n. 5, convertito dalla L. 9 aprile 2009, n. 33, che costituiscono il cd. Pacchetto Sacconi), poi con la Legge Finanziaria per il 2010 (L. 23 dicembre 2009, n. 191), si è attuato un ampliamento dei destinatari, oltre che delle tipologie di attività e di beneficiari coinvolti, allo scopo incentivare il ricorso e di incrementare la fruibilità dell'istituto[7].

Questo progressivo processo di liberalizzazione dovrebbe, in buona sostanza, concorrere al superamento dell'attuale fase di emergenza occupazionale, offrendo ad una platea sempre più ampia di destinatari uno strumento assai snello, e, dunque, più appetibile per le imprese, sia dal punto di vista della disciplina che dal punto di vista delle tutele.

A tal proposito, occorre sottolineare che, se nella L. n. 30/2003, il lavoro accessorio era destinato a soggetti non imprenditoriali (famiglie ed enti senza fini di lucro), nell'attuale quadro normativo, come si vedrà, non sono più previsti limiti per quanto riguarda la natura dei committenti, che possono essere imprese familiari, aziende di ogni settore produttivo, enti pubblici.

[5] Sulle finalità dell'istituto, v. I. Corso, *Le prestazioni occasionali*, cit., p. 1134.

[6] L'art. 71, D.Lgs. 276/2003 (abrogato dall'art. 22, co. 4, D.L. 25 giugno 2008, n. 112, come modificato dalla L. 6 agosto 2008, n. 133, in sede di conversione), specificando quanto previsto dall'art. 70, co. 1, individuava, poi, i prestatori di lavoro nei disoccupati da oltre un anno; nelle casalinghe, studenti e pensionati; nei disabili e soggetti in comunità di recupero; nei lavoratori extracomunitari, regolarmente soggiornanti in Italia, nei sei mesi successivi alla perdita del lavoro.

[7] Cfr. F. Bacchini, *Lavoro accessorio: nuova disciplina*, in *Dir. prat. lav.*, 2010, p. 420. Sulle modifiche operate dal cd. Pacchetto Sacconi, v. ID., *Lavoro intermittente, ripartito e accessorio*, Milano, Ipsoa, 2009, p. 1 ss.; V. Lippolis – G. Anastasio, Vademecum *Lavoro accessorio*, in *La circolare di lavoro e previdenza*, 2009, supplemento al n. 36; F. Rivellini, *Lavoro accessorio. profili di incostituzionalità*, in *Dir. prat. lav.*, 2009, p. 1671; R.Schiavone, *Prestazioni occasionali di tipo accessorio*, *ivi*, 2008, p. 1662 ss.; ID., *Le prestazioni occasionali di tipo accessorio*, in *Lav. prev. oggi*, 2009, p. 25 ss.

Per quanto riguarda la finalità "ammortizzatoria", inoltre, il nuovo comma 1-*bis* dell'art. 70 prevede, seppur in via sperimentale, che i percettori di prestazioni integrative del salario o sostegno al reddito, possano svolgere prestazioni di lavoro accessorio, integrando così il trattamento previdenziale.

2. *Il lavoro accessorio riformato*

Le prestazioni di lavoro accessorio consistono in attività lavorative di natura meramente occasionale, nell'ambito di attività tassativamente determinate dalla legge (art. 70, co. 1, D.Lgs. n. 276/2003).

Tali attività, anche se svolte a favore di più beneficiari, configurano rapporti di natura meramente occasionale ed accessoria, intendendosi per tali le attività che non diano luogo, complessivamente, con riferimento al medesimo committente, a compensi superiori a 5.000 euro[8] nel corso di un anno solare (art. 70, co. 2, D.Lgs. n. 276/2003, come sostituito dall'art. 1-*bis*, co. 1, D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni in L. 14 maggio 2005, n. 80, non modificato dalle L. n. 133/2008 e n. 33/2009)[9].

In relazione alla natura giuridica del lavoro accessorio, la dottrina offre ricostruzioni diverse.

Secondo un primo orientamento, il lavoro accessorio avrebbe la propria fonte in un contratto e il buono costituirebbe semplicemente lo strumento per pagare il prezzo della prestazione, comprensivo del corrispettivo e dei relativi oneri previdenziali e assistenziali[10]. Tra i sostenitori dell'origine contrattuale, tuttavia, alcuni autori riconducono la fattispecie nell'ambito del lavoro autonomo[11], altri ritengono, invece, che la qualificazione del rapporto come autonomo, subordinato o parasubordinato, discen-

[8] Secondo l'interpretazione dell'INPS (Circ. INPS 9 luglio 2009, n. 88), il limite del compenso erogabile dal singolo committente deve intendersi per il prestatore come "netto", per cui il limite di importo lordo per il committente è pari a 6.660 euro (corrispondenti a 4.995 euro netti).

[9] Il testo dell'art. 70, co. 2, D.Lgs. n. 276/2003, come modificato dall'art. 16, D.Lgs. 6 ottobre 2004, n. 251, era il seguente: "le attività lavorative di cui al co. 1, anche se svolte a favore di più beneficiari, configurano rapporti di natura meramente occasionale ed accessoria, intendendosi per tali le attività che coinvolgono il lavoratore per una durata complessiva, non superiore a trenta giorni nel corso dell'anno solare e che, in ogni caso, non danno complessivamente luogo a compensi superiori a 5 mila euro sempre nel corso di un anno solare

[10] Così., I. Corso, *Prestazioni occasionali*, cit., p. 176.

[11] M. Borzaga, *op. cit.* , pp. 277 e 293; N. De Marinis, *op. cit.*, p. 141; G. Mautone, *op. cit.*, p. 117; M. Pedrazzoli, *op. cit.*, p. 842.

derebbe dalle concrete modalità di svolgimento del rapporto stesso[12].

Un diverso orientamento propende, invece, per una ricostruzione in termini di fattualità e non di contrattualità della fattispecie[13], che troverebbe conferma nell'assenza di disposizioni volte a regolamentare il negozio intercorso tra le parti ed i rispettivi obblighi: in altri termini, si individua nel lavoro accessorio una mera situazione di fatto, rispetto alla quale il legislatore sarebbe intervenuto, limitandosi a regolamentare le modalità di corresponsione del compenso[14].

Secondo un recente indirizzo dell'INPS, invece, le prestazioni di lavoro occasionale accessorio costituiscono "attività lavorative … non riconducibili a tipologie contrattuali tipiche di lavoro subordinato o di lavoro autonomo, ma mere prestazioni di lavoro definite con la sola finalità di assicurare le tutele minime previdenziali e assicurative in funzione di contrasto a forme di lavoro nero e irregolare."[15]

Il campo di applicazione dell'istituto risulta, nel quadro normativo vigente, piuttosto articolato: a fini sistematici è possibile operare una quadripartizione delle tipologie di attività possibili, distinguendole sia sotto il profilo soggettivo (i potenziali prestatori di lavoro accessorio) che oggettivo (i beneficiari delle prestazioni)[16].

[12] I. Corso, *Le prestazioni occasionali*, cit., p. 1148 ss.; A. Lo Faro, *op. cit*., p. 813. Cfr. anche A. Vallebona, *Istituzioni di diritto di lavoro. Il rapporto di lavoro*, Padova, Cedam, 2008, p. 37, che ritiene che il lavoro accessorio prescinde dalle tradizionali qualificazioni (subordinato, autonomo, autonomo parasubordinato) in quanto provvisto di speciale e esaustiva disciplina.

[13] In questo senso P. Rausei, *Lavoro intermittente e accessorio*, in *Dir. prat. lav*., 2009, p. 2124, che parla di un "lavoro senza contratto".

[14] Sul punto, cfr. M. Grandi – G. Pera, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, Cedam, 2009, pp. 2433 e 2434.

[15] Circ. INPS 9 luglio 2009, n. 88.

[16] La natura di accessorietà comporta "che le attività disciplinate dall'art. 70 D.Lgs. n. 276/2003 devono essere svolte direttamente a favore dell'utilizzatore della prestazione, senza il tramite di intermediari. Il ricorso ai buoni lavoro è dunque limitato al rapporto diretto tra prestatore e utilizzatore finale, mentre è escluso che una impresa possa reclutare e retribuire lavoratori per svolgere prestazioni a favore di terzi come nel caso dell'appalto o della somministrazione" (Circ. INPS 9 luglio 2009, n. 88). A tal proposito, va però sottolineato che l'INPS ha chiarito che "In merito alla possibilità che le società di vigilanza o appaltatrici di servizi utilizzino i buoni lavoro per le prestazioni degli *steward* nelle manifestazioni sportive, alla luce delle modifiche introdotte dal recente D.M., 24 febbraio 2010, si fa presente che il Ministero del Lavoro, nel ribadire preliminarmente che *deve ritenersi vietato, in via generale, l'utilizzo dei* voucher *in attività in regime di appalto o di somministrazione*, afferma che *tale principio deve ritenersi derogato, quanto all'attività di* stewarding, *a seguito delle disposizioni introdotte dal D.M. 24 febbraio 2010, che ha modificato il D.M. 8 agosto 2007, e con esclusivo riferimento al circoscritto ambito di applicazione preso in considerazione dal mede-*

In una prima categoria, vanno ricondotte le prestazioni di lavoro accessorio che possono essere svolte da parte di qualunque soggetto del mercato del lavoro, nell'ambito di specifiche attività (art. 70, co. 1, D.Lgs. n. 276/2003, come modificato dall'art. 22, L. n. 133/2008 e dall'art. 7-*ter*, co. 12, L. n. 33/2009). Queste ultime riguardano:

a) *Lavori domestici* (art. 70, co. 1, lett. a), D.Lgs. n. 276/2003), ovvero le prestazioni rese in ambito familiare, anche ad ore, comprese le attività di assistenza ad anziani, malati, portatori di *handicap*, bambini.

Al riguardo, la Circolare INPS 24 marzo 2009, n. 44 sottolinea che il ricorso al lavoro accessorio è ammesso solo per "quelle attività, che per la loro natura occasionale e accessoria, fino ad oggi non sono assistite da alcuna tutela previdenziale e assicurativa, quindi attività non riconducibili né ad un rapporto di lavoro già disciplinato dalla legge … né a regolamentazioni contrattuali afferenti a tale ambito lavorativo".[17]

Esulano, pertanto, dalla fattispecie esaminata, sia il rapporto di lavoro domestico di cui alla legge 2 aprile 1958, n. 339 (rapporto che ha uno specifico obbligo assicurativo previsto dal D.P.R. 31 dicembre 1971, n. 1403), sia le prestazioni di lavoro domestico disciplinate dal CCNL 16 febbraio 2007[18].

b) *lavori di giardinaggio, pulizia e manutenzione di edifici, strade, parchi e monumenti*, anche nel caso in cui il committente sia un ente locale[19] (art.

simo decreto. Pertanto, è possibile procedere alla definizione di tutte le richieste di *voucher* presentate dalle società di vigilanza o appaltatrici di servizi delle attività di *stewarding* esclusivamente con riferimento al campo di applicazione di cui al D.M. 8 agosto 2007.

In particolare l'articolo 1 del citato decreto individua quale ambito di applicazione *i complessi e gli impianti sportivi, con capienza superiore a 7.500 posti, nei quali si svolgono partite ufficiali delle squadre di calcio professionistiche*... In considerazione del preciso ambito di riferimento previsto dalla norma l'utilizzo di *steward* può essere consentito solo in tali circostanze o non per altre manifestazioni sportive nè per servizi di accoglienza o supporto in manifestazioni fieristiche e spettacoli, offerte in forma di appalto di servizi. A tale riguardo sarà cura delle Sedi acquisire apposita dichiarazione da parte delle società in merito all'evento calcistico per il quale si richiede l'utilizzo dei *vouche*r" (INPS Messaggio 13 aprile 2010, n. 9999).

[17] Cfr. M.R. Gheido – A. Casotti, *op. cit*., p. 158; P. Rausei, *op. cit*., p. 2126.

[18] Le prestazioni di natura occasionale accessoria per lavori domestici escludono l'applicazione delle prestazioni per malattia, maternità, disoccupazione e assegno per il nucleo familiare. IDEM.

Relativamente ai cittadini extracomunitari, poi, le prestazioni di natura occasionale accessoria per lavori domestici non consentono il rilascio del permesso di soggiorno per motivi di lavoro o il rinnovo del medesimo.

[19] Per enti locali si intendono i comuni, le province, le città metropolitane, le comunità montane, le comunità isolane e le unioni di comuni, nonché i consorzi cui partecipano enti locali (art. 2, D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, recante il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali).

70, co. 1, lett. b), D.Lgs. n. 276/2003, come modificato dall'art. 2, co. 138, L. n. 191/2009);

c) *insegnamento privato supplementare* (art. 70, co. 1, lett. c), D.Lgs. n. 276/2003).

Si fa riferimento alle lezioni private rese da docenti di istituti di istruzione pubblici[20] e privati.

d) *manifestazioni sportive, culturali, fieristiche*[21] *o caritatevoli e lavori di emergenza* (come quelli dovuti a calamità o eventi naturali improvvisi) *o di solidarietà* (art. 70, co. 1, lett. d), D.Lgs. n. 276/2003) a favore anche di committenti pubblici[22].

e) *consegna "porta a porta" e vendita ambulante di stampa quotidiana e periodica*[23]: (art. 70, co. 1, lett. h), D.Lgs. n. 276/2003);

f) *attività di lavoro svolte nei maneggi e nelle scuderie* (art. 70, co. 1, lett. h-*ter*), D.Lgs. n. 276/2003, introdotto dall'art. 2, co. 138, L. n. 91/2009).

Una seconda categoria ricomprende prestazioni di lavoro accessorio rese in qualunque settore produttivo (compresi gli enti locali, le scuole e le università), ma da parte di soggetti specifici: giovani con meno di 25 anni di età, se regolarmente iscritti ad un ciclo di studi presso un Istituto scolastico di qualsiasi ordine e grado, compatibilmente con gli im-

[20] Con riferimento ai dipendenti di pubbliche amministrazioni, la Circ. INPS n. 88/2009, chiarisce che gli stessi possono svolgere lavoro occasionale di tipo accessorio solo se in possesso di apposita autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza, in base alle previsioni dell'art. 53 del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

[21] Recentemente, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali (Min. Lav. Interpello 9 giugno 2010, n. 21) ha ammesso che anche nei parchi divertimento, laddove sussistano le condizioni per l'applicazione del lavoro accessorio, possa essere utilizzato tale strumento, senza che rilevi la circostanza secondo cui le prestazioni rese siano astrattamente assoggettabili a contribuzione ENPALS.

[22] Per "committenti pubblici" si intendono, ai sensi dell'art. 1, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001 "tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali,regionali e locali, le Amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'ARAN (Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300".

[23] Secondo l'interpretazione del Ministero del Lavoro (Min. Lav. Interpello 5 marzo 2009, n. 17), tutte le attività di consegna e vendita di stampa quotidiana e periodica compreso le attività in qualche modo legate sia alla distribuzione - anche in modo gratuito - sia alla vendita dei giornali, comprese quelle attività di carattere promozionale quali la distribuzione di volantini pubblicitari, possono essere inquadrate nell'ipotesi del lavoro occasionale accessorio.

pegni scolastici (art. 70, co. 1, lett. e), D.Lgs. n. 276/2003, come modificato dall'art. 2, co. 138, L. n. 191/2009) il sabato e la domenica e durante i periodi di vacanza[24]; ovvero giovani con meno di 25 anni di età e regolarmente iscritti ad un ciclo di studi presso l'Università (art. 70, co. 1, lett. e), D.Lgs. n. 276/2003, come modificato dall'art. 2, co. 138, L. n. 191/2009) in qualunque periodo dell'anno. Il riferimento alla compatibilità con gli impegni scolastici del giovane con meno di 25 anni ha, evidentemente, la finalità assicurare la frequenza del normale orario delle lezioni, secondo quanto previsto nei rispettivi ordinamenti scolastici[25].

Analogamente, attività lavorative di natura occasionale possono essere svolte, sempre in qualunque settore produttivo, compresi gli enti locali, da parte di pensionati (art. 70, co. 1, lett. h-*bis*), D.Lgs. n. 276/2003, come modificato dall'art. 2, co. 138, L. n. 191/2009; Nota INAIL 5 febbraio 2010, n. 1179).

In via sperimentale, per l'anno 2010, anche i lavoratori con contratto *part-time* possono svolgere prestazioni di lavoro accessorio nell'ambito di qualsiasi settore produttivo. Tuttavia, al fine di tutelare l'occupazione regolare con contratto a tempo parziale e evitare possibili forme elusive della relativa disciplina, è previsto che il committente non possa essere il datore di lavoro titolare del contratto a tempo parziale, (art. 70, co. 1, ultimo periodo, D.Lgs. n. 276/2003, introdotto dall'art. 2, co. 138, L. n. 91/2009)[26].

Sempre in via sperimentale per gli anni 2009 - 2010, e sempre a favore di tutti i settori produttivi compresi gli enti locali, il legislatore ha previsto la possibilità, per i percettori di prestazioni integrative del salario o di sostegno del reddito[27], di effettuare - nel limite massimo di 3.000 euro[28] – prestazioni di lavoro accessorio (art. 70, co. 1-*bis*, primo perio-

[24] Per l'individuazione dei "periodi di vacanza", cfr. Circ. INPS 1 dicembre 2008, n. 104 e 3 febbraio 2010, n. 17, secondo cui si considerano "vacanze natalizie" il periodo che va dal 1° dicembre al 10 gennaio; "vacanze pasquali" il periodo che va dalla domenica delle Palme al martedì successivo il lunedì dell'Angelo; "vacanze estive" i giorni compresi dal 1° giugno al 30 settembre.

[25] Circ. INPS 9 luglio 2009, n. 88.

[26] Circ. INPS 3 febbraio 2010, n. 17.

[27] Le categorie di destinazione della disposizione di cui al comma 1-*bis* dell'art. 70, D.Lgs. n. 276/2003 possono essere individuate nei percettori di prestazioni di integrazione salariale (CIGO e CIGS) e percettori di prestazioni connesse con lo stato di disoccupazione (disoccupazione ordinaria, mobilità, trattamenti speciali di disoccupazione edile (Circ. INPS 3 febbraio 2010, n. 17).

[28] Limite, quindi, diverso e inferiore rispetto a quello di 5.000 euro per anno solare per singolo committente stabilito in via generale ai fini dell'individuazione delle prestazioni occasionali (Circ. INPS 3 febbraio 2010, n. 17).

do, D.Lgs. n. 276/2003, introdotto dall'art. 7-*ter*, co. 12, L. n. 33/2009, e modificato dall'art. 2, co. 138, L. n. 91/2009). In particolare, il fatto che gli enti locali siano ricompresi tra i beneficiari di tali prestazioni di lavoro accessorio (art. 70, co. 1-bis, come modificato dall'art. 2, co. 148, lett. g), L. n. 191/2009), consente di affiancare le politiche a sostegno del reddito con iniziative di politica attiva del lavoro a favore degli stessi percettori di ammortizzatori sociali[29].

La novità più significativa, introdotta dalla Legge Finanziaria per il 2010, è l'incentivazione del ricorso al lavoro accessorio da parte della pubblica amministrazione. L'estensione al settore pubblico si è resa necessaria in quanto l'art. 1, co. 2, D.Lgs. n. 276/2003 esclude dal campo di applicazione del D.Lgs., n. 276/2003 (se non espressamente richiamato) le pubbliche amministrazioni ed il loro personale[30].

Tuttavia, l'art. 70, co. 2-*ter*, D.Lgs. n. 276/2003 (introdotto dall'art. 2, co. 138, L. n. 91/2009) dispone che le prestazioni di lavoro accessorio a favore di committenti pubblici e degli enti locali sono consentite nel rispetto della disciplina vincolistica in materia di contenimento delle spese di personale e, ove previsto, del patto di stabilità interno.

Tali condizioni mirano ad evitare che il lavoro accessorio, con la sua agile e flessibile fruibilità, possa scardinare il sistema di controllo e contenimento dei costi del personale delle pubbliche amministrazioni e, in particolare, degli enti locali[31].

La terza categoria riguarda il settore dell'agricoltura. Il lavoro accessorio è ammesso nel caso di attività agricole stagionali (es. vendemmia, raccolta delle olive), da parte di giovani con meno di 25 anni di età, regolarmente iscritti ad un ciclo di studi presso l'Università o un Istituto scolastico di ogni ordine e grado durante i periodi di vacanza (art. 70, co. 1, lett. f), D.Lgs. n. 276/2003); delle casalinghe[32]; dei pensionati (art. 70, co. 1, lett. h-*bis*), D.Lgs. n. 276/2003).

[29] Circ. INPS 3 febbraio 2010, n. 17. L'INPS provvede a sottrarre dalla contribuzione figurativa relativa alle prestazioni integrative corrisposte gli accrediti contributivi derivanti dalle prestazioni di lavoro accessorio (art. 70, co. 1-bis, secondo periodo, D.Lgs. n. 276/2003, introdotto dall'art. 7-ter, co. 12, Ln. 33/2009).

[30] L'applicabilità del lavoro accessorio alla p.a. costituisce un'eccezione, insuscettibile, quindi, di interpretazione estensiva. Di conseguenza, le ipotesi in cui un ente pubblico possa richiedere prestazioni di natura accessoria devono essere limitate a quelle tassativamente previste dalla norma. In questi termini, M. Grandi – G. Pera, *op. cit.*, p. 2434.

[31] In questi termini, F.Bacchini, *Lavoro accessorio*, cit., p. 420.

[32] Il termine "casalinghe", sulla base del principio di parità, va riferito anche a soggetti di sesso maschile.

Inoltre, è possibile rendere prestazioni accessorie nell'ipotesi di attività agricole di qualunque tipo e da parte di qualunque soggetto presente nel mercato del lavoro a favore di produttori con basso volume di affari (di cui all'art. 34, co. 6, D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633) (art. 70, co. 1, lett. f), seconda parte, D.Lgs. n. 276/2003)[33].

L'ultima categoria concerne le prestazioni di lavoro accessorio rese, da parte di qualunque soggetto presente nel mercato del lavoro, nell'ambito dell'impresa familiare di cui all'art. 230-*bis* del Codice Civile[34] in tutti i settori produttivi[35] (art. 70, co. 1, lett. g), D.Lgs. n. 276/2003, come modificato dall'art. 2, co. 138, L. n. 91/2009)[36]).

Tuttavia, in questa ipotesi, è previsto un limite di natura economica per l'utilizzabilità delle prestazioni: l'impresa familiare può, infatti, far ricorso a prestazioni occasionali accessorie per un importo complessivo non superiore a 10.000 euro nel corso di ciascun anno fiscale (art. 70, co. 3, D.Lgs. n. 276/2003).

È opportuno sottolineare che il limite si riferisce esclusivamente all'impresa familiare e non al singolo lavoratore impiegato, per il quale resta ferma la soglia dei 5.000 euro annui complessivi (art. 70, co. 2, D.Lgs.

[33] Tale disposizione prevede la semplificazione degli adempimenti dell'Iva a favore dei seguenti soggetti: a) produttori agricoli che, nell'anno solare precedente, hanno realizzato un volume di affari non superiore a euro 2.582; b) produttori agricoli che esercitano la loro attività esclusivamente nei Comuni montani con meno di 1.000 abitanti e nelle zone con meno di 500 abitanti compresi negli altri Comuni montani individuati dalle Regioni che, nell'anno solare precedente, non hanno superato i 7.747 euro; c) produttori agricoli che nell'anno solare precedente hanno realizzato un volume di affari superiore a euro 2.582 ovvero ad euro 7.747 ma non ad euro 20.658.

[34] Per impresa familiare (Circ. INPS 3 febbraio 2010, n. 17; Circ. INPS 16 maggio 2009, n. 76) si intende quella in cui collaborano il coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo. Dell'impresa familiare fanno, infatti, parte il titolare ed i familiari - anche non conviventi con il titolare - che prestano la loro attività nell'impresa in modo continuativo e prevalente (si intendono per familiari il coniuge, i parenti entro il 3° grado e gli affini entro il 2° grado). La disciplina dell'impresa familiare di cui all'art. 230-*bis* c.c. prevede che, ove non sia instaurato un rapporto di tipo diverso tra i componenti del nucleo, il familiare abbia diritto al mantenimento, alla ripartizione degli utili, a una quota dei beni acquisiti con gli utili, a una quota proporzionale degli incrementi dell'azienda. Allorquando, invece, il familiare coadiutore partecipi all'attività con carattere di abitualità e prevalenza e non sia configurabile un rapporto di lavoro dipendente, discende l'obbligo, per i suddetti "familiari", dell'iscrizione nelle gestioni di appartenenza con il conseguente versamento dei relativi contributi.

[35] La legge finanziaria per l'anno 2010 ha eliminato l'originario e "prudente" limite di stipulabilità solo per i settori del commercio, del turismo e dei servizi; pertanto, la previsione si applica a tutte le tipologie di imprese familiari. V., F. Bacchini, *op. ult. cit.*, p. 422.

[36] Cfr. anche la Circ. INPS 3 febbraio 2010, n. 17.

n. 276/2003): in altri termini, si ha concorrenza di due parametri economici, l'uno riferito al beneficiario dell'attività (impresa familiare) e l'altro riferito al soggetto (lavoratore) che svolge il lavoro accessorio.

Anche sotto il profilo del regime assicurativo e contributivo, le prestazioni accessorie presso le imprese familiari, sono destinatarie di un regime diverso rispetto a quello dettato per il lavoro occasionale di tipo accessorio comune: ad esse, infatti, si applica la normale disciplina contributiva e assicurativa del lavoro subordinato (art. 72, co. 4-*bis*, D.Lgs. n. 276/2003)[37].

Il carattere innovativo della fattispecie del lavoro accessorio si evidenzia, particolarmente, nella procedura di erogazione del compenso, che viene corrisposto mediante buono lavoro (*voucher*).

Il valore nominale del buono, che è fissato con decreto del Ministro del Lavoro e della Previdenza Sociale (art. 72, co. 1, D.Lgs. n. 276/2003), tenendo conto della media delle retribuzioni rilevate per le attività lavorative affini, nonché del costo di gestione del servizio (art. 72, co. 2, D.Lgs. n. 276/2003) e periodicamente aggiornato è, attualmente, di 10 euro (art. 1, D.M. 12 marzo 2008), comprensivi della contribuzione a favore della Gestione Separata Inps (nella misura del 13% del valore nominale del buono), di quella in favore dell'Inail (pari al 7% del valore nominale del buono) e di una quota percentuale (5%) per la gestione del servizio.

L'INPS, nel suo ruolo di concessionario, ha predisposto due modalità di pagamento: con *voucher* cartaceo e con *voucher* telematico[38].

Il committente che intenda far uso dei buoni cartacei, può ritirare i *carnet* presso una delle sedi provinciali dell'INPS, dopo averne eseguito il pagamento tramite versamento su apposito conto corrente postale[39].

Lo stesso committente deve comunicare all'INAIL, prima dell'inizio delle attività di lavoro accessorio, i propri dati anagrafici e codici fiscali, l'anagrafica di ogni prestatore ed il relativo codice fiscale, il luogo di svolgimento della prestazione, le date presunte di inizio e di fine del-

[37] In base alla Circ. INPS 26 maggio 2009 n. 76, la disciplina assicurativa e contributiva propria del lavoro subordinato, si applica "qualora l'impresa familiare utilizzi prestatori all'interno dell'attività normalmente esercitata". Diversamente, qualora "l'impresa familiare intenda avvalersi del lavoro occasionale accessorio secondo le altre tipologie di attività previste dalle restanti lettere del comma 1 dell'articolo 70, potrà utilizzare i buoni lavoro ordinari con il regime contributivo e assicurativo agevolato".

[38] V., *Primo piano: lavoro occasionale di tipo accessorio*, consultabile sul sito *www.lavoro.gov.it*.

[39] Disponibile sul sito del Ministero del lavoro. I datori di lavoro interessati possono prenotare all'INPS i buoni lavoro cartacei, utilizzando il modulo FAX disponibile sul sito del Ministero del lavoro.

l'attività lavorativa[40].

A prestazione eseguita, il lavoratore riceve dal beneficiario, a titolo di compenso del lavoro svolto, uno o più buoni (art. 72, co. 3, D.Lgs. n. 276/2003), che potrà utilizzare come un titolo di credito, portandoli all'incasso presso il concessionario del servizio (gli uffici postali di tutto il territorio nazionale).

Per il ricorso al lavoro accessorio tramite procedura telematica, il committente deve, in via preliminare, registrarsi presso l'INPS[41] e presentare allo stesso ente la richiesta di buoni telematici, indicando: l'anagrafica di ogni prestatore ed il relativo codice fiscale; la data di inizio e di fine presunta dell'attività lavorativa; il luogo di svolgimento della prestazione; il numero di buoni per ogni prestatore[42].

Sempre in via preventiva, ovvero prima dell'inizio della prestazione, il beneficiario dovrà, inoltre, versare all'INPS[43] il valore complessivo dei buoni che verranno utilizzati, affinché sia assicurato un tempestivo pagamento del corrispettivo della prestazione stessa al lavoratore.

Anche il lavoratore è soggetto all'obbligo di preventiva registrazione presso l'INPS: solo a seguito di questo adempimento, infatti, egli riceve da Poste Italiane, a cui sono inviati i dati registrati, la carta (INPS *card*), sulla quale, una volta attivata presso un qualunque ufficio postale, potranno essere accreditati gli importi delle prestazioni eseguite.

Al termine della prestazione lavorativa, il committente comunica all'INPS, per ciascun prestatore, l'entità della prestazione svolta e, quindi, l'effettivo utilizzo dei buoni lavoro.

La procedura di gestione INPS, ricevuta la comunicazione a consuntivo del committente, notifica l'operazione allo stesso[44], oltre che al pre-

[40] In caso di spostamento delle suddette date, dovrà essere effettuata, con le stesse modalità, nuova comunicazione di variazione all'INAIL.

[41] Tramite gli Sportelli INPS, o il sito internet dell'ente, ovvero utilizzando *Contact Center* INPS/INAIL.

[42] Con la comunicazione dei dati contenuti nella richiesta dei buoni il committente assolve contestualmente agli obblighi di comunicazione preventiva all'INAIL (cui l'INPS riverserà tempestivamente l'informazione di inizio attività lavorativa) e intestazione (provvisoria) dei buoni lavoro.

Nel caso in cui – dopo la comunicazione all'INAIL - si verifichino delle variazioni relativamente ai periodi di inizio e fine lavoro ovvero ai lavoratori impiegati, tali variazioni dovranno essere preventivamente comunicate all'INAIL direttamente dal committente.

[43] Mediante modello F24, o versamento sul conto corrente postale intestato all'INPS, ovvero tramite pagamento on line collegandosi al sito www.inps.it.

[44] Mediante un rendiconto o inviato per posta ordinaria o via *e-mail*, nel caso in cui la rendicontazione sia stata effettuata tramite *Contact Center* o risultante dalla ricevuta di presentazione, nel caso in cui la rendicontazione sia stata effettuata via Internet o presso le sedi.

statore[45] e procede alla verifica della copertura economica delle prestazioni di lavoro, confrontando i versamenti effettuati dal committente prima della conclusione del rapporto lavorativo occasionale, con il complessivo onere dovuto per lo stesso.

Se la verifica ha esito negativo (totale assenza di versamenti a copertura soltanto parziale dell'onere), la procedura di gestione notifica al committente un sollecito di pagamento per la somma non versata, dandone notizia ai lavoratori interessati.

In caso di esito positivo (presenza di versamenti ad integrale copertura dell'onere), invece, invia le disposizioni di pagamento a favore del prestatore, accreditando l'importo sull'INPS *card*[46].

Il processo si conclude con l'accredito dei contributi sulle posizioni assicurative individuali dei prestatori, mediante l'invio di un flusso dati verso gli archivi della Gestione Separata e il riversamento all'INAIL del contributo destinato all'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali.

Il compenso percepito dal lavoratore (art. 72, co. 3, secondo periodo, D.Lgs. n. 276/2003) non incide sul suo stato di disoccupazione o inoccupazione ed è esente da qualsiasi imposizione fiscale.

Sempre nell'ottica di favorire l'emersione del lavoro sommerso, attraverso lo snellimento degli adempimenti burocratici[47], il legislatore ha previsto che le prestazioni di lavoro occasionale accessorio, per il quale non è previsto l'obbligo di forma scritta, non sono soggette all'obbligo della preventiva comunicazione *on-line* ai "Servizi per l'impiego"[48], e all'obbligo di registrazione nel Libro unico del lavoro disciplinato dalla L.

[45] Via *e-mail* e/o *sms* ovvero per posta, comunicando i dati di sintesi (nome, cognome, *voucher* utilizzati, importo corrisposto e istruzioni per la riscossione in caso di bonifico domiciliato).

[46] In questo caso il compenso può essere riscosso presso tutti gli uffici postali del territorio nazionale ovvero attraverso gli sportelli bancomat. Nel caso di mancata attivazione della carta, il compenso è corrisposto mediante bonifico domiciliato, riscuotibile presso tutti gli uffici postali.

[47] Cfr. M. R. Gheido – A. Casotti, *op. loc. cit*., secondo cui "è del tutto evidente che anche questo istituto può essere, nella pratica, distorto con un'applicazione non conforme alla norma ma è altrettanto vero che il lavoro "nero", ancorché occasionale, non potrà più trovare giustificazione nelle complicazioni burocratiche che, con l'utilizzo dei *voucher* sono state pressocchè eliminate".

[48] Obbligo di comunicazione previsto per ogni ipotesi di instaurazione del rapporto di lavoro dall'art. 9-*bis*, co. 2, D.L. 1 ottobre 1996, n. 510, convertito con modificazioni dalla L. 28 novembre 1996, n. 608, come modificato dall'art. 1, co. 1180, L. 27 dicembre 2006, n. 296, c.d. Legge finanziaria per il 2007. Cfr. Min. Lav. Nota 14 febbraio 2007.

n. 133/2008 e dal D.M. 9 luglio 2008[49].

La legge demanda all'INPS ed all'INAIL il compito di stipulare una convenzione con il Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale allo scopo di verificare, mediante apposita banca dati informativa, l'andamento delle prestazioni previdenziali e delle relative entrate contributive, anche al fine di formulare proposte per adeguamenti normativi alle disposizioni di contenuto economico (art. 73, co. 1, D.Lgs. n. 276/2003).

Un'ultima notazione riguarda la tutela previdenziale contro gli infortuni sul lavoro.

In caso di infortunio il lavoratore deve produrre apposita comunicazione al beneficiario che è tenuto a effettuare la denuncia di infortunio all'INAIL nei termini di legge, così da poter accedere alle prestazioni previdenziali.

Le prestazioni sono calcolate prendendo a riferimento il minimale di reddito stabilito annualmente ai fini assicurativi.

[49] Da ciò consegue che il personale ispettivo, durante l'accesso, dovrà verificare, ai fini della effettiva configurazione della prestazione come di lavoro occasionale accessorio, se il committente – datore di lavoro ha effettuato al centro di contatto INPS - INAIL la comunicazione preventiva contenente i propri dati identificativi, il nome ed il codice fiscale del prestatore ed il numero delle giornate presunte.

SIMONA MELORIO

Minorenni[1]: cooperazione e "capitale sociale invertito"

L'uomo, in qualità di animale sociale, nella lotta per la sopravvivenza della propria specie, ha dovuto adottare comportamenti 'vincenti', ereditati, poi, dalle generazioni successive. Un comportamento costantemente ritenuto vincente è stato quello della cooperazione con altri membri della propria specie, tanto che tale comportamento lo ritroviamo riproposto fino ai giorni nostri.

Probabilmente sorta in funzione difensiva e riproduttiva, la cooperazione è propria anche degli animali. Basti pensare ai pinguini imperatore che si stringono gli uni gli altri per non disperdere il calore o, più in generale, a tutti i rischi che gli animali corrono compiendo spesso azioni nocive alla loro salute pur di riprodursi o di prendersi cura dei loro cuccioli. Fin dall'antichità, tanto gli animali quanto gli uomini, hanno scoperto nella cooperazione un buon sistema per garantirsi maggiori probabilità di sopravvivenza e di riproduzione; la cooperazione e l'aiuto reciproco sono stati esercitati non solo tra parenti, ma anche tra estranei; dunque "il risultato del processo evolutivo competitivo è sovente la cooperazione sociale"[2], tanto che la fortuna di tale carattere ha accresciuto la probabilità che lo stesso fosse presente anche nelle generazioni future.

Il cooperare è il risultato di un processo evolutivo, non è una scelta razionale, è il frutto dell'adattamento e della selezione naturale delle specie, nasce da un meccanismo di *kin selection* e non da una valutazione di opportunità tanto che anche la vita degli animali prevede un tale comportamento. Le unioni tra gli uomini rispondono, dunque, ad una esigenza biologica le cui declinazioni si esplicano attraverso uno strumento razionale: la fiducia. La fiducia riveste un ruolo importante nella vita sociale del mondo umano, è qualcosa di scelto e di agito da parte degli uomini che garantisce la conferma della cooperazione, e la individuazione dei

[1] Si utilizza qui il termine "minorenni" in senso ampio, non volendo indicare soltanto i minori di anni 18, bensì anche tutta quella fascia di persone che vivono una condizione di adolescenza dilatata, ovvero disagi tipici dell'adolescenza che continuano a perpetuarsi oltre il compimento del diciottesimo anno di età (per es. per mancanza di lavoro, impossibilità di incidere nel mondo, dipendenza economica dalla famiglia).

[2] P. Bateson, *L'evoluzione biologica della cooperazione e della fiducia,* sta in D. Gambetta (a cura di), *Le strategie della fiducia*, Einaudi, Torino, 1989, p. 24.

soggetti con i quali è più favorevole mantenere detta cooperazione.

"La fiducia è un'aspettativa di esperienze con valenza positiva per l'attore, maturata sotto condizioni di incertezza, ma in presenza di un carico cognitivo e/o emotivo tale da permettere di superare la soglia della mera speranza"[3]. Il meccanismo della fiducia si basa sulla conoscenza dei propri interlocutori: "se A fa qualcosa per B e ha fiducia che B in futuro lo ricambierà, con questo si crea in A l'aspettativa che B non tradirà la fiducia e per B l'obbligo di comportarsi in questo modo. Questo obbligo può essere concepito come un titolo di credito detenuto da A che deve essere ripagata da una qualche prestazione da parte di B[4]". Si viene a creare, così, una vera e propria economia informale attraverso la quale è possibile costruire una rete di informazioni al fine della cooperazione. La rete di informazioni riguardo ad un individuo crea la cosiddetta reputazione dello stesso. L'uomo, dunque, a differenza degli animali, ha la possibilità di conoscere altri suoi simili attraverso la reputazione; per l'uomo, infatti, l'esperienza delle cose può essere diretta, come avviene per gli animali, ma anche indiretta, caratteristica specifica dell'uomo, grazie al linguaggio. Tipico dell'uomo è avere una reputazione sociale che si forma attraverso un processo di elaborazione sociale di informazioni scambiate su conoscenze comuni. La reputazione ha importanza, dunque, in quanto l'uomo fonda la sua vita sociale sulla scelta di buoni attori della cooperazione con i quali attivare un meccanismo di altruismo reciproco, anche quando, come spesso accade, detta reciprocità sia rinviata nel tempo.[5] È a tal proposito interessante sottolineare la netta distinzione tra il confidare e la fiducia. Tale distinzione dipende "da percezione e attribuzione. Se non prendiamo in considerazione le alternative, ci troviamo nelle condizioni di confidare. Se scegliamo un'azione a preferenza di altre, nonostante la possibilità di essere delusi dalle azioni altrui, definiamo di fiducia la nostra condizione"[6]. "La mancanza del confidare può condurre a sentimenti di alienazione e infine a ritirarsi in mondi più ristretti d'importanza puramente locale, in nuove forme di etnogenesi…; la mancanza di fiducia impedisce semplicemente certe attività, riduce la gamma di possibilità di agire razionalmente."[7]

La cooperazione è un importante risultato della selezione natura-

[3] A. Mutti, *Capitale sociale e sviluppo. La fiducia come risorsa*, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 42.

[4] J. S. Coleman, *Fondamenti di teoria sociale*, Il Mulino, Bologna, 2005.

[5] Sul punto si veda N. Emler e S. Reicher, *Adolescenti e devianza,* Il Mulino, Bologna, 2000.

[6] N. Luhmann, *Familiarità, confidare e fiducia: problemi e alternative,* sta in D. Gambetta (a cura di), *Le strategie della fiducia,* op. cit., p. 127.

[7] *Idem*, p. 135.

le; la reputazione è l'elemento su cui basare la fiducia; la fiducia è elemento essenziale nella scelta degli attori della cooperazione stessa. "L'importanza di un livello elevato di conoscenza reciproca per lo sviluppo di una cooperazione durevole è dimostrata dagli effetti disastrosi che possono verificarsi quando vengono stipulati contratti tra parti che basano i loro orientamenti di fondo su assunzioni radicalmente differenti, senza essere consapevoli di questa diversità."[8] Senza fiducia, la vita sociale quotidiana, che diamo per scontata, sarebbe semplicemente impossibile. Se è vero che la decisione se avere fiducia o non in un'altra persona dipende dalla reputazione di quella persona, certamente assumono importanza i modi in cui si crea o si distrugge una reputazione di affidabilità o il suo opposto. "La reputazione è un capitale. Lo si può accrescere seguendo determinati corsi d'azione o distruggere seguendone altri…; la reputazione di una persona è l'attribuzione pubblica di una distribuzione di probabilità tra i vari tipi di persona che l'individuo in questione può essere."[9]

La fiducia è, dunque, un'aspettativa circa le azioni di altri che influenzano il nostro corso di azione; si ha fiducia in qualcuno quando, conoscendo in parte le disposizioni, le informazioni, la capacità, le opzioni di cui dispone e le loro conseguenze, si prevede che deciderà di agire in un certo modo. Il capitale sociale[10] incide sulla creazione e la diffusione di una reputazione, favorendo una maggiore fiducia tra i consociati, elemento che rafforza la cooperazione.

Reti sociali, conoscenze, rapporti tra pari sono caratteristici elementi della vita del minorenne, la tipica vita del quale, fatta di scuola, sport e luoghi di divertimento, è ricca di momenti di aggregazione, di reti sociali, di capitale sociale.

Per i minorenni, soprattutto in fase adolescenziale, vivere la dimensione del gruppo è un'esperienza naturale, inevitabile, fondante e fortemente identitaria. Dopo la famiglia, la costruzione dell'io e l'acquisizione di valori avviene attraverso la scuola ed in particolare con il confronto con il gruppo dei pari. Nella necessità di iniziare il percorso di "ap-

[8] D. Good, *Individui, relazioni interpersonali e fiducia*, sta in D. Gambetta (a cura di), *Le strategie della fiducia*, op. cit., p. 58.

[9] P. Dasgupta, *La fiducia come bene economico*, sta in D. Gambetta (a cura di), *Le strategie della fiducia,* op. cit., p. 79.

[10] Il capitale sociale è qui inteso a-valutativamente come reti sociali. Per una ricostruzione della figura del capitale sociale si vedano i lavori di Coleman, Cartocci, Putnam, Bourdieu, Field.

propriazione di se stessi", i giovani necessitano spesso della conferma da parte della società delle proprie scelte ed il primo gruppo con cui ci si relaziona, quello che costituisce il microcosmo sociale di riferimento, è il gruppo di coetanei. L'accettazione da parte di esso è di fondamentale importanza per la costruzione della stima e della sicurezza personale in un periodo in cui appare necessario emanciparsi dagli adulti significativi e dai loro valori, prendendo coscienza delle proprie capacità anche in tema di discernimento tra il bene e il male. In tale fase della vita si vive il passaggio da un'applicazione automatica dei valori familiari, ad un vaglio degli stessi, ad una consapevole attuazione di buona parte di essi. Il gruppo, in tale processo, diventa un riferimento per molti aspetti, per comportamenti, mode e valori da elevare.

In accoglimento del pensiero degli interazionisti, appare opportuno sostenere che ogni comportamento risente del rapporto con l'ambiente in cui vive l'attore ed in particolare della definizione che di un comportamento danno gli aggregati umani di riferimento. Secondo tale visione, i giovani fanno propri i valori del gruppo di riferimento; pertanto, fondamentale per comprendere la genesi dei comportamenti è comprendere le caratteristiche degli aggregati umani con cui si è in relazione più immediata.

I giovani, per la loro attitudine specifica alle relazione con i pari, sono naturalmente deputati a costruire reti sociali in stretta connessione con il contesto di appartenenza. Indagare sulle caratteristiche delle reti sociali dei minorenni, significa comprendere meglio la costruzione di rapporti di fiducia tra gli stessi, elementi che caratterizzano i fisiologici comportamenti cooperativi.

Mutando la società, non v'è dubbio che sia mutata anche la socialità dei giovani, sempre più coinvolti nella fruizione delle nuove tecnologie, le quali, dal punto di vista quantitativo, incidono in positivo sulle possibilità di creare capitale sociale, ma, dal punto di vista qualitativo, fanno registrare l'impoverimento dei rapporti umani. L'utilizzo di televisione, videogiochi ed Internet tolgono prezioso tempo alla formazione di reti faccia a faccia, proponendo soluzioni comunicative orfane del non verbale e caratterizzate dalla velocità, dall'immediatezza. Ciò è pienamente coerente con le caratteristiche della nostra società "liquida": "la precarietà oggi è dappertutto… è difficile proiettarsi nel futuro se non si ha una solida presa sul presente.. presa di cui è priva la maggioranza degli abitanti del mondo in via di globalizzazione. La loro presa sul presente è nulla in quanto i fattori che decidono della loro sussistenza, della loro posizione sociale e delle prospettive di entrambe non sono nelle loro mani e c'è ben poco che essi possano fare singolarmente o in maniera aggre-

gata per riprendere il controllo di questi fattori"[11]. "Viviamo *in tempi* duri per la forma ortodossa di comunità…, una comunità in cui nessuno dei suoi membri diventa testimone duraturo della vita di un'altra persona e i rapporti occasionali di associazione sono più utili dei vincoli a lungo termine"[12].

Una situazione di tale tipo favorisce un disorientamento della popolazione giovanile tale che i minori spesso non partecipano alla vita sociale e comunitaria da cui si sentono estranei forse proprio per una scarsa proiezione verso la vita futura. Il ruolo dell'adolescente oggi è contraddittorio e difficile da vivere: mentre è richiesta responsabilità, non è data autonomia lavorativa; mentre si assiste ad una anticipata maturazione sessuale dal punto di vista biologico, non si riscontra una maturità psichica sui medesimi temi; ci sono più messaggi e tentazioni, ma meno reali possibilità[13]. Appare, insomma, difficile "diventare grandi in tempo di cinismo[14]" ed unirsi attorno a valori forti e significativi.

Sempre più spesso la ricerca spasmodica di un punto di riferimento valoriale si traduce nella costruzione di una labile attenzione nei confronti di un feticcio: le mode, i valori consumistici e mediali riempiono i vuoti di senso. Ne risulta una generalizzata maggiore esigenza di aggregazione e di riconoscimento da parte degli "altri", se è vero che la cooperazione si sviluppa ancor di più in presenza di "pericoli", in condizioni di spaesamento e di insicurezza. In un mondo liquido, anche le aggregazioni umane si rivelano funzionali alla costruzione di un senso di appartenenza generico e "fuggevole", ad uno stare insieme "senza eccessiva vicinanza", incentrate, come sembra, prevalentemente su aspetti ludici, ricreativi e sul consumo di attività, collegabile al desiderio di appartenenza sentito dai giovani.

Si assiste al "manifestarsi di forme di espressione del disagio giovanile (dalle forme di trasgressione autolesioniste a quelle devianti/criminali) attraverso il rifiuto di qualsiasi impegno civile o di tipo affettivo e di forme di insicurezza che portano non tanto a distaccarsi dal sistema dei valori di riferimento tradizionali"[15], ma a ricercarne uno, an-

[11] Z. Bauman, *La società individualizzata. Come cambia la nostra esperienza*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 51.

[12] *Ivi*, p. 53.

[13] Si vedano sul punto le riflessioni di C. Marocco Muttini, *Disagio adolescenziale e scuola*, UTET, Torino, 1997, p. 17.

[14] Così Cartocci R., *Diventare grandi in tempo di cinismo*, Il Mulino, Bologna, 2002.

[15] M. Ferrari Occhionero, *Disagio sociale e malessere generazionale. Dinamiche valoriali tra persistenza e mutamento*, FrancoAngeli , Milano, 2002, p. 99.

che deviante, che offra maggiore riconoscimento ad opera del gruppo di riferimento.

Come Cloward e Ohlin ricordano[16], i comportamenti criminali dipendono dalle aggregazioni più prossime da cui si apprendono non solo le definizioni attribuibili ad un comportamento, ma anche le tecniche criminali (bande criminali, conflittuali, astensionistiche). La teoria di Cohen secondo cui, "i giovani si autovalutano in relazione al modo con cui vengono giudicati dagli altri[17]" è una possibile chiave di lettura della diffusione di comportamenti devianti, soprattutto a scuola, luogo in cui si vive spesso una condizione di frustrazione, in quanto si evidenzia sempre di più la distanza tra i valori da essa "predicati" e quelli generalmente ritenuti importanti dalla società.

La modernità fa il resto: l'organizzazione sociale moderna e le nuove aree urbane costringono sempre più i giovani, per lunghi periodi giornalieri, in angusti appartamenti davanti al televisore o a preordinati e spesso forzati turni di attività varie nel tempo libero. Ne consegue che gli episodi di devianza sono sempre più frequenti e gravi durante l'attività didattica e dentro gli spazi scolastici. La scuola rappresenta certamente l'unico luogo in cui ci si ritrova numerosi, mettendo in moto quelle dinamiche che, un tempo, si creavano sopratutto all'esterno della scuola e durante il tempo libero. "L'esercizio della fisiologica aggressività, intesa come una delle forme di relazione e di comunicazione, veniva allora praticato per la strada, nella campagna, nelle borgate e nei cortili con giochi, simulazioni, sfide e gare. L'istituzione scolastica appare sempre più inadeguata come fonte non solo di controllo e regolazione ma anche di socializzazione al mercato di lavoro".[18] Tanto accade in una società in cui si nota una "crescente disaffezione nei confronti delle istituzioni per la loro inadeguatezza a soddisfare nuovi bisogni e le nuove domande della gente: l'individualismo diviene in tal modo, come orientamento di base della moderna e affluente società, strumento di protesta anti istituzionale"[19] ciò darebbe conto del "processo di individualizzazione caratteriz-

[16] R. A. Cloward e L. E. Ohlin, *Teoria delle bande delinquenti in America,* Bari, Laterza, 1968; in tema di apprendimento del crimine si veda anche la teoria delle associazioni differenziali di E. Sutherland in E. H. Sutherland e D. R. Cressey, *Criminologia*, Giuffré, Milano, 1996.

[17] A. Cohen, *Controllo sociale e comportamento deviante*, Il Mulino, Bologna, 1966, p. 119. Sul tema si consideri, altresì, A. Cohen, *Ragazzi delinquenti,* Feltrinelli, Milano, 1963.

[18] S. Segre, *La devianza giovanile. Cause sociali e politiche di prevenzione*, FrancoAngeli, Milano, 1996.

[19] M. F. Occhionero, *Disagio sociale e malessere generazionale*, op. cit., p. 35.

zato dall'emergere di un *ethos* individualista che renderebbe gli individui sempre meno dipendenti dalle istituzioni tradizionali e sempre più orientati alla libertà individuale e all'autonomia personale…. Modernizzazione ed individualizzazione hanno prodotto una crescente erosione dei valori morali tradizionale e della autorità che ha poi la sua ricaduta sulla vita di ogni individuo, in maniera particolare su quella dei giovani."[20] In un quadro sociale di tal fatta, il disagio giovanile per così dire fisiologico si trasforma in patologico e si esplica in attività devianti e persino criminali spesso agite in concorso con coetanei che condividono tale condizione e rappresentano la soluzione identificativa più immediata.

Il gruppo, piuttosto che rappresentare un luogo di socializzazione di valori condivisi dalla società, può divenire, come talvolta accade, rete sociale "antisociale", opportunità di cooperazione contraria all'azione sociale, luogo di formazione di un capitale sociale "negativo" non funzionale al buon andamento dello Stato, ma funzionale soltanto probabilmente all'assoluzione del tipico compito identitario giovanile.

Il bullismo, la violenza negli stadi, i comportamenti criminali in bande sono le espressioni più consuete della criminalità minorile agita in gruppo.

Com'è evidente, si tratta spesso di comportamenti non tipizzati, che rientrano nel medesimo grande insieme della devianza minorile di gruppo, pur essendo molto diversi tra loro, potendo far rientrare in essi tanto la devianza fatta di persecuzioni verbali, tipica di alcuni atti di bullismo, quanto la violenza contro qualcosa o contro qualcuno. La caratteristica comune più evidente di tali comportamenti sta nella presenza di un capitale sociale male orientato, della presenza di reti in cui lo spirito della gratuità, l'entusiasmo e la stessa fiducia, propri dei minorenni, vengono convogliati in direzioni disfunzionali rispetto al benessere dello Stato.

Accanto ad un capitale sociale che favorisce la cooperazione, alimentando la fiducia tra i giovani *cives*, esiste un capitale sociale utile alla creazione di reti funzionali a scopi più immediati, ma illeciti, che determina una cooperazione finalizzata al male. Ai comportamenti criminali dei giovani in gruppo, non fa eco la cooperazione contro di essi da parte delle vittime.

[20] *Ibidem*.

"Se abbiamo nel nostro ricco repertorio emotivo un'emozione complessa come il senso di insicurezza, specie in relazione alla paura di diventare vittime di azioni criminali"[21], si comprende come la cooperazione si percepisca come necessaria in caso di pericolo, in un'ottica evolutiva tale che, in caso di difficoltà, una delle prime risposte psicologiche è quella di sentirsi legati ad un gruppo di riferimento. La presenza di società più grandi, a differenza delle primitive, ha richiesto la burocratizzazione anche del rapporto con le vittime. La gestione della vittima, prima legata alla stretta comunità che provvedeva anche alla gestione dei conflitti[22], cede, nelle nostre società avanzate, il posto, da un lato, alle forze dell'ordine, dall'altro, ai ristretti nuclei di parentela e a pochi amici. La vittima, in linea generale, prova ad ottenere riconoscimento attraverso i canali ufficiali, anche se finisce per assurgere ad un ruolo di scarso rilievo a causa della preponderante attenzione nei confronti del reo. La marginalità della vittima, che solo recentemente ha visto porre in atto tutta una serie di interventi, in gran parte su carta, si autoalimenta. La mancanza di attenzione ad essa da parte delle istituzioni genera una globale sfiducia che, a sua volta, non favorisce la cooperazione tra vittime, per questo "impantanate" in tale condizione di marginalità.

La fiducia nelle istituzioni e la reputazione di esse per lo svilupparsi della fiducia tra i *cives* è importante non solo al fine di garantire un buon funzionamento del sistema Stato, ma anche al fine di garantire il nascere ed il perdurare di relazioni positive tra i consociati. "La fiducia tra persone e autorità è interconnessa. Se viene meno la fiducia nell'autorità, non si avrà fiducia che gli altri facciano la loro parte di un accordo e pertanto non si entrerà in affari.[23]" La fiducia nelle istituzioni è la condizione anche dello sviluppo di relazioni economiche e sociali tra consociati; la mancanza di fiducia nelle istituzioni genera ritrosie rispetto alla possibilità di agire fidandosi dei propri simili in quanto non ci si sente abbastanza tutelati dal sistema Stato e si decide di non rischiare. "In ampie zone del mondo la costituzione o il mantenimento di una struttura so-

[21] M. Marchetti, *Appunti per una criminologia darwiniana*, Cedam, Padova, 2004, p. 11.

[22] La cultura umana "è strettamente legata allo sviluppo delle nostre forme di aggregazione sociale", dalle bande caratterizzate da stretti legami di parentela, alle tribù, già più ampie, ma costituite da persone che si conoscevano, fino alle *chefferie,* composte da migliaia di individui che non si conoscono e iniziatrici della necessaria nascita della burocrazia. "E' all'interno di questi primitivi gruppi che i nostri antenati hanno dovuto iniziare a mediare tra il forte senso di individualità e la necessità di riconoscersi nel gruppo e di aderire alle sue regole, soprattutto a quelle cooperative", ult. op. cit., p. 13.

[23] D. Gambetta (a cura di), *Le strategie della fiducia,* op. cit., p. 64.

ciale che facilita il benessere umano dipendono dalla costituzione e dal mantenimento di strutture di governo e di responsabilità che in certa misura meritano fiducia…; la costituzione di tali strutture dipende da due ordini di fattori. Dipende, ovviamente, in modo passivo, dalla situazione esistente, dall'eredità storica della società in questione. Ma dipende anche dall'agire umano che a sua volta dipende dall'intelligenza e dalle capacità pratiche dell'uomo."[24]

La fiducia nelle istituzioni, da un lato, contribuisce alla creazione di un ordine sociale, dall'altro, favorisce la formazione di un sistema di controlli sul governo utili al fine del perpetuarsi di esso, creando le condizioni per una serena cooperazione tra i *cives.*

In questa ottica, ci si potrebbe muovere per iniziare a trovare una spiegazione sul perché sono rari i gruppi di giovani che cooperano contro i coetanei criminali da cui spesso subiscono vessazioni. Non si contrappone un capitale sociale che favorisce la cooperazione probabilmente perché la società, salvo che in casi particolarmente gravi, tende a minimizzare l'accaduto, considerandolo una "bravata".

La percezione degli atteggiamenti di prevaricazione e dei comportamenti violenti, tanto verbali quanto fisici, anche nel gruppo dei pari è scarsa, e, per dirla con Lemert[25] è spesso "normalizzata". Il modo in cui la società interpreta i comportamenti e li considera incide fatalmente sulla criminalità. La cultura di una società e l'atteggiamento della stessa rispetto ad un fenomeno incidono sulla sua diffusione. Se la devianza è relativa al tempo, allo spazio e al ruolo, è relativa certamente anche al potere, essendo la forza dominante in una società a decidere cosa possa considerarsi deviante e cosa non lo sia.

Nell'evolversi della società, piccoli spazi di atavismo culturale sono per selezione naturale sembrati validi strumenti di crescita dei cuccioli di uomo, tanto che i loro comportamenti devianti di gruppo sono sembrati soltanto un'occasione di temprare i caratteri e la ricerca di un modo di porsi in relazione con gli altri.

Parafrasando Durkheim[26], l'uomo è mosso da innumerevoli passio-

[24] J. Dunn, *Fiducia e agire politico*, sta in D. Gambetta (a cura di), *Le strategie della fiducia*, op. cit., p. 103.

[25] La devianza in tal senso non viene percepita come tale neppure dagli autori dei comportamenti illeciti, poiché la società tende a non etichettarli come rei, quasi giustificandoli.

[26] Nel definire il suicidio anomico, Durkheim sottolinea che quando "l'attività degli uomini è sregolata, essi ne soffrono". V. E. Durkheim, *Il suicidio. Studio di sociologia*, Bur, 2007, p. 330.

ni che necessitano di essere contenute attraverso il diritto e il controllo sociale. La scuola come palestra di vita è stata il luogo deputato per anni al perpetuarsi di forme di "violenza" (non solo fisica, quella che oggi prende il nome di bullismo) che andavano poi raffinandosi col divenire più adulti nella prepotenza e nel sopruso tipici di una società verticale[27]. L'attenzione maggiore al fenomeno oggi deve fare i conti con una cultura già fortemente radicata che tende a sminuire i comportamenti prepotenti e a partecipare scherzosamente alle "bravate" di alcuni "buontemponi".

La cultura sta cambiando almeno da un punto di vista formale con più decisi interventi formali, ma ancora non troppo su un piano informale e sostanziale, se si pensa che molte non innocue "bravate", invece di essere nascoste vengono rese pubbliche dagli stessi autori, con una certa soddisfazione, attraverso l'immissione di filmati su Internet[28]. La nostra società di fatto non ha ancora sentito il problema, anche se razionalmente lo ha riconosciuto. La cooperazione tra giovani ad attività criminali è, dunque, spesso alimentata da una fiducia reciproca, frutto di una conoscenza a volte indiretta e di una reputazione "positiva" nel commettere determinati atti riprovevoli. E questo è lo stesso motivo per cui la cooperazione tra le vittime di tali atti è così scarsamente diffusa.

I violenti, con parole e fatti, sono spesso considerati forti, sono conosciuti dai propri coetanei e a volte ammirati, corteggiati e attorniati da deboli che ne imitano atteggiamenti e comportamenti e ne condividono i valori. Le vittime, dal canto loro, sono spesso isolate per "merito" dei propri "carnefici" e trovano ancor meno possibilità di costruire reti sociali utili a difendersi poiché frequentemente "accompagnati" da una reputazione negativa.

Si assiste, sempre più spesso, ad una vittimizzazione secondaria più forte della primaria in cui al danno derivante direttamente dall'evento criminoso, si aggiunge la "beffa", talvolta persino più dolorosa, della risposta che la società (in particolare gruppo dei pari e istituzioni) dà ai comportamenti di cui si è vittime. Atteggiamenti negativi, come la mancanza di sostegno, l'isolamento e la presa di posizione a favore dei devianti rendono la vittima ancora più marginale, sfiduciata, isolata, poco cooperativa, arrecando ingenti danni nei giovani in cui il disagio fisiologico finirà per patologizzarsi.

[27] La società verticale, a differenza di quella orizzontale prevista dalla Costituzione italiana, non prevede il ricorso alla solidarietà e alla eguaglianza, ma ad una struttura sociale verticistica e disuguale, come ricorda G. Colombo in *Sulle regole*, Feltrinelli, Milano, 2008.

[28] Si parla di *cyberbulling* in riferimento a quei comportamenti tipici del bullismo, in cui il mezzo informatico assume importanza fondamentale per la diffusione.

La presenza tra i giovani di un capitale sociale del tutto specifico per le ragioni fin qui indicate invita alla diffusione capillare di politiche di prevenzione che non possono soltanto esplicarsi *post delicta* mediante l'intervento istituzionale e la diffusione di un controllo sociale formale sul territorio[29]. Indubbiamente tale tipo di intervento rappresenta un passo inevitabile per accrescere la fiducia nelle istituzioni, elemento fondante, come si è detto, per l'affermarsi della fiducia tra cittadini. In questo modo le vittime stesse sarebbero incoraggiate alla cooperazione e il fenomeno della devianza giovanile di gruppo potrebbe iniziare ad essere arginato.

Ciò non sarebbe, però, sufficiente, se non fosse sostenuto da un controllo sociale informale, del cittadino sul cittadino, che non può non nascere da una rinnovata percezione di fenomeni siffatti da parte degli stessi coetanei dei devianti.

Perché possa avvenire la ora auspicata "inversione" dell'attuale capitale sociale nelle dinamiche del mondo giovanile, si potrebbe iniziare con l'attivare programmi di mediazione scolastica[30], mediante i quali poter insegnare agli stessi studenti a gestire il conflitto autonomamente, in modo da garantire la gestione dei conflitti sorti nell'ambito della scuola, e da formare giovani studenti alla cultura della mediazione, tanto che essi possano essere in grado di gestire uno spazio di accoglienza e di ascolto per i propri compagni. Nel caso della formazione alla mediazione scolastica, è evidente lo scopo di coinvolgere gli allievi alla presa in carico dell'elemento disturbante del sistema- classe, attraverso una partecipazione diretta.

Attuare nel modo appena indicato, o in altri efficaci modi, un'inversione di capitale, significa riuscire a "tesorizzare" una risorsa, quale quella del capitale sociale, di cui soprattutto le giovani generazioni sono ricche, affinché possano farlo fruttare in direzioni conformi all'affermazione di una "società orizzontale", che nella sua modernità deve poter ritagliare per sé spazi importanti di vecchia solidarietà.

[29] Non si auspica affatto una penalizzazione esasperata, né tantomeno una diminuzione dell'età imputabile. Si ritiene, viceversa, necessario restituire il conflitto alle parti e rendere la vittima protagonista della rielaborazione del suo "lutto" attraverso attività di mediazione.

[30] Il Gruppo Abele, un'associazione *onlus* che da molti anni opera a Torino, ha fatto della mediazione una delle armi più usate per gestire efficacemente i conflitti. Dal 1996 è impegnato in attività di Mediazione scolastica sia a Torino che in tutto il territorio regionale, dove opera in collaborazione con alcune circoscrizioni cittadine, assessorati provinciali ed enti di promozione sportiva.

DOMENICO RICCIO

La natura giuridica degli accantonamenti per l'assegno vitalizio dei consiglieri regionali

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Trilateralità del rapporto previdenziale e bilateralità del rapporto assicurativo-indennitario. - 3. Automaticità del rapporto previdenziale e corrispettività del rapporto indennitario. - 4. Attività degli enti previdenziali come servizio pubblico. - 5. La difformità strutturale tra contributi ed accantonamenti. - 6. Conseguenze della qualificazione giuridica dei contributi previdenziali come tributi. - 7. La posizione della Corte Costituzionale. - 8. La normativa fiscale. - 9. La prassi dell'Agenzia delle Entrate. - 10. La legislazione regionale. - 11. Dubbi di costituzionalità in caso di qualificazione (da parte della legislazione regionale) degli assegni indennitari in termini di previdenzialità.

1. *Premessa*

La natura giuridica degli accantonamenti per gli assegni vitalizi dei consiglieri regionali non è stata oggetto di molta considerazione da parte degli interpreti, sebbene sia stata sottoposta più volte alla attenzione della giurisprudenza (ed in particolar modo del Giudice delle leggi)[1], chiamata a giudicare della riconducibilità o meno di tali accantonamenti nell'ampio e comprensivo alveo dei contributi previdenziali. Tale questione, che riveste enorme importanza (stanti le conseguenze, anche e soprattutto sotto il regime fiscale, connesse ad un siffatto inquadramento), necessita di essere esattamente inquadrata alla luce dei principi generali in materia.

All'uopo, occorre, primariamente, porre mente alla struttura del sistema previdenziale, al fine di estrapolarne gli elementi caratterizzanti e valutarne poi la congruenza o meno con quelli propri degli accantonamenti per gli assegni vitalizi dei consiglieri regionali.

([1]) Da ultimo, v. Corte Cost., ord. 16 marzo 2007, n. 86, udienza 7 febbraio 2007, in "Bigonline"; ma tra i precedenti della Consulta si ricordano soprattutto 7 luglio 1986, n. 178, in "Foro it.", 1986, I, c. 2068; 23 febbraio 1994, n. 50, 20 luglio 1994, n. 328, 23 novembre 1994, n. 400, tutte in "Riv. dir. trib.", 1995, II, p. 817 nota di R. VIANELLO, *Questioni di costituzionalità in tema di trattamento fiscale dell'indennità di fine rapporto corrisposta ai medici di medicina generale*; 13 luglio 1994, n. 289, in "Dir. e prat. trib.", 1994, II, p. 839 nota di F. DE PIAGGI, *Incostituzionale il trattamento tributario privilegiato dei parlamentari, in relazione agli assegni vitalizi*; 4 febbraio 2000, n. 25, in "Foro it.", 2000, I, c. 740; 31 luglio 2000, n. 412, in "Foro it.", 2000, I, c. 3403.

2. *Trilateralità del rapporto previdenziale e bilateralità del rapporto assicurativo-indennitario*

Si evidenzia, in primo luogo, che – dal punto di vista organizzativo – la realizzazione della tutela previdenziale è compito dello Stato[2].

L'erogazione delle prestazioni previdenziali, infatti, è affidata ad enti detti appunto previdenziali, i quali reperiscono i mezzi necessari per la realizzazione del loro fine istituzionale dalla contribuzione obbligatoria posta a carico dei soggetti protetti nonché di soggetti che si trovano con questi ultimi in determinati rapporti e, infine, dal concorso finanziario dello Stato. I soggetti che intervengono nella realizzazione della tutela previdenziale sono dunque: lo Stato, gli enti previdenziali, i soggetti tenuti al pagamento dei contributi, i soggetti aventi diritto alle prestazioni previdenziali. I soggetti elencati vengono definiti – con terminologia presa a prestito dal diritto delle assicurazioni – assicurato, assicurante ed assicuratore (o, ancora, lavoratore, datore di lavoro, ente gestore delle assicurazioni sociali)[3].

Il sistema giuridico della previdenza sociale deve essere inteso come l'insieme dei vari rapporti intercorrenti tra i soggetti che comunque partecipano alla realizzazione della tutela previdenziale e cioè: del rapporto intercorrente tra lo Stato e l'istituto previdenziale, tra lo Stato e il beneficiario delle prestazioni previdenziali, tra l'istituto e l'obbligato al pagamento dei contributi previdenziali. È evidente che tale ordine di rapporto (trilaterale) manca nel sistema di accantonamento-restituzione in forma di assegno vitalizio, proprio delle indennità dei consiglieri regionali. In tale caso sussiste chiaramente il solo rapporto bilaterale tra il consigliere (o l'*ex* consigliere) ed il Fondo, con il primo in veste di contribuente e poi di beneficiario.

[2] Arg. *ex* art. 38, comma 4, Cost. nonché art. 117, comma 2, lett. o). La realizzazione della tutela previdenziale è compito dello Stato ed i rapporti in cui quest'ultimo interviene si vengono a trovare con gli altri in un nesso particolarmente qualificante, non solo perché consentono di porre in evidenza il fine pubblico per il quale sono predisposti, ma anche perché la partecipazione dello Stato è ormai essenziale alla realizzazione della tutela previdenziale (v. in tal senso M. Persiani, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2000, p. 49; lo ricorda pure G. Melis, *Sulla incostituzionalità del "contributo" a favore dell'Enpam di cui all'art. 1, 39º comma, l. n. 243 del 2004*, in "Rass. trib.", 2006, p. 59 ss., specialmente *sub* § 2; v., anche, A.C. Pigou, *Economia del benessere*, Torino, 1947; J.M. Keynes, *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta e altri scritti*, Torino, 2001).

[3] Tale terminologia è stata ritenuta impropria dalla dottrina più attenta in materia (M. Persiani, *Diritto della previdenza sociale*, cit., p. 50; Id., *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Padova, 1960, p. 83; A. Barettoni Arleri, *Il rapporto previdenziale* in "Riv. it. prev. soc.", 1959, p. 6 ss.; M. Cinelli, voce *Rapporto giuridico di previdenza sociale*, in "Dig. IV ed. – Sez. comm.", vol. XIII, Torino, 1996, p. 419 ss.), la quale ha rimarcato che essa resta fedele alla classificazione del rapporto di assicurazione privata, che non corrisponde all'attuale struttura del sistema giuridico della previdenza sociale.

3. *Automaticità del rapporto previdenziale e corrispettività del rapporto indennitario*

Inoltre, il rapporto tra (*ex*) consigliere e Fondo è di tipo corrispettivo, laddove, invece, le prestazioni previdenziali sono dovute in virtù di una oggettiva situazione di bisogno, che il sistema previdenziale è demandato ad alleviare[4]. La mancanza di qualsiasi corrispettività[5] comporta ulteriormente l'automaticità delle prestazioni[6] anche per le ipotesi in cui manchi il versamento dei contributi (circostanza che non si ripete nel sistema *ex* consigliere-Fondo).

[4] Si rileva puntualmente, al contrario, la «correlazione» (G. MELIS, *Sulla incostituzionalità del "contributo" a favore dell'Enpam di cui all'art. 1, 39º comma, l. n. 243 del 2004*, cit., p. 59 ss., soprattutto *sub* § 3) tra (ultimo) reddito e rendita previdenziale da erogare, anche perché il reddito ultimo è proprio il metro su cui commisurare il bisogno in cui incorre il beneficiario della prestazione pensionistica allorquando tale reddito viene a mancare. "*Tale correlazione, quella tra pensione e retribuzione, è stata peraltro costantemente sottolineata dalla Corte costituzionale, che ha evidenziato come il trattamento pensionistico 'deve essere proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato' e deve essere idoneo a garantire la conservazione del 'tenore di vita conseguito dal lavoratore, in rapporto al reddito ed alla posizione sociale raggiunta in seno alla categoria di appartenenza, per effetto dell'attività svolta' (Corte Cost., 13 marzo 1980, n. 26, in "Giust. civ.", 1980, I, p. 444 ss.). Lo stesso vale per i lavoratori autonomi, dove per lo stesso motivo è al reddito netto che viene ad essere commisurato il contributo previdenziale, venendo in rilievo il "compenso" nei soli casi in cui, intervenendo nel rapporto previdenziale il soggetto terzo, non possa che aversi riguardo alla dimensione lorda del reddito medesimo*» (così G. MELIS, *Sulla incostituzionalità del "contributo" a favore dell'Enpam di cui all'art. 1, 39º comma, l. n. 243 del 2004*, cit., *sub* § 3, il quale richiama anche L. CARBONE, *La tutela previdenziale dei liberi professionisti*, in "Dottrina e giur. sistematica di diritto della prev. soc.", diretto da M. CINELLI, Torino, 1998, p. 8).

[5] Si ritiene superata la dottrina tradizionale, per la quale il rapporto giuridico previdenziale avrebbe struttura analoga a quello derivante dal contratto di assicurazione privata (v. L. BARASSI, *Il sistema delle assicurazioni sociali nell'ordinamento sindacale corporativo*, in "Arch. studi corporativi", 1932, p. 159; V. GUELI, *Analisi giuridica dell'assicurazione sociale*, in "Ass. soc.", 1937, p. 901 ss.; P. GASPARRI, *Il meccanismo giuridico delle assicurazioni sociali*, in "Saggi in scienze assicurative", vol. III, Pisa, 1939, p. 75 ss.; ma v., più di recente, L.R. LEVI SANDRI, *Linee di una teoria giuridica della previdenza sociale*, Milano, 1953; ID., *Istituzioni di legislazione sociale*, Milano, 1983; A. DONATI, *Il rapporto giuridico delle assicurazioni sociali*, in "Dir. lav.", 1950, I, p. 1 ss.; V. GUELI, *Il sistema giuridico delle assicurazioni sociali*, in "Tratt. di dir. lav." diretto da U. BORSI-F. PERGOLESI, vol. IV, t. I, Padova, 1954, p. 1 ss.; C. LEGA, *Il rapporto giuridico previdenziale*, Milano, 1969; G. CANNELLA, *Corso di diritto della previdenza sociale*, Milano, 1970, p. 107 ss.). Esso, cioè, sarebbe formato dal rapporto intercorrente tra quest'ultimo e i datori di lavoro: rapporti aventi ad oggetto rispettivamente le prestazioni e i contributi previdenziali. Da questa configurazione del rapporto giuridico previdenziale restano esclusi i rapporti in cui interviene lo Stato. Si ritiene infatti che quest'ultimo intervenga nei confronti degli altri soggetti del rapporto giuridico non diversamente che nei confronti di qualsiasi altro soggetto pubblico o privato (L. BARASSI, *Il sistema delle assicurazioni sociali nell'ordinamento sindacale corporativo*, in "Arch. studi corporativi", 1932, p. 159).

[6] Tale principio, introdotto prima nelle singole forme di assicurazione sociale, è stato accolto, poi, da una disposizione di carattere generale la quale stabilisce che le presta-

Tale principio implica che le prestazioni previdenziali non vengono erogate in funzione del versamento dei contributi previdenziali (a differenza di quanto avviene per il Fondo regionale) e conferma, quindi, che difetta nelle cosiddette assicurazioni sociali quella corrispettività che è caratteristica delle assicurazioni private[7].

Si deve ritenere, conseguentemente, che il principio in base al quale esse sono informate non è la corrispettività propria dei rapporti civilistici ma è piuttosto quello della solidarietà nazionale che si realizza attraverso il contributo di coloro che sono in grado di lavorare a favore di quelli cui – per specifiche ragioni – vengono a mancare dei mezzi di sostentamento e si trovano in condizioni di bisogno.

La solidarietà, inoltre, viene conservata e garantita dallo Stato che non si comporta come uno spettatore inerte ma interviene assumendo un ruolo giuridicamente qualificato[8].

4. *Attività degli enti previdenziali come servizio pubblico*

Ciò induce due ulteriori considerazione. In primo luogo, così intesa, l'attività degli enti previdenziali ben può essere qualificata come servizio pubblico.

Sussiste infatti l'esistenza di un complesso di mezzi personali o reali sui quali si impernia, come elemento unificatore, la comune destinazione all'erogazione di determinate prestazioni, quelle, appunto, previdenziali[9].

zioni previdenziali siano dovute al prestatore di lavoro anche quando l'imprenditore non abbia versato regolarmente i contributi dovuti, salve le diverse disposizioni delle leggi speciali (art. 2110 c.c.). Con l'evoluzione del sistema questa regola ha trovato un'attuazione pressoché completa (G. Pera, *L'automaticità (parziale) delle prestazioni nell'assicurazione invalidità e vecchiaia*, in "Sic. soc.", 1970, p. 1 ss.; A. Maneschi, *Revisioni e modifiche dell'ordinamento pensionistico dell'Istituto nazionale della previdenza sociale*, in "Riv. it. prev. soc.", 1969, p. 601; A. Luciani, *L'art. 40 della legge 30 aprile 1969, n. 153 e l'automaticità delle prestazioni previdenziali*, in "Prev. soc. in agricoltura", 1970, p. 191 ss.).

[7] Né varrebbe in contrario osservare che presupposto dell'erogazione delle prestazioni previdenziali sia comunque il fatto che i contributi, sebbene non versati, siano tuttavia dovuti (v. M. Persiani, *Diritto della previdenza sociale*, cit., p. 53 ss.).

[8] Anzi a seguito del suo intervento le prestazioni previdenziali sono determinate sulla base di scelte politiche che tengono conto non solo e non tanto della contribuzione versata, ma anche e sempre più intensamente dell'effettivo bisogno del soggetto protetto (cfr. M. Persiani, *Diritto della previdenza sociale*, cit., p. 58).

[9] A. Luciani, *Previdenza sociale e solidarietà collettiva*, in "Prev. soc.", 1983, p. 1515 ss. L'intervento dello Stato nella gestione degli enti previdenziali non è una innovazione recente, ma attualmente ha raggiunto un'intensità notevole e tale attività viene oramai svolta come compito proprio, quello appunto di provvedere e garantire il sistema previden-

Per poter accedere al godimento di una rendita previdenziale è suf-

ziale, ciò conseguentemente affida allo Stato un posto specifico e determinato nel rapporto previdenziale. Per vero, parte della dottrina (G. FERRARI, *Istituto di assicurazione sociale*, in "Saggi in scienze assicurative", vol. III, Pisa, 1939, p. 133) aveva ritenuto che il contributo dello Stato avrebbe natura simile al contributo previdenziale, dovuto anche da altri soggetti, in quanto rappresenterebbe il concorso della collettività, giuridicamente impersonificata nello Stato, permettendo di ridurre, tra l'altro, l'onere che quest'ultima derivanti da un servizio pubblico di cui anche la collettività è beneficiaria. Altri autori (A. DONATI, *Il rapporto giuridico delle assicurazioni sociali*, in "Dir. lav.", 1950, I, p. 5; V. GUELI, *Il sistema giuridico delle assicurazioni sociali* in "Tratt. di dir. lav." diretto da U. BORSI-F. PERGOLESI, vol. IV, t. I, Padova, 1954, p. 67), invece, avevano considerato l'intervento finanziario dello Stato come il corrispettivo di alcuni non indifferenti vantaggi che la realizzazione della tutela previdenziale produrrebbe all'amministrazione dello Stato, permettendo di ridurre, tra l'altro, l'onere che quest'ultima deve sostenere nella sua attività assistenziale. L'intervento finanziario dello Stato è stato determinato, in alcuni casi, dalla necessità di provvedere ad esigenze contingenti, come quelle derivanti dalla notevole ed improvvisa svalutazione della moneta che si verificò nell'immediato dopoguerra e che mise in crisi le riserve finanziarie degli enti previdenziali. Successivamente esso era stato previsto per la realizzazione della tutela previdenziale dei lavoratori autonomi, nei casi in cui le condizioni economiche e sociali di questi ultimi non consentivano di reperire mezzi necessari attraverso la contribuzione degli stessi soggetti protetti. Per i lavoratori subordinati, invece, l'intervento finanziario dello Stato era servito anche per realizzare un miglioramento della tutela o per coprire i deficit degli istituti previdenziali (d.l. 30 ottobre 1967, n. 968 convertito in l. 23 dicembre 1967, n. 1242). Più di recente, l'esigenza di consentire all'Inps il recupero degli importi di contributi dei quali era creditore per legge nei confronti dello stato e che questi, da alcuni anni, non aveva versato aveva indotto alla istituzione, nell'ambito dell'Istituto, di una gestione autonoma denominata Fondo sociale (l. 21 luglio 1965, n. 903, contenente "*avviamento alla riforma e miglioramento dei trattamenti di pensione della previdenza sociale*"). A detta gestione, nata per ragioni storiche contingenti, era stata dapprima attribuita la competenza ad erogare la quota parte di ciascuna mensilità di pensione di cui all'art. 1 della l. 21 luglio 1965, n. 903, a carico dell'assicurazione generale obbligatoria per la invalidità, la vecchiaia e i superstiti, tanto per i lavoratori subordinati che per quelli autonomi. Successivamente venne attribuito al Fondo anche il compito di erogare la pensione sociale ai cittadini ultrasessantacinquenni in disagiate condizioni economiche (art. 26, comma 9, l. 30 aprile 1969, n. 153, recante "*revisione degli ordinamenti pensionistici e norme in materia di sicurezza sociale*"; v. A. MANESCHI, *Il finanziamento della "pensione sociale". Considerazioni giuridiche*, in "Riv. it. prev. soc.", 1966, p. 3 ss.; V. SIMI, *Natura assistenziale del "Fondo sociale"*, in "Riv. it. prev. soc.", 1972, p. 3 ss.; G. MINICONE, *Le prestazioni pensionistiche del regime generale*, Padova, 1976, p. 25 ss.; A. LUCIANI, *Saggio sulla contribuzione previdenziale*, Padova, 1977, p. 65 ss.). La l. 9 marzo 1989, n. 88 ha soppresso a decorrere dal 1° gennaio 1989 il Fondo sociale (M. INTORCIA, *Commento all'art. 37 l. n. 88 del 1989*, in "Nuove leggi civili comm.", 1990, p. 711 ss.). Lo Stato interviene, inoltre, sul c.d. reddito minimo di inserimento (art. 59, l. 27 dicembre 1997, n. 449; d.lgs. 18 giugno 1998, n. 237, Disciplina dell'introduzione in via sperimentale, in talune aree, dell'istituto del reddito minimo di inserimento, a norma dell'articolo 59, commi 47 e 48, della l. 27 dicembre 1997, n. 449) che è posto a carico per il novanta per cento del Fondo nazionale per le politiche sociali e per il residuo dieci per cento a carico dei comuni interessati all'iniziativa. Del pari, l'onere del finanziamento delle misure per l'integrazione dei lavoratori stranieri, nonché di quelle vol-

ficiente che qualcuno (ma non necessariamente il beneficiario, come invece nel caso del consigliere regionale) abbia espletato l'obbligo contributivo[10].

Anche gli stessi lavoratori subordinati sono tenuti – almeno per alcune forme di previdenza – al pagamento dei contributi previdenziali, pure se tradizionalmente, tenuti sono i datori di lavoro[11] dei sog-

te a contrastare l'emarginazione derivante da motivi razziali, etnici, religiosi (artt. 40-45, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero) è a carico del Fondo nazionale per le politiche migratorie, istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri. Da ultimo, l'assegno ai nuclei familiari numerosi è erogato dall'Inps sulla base dei dati forniti dai comuni, ma è finanziato da un apposito Fondo istituito presso la Presidenza del consiglio dei ministri (art. 50, l. 17 maggio 1999, n. 144, recante "*Misure in materia di investimenti, delega al Governo per il riordino degli incentivi all'occupazione e della normativa che disciplina l'Inail, nonché disposizioni per il riordino degli enti previdenziali*").

[10] M. Balzarini, *I contributi*, in *Nuovo tratt. di dir. lav.* diretto da L. Riva Sanseverino-G. Mazzoni, vol. III, Padova, 1971, p. 719 ss.; A. Luciani, *Saggio sulla contribuzione previdenziale*, Padova, 1977; A. Barettoni Arleri, *La finanza della previdenza sociale*, in "Riv. infort. e mal. prof.", 1958, p. 347 ss.

[11] Il sistema di finanziamento della previdenza sociale è stato sia pure in parte modificato con i provvedimenti legislativi che hanno predisposto a più riprese e in più occasioni la fiscalizzazione degli oneri sociali e gli sgravi contributivi per le imprese industriali che utilizzano effettivamente lavoratori nel Mezzogiorno (istituiti, rispettivamente, con l'art. 1 del d.lgs. 7 febbraio 1977, n. 15 convertito nella legge 7 aprile 1977, n. 102 e con l'art. 18 della legge 25 ottobre 1968, n. 1089; a questi provvedimenti ne sono succeduti altri sia a carattere generale sia limitati a particolari settori; attualmente la fiscalizzazione degli oneri sociali è diventata "strutturale" e definitiva: art. 1, l. 3 agosto 1990, n. 210; art. 1, l. 20 marzo 1991, n. 89; art. 18, l. 19 luglio 1994, n. 451; d.m. 22 giugno 1995; art. 11, d.l. 31 gennaio 1997, n. 11, convertito con modificazioni nella l. 28 marzo 1997, n. 81). Per effetto della fiscalizzazione i datori di lavoro vengono esonerati dal pagamento di alcuni contributi previdenziali il cui onere viene assunto dallo Stato (M.A. Coppini, *La fiscalizzazione degli oneri sociali*, in "Dir. lav.", 1965, I, p. 25 ss.; A. Luciani, *Saggio sulla contribuzione previdenziale*, cit., p. 125 ss; F. Fonzo, *Fiscalizzazione degli oneri sociali e osservanza delle norme collettive*, in "Riv. giur. lav.", 1984, III, p. 59 ss.; A. Luciani, *Gli sgravi contributivi e la fiscalizzazione (1986-1988)*, in "Nuova giur. civ. comm.", 1988, 1, p. 45 ss.; C.A. Nicolini, *La conversione in legge del d.l. 3/90: la fiscalizzazione degli oneri sociali* de jure condito *e* de jure condendo, in "Riv. it. dir. lav.", 1990, I, p. 518; A. Avio, *Sgravi contributivi e compensazione atipica*, in "Riv. it. dir. lav.", 1990, I, p. 184 ss.; L. Carbone, *Gli sgravi contributivi nella giurisprudenza (1968-1992)*, in "Foro it.", 1993, I, c. 505 ss.; R. Braccini, voce *Parafiscalità*, in "Dig. IV ed. – Sez. comm.", vol. IX, Torino, 1994, p. 447 ss.; R. Vianello, *Automatismi retributivi e fiscalizzazione degli oneri sociali*, in "Riv. it. dir. lav.", 1997, I, p. 195 ss.). Cosa diversa è la contribuzione figurativa, riconosciuta quando il rapporto di lavoro rimane sospeso per eventi quali la disoccupazione, la malattia, la maternità, l'infortunio, il servizio militare, l'intervento della Cassa integrazione guadagni, lo svolgimento di cariche pubbliche elettive. La legge dispone che questi periodi si considerino quali periodi di contribuzione ai fini del diritto alle prestazioni previdenziali e della determinazione della loro misura (G. De Tommasi, *I contributi figurativi nelle assicurazioni sociali*, in "Riv. it. prev. soc.", 1968, p. 413; P. Costalunga, *La contribuzione figurativa*, in "Tratt. di prev. soc." diretto da B. Bussi-M. Persiani, vol. I, Padova, 1974, p. 725 ss.; M. Cinelli, *Dissesto dell'impresa e tutela sociale dei lavoratori*, in "Dir. giur. lav.", 1986, III, p. 193 ss.).

getti protetti[12].

Infine, se il reperimento dei mezzi necessari al raggiungimento dei fini istituzionali degli enti previdenziali ancora avviene di regola mediante l'imposizione dell'obbligo del pagamento di contributi previdenziali ad alcune categorie di cittadini, tuttavia lo Stato interviene – in taluni casi – al finanziamento degli enti previdenziali, il che sottolinea ulteriormente la caratteristica di pubblico servizio.

5. *La difformità strutturale tra contributi ed accantonamenti*

In secondo luogo, inoltre, differisce l'aspetto strutturale dei contributi previdenziali dagli accantonamenti previsti per i consiglieri regionali.

I primi non possono essere configurati quali premi di assicurazione per mancanza del nesso di corrispettività tra contributi e prestazioni previdenziali[13]. Piuttosto devono essere identificati quali tributi imposti dalla legge a favore di un ente pubblico e per la realizzazione di un pubblico interesse[14].

[12] I prestatori di lavoro, nei limiti in cui non trovi applicazione il principio di automaticità delle prestazioni, possono chiedere i danni al datore di lavoro, che è responsabile per il danno derivato da mancata o irregolare contribuzione (art. 2116, 2 comma, c.c.) anche nei confronti dei superstiti del lavoratore (v. M. Caniglia, *L'azione di danno da mancata o irregolare contribuzione nell'assicurazione di invalidità e vecchiaia*, in "Riv. giur. lav.", 1962, I, p. 139 ss.; A. Terracina, *Responsabilità dell'imprenditore per omesso versamento dei contributi assicurativi e prescrizione dell'azione*, in "Riv. it. prev. soc.", 1956, p. 209 ss.; E. Traversa, *Osservazioni sulla responsabilità del datore di lavoro* ex *art. 2116 Cod. Civ.*, in "Dir. econ.", 1960, p. 431 ss.).

[13] G. Pera, *L'automaticità (parziale) delle prestazioni nell'assicurazione invalidità e vecchiaia*, cit., p. 1 ss.; A. Maneschi, *Revisioni e modifiche dell'ordinamento pensionistico dell'Istituto nazionale della previdenza sociale*, cit., p. 601; A. Luciani, *L'art. 40 della legge 30 aprile 1969, n. 153 e l'automaticità delle prestazioni previdenziali*, cit., p. 191 ss.

[14] Con conseguente applicabilità dell'art. 53 Cost.: v., in tal senso, G. Melis, *Sulla incostituzionalità del "contributo" a favore dell'Enpam di cui all'art. 1, 39º comma, l. n. 243 del 2004*, cit., *sub* § 3, il quale – in proposito – assume che "*è certamente ammissibile che la contribuzione previdenziale avvenga a carico di un soggetto diverso da quello che beneficia della prestazione previdenziale, nella misura in cui esso abbia un 'contatto lavorativo' con i soggetti beneficiari della contribuzione previdenziale ovvero benefici del servizio di interesse pubblico alla cui realizzazione questi ultimi sono preposti; la contribuzione previdenziale viene talvolta valutata dalla Corte in termini di capacità contributiva ex art. 53 Cost., il cui indice rilevante (nel sistema previdenziale) è quello reddituale (salvo che non si tratti di contributi relativi a servizi divisibili, venendo in tal caso in rilievo la logica della 'tassa'); la determinazione della base imponibile del contributo deve avere come riferimento un indice economicamente valutabile riferibile al soggetto assicurato, ed in particolare il suo reddito 'effettivo' ovvero altri elementi ad esso comunque riconducibili (reddito 'medio'), il quale (reddito) coincide nel caso dei lavoratori dipendenti con la retribuzione e nel caso dei lavoratori autonomi con quello derivante dalla sola attività di tipo strettamente professionale; all'interno della base imponibile così individuata, la valutazione dell'ammontare del contributo dovuto è fondamentalmente rimessa ai calcoli dell'ente previdenziale, purché esso non sia assolutamente arbitrario o irrazionale*".

Più precisamente, i contributi previdenziali vanno ulteriormente qualificati come imposte[15] – piuttosto che tasse[16] o contributi speciali[17] o figure autonome di tributo[18], i quali trovano fondamento nell'esplicazione di un'attività pubblica dalla quale l'obbligato riceve un vantaggio specifico ed individuale e diverso dal resto della collettività – infatti essi sono prestazioni pecuniarie che un ente pubblico ha il diritto di esigere in virtù della sua potestà d'imperio, originaria o derivata, nei casi, nella misura e nei modi stabiliti dalla legge, allo scopo di reperire i mezzi necessari allo svolgimento della sua attività, in ottemperanza dell'intervento dello Stato nella sua funzione sociale espletata come espressione della solidarietà della collettività dei cittadini.

Al contrario, lo stesso non può dirsi per gli accantonamenti sull'indennità di consigliere, i quali sono destinati solamente al pagamento dell'assegno vitalizio del consigliere stesso.

6. *Conseguenze della qualificazione giuridica dei contributi previdenziali come tributi*

Corollari della qualificazione del contributo previdenziale come imposta è che esso è dovuto esclusivamente in base alla soggezione alla po-

[15] È l'interpretazione data dalla Cass., SS.UU., 15 maggio 1998, n. 4918, in "Bigonline", per la quale "*La contribuzione previdenziale ha assunto sempre più nel tempo una natura 'parafiscale', essendo intesa come prestazione imposta dalla legge a favore di un ente pubblico, per la realizzazione di un pubblico interesse e, quindi, qualificabile come 'imposta speciale' (perché colpisce solo determinate categorie o gruppi di persone, che possono anche non avere alcun interesse alle prestazioni finanziate con tale contribuzione). In questa prospettiva di assimilazione dei due tipi di contributi è giustificata l'adozione di sistemi di riscossione simili a quelli propri del diritto tributario, come si è reso ancor più evidente nella disciplina più recente, essendo stati previsti un sistema di versamento unitario sia per le imposte che per i contributi (art. 17 e 19 d.lg. 9 luglio 1997 n. 241), nonché l'applicazione di identiche disposizioni in tema di liquidazione, accertamento e riscossione (art. 1 d.lg. 18 dicembre 1997 n. 462)*"; in dottrina, v. P. Puri, *Destinazione previdenziale e prelievo tributario – Dalla parafiscalità alla fiscalizzazione del sistema previdenziale*, Milano, 2005, p. 72 ss.; L. Del Federico, *Tasse, tributi paracommutativi e prezzi pubblici*, Torino, 2000, p. 224; A. Gorini, *Considerazione sui contributi di assicurazione sociale*, in "Sic. soc.", 1950, p. 11; M. Ingrosso, *I premi di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e la loro natura tributaria*, in "Riv. infort. e mal. prof.", 1954, p. 663; B. Cocivera, *Sul concetto di "tributo" e sulla natura tributaria di alcuni proventi degli enti minori*, in "Jus", 1954, p. 94.

[16] A. Donati, *Il rapporto giuridico delle assicurazioni sociali*, cit., p. 9.

[17] A. Barettoni Arleri, *La finanza della previdenza sociale*, cit., p. 366.

[18] L. Barassi, *Previdenza sociale e lavoro subordinato*, vol. II, Milano, 1954, p. 603; L.R. Levi Sandri, *Linee di una teoria giuridica della previdenza sociale*, cit., p. 246 ss.; A. Luciani, *Natura giuridica e prescrizione del contributo previdenziale con riferimento ai fondi speciali gestiti dall'INPS*, in "Riv. dir. lav.", 1969, I, p. 180.

testà dello Stato, mentre l'impiego che l'ente pubblico fa del ricavo dell'imposizione non ha alcuna rilevanza per il contribuente. Inoltre, trova applicazione in materia del disposto dell'art. 23 Cost., per cui nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge (che – per i contributi previdenziali – non solo impone l'obbligo contributivo, ma ne determina pure l'ammontare)[19].

Analoghe considerazioni non possono essere sostenute pure per gli accantonamenti in relazione all'indennità di consigliere.

Al contrario dell'assegno per i consiglieri regionali, poi, le prestazioni previdenziali non possono essere configurate quali parte della retribuzione del lavoratore[20]. Le prestazioni previdenziali possono essere, infatti, tanto economiche (nel qual caso consistono nell'erogazione di danaro) quanto sanitarie (come accade quando hanno ad oggetto l'assistenza medico-chirurgica, le prestazioni ambulatoriali, il ricovero in casa di cura, la somministrazione di medicinali e la fornitura di apparecchi di protesi e di presidi terapeutici). Ancor di più, infine, si deve escludere la natura retributiva delle prestazioni previdenziali in tutte le ipotesi in cui esse siano dovute a soggetti protetti che non sono lavoratori subordinati[21].

7. *La posizione della Corte costituzionale*

Analoghe argomentazioni sono state utilizzate dalla Corte costituzionale allorquando ha avuto modo di occuparsi delle vicende relative alle contribuzioni pseudo-previdenziali.

La Consulta si è soffermata particolarmente sulla diversità ontologica e teleologica che discrimina le rendite vitalizie[22] in genere da quel-

[19] L'obbligo contributivo si estingue solo con il venir meno delle condizioni al verificarsi delle quali era sorto e, in alcuni casi, esso perdura fino a quando l'obbligato non adempia a determinate formalità.

[20] V. soprattutto F.P. Rossi, *Rapporto di lavoro subordinato e rapporto giuridico previdenziale*, Milano, 1968, p. 145 ss. Sotto un altro profilo si è sostenuto che le prestazioni previdenziali vadano qualificate come risarcimento del danno, ma anche in tale ipotesi si obietta che il diritto alle prestazioni si concreta anche in assenza di un evento che tecnicamente possa essere definito quale antecedente logico del danno, ogni qual volta si è in una situazione di bisogno. La prestazione, cioè, non mira a reintegrare una situazione lesa da un evento dannoso, ma piuttosto a supplire ad un bisogno, anche se a quest'ultimo non può attribuirsi un riferimento causale prossimo ad un evento che lo avrebbe determinato (M. Persiani, *Diritto della previdenza sociale*, cit., p. 121 e ss.).

[21] M. Persiani, *Diritto della previdenza sociale*, cit., p. 120.

[22] Sulla rendita vitalizia in genere si rinvia a D. Riccio, *Le rendite vitalizie*, in G. Di Giandomenico-D. Riccio, *I contratti aleatori*, in "Tratt. di dir. priv.", diretto da M. Bessone, vol. XV, Torino, 2005, pp. 321-360, con *ivi* ulteriori indicazioni bibliografiche.

le previdenziali[23].

Emerge, infatti, *ante omnia*, chiaramente la dissomiglianza tra la rendita previdenziale e l'assegno vitalizio, tale che una indebita equiparazione sarebbe sempre tacciabile di irragionevolezza e, quindi, di incostituzionalità per contrarietà all'art. 3 Cost. Si ricorda che la Corte costituzionale, già nella sentenza n. 289 del 13 luglio 1994, ha rilevato la diversa natura tra l'assegno vitalizio e le pensioni ordinarie, sostenendo che l'assegno vitalizio, a differenza della pensione ordinaria, si ricollega ad una indennità di carica goduta in relazione all'esercizio di un mandato pubblico che ha sempre assunto, nella disciplina costituzionale ed ordinaria, connotazioni distinte da quelle proprie della retribuzione connessa al rapporto di pubblico impiego. Inoltre la diversità tra assegno vitalizio e pensione assume un'evidenza particolare dal momento che questo tipo di previdenza ha trovato la sua origine in una forma di mutualità che trova il suo fondamento non nella legge, ma in regolamenti interni.

8. *La normativa fiscale*

L'esclusione del carattere previdenziale dei contributi in argomento, dunque, si evidenzia in modo inequivoco dalla natura dell'assegno vitalizio, che è volto a fini indennitari anziché previdenziali, ed è confermata dalla qualificazione fiscale dello stesso come indennità per carica elettiva ai sensi dell'art. 47, comma 1, lett. g), t.u.i.r.

I contributi di cui alla normativa regionale, siccome volti ad accantonamenti per retribuzione differita e non rivestendo natura assistenziale e previdenziale, sono, pertanto, indeducibili dal reddito complessivo, non rientrando tra gli oneri deducibili previsti dall'art. 10, comma 1, lett. e), t.u.i.r., né nella fattispecie di cui all'art. 47, comma 1, lett. g), t.u.i.r.

9. *La prassi della Agenzia delle entrate*

La natura previdenziale degli accantonamenti dei consiglieri regionali, infine, è stata giustamente negata anche dalla prassi dell'Agenzia delle entrate[24] sulla base delle evidenti discrasie tra la corresponsione a

[23] In materia di rendite previdenziali pure si rimanda a D. Riccio, *Le rendite previdenziali*, in G. Di Giandomenico-D. Riccio, *I contratti aleatori*, in "Tratt. di dir. priv.", diretto da M. Bessone, vol. XV, Torino, 2005, pp. 361-414 ed alla dottrina *ivi* citata.

[24] V. Agenzia delle entrate – Direzione regionale del Molise risposta prot. n. 916-7171/2005 all'interpello del Consiglio regionale del Molise nella quale si evidenzia che "*Sul*

titolo di rendita di una quota parte dell'accantonamento sull'indennità di consigliere regionale e le prestazioni rese in virtù di un rapporto giuridico previdenziale.

Per quanto attiene al fine, infatti, si ripete, l'assegno vitalizio serve a "spalmare" l'importo dell'indennità di consigliere su un orizzonte temporale vitalizio. Per contro, la previdenza sociale ha lo scopo di alleviare le condizioni disagevoli in cui possono trovarsi taluni soggetti, i quali, non disponendo di risorse individuali di mezzi, in seguito ad eventi infausti vengono a trovarsi in situazioni di bisogno e tale fine viene per lo più perseguito mediante l'attribuzione di una prestazione periodica di rendita che valga a compensare la minore capacità di produzione di reddito o la maggiore necessità di risorse (siano essi momentanei o permanenti) susseguenti al verificarsi di un determinato evento.

10. *La legislazione regionale*

Un fattore di interferenza a tali pacifiche conclusioni viene dalla normativa regionale, che – in talune ipotesi – ha ritenuto di dover spendere più di una parola per attrarre il richiamato accantonamento nel concetto di contributo previdenziale.

Per lo più il legislatore regionale ha agito prevedendo espressamente l'obbligatorietà del detto accantonamento ovvero affermando in modo esplicito la sua "previdenzialità".

In entrambe le ipotesi, pur tuttavia, si deve escludere che tali tentativi possano cogliere nel segno.

Ed invero non sarebbe certamente possibile affermare una (inaccettabile) equiparazione degli accantonamenti dei consiglieri regionali alla contribuzione previdenziali sotto il profilo della obbligatorietà. Il problema, infatti, non è la obbligatorietà della contribuzione, ma la sua natura previdenziale o meno e tale carattere di previdenzialità – come si è avuto modo di far rilevare – manca certamente negli accantonamenti dei consiglieri regionali.

Né, ancora, potrebbe essere riaffermata da una eventuale qualifica di "previdenziale" offerta accidentalmente nella legislazione regionale,

punto è intervenuta anche la Corte Costituzionale con la sentenza n. 289 depositata il 13 luglio 1994, nella quale ha sottolineato che l'assegno vitalizio, a differenza della pensione ordinaria, 'viene a collocarsi ad una indennità di carica goduta in relazione all'esercizio di un mandato pubblico' … inoltre la qualificazione in termini indennitari (anziché previdenziali) degli assegni in trattazione è confermata dalla qualificazione fiscale degli assegni vitalizi che rientrano nella categoria delle indennità per cariche elettive ai sensi dell'art. 50, comma 1, lettera g) del t.u.i.r.".

la quale non può cambiare certamente la natura di un assegno che previdenziale non è[25]. Il problema, appunto, non è nominalistico, ma sostanziale e – va da sé – la sostanza non può mutare alla semplice modifica del nome.

11. *Dubbi di costituzionalità in caso di qualificazione (da parte della legislazione regionale) degli assegni indennitari in termini di previdenzialità*

La normativa regionale, dunque, non è idonea a mutare la natura giuridica dell'accantonamento in contributo previdenziale.

Anche perché una interpretazione di tal fatta renderebbe la normativa regionale incostituzionale.

La lettura della normativa regionale, infatti, deve essere effettuata con la cd. interpretazione adeguatrice (o interpretazione orientata ai principi), unico strumento che "*consenta di ricostruirne* [della disposizione sotto esame] *la portata in sintonia con i principi della Costituzione, in modo da attribuire alla normativa, tra i plurimi significati astrattamente possibili, quello che non sia in contrasto con i valori costituzionali*"[26], onde evitare il (frequente) rimprovero espresso dal giudice delle leggi per lo più con decisioni il cui dispositivo recita "*dichiara non fondata, nei sensi di cui in motivazione*"[27] ma anche, più drasticamente, "*dichiara la manifesta infondatezza della questione*"[28].

[25] A questo punto, la qualifica maldestramente rifilata *ex lege* regionale avrebbe piuttosto il sapore dell'aneddoto medioevale secondo il quale nel periodo di quaresima i prelati, per potersi cibare di qualsiasi leccornia senza però interrompere il periodo di astinenza, prima di sedersi a tavola, rivolti alle pietanze, pronunciavano la formula "*ego te baptizo piscem*", così evitando – ma solo a loro modo di vedere – di interrompere il digiuno quaresimale.

[26] Cass., SS.UU. penali, 30 maggio-19 luglio 2006, n. 25084, in "Bigonline".

[27] V. Corte Cost., 24-28 maggio 1999, n. 198, in "Bigonline", che ha risolto il quesito sottoposto dalla regione Sardegna contro una legge Finanziaria statale per supposta lesione dell'autonomia finanziaria della regione ricorrente. In chiave di interpretazione adeguatrice, accanto alle sentenze interpretative di rigetto si incontrano le sentenze interpretative di accoglimento, con le quali la Corte – invece di dichiarare illegittima una disposizione, cancellandola dall'ordinamento per l'avvenire – si limita a qualificarne come illegittima una certa interpretazione fra quelle astrattamente possibili. In fondo *"sentenze interpretative di accoglimento e di rigetto sono due facce della stessa medaglia che facilmente possono essere scambiate, come avviene tutte le volte in cui la Corte passa dall'interpretativa di rigetto a quella di accoglimento, volendo perseguire lo stesso risultato: l'abbandono nella pratica applicativa della norma incostituzionale e la utilizzazione della legge nella sua interpretazione conforme alla Costituzione*" (V. Zagrebelsky, voce *Processo costituzionale*, in "Enc. dir.", vol. XXXVI, Milano, 1965, p. 651).

[28] Formula adottata eventualmente anche per le ordinanze (v., ad esempio, Corte Cost., 10-14 maggio 2004, n. 144, in "Bigonline").

È – non pare il caso di ricordare – preciso dovere (da parte del giudice del merito) di evitare di sollevare eccezioni inutili e di fare propria *"l'interpretazione da lui ritenuta più adeguata ai principi costituzionali, configurandosi, altrimenti, la questione di costituzionalità quale improprio strumento volto ad ottenere l'avallo della Corte a favore di una determinata interpretazione della norma"*[29].

Tale dovere viene ricordato con crescente insistenza[30], ma non è immune da complicazioni e rischi. Ed infatti, allorché ci si rivolge alla cd. interpretazione adeguatrice del diritto positivo da applicare (cioè della norma intesa come testo enunciato attraverso le parole), l'operatore accetta consapevolmente[31] il rischio di ricavarne un significato (cioè una norma intesa come regola comportamentale) non perfettamente allineato alla lettera esatta del disposto[32] e di avvalorare, con l'autorità della sua pronuncia, un significato innovativo.

La preoccupazione è quella di salvaguardare la sopravvivenza di una disposizione, ritenuta suscettibile di più significati sul piano strettamente letterale, rispetto ad una pronuncia di incostituzionalità dagli effetti sicuramente più lesivi del sistema.

L'interpretazione adeguatrice è una specie del genere interpretazione sistematica[33], è quindi una modalità "*di quella interpretazione che pre-*

[29] Corte Cost., ord. 23-26 maggio 2005, n. 211, in "Bigonline". Conforme Cass., SS.UU. penali, 20 dicembre 2005-6 febbraio 2006, n. 4687, in "Bigonline".

[30] "*Se la Corte ha il monopolio (del sindacato ai fini) della dichiarazione di incostituzionalità, tuttavia, nel momento – logicamente e processualmente precedente – della verifica ermeneutica, è il giudice che ha il primato della interpretazione conforme a Costituzione* [perché] *laddove ci si trovi di fronte ad una disposizione legislativa polisensa, il principio dell'interpretazione adeguatrice sprigiona tutte le sue potenzialità, tanto che la rinuncia da parte del giudice di farvi ricorso rappresenterebbe una rinuncia da parte dell'Autorità giudiziaria rimettente alla propria indeclinabile funzione ermeneutica*" (G. Giusti, *Tecnica di redazione delle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale*, in *www.csm.it*). Qualcuno potrà sentirsi consolato nell'apprendere che l'opera di bacchettatura investe tutte le giurisdizioni di merito, non ultima la Corte dei conti in sede giurisdizionale (v. Corte cost., ordinanza 15-29 dicembre 2000, n. 592). Simmetricamente "*dal punto di vista del giudice costituzionale, la pronuncia di una sentenza additiva presuppone la rinuncia ad una (peraltro non sempre possibile) decisione interpretativa di rigetto, volta a raccomandare un'interpretazione adeguatrice di tipo estensivo*" (C. Parodi, *Lacune e norme inespresse nella giurisprudenza costituzionale*, in "www.cahiers.org").

[31] Per sua natura e definizione, il procedimento non è mai casuale.

[32] Disposizioni preliminari del codice civile, art. 12 ("*Interpretazione della legge*"), "*Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*".

[33] R. Guastini, *Antinomie e sistemazione del diritto*, in "www.studio celentano.it".

viene le antinomie nell'ambito di un singolo documento normativo, evitando di ricavare da una data disposizione una norma che sarebbe in conflitto con un'altra norma, previamente ricavata da un'altra disposizione del medesimo documento normativo. In altre parole, si fa interpretazione sistematica ogni qual volta si esclude una certa attribuzione di significato che, se ammessa, renderebbe un testo internamente incoerente" ([34]).

La questione in parola si pone in maniera esemplare quale paradigma per l'applicazione del richiamo alla interpretazione adeguatrice.

Suona infatti imperioso, in tal senso, il disposto del rinnovato art. 117, comma 2, lett. e) e o), Cost. per il quale "*Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: … e) … sistema tributario e contabile dello Stato; perequazione delle risorse finanziarie; … o) previdenza sociale*".

Ebbene – conclusivamente – ogni altra opzione ermeneutica diversa da quella di ritenere come "non previdenziale" l'assegno vitalizio previsto per i consiglieri regionali porterebbe inevitabilmente ad una lettura incostituzionale della norma.

Ed infatti – come si è già avuto modo di chiarire *supra* – la prestazione previdenziale va intesa esattamente come prestazione amministrativa resa ai privati. Più precisamente si tratta di una prestazione erogata dallo Stato o da altro ente in esecuzione di un obbligo specifico per la tutela dell'interesse pubblico generale. Ciò a fronte dell'assegno vitalizio dei consiglieri regionali che deve essere qualificato quale retribuzione differita in corrispettività sinallagmatica con l'ammontare dei premi versati al Fondo.

Sicché, in definitiva, l'assegno non è previdenziale perché non lo è ontologicamente e, inoltre, se così fosse definito dalla legge regionale, la stessa si porrebbe in contrasto tanto con l'art. 117, lett. o), Cost., quanto – e soprattutto – con il richiamato art. 117, ma lett. e), Cost., poiché porterebbe sostanzialmente (ma surrettiziamente) a far determinare dall'ente regione – mediante norme meramente definitorie[35]

[34] Così R. Guastini, *Antinomie e sistemazione del diritto*, cit.

[35] Sul punto, si rinvia a D. Riccio, *La natura giuridica delle prestazioni di assistenza a terra*, in "Studi in memoria di Elio Fanara", tomo I, Milano, 2006, pp. 377-406. Per vero, il diritto non dovrebbe creare e inventarsi categorie, ma regolare quelle attuali; non dovrebbe dare definizioni, ma soltanto obblighi e sanzioni. Anche perché, come è stato pure avvertito, "*la definizione si presenta impresa ardua e temibile, da evitare da parte soprattutto del legislatore i cui eventuali errori – sempre possibili ed anzi probabili di fronte a propositi così ambiziosi – determinerebbero, nell'ambito stesso della legge, inestricabili contraddizioni tra sintesi normative e norme sintetizzate*" (S. Pugliatti, *La logica e i concetti giuridici*, in "Riv. dir. comm.", 1941, I, p. 206). Molto spesso, pertanto, il legislatore è costretto ad ammettere che, equivocando

– la base imponibile dei tributi erariali nonché a modificare il sistema previdenziale nazionale.

la propria funzione, detta proposizioni logiche anziché proposizioni normative. Per G. OSTI (*Appunti per una teoria della sopravvenienza*, in "Riv. dir. civ.", 1913, p. 664) "*altro è il compito del legislatore, altro quello del giurista, e se è vero che quegli deve evitare la codificazione delle costruzioni giuridiche astratte, e lasciare un certo campo libero al senso pratico intuitivo del giudice, là dove l'incertezza dei principi scientifici e la loro natura eccessivamente astratta non consenta di tradurli congruamente in una norma legislativa, è altrettanto vero che il giurista deve portare ogni suo sforzo per portare la coerenza e la uniformità in tutto ciò che appare incoerente e disforme, tenendo presente che non v'è particolarità di un singolo caso che non si ripeta in altri analoghi e diversi, e che non v'è norma, per quanto apparentemente adatta alla specialità di determinate circostanze concrete, che non sia suscettibile di essere generalizzata ed elevata a principio*". Eppure era già stato osservato che diverso è il compito del legislatore, il quale deve respingere la tentazione di costruire apparati normativi astratti e deve, invece, lasciare all'opera degli interpreti l'impegno per la applicazione e la interpretazione del dato giuridico (S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, cit., p. 206), poiché la norma, posta in tali ipotesi, o si sostanzia in una enunciazione generale priva di rapporto con la realtà empirica ovvero altro non sarebbe che una mera duplicazione concettuale del dato sostanziale (S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, cit., p. 206); in tal senso si può affermare che "*i concetti giuridici sono pseudo-concetti*" (C.A. JEMOLO, *I concetti giuridici*, in "Atti dell'Accademia delle Scienze di Torino", Torino, 1940, vol. 75, II, p. 246, ora in "Pagine sparse di diritto e storiografia scelte e ordinate da Scavo Lombardo", Milano, 1957, p. 100). Del resto la sfiducia per il legislatore era già presente in Savigny, così come nell'opera di Jhering, il quale di fronte all'eventuale costruzione del legislatore affermava che essa ha solo rilevo tecnico e che pertanto può essere superata dalla giurisprudenza ogniqualvolta le definizioni legislative contrastino con le concrete definizioni di legge (cfr. C. LAZZARA, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino, 1965, pp. 28-29).

IVANA ROSSI

Il dialogo competitivo nell'ordinamento italiano

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Origini dell'istituto. - 3. Caratteri e disciplina dell'istituto. - 4. Istituti affini e ambito di applicazione. - 5. Conclusioni e spunti critici.

1. *Premessa*

L'inserimento dell'istituto del dialogo competitivo nel novero degli strumenti giuridici messi a disposizione e utilizzati dalla Pubblica Amministrazione, nella sua qualità di stazione appaltante, per l'aggiudicazione di determinati tipi di appalti definiti "*complessi*", deve essere concepito come la risposta approntata dall'ordinamento, prima europeo e poi interno, ad un' istanza ben determinata che si estrinseca in due distinte manifestazioni intimamente collegate e connesse tra di loro.

Da una parte, infatti, la società contemporanea è caratterizzata da un'evoluzione economica, industriale e tecnologica molto celere cui corrisponde l'emersione di nuove, diverse e sempre più diversificate richieste da parte dei cittadini che non possono essere soddisfatte dalla P.A. attraverso gli strumenti tradizionali, ma abbisognano di beni nuovi, metodi rinnovati e all'avanguardia tarati proprio sui bisogni di nuova e recente manifestazione della collettività.[1]

Si ha dunque il superamento di una *fictio iuris* che a lungo ha qualificato la materia e lo studio dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione come un vero e proprio dogma: "*La fictio è quella dell'onniscienza delle stazioni appaltanti*". [2] [3]

[1] Cfr. I. FILIPPETTI, *Appalti pubblici: alle radici del dialogo competitivo*, in *Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2006, n. 3, p. 295.

[2] R. INVERNIZZI, *Il dialogo competitivo e tecnico*, in AA.VV. (a cura di R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005, p. 300.

[3] Più precisamente, la *fictio* dell'onniscienza delle stazioni appaltanti era già stata messa in crisi dall'introduzione delle disposizioni di matrice comunitaria che sanciscono che l'aggiudicazione degli appalti possa avvenire in base al criterio della c.d. *offerta economicamente* più vantaggiosa e non più secondo il criterio del c.d. *prezzo più basso* così come indicato dalle modalità restrittive previste dalle originarie norme di contabilità pubblica nazionale. Precedentemente le stazioni appaltanti, non avendo una conoscenza tecnica del

Le vecchie norme interne di contabilità pubblica[4], infatti, disegnavano e presumevano una stazione appaltante perfettamente capace di selezionare sia le esigenze collettive meritevoli di essere soddisfatte, sia i mezzi più idonei e qualificati per fare ciò. Coerentemente a questa logica, la stazione appaltante risultava essere edotta su tutto ciò che riguardava l'appalto ed essere l'unica a determinare tutto ciò che atteneva all'oggetto dell'appalto stesso e ai profili procedurali dell'intera operazione.

Oggi, invece, per la rapidità di cui si è già detto sopra e che caratterizza l'evoluzione e i mutamenti della nostra società, ci si trova di fronte ad una P.A. che non sempre ha la capacità di determinare quali siano i fabbisogni dei cittadini e con quali strategie soddisfarli nel migliore dei modi. Sempre più frequentemente ci si trova di fronte a stazioni appaltanti che evidenziano non solo limitate risorse economiche, ma anche limiti di *Know-how* e competenze tecniche che costituiscono restrizioni fortemente invalidanti rispetto alla realizzazione del fine pubblico.

Da questo cambiamento di paradigma deriva che, attualmente, le stazioni appaltanti considerano i privati come interlocutori privilegiati, non solo per la concreta realizzazione degli appalti che sopperisce alla loro mancanza di liquidità economica, ma anche e soprattutto, per la fase antecedente a quella di realizzazione dell'opera, ossia quella in cui si mettono a punto i programmi di studio tesi a ad individuare le esigenze da soddisfare e le strategie di progettazione e realizzazione dei migliori metodi per non deludere tali esigenze.

E' evidente come alla luce di queste prime considerazioni i tradizionali ruoli ricoperti dalla P.A. e dagli imprenditori mutino radicalmente dando vita ad un nuovo e rinnovato rapporto: da una parte, le stazioni appaltanti non sono più pubbliche amministrazioni onniscienti che non sentono la necessità di confrontarsi con alcuno riguardo ai contenuti tec-

mercato, erano portate a giudicare la qualità delle proposte avanzate dagli imprenditori dal loro prezzo, con la conseguente elevata probabilità di scelte sbagliate nel vaglio del progetto migliore, con rilevanti ricadute negative per la PA, che poteva incorrere nella c.d. *selezione avversa*, ossia in soluzioni e progetti contrari ai suoi interessi, e per la collettività in generale cui l'opera è indirizzata.

Esempio di come le nuove norme comunitarie abbiano prodotto in questo settore una vera e propria rivoluzione copernicana è la diversa applicazione dell'art. 23, comma 1, lett. b), D.L.vo. n. 157/1995: in un primo momento la norma è stata applicata riconoscendo prevalenza al c.d. *criterio del prezzo più basso*; attualmente, invece, la sua interpretazione legittima una competizione e una valutazione che vada oltre l'aspetto economico delle offerte presentate dai privati e caratterizzata da un contenuto eminentemente tecnico e dal peso marginale riservato al fattore economico.

[4] R.D. 18 novembre 1923, n. 2440 e R.D. 23 maggio 1924, n. 827.

nici delle prestazioni e che considerano la discussione con il privato fuorviante rispetto al regolare andamento della propria attività; esse considerano il "dialogo" con gli imprenditori privati come necessario per sopperire ad un progresso tecnico e tecnologico che attualmente è così veloce da impedire, anche alle stazioni appaltanti più attente e preparate, di stare al passo con le novità; dall'altra parte, anche il ruolo e la figura dei privati si atteggia in maniera diversa in quanto l'imprenditore "*non è più chiamato soltanto ad eseguire appalti pubblici, ma è invitato a riflettere sui bisogni della collettività e a proporre possibili soluzioni finalizzate a soddisfare tali bisogni*".[5]

È opportuno sottolineare come in questo modo il nuovo rapporto che intercorre tra stazione appaltante e concorrenti sia caratterizzato da una reciprocità ravvisabile soprattutto nella posizione attiva e propositiva dei privati che precedentemente, invece, erano confinati ad un ruolo passivo e subordinato rispetto alla P.A.

Si instaura un rapporto di collaborazione che si estrinseca in una dialettica finalizzata ad uno "*scambio di idee e di informazioni a contenuto tecnico*"[6] con cui "*l'appaltante beneficia delle competenze tecniche dei concorrenti, in vista del migliore perseguimento dei fini da esso individuati nella descrizione-base dell'oggetto dell'appalto nel capitolato di gara*".[7]

Dopo, quindi, il superamento della *fictio* dell'onniscienza delle stazioni appaltanti, la dialettica che caratterizza il nuovo e rinnovato rapporto tra P.A. e soggetti privati e che è alla base dell'introduzione del dialogo competitivo nell'ordinamento giuridico italiano, costituisce la dimostrazione del superamento di un altro dogma che per molto tempo ha definito i rapporti tra P.A. e privati: il dogma dell'incomunicabilità tra stazione appaltante e concorrenti, tra committente e appaltatore.[8]

Ciò è possibile perché il dialogo competitivo è stato concepito come uno strumento giuridico finalizzato ad aprire e favorire il confronto non solo sugli aspetti procedurali dell'affidamento dell'appalto, ma, elemento più importante, sull'oggetto dell'appalto stesso, facendo sì che l'Amministrazione possa adeguare la procedura in base a ciò che le offre il mercato, mutando le proprie istanze in base alle indicazioni e alle determinazioni dei concorrenti e perfezionando gli strumenti tecnici e giuridici per soddisfarle.

[5] I. FILIPPETTI, *Appalti pubblici: alle radici del dialogo competitivo*, cit., p. 299.

[6] R. INVERNIZZI, *Il dialogo competitivo e tecnico*, cit., p. 301.

[7] *Idem*.

[8] Cfr. S. VINTI, *Il dialogo competitivo: troppo rigido nella fase creativa, poco regolato in quella comparativa*, in *Giustizia Amministrativa*, 2009, n. 4, p. 180.

Queste prime considerazioni evidenziano come il dialogo competitivo risulti essere un istituto utile per correggere e superare le asimmetrie informative che si verificano nel rapporto tra le stazioni appaltanti e i soggetti privati.[9]

L'Amministrazione pubblica, infatti, risulta essere un soggetto meno informato, paragonato ai privati, sia per l'inadeguatezza del personale che per la carenza di strutture specializzate nel corretto reperimento delle informazioni.[10]

Tale eterogenea distribuzione di informazioni si manifesta sia nella fase precedente alla stipulazione che in quella di esecuzione del contratto. Le conseguenze di questa discrasia tra la posizione della P.A. e quella dei soggetti privati si traducono in effetti distorsivi, come gli alti costi di rilevazione e controllo a carico delle stazioni appaltanti, quale parte meno informata, effetti distorsivi rispetto ai quali il dialogo competitivo si pone come valida soluzione.

Da queste prime considerazioni si evince come il dialogo competitivo sia uno strumento estremamente utile per educere le stazioni appaltanti sul mercato e dare loro la possibilità di rapportarsi ad esso in condizioni di parità. Parallelamente, al mercato, più precisamente agli imprenditori privati, si richiede di contribuire all'elaborazione delle soluzioni tecniche più appropriate per soddisfare le richieste che provengono dal mercato stesso.

Attraverso il dialogo competitivo, il potere contrattuale e i margini di effettiva contrattazione delle parti si ampliano notevolmente con inevitabili ricadute sia per ciò che riguarda il contenuto del contratto, sia per quanto si riferisce agli aspetti tecnici della prestazione. Quest'ultima, gra-

[9] Cfr. D.M. TRAINA, *Verso il recepimento delle direttive sugli appalti pubblici: il dialogo competitivo (e di alcuni problemi circa le competenze delle regioni*), in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2005, p. 1979: "*Con il dialogo competitivo si cerca infatti di superare le asimmetrie informative tra le amministrazioni e il mercato, di ovviare cioè al « gap » di conoscenze delle prime, prevedendo una collaborazione con le imprese non solo al fine di specificare l'oggetto di un contratto già definito in via di massima dall'ente aggiudicatore (come nell'appalto-concorso), o di premiare determinate soluzioni tecnico-operative rispetto a quelle già prefissate (come nel sistema di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa), bensì utilizzando il Know-how delle imprese, la loro inventiva, la loro capacità ideativa e progettuale dinanzi ad un problema dato già nella fase preliminare di individuazione dell'oggetto stesso della prestazione*".

[10] Cfr. B. RAGANELLI, *Il dialogo competitivo dalla direttiva 2004/18/CE al Codice dei contratti: verso una maggiore flessibilità dei rapporti tra pubblico e privato*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2009, n. 1, p. 168.

Dello stesso Autore e sempre su tale argomento, si faccia riferimento a : B. RAGANELLI, G. FIDONE, *Public Private Partnerships and Public Works: reducing moral hazard in a competitive market*, in *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, 2008, n. 1, p. 23 ss.

zie al confronto pubblico-privato che il dialogo competitivo realizza, si rivelerà più soddisfacente ai bisogni del committente e "*comunque diversa da quella che l'amministrazione avrebbe ottenuto all'esito di una procedura concorsuale di aggiudicazione di tipo tradizionale (sia aperta che ristretta), con la quale avrebbe dovuto obbligatoriamente predefinire, sotto il profilo tecnico ed economico, tutti gli elementi della futura prestazione senza il preventivo confronto con gli operatori e senza la possibilità di chiedere modifiche in corso di gara*".[11]

2. *Origini dell'istituto*

Le origini del dialogo competitivo si rinvengono nella prassi e nell'ordinamento anglosassone e sono da ricondurre nell'alveo delle peculiari forme di *Public-Private-Partnerships* ("PPP")[12] diffuse nell'ordinamen-

[11] S. VINTI, *Il dialogo competitivo: troppo rigido nella fase creativa, poco regolato in quella comparativa*, cit., p. 195.

[12] Il *Partenariato Pubblico Privato*, che si configura come una delle più recenti branche avanguardiste del diritto dell'economia e della *Governance* economica, trova la sua prima definizione documentale nel *Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni* (Commissione Europea, DOC- 327 def. del 30 aprile 2004) che ha avuto il merito di proporre in modo sistematico e comprensivo la questione della disciplina giuridica delle varie forme di partenariato, in quanto precedentemente al 2004 si riscontravano lacune e incongruenze sia nel diritto comunitario che negli ordinamenti dei diversi Stati membri.

Per Partenariato Pubblico Privato si intendono, secondo la lettera del Libro Verde, "*forme di cooperazione tra autorità pubbliche e il mondo delle imprese, che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura ovvero la fornitura di un servizio*".

Caratteristiche comuni a tutte le operazioni di partenariato e necessarie affinché un'operazione possa qualificarsi come tale sono:

1) la durata relativamente lunga della collaborazione, che implica una collaborazione tra il partner pubblico e il partner privato in relazione ai vari aspetti di un progetto da realizzare;
2) la modalità di finanziamento del progetto, garantito da parte del settore privato talvolta anche tramite relazioni complesse tra i diversi soggetti;
3) il ruolo importante dell'operatore economico, che partecipa a varie fasi del progetto (progettazione, realizzazione, attuazione, finanziamento). Il partner pubblico, invece, si concentra principalmente sulla definizione degli obiettivi da raggiungere in termini di interesse pubblico;
4) la ripartizione dei rischi tra il partner pubblico e il partner privato sul quale sono trasferiti i rischi di solito a carico del settore pubblico.

A questa definizione documentale, ormai datata, è necessario aggiungere la definizione normativa che del PPP ha recentemente dato il nostro legislatore con il *Terzo decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici* (D.L.vo n. 152/2008) all'art. 3, 15 *ter* dalla quale si evince che nella nozione codicistica di contratto di partenariato pubblico privato rien-

to britannico.[13]

La codificazione del *competitive dialogue* deve essere interpretata come la risposta alle lacune emerse, in particolare, in occasione della procedura di infrazione promossa dalla Commissione europea ai danni del Regno Unito, in riferimento al *Pimlico School case*.[14]

Tale caso riguardava la ristrutturazione di una scuola, progetto che la stazione appaltante inglese intendeva affidare tramite una procedura negoziata. La Commissione europea aveva escluso che fossero presenti i presupposti necessari per avvalersi di tale procedura, in quanto l'operazione non evidenziava rischi ulteriori rispetto a quelli che caratterizzavano i contratti d'appalto.[15] Pertanto in base a questo orientamento, il ricorso alla procedura negoziata, in operazioni analoghe a quelle del *Pimlico School case*, ossia in operazioni di PPP, si configurava di incerta liceità.

Alla luce di tutto ciò, è facile comprendere come le autorità britanniche, in sede europea, si siano prodigate per dare vita ad una procedura di aggiudicazione che avesse i requisiti di duttilità e adattabilità , ma che, in primo luogo, fosse applicabile alle operazioni di PPP come era stata l'operazione relativa al *Pimlico School case*.[16]

trano tutte le tipologie alternative all'appalto finalizzate a realizzare opere pubbliche o a fornire pubblici servizi. Di conseguenza il PPP non si sostanzia in una mera operazione economica, ma costituisce una vera e propria nuova categoria negoziale, alternativa all'appalto, per realizzare opere pubbliche. Sull'argomento si confronti: R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006; Idem, *I contratti alternativi all'appalto per la realizzazione di opere pubbliche*, Relazione al Consiglio Nazionale forense intitolato "*L'appalto tra diritto pubblico e diritto privato*", Roma 10 ottobre 2008; S. RISTUCCIA, *PPP: definizioni, divagazioni e provocazioni*, in *Queste istituzioni*, 2006, n. 140/43; M.P. CHITI, *Partenariato pubblico privato*, in *Enciclopedia giuridica*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007; C. FELICETTI, *PPP e Project Finance. Il trasferimento dei rischi e il payment mechanism nei contratti di PPP*, Roma, 2007; G. F. CARTEI, *Finanza di progetto e modelli partenariali pubblico-privati*, in G. F. CARTEI, *Responsabilità e concorrenza nel Codice dei contratti*, Napoli, 2008.

[13] Cfr. M. FARLEY, *Directive 2004/18/EC and the Competitive Dialogue Procedure: A case study on the application of the competitive dialogue procedure to NHS LIFT*, in EPPL, 2007, pp. 60-70; S. ARROWSMITH, *Public Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in Conflict*, in *Common Market Law Review*, 2004, pagg. 1280 e segg; dello stesso Autore, si legga anche: *Secondary Policies in Public Procurement: the Innovations of the New Directives*, in *Public Procurement Law Review*, 2004, p. 187 ss.

[14] Per particolari e più approfondite informazioni sulla procedura di infrazione relativa al *Pimlico School case* si consulti http: //europea.eu/rapid/pressReleasesAction.do?references=IP/00/869.

[15] Cfr. F. SCIAUDONE, *Il dialogo competitivo tra diritto comunitario e ordinamento italiano*, in *Giustizia Amministrativa*, 2008, n. 1, p. 86.

[16] Cfr. Office for Government and Commerce, Competitive dialogue procedure – OGC guidance on the competitive dialogue procedure in the new Procurement Regulations, gennaio 2006, in http: //www.ogc.gov.uk/documents/competitive _ dialogue.pdf.

È evidente, quindi, come l'istituto del dialogo competitivo nasca in riferimento a contratti complessi che si inquadrano nell'ambito del PPP.[17]

È questo lo scenario che fa da sfondo alla direttiva 2004/18/CE, da analizzarsi congiuntamente alla direttiva 2004/17/CE con cui forma una sorta di dittico, che costituisce la fonte normativa del dialogo competitivo.[18]

Infatti, il legislatore comunitario ha concepito l'istituto *de quo* come uno strumento che possa assicurare quella flessibilità, indispensabile per determinati appalti, che non era stata garantita dalle precedenti direttive aventi ad oggetto gli appalti pubblici.[19]

Il riferimento è, in primo luogo, ai contratti particolarmente complessi, per i quali la procedura negoziata con preventiva pubblicazione

[17] A confermare ulteriormente questo assunto sta anche il modo con cui l'istituto *de quo* è stato recepito dall'ordinamento anglosassone che ne ha fatto uno strumento direttamente utilizzabile nei casi di PFI ("*Private Finance Initiatives*"), consistenti in particolari forme di PPP invalse nell'ordinamento britannico. A tal proposito, si consulti il documento del HM TREASURY, *Value for money – Assessment guidance*, novembre 2006, rinvenibile sul sito http:// www.hm- treasury.gov.uk.

Al punto 1.19, si legge che: "*Competitive Dialogue is a procurement procedure introduced through the EU Public Sector Procurement directive and incorporated into English law by the Public Conctract Regulations 2006, which came into force on 31 January 2006. It is considered that the Competitive Dialogue Procedure will be the relevant procurement procedure for the majority of PFI procurement*".

[18] Una parte della dottrina, S. ROSTAGNO, *Le direttive comunitarie 2004/17/CE e 18/2004/CE in materia di appalti: riflessi sulla gestione degli approvvigionamenti per i soggetti dei servizi pubblici locali*, in www.giustamm.it, sottolinea come l'istituto del dialogo competitivo, in realtà, fosse già noto (si fa riferimento ai "bandi di progettazione") a livello comunitario e che, quindi, se ne debba ridurre notevolmente la portata innovativa.

L'Autore evidenzia come "*I programmi quadro della UE infatti prevedono espressamente l'individuazione di priority rispetto alla quale gli interessati sono chiamati a presentare delle proposte di progetto rispondendo alla call di interesse in cui si articola il programma quadro espresso dalle istituzioni comunitarie. Anche nel caso di specie la stazione appaltante esprime una esigenza che peraltro non riesce peculiarmente a concretizzare e quindi sollecita delle soluzioni ai concorrenti*".

[19] Direttiva 92/50/CEE del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, in GUCE L 209 del 24 luglio 1992; direttiva 93/36/CEE del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, in GUCE L 199 del 9 agosto 1993, direttiva 93/37/CEE del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, in GUCE L 199 DEL 9 agosto 1993.

Per ciò che attiene la disciplina dei c.d. *settori esclusi*, le direttive di riferimento sono le seguenti: direttiva 93/38/CEE del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono di servizi di trasporto, nonché degli enti che operano nell'ambito delle telecomunicazioni, in GUCE L 199 del 9 agosto 1993.

Per una disamina completa delle direttive sopra indicate, si faccia riferimento a: F. SCIAUDONE, *Codice degli appalti pubblici*, Torino, 2005.

del bando di gara è ammessa solo eccezionalmente nel caso in cui si verifichino i presupposti stabiliti al riguardo dalla disciplina comunitaria.[20]

La figura del dialogo competitivo, chiamato anche *colloquio multilaterale* da una parte della dottrina[21], trova la sua prima definizione nel parere espresso dal Comitato economico e sociale europeo[22], sulla proposta di direttiva relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, servizi e di lavori presentata dal Parlamento europeo.[23] Nel succitato parere il dialogo competitivo viene inteso come una "*procedura negoziata che, nel caso degli appalti particolarmente complessi, permette un «dialogo competitivo» tra le amministrazioni aggiudicatici e i vari candidati*". Nel prosieguo, il Comitato europeo, dopo aver definito l'istituto del dialogo competitivo come "*un'ottima innovazione*", sottolinea come esso si estrinsechi in una fase specifica all'interno di una procedura tesa all'individuazione dell'aggiudicatario e, di conseguenza, nell'ambito di una vera e propria procedura concorsuale.[24]

Successivamente, con la direttiva 2004/18/CE, la procedura del dialogo competitivo viene positivizzata e inserita ufficialmente nel numero degli strumenti giuridici, finalizzati alla contrattazione e alla scelta del contraente, di cui la Pubblica Amministrazione, nel suo ruolo di stazione appaltante, può servirsi.

Con la direttiva 2004/18/CE[25] il legislatore comunitario, mosso da

[20] Cfr. *Relazione illustrativa alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, di servizi e di lavori,* in GUCE C 29 E del 30 gennaio 2001.

Al punto 3.2, infatti, si legge come "*in virtù della giurisprudenza della Corte di giustizia un siffatto dialogo non sia permesso nel quadro delle attuali procedure aperte e ristrette. Inoltre le attuali disposizioni in merito al ricorso alla procedura negoziata preceduta dalla pubblicazione di un bando sono limitate a situazioni eccezionali e devono, secondo una costante giurisprudenza della Corte, essere interpretate restrittivamente. Di conseguenza le attuali norme non prendono in considerazione tale possibilità*".

[21] Cfr. A. CIRAFISI, O. PASSANTE, *Guida al nuovo codice dei contratti pubblici*, Palermo, 2006, p. 119; C. GIURDANELLA, G. CAUDULLO, *La direttiva unica appalti: guida alla direttiva 2004/18/ in materia di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi*, Napoli, 2004, p. 56.

[22] Il *Comitato* è un organo consultivo dell'Unione europea che svolge funzioni di consulenza per le più importanti istituzioni comunitarie (Commissione europea, Consiglio, Parlamento europeo) rendendo pareri sui disegni di legge europei. Il Comitato, inoltre, può esprimere anche di propria iniziativa pareri su altre importanti problematiche meritevoli di approfondimento.

[23] Pubblicata in Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee del 10 luglio 2001, C 193/7.

[24] Cfr. S. USAI, *Il dialogo competitivo*, in *Comuni d'Italia*, 2008, n. 6, p. 11.

[25] La direttiva 2004/18/CE ha inteso aggiornare e razionalizzare le preesistenti norme comunitarie esistenti in materia di appalti pubblici introducendo una disciplina più flessibile. Si è trattato di un'operazione di innovazione e coordinamento le cui linee fondamen-

tali erano già state tracciate nel c.d. *Libro Verde degli appalti pubblici* (Comunicazione della Commissione n. 583 del 27 novembre 1997) e nel c.d. *Libro Bianco* (Comunicazione della Commissione n. 143 dell'11 marzo 1998). Gli obiettivi che il legislatore comunitario ha inteso perseguire possono essere così sinteticamente riassunti:

- semplificazione delle norme comunitarie in tema di appalti pubblici;
- aggiornamento della normativa vigente;
- maggiore duttilità della normativa comunitaria;
- rafforzamento dei princìpi di concorrenza e trasparenza.

Le istanze di riordino e semplificazione sono state soddisfatte *in primis* attraverso l'accorpamento delle tre precedenti direttive aventi ad oggetto gli appalti pubblici (92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE). Grazie a questo lavoro di refusione e innovazione è stato possibile riscrivere tutta la disciplina sugli appalti evitando incongruenze normative.

Altro scopo perseguito dalla direttiva è stato quello di modificare la normativa tenendo conto dell'evoluzione economica e tecnologica. E, infatti, mentre la preesistente disciplina comunitaria non era riuscita ad adeguarsi all'innovazione tecnologica, essendosi limitata a prevedere la possibilità di utilizzare i nuovi strumenti di comunicazione elettronica solo in aggiunta ai mezzi di comunicazione tradizionali e avendo reso, di conseguenza, il sistema degli appalti pubblici sempre più distante dal mondo imprenditoriale privato, ormai caratterizzato da rapporti economici sempre più rapidi ed informali, la Direttiva colma questa lacuna prevedendo, al *Considerando* n. 35 che "*tenuto conto delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione e delle semplificazioni che esse possono comportare per quanto riguarda la pubblicità degli appalti nonché in termini di efficacia e di trasparenza delle procedure di aggiudicazione, è opportuno porre sullo stesso piano i mezzi elettronici e gli strumenti classici di informazione e di scambio di informazioni*".

Ecco dunque che per i principali istituti introdotti, ossia il dialogo competitivo (art. 29), le aste (art. 54) e i sistemi dinamici di acquisizione (art. 33), si utilizzeranno *procedure elettroniche* in un'ottica di riduzione dei costi e dei tempi.

Ulteriore obiettivo della direttiva è quello di eliminare l'eccessiva rigidità della precedente normativa che prevedeva oneri procedimentali particolarmente gravosi sia da un punto di vista economico che di tempo. Pertanto, il legislatore comunitario ha inserito nella direttiva istituti innovativi, quali le centrali d'acquisto e gli accordi quadro (art. 32), caratterizzati, invece, dalla celerità e speditezza dei relativi procedimenti, non più sovraccaricati da inutili ed eccessivi formalismi.

Ultima finalità che la direttiva 2004/18/CE persegue è il rafforzamento dei principi di trasparenza e concorrenza. A tal fine, la nuova disciplina ha previsto delle tecniche specifiche, dei criteri di valutazione delle offerte, e ha programmato la possibilità di istituire delle Autorità di vigilanza, dotate di poteri effettivi, come quello di annullare la procedura di aggiudicazione. Rispetto ai principi di trasparenza e di concorrenza, appare opportuno sottolineare fin d'ora come per una corretta applicazione dell'istituto del dialogo competitivo occorre individuare un giusto equilibro tra l'istanza di flessibilità, cui l'istituto risponde, e i benefici apportati alla P.A. da un incremento della concorrenza tra gli imprenditori privati che partecipano alla procedura di aggiudicazione.

Sulla direttiva 2004/18/CE, si faccia riferimento a: G. MARCHIANO', *Prime osservazioni in merito alla direttiva di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Direttive 17 e 18/2004*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2004, n. 3; L. FIORENTINO, C. LACAVA, *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, *Quaderni* n. 9, 2004, p. 272 ss.; M. PROTTO, *Il nuovo diritto europeo degli appalti*, in *Urbanistica e Appalti*, 2004, n. 7; U. REALFONZO, *Le procedure di gara rivisitate dalla nuova direttiva comunitaria n. 2004/18*, in *Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2004, n. 15, p. 1743; C. VITALE, *La nuova disciplina comunitaria degli appalti pubblici*, in *Rivista Trimestrale degli appalti*, 2004, p. 1428 ss.; F. GAROFOLI, M.A. SANDULLI, *Il nuovo diritto de-*

esigenze di chiarezza, trasparenza e uniformità, nonché dal bisogno di risolvere i problemi operativi legati alle innovazioni anche tecnologiche prodotte da un mercato in continua e rapida evoluzione, ha unificato e razionalizzato, tramite la messa a punto di un *corpus* normativo per certi versi molto innovativo la disciplina degli appalti, in modo tale da garantire sia alle amministrazioni che agli operatori privati di padroneggiare con più dimestichezza le procedure contrattuali ad evidenza pubblica.[26]

La semplificazione, tesa ad alleggerire normative troppo complesse, e la flessibilità, finalizzata a stemperare rigidità procedurali dannose per le esigenze della committenza pubblica, costituiscono, al contempo, la *ratio* della direttiva e il suo principale obiettivo.[27]

La direttiva è stata recepita dall'Italia con la legge 18 aprile 2005, n. 62 che ha portato all'emanazione del *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* attraverso il D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163.[28]

gli appalti pubblici nella direttiva 2004/18 e nella legge comunitaria n. 62/2005, Milano, 2005; R. GAROFOLI, *Il nuovo testo unico europeo degli appalti pubblici (Direttiva 2004/18/CE). Le principali novità e le persistenti lacune regolamentari*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2005; A. MASCOLINI, *La direttiva degli appalti pubblici 2004/18,* in *I contratti dello Stato e degli Enti Pubblici*, 2005, n. 2; G. MESSINA, *Le nuove direttive comunitarie in materia di appalti pubblici*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 2005, p. 101 ss.; M. GRECO, A. MASSARI, *Le nuove direttive comunitarie sugli appalti pubblici. Guida pratica all'applicazione delle direttive 2004/18 e 2004/17*, Santarcangelo di Romagna, 2006.

[26] Cfr. G. VERDE, *Il dialogo competitivo, l'accordo quadro e il sistema dinamico di acquisizione nella nuova direttiva comunitaria sugli appalt*i, in www.diritto.it.

[27] Cfr. C. CONTESSA, N. DE SALVO, *La procedura di dialogo competitivo tra partenariato pubblico/privato e tutela della concorrenza*, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, n. 5, p. 501.

[28] Il *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, denominato anche *Codice De Lise* dal nome del presidente della Commissione che lo ha elaborato, è stato pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* del 2 maggio 2006, *Supplemento ordinario* n. 107/L.

Inizialmente il Codice prevedeva la sua entrata in vigore a partire dal 1° luglio 2006 per tutti i bandi di gara pubblicati dopo tale data. Successivamente, in sede di conversione in legge del D.L. 12 maggio 2006, n. 173, con la legge 12 luglio 2006, n. 288, sono state apportate alcune novità in materia: da una parte, si è mantenuta la data del 1° luglio 2006 come data generale di entrata in vigore del Codice, dall'altra, invece, è stata rinviata l'entrata in vigore del Codice ai bandi e avvisi pubblicati dopo il 1° febbraio 2007 con riferimento ai seguenti istituti: avvalimento, dialogo competitivo, accordo quadro, appalto integrato, procedura negoziale per lavori pubblici.

Successivamente, il primo decreto correttivo del Codice, di cui al D.L.vo 26 gennaio 2007, n. 6, ha nuovamente prorogato, dal 1° febbraio 2007 al 1° agosto 2007, la sospensione dei su citati istituti, eccetto le norme relative all'avvalimento (con la modifica dell'art. 49, 1) e al ruolo del personale dell'Autorità.

La seconda fase di questo lungo processo di riforma è proseguita con il D.L.vo 31 luglio 2007, n. 113, che costituisce il secondo correttivo al Codice dei contratti e che ha prorogato ancora una volta, dal 1°agosto 2007 alla data di entrata in vigore dell'emanando *Regolamento di esecuzione e attuazione del Codice*, la sospensione delle norme riguardanti l'appalto integrato e il dialogo competitivo, rendendo, invece, operative quelle su accordi quadro, cen-

trali di committenza e procedure negoziate per lavori pubblici (con alcune modifiche).

In questa ricostruzione dell'*iter* normativo che ha portato all'attuale Codice dei contratti pubblici, non può sottacersi la sentenza n. 401 del 23 novembre 2007 della Corte Costituzionale che ha sancito l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 del Codice (nella parte riguardante le parole "province autonome"), dei commi 2, 3, 8 e 9 dell'art. 84 (nella parte in cui non prevedono che i principi in essi contenuti non abbiano valore suppletivo e cedevole) e dell'art. 98,2.

La sentenza risulta essere particolarmente interessante perché sancisce due principi riguardanti le competenze di Stato e Regioni:

- per quanto riguarda i criteri di aggiudicazione, deve essere lo Stato a indicare regole uniformi relative alle modalità di gara e alla verifica delle offerte anomale;
- nelle tipologie di gara, anche quelle sottosoglia, le Regioni non possono dar vita ad una disciplina diversa da quella delineata dallo Stato.

Alla luce di queste considerazioni, è opportuno sottolineare come la sentenza della Corte Costituzionale superi il tradizionale riparto Stato-Regioni basato sul criterio del limite economico delle opere. Prima della suddetta pronuncia, infatti, si riteneva che per le gare sottosoglia le Regioni potessero legiferare anche difformemente alla disciplina statale; la sentenza n. 401/2007, invece, ha stabilito che il criterio del c.d. *valore* non è più valido dal momento che la giurisprudenza comunitaria ha ormai riconosciuto l'importanza di tutelare la concorrenza anche nelle gare sottosoglia.

Infine, per adeguare le norme interne ai rilievi della Commissione europea (decisione della Commissione europea del 30 gennaio 2008 – Procedura di infrazione 2007/2309 ex art. 226 Trattato CE – Incompleta trasposizione del Codice degli appalti), il legislatore italiano ha concluso, attraverso il D.L.vo 11 settembre 2008, n. 152 (Terzo correttivo al Codice dei contratti pubblici), l'opera di riforma del Codice apportandovi gli ultimi aggiustamenti per l'analisi dei quali si permetta di rinviare a M. URBANI, *Modifiche e integrazioni al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture: in particolare il terzo decreto correttivo di cui al D.L.vo n. 11 settembre 2008, n. 152*, in *Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2009, n. 10, pp. 1233-1255.

Per un primo commento al Codice *de quo*, invece, si faccia riferimento a : AA.VV. (a cura di C. GIURDANELLA), *Il Codice dei contratti pubblici. Commento al D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163*, Napoli, 2007; Idem (a cura di A. CANCRINI*), La nuova legge degli appalti pubblici. Commentario al Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163*), Roma, 2006; Idem (a cura di M. SANINO), *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture: D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163*, Torino, 2008; Idem (a cura di V. CAVUOTI, S. MINIERI), *Nuovo Codice degli appalti: D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163: Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Napoli, 2006; Idem (a cura di R. TOMEI), *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007; Idem, *Come cambiano gli appalti pubblici dopo il secondo correttivo (L. 113/2007*), Napoli, 2008; F. CARINGELLA, R. GIANI, *I contratti pubblici dopo il terzo correttivo*, Milano, 2008; AA.VV., *Commentario al Codice dei contratti dopo il terzo correttivo (L. 152/2008),* Roma, 2009; M. BALDI, G. DE MARZO, *Disciplina dei contratti pubblici. Commentario al Codice dei contratti pubblici (aggiornato al terzo correttivo*), Piacenza, 2009; A. BARBIERO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture: guida pratica al D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163*, Rimini, 2006; D. BEZZI, *Guida al terzo decreto correttivo. Le nuove disposizioni per la disciplina dei lavori pubblici (D.L.vo n. 152/2008*), Pordenone, 2009; A. CACCIARI, C. DE ROSA, *Il Nuovo Codice degli appalti pubblici*, Napoli, 2009; F. CALARCO, *Manuale operativo sugli appalti di lavori pubblici. Analisi della legislazione nazionale e comunitaria*, Milano, 2008; A. CIRAFISI, O. PASSANTE, *Guida al nuovo codice dei contratti pubblici*, cit; G. CARLOTTI, *Novità del terzo decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici*, in www.giustamm.it; D. CROCCO, L.M. MANDRACCHIA, *Codice dei contratti pubblici di lavori servizi e forniture: le modifiche apportate dal terzo* correttivo, Roma, 2008; R. DE NICTOLIS, *Nuovo codice de-*

Di fronte ad un così complesso quadro normativo, appare opportuno esaminare in dettaglio le norme che dettano la disciplina del dialogo competitivo e che ne costituiscono le fonti precipue: l'art. 29 della Direttiva e, per ciò che attiene alle norme interne, l'art. 58 del Codice dei contratti pubblici.

3. *Caratteri e disciplina dell'istituto*

La definizione del dialogo competitivo si rinviene nell'art. 1, par. 11, lettera c) della direttiva 2004/18/CE, mentre la sua disciplina specifica è dettata dall'art. 29 e all'art. 58 del Codice dei contratti pubblici per ciò che attiene l'ordinamento italiano.[29]

gli appalti pubblici: le principali novità recate dal Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163, Roma, 2006; Idem, *Novità in materia di lavori pubblici (L. 166/2002 e L. 190/2002*), in www.giustamm.it; Idem, *Le novità del terzo ed ultimo decreto correttivo del Codice dei Contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, 2008, n. 11; A. MASSARI, M. GRECO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici. Commentario al D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163*, Rimini, 2006; L. FIORENTINO, *Il Codice degli appalti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, n. 11, p. 1176 ss.; C. LACAVA, *Il secondo correttivo del codice dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, n. 12, p. 1255 ss.; G. ALPA, *Aspetti civilistici del Codice dei contratti pubblici. Prime note*, in *Economia e diritti del terziario*, 2007, n. 3; G. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice degli appalti pubblici e nuova direttiva ricorsi*, Milano, 2009; Idem, *Codice degli appalti pubblici e nuovo regolamento*, Milano, 2009; R. GIANI, *I contratti pubblici dopo il secondo correttivo*, Roma, 2008; Idem, *I contratti pubblici dopo il terzo correttivo*, Roma, 2009; C. RANGONE, *Il terzo decreto correttivo al Codice degli appalti pubblici*, Convegno IGI, 14 ottobre 2008; M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, Milano, 2008.

[29] Per quanto riguarda, invece, il recepimento della Direttiva 2004/18/CE da parte degli altri principali Stati membri dell'Unione Europea, occorre sottolineare come la Francia abbia provveduto a ciò in anticipo attraverso l'emanazione del Decreto n. 15 del 7 gennaio 2004 contenente il *Nouveau code de marchés publics* che qualificava il dialogo competitivo come una procedura negoziata preceduta da pubblicità.

Nella formulazione del 2004 del *Nouveau code de marchés publics* il dialogo competitivo era concepito come un istituto applicabile in un numero assai ampio di casi in quanto non era prevista né la limitazione relativa agli appalti sottosoglia, né il riferimento alla particolare complessità dell'opera da realizzare. Proprio quest'ultimo elemento ha fatto sì che venissero avanzati dubbi di compatibilità con la Direttiva da parte della Commissione Europea, dubbi che hanno portato alla seconda ed attuale formulazione dell'istituto del dialogo competitivo recepita con il *décret* n. 2006/975 del 1° agosto 2006.

Il suddetto Codice del 2006, infatti, specifica all'art. 36 i presupposti, della particolare complessità e dell'onere di diligenza che incombe sull'Amministrazione, necessari affinché si possa fare ricorso al dialogo competitivo che, anche nell'ordinamento francese, risulta essere stato configurato come un istituto eccezionale la cui procedura, contenuta nell'art. 67 del *Nouveau code de marchés publics*, ricalca essenzialmente la procedura trifasica stabilita ex art. 29 della direttiva. Inoltre, per una migliore applicazione del dialogo competitivo e per dare

La prima norma stabilisce che il dialogo competitivo è "*una procedura alla quale qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare e nella quale l'Amministrazione aggiudicatrice avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte*".

A questa definizione è opportuno aggiungere, ai fini di un corretto inquadramento dell'istituto nell'ambito delle procedure di aggiudica-

indicazioni pratiche al suo riguardo è stata emanata anche un'apposita *Charte.*

Sul punto si veda: A. MÈNÈMÈNIS, *L'ordonance sur les contrats de partenariat: heureuse innovation ou occasion manquée?*, in *La reforme du partenariat public-privé*, in *AJDA*, 2004, n. 32, p. 1737 ss.; S. PIGNON, *Le dialogue competitif: une opportunité pour les acteurs de la commande publique*, in *AJDA*, 2004, n. 28, p. 1522 ss.;

Per quanto riguarda poi l'ordinamento spagnolo, la fonte che prevede e disciplina il dialogo competitivo è la *Ley* n. 30/2007 agli artt. 164 e ss., entrata in vigore dal 31 aprile 2008. Se per ciò che riguarda i presupposti, la procedura, la disciplina e i criteri di valutazioni adottati dalla stazione appaltante durante il dialogo competitivo occorre evidenziare come tali elementi siano mutuati *in toto* dalla Direttiva, la peculiarità della disciplina spagnola è, invece, costituita dalla previsione di particolari tipi di contratti, i c.d. *Contratos de colaboraciòn entre el sector publico y el sector privado*, per i quali è espressamente prevista l'aggiudicazione tramite lo strumento del dialogo competitivo.

Sul punto si consulti B. RAGANELLI, *Il dialogo competitivo dalla direttiva 2004/18/CE al Codice dei contratti: verso una maggiore flessibilità dei rapporti tra pubblico e privato*, cit., p. 141.

In Germania, invece, il dialogo competitivo (*Wettbewerblicher Dialog*) è stato recepito dalla legge del 7 settembre 2005, avente come principale finalità l'accelerazione del ricorso al Partenariato Pubblico Privato. Tale legge all'art. 6 riproduce pedissequamente il contenuto dell'art. 29 della Direttiva e l'ambito di applicazione principale in cui ha espresso le sue principali potenzialità è costituito dagli interventi autostradali.

La disciplina tedesca si differenzia da quella comunitaria e da quella degli altri Stati membri per il fatto di prevedere, in capo alla stazione appaltante, l'obbligo di compensare tramite un equo indennizzo i partecipanti alla procedura.

Sul punto si legga C. RANGONE, *Il dialogo competitivo: uno sguardo ad alcuni paesi dell'Unione Europea*, in AA.VV., *Il dialogo competitivo e i possibili riflessi sul Partenariato pubblico-privato*, Roma, 2006.

Infine, a proposito della Gran Bretagna, il recepimento della Direttiva nell'ordinamento anglosassone è avvenuto ad opera delle *Public Contracts Regulations Statutory Instrument*, entrate in vigore il 31 gennaio 2006 in Inghilterra, Galles e Irlanda del Nord.

L'art. 2, 8 di queste *Regulations*, mutuando dall'art. 1, 11 lett. c) della Direttiva, definisce il *competitive dialogue procedure* come una procedura "*in which any economic operator may make a request to partecipate*" e "*whereby a contracting authority conducts a dialogue with the economic operators admitted to that procedure with the aim of developing one or more suitable alternative solutions capable of meeting its requirements and on the basic of which the economic operators chosen by the contracting authority are invited to tender*".

La disciplina, piuttosto complessa, invece, è delineata ex art. 18 delle *Regulations*, per l'approfondimento delle quali si rinvia all'esame dell'*Explanatory Memorandum to the Public Contracts Regulations 2006*, consultabile presso www.england-legislation.lumso.gov.uk/si/em2006/uksiem_20060005_en.pdf.

zione, che il primo comma dell'art. 29 della Direttiva prescrive che "*gli Stati membri possono prevedere che l'amministrazione aggiudicatrice, qualora ritenga che il ricorso alla procedura aperta o ristretta non permetta l'aggiudicazione dell'appalto, possa avvalersi del Dialogo competitivo*".

Dal combinato disposto degli artt. 28 e 29 della Direttiva risulta evidente come le procedure generali e ordinarie di aggiudicazione siano la procedura aperta[30] e la procedura ristretta[31]; sono, invece, previste solo in casi eccezionali e tassativamente indicati dalla Direttiva stessa il dialogo competitivo e la procedura negoziata[32], con o senza pubblicazione del bando di gara, disciplinata rispettivamente dagli artt. 30 e 31 della Direttiva.

Il legislatore italiano con il Codice dei contratti pubblici ha recepito integralmente, all'art. 54, lo schema normativo in base al quale le procedure aperte e ristrette sono gli istituti ordinari di selezione dei contraenti, mentre il dialogo competitivo e le procedure negoziate si pongono come istituti residuali, a cui ricorrere in via eccezionale e soltanto per i casi inderogabilmente indicati.[33]

Quindi affinché la Pubblica Amministrazione possa ricorrere all'utilizzo del dialogo competitivo, occorre la verifica di un primo presupposto costituito dal fatto che la stazione appaltante ritenga che il ricorso alla procedura aperta o ristretta non permetta l'aggiudicazione dell'appalto.[34]

I casi in cui le procedure di aggiudicazione generali non permettono alla P.A. di addivenire alla scelta del contraente costituiscono gli ulteriori presupposti per far ricorso all'istituto del dialogo competitivo e sono indi-

[30] Ex art. 3, 37 sono "*procedure aperte*" quelle "*in cui ogni operatore economico interessato può presentare un'offerta*".

[31] Ex art. 3, 38 sono "*procedure ristrette*" quelle "*alle quali ogni operatore economico può chiedere di partecipare e in cui soltanto gli operatori economici invitati dalle amministrazioni aggiudicatici possono presentare un'offerta*".

[32] Ex art. 3, 40 sono "*procedure negoziate*" quelle in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni e le caratteristiche dell'appalto.

Un esempio di procedura negoziata è costituita dal cottimo fiduciario.

[33] Cfr. R. DE NICTOLIS, *Oggetto del contratto, procedure di scelta del contraente e selezione delle offerte*, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, n. 9, p. 1006.

[34] Cfr. L. CARROZZA, F. FRACCHIA, *Il difficile equilibrio tra flessibilità e concorrenza nel dialogo competitivo disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE*, in *Giustizia Amministrativa*, 2005, n. 6, p. 1134 : "*Trova così conferma il carattere eccezionale del dialogo; ciò si riflette in un arricchimento del contenuto motivazionale dell'atto che dà avvio alla fase di scelta del privato, ma, soprattutto, consente di osservare che il dialogo competitivo può essere utilizzato nell'ipotesi di operazioni non standardizzabili*".

cati nel *Considerando* n. 31 [35] della Direttiva come la particolare complessità dell'appalto e l'impossibilità oggettiva dell'Amministrazione nella definizione di mezzi adatti al soddisfacimento delle proprie necessità.[36]

È necessario, quindi, vista l'indeterminatezza e la genericità[37] che si rinviene nella definizione di questi due prerequisiti, precisare *in primis* la nozione di "*appalto particolarmente complesso".*

La complessità dell'appalto riguarda l'oggetto del contratto e si estrinseca in una difficoltà attinente ad un ambito tecnico e/o giuridico-finanziario.

Il legislatore italiano nell'art. 58,2 del Codice dei contratti pubblici precisa che si fa riferimento alla complessità tecnica nel caso in cui la stazione appaltante non risulti in grado di precisare i mezzi tecnici necessari a soddisfare le proprie esigenze o i propri obiettivi. Incapacità da porre in relazione con la necessità ex art. 68 del Codice degli appalti di indicare le specifiche tecniche dell'oggetto dell'appalto nel bando di gara, capitolato d'oneri o i documenti complementari.

In pratica, per complessità tecnica si fa riferimento ai casi in cui la stazione appaltante non conosce gli strumenti tecnici che per il soddisfacimento delle sue esigenze il mercato richiede e che il settore privato predispone *ad hoc.*

Naturalmente in quest'ultimo caso può accadere che lì dove gli imprenditori prefigurino alla stazione appaltante soluzioni tecniche a quest'ultima sconosciute, questa allarghi i propri orizzonti e si renda conto di potere porsi obiettivi e finalità ulteriori e del tutto nuovi, facendo

[35] Nel citato *Considerando* così si legge:

"*Le Amministrazioni aggiudicatici che realizzano progetti particolarmente complessi possono trovarsi nell'impossibilità oggettiva, non per carenze loro imputabili, di definire i mezzi atti a soddisfare le loro esigenze o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche e/o di soluzioni giuridico/finanziarie. Tale situazione può in particolare verificarsi per l'esecuzione di importanti progetti di infrastrutture di trasporti integrati, di grandi reti informatiche, di progetti che comportano un finanziamento complesso e strutturato, di cui non è possibile stabilire in anticipo l'impostazione finanziaria e giuridica*".

[36] Cfr. R. CORI, G. DI PAOLO, *Prime riflessioni sul Dialogo competitivo ai sensi della direttiva 2004/18/CE*, in Atti del Convegno "*Il Dialogo competitivo e i possibili riflessi sul Partenariato Pubblico-Privato"*, Roma, 27 settembre 2005, p. 20 del dattiloscritto.

[37] L'indeterminatezza della nozione di *appalto particolarmente complesso* è il risultato del contrasto sorto in sede legislativa tra la posizione espressa dal Parlamento Europeo e quella espressa dal Comitato economico e sociale, definitivamente risolta a favore di quest'ultimo. Il Comitato, infatti, antiteticamente a quanto sostenuto dal Parlamento, ha sostenuto l'inopportunità, a tutela della flessibilità della Direttiva, di inserire nel testo della normativa una nozione troppo rigida di appalto complesso, ritenendo, altresì, che lo sviluppo economico e tecnico renda difficile la comprensione esatta di tale nozione.

sì che, contrariamente a quanto ritiene una parte della dottrina[38], i privati cooperino con la P.A. nella definizione dei bisogni pubblici, non limitando il loro apporto ai soli "*affinamenti*".

La complessità dell'appalto, tuttavia, può presentarsi anche come una peculiarità di tipo giuridico e/o finanziario, come nel caso di progetti che comportano un finanziamento strutturato, in riferimento ai quali non è agevole predisporre anticipatamente un piano che ne metta a punto gli aspetti giuridici ed economici.

Per quanto riguarda l'aspetto fiscale, essendo la finanza stessa una materia squisitamente tecnica, è palese che anche la P.A. più preparata ritenga opportuno rivolgersi a interlocutori esterni per la scelta del migliore assetto finanziario del progetto, soprattutto quando quest'ultimo necessiti il reperimento di capitali privati.[39]

Per quanto attiene, infine, alla complessità giuridica, escludendo, dal momento che vige la *fictio iuris* per la quale ogni soggetto pubblico che agisce in nome dello Stato conosce il contenuto della legge e non può invocarne l'ignoranza (*ignorantia legis non excusat*), l'ipotesi in cui la P.A., ignorando la normativa di riferimento, si rivolga a professionisti privati per un'attività di consulenza, l'unico caso di complessità giuridica risulta essere quello in cui il progetto da realizzare possa essere eseguito attraverso molteplici e differenti percorsi giuridici e il "*dialogo con l'operatore possa essere d'ausilio all'Amministrazione nella scelta più aderente alle esigenze pubbliche*".[40]

Ultimo presupposto della facoltà dell'Amministrazione di dar luogo al dialogo competitivo è la non imputabilità delle sopra menzionate complessità a ragioni soggettive della P.A., ossia a lacune, carenze, negligenze, ecc, che la stazione appaltante avrebbe potuto e dovuto evitare.[41]

[38] Cfr. L. CARROZZA, F. FRACCHIA, *Il difficile equilibrio tra flessibilità e concorrenza nel dialogo competitivo disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE*, cit., p. 1135 : "*Il dialogo prende avvio sulla base della rappresentazione delle esigenze dell'amministrazione, sicchè il privato non ha nessuno spazio per predefinire siffatte esigenze (e, cioè, il tipo di interesse pubblico che si intende soddisfare mediante un intervento pubblico), ma può soltanto esprimersi per affinarne i caratteri*".

[39] Cfr. A. MASCOLINI, *Il dialogo competitivo. In arrivo una nuova procedura che cambierà la gestione degli appalti pubblici complessi*, in *Progetto & Pubblico*, 2007, n. 6, p. 38.

Dello stesso Autore si legga anche *La direttiva appalti pubblici 2004/18/CE*, in *I contratti dello Stato e degli Enti Pubblici*, 2004, n. 2.

[40] S. MONZANI, *Le nuove forme di confronto concorrenziale previste dal Codice dei contratti: il dialogo competitivo e l'accordo quadro*, in *L'Amministrazione Italiana*, 2007, n. 5, p. 676.

[41] Cfr. G. FIDONE, *Dalla rigidità della Legge Merloni al recepimento del dialogo competitivo: il difficile equilibrio tra rigore e discrezionalità*, in *Foro Amministrativo – TAR*, 2007, n. 12, p. 3977.

Dello stesso Autore, si legga anche la voce *Opere pubbliche*, in *Dizionario del Diritto Amministrativo*, Sole 24 Ore, 2007.

Incombe, quindi, sull'Amministrazione un obbligo di diligenza che si estrinseca nell'utilizzo di tutte le conoscenze e dei mezzi tecnici di cui essa dispone, o nel procurarseli a costi sostenibili, per mettere a punto l'oggetto del contratto. Solo se questo obbligo non viene assolto dalla P.A. per oggettiva e non colpevole impossibilità, si può ricorrere allo strumento del dialogo competitivo.

Emerge palesemente, quindi, che affinché la Pubblica Amministrazione sia legittimata a ricorrere alla procedura del dialogo competitivo, i motivi di *impasse* della stazione appaltante non debbano presentarsi come semplici difficoltà, bensì debbano qualificarsi come problemi di tipo sostanziale, o meglio come una sorta di incapacità attraverso i mezzi tecnici e umani in dotazione, di definire anche gli aspetti basilari, ad esempio l'articolazione di un capitolato di gara, del progetto.[42]

Il riferimento all'impossibilità oggettiva si pone come un vero e proprio ostacolo all'utilizzo del dialogo competitivo, in quanto induce a pensare che la P.A., nel caso in cui vi faccia ricorso, debba tener conto (e darne una motivazione ampia e persuasiva nell'atto che dà avvio alla fase di scelta del contraente privato) di come abbia soddisfatto tale obbligo di diligenza e in base a quali fattori abbia reputato oggettivamente impossibile definire i mezzi idonei a soddisfare i bisogni della collettività.[43]

La *ratio* della previsione dell'impossibilità oggettiva imputabile alla P.A. è da rinvenire nella volontà del legislatore di evitare che, accampando proprie deficienze, l'Amministrazione ecceda con troppa superficialità nel dar vita a forme di cooperazione con i soggetti privati, inflazionando l'istituto del dialogo competitivo che deve restare, come indicato dalle norme di riferimento, una procedura residuale ed eccezionale.

Proprio in tale ottica l'art. 58, 1 del Codice dei contratti pubblici, così come modificato dal D.L.vo n. 113/2007, ha sancito che il ricorso al dialogo competitivo sia consentito solo previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici, mentre per i lavori relativi ai beni culturali è richiesto in aggiunta anche il parere del Consiglio Superiore dei beni culturali.

[42] Un esempio di prima applicazione dell'istituto del dialogo competitivo è costituito dalla provincia di Macerata che vi ha fatto ricorso per individuare un soggetto privato in grado di fornire, oltre alla realizzazione dell'opera che si estrinsecava nel ripristino del ponte sul fiume Potenza, anche la stessa idea progettuale che all'Ente territoriale mancava. Per ulteriori dettagli, si faccia riferimento a *Edilizia e territorio*, 2005, n. 37, p. 10 o al resoconto a cura del Servizio Stampa della Giunta Regionale Marche consultabile presso www.verbalmente.it.

[43] Cfr. G. ARMAO, *Il dialogo competitivo nell'alveo del Partenariato Pubblico-Privato*, in Atti del Convegno "*Il Dialogo competitivo e i possibili riflessi sul Partenariato Pubblico-Privato*", Roma, 27 settembre 2005, p. 77 del dattiloscritto.

Entrambi i suddetti pareri devono essere resi entro 30 giorni dalla loro richiesta, decorsi i quali la stazione appaltante può comunque procedere.

Da un punto di vista procedurale il dialogo competitivo è un meccanismo di selezione che si articola in più stadi endoprocedimentali, i quali possono dar vita anche ad approfondimenti successivi e che culminano nella scelta del contraente che l'Amministrazione ritiene meglio corrispondere alle proprie esigenze.

La procedura ha una struttura bifasica che si traduce nella previsione, ex art. 29 della Direttiva, di due fasi ben distinte: la fase del dialogo e la fase dell'aggiudicazione.

Una separazione tra le due fasi così netta e rigida risponde alla volontà del legislatore di fare sì che ogni fase realizzi una specifica istanza che l'istituto del dialogo competitivo mira a realizzare, in modo tale che quest'ultimo produca in concreto un bilanciamento di opposti princìpi.

La prima fase, quella del dialogo vero e proprio, ha come finalità la definizione dell'oggetto dell'appalto che la stazione appaltante per motivi ad essa non imputabili non riesce a definire, ed è informata e caratterizzata da una logica che mira alla flessibilità e per questo non è limitata da restrizioni di tipo formale; la seconda fase, invece, è finalizzata ad aggiudicare l'appalto e per questo è simile ad una vera e propria gara ordinaria caratterizzata da vincoli procedurali finalizzati a favorire la concorrenza tra i vari partecipanti e la loro effettiva parità di trattamento in modo tale che la P.A. giunga alla scelta della migliore offerta possibile.[44]

Generalmente la fase del dialogo si divide, a sua volta, in due sottofasi: la pubblicazione del bando di gara e il dialogo in senso stretto.

La Pubblica Amministrazione, ex art. 29, 2 della Direttiva, pubbli-

[44] Cfr. L. GIAMPAOLINO, *Garanzie per la concorrenza e garanzie per le amministrazioni aggiudicatrice nel Dialogo competitivo*, in Atti del Convegno "*Il Dialogo competitivo e i possibili riflessi sul Partenariato Pubblico-Privato*", Roma, 27 settembre 2005, p. 51 del dattiloscritto: "*Se pur vero che il Dialogo competitivo sorge per sopperire ad obiettive esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice non altrimenti soddisfacibili, è anche vero che il Dialogo competitivo è una procedura che non può ledere la concorrenza e, per essa, il mercato. Essa, pertanto, deve rispettare la concorrenza ed ogni regola che tuteli e favorisca questa.* […] *Ed invero, la prima delle regole che occorre osservare al fine della tutela della concorrenza è quella di un rigoroso rispetto delle condizioni in presenza delle quali il Dialogo competitivo è ammesso.* […] *Pertanto, si potrebbe affermare che la prima forma di garanzia per la concorrenza deve essere individuata nell'osservanza dei precisi requisiti previsti perché si possa ricorrere al Dialogo competitivo. Questo, infatti, attiene ad appalti di un notevole rilievo economico e, permettendo alle imprese di influire sull'oggetto del contratto con maggiori poteri rispetto alle ordinarie procedure, deve essere consentito solo in presenza dei detti, restringenti, requisiti. Esso, infatti, per la sua tecnica, richiede capitali ingenti e capacità tecniche imprenditoriali notevoli e, quindi, restringe necessariamente la partecipazione. E' per questo che esso deve essere ammesso solo quando ricorrono le condizioni dalla norma previste*".

ca un bando, cui può essere allegato anche un documento descrittivo, con cui rende note le necessità ed i bisogni della stazione appaltante, i criteri di valutazione delle offerte e i requisiti che devono essere posseduti dagli operatori economici privati che aspirano a partecipare alla procedura di aggiudicazione.

Tali requisiti di partecipazione sono individuati con riferimento agli artt. 34 e ss. del Codice dei contratti pubblici e prendono in considerazione soprattutto le caratteristiche economico-finanziarie e tecnico-organizzative del soggetto esecutore.[45]

Successivamente alla pubblicazione del bando di gara[46] da parte della P.A., i candidati privati presentano le domande con cui sollecitano l'Amministrazione ad essere invitati alla procedura di dialogo competitivo vero e proprio. L'Amministrazione, a sua volta, invita a partecipare alla procedura soltanto quei candidati che posseggono i requisiti indicati precedentemente nel bando.

Questa prima sottofase si conclude con la presentazione, da parte di ogni candidato invitato, di una proposta di offerta e apre il dialogo in senso stretto.

E' opportuno soffermarsi sulla possibilità prevista per l'Amministrazione aggiudicatrice di limitare il numero dei candidati da invitare al dialogo, sia fin dall'inizio della procedura che successivamente, per ridurre progressivamente la rosa dei candidati concorrenti, a condizione che tutto ciò sia ben specificato nel bando, che sia garantito un numero sufficiente di candidati idonei e che sia indicato un numero minimo e un numero massimo di candidati che la P.A. ha l'obbligo di invitare.[47]

La facoltà dell'Amministrazione di prevedere un numero minimo

[45] In particolare, le stazioni appaltanti accertano l'idoneità dei candidati, verificando l'assenza di cause ostative alla partecipazione ai pubblici appalti, all'abilitazione dell'esercizio dell'attività professionale (se quest'ultima è richiesta), alla capacità economica, tecnica, professionale e al rispetto della normativa sulla garanzia della qualità e sulla gestione ambientale. E' evidente come questa primissima fase della procedura che caratterizza il dialogo competitivo sia analoga a quella della procedura negoziale con pubblicazione del bando di gara.

[46] La pubblicazione del bando di gara e le relative modalità sono disciplinate dagli artt. 35, 2 e 38 che si sofferma, in particolar modo, sui termini per la ricezione delle domande di partecipazione dei candidati.

[47] Ex art. 44, 3 della Direttiva: "*Nelle procedure ristrette, nelle procedure negoziata con pubblicazione di un bando di gara e nel dialogo competitivo, le Amministrazioni aggiudicatrici possono limitare il numero di candidati idonei che inviteranno a presentare un'offerta, a negoziare o a partecipare al dialogo, purchè vi sia un numero sufficiente di candidati idonei. Le Amministrazioni aggiudicatrici indicano nel bando di gara i criteri che intendono applicare, il numero minimo di candidati che intendono invitare e, all'occorrenza, il numero massimo*".

di partecipanti sembrerebbe, *prima facie*, porsi in netto contrasto con la finalità che intende realizzare l'istituto del dialogo competitivo, cioè incrementare e favorire la concorrenza fra i candidati privati per offrire alla P.A. la migliore soluzione che il mercato è capace di selezionare.

In realtà, *ictu oculi*, la previsione di un numero minimo di partecipanti[48] viene contemperata dal fatto che essa è legittimata solo nel caso in cui garantisca un rapporto di concorrenzialità tra i candidati e deve essere motivata, come prescrive l'art. 62 del Codice dei Contratti pubblici, dalla difficoltà o dalla complessità dell'opera, della fornitura o del servizio.[49]

Per quanto riguarda il secondo stadio della prima fase della procedura, ossia il dialogo inteso in senso stretto, quest'ultimo si articola nel confronto della stazione appaltante con i candidati selezionati per selezionare, anche tramite successive esclusioni, la soluzione più adatta alle esigenze dell'Amministrazione. Oggetto del dialogo sono tutti gli aspetti dell'appalto, in quanto la finalità del confronto fra il soggetto pubblico e il soggetto privato è la definizione e la messa a punto del capitolato d'oneri.

Sebbene questa fase non sia caratterizzata da peculiari vincoli formali proprio per realizzare la particolare flessibilità cui mira la Direttiva che prevede l'istituto del dialogo competitivo, per evitare comportamenti anticoncorrenziali da parte della P.A. è garantita da parte di que-

[48] Si tratta dell'istituto della c.d. *forcella* che, nel dialogo competitivo, prescrive un numero minimo di partecipanti pari a sei. E' importante sottolineare come il meccanismo della *forcella* costituisca una facoltà per le stazioni appaltanti che, però, il più delle volte non reputano di dover limitare il numero dei soggetti protagonisti della procedura proprio per favorire la massima partecipazione alla procedura stessa dei soggetti privati.

Sulla *ratio* e sulla finalità della limitazione del numero dei partecipanti nell'ambito delle procedure ristrette, si legga: G. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2000, p. 471 ss.

L'istituto della c.d. *forcella* insieme alla frammentazione in numerose sottofasi della procedura del dialogo competitivo è stata fortemente criticata da una parte della dottrina (Cfr. L. CARROZZA, F. FRACCHIA, *Il difficile equilibrio tra flessibilità e concorrenza nel dialogo competitivo disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE*, cit., p. 1137.) poiché "*se costituiscono importanti strumenti che l'Amministrazione può utilizzare per «confezionare» un procedimento che risponda alle esigenze della concreta «operazione non standardizzabile» che essa intende realizzare, rappresentano altrettante occasioni di contenzioso giurisprudenziale, in deroga al principio secondo cui è impugnabile il solo atto finale della gara*".

[49] Sul tema della concorrenza e della sua elusione nell'ambito dei lavori pubblici, si faccia riferimento a: G. FIDONE, S. GAMBUTO, G. MELE, *Meccanismi elusivi e limitazioni della concorrenza nella prassi degli appalti pubblici*, in *Appalti pubblici e Concorrenza*, Progetto Concorrenza di Confindustria, 2006; G. FIDONE, B. RAGANELLI, *Partenariato pubblico privato ed opere pubbliche: incentivi ai privati e tutela della concorrenza*, in SIDE (Società Italiana Diritto ed Economia) Working Papers, Second Annual Conference, 2006.

st'ultima la *par condicio* tra i concorrenti e, proprio per la realizzazione di quest'ultima, è fatto divieto all'Amministrazione di fornire informazioni che possano avvantaggiare uno dei concorrenti ed è inoltre vietato rivelare le proposte e/o le informazioni riservate emerse durante la fase del dialogo o ricevute direttamente dalle imprese private.[50]

Naturalmente tale divieto di divulgazione delle proposte vige soltanto relativamente alla suddetta fase dialettica, in quanto al momento della scelta la stazione appaltante dovrà pubblicizzare la proposta alla quale ha accordato la sua preferenza e motivarla congruamente. La restrizione del divieto di divulgazione alla sola fase dialettica deve essere interpretata come il prodotto di un *trade-off* tra tutela dell'incentivo a presentare proposte innovative e tutela di una concorrenza adeguata nella successiva fase di aggiudicazione: se, infatti, non si potessero rendere pubbliche le informazioni nemmeno a dialogo ormai concluso, l'impresa la cui offerta è stata selezionata nella fase del dialogo sarebbe l'unica, in sede di aggiudicazione, in grado di aggiudicarsi l'appalto, falsando ed eludendo in maniera evidente il principio della concorrenza; dall'altra parte, però, ed è questo un elemento di notevole criticità, la divulgazione al momento dell'aggiudicazione costituisce un limite all'incentivo per le imprese di elaborare soluzioni innovative già nella fase dialettica temendo per l'ostensione dei propri *know-how*.[51]

[50] Così, ai sensi dell'art. 29,3 della Direttiva:

"*Durante il Dialogo le amministrazioni aggiudicatici garantiscono la parità di trattamento di tutti gli offerenti. In particolare esse non forniscono, in modo discriminatorio, informazioni che possono favorire alcuni offerenti rispetto ad altri*". Inoltre "*le amministrazioni aggiudicatici non possono rivelare agli altri partecipanti le soluzioni proposte né altre informazioni riservate comunicate dal candidato partecipante al dialogo senza l'accordo di quest'ultimo*".

[51] Per un chiarimento relativo al dibattito fra queste due diverse impostazioni, si legga: D. SPINELLI, F. PETULLA', M.A. PORTALURI, F. COLAGIACOMI, *Guida alle nuove direttive appalti*, Il Sole 24 Ore, 2005, pp. 96-99.

Un altro elemento che può disincentivare la partecipazione dei privati alla procedura, è la mancanza di garanzie relative all'esito della gara, dal momento che è poco realistico pensare che il privato si profonda in uno sforzo progettuale con l'unica ed incerta garanzia di recuperare le spese relative alla progettazione.

Infatti, l'art. 29, 8 della Direttiva così recita: "*Le amministrazioni aggiudicatrici possono prevedere premi o pagamenti ai partecipanti al dialogo*" evidenziando che in capo alla P.A. non vige un obbligo, ma solo una facoltà.

Una parte della dottrina (L. CARROZZA, F. FRACCHIA, *Il difficile equilibrio tra flessibilità e concorrenza nel dialogo competitivo disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE*, cit., p. 1141.) rilevando come "*le Amministrazioni dovranno dare prova di una notevole fantasia nel «confezionare» procedure caratterizzate dalla previsione di opportuni «premi»* ", auspica una modifica della normativa che comporti l'obbligo di premi per i concorrenti che partecipano al dialogo competitivo.

È opportuno fare una precisazione in relazione al modo concreto in cui avviene la fase dialettica, in quanto il termine "dialogo" può far incorrere l'interprete in non pochi fraintendimenti.

Si può essere portati a pensare, infatti, che nella fase dialettica gli incontri tra l'Amministrazione e i concorrenti avvengano congiuntamente e oralmente: in realtà, invece, un incontro congiunto ed orale può essere configurabile solo per spiegare meglio ai concorrenti ciò che è contenuto e formalizzato nel bando, ossia le necessità e le finalità cui mira la stazione appaltante; successivamente, proprio perché vige il divieto di render note le informazioni, si deve pensare, nel silenzio della norma, che l'Amministrazione incontri ogni singolo partecipante *vis-a-vis*, o che le proposte dei partecipanti vengano fatte per iscritto.

In entrambi i casi, però, si pongono importanti interrogativi relativi al rispetto dell'essenza stessa dell'istituto del dialogo competitivo: infatti se il dialogo con ogni singolo imprenditore avviene *vis-a-vis*, si dovrebbe procedere a stilare un verbale[52] delle sedute dedicate al confronto, verbale teso a verificare la correttezza di quanto è accaduto, ma la verbalizzazione si pone in netta antitesi alla dinamicità e alla flessibilità intrinseche al dialogo, che non può che procedere per "affinamenti" successivi nello scambio reciproco e contestuale delle rispettive opinioni; dall'altra parte, se si sceglie di condurre il dialogo attraverso proposte scritte che i singoli concorrenti inviano all'Amministrazione, si rischia di introdurre nella procedura un eccessivo formalismo che mina le basi del dialogo competitivo, il quale introducendo per la prima volta i concetti di dialogo e discussione, si pone in un'ottica antitetica rispetto a quella delle procedure di scelta del contraente di tipo tradizionale.

La fase dialettica si conclude con la selezione da parte della stazione appaltante della soluzione che è ritenuta come la più soddisfacente i suoi bisogni e dichiara concluso il dialogo.

Con questa dichiarazione di chiusura della fase dialettica si può ritenere che le possibilità di negoziato tra la P.A. e i soggetti privati risultino cessare e si apre la fase dell'aggiudicazione, disciplinata dall'art. 29,

[52] Secondo V. REALE, *Il Nuovo Codice degli appalti di lavori, forniture e servizi: prime considerazioni*, in *Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2007, n. 1, p. 32, esiste "*la necessità di formalizzare i contenuti del dialogo medesimo, che dovrebbe trovare collocazione in un verbale nel quale sono riportate tutte le discussioni, proposte, soluzioni e quant'altro verificatosi nel corso dello stesso. Sotto tale ultimo profilo si potrebbero ritenere risolti i quesiti e superati i dubbi concernenti gli altri aspetti della procedura in quanto, a nostro avviso, è possibile che il dialogo si svolga attraverso un tavolo di trattative, prevalentemente orali, magari sintetizzate per sommi capi in schede proposte dai candidati e fatte quindi oggetto di discussione in seduta pubblica e collettiva e puntualmente verbalizzate in modi di legge*".

6 della Direttiva.

In astratto esistono vari modelli di dialogo competitivo, ma sembra che il legislatore abbia accordato la sua preferenza al modello denominato *Chinese walls*, denominazione con la quale si allude al fatto che tra le proposte di un concorrente e quelle degli altri vi sarebbe una sorta di "muraglia cinese", metafora che sta ad indicare e ribadire il fatto che le informazioni e le soluzioni proposte da un concorrente non possono essere divulgate dalla stazione appaltante senza il consenso del diretto interessato. "*In pratica i concorrenti sono i monopolisti della loro offerta*"[53] e ciascuna proposta non è confrontabile con le altre.

Questo modello di dialogo competitivo se, da una parte, risulta incentivare la partecipazione alla procedura degli operatori privati, vista la protezione che questi ultimi ricevono vigendo l'obbligo di riservatezza e l'impossibilità di fondere le diverse soluzioni, dall'altra parte, presenta un forte limite rappresentato dal fatto che la proposta scelta dalla stazione appaltante non è suscettibile di miglioramenti, né sotto il profilo tecnico, né sotto quello economico, scaturenti dalla pressione concorrenziale cui sarebbero sottoposti i concorrenti se avessero accesso e potessero confrontare le proposte emerse durante la fase dialettica.

La successiva fase dell'aggiudicazione[54] inizia con l'invito della P.A.

[53] M. RICCHI, *Negoauction, discrezionalità e dialogo competitivo. Una teoria per l'affidamento dei contratti complessi di PPP*, Documento discusso alla III Conferenza SIDE (Società Italiana Diritto ed Economia), Università Bocconi, Milano, 9-10 novembre 2007.

L'Autore riporta altri due modelli di dialogo competitivo denominati rispettivamente *Promoter* e *Patchwork.*

Il primo schema si caratterizza per il fatto che la stazione appaltante sceglie, tra le tante offerte pervenutegli, quella di pubblico interesse dichiarando il suo titolare "*promoter*" e ponendola a base della gara nella fase finale della procedura. Questo schema presenta vantaggi speculari rispetto al modello della *Chinese walls*, in quanto scoraggia, vista la diffusione dei *know-how* collegata alla *discovery* delle informazioni e delle proposte dei concorrenti, una massiccia partecipazione da parte degli imprenditori, ma permette miglioramenti all'offerta selezionata. Il modello chiamato *Patchwork* è qualificato dalla peculiarità di "*cogliere una proposta che incorpora l'innovazione delle idee migliori dei concorrenti al costo più conveniente*". Infatti la P.A. seleziona una proposta da porre a base della successiva gara coniugando e assemblando gli aspetti più convenienti e innovativi derivanti dalle singole proposte presentate da tutti i concorrenti (c.d. *cherry picking*, letteralmente "scelta delle ciliegie" per alludere al recepimento da parte della stazione appaltante degli aspetti migliori di ciascuna soluzione proposta).

[54] Cfr. F. SCIAUDONE, *Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici: la tutela della concorrenza e* la *"nuova" discrezionalità delle Amministrazione aggiudicatici*, in *Foro Amministrativo – TAR*, 2005, n. 1, p. 20; G. PALLIGGIANO, *Meno automatismo nell'escludere le offerte*, in *Guida al Diritto*, Il Sole 24 Ore, Ottobre 2008, p. 103; M.M. FRANCANZANI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: fra concorrenza e turbata libertà degli incanti*, Relazione all'omonimo Convegno dell'Università di Padova, 29 settembre 2008.

ai concorrenti a presentare le offerte finali in base alla soluzione/i individuata nella fase del dialogo vero e proprio, continua con la presentazione da parte di ogni soggetto privato della propria offerta finale e culmina nell'analisi e nella scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa[55] in base ai criteri di valutazione e aggiudicazione indicati nel bando di gara e/o nel documento descrittivo.

4. *Istituti affini e ambito di applicazione*

Il dialogo competitivo costituisce un'eccezione al principio che pone in capo alla sola stazione appaltante la scelta dell'oggetto dell'appalto e al divieto del cumulo tra momento progettuale e momento esecutivo.

In realtà l'ordinamento, sia italiano che europeo, già prevede delle circoscritte eccezioni a tali divieti, donde l'opportunità e la necessità di evidenziare le differenze e le eventuali similitudini tra il dialogo competitivo e altri istituti già previsti.

In questa analisi è utile prendere le mosse dall'istituto del *dialogo tecnico* che, a causa dell'identità onomastica con il dialogo competitivo può

[55] Secondo la *Teoria dei giochi* (Cfr. G. COSTA, P.A. MORI, *Introduzione alla teoria dei giochi*, Bologna, 1994; G. GAMBARELLI, *Giochi competitivi e cooperativi*, Padova, 1997; R. GIBSON, *Teoria dei Giochi*, Bologna, 1994; A. SCIANCHI, *Le strategie della razionalità. Un'introduzione alla teoria dei giochi*, Napoli, 1997; D.M. KREPS, *Teoria dei giochi e modelli economici*, Bologna, 2000), che è la branca dell'Economia che studia le gare come procedimenti i cui risultati sono direttamente collegabili alle strategie dei partecipanti che a loro volta dipendono dalle caratteristiche della gara, del bene, dal criterio di selezione, ecc, non esiste un criterio di aggiudicazione e un procedimento di gara validi in assoluto, ma entrambi scaturiscono da un'attenta analisi del caso concreto, ossia dalle peculiarità del bene da aggiudicare e del mercato.

Se il bene da acquistare ha caratteristiche note al compratore, il criterio di selezione migliore è quello del prezzo più basso; al contrario, invece, se il compratore non risulta ben edotto sul bene da comprare dal momento che si tratta di un bene non standardizzato, il prezzo (più basso) non può essere il solo elemento da prendere in considerazione, ma occorre valutare anche altri fattori e, per questo, il criterio di aggiudicazione migliore risulta essere quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Sul punto si legga: B. RAGANELLI, *Il dialogo competitivo dalla direttiva 2004/18/CE al Codice dei contratti: verso una maggiore flessibilità dei rapporti tra pubblico e privato*, cit., pp. 164-165; P.A. MORI, *Quando l'offerta economicamente più vantaggiosa è davvero vantaggiosa ?*, in *Economia Pubblica*, 1997, n. 1, pp. 105 ss.; Idem, *L'aggiudicazione di gare multidimensionali per l'affidamento di servizi pubblici in condizioni di completa ignoranza*, in *Economia Politica*, Bologna, 2004, n. 1, pp. 53 ss.; A. GRAZIANO, *L'offerta economicamente più vantaggiosa e il sindacato sul contratto*, in www.giustamm.it, 2007; M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, Milano, 2001; G. D. COMPORTI, *Lo Stato in gara: note su profili evolutivi di un modello*, in *Il diritto dell'economia*, 2007, n. 2; M. LIPARI, *L'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, n. 1, pp. 7 ss.

portare a non pochi fraintendimenti.

Il *dialogo tecnico* è un istituto che rientra nella normale prassi di dialettica preparatoria degli atti di gara che trova la sua fonte normativa nell' 8° *Considerando*[56] della direttiva 2004/18/CE, mentre il dialogo competitivo costituisce una vera e propria procedura di aggiudicazione e di scelta del contraente.

Entrambi gli istituti hanno l'obiettivo di favorire un confronto aperto, efficace ed imparziale fra appaltanti e imprenditori, ma differente è il contenuto del dialogo.

Più precisamente, le diversità tra i due tipi di dialogo attengono al momento cronologico in cui essi si inseriscono e all'oggetto del dialogo stesso. Infatti "*il dialogo tecnico si colloca all'estremità iniziale dell'ideale linea che si può tracciare tra la concezione della necessità dell'appaltante di procurarsi una determinata prestazione, e la concreta esecuzione di quest'ultima*".[57]

Il dialogo competitivo, invece, si colloca in un tempo successivo, ossia quando la stazione appaltante ha, del progetto da realizzare, un'idea (anche se incompleta da più punti di vista, altrimenti non si ravviserebbe affatto il motivo di dar vita al dialogo competitivo stesso), tanto che è in grado di mettere a punto il bando di gara prescritto dall'art. 29, 2 della Direttiva con la pubblicazione del quale comincia la procedura del dialogo competitivo.

Per quanto poi riguarda l'oggetto del dialogo, il dialogo tecnico può essere utilizzato per tutti gli appalti, ma solo per preordinare la stesura di bandi e capitolati d'oneri, mentre il dialogo competitivo è preordinato solo all'aggiudicazione di un appalto particolarmente complesso e nel

[56] Ex n. 8° *Considerando* della direttiva 2004/18/CE :

"*Prima dell'avvio di una procedura di appalto, le amministrazioni aggiudicatici possono, avvalendosi di un «dialogo tecnico», sollecitare o accettare consulenze che possono essere utilizzate nella preparazione del capitolare d'oneri a condizione che tali consulenze non abbiano l'effetto di ostacolare la concorrenza*"

I precedenti di questa definizione si possono ritrovare nel n. 13° *Considerando* della direttiva 98/4/CE e nel n. 10° *Considerando* della direttiva 97/52/CE che così sancisce: "*Considerando che gli enti aggiudicatori possono sollecitare o accettare, consulenze che possono essere utilizzate nella preparazione di specifiche per un determinato appalto, a condizione che tali consulenze non abbiano l'effetto di ostacolare la concorrenza*".

[57] R. INVERNIZZI, *Il dialogo competitivo e tecnico*, cit., p. 138.

L'Autore così continua: "*Per quanto meno «visibile» in tema di norme dedicategli , il dialogo tecnico ha, comunque, rilevanza assai marcata proprio per la sua afferenza a una fase preliminare alla gara stessa. Allorquando scelte che fossero assunte lontano dall'attenzione (anche giudiziale) che è più facilmente riservata alle fasi di gara in senso stretto, potrebbero (occultamente) risultare decisive degli esiti di quest'ultima. Il che, ovviamente, sarebbe quanto di più lontano dalla linearità e dalla trasparenza che sono le condizioni per l'effettiva concorrenzialità del mercato*".

caso in cui la P.A. abbia già stilato un bando e/o il relativo documento descrittivo in cui pubblicizza le proprie esigenze.

Una parte della dottrina[58] ribadisce questa diversità sottolineando come il dialogo tecnico realizzi per le stazioni appaltanti una "*consulenza*" che rientra nella normale prassi della dialettica preparatoria degli atti di gara; altra parte, invece, evidenzia come l'utilizzo preliminare del dialogo tecnico limiti il ricorso al dialogo competitivo e vi faccia da filtro dal momento che la stazione appaltante è legittimata ad avvalersi del dialogo competitivo nel caso in cui non riesca a colmare le sue lacune e deficienze attraverso il dialogo tecnico.[59]

L'istituto che presenta più analogia con quello del dialogo competitivo è l'*appalto-concorso* dal momento che tutti e due gli istituti sono caratterizzati dalla massiccia partecipazione dei soggetti privati.

Sono, però, tre gli aspetti che differenziano e tipizzano il dialogo competitivo rispetto all'appalto-concorso: la gara per l'aggiudicazione di un appalto-concorso si svolge sulla base di un progetto già ben individuato, mentre nel dialogo competitivo sono le varie offerte che, attraverso il loro confronto, devono portare alla messa a punto di un progetto e/o di una soluzione di massima[60]; nel dialogo competitivo si assiste ad un successivo miglioramento delle soluzioni proposte, mentre ciò non è possibile nell'appalto-concorso in quanto le proposte, seppur confrontabili, non sono sottoponibili ad "*affinamenti*"; infine, se nell'appalto-concorso la possibilità di negoziare le varianti progettuali è limitata alla sola fase dell'aggiudicazione, nel dialogo competitivo questa facoltà viene non solo mantenuta, ma anche estesa alla fase della presentazione delle offerte, quindi alla

[58] Cfr. S. USAI, *Il dialogo competitivo*, cit., p. 14.

[59] Cfr. D.M. TRAINA, *Verso il recepimento delle direttive sugli appalti pubblici: il dialogo competitivo (e di alcuni problemi circa la competenza delle regioni)*, cit., p. 1981.

L'Autore, infatti, sostiene che la normativa "*sembra circoscrivere fortemente il campo di applicazione dell'istituto* [del dialogo competitivo] *giacchè la direttiva prevede un altro modo attraverso cui le amministrazioni non sufficientemente attrezzate possono superare i deficit di conoscenza, ribadendo* […] *la legittimità del «dialogo tecnico» preliminare, che consente di acquisire, d'ufficio o su iniziativa di terzi, prima dell'indizione di una gara, consulenze ai fini di preparare un capitolato idoneo a soddisfare le esigenze dell'ente aggiudicatore*".

[60] Cfr. A. DAMELE, *Il dialogo competitivo quale nuovo istituto del partenariato pubblico-privato*, in *Economia e diritto del terziario*, 2006, n. 2, p. 389, in cui l'Autore evidenzia come "*Il dialogo, invece, presuppone la mancanza di una puntuale preindividuazione dei profili dell'affidamento da parte dell'amministrazione che necessita dell'ausilio delle imprese per l'ideazione stessa della progettazione da porre a base dello stesso*".

Sull'appalto-concorso si legga: F. ROBALDO, in AA.VV., *Legge quadro sui lavori pubblici*, Milano, 2003, sub art. 20; M. MAZZONE, C. LORIA, *Manuale di diritto dei lavori pubblici*, Napoli, 2005, p. 231.

fase precedente a quella dell'aggiudicazione.[61]

Per quanto riguarda le peculiarità che distinguono dal dialogo competitivo la *trattativa privata*, è necessario premettere come siano completamente diversi i presupposti dei rispettivi istituti: non solo il dialogo competitivo si snoda in una procedura che è più complessa e articolata, ma, soprattutto, la trattativa privata vede come suoi presupposti l'urgenza, il caso di una gara precedente andata deserta, casi di monopolio, ecc, che il più delle volte sono addirittura incompatibili con la procedura del dialogo competitivo.[62]

Ma il principale tratto distintivo è rappresentato dal fatto che nella trattativa privata (con o senza pubblicazione del bando), la P.A. contratta con una controparte per la conclusione del contratto, per cui si può ritenere di essere di fronte ad una negoziazione dei termini del contratto che è del tutto assente nel dialogo competitivo.

La duttilità della procedura e la collaborazione non sporadica fra soggetto pubblico e settore privato avvicina la figura del dialogo competitivo a quella di un altro istituto: il P*roject Financing* (PF).[63]

[61] Cfr. D. PONTE, *Favorito lo strumento del dialogo competitivo*, in *Guida al Diritto*, Il Sole 24 Ore, Ottobre 2008, n. 9, p. 97; dello stesso Autore si legga anche "*L'intervento correttivo del Governo punta a "semplificare"le procedure*", in *Guida al Diritto*, Il Sole 24 Ore, Settembre 2007, n. 36, p. 81 ss.

[62] In particolare, ex art. 41 R.D. n. 827/1924, la trattativa è consentita "*quando gli incanti o le licitazioni siano andate deserte o si abbiano fondate prove per ritenere che ove si sperimentassero andrebbero deserte; per l'acquisto di cose la cui produzione è garantita da privativa industriale o per la cui natura non è possibile promuovere il concorso pubblico di idee; quando trattasi di acquisto di macchine, strumenti o oggetti di precisione che una sola ditta può fornire con i requisiti tecnici e il grado di perfezione richiesti; quando si debbano prendere in affitto locali destinati servizi governativi; quando l'urgenza di lavori, acquisti, trasporti e forniture sia tale da non consentire l'indugio degli incanti o della licitazione; in ogni altro caso in cui ricorrono speciali ed eccezionali circostanze per le quali non possano essere utilmente seguite le forme degli articoli 37 e 40 del regolamento*".

[63] Il *Project Financing* è una tecnica di finanziamento utilizzata per la realizzazione di progetti finanziariamente indipendenti, ad alto fabbisogno di capitale e di elevata complessità che, per tali motivi, impongono la collaborazione di svariati soggetti ed il frazionamento dei rischi e degli oneri connessi all'operazione.

La più autorevole dottrina (P. K. NEVITT, F. J. FABOZZI, *Project Financing*, San Francisco, 2000, p. 123) definisce il PF come "*un'operazione di finanziamento di una particolare unità economica, nella quale un finanziatore è soddisfatto di considerare, sin dallo stato iniziale, il flusso di cassa e gli utili dell'unità economica in oggetto come la sorgente dei fondi che consentirà il rimborso del prestito e le attività dell'unità economica come garanzia collaterale del prestito*".

Sul punto, si faccia riferimento a: AA.VV., *Il project financing e il nuovo sistema delle garanzie assicurative nella Merloni-ter*, Milano, 1998; F. AMATUCCI, *Il project finance nelle aziende pubbliche. Strumenti di finanziamento per enti locali e aziende sanitarie*, Milano, 2002; M. BALDI, G. DE MARZO, *Il Project financing nei lavori pubblici,* Milano, 2004; D. BOGGIAN, *Il pro-*

Ulteriore elemento di analogia fra i due istituti sta nel fatto che il dialogo competitivo non costituisce una nuova procedura finalizzata alla realizzazione di lavori o all'esecuzione di una prestazione, in quanto si conclude con la stipula di un contratto di appalto, così come il PF non introduce un nuovo sistema di realizzazione dei lavori pubblici, ma ha come obiettivo finale la formalizzazione di un negozio per la costruzione e gestione dell'opera.

Tuttavia questo punto di contatto tra le due figure evidenzia anche il primo aspetto di distanza fra i due istituti, dal momento che è diverso il rapporto che si instaura tra il soggetto privato aggiudicatario e la stazione appaltante: nel caso del dialogo competitivo si tratta di un contratto di appalto, nel caso del PF di una concessione di costruzione e gestione che prevede anche il contestuale passaggio, in capo al soggetto privato, del rischio economico.[64]

ject financing per la realizzazione di impianti sportivi, in *Economia e Diritto del terziario*, 2005; L. CAMARDA, *Project financing*, Trento, 2002; P. CARRIERE, *Project financing. Profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 1999; I. CICCONI, *Project financing nei lavori pubblici*, Roma, 2004; A. COLETTA, *Finanza di progetto e terzo correttivo al Codice dei contratti*, in www.giustamm.it; M. COLLEVECCHIO, *Prime riflessioni sulle modifiche della finanza di progetto inserite nel "correttivo 3"*, Convegno IGI, 30 settembre 2008; F. DABIZZI, *Il trust e il project financing*, in *Giur. Comm*., 2002, n. 6; U. DRAETTA, C. VACCA', *Il project financing. Caratteristiche e modelli contrattuali*, Milano, 1997; C. F. FAVA, *Project financing*, Milano, 2004; C. FELICETTI, *PPP e Project Finance. Il trasferimento dei rischi e il payment mechanism nei contratti di PPP*, Roma, 2007; J. D. FINNERTY, *Project financing. Asset-Based Financial Engineering*, New York, 2007; O. FORLENZA, *Project financing: un sistema più complesso*, in *Guida al Diritto*, Il Sole 24 Ore, 2008, n. 9; F. FRACCHIA, F. FERRARI, *Project financing e opere pubbliche*, Milano, 2004; S. GATTI, *Manuale del project finance*, Roma, 1999; M. GENTILE, *Project financing: la nuova disciplina*, Roma, 2009; R. GRECO, *La natura giuridica delle procedure di project financing dopo il terzo correttivo al Codice degli Appalti pubblici*, in www.giustamm.it; G. GUZZO, *Project financing: sistema di finanziamento a geometria variabile (tra dubbi di legittimità costituzionale, eclissi del promotore e incertezze legislative*), in www.lexitalia.it; G. IMPERATORI, *La finanza di progetto. Una tecnica, una cultura, una politica*, Milano, 2003; F. MONTANI, *Project financing. Inquadramenti contrattuali e profili applicativi*, Napoli, 2009; C. PAGLIETTI, *Profili civilistici del project financing*, in *Nuova giur. civile e commerciale*, 2003, vol. II; C. PEZZI, I *profili civilistici del project financing*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2002; M. RICCHI, *La finanza di progetto nel Codice dei contratti dopo il terzo correttivo*, in *Urbanistica e Appalti*, 2008, n. 12; S. RISTUCCIA, *PPP: definizioni, divagazioni e provocazioni*, in *Queste istituzioni*, 2006, N. 140/43; T. V. RUSSO, *Project financing*, Napoli, 2007; S. M. SAMBRI, *Project financing. La finanza di progetto per la realizzazione delle opere pubbliche*, in E. PICOZZA, E. GABRIELLI, *Trattato di diritto dell'economia*, Padova, 2006; D. SCANO, P*roject financing*, Milano, 2006; I. SPINA, L. RIVECCIO, *Project financing. Metodi ed organizzazione dei progetti di finanza innovativa*, Napoli, 2006; C. TAMAROWSKI, P*roject financing e opere pubbliche in Italia. Il settore delle costruzioni*, Milano, 2001; W. TERNAU, *Project financing*, Milano, 1996; F. TOTARO, *Il Project financing*, in V. CUFFARO, *Il mutuo e le altre operazioni di finanziamento*, Bologna 2005.

[64] Cfr. C.M. SARACINO, *La finanza di progetto tra dialogo competitivo e tutela della concorrenza, in Foro Amministrativo – TAR,* 2006, n. 9, pp. 3116-3128.

Diverso è anche l'ambito di applicazione delle due figure che risulta più ampio nel caso del dialogo competitivo previsto indistintamente nel caso di lavori, servizi e forniture, mentre per il PF è prevista un'applicazione al solo settore dei lavori.[65]

Esistono anche importanti differenze da un punto di vista procedurale che si manifestano nel fatto che nel PF la Pubblica Amministrazione seleziona, in base ai criteri indicati ex art. 154 del Codice dei contratti pubblici, il progetto presentato dal promotore, mentre nella procedura del dialogo competitivo "*le Amministrazioni non operano alcuna valutazione della proposta (che in realtà è in fieri) degli afferenti aspiranti promotori, ma si limitano a pubblicare un bando di gara in cui si rendono note le loro necessità e obiettivi (art. 58, 2 Codice), al fine di individuare e definire «i mezzi più idonei a soddisfare le proprie necessità»*.[66]"

Conseguentemente risulta differente anche l'oggetto della gara che nella finanza di progetto è da rintracciare nella proposta del promotore, laddove nel dialogo competitivo oggetto della gara potrà essere il prodotto della fusione delle singole proposte.[67]

Questi elementi di differenziazione inducono a ritenere che tra le due procedure esista un rapporto di alternatività, nel senso che il ricorso ad un istituto esclude *ipso facto* il ricorso all'altro: essendo il dialogo competitivo un istituto residuale, perchè eccezionale, la sua applicazione determina l'inapplicabilità non solo della procedura ordinaria, ma anche del connesso diritto di prelazione del promotore.[68]

[65] Dalla lettera degli artt. 58 e 153 ss. del Codice dei contratti pubblici si evince come l'ambito di applicazione dei due istituti sia diverso. Per l'applicazione dell'istituto *de quo* ai settori speciali, alle concessioni e alle opere strategiche, vedi *infra*.

Sull'argomento si legga: A. MASSARI, G. GRECO, *Il Nuovo Codice dei contratti pubblici*, Rimini, 2006, pp. 110-111.

[66] F. GASPARI, *Il dialogo competitivo come nuovo strumento negoziale e la sua (asserita) compatibilità con la finanza di progetto*, in *Giustizia Amministrativa*, 2007, n. 1, p. 71.

[67] Cfr. F. SCIAUDONE, *Il dialogo competitivo tra diritto comunitario e ordinamento italiano*, in *Giustizia Amministrativa*, 2008, n. 1, p. 104.

[68] Cfr. F. GASPARI, *Il dialogo competitivo come nuovo strumento negoziale e la sua (asserita) compatibilità con la finanza di progetto*, cit., p. 73.

L'Autore sottolinea che "*La definitiva versione del co. 18° dell'art. 58 del Codice sembra confermare, a nostro avviso, l'incompatibilità tra le due procedure di affidamento. Siffatta incompatibilità sembra essere, tuttavia, relativa, e non può essere valutata in astratto, alla stregua di quanto il legislatore sembrava prevedere nell'originaria versione del co. 18° in esame, bensì in concreto, in quanto il co. 18° in rassegna espressamente stabilisce che «Le stazioni appaltanti non possono ricorrere al dialogo competitivo in modo abusivo o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza»*".

Parte della dottrina[69] sostiene che la collaborazione tra settore pubblico e settore privato, che caratterizza la procedura del dialogo competitivo e gli istituti di Partenariato Pubblico Privato, consenta di annoverare l' istituto del dialogo competitivo tra quelli tipici di quest'ultima categoria.

In realtà, però, ad una più attenta analisi della normativa sono deducibili importanti differenze in base alle quali non è possibile assimilare il dialogo competitivo ai contratti di PPP. Ad essere esaustiva in tal senso, basta già l'analisi della semplice collocazione, nell'ambito del Codice di contratti pubblici, dell'istituto: il dialogo competitivo, infatti, è regolato dall'art. 58 che si trova nella parte II, Titolo I, Capo III, sezione I, rubricata "*Oggetto del contratto e procedura di scelta del contraente*", mentre l'enumerazione dei contratti di Partenariato Pubblico Privato si trova nella Parte I del Codice , più precisamente all'art. 3, 15 *ter*. Se il legislatore avesse voluto fare del dialogo competitivo un contratto di PPP, tramite il suo ultimo intervento correttivo (D.L.vo n. 152/2008), lo avrebbe certamente inserito nell'elenco dei contratti contenuto nel comma 15 *ter* dell'art. 3. Se ciò non è avvenuto, è perché il legislatore ha preferito mantenere e ribadire l' originaria natura dell'istituto, che è quella di una procedura di aggiudicazione finalizzata alla scelta del miglior contraente.

Per quanto riguarda, invece, l'ambito di applicazione oggettivo del dialogo competitivo, la dottrina[70] si è concentrata sulla possibilità o meno di utilizzare la suddetta procedura nel caso delle concessioni.[71]

Prima dell'emanazione del Terzo Correttivo al Codice dei contratti pubblici (D.L.vo n. 152/2008), basandosi su un'interpretazione letterale della disciplina, si riteneva che il dialogo competitivo non potesse

[69] Cfr. A. DAMELE, *Il dialogo competitivo quale nuovo istituto del partenariato pubblico-privato*, cit., p. 389. L'Autore sostiene che il dialogo competitivo sia "*uno strumento che permette di attuare fin dalla fase procedurale una forma di PPP contrattualizzato, di cui costituiscono esempi nel nostro ordinamento il project financing, la concessione di costruzione e di gestione, nonché la concessione di servizi*".

Sul punto, si consulti anche C. CONTESSA, N. DE SALVO, *La procedura del dialogo competitivo fra partenariato pubblico/privato e tutela della concorrenza*, cit., p. 510, che più correttamente si esprimono in tal senso: "*la figura del dialogo competitivo* [si annovera] *fra quelle in cui più chiaramente può rinvenirsi quella sintesi di interessi che solitamente caratterizza le iniziative di PPP*".

[70] Cfr. S. SAMBRI, *Il dialogo competitivo: ambito di applicazione e portata innovativa*, Convegno IGI, Roma, 13 Luglio 2004.

[71] Sull'istituto della concessione la letteratura è vastissima. Tra gli altri: E. SILVESTRI, voce *Concessione* in *Enciclopedia del diritto*, vol. VIII, Milano, 2000; L. ALLA, *La concessione amministrativa nel diritto comunitario*, Milano, 2005; B. RAGANELLI, *Concessione di lavori e di servizi*, in P. RESCIGNO, E. GABRIELLI, *Trattato dei contratti. I contratti della pubblica amministrazione*, Torino, 2007.

applicarsi alle concessioni, in quanto l'art. 58, 1 del Codice prevede l'utilizzo dell'istituto nei soli casi di *appalto particolarmente complesso*.

A ciò bisogna aggiungere che la formulazione di cui all'art. 144, 1 del Codice[72] nel regolare le procedure di affidamento e di pubblicazione del bando relativo alle concessioni di lavori pubblici, non fa alcun riferimento alla procedura del dialogo competitivo, prevedendo soltanto un affidamento attraverso procedura aperta o ristretta.

È evidente che la mancata previsione del dialogo competitivo sia nel testo dell'art. 58 che in quello dell'art. 144 del Codice inizialmente aveva portato ad escludere l'applicazione dell'istituto nell'ipotesi di affidamento di una concessione.[73]

Questa scelta restrittiva del legislatore italiano, però, mal si concilia con la *ratio* del Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni del 2004 che era tesa al superamento delle classiche procedure di aggiudicazione (aperta o ristretta), tanto che con il *Terzo correttivo al Codice dei contratti pubblici* sono state introdotte delle correzioni volte a all'utilizzo del dialogo competitivo anche nel caso di concessioni.

Infatti all'art. 58, 15 è stata aggiunta un'ulteriore previsione che sancisce che "*per i lavori, la procedura si può concludere con l'affidamento di una concessione di cui all'art. 143*".

[72] Ex art. 144 del Codice dei contratti pubblici:

"*Le stazioni appaltanti affidano le concessioni di lavori pubblici con procedura aperta o ristretta, utilizzando il criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa*".

L'art. 144 si pone chiaramente come *lex specialis* rispetto alla disciplina generale contenuta nel Codice, tanto che ad esso è possibile riferire la disposizione contenuta nell'art. 143, 3 del Codice stesso che così prescrive:

"[Al]*le concessioni di lavori pubblici, nonché agli appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari che sono Amministrazioni aggiudicatici, si applicano salvo che non siano derogate nel presente capo, le disposizioni del presente codice*".

[73] In dottrina, però, già prima del Terzo decreto correttivo, che fa chiarezza sull'applicabilità del dialogo competitivo alle concessioni, si discuteva sul modo di "aggirare" la disposizione restrittiva degli art. 58 e 144 del Codice dei Contratti pubblici.

Sul punto, si faccia riferimento a C. CONTESSA, N. DE SALVO, *La procedura di dialogo competitivo fra partenariato pubblico/privato e tutela della concorrenza*, cit., p. 508, in cui gli Autori riportano due motivi che inducono a ritenere che si possa ricorrere al dialogo competitivo anche nel caso delle concessioni: "*In primo luogo si osserva che, laddove il dialogo competitivo viene definito quale supporto ai processi decisionali delle amministrazioni aggiudicatici (anche al fine di risolvere problematiche connesse all'«impostazione finanziaria e giuridica» dell'appalto), non si individua nessun ostacolo di rilievo a che la procedura in questione possa risultare strumentale anche alla definizione di un'opera da affidare in concessione.*

In secondo luogo, si osserva che è ben possibile che un dialogo competitivo avviato al fine di individuare la modalità più adeguata per la gestione economico-finanziaria dell'opera si concluda, appunto, individuando la concessione di lavori come la soluzione complessivamente più corretta".

Appare sicura, invece, alla luce delle modifiche apportate all'art. 58 del Codice dei contratti pubblici già con il Secondo correttivo al Codice, l'esclusione del dialogo competitivo nel caso di lavori relativi ad "*opere ed infrastrutture strategiche*" e ai relativi insediamenti produttivi.

In realtà, l'esclusione delle grandi opere dall'ambito applicativo del dialogo competitivo sembra configurarsi più come una deliberazione dovuta a motivi politici che a ragioni attinenti a cause giuridiche e/o economiche, dal momento che proprio le opere strategiche possono presentare quei profili di maggiore complessità che costituiscono i presupposti richiesti per l'applicazione dell'istituto del dialogo competitivo.

Una parte della dottrina[74] riferisce questa espressa esclusione all' incompatibilità esistente tra dialogo competitivo e infrastrutture strategiche, per realizzare le quali, la P.A. deve possedere un alto e chiaro livello di definizione delle proprie esigenze, livello che non si coniuga affatto con uno dei presupposti del dialogo competitivo rappresentato dall'incolpevole incapacità della P.A. di predefinire le sue necessità e le risorse tecniche e economiche per soddisfarle.

Infine è opportuno dedicare una breve menzione all'applicazione del dialogo competitivo nei "*settori speciali*".

In un primo tempo, vista la mancata inclusione del dialogo competitivo tra le procedure applicabili ai sensi della direttiva 2004/17/CE, non sembrava, in base ad un'interpretazione strettamente letterale della di-

[74] Cfr. R. DE NICTOLIS, *Le novità normative in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Urbanistica e Appalti*, 2007, n. 9, p. 1073.

L'Autore mette in risalto che gli interventi strategici "*presuppongono un livello di definizione preventivo delle esigenze dell'amministrazione ben più delineato, al fine di consentire di poter esprimere le procedure di aggiudicazione previste al riguardo (concessione di costruzione e gestione o affidamento al contraente generale). Mentre, al contrario, il dialogo competitivo presuppone che l'amministrazione non sia oggettivamente in grado di definire i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi, nonché non sia in grado di specificare l'impostazione giuridica o finanziaria di un progetto*".

Sul punto si veda anche D. PONTE, *L'intervento correttivo del Governo punta a «semplificare» le procedure*, cit., p. 85, che mette in risalto come il Codice dei contratti pubblici, per le infrastrutture strategiche, preveda la procedura ristretta: "*L'articolo 163, comma 3 precisa che le procedure di aggiudicazione di tali infrastrutture sono quelle regolate dal corrispondente Capo del codice, e il successivo articolo 177 prevede espressamente che l'unico esito consentito per tali procedure* […] *costituisca il momento finale di una procedura ristretta, il cui oggetto è ulteriormente definito in dettaglio facendo riferimento a elementi certamente incompatibili con la minore definizione di elementi a disposizione dell'amministrazione nel caso del dialogo competitivo. Di contro l'art. 58 prevede che il dialogo competitivo sia consentito solo ove le amministrazioni ritengono che il ricorso alla procedura aperta o ristretta non permetta l'aggiudicazione dell'appalto*".

sciplina, che fosse possibile ricorrere all'istituto *de quo*.[75]

Successivamente il legislatore italiano ha espressamente eliminato questa restrizione attraverso l'art. 220 del Codice dei contratti pubblici che sancisce, anche per i settori speciali (infatti la norma è collocata nella parte III del Codice, che è quella dedicata agli appalti nei settori speciali), la possibilità di "*affidare i lavori, le forniture o i servizi mediante procedure aperte, ristrette o negoziate mediante dialogo competitivo*".

5. *Conclusioni e spunti critici*

Dalle considerazioni fin qui condotte emerge come il dialogo competitivo costituisca un istituto che si pone come strumento qualificato a rispondere a due fondamentali istanze: da un lato, definire il progetto migliore in base a come quest' ultimo soddisfa le necessità dell'Amministrazione, dall'altro, scegliere la relativa controparte e gestire progetto e controparte sia nella fase di realizzazione del progetto che in quella di gestione, tenendo sotto controllo i rischi insiti nel mercato.[76]

Il dialogo competitivo, dunque, deve essere considerato *in primis* come uno strumento, ricco di potenzialità, attraverso cui la Pubblica Amministrazione ha l'opportunità di conoscere il mercato e le sue possibilità.

Ad una prima analisi della normativa e degli effetti da essa prodotti, purtroppo, ci si rende conto di come il legislatore italiano non abbia ben percepito le facoltà insite nel dialogo competitivo, tanto che questo risulta oggi configurarsi più come un'occasione mancata che come un istituto realmente innovativo.

Il legislatore italiano avrebbe dovuto capire che il dialogo competitivo può costituire il grimaldello della Pubblica Amministrazione per l'utilizzo dei nuovi contratti pubblici, mentre invece, si è rivelato piuttosto timido nel recepire l'istituto, accogliendone in pieno la versione comunitaria.

Come sopra evidenziato, anche nell'ordinamento italiano il dialo-

[75] Le motivazioni della mancata previsione del ricorso alla procedura del dialogo competitivo nei settori speciali (c.d. *ex settori esclusi*) si possono rinvenire nel *Documento dell'Unità Tecnica Finanza di Progetto* del CIPE, 2005, presso www.utfp.it/docs/documenti/dialogo_competitivo.pdf. in cui si rileva come "*nell'ambito dei settori c.d. esclusi lo strumento del dialogo competitivo costituirebbe un sistema troppo vincolante, data la natura per così dire "leggera", che caratterizza gli affidamenti di appalti degli enti che operano specificamente nell'ambito dei suddetti settori*".

[76] Cfr. A CARZANIGA, *I possibili riflessi del Dialogo competitivo nelle operazioni di Partenariato Pubblico-Privato*, in Atti del Convegno "*Il Dialogo competitivo e i possibili riflessi sul Partenariato Pubblico-Privato*", Roma, 27 settembre 2005, p. 59 del dattiloscritto.

go competitivo è concepito come un istituto residuale, da applicarsi solo nel caso di appalti particolarmente complessi; affinché, invece, l'istituto *de quo* potesse esplicare appieno le sue qualità meglio sarebbe stato farne un istituto ad applicazione generale.

In pratica, il dialogo competitivo doveva essere concepito in modo diverso, ossia come un istituto da porre accanto alla gara pubblica e alla licitazione privata, vista la sua attitudine a educere la Pubblica Amministrazione sulle caratteristiche del mercato.

A paralizzare ancor di più l'operatività dell'istituto, la scelta del legislatore italiano di subordinarne l'applicazione e, di conseguenza l'efficacia, all'approvazione del *Regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici*.[77]

In questo modo si è reso il dialogo competitivo inutilizzabile fino all'entrata in vigore di tale *Regolamento*, dando vita ad un ulteriore imbrigliamento di cui l'istituto non aveva alcun bisogno.[78]

Su questo rinvio ha reso note le proprie perplessità anche il Consiglio di Stato[79], evidenziando che la normativa di rango legislativo si pone come una norma *self-executing,* ossia autoesecutiva, che non abbisogna per la sua operatività, di un apposito Regolamento.

Stando così le cose, affinché l'istituto abbia maggiore fortuna, soprattutto in termini di applicazione e diffusione, risulta essere fondamen-

[77] L'art. 5 del Codice dei contratti pubblici ha deferito allo Stato la potestà regolamentare per sancire la normativa relativa all'esecuzione e all'attuazione del Codice stesso.

Nell'esercizio di tale potestà si inquadra il *Regolamento di attuazione del Codice*, alla cui entrata in vigore è subordinata l'applicabilità dell'art. 58, fonte normativa del dialogo competitivo.

Infatti ex art. 253, 1° quater del Codice, l'art. 58 trova applicazione con riferimento alle procedure i cui bandi o avvisi sono stati pubblicati dopo l'entrata in vigore del Regolamento stesso.

[78] Cfr. C. LACAVA, *Il secondo correttivo del codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, 2007, n. 12, p. 1258; S. REGGIO, S. REGGIO, *I contratti pubblici dopo i decreti legislativi correttivi ed integrativi* , in *Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2009, n. 6, pp. 810-812.

[79] Cfr. Consiglio di Stato, Ad. Gen., 6 giugno 2007, n. 1750, parag. 5.6 :

"*In particolare viene ulteriormente differita, rispetto alla data del 1° Agosto 2007, stabilita dal primo decreto legislativo correttivo, l'entrata in vigore del dialogo competitivo (sia nei settori ordinari che nei settori speciali, e per tutti i tipi di appalti), nonché alla liberalizzazione dell'appalto-concorso e dell'appalto integrato (per i lavori pubblici nei settori ordinari). Entrambi gli istituti si applicheranno alle procedure i cui bandi o avvisi siano successivi all'entrata in vigore del regolamento generale di cui all'art. 5 del Codice.*

Tale differimento non è giustificabile sul piano tecnico poiché – sia l'art. 58 (dialogo competitivo) sia gli art. 3, comma 7 e 53, commi 2 e 3 (appalto concorso e appalto integrato), sono norme self-executing che non rinviano, per la loro operatività, al regolamento".

tale la flessibilità con cui le stazioni appaltanti, da un punto di vista concreto, e la giurisprudenza, da un punto di vista teorico, interpreteranno e applicheranno il concetto di *appalto particolarmente complesso* e il conseguente atteggiamento del mondo delle imprese.

Vi sono, infatti, degli elementi peculiari del dialogo competitivo che possono certamente costituire un considerevole deterrente alla partecipazione delle imprese alla procedura in esame.

Il principale elemento che può disincentivare l'intervento dei privati al dialogo competitivo consiste nell'assenza di qualsiasi garanzia circa l'esito della gara.

Non si può pensare, infatti, che le imprese prendano parte al dialogo competitivo, profondendosi così in notevoli sforzi sia da un punto di vista progettuale che da un punto di vista economico, avendo come unica sicurezza, l'incerta garanzia di recuperare le spese di progettazione e quelle sostenute per partecipare alla gara stessa.

A ciò deve aggiungersi anche la fondata preoccupazione dei privati relativa all'ostensione dei propri know-how.

Se, da una parte, infatti, in capo alla stazione appaltante il divieto di divulgazione circa le proposte ricevute vige relativamente alla fase dialettica, dall'altra, tale restrizione cade nella fase dell'aggiudicazione per fare sì che tra i vari possibili aggiudicatari si possa sviluppare la più ampia concorrenza.

È evidente, dunque, che a dialogo concluso (più precisamente, nella fase precedente all'aggiudicazione), la possibilità di vedere resi pubblici i propri Know-how possa essere avvertita come un pericolo dagli imprenditori, pericolo acuito ancor più dall'eventualità di non vincere la gara stessa.

Sarebbe opportuno, dunque, per favorire una più massiccia partecipazione dei privati, che la normativa (art. 29,8 Direttiva 2004/18/CE[80]), anziché prevedere soltanto una semplice facoltà in capo alla P.A. circa eventuali premi o pagamenti da destinare alle imprese che partecipano al dialogo competitivo, predisponesse l'obbligo, in capo alle stazioni appaltanti, di prevedere, in generale e a prescindere dalla successiva aggiudicazione, somme da destinare ai partecipanti al dialogo competitivo per ammortizzare le spese sostenute per partecipare alla procedura, e "premi" o "pagamenti" per sviluppare i Know-how con cui concorrere alla selezione stessa.

[80] Ex art. 29,8 Direttiva 2004/18/CE: "*Le amministrazioni aggiudicatrici possono prevedere premi o pagamenti ai partecipanti al dialogo*".

Questi ultimi "premi" o "pagamenti" devono essere previsti anche e soprattutto per evitare che i privati che sviluppano un progetto con il quale partecipare al dialogo competitivo, ma che, successivamente, non risultano aggiudicatari del progetto finale, non abbiano nessun compenso nemmeno per il lavoro e l'impegno profusi per l'elaborazione e la presentazione del proprio Know-how nella fase dialettica.

La previsione obbligatoria del recupero delle spese sostenute e del premio per il Know-how presentato dai singoli partecipanti alla gara risultano essere due importanti e necessarie modifiche che il legislatore italiano deve approntare all'attuale disciplina del dialogo competitivo se vuole far sì che a quest'ultimo il mondo imprenditoriale sia più sensibile e recettivo in modo da decretarne il relativo successo.

SIMONA SANTORO

Il lavoro ripartito (o *job sharing*)

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. - 2. Nozione e natura solidale del lavoro ripartito. - 3. Forma e contenuto del contratto. - 4. Adempimento della prestazione: Mansioni. - 5. Sostituzione tra i job sharers ed estinzione del vincolo contrattuale. - 6. Il divieto di discriminazione.

1. *Considerazioni introduttive*

La riforma del mercato del lavoro ha introdotto una serie di nuove tipologie di lavoro flessibile che rappresentano senza dubbio una risposta efficace alla generale finalità di aumento dei tassi medi di occupazione, di una più ampia elasticità della prestazione lavorativa, nonché, dal lato dell'impresa, ad una maggiore competitività e, nell'interesse del lavoratore, ad una gestione individualizzata dei tempi di lavoro.

Nell'ambito di tale scenario una funzione di rilievo è svolta dal lavoro ripartito, o *job sharing*[1]. Tale tipologia contrattuale rappresenta la forma più innovativa di lavoro flessibile introdotta dal Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, nell'ordinamento giuslavoristico nazionale[2], essendo correlata all'articolazione dell'orario ed alla suddivisione tra due soggetti dell'obbligazione lavorativa, e dunque, ricca di spunti riflessivi, in ragione sia della peculiarità dello schema contrattuale che della qualificazione giuridica[3].

[1] La caratteristica del *job sharing* si situa nella chiara flessibilità assicurata ai contraenti: al datore di lavoro è attribuita la possibilità di fare affidamento su due lavoratori per l'espletamento della medesima prestazione di lavoro, mentre ai lavoratori è garantita una notevole autonomia nella collocazione temporale delle rispettive prestazioni.

[2] che in tal modo si allinea alla legislazione statunitense e di alcuni Paesi europei, che prevedono il modello negoziale sin dagli anni settanta. Per un ulteriore approfondimento si veda: M.R. IORIO, *Il contratto di lavoro ripartito o a coppia*, in M. TIRABOSCHI, *La riforma Biagi. Commentario allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro,* in *Guida lav.,* 2003, 4, 89.

[3] Il contratto di lavoro ripartito (*job sharing*) non costituisce una novità assoluta introdotta dal decreto legislativo di riforma del mercato del lavoro (d.lgs. n. 276/2003), essendo stato, per la prima volta, disciplinato, per via amministrativa, nel 1998 con la circolare del Ministero del Lavoro 7 aprile 1998, n. 43.

2. *Nozione e natura solidale del lavoro ripartito*

Il modello di lavoro ripartito ha natura speciale. È lo stesso Legislatore a sancire la "specialità" del rapporto, in quanto, all'art. 41 del d.lgs. 276/2003, lo definisce come "uno speciale contratto di lavoro mediante il quale due lavoratori assumono in solido l'adempimento di un'unica e identica obbligazione lavorativa"[4]. La specialità, quindi, si concretizza non nella causa o nell'oggetto del contratto, che rimangono quelle tipiche del lavoro subordinato (prestazione di un'attività; corresponsione di una retribuzione), bensì nella creazione di un vincolo di solidarietà da parte dei lavoratori nell'adempimento della prestazione, sì che, salva una diversa pattuizione tra le parti, ognuno dei lavoratori è responsabile dell'intera obbligazione[5].

L'elemento che caratterizza in modo peculiare il lavoro ripartito è, dunque, il vincolo di solidarietà che avvince i due lavoratori che si "dividono" un unico posto di lavoro con le relative necessarie uniche mansioni[6], assumendo tra di loro un obbligazione solidale di modo che ciascuno sia direttamente e personalmente responsabile dell'intera obbligazione[7], indipendentemente dalla possibile estinzione della stessa ad opera di uno solo degli obbligati[8]. La disciplina che, pertanto, informa questo rapporto di lavoro, deve ricercarsi anche negli articoli del codice civile inerenti le obbligazioni solidali. Più specificamente, ai sensi dell'art. 1292 cod. civ., l'obbligazione è in solido quando più debitori sono obbligati tutti per la medesima prestazione, in modo che ciascun condebitore può essere costretto all'adempimento dell'intera prestazione e l'adempimento da parte di un solo debitore libera gli altri (c.d. solidarietà passiva); oppure, quando tra più creditori ciascuno ha diritto a chiedere l'adempimento dell'intera obbligazione e l'adempimento da parte di uno libera tutti gli altri (solidarietà attiva)[9].

[4] La dottrina maggioritaria concorda sulla specialità del lavoro ripartito a tale riguardo di veda: A. Lassandri, *Note sul lavoro ripartito*, in *Il lavoro tra progresso e mercificazione, Commentario critico al Decreto legislativo 276/2003* a cura di G.Ghezzi, Roma, Ediesse, 2004, 236; F. Licari, *Contratto di lavoro ripartito*, *Guida alle paghe*, 2007, 11, 771; L. Montuschi, *Lavoro ripartito. Sub artt.41-45*, in AA.VV. *Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, Bologna, Zanichelli, 2004, 438; M. Tatarelli, *Lavoro ripartito*, in *Enc. Giur*., Roma, 2003, vol. XX, 3.

[5] Art. 41, comma 2 d.lgs 276/2003.

[6] Sul punto cfr., MN. Bettini, *Il lavoro ripartito*, Roma, Giappichelli, 2005, 72.

[7] Cfr. A. D'Amore, *Il lavoro ripartito*, in *Dir. prat. lav*., 2006, 36.

[8] V. P. Rausei, *Contratto a termine, a tempo parziale e ripartito*, in *Dir. prat. lav*., 2009, 35, 2062.

[9] In materia di obbligazioni ed il particolare profilo della solidarietà si veda: : C.M. Bianca, *Le obbligazioni*, Milano, Giuffrè 1998, 692; A. Di Majo, *Obbligazioni solidali*, in *Enc. giur,* XXIX, 1979, 299; F. Gazzoni, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane 2007, 575; M. Giorgianni, *Obbligazione solidale e parziaria*, in *Noviss. dig. it*, XI, Torino, 1965, 3; M. Mazzoni, *Obbligazioni solidali e indivisibili*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, Torino, Utet, 1995, IX, 738.

Limitando il discorso alla prima fattispecie, può dirsi che l'obbligazione solidale che deriva da un contratto di *job sharing* pone un vincolo che appare omogeneo e strumentale all'obiettivo di razionalizzazione, specificazione e rafforzamento dell'attuazione del rapporto di lavoro, in quanto, coinvolgendo una pluralità di consorti[10], assolve alla funzione di consentire una più sicura ed agevole realizzazione del diritto da parte del datore di lavoro[11].

Questi, per effetto dell'obbligazione solidale, che vincola i lavoratori, può fare affidamento sull'adempimento della prestazione lavorativa senza dover esercitare la propria pretesa nei confronti di ciascuno di essi per ottenere la soddisfazione delle sue esigenze, ma avvalendosi della natura solidale dell'impegno assunto[12].

Inoltre, il lavoro ripartito si caratterizza essenzialmente per l'atteggiarsi del funzionamento del vincolo obbligatorio che ne deriva e cioè dal fatto che ordinariamente ciascuno dei debitori può essere costretto all'adempimento per la totalità e che, contemporaneamente, l'adempimento di uno libera tutti gli altri[13].

Di norma pertanto, nel lavoro ripartito non soltanto la prestazione è unica, ma a meno che il datore di lavoro non disponga diversamente, la stessa può essere adempiuta da uno solo dei lavoratori[14].

Di conseguenza, pur in presenza di una pluralità di prestatori tenuti all'adempimento, ognuno di questi non potrà invocare a suo favore il *beneficium divisionis*, essendo riservato il riequilibrio delle rispettive posizioni passive unicamente alle regole, di natura legale ovvero convenzionale, che governano i rapporti interni alla platea dei debitori.

3. *Sostituzione tra i job sharers*

Il vincolo solidale dell'obbligazione ripartita comporta in primo luo-

[10] cfr. anche la circolare del Ministero del lavoro n. 43 del 1998.

[11] Oltre all'identità della fonte e della causa, l'obbligazione di lavoro ripartito solidale è caratterizzata da altri quattro requisiti, vale a dire la pluralità dei lavoratori tenuti all'adempimento, l'identità della prestazione oggetto della obbligazione stessa, la possibilità per il datore di richiedere l'adempimento a ciascuno dei job sharers e, infine, l'efficacia liberatoria dell'adempimento da parte di uno dei prestatori nei confronti degli altri obbligati.

[12] In tal senso v. C.M. Bianca, *op. cit.*, 695.

[13] Per un approfondimento in merito si rinvia a C.M. Bianca, *op. cit.*, 695.

[14]Rispetto al regime generale delle obbligazioni, dunque,, al creditore spetta sia la totalità della prestazione che la possibilità di indirizzare la propria pretesa nei confronti di una pluralità di soggetti, sul punto v. MN. Bettini, *op. loc. cit*..

go che, come espressamente enunciato dal legislatore, "ciascuno dei lavoratori è personalmente e direttamente responsabile dell'intera obbligazione lavorativa"[15].

Il primo corollario di tale assunto è che il rischio dell'impossibilità sopravvenuta parziale ovvero temporanea della prestazione da parte di uno dei lavoratori passa dal datore di lavoro all'altro coobbligato, il quale può essere costretto all'adempimento, ai sensi dell'art. 1292 del cod. civ.[16].

Pertanto, il disimpegno di un coobbligato che non può adempiere, espande l'obbligazione dell'altro, chiamato a rendere in sostituzione l'intera prestazione: l'accollo dell'obbligo di adempiere per intero la prestazione lavorativa è conseguenza del fatto che *ab origine* è stato assunto un vincolo di solidarietà che investe primariamente l'adempimento dell'intera obbligazione, che è unica ed identica per ciascuno dei partner, salva l'ipotesi in cui il datore di lavoro non assuma un lavoratore destinato a sostituire il coobbligato assente[17].

Nel caso di impossibilità[18] di eseguire la prestazione da parte di uno o di entrambi i coobbligati, è ammessa, infatti, la sostituzione con terze persone previo il consenso del datore di lavoro[19]; in tal caso, quest'ultimo è tenuto ad attivare tutte le procedure connesse all'assunzione, sia pure a termine, dell'altro dipendente.

Si tratta di una eccezione posta in capo al datore di lavoro, in quanto la sostituzione ad opera di terzi è generalmente vietata ai sensi del comma 4 dell'art. 41, al fine di consentire la conservazione del rapporto di lavoro ripartito attraverso un diverso soggetto nel caso in cui entrambi siano impossibilitati o, nel caso in cui un lavoratore non possa adempiere anche l'altra parte della prestazione.

L'impossibilità può, infatti, configurarsi come parziale quando un lavoratore pur adempiendo alla parte della prestazione cui è obbligato,

[15] cfr. art. 41, comma 2, d.lgs 276/2003.

[16] A. Allamprese, *Il lavoro ripartito*, in A.a. V.v. *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, vol. II, a cura di C. Cester, Torino, Utet, 2007, 1428.

[17] V. A. Allamprese, *op. loc. cit*..

[18] Nella nozione di impossibilità del comma 4 dell'art. 41 è possibile ricondurre tutte quelle situazioni già oggetto di disposizione di legge a tutela del lavoratore compatibilmente con la specialità del rapporto di lavoro ripartito in ordine alla malattia, infortunio, gravidanza e puerperio, congedi parentali.

[19] Cfr. M. Vitaletti, *La disciplina del contratto di lavoro ripartito* in G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, *Il diritto del lavoro, la Costituzione, il Codice Civile e leggi speciali*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2009, 1768. Tuttavia, qualora l'imprenditore non abbia acconsentito alla sostituzione del lavoratore o dei lavoratori impediti, si distingue a seconda che l'impossibilità possa ascriversi a uno solo o entrambi i coobbligati.

non può eseguire la restante frazione in attuazione del vincolo solidale. Il lavoratore impedito, in ragione dell'applicazione della normativa generale sul lavoro subordinato in quanto compatibile con la particolare natura del rapporto di lavoro ripartito[20], conserva la propria posizione giuridica nei limiti previsti dalla legge.

Una ipotesi di impossibilità sopravvenuta è senza dubbio quella della malattia in cui applicando la previsione normativa si avrà che, ai sensi dell'art. 2110 cod. civ., il lavoratore avrà diritto alla conservazione del posto per un periodo di tempo, c.d. comporto, stabilito per legge, dal contratto collettivo o secondo equità oltre il quale il datore di lavoro può esercitare il diritto al recesso dal rapporto di lavoro[21].

Nel caso, invece, di impossibilità sopravvenuta di entrambi i lavororatori è richiamata la disposizione dell'art. 1256 cod. civ., con conseguente estinzione dell'obbligazione ed applicazione a ciascun impossibilitato della disciplina lavoristica relativa alle cause di sospensione verificatasi[22]. Tuttavia, se l'impossibilità è solo "temporanea" (come nel caso di malattia di entrambi i *job sharers*), il rapporto di lavoro non si estingue ma si sospende per tutta la durata della malattia, nel rispetto del periodo di comporto stabilito dalla contrattazione collettiva.

Non si prevede, invece, alcuna sostituzione nell'ipotesi di licenziamento o di recesso: il datore potrà soltanto scegliere di conservare il rapporto con l'altro coobbligato per l'intera prestazione o per la sola parte per la quale è stato assunto[23]. Il contratto in questo caso come stabilito nell'ultimo periodo del comma 5 dell'art. 41, si trasforma in un normale contratto di lavoro subordinato di cui all'art. 2094 del cod.civ.[24].

4. *Forma e contenuto del contratto*

Il legislatore ha imposto per la conclusione del contratto particolare cautela, prevedendo l'obbligo della forma scritta, necessaria ai fini della prova[25]

[20] Come previsto dal comma 2 dell'art. 43.

[21] Cfr., MN. Bettini, *La sospensione per malattia nel lavoro ripartito* in *Dir. lav*., 2003, 244; ID, *Il lavoro ripartito*, *cit.,* 119.

[22] Sul punto cfr. A. Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro,* Padova, Cedam, 2005, 636.

[23] V. A. Vallebona, *op. loc. cit..*

[24] M. Tatarelli, *op.cit*., 3

[25] Il requisito della forma non è previsto *ad substantiam*, il che determinerebbe, nel caso in cui non fosse rispettata, la nullità del contratto. L'esistenza del contratto potrà essere dimostrata anche per testimone nell'ipotesi in cui un contraente abbia perso senza sua colta il documento ce gli forniva la prova, secondo quanto previsto dall'art. 2725.

degli elementi specificanti[26]: la misura percentuale; la collocazione temporale del lavoro giornaliero, settimanale, mensile e annuale che verrà svolto da ciascuno dei lavoratori coobbligati secondo le intese intercorse; il luogo di lavoro, nonché il trattamento economico e normativo spettante a ciascun lavoratore; le eventuale misure di sicurezza specifiche in relazione al tipo di attività dedotta nel contratto[27]. Come si evince, il legislatore ha stabilito che la forma scritta non è un requisito essenziale del contratto di lavoro ripartito[28], pertanto, quest'ultimo potrà ritenersi valido ed efficace ancorché concluso *verbis*[29].

Come noto, l'unica conseguenza giuridica che deriva dal mancato rispetto della forma scritta *ad probationem* si concretizza nell'impossibilità delle parti di provare, in sede contenziosa, l'esistenza ed il contenuto del contratto (art. 2725 cod. civ.), per testimoni, a meno che "il contraente dimostri di avere senza sua colpa perduto il documento che gli forniva la prova" (c.d. smarrimento incolpevole del documento: art. 2724, n. 3, cod. civ.); né il giudice può ammettere le presunzioni ai sensi dell'art. 2729, comma 2 cod. civ.. In mancanza di espressa previsione contraria, si deve perciò ritenere applicabile anche al contratto di *job sharing* il generale principio di libertà della forma che governa il rapporto di lavoro subordinato.

5. *Adempimento della prestazione: Mansioni*

La disciplina delle mansioni nel rapporto di lavoro prevede l'esercizio del c.d. *ius variandi*, quale espressione intrinseca del potere direttivo e di conformazione che fa capo al datore di lavoro. In seguito all'esercizio di tale potere possono essere modificati i compiti cui è adibito il lavoratore, il quale può essere spostato a mansioni equivalenti o anche superiori.

La materia appare, come è intuibile, complessa in tema di lavoro ripartito. In questo caso, infatti, l'assegnazione provvisoria a mansioni superiori di uno dei due coobbligati comporta, evidentemente, l'assegnazione allo svolgimento delle medesime funzioni anche dell'altro membro della coppia, dal momento che i due *job sharers* svolgono le stesse funzioni.

[26] Le indicazioni contenute nel contratto, potranno in ogni momento essere discrezionalmente modificate dalle parti in ordine alla sostituzione , la distribuzione dell'orario la collocazione temporale della prestazione come previsto al comma 3 dell'art. 41.

[27] Le indicazioni contenute nel contratto potranno, in ogni momento, essere discrezionalmente modificate dalle parti in ordine alla sostituzione, la distribuzione dell'orario, la collocazione temporale della prestazione come previsto al comma 3 dell'art. 41 del d.lgs 276/2003.

[28] Sul punto cfr. A. Allamprese, *op. cit.*, 1447; MN. Bettini, *op. cit.*, 65.

[29] Cfr. in generale C.M. Bianca, *op. cit.*, 286 ss.

Un problema di particolare rilievo si pone poi in ordine al computo del termine di tre mesi (o di quello eventualmente diverso stabilito dalla contrattazione collettiva) a decorrere dal quale si produce l'effetto della promozione automatica del lavoratore in caso di adibizione a mansioni superiori (art. 2103 cod. civ.). Tale termine potrebbe essere valutato: singolarmente per ciascuno dei *job sharers* oppure complessivamente, sommando il tempo lavorato da entrambi.

In questo caso potrebbe accadere che nessuno dei due *job sharers* svolga le mansioni superiori per tre mesi, come accade se entrambi si dividono a metà l'orario di lavoro giornaliero lavorando quattro ore a testa (alla fine dei tre mesi ciascuno avrà svolto i compiti superiori solo per un mese e mezzo); ovvero decidano di lavorare un mese a testa con orario pieno (alla fine dei tre mesi un *job sharer* avrà lavorato un mese e l'altro due mesi); oppure si accordino per prestare la propria opera alternandosi tre mesi ciascuno ad orario pieno (alla fine dei tre mesi un dipendente non avrà lavorato per nessuno dei tre mesi).

Tuttavia, tenendo conto della *ratio* sottesa alla norma in tema di promozione automatica (art. 2103 cod. civ.), rimane del tutto irrilevante la circostanza che uno dei due *job sharers* non adempia alle funzioni superiori e, quindi, non possa dimostrare la propria capacità a svolgerle per il periodo richiesto dalla legge. Pertanto, anche in tal caso, il lavoratore potrà vantare un diritto di stabilizzazione definitiva ai compiti superiori, sebbene la sua adibizione risulti solo formale, ossia non sia seguita dall'effettivo espletamento di detti compiti. Ad ogni modo, qualora uno dei due *job sharers* non abbia espletato i compiti superiori durante i tre mesi e si dimostri incapace di svolgerli successivamente alla definitiva assegnazione, il datore di lavoro è legittimato a recedere nei suoi confronti per giustificato motivo oggettivo determinato dalla sua inadeguatezza professionale. Purtroppo, però, venendo meno la pluralità dei coobbligati (elemento causale del contratto), rimarrebbe travolto anche il rapporto dell'altro lavoratore. Per i *job sharers* l'unico mezzo di difesa contro tale rischio risiede nella possibilità di rifiutare l'adibizione definitiva alle mansioni superiori, una volta scaduto il termine dei tre mesi.

Il datore di lavoro che voglia promuovere solo uno dei due membri della coppia, dovrà necessariamente novare il contratto, sciogliendo il vincolo solidale e stipulando un nuovo accordo col destinatario della promozione[30].

[30] Tuttavia, per lo scioglimento del vincolo originario, è necessario anche il consenso del lavoratore non promosso. In caso di rifiuto, quest'ultimo può essere licenziato per giustificato motivo oggettivo

Ugualmente problematica è l'ipotesi di sopravvenuta inidoneità di un solo *job sharer*. In tal caso, sempre per la sussistenza del vincolo solidale, non basta il consenso del dipendente che viene adibito a mansioni inferiori, ma è necessario anche il consenso del prestatore rimasto abile alle originarie mansioni, il cui rapporto, in caso di rifiuto, può estinguersi per giustificato motivo oggettivo.

6. *Il divieto di discriminazione*

Per il lavoro ripartito, il legislatore ha espressamente enunciato, il medesimo principio di non discriminazione diretta o indiretta[31] e di parità di trattamento, previsto con formula ormai usuale per gli altri rapporti di lavoro flessibili.

Dispone in merito il comma 1 dell'art. 44 D.Lgs. n. 276/2003 che "fermi restando i divieti di discriminazione diretta o indiretta previsti dalla legislazione vigente, il lavoratore ripartito non deve ricevere per i periodi di tempo lavorati, (cioè a parità di tempo di lavoro), un trattamento economico e normativo complessivamente meno favorevole rispetto a quello riconosciuto al lavoratore di pari livello e mansioni, titolare di un rapporto di lavoro ordinario"[32].

Tale divieto è pienamente soddisfatto dal comma 2 dell'art 44 che prescrive il riproporzionamento del trattamento del lavoratore in ragione della prestazione effettivamente eseguita[33]; tale ridimensionamento

[31] Tale tipologia contrattuale, come altre forme contrattuali ad orario flessibile, si presta a dare luogo a forme di discriminazione indiretta essendo il suo utilizzo diffuso tra il genere femminile. A fine di evitare tali effetti discriminati indiretti occorre interpretare in modo particolarmente rigoroso la regola della non discriminazione onde evitare che l'applicazione di singoli istituti contrattuali o legali i modo meno che proporzionale possa determinare effetti discriminatori nei confronti del genere femminile, sul punto Corte Giust. CE 17 giugno 1998, C-243/95 con nota di M. Roccella, *Job Sharing e discriminazioni indirette: la prima pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Dir. prat. lav.* ,1998, 2483; D. Gottardi, *Parità di trattamento e Job sharing*, in *Guida lav.*, 1998, 28, 10.

[32] Cfr. G. De Simone, *Lavoro ripartito*, in A.A. V.V. *La riforma del mercato del lavoro, nuovi modelli contrattuali*, a cura di Gragnola e Perulli, Padova, Cedam, 2004, 539.

[33] Sono comunque da ritenere irriducibili nel loro ammontare quei trattamenti che non sono proporzionali alla prestazione lavorativa e quindi appaiono indifferenti alle variazioni della consistenza quantitativa della prestazione stessa. Così, la regola del riproporzionamento può ritenersi inapplicabile alla durata del periodo di prova, alla durata dei periodo di astensione obbligatoria e facoltativa per maternità e congedi parentali e del periodo di comporto. Nessun dubbio, può invece sussistere in ordine alla piena applicabilità ad entrambi i lavoratori coobbligati delle norme a tutela della salute e sicurezza sul lavoro, di quelle sull'accesso ad iniziative di formazione professionale organizzate dal datore di lavoro e ai servizi sociali aziendali, nonché al riconoscimento dei diritti sindacali, salvo il disposto dell'art. 44, comma 3.

riguarda[34], in particolare, l'importo della retribuzione globale e delle singole componenti di essa, ferie, trattamenti per maternità, malattia, infortunio sul lavoro e malattia professionale, nonché dei congedi parentali[35].

Ciascuno dei lavoratori sarà, dunque, retribuito in proporzione alla prestazione realmente effettuata, senza che alcun rilievo in proposito assuma la ripartizione formalmente dedotta in contratto[36]. Di conseguenza, qualora il datore di lavoro, in seguito all'adempimento di uno solo dei *job sharers*, trasgredendo alla regola per cui a ciascuno dei lavoratori è dovuto un corrispettivo proporzionale alla quota oraria di lavoro, versi la retribuzione ad uno solo dei lavoratori adempienti, oppure remuneri alcuni coobbligati in misura più che proporzionale al servizio prestato, chi ha eseguito la prestazione può rivalersi sull'altro, attraverso l'azione di regresso[37].

Il datore di lavoro, peraltro, non potrebbe obbligarsi a retribuire i *job sharers* in base alla formale ed astratta suddivisione dell'orario, e non al lavoro effettivamente prestato, poiché una simile clausola sarebbe nulla per violazione del diritto ad una retribuzione proporzionale alla pre-

Quanto al trattamento previdenziale i lavoratori in coppia sono equiparati ai lavoratori part-time, con la peculiarità che il calcolo dei contributi e delle prestazioni viene eseguito mensilmente, salvo comunque conguaglio alla fine dell'anno, in modo da rapportare i versamenti contributivi all'effettiva prestazione lavorativa spesa. I contributi sono calcolati sulla retribuzione effettivamente erogata e, in ogni caso, non possono essere inferiori ai minimali previsti dalla legge, il cui calcolo deve tenere conto della prestazione lavorativa effettivamente eseguita, e conseguentemente, risulta differenziato per ciascun lavoratore, cfr. circ. Inps 1 febbraio 2005, n. 18 e 13 marzo 2006 n. 41.

[34] Come per il lavoro a tempo parziale, non sono riproporzionabile né le erogazioni che hanno natura corrispettiva, ma risarcitoria o restitutoria quali rimborsi spese, né quelle che non dipendono dalla durata della prestazione, quali l'indennità di trasporto o di trasferimento sul punto v. M. Tatarelli, *op. loc. cit.*.

[35] L'elencazione può ritenersi esemplificativa, come dimostra la presenta nella norma dell'inciso "in particolare", sul punto Cfr. A. Allamprese, *op. cit.*, 1452; MN. Bettini, *op. cit.*, 117; G. Grandi, M. Pera, *Commentario Breve alle leggi sul lavoro*, Padova, Cedam 2009, 2386.

[36] Sul punto cfr. MN. Bettini, *Lavoro ripartito, solidarietà e regime delle eccezioni*, in Annali della Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi del Molise, Campobasso 2003, 5, spec. 158.

[37] Dal momento che l'obbligazione lavorativa consiste in un *facere*, il regresso esercitato dal lavoratore adempiente, nei confronti dell'altro *job sharer*, riguarderà non già l'attività di lavoro di lavoro svolto svolta in adempimento del contratto, ma il valore economico della prestazione stessa, commisurato alla retribuzione dovuta. Sicché il lavoratore adempiente per l'intero potrà pretendere dall'altro coobbligato, non una prestazione lavorativa analoga a quella che ha svolto in eccedenza, rispetto alla ripartizione concordata, bensì solo l'equivalente del suo valore, ossia la retribuzione corrisposta all'altro consorte allorché non abbia lavorato, sul punto A. Allamprese, *op. cit.*, 1453; MN. Bettini, *Il lavoro ripartito cit.*, 92 ss.

stazione svolta, *ex* art. 36 Cost[38].

La valutazione di sufficienza della retribuzione va effettuata con riferimento a tutti i proventi lavorativi percepiti dal *job sharer* dai diversi datori di lavoro per i quali presta attività[39].

Ne deriva che l'imprenditore è tenuto a retribuire ciascuno dei lavoratori della coppia in misura proporzionale all'effettiva quantità di lavoro svolto e non già un compenso che risulti, isolatamente considerato, adeguato a condurre una esistenza libera e dignitosa[40].

In conclusione l'istituto offre evidenti vantaggi sia nella prospettiva datoriale, in quanto il *job sharing* è suscettibile di ridurre drasticamente l'assenteismo, sia per il lavoratore, rappresentando una forma di gestione flessibile della propria prestazione lavorativa che permette di conciliare più facilmente la vita lavorativa con gli impegni familiari[41].

[38] Sul punto cfr. MN. Bettini, *ult. op. cit.*, spec. 84.

[39] Al riguardo v. Cass., 12 luglio 1978, n. 3541, in *Riv. giur. lav.*, 1978, II, 832; Cass., 29 gennaio 1970, n. 189, in *Foro it.,* 1970, I, c. 760; Cass. 19 novembre 1969, n. 3756, in *Mass. giur. lav.,* 1970, 208. Tale principio ha trovato definitiva conferma nella giurisprudenza costituzionale, in particolare v. Corte Cost. 11 maggio 1992, n. 210, in *Dir. prat. lav*., 2008, 20, 1205.

[40] Cfr. MN. Bettini, *ult. op. cit.,* spec. 86.

[41] Sul punto cfr. L. Galantino, *Diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2009, 163.

FRANCESCA SCUDIERO

La responsabilità penale del collegio sindacale nella crisi d'impresa

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Doveri e poteri del collegio sindacale. - 3. Il reato omissivo improprio. - 4. La responsabilità del collegio sindacale per omesso controllo: fondamento e limiti di configurabilità.

1. *Introduzione*

La tematica della responsabilità penale del collegio sindacale è argomento non nuovo, la cui analisi è stata fortemente influenzata dai grandi scandali economici italiani, che hanno dimostrato l'inefficienza o, secondo alcuni, l'incapacità strutturale degli organi di controllo nella prevenzione dei reati ed acuito l'esigenza di individuare in maniera puntuale i soggetti responsabili della commissione di fatti di reato[1].

[1] Per un'approfondita analisi storica degli scandali finanziari verificatisi in Italia nell'ultimo secolo, cfr. MAZZOTTA, *Premessa*, in MAZZOTTA-D'AVIRRO, *Profili penali del controllo nelle società commerciali*, Milano 2006, XVII.

Per una disamina circa i doveri e le responsabilità degli amministratori prima e dopo la riforma del diritto societario, cfr., per tutti, ALDROVANDI, *I "modelli di organizzazione e gestione" nel d. dlgs 8 giugno 2001 n. 231: aspetti problematici dell'"ingerenza penalistica" nel "governo" delle società*, in riv. trim. dir. pen. ec. 2007, 445; CERQUA, *La responsabilità penale dei sindaci delle società per azioni*, in giur. merito 2009, 9, 1907 ss.; GARAVAGLIA, *Posizioni di garanzia proprie degli amministratori e obbligo di impedire i reati*, in giur. comm. 2009, 3, 455; MANDELLI, *I "sindaci" di s.p.a. tra doveri di sorveglianza e posizioni di garanzia*, in banca borsa tit. cred. 2009, 4, 444; MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amico rum Campobasso, diretto da Abbadessa-Portale, Torino 2006, vol. 2, 857; PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in riv. trim. dir. pen. ec. 1988, 137; ID., *Gestione d'impresa e responsabilità penali,*in riv. soc. 1962, 284; RICCI, *I criteri per l'individuazione del soggetto responsabile ìn ambito societario: l'estensione delle qualifiche soggettive*, in *diritto penale delle società*, a cura di CERQUA, Torino 2009, tomo primo, 3 ss.; SFAMENI, *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori*, in riv. soc. 2007, 154; STABILINI, *Il collegio sindacale nel nuovo diritto societario,* atti del convegno *la responsabilità del sindaco e del soggetto incaricato del controllo contabile,* Milano, 15 novembre 2006, in www.odc.mi.it.; STESURI, *Il collegio sindacale: funzioni, responsabilità, incompatibilità alla luce della riforma del diritto societario*, atti del convegno del 22.11.2004 organizzato congiuntamente dall'Unione Giovani Ragionieri Commercialisti di Brescia (UGRC) e dall'Unione Giovani Dottori Commercialisti di Brescia (UGDC), in www.ugrcbs.it.

Oggetto della presente trattazione sarà il problema della configurabilità della responsabilità penale del collegio sindacale nell'ambito di una realizzazione concorsuale di illeciti penali posti in essere dagli amministratori della società, alla luce delle modifiche apportate alla disciplina delle società per azioni e delle società cooperative dal d.l. 17 gennaio 2003, n. 6.

L'attenzione, per meglio dire, verrà concentrata esclusivamente sulla configurabilità di una responsabilità del collegio sindacale in termini omissivi, come violazione degli obblighi di impedire l'evento-reato, ipotesi certo più problematica rispetto ai casi in cui i sindaci, diretti destinatari del precetto penale, pongono in essere una condotta attiva tale da integrare una delle figure di reato tipiche del diritto societario e fallimentare. Esula, inoltre, dall'indagine l'analisi relativa alla integrazione di un concorso morale, di tipo commissivo, dei sindaci nei reati propri degli amministratori, che si configura qualora il collegio sindacale assuma la veste di consulente o quando risulti l'esistenza di un preventivo accordo con gli amministratori.

Ai sindaci, nell'esercizio della funzione di controllo, spetta unicamente il potere/dovere di segnalare all'assemblea gli inadempimenti dell'organo di gestione sociale.

Di difficile soluzione, dunque, si presenta la tematica inerente la sussistenza di una posizione di garanzia del collegio sindacale per i reati commessi da altri organi della società.

Dottrina e giurisprudenza concordano sull'esistenza di una posizione di garanzia, che si riviene negli artt. 2403, 2405, 2407 e 2409 c.c.

In particolare, l'art. 2407 c.c. recita: *i sindaci devono adempiere i loro doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico; sono responsabili della verità delle loro attestazioni e devono conservare il segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza per ragione del loro ufficio. Essi sono responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica. All'azione di responsabilità contro i sindaci si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli artt. 2393, 2393 bis, 2394, 2394 bis e 2395.*

I parametri della responsabilità civile del collegio sindacale sono la natura dell'attività esercitata e dell'incarico affidato e, naturalmente, la verità delle attestazioni.

Posta la posizione di garanzia nei termini anzidetti, l'accertamento di una eventuale responsabilità omissiva dovrà investire la concreta rilevanza causale della condotta omessa rispetto all'atto ed il relativo ele-

mento psicologico[2].

Dovrà essere adeguatamente dimostrata, dunque, la consapevolezza del fatto illecito commesso da altri.

L'agevolazione colposa, infatti, non importa responsabilità penale e potrebbe rilevare unicamente in punto di responsabilità civile ai sensi dell'art. 2407 c.c.

Il tema delle posizioni di garanzia si presenta amplissimo, coinvolgendo anche quello dei reati omissivi impropri, e trova una configurazione peculiare nei casi di attività svolte in forma collettiva come, appunto, la direzione ed amministrazione di una società.

2. *Doveri e poteri del collegio sindacale*

Il legislatore della riforma societaria, in attuazione dei criteri direttivi contenuti nella l. n. 366/01, ha introdotto importanti novità ed istituti che hanno completamente rinnovato lo scenario di riferimento per coloro che operano in ambito societario.

Sono state formulate norme *ad hoc* per estendere la responsabilità civile a situazioni di controllo unidirezionale e di coordinamento su altre entità giuridiche (art. 2497 e ss. del c.c.); è stato modificato il sistema dei controlli, adottando, a seconda del tipo di società coinvolte (s.r.l o s.p.a), diverse professionalità per il controllo "contabile" (sindaci, società di revisione, revisore contabile): sono stati, altresì, attribuiti maggiori poteri agli organi di controllo rispetto al passato ed anche maggiori responsabilità per gli organi di amministrazione e di controllo[3].

Il legislatore ha mutato in maniera sostanziale il "ruolo" effettivo del collegio sindacale nell'ambito della società.

Infatti, tale organo, che in epoca ante riforma aveva una prevalente funzione di controllo contabile, oggi, ha una funzione di controllo di legalità e di gestione, divenendo, in tal modo, un vero e proprio organo di "vigilanza".

La relazione di accompagnamento al D.Lgs n. 6/2003, pone in evidenza come sia stata introdotta una limitazione ai compiti assegnati al collegio sindacale che si sostanziano, *in primis*, nella vigilanza sull'osser-

[2] Per una disamina sul punto, cfr. Ardia, *La responsabilità penale dei sindaci per l'omesso impedimento dei reati degli amministratori*, in dir. pen. proc. 2002, 20, 1251.

[3] Ad esempio, per le ipotesi di attività di "direzione e di controllo unitario" è prevista una responsabilità per gli amministratori della "controllata" se essi hanno omesso taluno degli obblighi pubblicistici imposti dall'art. 2497 *bis* c.c.

vanza della "legge" e dello "statuto" e sull'adeguatezza del sistema organizzativo della società[4].

Le principali funzioni che sono attribuite al collegio sindacale possono essere così suddivise: controllo sulla gestione; controllo contabile (se affidata al collegio).

Quanto alla prima delle funzioni appena menzionate, il collegio sindacale deve vigilare sulla adeguatezza: della struttura organizzativa; del sistema di controllo interno; del sistema amministrativo contabile.

Per "assetto organizzativo" della società si intende la struttura organizzativa di una società consistente nel complesso delle direttive e delle procedure stabile per garantire che il potere decisionale sia assegnato ed effettivamente esercitato ad un appropriato livello di competenza e responsabilità.

Ne consegue che il sindaco deve vigilare sul rispetto delle norme statutarie, delle norme legislative e dei regolamentari che disciplinano il funzionamento degli organi societari, sul rispetto delle disposizioni normative che disciplinano lo specifico settore di attività in cui opera l'azienda, sul possesso da parte della società delle autorizzazioni prescritte per lo svolgimento della propria attività, sulla conformità di eventuali deliberazioni degli organi assembleari alla legge e allo statuto[5].

Al fine di verificare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo societario, il sindaco deve prendere piena conoscenza, all'inizio del mandato, della struttura organizzativa interna generale della società e di tutti gli elementi che la compongono (dimensione della società, settore di attività, mercati di riferimento, dimensioni e prospettive dell'azienda, organigramma aziendale con definizione delle mansioni e delle responsabilità, documentazione di direttive e di procedure aziendali e adeguatezza del personale a svolgere le funzioni assegnate), al fine di valutare se essa sia idonea a garantire: una separazione di responsabilità nei compiti e nelle funzioni; una chiara attribuzione delle deleghe e dei poteri di

[4] I sindaci ai quali è attribuita, in via esclusiva, la funzione di controllo di gestione/amministrazione (c.d. controllo di vigilanza) della società vedono di molto ristrette le ipotesi di responsabilità per talune fattispecie illecite, inerenti al mancato controllo contabile, che si possono realizzare nella società vigilata.

[5] Ad esempio, il sindaco deve verificare la regolarità della convocazione delle assemblee o del consiglio di amministrazione (termini di convocazione, rispetto delle formalità imposte) ed, in caso di mancata convocazione, deve verificare la sussistenza degli estremi per invocare l'assemblea totalitaria, deve assistere alle assemblee e alle riunioni e, se necessario, intervenire nel corso delle stesse se emergono delle violazioni di legge, impugnare eventuali delibere assembleari annullabili (art 2377 c.c), impugnare eventuali delibere del consiglio di amministrazione che sono inficiate da vizi di legittimità (art 2388 c.c.).

ogni funzione; una verifica costante da parte di ogni responsabile sul lavoro attuato dai collaboratori.

In base ai controlli effettuati, nel corso del loro mandato, i sindaci devono essere in grado di segnalare eventuali correzioni che devono essere apportate alla struttura organizzativa interna della società[6].

L'attività di controllo deve essere concentrata sul processo decisionale degli amministratori, sugli atti di gestione in generale e sulle deliberazioni degli organi di gestione della società e sul grado di assunzione dei rischi per l'impresa medesima.

Con riferimento alle verifiche da effettuare sulle scelte gestionali operate dagli amministratori, gli stessi principi di comportamento dispongono: *il collegio sindacale vigila sulle scelte gestionali,in modo che siano ispirate al principio della ragionevolezza, in modo cioè che siano conformi ai principi dell'economia aziendale, congruenti e compatibili con le risorse e il patrimonio sociale.*

Nella sostanza, è necessario che il sindaco verifichi che le singole scelte operate dagli amministratori siano supportate dal requisito della ragionevolezza, considerando come parametri idonei di valutazione: i principi che disciplinano l'economia aziendale, la congruità delle scelte con le risorse ed il patrimonio cui la società dispone.

Nel caso in cui il collegio sindacale rilevi l'effettuazione di operazioni anomale, deve intervenire con i diversificati strumenti messi a disposizione dal legislatore, quali: la richiesta di chiarimenti agli amministratori su quanto posto in essere[7]; la segnalazione di eventuali rischi rilevati all'assemblea, ai soci, al comitato esecutivo; la convocazione dell'assemblea.

Tentando una sintesi, al collegio sindacale compete: vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto sociale (art. 2403 c.c.); vigilare sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società (art. 2403 c.c.); compiere atti di ispezione e controllo[8], richiedendo informazioni agli

[6] La mancanza di una idonea struttura organizzativa e di procedure di controllo sui soggetti che svolgono diverse funzioni rilevanti all'interno della società possono determinare, in caso di illeciti, anche la responsabilità dell'ente giuridico per eventuali fattispecie poste in essere da dirigenti o da soggetti che rivestono posizioni apicali all'interno dell'impresa.

[7] L'art 2403 *bis* c.c. attribuisce il potere dovere ai sindaci di assumere informazioni sull'andamento delle operazioni sociali o su singoli affari, non solo per la società direttamente vigilata, ma anche per le società controllate dalla prima.

[8] Gli accertamenti eseguiti devono risultare dal libro previsto dall'art. 2421, c. 1, n. 5, c.c.; nel medesimo libro viene trascritto il verbale delle riunioni del collegio.

amministratori (art. 2403 *bis* c.c.); vigilare sulla attività assembleare ed amministrativa attraverso la partecipazione alle relative assemblee (art. 2405 c.c.) e mediante lo scambio di informazioni con soggetti incaricati del controllo contabile (art. 2409 *septies* c.c.), tenendo conto delle denunzie presentate dai singoli soci e dovendo indagare se la denunzia è sporta da maggioranze qualificate (art. 2408 c.c.); in caso di inerzia degli amministratori, provvedere alla convocazione obbligatoria dell'assemblea ed alle altre pubblicazioni di legge (art. 2406 c.c.) in caso di cessazione degli amministratori, convocare d'urgenza l'assemblea, svolgendo l'ordinaria amministrazione; in caso di società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e che non sono tenute alla redazione del bilancio consolidato, svolgere il controllo contabile; in caso di fatti censurabili di rilevante gravità emersi a seguito della loro attività, anche ispettiva, o della denunzia dei soci *ex* art. 2408 c.c., il collegio sindacale ha la facoltà di convocare l'assemblea dandone avviso agli amministratori (art. 2406, c. 2, c.c.).

Infine, ai sensi dell'art 2429 del c.c., il collegio sindacale deve redigere la relazione sul bilancio e deve riferire all'assemblea sui risultati dell'esercizio sociale, sull'attività da esso svolta e sulle proprie osservazioni e proposte in ordine al bilancio stesso e alla sua approvazione.

Tali poteri di vigilanza e di concreta attivazione, nell'architettura della disciplina societaria, non si sostanziano in poteri volti ad imporre determinati atti all'organo cui compete la funzione della gestione sociale, né a provvedervi in loro sostituzione.

Ai doveri ed obblighi del collegio sindacale, così sommariamente delineati, sono correlati alcuni poteri funzionali allo svolgimento dei loro compiti.

Il legislatore, nell'attribuire ai sindaci poteri di carattere conoscitivo, si è ispirato alla disciplina relativa all'attività di vigilanza dei componenti il collegio sindacale delle società con azioni quotate, dettata dagli artt. 149 ss. del d.lg. 24 febbraio 1998, n. 58.

Al fine di consentire ai sindaci di adempiere ai propri doveri e di svolgere gli opportuni controlli, la legge attribuisce al collegio sindacale ed ai suoi componenti poteri collegiali ed individuali.

I sindaci possono, in qualsiasi momento, procedere, anche individualmente, ad atti di ispezione e di controllo (art. 2403 *bis*, c. 1, c.c.).

Il collegio sindacale ha accesso ad ogni informazione concernente la gestione della società e può chiedere agli amministratori notizie, anche con riferimento a società controllate, sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari, e può, altresì, scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate in merito ai sistemi di amministrazione e controllo, nonché sull'andamento generale dell'at-

tività sociale. Non è previsto, tuttavia, un obbligo di informazione degli amministratori nei confronti dei sindaci.

Nell'espletamento di specifiche operazioni di ispezione e di controllo, i sindaci possono, sotto la propria responsabilità ed a proprie spese, avvalersi di propri dipendenti ed ausiliari. L'organo amministrativo può comunque rifiutare agli ausiliari ed ai dipendenti dei sindaci l'accesso ad informazioni riservate, ma non al sindaco personalmente perché non possono esserci limiti o restrizioni al suo diritto di essere informato.

Inoltre, al fine di assicurare al collegio sindacale una tempestiva informazione sull'evoluzione della gestione sociale, la legge attribuisce ai sindaci il potere-dovere di assistere alle adunanze del consiglio di amministrazione, alle assemblee ed alle riunioni del comitato esecutivo.

Funzionali all'esercizio dei doveri di vigilanza sono gli obblighi di informazione imposti agli amministratori, che abbiano un interesse in una determinata operazione della società; nel caso in cui interessato sia l'amministratore delegato, questi dovrà astenersi dal compimento dell'operazione, investendo della stessa il collegio sindacale (art. 2391, c. 1, c.c.).

Un ruolo di rilievo, nell'ambito dei doveri di informazione gravanti sugli amministratori, occupa la norma di cui all'art. 2429, c.1. c.c., che impone ai titolari dell'organo di gestione l'obbligo di comunicare al collegio sindacale il bilancio con la relazione almeno trenta giorni prima di quello fissato per l'assemblea che deve discuterlo: a tale obbligo corrisponde il potere dei sindaci di ottenere ogni informazione sulla gestione della società ed i conseguenti poteri-doveri di riferire all'assemblea, dopo aver avuto completa informazione sui risultati dell'esercizio sociale e sull'attività svolta nell'adempimento dei propri doveri e di fare osservazioni e proposte in ordine al bilancio ed alla sua approvazione, di formulare, in altri termini, giudizi, anche di merito, sul progetto di bilancio redatto dagli amministratori.

Il collegio sindacale non è titolare di alcun potere di gestione, salvo nell'ipotesi in cui vengano a cessare l'amministratore unico o tutti gli amministratori: in tal caso, il collegio sindacale deve convocare d'urgenza l'assemblea per la nomina dell'amministratore o dell'intero consiglio e può compiere, nel frattempo, gli atti di ordinaria amministrazione (art. 2386, c. 5, c.c.).

Infine, il collegio sindacale può impugnare le deliberazioni assembleari che non siano state adottate in conformità della legge o dello statuto (art. 2377 c.c.), o con il voto determinante dei soci che abbiano un interesse in conflitto con quello della società (art. 2373 c.c.), ovvero le deliberazioni del consiglio di amministrazione o del comitato esecutivo adottare con il voto determinante dell'amministratore interessato (art. 2391, c. 3, c.c.).

3. *Il reato omissivo improprio*

Per verificare se i poteri ed i doveri attribuiti dalla disciplina civilistica al collegio sindacale possano qualificarsi come obblighi giuridici di impedire l'evento, rilevanti ai sensi dell'art. 40, cpv., c.p., appare necessario procedere ad un inquadramento dogmatico del reato omissivo improprio, giacchè proprio la non corretta ricostruzione dei suoi elementi costitutivi ha sovente dato vita ad orientamenti dottrinali e giurisprudenziali difformi in tema di responsabilità dei sindaci per l'omesso impedimento del reato altrui.

L'omissione si è imposta al pensiero penalistico più tardivamente dell'azione ed in via eccezionale; i reati omissivi hanno, però, subito una progressiva espansione, tale da sospingere la dommatica ad una revisione della stessa analisi del reato che, tradizionalmente incentrata sul reato commissivo, oggi riserva al reato omissivo particolare attenzione.

La tendenza espansiva dei reati omissivi è una caratteristica del passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale di diritto o solidaristico, il quale, addossandosi nuovi compiti in ampie sfere, impone ai cittadini l'obbligo di determinate azioni volte al raggiungimento di alcune finalità che esso assume come proprie, quali anzitutto l'adempimento dei doveri di solidarietà del corpo sociale in vista di un'omogeneizzazione economico-politico-sociale (art. 2 Cost.), con conseguente ampliamento dell'omissione penalizzata.

Il ricorso a fattispecie omissive risponde, inoltre, ad un'esigenza imposta dalla sempre maggior complessità della vita di relazione, causata anche dai progressi tecnologici e dalla sempre più complicata meccanizzazione, che comportano l'emanazione di un sempre maggior numero di norme cautelari di condotta, la cui violazione consiste in atteggiamenti omissivi.

Concentrando l'attenzione sui reati omissivi c.d. impropri, che sono indubbiamente i più problematici ed anche i più ricorrenti nel settore del diritto penale societario, occorre procedere all'individuazione del tipo di obbligo idoneo a fondare l'equiparazione tra mancato impedimento e causazione dell'evento[9].

Una simile indagine rileva, ancor prima che sul fronte della causa-

[9] Per un'ampia disamina sull'argomento, cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale,* cit., 224 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2007, 578 ss.; FIORE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Torino 2008, 220 ss.; GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano 1983; LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino 1999; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale.* Padova 2007, 126 ss.; PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino 2006, 260 ss.; PULITANÒ, *Diritto penale 2*, Torino 2007, 259; SGUBBI, *Resonsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova 1975.

lità, sulla tipicità del reato omissivo improprio.

L'essenza dei reati omissivi impropri sta nel fatto che l'autore non impedisce il verificarsi di un evento, da lui non cagionato mediante una condotta attiva, che concreta la fattispecie obiettiva di un reato, essendo giuridicamente obbligato ad impedire l'evento.

La legge attribuisce, dunque, rilevanza penale non all'omissione come tale, ma al non impedimento dell'evento.

Il Codice Penale si limita a regolamentare l'illecito omissivo improprio nella sola parte generale, mediante la previsione di una *clausola di equivalenza* dal seguente contenuto: non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo.

In tal modo, il reato omissivo improprio finisce con l'essere ricostruito dall'interprete in base all'innesto della disposizione di cui all'art. 40 cpv. c.p. sulle norme di parte speciale che prevedono le ipotesi di un reato commissivo suscettive di essere convertite in corrispondenti ipotesi omissive.

Proprio per effetto di un simile innesto sorge una nuova fattispecie, incentrata sul mancato impedimento dell'evento; tale fattispecie non rappresenta, però, una semplice forma di manifestazione della fattispecie commissiva espressamente prevista, ma ha carattere autonomo.

Il reato omissivo improprio si caratterizza alla luce della posizione di garanzia, cioè del rapporto di "particolare prossimità" intercorrente tra un bene ed un soggetto, cui viene affidata la tutela del bene stesso mediante l'imposizione dell'obbligo di agire[10].

Proprio la specificità di un simile affidamento al soggetto garante, palesata dalla sussistenza di un obbligo giuridico di impedire l'evento, segna il *discrimen* tra obblighi penalmente rilevanti e posizioni giuridiche inidonee a fondare l'equivalenza di cui all'art. 40, cpv., c.p.

Le posizioni di garanzia possono essere inquadrate nei due tipi fondamentali della posizione di protezione e della posizione di controllo[11].

La posizione di protezione ha per scopo di preservare determinati beni giuridici da tutti i pericoli che possono minacciarne l'integrità, quale che sia la fonte da cui scaturiscono.

Posizioni di protezione possono scaturire anche da un atto di autonomia privata, quale il contratto[12].

[10] Così, PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit. 263.

[11] Per un'ampia disamina sul punto, cfr. FIORE, *Manuale di diritto penale*, cit. 220 ss.

[12] Così nel caso dei genitori che, dovendosi allontanare da casa, affidino il figlio ad una *baby sitter*, o di chi, inesperto della montagna, si faccia accompagnare da una guida durante un'escursione.

La posizione di controllo ha, invece, per scopo di neutralizzare determinate fonti di pericolo, in modo da garantire l'integrità di tutti i beni giuridici che ne possono risultare minacciati.

Tale dovere può trovare origine: in una precedente condotta antidoverosa dell'autore; in obblighi di sorveglianza relativi ad edifici, manufatti e cose della cui conservazione, utilizzazione e custodia si ha la responsabilità; in obblighi di vigilanza nei confronti di persone della cui condotta si è responsabili[13].

Le posizioni di garanzia possono distinguersi in originarie e derivate: le prime nascono in capo a determinati soggetti, in considerazione dello specifico ruolo o della speciale posizione di volta in volta rivestita, le seconde trapassano dal titolare originario ad un soggetto diverso per lo più mediante un atto di trasferimento negoziale. Il passaggio o delega delle funzioni di garante da un titolare originario ad un soggetto diverso consegue ad un atto che assume la veste giuridica di *contratto*.

Le fonti formali della posizione di garanzia sono: la legge extrapenale, di diritto pubblico o privato, ed il negozio giuridico.

Sono escluse: le fonti sublegislative (regolamenti, atti amministrativi, consuetudine) e la legge penale. Le fonti negoziali comprendono sia i contratti tipici che quelli atipici.

[13] Al paradigma della posizione di controllo su fonti di pericolo appare anche riconducibile il complesso degli obblighi di garanzia che incombono sul datore di lavoro. Il presupposto di tali obblighi di garanzia è costituito dalla circostanza che la fonte di pericolo, consistente nello svolgimento di un'attività, non è neutralizzabile dai soggetti che ne risultano minacciati, perché privi del potere di incidere sull'organizzazione dell'attività medesima.

Al paradigma delle posizioni di controllo su fonti di pericolo possono essere ricondotti anche i casi nei quali il garante è obbligato ad impedire l'agire illecito di un terzo. Una simile posizione di garanzia è subordinata alla presenza di presupposti che possono mutare in rapporto ai settori che vengono in questione.

In taluni casi, il configurarsi di questa specifica posizione di garante dipende dalla presenza di due condizioni: che il terzo, per minorità, malattia mentale o altra causa, sia carente dei requisiti necessari a governare in modo responsabile il proprio comportamento e che a causa di tale stato di incapacità naturale debba sottostare al potere di controllo e di vigilanza del garante.

Altre volte, la posizione di garanzia si fonda sull'esistenza di un potere giuridico che pone determinati soggetti in condizione di impedire la commissione di reati da parte di altri soggetti, così, ad esempio, nell'ipotesi costituita dall'obbligo di impedimento di reati societari gravante su amministratori e sindaci di società (artt. 2392 e 2403 c.c.)

Alla stregua del paradigma concettuale della posizione di controllo sull'agire illecito di terzi, è opportuno valutare come si atteggi la responsabilità penale degli appartenenti delle forze dell'ordine: fuori dai casi in cui la condotta omissiva di tali soggetti sia diretta ad agevolare la commissione del reato, l'agente potrà rispondere di mancato adempimento di un dovere funzionale.

Obblighi di garanzia penalmente rilevanti possono, inoltre, derivare da un'assunzione volontaria della posizione di garante, nei casi in cui, cioè, un soggetto svolge spontaneamente compiti di protezione di certi beni, stante l'incapacità dei relativi titolari di provvedere da sé medesimi[14].

L'obbligo di garanzia si differenzia dall'obbligo di sorveglianza, che è l'obbligo giuridico, gravante su specifiche categorie di soggetti privi di poteri giuridici impeditivi, di vigilare sull'altrui attività per conoscere dell'eventuale commissione di fatti offensivi e di informarne il titolare o il garante del bene.

I due obblighi si differenziano quanto ai poteri giuridici, consistenti, nel primo, in poteri impeditivi e, nel secondo, in poteri non impeditivi di mera vigilanza ed informazione della situazione di pericolo, spettando solo al titolare o al garante del bene, informati, il potere di intervento impeditivo.

La posizione di garanzia si distingue, infine, dal mero obbligo di attivarsi, comprendente ogni obbligo giuridico di agire per la tutela di certi beni, imposto a soggetti, privi di poteri giuridici impeditivi e di sorveglianza, dalla norma al verificarsi del presupposto di fatto, dalla stessa indicato.

Il reato omissivo improprio è reato di evento; ai fini della sua configurabilità occorre, dunque, che sussista un nesso di causalità tra il mancato adempimento dell'obbligo di attivarsi da parte del soggetto che riveste la posizione di garanzia e l'evento che si realizza.

Nell'ambito della scienza giuridica penalistica può dirsi assolutamente dominante l'interpretazione che, nella lettura degli artt. 40 e 41 c.p. sul rapporto di causalità e sul concorso di cause, fa leva sulla *teoria dell'equivalenza delle cause*.

È, dunque, penalmente rilevante la condotta umana, attiva od omissiva, che si pone come condizione necessaria nella catena degli antecedenti che hanno concorso a produrre il risultato, senza la quale l'evento da cui dipende l'esistenza del reato non si sarebbe verificato.

La verifica della causalità postula il ricorso al *giudizio controfattuale*, costruito secondo la seguente formula: la condotta umana è condizione necessaria dell'evento se, eliminata mentalmente dal novero dei fatti realmente accaduti, l'evento non si sarebbe verificato e la condotta umana non è condizione necessaria dell'evento se, eliminata mentalmente mediante il medesimo procedimento, l'evento si sarebbe egualmente verificato.

Sia in dottrina, sia in giurisprudenza si è osservato che, in tanto può

[14] In questi termini, FIORE, *Manuale di diritto penale*, cit. 220 ss.

affermarsi che, operata l'eliminazione mentale dell'antecedente costituito dalla condotta umana, il risultato non si sarebbe o si sarebbe comunque prodotto, in quanto si sappia già da prima che da una determinata condotta scaturisca o meno un determinato evento.

Un antecedente può essere configurato come condizione necessaria solo se esso rientri nel novero di quelli che, sulla base di una successione regolare conforme ad una generalizzata regola di esperienza o ad una legge dotata di validità scientifica, *legge di copertura*, frutto della miglior scienza ed esperienza del momento storico, conducano ad eventi del tipo di quello verificatosi in concreto[15].

Il sapere scientifico accessibile al giudice è costituito, a sua volta, sia da leggi universali, che asseriscono un rapporto di regolarità tra fenomeni non smentito da eccezioni, sia da leggi statistiche, che si limitano ad affermare che il verificarsi di un evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento in una certa percentuale di casi e con una frequenza relativa, con la conseguenza che queste ultime sono tanto più dotate di alto grado di credibilità razionale o probabilità logica, quanto più trovano applicazione in un numero sufficientemente elevato di casi e ricevono conferma mediante il ricorso a metodi di prova razionali ed empiricamente controllabili.

Per accertare l'esistenza della condizione necessaria secondo il modello della sussunzione sotto leggi scientifiche, il giudice, dopo aver ridescritto il singolo evento nelle modalità tipiche e ripetibili dell'accadimento lesivo, deve necessariamente ricorrere ad una serie di assunzioni tacite e presupporre come presenti determinate condizioni iniziali, non conosciute o soltanto congetturate, sulla base delle quali, *ceteris paribus*, mantiene validità l'impiego della legge stessa[16].

4. *La responsabilità del collegio sindacale per omesso controllo: fondamento e limiti di configurabilità*

Controversa è la possibilità di configurare la responsabilità concorsuale dei sindaci allorchè la condotta tipica venga posta in essere da chi detiene il potere di gestione della società.

[15] Per una disamina sul tema dell'accertamento del nesso di causalità nei reati omissivi impropri, cfr., in dottrina, tra gli altri, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 578 ss.; FIORE, *Manuale di diritto penale,* cit., 220 ss.; in giurisprudenza, cfr., per tutte, cass. pen. sez. un., 10 luglio 2002, *Franzese*.

[16] Così, STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale,* Milano, 2000.

In tali casi, si pone il problema, variamente risolto, se sia configurabile il concorso dei sindaci, realizzato attraverso una condotta omissiva, consistente nella mancata attivazione di quei doverosi controlli che caratterizzano la loro attività di vigilanza all'interno delle società.

In sostanza, si tratta di stabilire se l'obbligo di vigilanza e di controllo gravante sui sindaci integri quella posizione di garanzia degli interessi che fanno capo alla società, ai soci, ai creditori, ai terzi in genere, contrassegnata dall'obbligo giuridico di impedire l'evento, che è richiesta dall'art. 40, cpv., c.p. per fondare, sul piano oggettivo, una responsabilità di tipo omissivo e se, di conseguenza, i sindaci possano essere chiamati a rispondere, in concorso con gli amministratori, dei reati da costoro commessi, allorchè non li abbiano impediti per un loro omesso o insufficiente controllo.

Anteriormente alla riforma del diritto societario, era orientamento consolidato della Suprema Corte di Cassazione che il collegio sindacale rivestisse una posizione di garanzia rispetto agli illeciti posti in essere dai gestori della società[17].

Più dibattuta era, invece, in dottrina la configurabilità di una posizione di garanzia sindacale, registrandosi difformità di vedute sia in relazione alla sua sussistenza che in ordine ai limiti della posizione stessa[18].

La tesi favorevole alla sussistenza in capo ai sindaci di una posizione di garanzia rispetto al reato compiuto dagli amministratori prendeva le mosse dalla considerazione che l'ordinamento, nel prevedere gli obblighi di vigilanza e di controllo sindacali, ha per questa via delineato una "presa di posizione difensiva" degli interessi collegati alla gestione della società[19].

La posizione di garanzia sindacale si atteggiava, secondo tale impostazione, come dovere di controllo generale, avente ad oggetto l'attività degli amministratori e più latamente ogni aspetto della vita sociale, a salvaguardia degli interessi patrimoniali della società e dei soci.

[17] Cfr., *ex multiis*, cass. pen., sez. V, 28 febbraio 1991, *Cultrera*; cass. pen. 26 giugno 1990, *Bordoni ed altri*, in cass. pen. 1991, 828; cass. pen., sez. fer., 31 agosto 1993, *Minelli*, in cass. pen. 1994, 716; cass. pen., sez. V, 22 aprile 1998, *De Benedetti*, in cass. pen. 1999, 651; cass. pen., sez. V, 18 dicembre 2001, *Vaccaro*, in dir. pen. proc. 2002, 1251.

[18] Per un'approfondita disamina in merito al fondamento ed alla configurabilità della responsabilità penale del collegio sindacale per omesso controllo, cfr. MANDELLI, *I "sindaci" di s.p.a. tra doveri di sorveglianza e posizioni di garanzia*, cit., 444 ss.

[19] In questo senso, ARDIA, *La responsabilità penale dei sindaci per l'omesso impedimento dei reati degli amministratori*, cit., 1260; CERQUA, *La responsabilità penale dei sindaci delle società per* azioni, in giur. merito, 2003, 1917; GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit. 357.

Il codice civile, infatti, sanciva una serie di doveri di vigilanza (la cui massima estensione si registrava nella responsabilità civile di cui all'art. 2407 c.c.) cui si riconnettevano poteri di intervento in capo ai sindaci: tra gli altri, la possibilità di procedere ad atti di ispezione e di controllo (art. 2403 *ante* riforma), l'obbligo di indagare sui fatti denunciati dai soci ai sensi del previgente art. 2408 c.c., il dovere di convocare l'assemblea dei soci (art. 2406 c.c.). La posizione sindacale si atteggiava, dunque, come dovere di controllo generale, avente ad oggetto l'attività degli amministratori e, più in generale, ogni aspetto della vita sociale, a salvaguardia degli interessi patrimoniali della società e dei soci[20].

Un altro orientamento, sottolineando la mancata rispondenza tra i doveri di controllo, riferiti per lo più ad un'attività amministrativa già conclusa, ed i poteri di impedimento rispetto ad un evento futuro, circoscriveva la responsabilità concorsuale omissiva in capo al collegio sindacale ai soli illeciti *in fieri* ancora improduttivi di un danno, come nell'ipotesi di falso in bilancio, ovvero di infedeltà patrimoniale[21].

[20] Così, Ardia, *La responsabilità penale dei sindaci per l'omesso impedimento dei reati degli amministratori*, cit., 1260; Cerqua, *La responsabilità penale dei sindaci delle società per* azioni, cit., 1917; Rossi, *I criteri per l'individuazione dei soggetti responsabili nell'ambito delle società*, in Rossi (a cura di), *Reati societari*, Torino, 2005, 82 ss; Id., *La responsabilità penale di amministratori e sindaci*, in *Trattato* Galgano, Padova, 1994, 329; Stella-Pulitanò, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *riv. trim. dir. pen. ec.*, 1990, 558. Le posizioni si differenziavano in ordine al tipo di reato che il collegio sindacale era tenuto ad impedire.

Per taluni, la responsabilità concorsuale omissiva dei sindaci doveva essere circoscritta ai soli reati propri degli amministratori. In questo senso, Stella-Pulitanò, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, cit., 561; Iadecola, *Il problema del rapporto tra responsabilità civile e responsabilità penale degli amministratori e dei sindaci*, in *giust. pen.*, 1995, II, 246; D'Avirro, *I sindaci ed il reato di false comunicazioni sociali*, in Mazzotta-D'Avirro, *Profili penali del controllo nelle società commerciali*, cit., 300; Rossi, *I criteri per l'individuazione dei soggetti responsabili nell'ambito delle società*, cit., 137. Altri, criticando la precedente tesi per l'eccessivo formalismo, sostenevano, invece, che oggetto della garanzia sindacale erano indifferentemente reati propri o comuni, purchè attinenti all'esercizio dell'attività istituzionale degli amministratori. Pur ammettendo l'assenza in capo al collegio sindacale di generali poteri interdittivi rispetto all'attività gestoria, si sosteneva che il corretto esercizio di tutte le prerogative sindacali fosse condizione necessaria ad impedire il reato così come concretamente realizzato dagli amministratori. Al fine di adempiere il dovere di controllo sindacale, i membri dell'organo di vigilanza dovevano esercitare tutti i poteri in loro possesso, giacchè l'attivazione esclusivamente di alcune prerogative dei controlli comportava l'omesso esercizio di altri poteri intesi ed idonei ad impedire l'evento, con conseguente responsabilità del collegio sindacale ai sensi dell'art. 40, cpv., c.p. In questi termini Foffani, *Reati societari*, in Pedrazzi-Alessandri-Seminara-Spagnolo, *Manuale di diritto penale dell'impresa* 2, Bologna, 1998, 404.

[21] Stella-Pulitanò, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, cit., 563; D'Avirro, *I sindaci ed il reato di false comunicazioni sociali*, in Mazzotta-D'Avirro, *Profili penali del controllo nelle società commerciali*, cit., 298; Rossi, *I criteri per l'individuazione dei soggetti responsabili nell'ambito delle società*, cit., 140.

Altra corrente dottrinaria, infine, riteneva che difettasse in capo al collegio sindacale quel potere di supremazia rispetto agli amministratori, necessario ai fini della sussistenza di una posizione di garanzia avente ad oggetto l'impedimento del reato altrui. Lo *status* dei sindaci andava, pertanto, inquadrato come mera posizione di sorveglianza, inidonea a convertirsi in responsabilità concorsuale omissiva ai sensi del combinato disposto degli artt. 40, cpv., c.p. e 110 c.p., in quanto il collegio sindacale non era in grado né di sostituire l'organo gestorio, né di inibire direttamente le decisioni da questo assunte[22].

La situazione è rimasta pressoché immutata a seguito della riforma del diritto societario.

Parte minoritaria della dottrina ritiene che non sia configurabile in capo ai sindaci di s.p.a. alcuna posizione di garanzia, ma solo di sorveglianza, rispetto all'illecito compiuto dagli amministratori[23].

L'analisi prende le mosse dal combinato disposto degli artt. 2403, c. 2, e 2409 *bis* c.c. (che esclude un dovere di controllo contabile in capo al collegio sindacale) e dai nuovi poteri reattivi attribuiti ai sindaci (quelli relativi alla legittimazione all'impugnazione delle delibere del c.d.a. non conformi alla legge o allo statuto, *ex* art. 2388, c. 4, c.c., ovvero adottate in conflitto di interessi ai sensi dell'art. 2391 c.c., alla possibilità di promuovere l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, art. 2393, c. 3, c.c., all'accresciuto potere di convocare l'assemblea sociale, ai sensi dell'art. 2406 e, infine, alla legittimazione alla denunzia al tribunale di cui al novellato art. 2409 c.c.) ed esclude che il collegio sindacale sia dotato di poteri aventi efficacia impeditiva dei reati commessi dagli amministratori.

Correttamente la dottrina e la giurisprudenza dominanti[24], facen-

[22] Bisori, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in riv. it. dir. proc. pen., 1997, 1348; Mantovani, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, solidarietà, di libertà e responsabilità penale*, in riv. it. dir. proc. pen., 2001, 341; Vassalli, *La responsabilità penale per il "fatto dell'impresa"*, in Iori, *Organizzazione dell'impresa e responsabilità penale nella giurisprudenza*, Firenze 1981.

[23] Per un'approfondita disamina in merito al fondamento ed alla configurabilità della responsabilità penale del collegio sindacale per omesso controllo, cfr. Mandelli, *I "sindaci" di s.p.a. tra doveri di sorveglianza e posizioni di garanzia*, cit., 444 ss.

[24]Cfr., per tutti, Ardia, *La responsabilità penale dei sindaci per l'omesso impedimento dei reati degli amministratori,* cit., 1259; Cerqua, *La responsabilità penale dei sindaci delle società per azioni, cit., 1917; D'Avirro, I sindaci ed il reato di false comunicazioni sociali*, in Mazzotta-D'Avirro, *Profili penali del controllo nelle società commerciali, cit.*; Stabilini, *Il collegio sindacale nel nuovo diritto societario, atti del convegno la responsabilità del sindaco e del soggetto incaricato del controllo contabile, Milano, 15 novembre 2006*, cit.; Stesuri, *Il collegio sindacale: funzioni, responsabilità, incompatibilità alla luce della riforma del diritto societario, atti del convegno del 22.11.2004 organizzato congiuntamente dall'Unione Giovani Ragionieri Commercialisti di Brescia (UGRC)*

do leva sui doveri di controllo sindacali sanciti dagli artt. 2403 e 2407 c.c. e muovendo dall'esigenza di apprestare una tutela rafforzata agli interessi coinvolti nell'attività sociale, concordano sulla configurabilità di una responsabilità penale del collegio sindacale per fatto illecito altrui, a condizione che sussista un nesso di causalità tra il reato commesso e la sfera dei doveri sindacali di controllo[25] e che il collegio sindacale abbia percepito e valutato i segnali rivelatori della prossima realizzazione di specifici fatti di reato concretamente rappresentati e non si sia attivato per impedirli.

Le fonti dell'obbligo giuridico del collegio sindacale di impedire l'evento, utilizzabili nello schema dell'art. 40, cpv., c.p., devono essere rinvenute, per le società non quotate, negli artt. 2403 e 2407 c.c.

Ratio della posizione di garanzia è la necessità di apprestare una forma di tutela rafforzata per i beni dei soggetti coinvolti dall'attività degli amministratori, in quanto questi ultimi, nell'esercizio delle facoltà gestorie, potrebbero compiere atti pregiudizievoli per gli interessi dei singoli soci e dei creditori. In tal modo emerge in maniera evidente la giustificazione sostanziale connessa alla creazione di una posizione di garanzia, vale a dire l'esigenza di tutelare in maniera rafforzata taluni beni giuridici, in conseguenza dell'incapacità dei rispettivi titolari di provvedervi autonomamente. Tale situazione di minorata difesa deriverebbe dal fatto che gli amministratori hanno la facoltà di disporre direttamente dei beni dell'impresa per il perseguimento dell'oggetto sociale che, nell'esercizio delle loro funzioni, possono compiere atti lesivi degli interessi dei soci e dei creditori, senza che questi abbiano la possibilità di percepire immediatamente tali condotte e di paralizzare gli effetti pregiudizievoli.

In quest'ottica, ai sindaci, in qualità di intranei all'organizzazione, è affidato il compito di vigilare affinchè l'attività amministrativa venga svolta nel rispetto delle norme di legge e non leda le posizioni giuridiche dei soggetti potenzialmente coinvolti, intervenendo ogni qual volta riscontrino delle irregolarità, attraverso i poteri che l'ordinamento assegna loro a tale scopo.

La violazione dell'obbligo di attivazione imposto dall'ordinamento e la riscontrata rilevanza causale della condotta non impeditiva permetterebbe di imputare al sindaco come proprio il fatto degli amministratori, rispet-

e dall'Unione Giovani Dottori Commercialisti di Brescia (UGDC), cit.

In giurisprudenza, cfr., per tutte, cass. pen., sez. V, 23 febbraio 2010, n. 13190; sez. V, 8 gennaio 2010, n. 10307; sez. II, 12 febbraio 2009, n. 20515; sez. V, 25 novembre 2009, n. 724; sez. V, 13 dicembre 2006, n. 17393; sez. V, 27 aprile 2005, n. 40815.

[25] Sul punto, si rinvia al par. 3.

tando il principio della personalità della responsabilità penale[26].

Il novellato art. 2407 c.c. prevede espressamente che i sindaci adempiano ai loro doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico.

In buona sostanza, si applicano gli stessi principi che devono essere utilizzati per determinare la responsabilità del professionista.

Come accade per il professionista, la responsabilità del prestatore d'opera intellettuale è regolata in generale dall'art. 1176, c. 2, c.c.

La richiamata norma al secondo comma fa obbligo al professionista (ed ora anche al sindaco) di operare secondo la diligenza media, da valutarsi secondo la natura dell'attività esercitata.

Le obbligazioni inerenti l'esercizio dell'attività professionale sono di regola obbligazioni di mezzi e non di risultato. Infatti, il professionista si impegna a prestare la propria opera per raggiungere il risultato desiderato, ma non a conseguirlo.

Per analogia, anche colui che assume il ruolo di organo di controllo si impegna ad adempiere ai propri doveri di vigilanza con la diligenza dovuta e sarà chiamato a rispondere di eventuali fatti dannosi che siano cagionati nel patrimonio della società e di eventuali danni sofferti dai soci o dai creditori sociali non per il verificarsi dell'evento dannoso, ma solo se esso si è procurato in relazione all'omesso controllo o al controllo non diligente.

Ne consegue, quindi, che il mancato adempimento del sindaco non può essere desunto senz'altro dal mancato raggiungimento del risultato utile da parte della società, ma deve essere valutato alla stregua dei doveri inerenti l'attività di sindaco ed in particolare al dovere di diligenza per il quale trova applicazione, in luogo del previgente criterio tradizionale del buon padre di famiglia, il parametro della diligenza professionale fissato dal comma 2 dell'art 1176 c.c.

Con la nuova normativa, la diligenza dei sindaci non è più quella ordinaria, ma diviene, come detto, diligenza "professionale", con la conseguenza che è stata accentuata la possibilità di configurare a carico del collegio sindacale una responsabilità penale, sotto il profilo della colpa grave, per omessa vigilanza sulla gestione.

Dal tenore letterale dell'art. 2407 c.c, è immediatamente possibile trarre due considerazioni, fondamentali per l'esatta individuazione dei presupposti della responsabilità penale dei sindaci: l'esistenza in capo ai membri del collegio sindacale di un dovere di vigilanza sull'attività di gestio-

[26] In questi termini, CERQUA, *La responsabilità penale dei sindaci delle società per azioni*, cit. 1907 ss.

ne sociale, come si evince dal combinato disposto dell'art. 2407, c. 2, c.c. e dell'art. 2403 c.c.; il profilarsi di una responsabilità per fatto illecito a carico dei sindaci solo quando sussista un nesso di causalità fra i fatti e le omissioni degli amministratori che hanno prodotto il danno e l'omissione della doverosa attività di controllo che avrebbe potuto impedire l'evento.

I sindaci hanno prima di tutto una responsabilità personale e diretta per le proprie azioni, che consegue alla violazione dei doveri del proprio ufficio. Sono responsabili della verità delle loro attestazioni e devono conservare il segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza per ragione del loro ufficio.

Inoltre, il secondo comma dello stesso art. 2407 c.c. estende la responsabilità del collegio sindacale, in solido con gli amministratori, ai fatti e alle omissioni di questi ultimi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato, in conformità agli obblighi della loro carica. La responsabilità civile dei sindaci prevista dall'articolo 2407, c. 2, c.c. sussiste per i danni derivati dai comportamenti degli amministratori, quando un diligente controllo da parte dei sindaci avrebbe potuto evitarli o ridurne le conseguenze[27].

Responsabilità derivanti direttamente dal comportamento dei sindaci, oltre a quelle comportate dalle inosservanze nell'adempimento delle loro funzioni, sono quelle riconducibili alle due ipotesi richiamate espressamente dall'articolo 2407 c.c. e cioè la mendacità delle loro attestazioni e la divulgazione di fatti e documenti, di cui hanno conoscenza per ragioni del loro ufficio.

Dalla disamina delle menzionate disposizioni normative emerge che viene configurata in capo al collegio sindacale una posizione di garanzia, con i contenuti di una posizione di controllo sull'attività degli amministratori, a salvaguardia di interessi patrimoniali della società e dei creditori sociali.

Occorre soffermarsi brevemente sul rapporto intercorrente tra i poteri-doveri di natura civilistica riconosciuti al collegio sindacale ed il dovere di impedimento di reati ex art. 40, cpv, c.p.

[27] Per un'ampia disamina in merito alle fonti della posizione di garanzia in capo al collegio sindacale, cfr. STABILINI, *Il collegio sindacale nel nuovo diritto societario*, atti del convegno *La responsabilità del sindaco e del soggetto incaricato del controllo contabile,* Milano, 15 novembre 2006, in www.odc.mi.it., cit.; STESURI, *Il collegio sindacale: funzioni, responsabilità, incompatibilità alla luce della riforma del diritto societario*, atti del convegno del 22.11.2004 organizzato congiuntamente dall'Unione Giovani Ragionieri Commercialisti di Brescia (UGRC) e dall'Unione Giovani Dottori Commercialisti di Brescia (UGDC), in www.ugrcbs.it., cit.

Alcuni poteri-doveri del collegio sindacale sono indubbiamente volti a prevenire eventi dannosi e possono essere efficaci al fine di impedire reati: evidenziando gli aspetti negativi emersi nell'amministrazione della società, i sindaci possono in effetti impedire la realizzazione di illeciti ed il loro intervento sostitutivo in talune ipotesi può sortire lo stesso effetto; cosicchè il corretto svolgimento dei poteri-doveri del collegio sindacale costituisce condizione necessaria, seppure non sufficiente, ad impedire illeciti non ancora integrati.

In tal caso, perché il sindaco vada esente da responsabilità, deve esercitare tutti i poteri che gli competono, utili ad evitare l'evento dannoso, anche quelli non previsti dalla legge come non doverosi, in quanto in concreto necessari ad evitare illeciti penali.

Fuori dai poteri non sussiste alcuna posizione di garanzia e non vi è il dovere giuridico cui fa riferimento l'art. 40, cpv, c.p. Ad esempio, è irrilevante la mancata denuncia all'Autorità Giudiziaria dell'illecito, giacchè la posizione di garanzia propria dei sindaci è volta ad impedire i reati non ancora realizzati e l'omissione rilevante penalmente riguarda, per l'appunto, un reato *in fieri*, mentre la denuncia riguarda reati già perpetrati, e, dunque, non impedibili.

Tale ragionamento vale anche per selezionare, tra i poteri di controllo dei sindaci, quelli il cui mancato esercizio rilevi penalmente.

Indubbiamente, taluno di tali poteri, inserito nell'ambito di procedure volte all'adozione di determinati atti si identifica con i doveri di impedimento rilevanti penalmente proprio perché finalizzato ad un preventivo esame della legittimità degli stessi e, dunque, previsto al fine di impedire gli eventi dannosi di reato. Viceversa, i poteri-doveri di controllo che conducono ad accertare illegittimità già perpetrate non integrano i doveri di impedire l'evento rilevanti penalmente, non potendo avere alcuna efficacia in tal senso; il loro mancato esercizio è irrilevante, dunque, nella prospettiva di un concorso mediante omissione.

Il rapporto tra dovere di controllo e di impedimento si riflette sulla problematica dell'elemento soggettivo necessario perché sussista la responsabilità penale del sindaco, punto in cui responsabilità civile e penale divergono nettamente.

In materia civile, la responsabilità si misura con il metro della colpa, mentre la gran parte dei reati societari o di bancarotta che interessano il collegio sindacale sono di natura dolosa, cosichè il campo della responsabilità penale è decisamente meno ampio di quella civile.

Se per la sussistenza della responsabilità civile è sufficiente la mancata conoscenza dei dati causata dal mancato esercizio dei poteri-doveri in assenza di impedimenti che lo rendano inesigibile, in sede penale

tale mancata conoscenza esclude la rappresentazione dei presupposti di fatto che rendono attuale il dovere di attivarsi per impedire l'evento, elemento essenziale del dolo commissivo mediante omissione.

Può, di conseguenza, affermarsi che l'inadempimento colposo del dovere di controllo esclude a monte la configurabilità del dolo di omesso impedimento in capo al collegio sindacale.

Perché sussista il dolo, occorre che il collegio sindacale abbia percepito effettivamente e valutato i segnali o gli indici rivelatori della prossima realizzazione di specifici fatti di reato concretamente rappresentati e non si sia attivato per impedirli, oppure che deliberatamente non abbia esercitato i poteri-doveri di accesso ai dati della società, pur in presenza di elementi che avrebbero fatto ragionevolmente supporre un'attività criminosa da parte degli amministratori.

I sindaci hanno l'onere di dimostrare la non ascrivibilità del fatto dannoso all'inerzia del comportamento e di fornire la prova positiva, con riferimento a quanto viene loro addebitato, dell'osservanza dei doveri e dell'adempimento degli obblighi loro imposti. Il regime di responsabilità registra l'innegabile nesso di causalità tra le violazioni loro addebitate, o presunte tali, e il danno accertato. I sindaci quindi possono essere chiamati a rispondere delle perdite patrimoniali della società solo nel caso e nella misura in cui queste ultime siano ad essi direttamente imputabili.

La tesi della configurabilità di una responsabilità penale del collegio sindacale, in caso di mancata attivazione dei poteri di controllo volti ad impedire l'evento, per i reati commessi dagli amministratori appare preferibile.

Attraverso l'analisi della trama normativa che regola le funzioni ed i compiti del collegio sindacale delle società per azioni non quotate, si può pervenire alla conclusione che l'ordinamento assegna ai componenti del collegio sindacale, oltre ad un generico obbligo di vigilanza sulla legalità dell'attività gestoria, l'obbligo di impedire i fatti posti in essere dagli amministratori che siano lesivi degli interessi della società, dei creditori e dei terzi in genere, con ciò circoscrivendo in maniera sufficientemente definita l'oggetto della garanzia: qualora i fatti degli amministratori rientranti nell'ambito della *Garantenstellung* assumano rilevanza penale, può configurarsi la responsabilità del sindaco per non averne dolosamente impedito la commissione[28].

[28] Così, Ardia, *La responsabilità penale dei sindaci per l'omesso impedimento dei reati degli amministratori,* cit 1259; Pedrazzi, *Gestione d'impresa e responsabilità penale*, in riv. soc., 1962,

In conclusione, non sembra si possa dubitare dell'esistenza di poteri impeditivi, che possono ridursi anche a poteri di segnalazione senza che, per questo, l'obbligo di garanzia degradi ad obbligo di sorveglianza. Insomma: dell'impedimento degli illeciti *in fieri*, l'intervento dovuto dal Collegio sindacale può essere condizione necessaria, ancorché di per sé non sufficiente.

Il numero ristretto delle fattispecie, dovuto anche al fatto che il controllo dei sindaci è spesso successivo al compimento degli atti da parte degli amministratori, non intacca la validità della soluzione prospettata.

Ciascun componente del collegio sindacale per poter andare esente da responsabilità penale dovrà, ovviamente, esercitare tutti i poteri inerenti alla sua funzione di garante, sollecitando l'esercizio dei poteri-doveri collegiali e facendo constare, se del caso, la propria personale posizione nelle sedi opportune.

Una precisazione ancora: ai fini di una corretta soluzione del problema, si deve tener conto che le iniziative che la legge civile qualifica come poteri diventano doverose in concreto, se e in quanto siano in concreto condizione necessaria per l'impedimento di eventi penalmente tipici. È

220; ID., *Società commerciali (Disciplina penale)*, in d. disc. pen., XIV, 1997, 351; ID., in PEDRAZZI e SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in Commentario Scialoja-Branca - Legge fallimentare, a cura di GALGANO, Bologna-Roma, 1995, sub art. 223, 285; CASAROLI, *Bancarotta propria e impropria: note su alcuni punti-chiave in tema di soggetto attivo del reato*, in ind. pen., 1979, 239; CONTI, *I soggetti*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa, diretto da Di Amato*, vol. I, Padova, 1990, 200 ss.; CHIARAVIGLIO, *Concorso del sindaco di società commerciali nel reato dell'amministratore e dolo eventuale*, in riv. dott. commercialisti, 1992, 196; COLIVA, *Illegale ripartizione di utili e responsabilità dei sindaci. Le altre omissioni e inosservanze del collegio sindacale*, in Trattato di diritto penale dell'impresa, diretto da Di Amato, vol. II, *I reati societari*, Padova, 1992, 203 ss.; ROSSI VANNINI, *La responsabilità penale di amministratori e sindaci*, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da Galgano, Padova 1994, vol. XIX, 305.

Si pensi, per convincersene, alle fattispecie delittuose di falso in bilancio in danno dei soci o dei creditori (art. 2622 c.c.), il cui momento consumativo è successivo al deposito presso la sede della società, *ex* art. 2429 comma 3 c.c., e viene a coincidere con il verificarsi del danno patrimoniale (evento) nei confronti di tali categorie di soggetti: in tal caso i sindaci, depositando la relativa relazione, riferendo successivamente all'assemblea convocata per la discussione del bilancio e presentando le opportune osservazioni e proposte, hanno gli strumenti per impedire la realizzazione dell'illecito. Si pensi ancora al falso in bilancio per omissione di informazioni dovute, previsto dall'art. 2621 c.c.: anche in questo caso i sindaci, avvalendosi dei loro poteri-doveri, potranno impedire la realizzazione dell'illecito contravvenzionale che, quanto meno nei confronti del pubblico, si perfeziona nel momento in cui, nei trenta giorni dall'approvazione, il bilancio venga depositato, a cura degli amministratori, presso l'ufficio del registro delle imprese o spedito al medesimo ufficio a mezzo di lettera raccomandata (art. 2435, c. 1, c.c.).

la misura dei poteri, infatti, che definisce le possibilità di adempimento della posizione di garanzia: quando ne sussista la necessità, ogni potere idoneo ad impedire l'evento deve essere esercitato.

Se il fatto illecito degli amministratori si realizza ugualmente, nonostante il ricorso da parte dei sindaci a tutti i poteri impeditivi riconosciuti dalla legge, è ovvio che esso sarà per i sindaci un fatto altrui, a loro non rimproverabile, perché altrimenti si violerebbe il principio di personalità della responsabilità penale.

ALFONSO TAGLIAMONTE

I tirocini formativi e di orientamento: primo contatto con il mondo del lavoro

SOMMARIO: 1. Nozione e natura giuridica dell'istituto. - 2. Comunicazioni obbligatorie. - 3. Soggetti coinvolti nello stage: soggetti promotori. - 3.1. Soggetti ospitanti. - 3.2. Tirocinanti. - 4. Tutore (formativo ed aziendale). - 5. Durata e proroga dello stage. - 6. Sospensione del tirocinio per malattia, infortunio o malattia. - 7. Compenso e rimborsi spese. - 8. Recesso. - 9. Tirocini formativi e di orientamento con soggetti disabili.

1. *Nozione e natura giuridica dell'istituto*

I tirocini formativi e di orientamento[1] (o *stages*)[2] sono forme di in-

[1] Tra gli altri, sull'argomento, si v. F. BACCHINI, *La disciplina dello stage*, in *Dir. prat. lav.*, 1998, 2803 ss.; ID., *I tirocini formativi e di orientamento*, *ivi*, 2003, 12, ins., III ss.; L. CAVALLARO, *Dello stage, della subordinazione e dell'uguaglianza. Una nota sulla "qualificazione" del rapporto di lavoro da parte del legislatore*, in *Dir. lav.*, 1999, 106 ss.; S. CIFELLI, *Tirocini formativi e di orientamento*, in Biagi M. (a cura di), *Mercati e rapporti di lavoro*, Milano, 1997, 283 e ss.; S. CIUCCIOVINO, *Tirocini formativi e di orientamento*, in E. GHERA (a cura di), *Occupazione e flessibilità*, Napoli, 1998, 202 ss.; M. CUDIFERRO – P. MENEGUZZO (a cura di), *Lo stage in azienda. Disciplina e aspetti operativi*, in *Guida lav.*, 2007, n. 42; M. R. GHEIDO E A. CASOTTI, *Tirocini di orientamento e formazione*, in *Dir. prat. lav.*, 2005, 38; A. LASSANDARI, *Gli obblighi formativi nel contratto di apprendistato e di tirocinio: rilievi esegetici sui decreti ministeriali di attuazione della legge 196/97*, in *Riv. giur. Lav.*, 1999, I, 93 e ss.; A. LOFFREDO, *Il sistema della formazione professionale e i fondi strutturali dell'Unione europea; Il tirocinio formativo e di orientamento*, in M. RUSCIANO – L. ZOPPOLI (a cura di), *Diritto del mercato del lavoro, Ed. Scient. It.*, 1999, 85 ss. e 167 ss.; M. MARANDO, *Stage, tirocinio formativo e formazione professionale*, in *Dir. prat. lav.*, 1997, 1603 ss.; A. MARESCA – S. CIUCCIOVINO, *Regolamentati i tirocini formativi e di orientamento*, *ivi*, 1998, 1571 ss.; E. MASSI, *I tirocini formativi e di orientamento*, in *Dir. prat. lav.*,1998, 2000 e ss.; A. MORELLI, *I tirocini formativi e di orientamento (stages). Riflessioni sulla normativa in vigore*, Roma, 2002; M. NAPOLI, *Gli stages nel diritto del lavoro*, in M. NAPOLI, *Questioni di diritto del lavoro*, Torino, 1996, 154 e ss.; P. PASCUCCI, *La revisione dei tirocini formativi e/o di orientamento. Ancora una riforma solo annunciata*, in R. DE LUCA TAMAJO – M. RUSCIANO – L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2004, 461 ss.; ID, *Stage e lavoro*, Torino, 2008; P. RAUSEI, *Apprendistato, inserimento e tirocinio*, in *Dir. prat. Lav.*, 2009, 1993 e ss..; A. ROZZA, *Tirocini formativi: le regole per i rimborsi spese*, in *Agevolazioni & incentivi per le imprese*, *Il Sole 24 ore*, 5, 2001, 75 e ss.; M. RUDAN, *Il contratto di tirocinio*, Milano, 1996; R. SANTARELLI, *Le finalità dei tirocini formativi*, in *Giurisprudenza del Lavoro*, 1998; B. SCAZZOCCHIO, *Le novità nei contratti a causa mista e nei tirocini*, in *Guida lav.*, n. 10, 2003, 57 ss.; M. TIRABOSCHI,

serimento temporaneo dei giovani all'interno di un contesto produttivo preordinato alla formazione professionale ed all'addestramento pratico del giovane stesso[3].

L'istituto trova la sua disciplina nell'articolo 18, legge 24 giugno 1997, n. 196, nonché nelle disposizioni attuative del decreto ministeriale 25 marzo 1998, n. 148[4]. L'origine dell'istituto, invero, è ben più risalente. L'art. 15 della legge 21 dicembre 1978, n. 845 (legge quadro sulla formazione professionale), in cui, con il concorso degli organismi di formazione professionale regionale o convenzionata, veniva istituito il «tirocinio pratico e di esperienza». Successivamente l'art. 3, comma 3, della Legge 19 dicembre 1984, n. 863, aveva stabilito che le regioni, d'intesa con le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro maggiormente rappresentative, avevano possibilità di organizzare attività di formazione professionale per il tramite di "periodi di formazione in azienda", onde poi valutare la possibilità di assumere il tirocinante al termine del periodo di for-

Problemi e prospettive nella disciplina giuridica dei tirocini formativi e di orientamento, in *Dir. rel. ind.*, 2001, 61 ss; ID, *I tirocini formativi e di orientamento e il quadro legale*, in *Bollettino Adapt*, 2001, 2; ID, *Tirocini formativi e di orientamento: siamo sicuri che la normativa di riferimento sia ancora quella dell'articolo 18 della legge 196/1997?*, in *Bollettino Adapt*, 2007, 43, 1 e 2; P.A. VARESI, *La disciplina dello stage formativo e di orientamento*, in *Dir. prat. lav.*, 1996, 973 ss; ID, *I tirocini formativi e di orientamento*, in M. NAPOLI (a cura di), *Il "Pacchetto Treu". Commentario sistematico alla L. 24 giugno 1997, n.196, (art 18)*, in *Le nuove leggi civ.*, Padova, anno XXI, 4, 1998, 1360 e ss.

[2] La "Riforma Biagi" del mercato del lavoro (D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276) aveva introdotto nel nostro ordinamento i c.d. tirocini estivi di orientamento (art. 60, D.Lgs. n. 276/2003) promossi durante le vacanze estive a favore di un adolescente – cioè di minori di età compresa fra i 15 e i 18 anni – o di un giovane – cioè di un soggetto di età compresa fra i 18 e i 25 anni compiuti – regolarmente iscritto ad un ciclo di studi presso un'Università o un istituto scolastico di ogni ordine e grado, con fini orientativi e di addestramento pratico, senza alcun collegamento con i rapporti di lavoro, non essendo preordinata in via immediata ad eventuali assunzioni. Tale disciplina, peraltro, è stata dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte Costituzionale, la quale ha ritenuto che la regolamentazione dei tirocini estivi di orientamento costituisce materia che attiene alla "formazione professionale", di competenza esclusiva delle Regioni (Corte Cost. 13 gennaio 2005, n. 50, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2005, 77). La materia richiederebbe, pertanto, una nuova regolamentazione impostata nel rispetto delle competenze attribuite alle Regioni.

[3] Sulla nozione di tirocinio formativo e di orientamento, cfr. anche Min. Lav. Interpello 3 ottobre 2008, n. 44, secondo cui "il tirocinio formativo e di orientamento, o stage, è un periodo di formazione *on the job*, ossia una forma di inserimento temporaneo all'interno dell'azienda, non costituente rapporto di lavoro, finalizzata a consentire ai soggetti coinvolti di conoscere e di sperimentare in modo concreto la realtà lavorativa attraverso una formazione professionale e un addestramento pratico direttamente sul luogo di lavoro".

[4] Inoltre, devono annoverarsi tra le fonti il D.M. 22 gennaio 2001 e la Circ. Min. Lav. 15 luglio 1998, n. 92 di particolare rilievo attuativo.

mazione[5]. Di seguito, l'art. 9, commi 14-18, della legge 19 luglio 1993, n. 236 aveva introdotto una terza tipologia di tirocinio formativo e di orientamento, estendendone l'applicazione oltre la formazione meramente professionale[6].

Con emanazione della citata L. n.196/97, l'unico tirocinio applicato è quello che realizza momenti di alternanza studio-lavoro (c.d. tirocini formativi) o una conoscenza diretta del mondo del lavoro che agevoli le scelte professionali (c.d. tirocini di orientamento).

Il tirocinio, per espressa previsione normativa[7], non comporta la costituzione di un rapporto di lavoro[8]. Infatti, per quanto vi siano specifici adempimenti formali in parte assimilabili a quelli previsti per il lavoro subordinato[9], oggetto del contratto di tirocinio è l'attività formativa, non già la prestazione lavorativa, la quale può essere utilizzata dal soggetto ospitante solo come risultato meramente accessorio dell'attività formativa rivolta al tirocinante. Non sussiste neppure l'obbligo, per il datore di lavoro, di corrispondere al tirocinante un corrispettivo economico[10].

Dalla natura non subordinata dell'istituto derivano, comunque, diverse conseguenze sul piano fattuale. Infatti, il rapporto di *stage* può essere interrotto in qualunque momento tanto dal tirocinante che dall'azienda ospitante ed il tirocinante, durante tutto il periodo di effettuazione dello *stage*, conserva il diritto ad essere iscritto nel collocamento ordinario[11].

[5] M. NAPOLI, *op. cit.*, 158.

[6] M. RUDAN, *op.cit.,* 34.

[7] L. CAVALLARO, *Dello* stage, *della subordinazione e dell'uguaglianza. Una nota sulla "qualificazione" del rapporto di lavoro da parte del legislatore,* in *Riv. crit. dir. lav.,* 1999, I, 108, nel quale si sottolinea "l'inutile" precisazione del legislatore sulla identificazione della natura non subordinata del rapporto di tirocinio. Si v. contra, M. TIRABOSCHI, *I tirocini formativi e di orientamento e il quadro legale*, cit., 10.

[8] Art. 18, co. 1, lett. d), L. n. 196/1997; art. 1, co. 2, D.M. n. 142/1998.

[9] Si pensi all'obbligo del soggetto ospitante, ex art. 1, comma 1180, legge n. 296/2006, di comunicare l'instaurazione del tirocinio al Centro per l'Impiego territorialmente competente, a meno che non si tratti di tirocini esclusivamente formativi, non finalizzati all'assunzione (sul punto cfr. note del Ministero del lavoro n. 440 del 4 gennaio 2007 e n. 4746 del 14 febbraio 2007), nonché all'obbligo per i soggetti promotori di assicurare i tirocinanti presso l'Inail per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e presso un'idonea compagnia assicuratrice per la copertura della responsabilità civile verso terzi.

[10] Cfr., tra gli altri, P. RAUSEI, *op.cit.*, 2004. Al tirocinante, comunque, può essere riconosciuta una somma a titolo di rimborso spese o di borsa di studio, oppure altri incentivi di carattere economico (*ticket restaurant*, rimborsi spese, etc).

[11] Lo *stage*, infatti, non costituendo rapporto di lavoro, non può essere considerato periodo di occupazione. In ogni caso, il tirocinante, ai fini del mantenimento dello *status* di disoccupato, non deve avere superato nell'anno solare il reddito minimo personale escluso da imposizione (8.000 euro come dipendente subordinato) o 4.800 euro come lavoratore autonomo e/o collaboratore a progetto) (art. 4, co. 1, lett. a), primo periodo, D.Lgs. 21 aprile 2000, n. 181).

Il tirocinante deve essere iscritto nel libro unico del lavoro. Inoltre, lo *stagista* non è soggetto ad alcun potere disciplinare da parte del datore di lavoro[12] e non ha diritto ad alcuna prestazione economica in caso di malattia, infortunio, infortunio in itinere (subito nel tragitto dalla casa di abitazione al luogo di lavoro e viceversa) o maternità[13].

Al termine dello *stage*, l'eventuale assunzione del tirocinante può avvenire anche con un contratto di lavoro subordinato avente finalità formativa (contratto di apprendistato o contratto di inserimento)[14] e nel contratto di lavoro subordinato eventualmente stipulato a conclusione dello *stage* può essere apposto un patto di prova[15].

Il carattere non subordinato del rapporto che intercorre tra tirocinante e soggetto ospitante non esclude, peraltro, la presenza di una "relazione giuridica" e, dunque, l'attivazione di diritti, obblighi e responsabilità reciproche. Si pensi, in particolare, al dovere di sicurezza in capo all'azienda ospitante rispetto alla normativa prevenzionistica ovvero all'obbligo di fornire adeguata formazione ovvero l'orientamento al tirocinante[16].

La natura giuridica non contrattuale e l'assenza dell'obbligo di corrispondere al tirocinante un corrispettivo economico, non cancella il carattere "oneroso" del rapporto tra azienda ospitante e tirocinante, nel senso che la formazione, l'orientamento e la garanzia della tutela della integrità psico-fisica del tirocinante costituiscono un corrispettivo dell'at-

[12] In caso di violazione degli obblighi a carico del tirocinante, il datore di lavoro non potrà adottare nei suoi confronti alcun tipo di sanzione disciplinare (Cass. 1 aprile 2000, n. 3958, in *Giur. it. Mass.*, 2000).

[13] M. RUDAN, *op.cit.*, 53.

[14] L'addestramento e la formazione ricevuta durante lo *stage*, infatti, non sono incompatibili con quelli che vengono resi al dipendente nel corso del successivo rapporto di lavoro subordinato di apprendistato (Cass. 4 febbraio 1994, n. 1141, in *Giur. it. Mass.*, 1994; Pret. Verona 1996, *ivi*, 1996).

[15] L'eventuale prestazione lavorativa effettuata durante lo *stage*, infatti, non può essere paragonata all'attività lavorativa richiesta e prestata durante il rapporto di lavoro subordinato e non può pertanto essere presa in considerazione ai fini della valutazione dell'attitudine professionale e delle capacità lavorative del soggetto.

[16] F. BACCHINI, *Tirocini formativi e di orientamento*, cit., III. "Il legislatore … accanto ai contratti formativi costituenti contratti speciali di lavoro subordinato, prevede anche iniziative formative pratiche nelle organizzazioni di lavoro (imprese ed enti), con o senza corrispettivo, le quali, non dando luogo a rapporti di lavoro, sono esclusivamente indirizzate all'acquisizione di conoscenze professionali ed esperienze orientative che siano in grado di facilitare, anche attraverso un contatto privilegiato fra offerta e domanda di lavoro, tanto l'assunzione di coloro che sono in cerca di prima occupazione, che di coloro che sono rimasti disoccupati".

tività lavorativa svolta nel corso dello stage[17].

In altri termini, l'obbligazione formativa, costituendo uno dei termini dello scambio, rende il rapporto di *stage* per sua natura oneroso.

Questa forma di onerosità può ritenersi speculare alla corrispettività, atteso che contribuisce a realizzare la funzione tipica di un rapporto sinallagmatico quale "… strumento per attuare uno scambio di utilità reciproche tra i contraenti"[18], dovendosi semmai discutere se le possibilità di apprendimento o in genere i vantaggi indiretti costituiscano un corrispettivo proporzionato al lavoro svolto[19].

2. *Comunicazioni obbligatorie*

Pur in mancanza di un rapporto di lavoro subordinato, l'attivazione del tirocinio comporta per il soggetto ospitante l'obbligo di comunicazione al Centro per l'impiego[20]. In alcune circostanze, e per agevolarne l'instaurazione, è possibile che la comunicazione venga effettuata del soggetto promotore[21].

La comunicazione dell'instaurazione dei tirocini formativi e di orientamento va effettuata al Centro per l'impiego nel cui ambito territoriale è ubicata la sede di lavoro, entro il giorno antecedente[22]. Essa, a decorrere dal 1 marzo 2008, deve essere effettuata esclusivamente in via telematica[23], utilizzando il modulo Unificato-Lav così come previsto dall'art. 1, D.M. 30 ottobre 2007, in G.U. 27 dicembre 2007, n. 299.

[17] Sul tema si v. M.TIRABOSCHI, *I tirocini formativi e di orientamento e il quadro legale*, cit.,12.

[18] T. TREU, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968, 45. "… Nell'ipotesi invece in cui il lavoratore accetti di prestare la propria opera alle dipendenze altrui senza contropartite, a titolo di liberalità, l'attività subordinata non si configura come strumento per attuare uno scambio di utilità reciproche tra i contraenti, ma serve per la soddisfazione di scopi altruistici o, comunque, di interessi non esprimentesi in controprestazioni obbligatorie".

[19] L. MENEGHINI, *Nuove riflessioni sulla qualificazione giuridica del lavoro gratuito e sui limiti della sua ammissibilità*, in *Studi in onere di Pietro Rescigno*, vol. IV, *Diritto privato, 3, Impresa, società, lavoro*, Milano, 1998, 342.

[20] art. 9-*bis*, co. 2, primo periodo, D.L. 1 ottobre 1996, n. 510, convertito con modificazioni dalla L. 28 novembre 1996, n. 608, come modificato dall'art. 1, co. 1180, L. 27 dicembre 2006, n. 296, c.d. Legge finanziaria 2007.

[21] Min. Lav. Nota 14 febbraio 2007, n. 4746; Min. Lav. Nota 4 gennaio 2007, n. 440.

[22] Per la precisione, il termine di comunicazione scade alle ore 24 del giorno antecedente al primo ingresso del tirocinante nell'organizzazione produttiva, anche se si tratta di un giorno festivo (Min. Lav. Nota n. 4746/2007).

[23] P. RAUSEI, *Comunicazioni obbligatorie*, Milano, 2008, 19.

Va, tuttavia, precisato che l'obbligo di comunicazione è previsto solo per gli *stages* "finalizzati" ad un inserimento lavorativo in azienda[24]. Infatti, sono esclusi dall'obbligo di comunicazione i tirocini la cui finalità non è rivolta a favorire l'inserimento lavorativo, bensì solo ad affinare il processo di apprendimento e di formazione. In particolare, non devono essere comunicati i tirocini promossi da soggetti ed istituzioni formative a favore dei propri studenti ed allievi frequentanti, per realizzare momenti di alternanza tra studio e lavoro[25].

In caso di trasformazione del rapporto di tirocinio in rapporto subordinato è previsto l'obbligo di comunicazione al Centro per l'impiego competente entro 5 giorni dall'evento.

Diversamente, la cessazione del rapporto di tirocinio va comunicata, alla stregua del contratto a termine, solo qualora avvenga in maniera anticipata rispetto alla previsione fatta all'interno del progetto formativo[26].

3. *Soggetti coinvolti nello* stage*: soggetti promotori*

Il rapporto di tirocinio, che deve essere regolato da un'apposita convenzione, prevede il coinvolgimento di tre soggetti, che vengono definiti; soggetto promotore (che procede all'attivazione dello *stage*); azienda ospitante (presso cui si svolge lo *stage*); tirocinante (beneficiario dell'esperienza formativa).

Soggetti promotori di tirocini formativi e di orientamento "tipici"[27] sono

[24] In particolare, rientrano negli obblighi di comunicazione i tirocini promossi dai Centri per l'impiego e da altri soggetti operanti nel campo delle politiche del lavoro a favore di soggetti inoccupati o disoccupati, nonché di soggetti svantaggiati o di disabili, con la finalità di favorirne l'inserimento lavorativo (Min. Lav. Nota n. 4746/2007).

[25] Così come si evince dalla citata nota Min. Lav. 4746/2007.

[26] P. RAUSEI, *Comunicazioni obbligatorie*, cit., 20. Qualora a conclusione del periodo di *stage* il tirocinante sia assunto con un contratto di lavoro subordinato, il datore di lavoro deve comunicare in via telematica l'avvenuta trasformazione, entro 5 giorni, al Centro per l'impiego nel cui ambito territoriale è ubicata la sede di lavoro (art. 4-*bis*, co. 6, D.Lgs. n. 181/2000, come modificato dall'art. 1, co. 1184, L. n. 296/2006) (Min. Lav. Nota n. 4746/2007). In tal caso, affinché si versi nell'ipotesi di trasformazione, è necessario che l'assunzione avvenga prima della scadenza del tirocinio o alla scadenza senza soluzione di continuità (Min. Lav. Nota n. 4746/2007). Qualora si verifichi un'interruzione tra il termine dello *stage* e l'inizio del lavoro subordinato si dovrà procedere, invece, ad una specifica comunicazione di assunzione (Min. Lav. Nota n. 4746/2007).

[27] Art. 2, co. 1, D.M. 25 marzo 1998, n. 148, sono soggetti promotori: Agenzie regionali per il lavoro; Centri per l'impiego; Università; Provveditorati agli studi; Istituzioni scolastiche, statali e non statali, abilitate al rilascio di titoli di studio con valore legale; Enti di formazione professionale e/o di orientamento pubblici, a partecipazione pubblica od ope-

indicati dalla disposizione dell'art. 2, co. 1, D.M. 25 marzo 1998, n. 148.

Alla elencazione del citato articolo, ed a seguito della risposta all'interpello del Ministero del lavoro n. 7 del 2010, possono aggiungersi nuovi soggetti promotori (quali, ad esempio, enti pubblici, organizzazioni non lucrative o altri enti del terzo settore, etc.) per l'istituzione una categoria di stage che il Ministero stesso chiama tirocini "atipici".

E' dunque possibile, in presenza di un interesse meritevole di tutela in base all'articolo 1322, comma 2, del codice civile, ricostruire la fattispecie in termini di convenzione di tirocinio formativo e/o di orientamento atipico. Fermo restando il rispetto dei principi, del quadro generale e delle tutele specifiche inderogabili del tirocinante previsti dalle norme richiamate e salva sempre l'eventuale prova della fraudolenza degli intenti, è, quindi, legittima l'attivazione di percorsi di tirocinio la cui causa sia diversa da quella prevista e di cui si facciano promotori soggetti diversi da quelli indicati dalle norme richiamate.

I soggetti promotori sono tenuti ad assicurare i tirocinanti contro gli infortuni sul lavoro presso l'INAIL, nonché presso idonea compagnia assicuratrice per la responsabilità civile verso terzi (art. 3, co. 1 D.M. n. 142/1998)[28]. Le coperture assicurative si estendono anche alle attività eventualmente svolte dal tirocinante al di fuori dell'azienda purché rientranti nel progetto formativo (ad esempio frequenza di corsi fuori sede).

Ai fini del calcolo del premio assicurativo (ai fini dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro), secondo la disposizione dell'art 3, co. 3, D.M. n. 142/1998, deve prendersi in considerazione la base della retribuzione minima annua valevole ai fini del calcolo delle prestazioni INAIL, prendendo a base il tasso applicato alla posizione lavorativa già esistente in azienda ed analoga a quella ricoperta dal tirocinante. In mancanza, il premio va computato sulla base del tasso del 9 per mille, corrispondente alla voce 0720 della Tariffa dei premi (approvata con D.M. 18 giugno 1998).

ranti in regime di convenzione con la Regione o la Provincia competente; Comunità terapeutiche, enti ausiliari e Cooperative sociali; Servizi di inserimento lavorativo per disabili gestiti da enti pubblici delegati dalla Regione; Istituzioni formative private, non aventi scopo di lucro, autorizzate dalla Regione; Enti bilaterali ed associazioni sindacali.

[28] Gli oneri connessi alle coperture assicurative possono non ricadere sui soggetti promotori: a) quando gli stessi siano volontariamente assunti dalle Regioni (art. 3, co. 1, secondo periodo, D.M. n. 142/1998); b) nel caso in cui i soggetti promotori del tirocinio siano le strutture pubbliche competenti in materia di collocamento e di politiche attive del lavoro, l'azienda ospitante può decidere di assumere a proprio carico l'onere economico connesso alla copertura assicurativa presso l'INAIL (art. 3, co. 2, D.M. n. 142/1998).

3.1. *Soggetti ospitanti*

Possono ospitare *stages* tutti di datori di lavoro, pubblici o privati, indipendentemente dal settore di attività e dalla sussistenza o meno della qualifica di imprenditore, in relazione all'attività dell'azienda e nel rispetto dei limiti numerici previsti dalla legge nazionale[29] o delle diverse condizioni stabilite dalle regioni di riferimento[30].

In via generale, cioè secondo le disposizioni del D.M. n. 148/1998, le aziende che abbiano da uno a cinque dipendenti a tempo indeterminato possono ospitare un unico tirocinante, le aziende con un numero di dipendenti a tempo indeterminato compreso tra sei e diciannove possono essere sede di non più di due tirocini contemporaneamente e le aziende con più di venti dipendenti possono ospitare tirocinanti in misura non superiore al 10% dei dipendenti a tempo indeterminato contemporaneamente[31].

La previsione di limiti numerici al complesso dei tirocinanti che possono essere ospitati all'interno dell'azienda trova la sua *ratio* giustificatrice "nell'esigenza di garantire il mantenimento dello stage nell'ambito delle finalità che gli sono proprie, ossia il momento formativo *on the job*, finalità che potrebbe essere frustrata qualora si consentisse un inserimento contemporaneo di un numero eccessivo di tirocinanti presso lo stesso datore di lavoro"[32].

È il caso di chiarire che nel computo dei lavoratori a tempo indeterminato necessari per determinare il numero massimo da ospitare in azienda, non vanno inclusi gli apprendisti[33].

In funzione della propria attività, ed in base alle disposizioni previste nella Circ. Min. Lav. n. 92/1998, i soggetti ospitanti devono sostenere ed indirizzare l'esperienza professionale collegata all'ambiente di lavoro, attraverso la conoscenza diretta delle tecnologie, dell'organizzazione interna, nonché la visualizzazione dei processi di lavoro e delle fasi di attività. Inoltre, devono indicare, in sede di sottoscrizione del progetto formativo, il tutore aziendale, incaricato di seguire l'inserimento del

[29] Art. 1, co. 3, D.M. n. 142/1998.

[30] Al riguardo si ricorda che, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 50 del 2005, la disciplina dell'istituto è attratta nella competenza regionale e pertanto – per quanto concerne la disciplina – si suggerisce di acquisire ogni utile chiarimento da parte della Regione di competenza. Sul punto si v. M. TIRABOSCHI, *Tirocini formativi e di orientamento:…*, cit., 2.

[31] Se il calcolo della percentuale massima produce frazioni di unità, esse si arrotondano all'unità superiore solo quando la frazione è pari o superiore a 0,5 (Circ. Min. Lav. n. 92/1998).

[32] Così, testualmente, Min. Lav. Interpello n. 44/2008.

[33] Art. 53, co. 2, D.Lgs. n. 276/2003; Min. Lav. Interpello n. 44/2008.

tirocinante e garantire la sicurezza e la salute del tirocinante sul luogo di lavoro. In fine deve certificare l'esito dello *stage* al termine dello stesso (art. 6, D.M. n. 142/1998), avvalendosi dell'apposita modulistica messa a disposizione dall'Ente promotore[34].

3.2. *Tirocinanti*

Gli *stages* sono rivolti a soggetti che abbiano compiuto 16 anni[35] ed abbiano osservato per almeno 10 anni la frequenza scolastica obbligatoria, che abbiano già terminato il ciclo di studi (es. neolaureati) oppure stiano svolgendo un periodo di formazione scolastica o universitaria ovvero si trovino nello stato di disoccupati, inoccupati, iscritti alle liste di mobilità o collocati in Cassa integrazione guadagni straordinaria (CIGS).

Per essere ammessi allo *stage*, i soggetti in possesso dei requisiti di legge[36] devono essere cittadini italiani ovvero cittadini comunitari, che effettuino esperienze professionali in Italia, anche nell'ambito di programmi comunitari[37] (se compatibili) o, ancora, cittadini extracomunitari soggiornanti in Italia, in possesso di regolare permesso di soggiorno.

Per ciò che riguarda i cittadini extracomunitari residenti all'estero (e senza permesso di soggiorno), secondo principi di reciprocità vengono attuati i criteri e le modalità stabilite con decreto del Ministero del Lavoro[38].

In fine, i cittadini extracomunitari residenti all'estero (e privi di permesso di soggiorno) possono entrare in Italia per svolgere un periodo di tirocinio formativo e di orientamento[39], previo rilascio del visto d'ingres-

[34] S. CIUCCIOVINO, *op. cit.,* 203.

[35] L'originario limite di età fissato in 15 anni deve ritenersi soppresso a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 1, co. 622, L. n. 27 dicembre 2006, n. 296, che ha fissato la durata del periodo di istruzione obbligatoria a dieci anni, a decorrere dall'anno scolastico 2007/2008 (v. Min. Lav. Nota 20 luglio 2007, n. 9799; D.M. 22 agosto 2007, n. 139). Di conseguenza, dal 1 settembre 2007, l'età minima di ammissione al lavoro è elevata da 15 (art. 3, L. n. 17 ottobre 1967, n. 977, come modificato dall'art. 5, D.Lgs. 4 agosto 1999, n. 345) a 16 anni.

[36] Art. 8, D.M. n. 142/1998.

[37] A. LOFFREDO, *op.cit,* 167 ss.;

[38] Secondo le previsioni del D.M. 22 marzo 2006, ai cittadini non appartenenti all'Unione europea regolarmente soggiornanti in Italia si applica, integralmente, la normativa regionale vigente in materia di tirocini formativi e di orientamento o, in difetto, la regolamentazione contenuta nel decreto ministeriale 25 marzo 1998, n. 142 (art. 2, co. 1, primo periodo, D.M. 22 marzo 2006).

[39] I tirocini attivati con gli extracomunitari privi del permesso di soggiorno si differenziano dal c.d. addestramento professionale dei cittadini extracomunitari privi di permesso di soggiorno (previsto dal Testo Unico sull'immigrazione: art. 27, co. 1, lett. f), D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286). In base a tale disciplina, i cittadini extracomunitari possono essere autorizzati a soggiornare in Italia per motivi di formazione professionale e per svolgere pe-

so per motivi di studio o formazione da parte della rappresentanza diplomatica consolare, e nei limiti di un contingente determinato annualmente, con apposito decreto[40].

Durante lo svolgimento del tirocinio, lo stagista ha diritto a svolgere il percorso formativo. Qualora manchi l'attività di formazione ed addestramento, potrebbero essere riscontrati gli indici di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato[41].

Ottenuta un'adeguata formazione, ed alla fine del progetto, il tirocinante ha diritto a "riscuotere" crediti formativi[42], ove previsti secondo le disposizioni del art. 6, D.M n. 142/98.

Le attività svolte nel corso dei tirocini formativi (debitamente documentate e coerenti) possono avere valore di credito formativo ed essere riportate nel *curriculum* dello studente o del lavoratore[43].

Lo stagista deve osservare determinati obblighi[44]. Anzitutto, egli è tenuto a svolgere le attività previste dal progetto formativo e di orientamento, rispettando gli orari eventualmente previsti in sede di convenzione o decisi con l'azienda.

Inoltre, il tirocinante deve rispettare le norme in materia di igiene, sicurezza e salute sui luoghi di lavoro e mantenere la necessaria riservatezza su dati, informazioni o conoscenze acquisite in merito a processi produttivi e prodotti, acquisiti durante lo svolgimento del tirocinio.

Infine, deve seguire le indicazioni dei tutori e far riferimento ad essi per qualsiasi esigenza di tipo organizzativo o altre evenienze e rispettare i regolamenti aziendali.

riodi temporanei di addestramento (massimo 24 mesi) presso datori di lavoro italiani, effettuando anche prestazioni che rientrano nel lavoro subordinato (art. 27, co. 1, lett. f), D.Lgs. n. 286/1998). La percentuale di addestramento pratico non può, comunque, superare il 50% della durata complessiva del periodo di addestramento.

[40] Relativamente all'anno 2007, il contingente è stato stabilito con D.M. 16 luglio 2007 (in G.U. 11 ottobre 2007) che ha autorizzato, su base nazionale, un numero di ingresso di massimo 5000 unità per tirocini formativi.

[41] In questo senso, Trib. Bassano del Grappa 30 novembre 2004, in *Giur. it. Mass.*, 2004; Trib Ravenna 18 novembre 2003, in *Gius*, 2004, 1175; Trib. Milano 23 ottobre 1999, in *Lav. giur.*, 2000, 168.

[42] L'esperienza dello stage (debitamente documentate e coerente) dello studente universitario viene convertita in punteggio di esame secondo i criteri di ciascuna Università. Anche per lo studente dell'ultimo anno della scuola media superiore, l'esperienza dello stage viene convertita in un punteggio che si aggiunge a quello riportato nelle prove scritte ed orali dell'esame di maturità.

[43] Art 12, D.P.R. 23 luglio 1998, n. 323; art. 6, D.M. n. 142/1998; D.M. 10 febbraio 1999, n. 34.

[44] Circ. Min. Lav. n. 92/1998.

4. *Tutore (formativo ed aziendale)*

Nella gestione del rapporto di *stage* un ruolo determinante è svolto dai tutori (formativi ed aziendali), cioè dai soggetti incaricati di seguire lo svolgimento dello *stage* e di fornire assistenza al tirocinante[45].

Il tutore formativo è indicato dal soggetto promotore che gli attribuisce l'incarico di responsabile didattico-organizzativo dell'attività del tirocinante. Tale figura individuata dall'Ente promotore costituisce il punto di riferimento per l'azienda relativamente alle problematiche che dovessero manifestarsi in ordine al rapporto di *stage*.

Il tutore aziendale è designato, invece, dall'azienda ospitante con l'incarico di seguire il tirocinante durante lo *stage*. Ciò, al fine di favorire l'esperienza dei tirocinanti nell'ambiente di lavoro mediante la conoscenza diretta delle tecnologie, dell'organizzazione aziendale, nonché la visualizzazione dei processi e delle fasi di lavoro[46].

Egli è responsabile dell'accoglimento e dell'assistenza al tirocinante nel periodo di permanenza in azienda, nonché della presenza, dell'inserimento del tirocinante nei primi giorni e della verifica del progetto formativo programmato. Inoltre, fornisce il *feedback* al soggetto promotore sulla qualità della prestazione del tirocinante[47].

5. *Durata e proroga dello* stage

I tirocini formativi e di orientamento non hanno un limite di durata minima (salvo diversa previsione delle norme regionali), ma solo una durata massima, fissata attraverso criteri che richiamano situazioni soggettive del tirocinante[48].

[45] La disposizione è contenuta nell'art. 18, co. 1, lett. e), L. n. 196/1997 enell'art. 4, co. 1, D.M. n. 142/1998.

[46] Art. 4, co. 1, D.M. n. 142/1998.

[47] S. CIFELLI, *op. cit*., 284.

[48] In riferimento ai tirocinanti, di seguito si elenca la durata massima dello *stage*:

- studenti di scuola media secondaria: 4 mesi (art. 7, co. 1, lett. a), D.M. n. 142/1998);
- lavoratori inoccupati, disoccupati, iscritti nelle liste di mobilità: 6 mesi (art. 7, co. 1, lett. b), D.M. n. 142/1998);
- allievi degli istituti professionali di Stato e di corsi di formazione professionale: 6 mesi (anche nei 18 mesi successivi al termine dei corsi o degli studi) (art. 7, co. 1, lett. c), D.M. n. 142/1998);
- studenti universitari, compresi coloro che frequentano corsi di diploma universitario, dottorati di ricerca, nonché scuole o corsi di perfezionamento e specializzazione post-secondari anche non universitari: 12 mesi (anche nei 18 mesi successivi al termine dei corsi o degli studi) (art. 7, co. 1, lett. d), D.M. n. 142/1998);

Per quanto concerne l'eventuale proroga del tirocinio, questa è ammessa solo qualora la durata iniziale sia inferiore al limite massimo stabilito per legge e con il consenso delle parti interessate. La proroga potrà avere una durata comunque non superiore alla durata fissata dalla normativa vigente[49].

Un'ulteriore ipotesi di proroga può essere prevista qualora vi sia un evento sospensivo: in questa circostanza, la durata della proroga sarà pari a quella dell'evento sospensivo.

La proroga del tirocinio[50], secondo le disposizioni dell'art. 7, D.M. n. 142/1998, determina il mantenimento di tutti gli obblighi ed i doveri propri dello stage, in particolare per quanto riguarda gli obblighi della garanzia assicurativa, del tutorato e del rispetto dell'originario progetto formativo.

Inoltre, il Ministero del Lavoro con l'interpello n. 30, dell'8 agosto 2008, ha evidenziato che, nell'ipotesi di studenti universitari, nulla osta a che il soggetto espleti un periodo di tirocinio della durata di dodici mesi in qualità di studente ed effettui un ulteriore periodo in qualità di laureato, purché il progetto allegato alla convenzione sia diverso per ciascun percorso formativo. Il Ministero ha precisato, inoltre, che il termine dei diciotto mesi successivi alla conclusione degli studi entro il quale concludere o iniziare il periodo di tirocinio, deve essere inteso come il termine entro il quale dare inizio al tirocinio e non quello entro il quale completarlo, ampliando in tal modo i termini del tirocinio per questa categoria di soggetti. Pertanto, sarà possibile avviare, ad esempio, un laureato ad uno *stage* di dodici mesi anche se il tirocinio ha avuto inizio il diciassettesimo mese seguente la laurea.

6. *Sospensione del tirocinio per malattia, infortunio o maternità*

Il servizio militare o quello civile, nonché i periodi di astensione obbligatoria per maternità, sospendono la decorrenza dei termini di dura-

- persone svantaggiate (ai sensi dell'art. 4, co. 1, L. 8 novembre 1991, n. 381): 12 mesi (art. 7, co. 1, lett. e), D.M. n. 142/1998). Si considerano persone svantaggiate (art. 4, co. 1, L. n. 381/1991): gli invalidi fisici, psichici e sensoriali; gli ex degenti in istituti psichiatrici; i soggetti in trattamento psichiatrico; i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare; i condannati ammessi alle misure alternative alla detenzione; i soggetti indicati con DPCM.;
- portatori di handicap: 24 mesi (art. 7, co. 1, lett. f), D.M. n. 142/1998).

[49] P.A. VARESI, *op.cit.*, 975

[50] La proroga va comunicata/richiesta all'ente promotore secondo le formalità previste dal medesimo.

ta e, quindi, non si computano ai fini dei limiti di durata massima (art. 7, co. 2, D.M. n. 142/1998).

Nel silenzio della legge, non si computano, ai fini dei limiti di durata, i periodi di malattia o infortunio, nonché i periodi di godimento dei congedi parentali.

Del resto in caso di malattia o maternità dello *stagista*, l'azienda non è tenuta ad adempimenti contabili o amministrativi, né a versare le relative indennità (previste dalla legge o dai c.c.n.l.).

Nell'ipotesi d'infortunio dello *stagista*, l'azienda titolare della posizione INAIL deve agire secondo diverse modalità legate alla durata dell'infortunio. Infatti, se l'infortunio è di durata superiore a 3 giorni di calendario, l'azienda deve comunicare l'evento, entro 48 ore dal momento in cui ne è venuta a conoscenza all'INAIL, presentando apposita denuncia ed ai locali Uffici della Pubblica Sicurezza (Questura, Commissariato locale di P.S. o Sindaco) nonché registrare l'infortunio nel proprio registro degli infortuni.

Nell'ipotesi di infortunio di durata inferiore a 3 giorni, il soggetto ospitante deve effettuare la sola registrazione nel registro infortuni[51].

L'azienda che non sia titolare della posizione INAIL ha l'obbligo di comunicare l'infortunio tempestivamente all'Ente promotore, al fine di consentirgli l'adempimento delle suddette formalità.

Qualora venga accertata la responsabilità dell'azienda ospitante, la stessa può essere chiamata, in sede civile, a rispondere per i danni eventualmente subiti dal tirocinante[52].

7. *Compenso e rimborsi spese*

Il rapporto di *stage* non dà diritto ad alcuna retribuzione, né borsa di studio o indennità[53]. Tuttavia, il soggetto ospitante, di propria iniziativa, può decidere di riconoscere allo stagista una somma a titolo di rimborso spese o di borsa di studio, ovvero altre agevolazioni di carattere economico (ad es.: *ticket restaurant*)[54].

L'eventuale compenso può essere subordinato al raggiungimento di un periodo minimo (o di un monte ore) prefissato di *stage* ed essere corrisposto sia con cadenza mensile che al termine dello *stage* (ciò avvie-

[51] M. R. GHEIDO - A. CASOTTI, *op.cit.*, 2017.
[52] Sul punto P. PASCUCCI, *op. cit., 230.*
[53] Cfr. Trib Torino 23 giugno 2001, in *Giur. piemontese*, 2001, 319.
[54] Si v. A. ROZZA, *op. cit.*, 76

ne soprattutto per le borse di studio).

Le somme versate ai tirocinanti non sono soggette ad alcuna contribuzione previdenziale, dal momento che lo *stage* non costituisce rapporto di lavoro[55].

Dal punto di vista fiscale, invece, le somme percepite dai tirocinanti per i rapporti intrattenuti con i soggetti ospitanti sono qualificabili come redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente.

In particolare, tali somme rientrano nell'ipotesi prevista dall'art. 50, co. 1, lett. c), D.P.R. n. 917/1986, che assimila ai redditi di lavoro dipendente le somme da chiunque corrisposte a titolo di borsa di studio o di assegno, premio o sussidio per fini di studio o di addestramento al soggetto erogante da rapporti di lavoro dipendente.

L'assimilazione dei compensi ai redditi da lavoro dipendente determina le seguenti conseguenze[56]:

- diritto del tirocinante di godere delle stesse detrazioni previste per i lavoratori dipendenti[57]. Ai fini del riconoscimento delle detrazioni, il datore dovrà acquisire dallo *stagista* la dichiarazione di spettanza;
- obbligo di assoggettare le somme versate alla ritenuta d'acconto con scaglioni e aliquote IRPEF (di norma, l'entità delle somme corrisposte, rende applicabile l'aliquota del primo scaglione di reddito). Qualora l'importo risultante superi quello delle detrazioni attribuite, la ritenuta andrà versata con il codice – tributo 1004, e andranno applicate e versate anche le addizionali regionale e comunale usando rispettivamente i codici – tributo 3802 e 3816[58]; in

[55] Sull'argomento si v. A. MORELLI, *op.cit.,* 123; M. NAPOLI, *op.cit.,* 157.

[56] La legge n. 296/2006 (Finanziaria 2007) ha innovato le modalità di determinazione dell'IRPEF. Le novità applicabili dal periodo d'imposta 2007 sono state illustrate dall'Agenzia delle Entrate nella circolare 16 marzo 2007 n. 15/E. Si ricorda che le ritenute sui redditi assimilati a quello di lavoro dipendente sono effettuate in base alle norme procedurali previste per questa seconda tipologia di reddito (art. 23, D.P.R. n. 600/1973), in virtù del rinvio contenuto nell'art. 24, co. 1, D.P.R. n. 600/1973.

[57] Poiché il tirocinio non costituisce rapporto di lavoro, è da ritenere che ai tirocinanti non si possano riconoscere le detrazioni minime in vigore dall'1 gennaio 2007 (art. 13, co. 1, lett. a), D.P.R. n. 917/1986), spettanti, in caso di reddito complessivo non superiore a euro 8.000, nella misura di 690 euro per i rapporti di lavoro a tempo indeterminato e di 1380 euro per i rapporti a tempo determinato,non rapportate al periodo di lavoro (si rammenta che secondo l'Agenzia delle Entrate,anche tali detrazioni devono essere rapportate dal sostituto al periodo di lavoro nell'anno e che il lavoratore potrà usufruire della parte di detrazione eventualmente non goduta in sede di dichiarazione dei redditi ovvero,su richiesta,in sede di conguaglio).

[58] L'art. 1, co. 144, lett. c), L. n. 296/2006 ha modificato anche l'art. 1, co. 4, D.Lgs. n. 360/1998, istitutivo dell'addizionale comunale all'IRPEF stabilendo che il versamento dell'addizionale è effettuato anche in acconto,oltre che a saldo. Per i redditi di lavoro dipen-

tale caso, al fine di individuare l'ente locale competente a ricevere i tributi,occorrerà riferirsi al comune in cui il reddito è stato prodotto (ciò in conformità a quanto previsto dall'art. 58, co. 2, D.P.R. n. 600/1973);

- l'obbligo per il sostituto d'imposta di effettuare il conguaglio di fine anno o di fine rapporto di cui all'art. 23, co. 3, D.P.R. n. 600/1973, nonché, su richiesta, il "conguaglio complessivo" (art. 58, co. 4, D.P.R. n. 600/1973);
- diritto per il tirocinante di vedersi consegnato, in esito al rapporto di *stage*, il modello CUD, nei termini di legge previsti[59];
- obbligo per il sostituto d'imposta di redigere nel modello 770 semplificato la comunicazione per lavoro dipendente ed assimilati relativa al tirocinante.

In merito alle somme percepite a titolo di rimborso delle spese sostenute dai tirocinanti, si precisa che[60]:

- costituisce reddito imponibile il rimborso allo *stagista* di biglietti o di tessere di abbonamento per il trasporto pubblico utilizzato per recarsi presso il soggetto ospitante (o le eventuali indennità sostitutive del servizio di trasporto) e il rimborso delle spese comunque sostenute per recarsi presso il soggetto ospitante (Circ. Min. Finanze n. 326/1997);

dente e di redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente, l'introduzione dell'acconto dell'addizionale comunale ha reso necessario un adeguamento degli adempimenti a carico dei sostituti d'imposta. Tuttavia, per i soggetti assunti nel corso dell'anno cui l'acconto si riferisce, il sostituto d'imposta non deve calcolare alcun acconto. Si può, pertanto, ritenere che, nei confronti degli *stagisti*, il problema dell'applicazione dell'acconto dell'addizionale comunale,di norma,non si ponga. L'Agenzia delle Entrate ha fornito sull'argomento ampie istruzioni con la circolare n.15/E del 2007.

[59] Il D.P.R. 22 luglio 1998, n. 322 (art. 4, co. 6-*quater*) prevede, attualmente, che le certificazioni siano emesse entro il 28 febbraio dell'anno successivo, ovvero entro 12 giorni dalla richiesta, in caso di interruzione del rapporto. In quest'ultima ipotesi si ritiene che, fino all'approvazione del nuovo modello CUD, si debba procedere alla certificazione degli emolumenti erogati,per mezzo del modello in versione 2007, anche se l'importo delle detrazioni attribuite eccedesse la ritenuta lorda calcolata, annullandola.

[60] Nel testo,si riassumono le conclusioni raggiunte dall'Agenzia delle Entrate nella Risoluzione 21 marzo 2002, n.95/E. In tale documento di prassi,l'Agenzia sottolinea che l'applicazione del regime delle somme erogate in relazione alle trasferte (previsto nell'art. 51, co. 5, D.P.R. n. 917/1986) presuppone che il rimborso corrisposto al cosiddetto "stagista" vada effettivamente a compensare le spese sostenute nel quadro di uno spostamento riconducibile al concetto tecnico "trasferta", già oggetto di chiarimenti ad opera della circolare n.326/E del 1997.

- in caso di rimborso analitico, non concorrono a formare reddito le spese documentate di viaggio, vitto ed alloggio collegate agli incarichi conferiti dal soggetto ospitante da eseguire fuori dal comune in cui si trova la sede di svolgimento dello *stage*. Nel caso di incarichi da eseguirsi nell'ambito del comune in cui si trova la sede di svolgimento dello *stage*, non concorrono a formare reddito le sole spese di viaggio documentate dai titoli di viaggio emessi dal vettore (art. 48, co. 5, n. 2, D.P.R. n. 917/1986);
- le somme percepite in via forfetaria a titolo di rimborso delle spese sostenute dai tirocinanti per eseguire gli incarichi ricevuti dal soggetto ospitante fuori dal comune in cui si trova la sede di svolgimento dello *stage*, trattandosi di redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente, sono assoggettate al regime fiscale previsto per l'indennità di trasferta. Ciò significa che tali rimborsi forfetari non concorrono al reddito imponibile fino a 46,48 o 77,47 euro a seconda che la trasferta sia in Italia od all'estero:il limite di esenzione fiscale viene ridotto di 1/3 o di 2/3,qualora al tirocinante venga riconosciuto il rimborso rispettivamente delle spese di viaggio o di alloggio,oppure di entrambe (art. 48, co. 5, n.1, D.P.R. n. 917/1986).

8. *Recesso*

Con riguardo alla cessazione del tirocinio, la convenzione può imporre l'osservanza di regole e modalità particolari (ad esempio, imponendo il rispetto di un periodo di preavviso).

Secondo un orientamento, le parti possono recedere dal rapporto di tirocinio prima della scadenza solo per gravi motivi[61]. Il recesso dalla convenzione è perciò consentito nel'ipotesi in cui il comportamento del tirocinante è lesivo del regolare svolgimento del periodo di formazione od orientamento (ad esempio: furto di beni aziendali; rissa con altri dipendenti; violazione degli obblighi di riservatezza, diligenza, formazione), oppure quando l'azienda ospitante non ottempera ai contenuti del progetto formativo od ancora l'esperienza formativa del tirocinante non viene svolta.

In caso di recesso ingiustificato e, quindi, di mancato rispetto degli obblighi formativi, da parte del soggetto ospitante, si potrebbe ipotizzare, per il tirocinante, la richiesta di un risarcimento del danno (in

[61] Direttiva Dipartimento Funzione Pubblica 1° agosto 2005, n. 2.

termini di: mancato guadagno, danno alla professionalità, perdita di *chance* e danno esistenziale).

Un risarcimento del danno per inadempimento e/o responsabilità contrattuale è ipotizzabile anche dal lato dell'impresa.

9. *Tirocini formativi e di orientamento con soggetti disabili*

Gli *stages* possono essere svolti in azienda anche da parte di soggetti con disabilità fisica o psichica (art. 11, co. 2, Legge 12 marzo 1999, n. 68)[62]. L'attivazione di tali tirocini permette al disabile di conoscere il luogo in cui sarà chiamato a svolgere la propria attività lavorativa, una volta perfezionatasi l'assunzione definitiva e consente alle aziende di valutare direttamente sul posto di lavoro il disabile da assumere in ottemperanza alle disposizioni legislative sul collocamento dei disabili, conservando il diritto di non dar corso all'assunzione qualora l'esperienza di *stage* non abbia oggettivamente fornito i risultati sperati.

L'attivazione dello *stage* con soggetti disabili è subordinata alla sottoscrizione di un'apposita convenzione con i Centri per l'impiego, che stabilisce modalità, durata e tipo di tutoraggio che verrà garantito nel corso del tirocinio[63].

Lo *stage* con i disabili, pur avendo la natura e la regolamentazione propria di ogni tipo di tirocinio, presenta delle particolarità: lo *stage*, pur

[62] Ai sensi dell'art. 1, L. n. 68/1999, sono da considerarsi soggetti disabili:
- gli **invalidi civili**, cioè le persone in età lavorativa affette da minorazioni fisiche, psichiche, sensoriali od intellettivo, che comportano una riduzione della capacità lavorativa superiore al 45%;
- gli **invalidi del lavoro** (lavoratori del settore privato che abbiano subìto un infortunio o una malattia professionale) con un grado di invalidità superiore al 33%;
- gli **invalidi di guerra**; **invalidi civili di guerra**; **invalidi per servizio** (lavoratori del settore pubblico che abbiano subìto un infortunio sul lavoro o una malattia professionale);
- i **non vedenti**, intesi come le persone cieche in modo assoluto o con residuo visivo in entrambi gli occhi non superiore al 10%;
- i **sordomuti**, cioè i sordi dalla nascita o da un momento antecedente all'apprendimento della lingua parlata.

[63] La previsione di una forma di tutoraggio durante il tirocinio è di particolare importanza, soprattutto nel caso di stage con soggetto portatore di *handicap* psichico: il tutore indicato nella convenzione infatti (ad esempio, un assistente sociale od un membro dei servizi di inserimento lavorativo presso le Asl), rappresenta un punto di riferimento tanto per il disabile quanto per l'azienda,al fine di garantire il corretto e proficuo svolgimento dell'esperienza di stage e può consentire, in quanto soggetto terzo, di superare eventuali difficoltà gestionali.

non costituendo un rapporto di lavoro, consente all'azienda di assolvere l'obbligo di assunzione per tutta la durata dello *stage* e dell'eventuale proroga dello stesso (art. 6, D.M. 22 gennaio 2001; art. 13, co. 3, L. n. 68/1999). In particolare, i disabili impegnati in attività di tirocinio, sono computati nella quota di riserva, ma sono esclusi dalla base di computo della stessa; la durata dello *stage* può arrivare, compresa l'eventuale proroga, fino ad un massimo di 24 mesi[64].

Gli oneri contributivi per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e per la responsabilità civile (che devono essere comunque anticipati dal datore di lavoro) vengono posti a carico del Fondo nazionale per il diritto al lavoro dei disabili (art. 13, co. 3, L. n. 68/1999)[65].

[64] Così come disciplinato dall'art. 7, co. 1, lett. f), D.M. n. 142/1998; art. 13, co. 3, L. n. 68/1999.

[65] Tale vantaggio sussiste solo se lo *stage* viene proposto dal Centro per l'impiego. Nel caso in cui sia il datore a segnalare il nominativo del disabile da coinvolgere nell'esperienza di *stage*, gli oneri assicurativi sono a suo integrale carico, senza possibilità di rimborso (fatto salvo l'eventuale trattamento di miglior favore concesso dal Centro per l'impiego stesso).

RECENSIONI

ALESSANDRO SOMMA, *Economia di razza. Dal fascismo alla cittadinanza europea*, Verona, Ombre corte, 2009, pp. 178.

Si può avviare la recensione di questo saggio affermando che si tratta di un'opera revisionista, ma non nel senso assiologicamente deteriore che talvolta tale aggettivo assume all'interno del dibattito storiografico. Piuttosto è revisionista in modo intelligentemente critico e, attingendo alla migliore letteratura sul tema, contribuisce alla delucidazione degli argomenti trattati restituendo al lavoro storiografico e comparativistico il ruolo che gli è proprio: revisionare, appunto, alla luce della documentazione storica e del dibattito storiografico le assunzioni che, così rilette, mostrano fallacie storiografiche e implicazioni ideologiche.

L'intento dell'autore è chiaro fin dal principio: revocare in causa la tesi che assume l'*incomparabilità dell'Olocausto* dal punto di vista storico e politico, facendone un'eccezione per certi versi inspiegabile. Alessandro Somma cerca di dimostrare come tale assunto sia immanentemente ideologico e valutativo e come la sua accettazione metta in discussione lo stesso metodo comparativo, in quanto strumento per la ricerca storica, e le sue basi relativistiche. Nel far ciò si fa notare, tra l'altro, come la tesi dell'incomparabilità, ne produca – paradossalmente – altre comparativistiche: una su tutte, la minimizzazione del fascismo italiano. Ciò che invece muove l'autore è la convinzione dell'utilità della comparazione delle vicende storiche fasciste e nazionalsocialiste ed, in particolare, il confronto fra le teorie e le pratiche razziste messe in campo dai due totalitarismi.

Accantonata la tesi dell'incomparabilità, si pone il problema di "come" e "cosa" comparare. Quanto al "come", Somma utilizza il metodo funzionalista che gli permette di individuare gli aspetti centrali della comparazione; afferma, infatti, che un modello troppo rigido fondato sulla valorizzazione delle differenze impedirebbe, sostanzialmente, la comparazione stessa. Quello di cui si ha bisogno, invece, è un modello "debole" in grado di individuare le finalità dei sistemi comparati e di evidenziare "l'equivalenza funzionale tra fatti sociali", senza dimenticare che "tra essi e il loro contesto discorsivo" vi sono "nessi instabili e mutevoli: tecniche e valori sono *dissociati*". Tale dissociazione è a sua volta "indispensabile" per comprendere il rapporto fra le pratiche discorsive e il tipo di potere (tradizionale o razionale) da cui promanano. Quanto al "cosa", lo si è già accennato: fascismo italiano e nazionalsocialismo tedesco (come risposte alla crisi economica fra le due guerre e come terza via" fra liberalismo e comunismo) e le rispettive politiche razziali.

Come punto di riferimento per il confronto fra le due forme di raz-

zismo è presa la distinzione fra razzismo biologico, che sottende una logica gerarchica, e razzismo culturale, che sottende una logica di differenziazione. Altro punto di orientamento ermeneutico è costituito dell'assunzione dell'unitarietà del fenomeno razzista che accomuna le due esperienze totalitarie: comuni, infatti, erano le finalità perseguite attraverso l'adozione di politiche razziste.

Ma il razzismo viene da lontano. È un fenomeno che nella modernità ha assunto diverse forme e ha funzionato in diversi modi. L'autore mostra in particolare come una forma culturale di "razzizzazione", quella legata all'idea liberale di *homo aeconomicus*, sia stata utilizzata, seppur modificata, dal movimento che, nell'affossare il liberalismo, riformò il liberismo: il c.d. *ordoliberalismo*. In questo senso il fascismo e il nazionalsocialismo possono essere considerati come fenomeni non solo comparabili, ma sostanzialmente unitarî. Inoltre, tratti del razzismo vengono rintracciati negli assetti politici che seguono la seconda guerra mondiale e il riaffermarsi del liberalismo: tutti riconducibili alle forme biopolitiche del potere.

Tracciato il quadro teorico all'interno del quale intende muoversi, Somma procede all'analisi storico-comparativa rivalutando il ruolo della cooperazione italo-tedesca in materia di elaborazione del diritto razzista, nell'intento di mostrare come il fascismo italiano abbia sviluppato e consolidato "massime in linea con l'approccio biologico tipico del nazionalsocialismo"; ciò, nonostante la mediazione avutasi nel dibattito italiano fra istanze razziste e protorazziste. Sostiene l'autore, cioè, che il razzismo italiano non sia stato poi così diverso da quello tedesco e che tale pretesa diversità abbia avuto più un ruolo tattico che delle fondamenta politico-culturali.

Messi a confronto i due razzismi, infatti, si può notare come il preteso razzismo fascista di stampo spiritualista abbia avuto connotati biologici ben prima del contatto e della presunta influenza del razzismo nazionalsocialista. Anche la distanza fra le pratiche razziste, segregazionista quella fascista e di annientamento quella nazionalsocialista, tende a sfumare, laddove la si consideri una differenza quantitativa più che qualitativa: le politiche di *apartheid* praticate durante il colonialismo e le leggi razziali del '38 non hanno portato direttamente e univocamente allo sterminio fisico delle popolazioni interessate, ma il loro annientamento sociale ha precostituito le condizioni perché fosse possibile, nel caso degli ebrei, la collaborazione attiva al progetto di sterminio.

Anche la convinzione che la differenza fra i due tipi di razzismo passi per la diversa tipologia di eugenetica praticata – positiva il razzismo nazionalsocialista, negativa quello fascista – deve essere riveduta: Somma mostra, infatti, come l'ordinamento fascista, attraverso la

nuova codificazione penale e civile, abbia introdotto tecniche di manipolazione della salute e dei caratteri ereditarî. Il razzismo, dunque, deve essere inteso come fenomeno complesso, ma unitario: quest'ultimo, per citare le parole dell'autore, "attiene alla costruzione del diverso, muovendo da premesse insieme spiritualiste e biologiste, producendo insieme emarginazione e annientamento, e ricorrendo a pratiche eugenetiche la cui classificazione nulla dice circa la qualità del loro contributo alla causa razzista".

L'accento viene posto, dunque, non sulle differenze degli oggetti storici comparati, ma sulle equivalenze funzionali del razzismo fascista e nazionalsocialista: le differenze sul piano delle formazioni discorsive (sulla concezione di popolo e di stato, ad esempio) possono essere relativizzate se si pensa alla comune funzione di occultamento dei meccanismi di sfruttamento economico. Il razzismo viene infatti individuato come funzionale alla riforma del liberalismo economico portata avanti fra le due guerre: strumenti di tale riforma furono il corporativismo sul piano istituzionale e lo sviluppo dell'ordoliberalismo in area tedesca (comparabile alle linee di politica economica fasciste) sul piano teorico.

L'ordoliberalismo tedesco e la politica economica fascista rivestono una particolare importanza nella costruzione teorica del saggio in questione, poiché l'autore stabilisce un'intima connessione fra riforma del liberalismo economico classico e razzismo: è in tale riforma che il fascismo vide "uno strumento chiamato a valorizzare il mercato nella sua essenza di *meccanismo selettivo*. Un meccanismo capace di produrre un disciplinamento del corpo sociale in forme indicative di una sorta di purezza razziale: l'*homo oeconomicus* era infatti un tipo umano *razzizzato*, esattamente come quello cui mostra di riferirsi il biopotere fascista, nel tentativo di rimediare all'individualismo e all'astrattezza tipici del modello settecentesco". Ed in questo senso può parlarsi di *eugenetica economica* come quella funzione di conformazione dei comportamenti individuali al modello economico.

Il razzismo, dunque, non va letto solo in chiave politica, ma anche e soprattutto in chiave economica. Ciò permette di estendere il ricostruito *modello debole di fascismo* come strumento ermeneutico oltre il periodo strettamente fascista e utilizzarlo per leggere le riforme costituzionali del dopoguerra, la crisi attuale del liberalismo politico e le caratteristiche di quello che Somma definisce *razzismo postmoderno* (pratica culturale ed economica finalizzata ad imporre logiche di differenziazione idonee a disciplinare l'importazione di forza-lavoro). Se nel dopoguerra, infatti, la centralità del binomio cittadinanza-lavoro prende il posto di quello libertà-proprietà, si capisce perché sia

il lavoro a divenire "il perno attorno a cui ruotano molte pratiche di razzismo istituzionale e culturale" e perché sia il *razzismo economico* ad ispirare "le attuali pratiche di inclusione o esclusione del diverso e a monte la costruzione sociale delle identità e delle diversità".
Il saggio si conclude con spunti di riflessione critica sulla cittadinanza europea, sulla centralità del mercato e sul passaggio dal *lavoratore* al *consumatore* come tipo umano di riferimento. Si avvertono, infine, la tensione e la preoccupazione politica dell'autore che intravede nel ridimensionamento del liberalismo politico e nella pervasiva eugenetica economica una situazione che, alla luce del modello debole di fascismo, "ricorda troppo da vicino lo schema da cui hanno tratto forza le dittature fasciste del secolo scorso".

LUIGI CUPIDO

GIUSEPPE CAMPESI, *Genealogia della pubblica sicurezza. Teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco*, Verona, Ombre corte, 2009, pp. 282.

Si assiste, da anni, ad un proliferare di studi foucaultiani: innumerevoli sono ormai i lavori dedicati direttamente al filosofo francese o che alle sue pratiche di ricerca si ispirano, provando a seguirne le orme. Fra questi ultimi, la recente pubblicazione in recensione, frutto della penna di Giuseppe Campesi, dottore di ricerca e assegnista di ricerca in filosofia del diritto presso il Dipartimento di Teoria e Storia del Diritto dell'Università di Firenze.
Questi prende in prestito da Foucault il metodo genealogico per ricercare, nell'intreccio fra saperi e poteri, le condizioni di possibilità necessarie all'affermarsi della nozione di *pubblica sicurezza* nella giuspubblicistica europea moderna. Tale genealogia è a sua volta indispensabile per comprendere la genesi di quello che l'autore definisce *dispositivo poliziesco*.
Campesi avverte che la scelta dell'espressione "dispositivo poliziesco", oltre che richiamare esplicitamente l'opzione metodologica di fondo, è necessaria per sottrarsi alla tradizionale impostazione degli studi sulla polizia che tende a configurare quest'ultima in termini soprattutto repressivi e conservativi dell'ordine e della pubblica sicurezza. Il suo lavoro, invece, si distanzia da una tale impostazione nel tentativo di mettere in luce gli aspetti "produttivi" del dispositivo poliziesco, analizzandolo in quanto tecnologia biopolitica (tecnologia, cioè, volta al governo della popolazione), e si muove nel solco degli studi sulla *governamentalità*, nell'analisi dell'evoluzione delle razionalità di governo dalla fine del medio Evo all'affermarsi del liberalismo in Europa.
È dunque lunga la storia del dispositivo poliziesco e comincia a deli-

nearsi a partire dall'emergere del conflitto fra *iurisdictio* e *politia*, conflitto che s'instaura con la complessificazione della società per ceti (soprattutto nei rinascenti centri urbani) e con l'esigenza di amministrare una nuova e fiorente realtà commerciale e manifatturiera. Il lento superamento dell'indistinzione fra poteri, che aveva caratterizzato l'epoca premoderna incarnandosi nella *iurisdictio*, fa emergere, attraverso la ripresa di temi aristotelici, il concetto di *politia*. Campesi mostra come il conflitto istituzionale fra questi due modi di esercizio del potere sia stato lento e lungo e che solo con l'affermarsi della *politia* come autonomo potere collegato alla centralizzazione del potere regio nelle costituende monarchie nazionali s'è potuto plasmare l'ambiente politico-istituzionale indispensabile all'emergere dei moderni poteri polizieschi. L'opera ripercorre le vicende di questo conflitto e le sue connessioni con lo sviluppo delle forme moderne di accentramento statale (legate ai concetti di sovranità e governo). In particolare, per importanza e paradigmaticità, è illustrato lo sviluppo delle principali monarchie europee: quella costituzionale inglese e quelle amministrative in Francia e in area tedesca. Emerge, da questo excursus, la particolarità della vicenda anglosassone, che vede in qualche modo vincere, nello scontro fra *iurisdictio* e *politia*, la prima. Più articolato è il conflitto in Francia, dove, fino alla completa affermazione delle prerogative sovrane, la non netta distinzione fra le due sfere rende impossibile lo svilupparsi di una vera e propria scienza della polizia. Distinzione chiara che invece si afferma in area prussiana: sarà questa la condizione del futuro sviluppo della moderna *Polizeiwissenschaft*.

Il XVII sarà, dunque, il secolo cardine per la storia della polizia: in Inghilterra, con la sconfitta dell'assolutismo politico, il termine *policy* non riuscì mai ad esprimere, come invece fecero il termine *police* in Francia e *policey* in Germania, un'idea generale di politica interna (*polizia del benessere*), restando confinato nell'ambito semantico della *polizia di sicurezza*.

Il XVIII secolo vedrà dispiegarsi la natura del dispositivo poliziesco: pur investendo molteplici ambiti sociali, esso può essere articolato in tre grandi aree: la *polizia del territorio*, volta a dettare le regole per disciplinare gli spazi della vita sociale, in particolare quello urbano; la *polizia economica*, che, in ottica mercantilistica, regola la vita economica delle città, soprattutto negli ambiti progressivamente sottratti al controllo corporativo dallo sviluppo dell'economia commerciale e manifatturiera; infine, la *polizia della popolazione*, il cui intervento è rivolto al benessere della popolazione, appunto, considerata dalla politica mercantilistica elemento centrale per la ricchezza e lo sviluppo

delle nazioni. La polizia della popolazione si occuperà, allora, di gestire le sempre più numerose masse urbane, contrastando, in particolare, quelle oziose, povere e vagabonde e prendendo sotto controllo i lavoratori non inquadrati nelle fila del sistema corporativo.

Nuovo potentissimo strumento di disciplinamento sociale, il dispositivo poliziesco può essere letto come "migliore testimonianza dello sforzo colossale profuso all'alba dell'età moderna per forzare quel cambiamento in campo spirituale-morale e psicologico necessario a produrre il tipo antropologico adatto alle esigenze che il fabbisogno politico ed economico della moderna società capitalistica imponeva". Ed è proprio nel concetto di produzione che si può rinvenire il contributo più importante di questo lavoro: lo stesso autore sottolinea, infatti, come sia opportuno guardare al dispositivo poliziesco non nell'ottica tradizionale che lo vede arroccato a difesa dell'ordine costituito, ma come strumento (ed in questo senso è, foucaultianamente, un *dispositivo*) necessario alla produzione stessa dell'ordine sociale.

L'epoca del dispositivo poliziesco, fondato sulla *polizia generale* come pervasivo strumento di governo economico-sociale, inizia a chiudersi a partire dalla metà del XVIII secolo con la diffusione nell'Europa continentale del liberalismo. In Francia, con l'emersione dell'*administration*, le competenze della polizia generale di antico regime vengono erose; si avvia il processo di riforma che trova il suo acme nella rivoluzione; vengono poste le basi teoriche per il sistema di polizia del XIX secolo. Un simile processo avviene contemporaneamente in Germania dove, ancora per mezzo della pressione esercitata dal movimento sociale e politico liberale, si assiste al declino della *Politeiwissenschaft*: il discorso unitario che ad essa si riferiva comincia ad articolarsi nei differenti piani dell'economia politica e della scienza del diritto pubblico.

Mentre i modelli tedesco e francese approntavano gli strumenti per la riforma del dispositivo poliziesco, nell'Inghilterra della seconda metà del XVIII secolo i profondi mutamenti della struttura economica e sociale imponevano una ristrutturazione del sistema di polizia, ponendo così le basi per la definizione, ad un tempo teorica e pratica, del modello di polizia che l'autore definisce *polizia liberale*. È il frutto, ormai maturo, dei cambiamenti politico-sociali innestati dall'affermazione del sistema economico capitalistico e dalle sue esigenze: la liberazione completa della forza lavoro, salvo il controllo dei margini di rischio e pericolosità sociale prodotti dalla classe lavoratrice. Il dispositivo poliziesco si attesta dunque sulla funzione di garanzia e tutela della pubblica sicurezza, in un contesto che ha accettato il profondo cambiamento dovuto

all'industrializzazione.
Il lavoro in recensione si arresta all'inizio del XIX secolo: dopo un lungo percorso alla ricerca delle radici teoriche ed economico-sociali alla base del moderno dispositivo poliziesco, Campesi ha mostrato come il variegato e portante strumento di controllo sociale sia stato, ed è, centrale nell'articolazione della *ragione governamentale* liberale, brandendo la sicurezza e inserendosi nel meccanismo di produzione e distruzione di libertà evidenziato da Michel Foucault.

LUIGI CUPIDO

F. BARBAGALLO, *Storia della camorra,* Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 311.
I. SALES, *I preti e i mafiosi. Storia dei rapporti tra mafie e chiesa cattolica,* B. C. Dalai, Milano, 2010, p. 367.

In tema di criminalità organizzata di stampo mafioso, i dibattiti politici lasciano sempre minor spazio alle conoscenze tecniche di storici, sociologi, economisti e criminologi che sviluppano, spesso, saperi individuali, raramente sinergici tra loro, e, pertanto, limitati.
Gli "eroi di carta", contro i quali si levano, a torto o a ragione, autorevoli voci, vengono frequentemente utilizzati da varie fazioni politiche, nella volontà di rispondere alla crescente richiesta di sicurezza dei cittadini. Alla criminalità organizzata ex art. 416 bis c.p., dunque, si assegna di frequente un ruolo strumentale: che si possa parlare di essa, il fatto stesso che esista, favorisce la politica dei manifesti, cui non seguono i fatti. Eppure è dai fatti che ogni intervento antimafia dovrebbe muovere.
I due libri che qui si presentano si occupano entrambi di fatti di mafia. Francesco Barbagallo in "*Storia della camorra*", focalizzando l'attenzione sul fenomeno camorra, ne traccia una ricostruzione storica puntuale e dettagliata; Isaia Sales in "*I Preti e i mafiosi*", riferendosi alle mafie in generale, affronta una tematica poco arata in sociologia: il rapporto tra chiesa e mafie. Si tratta di due testi che, attraverso percorsi diversi, ma complementari, giungono alla conclusione che le mafie non sono organizzazioni criminali avulse dalla società ma nascono in essa, vivono grazie ad essa e la gestiscono in gran parte.
Barbagallo sul punto scrive: "grazie a… connivenze e cointeressenze… il potere criminale è ormai il potere centrale nell'economia e nella società". Sales afferma: "non capiremmo niente del lungo resistere dei fenomeni mafiosi, se non interrogassimo anche la cultura e la mentalità che la Chiesa cattolica ha determinato nel sud con la sua capillare presenza e influenza". Tutte le istituzioni, nessuna esclusa, dunque, devono essere prese in considerazione per ben comprendere nascita, vita e diffusione delle mafie.
Barbagallo ricostruisce la evoluzio-

ne della camorra, servendosi di autorevoli fonti, Monnier, Paliotti, Villari, Galasso, per citare solo alcune delle più risalenti, Marmo, Ciconte, Petraccone, Sales, Arlacchi, per ricordare quelle più recenti, Capacchione, Saviano, Scanni-Oliva, Marasca, Cantone, per evidenziare quelle più conosciute al grande pubblico. A tali fonti vanno, poi, aggiunti "i dettagliati racconti dei collaboranti, non soltanto camorristi, ma anche imprenditori e politici collusi o coartati, *che seppur* non costituiscono prove sufficienti per erogare condanne penali, sono, però, molto utili per ricostruire questo genere di storia che non si configura più soltanto come storia della criminalità, ma è diventata ormai una parte essenziale della storia del potere e della società meridionale e italiana nell'età contemporanea".

Come già aveva fatto ne "*Il potere della camorra*", lo storico svela la presenza di una mafia imprenditrice, capace di un grande potere contrattuale su tutto il territorio italiano, della quale spesso i contorni della illegalità sfumano in quelli della legalità, di una legalità per così dire "aiutata" da clientele e collusioni con ogni personaggio possa rivelarsi utile: politici, amministratori e, come afferma Sales, anche ecclesiastici.

Da Vittozzi, vicedirettore del cimitero di Napoli all'epoca del processo Cuocolo, al calabrese don Stilo, ai siciliani frati di Mazzarino, è proprio il sociologo a proporre una rassegna di personaggi definibili mafiosi, nonostante la scelta di vestire abiti ecclesiali. "Il numero di sacerdoti, frati, suore e monsignori coinvolti in rapporti con le organizzazioni di tipo mafioso… non raggiunge i livelli dei rappresentanti di altre istituzioni e categorie, ma in ogni caso non è assolutamente riducibile a una mera sommatoria di devianze individuali". Individuali sono, invece, i tentativi dei preti che combattono contro le mafie, di quelli che lo hanno fatto a costo della loro vita (anche prima dei più conosciuti Pino Puglisi e Peppino Diana). Lasciati soli, non tutelati dalla loro istituzione di riferimento, questi "martiri" hanno spesso trovato la morte grazie all'assordante silenzio, imbarazzante e colpevole della Chiesa centrale.

Anche questo atteggiamento può spiegare la presenza nella letteratura meridionale di figure ecclesiali negative: "non è presente il tipo del buon prete, che aiuta gli umili e i sofferenti, che consola gli afflitti, che in maniera disinteressata dà una mano al prossimo, né tanto meno esistono ecclesiastici o credenti di sofferta spiritualità, di inquieta passione, di tormentata fede". Giuseppe Tomasi di Lampedusa, Verga, De Roberto, Pirandello, Sciascia, Camilleri nei loro scritti evidenziano una particolare percezione del prete da parte della popolazione del sud, come rileva il sociologo. Il prete non è un uomo morigerato e illuminato dalla fede; è spesso considerato simile agli esponenti del-

le classi dominanti, caratterizzato da appetiti terreni, coinvolto in giochi di potere ed invischiato in relazioni illegali. Una Chiesa silenziosa, poco schierata e talvolta persino omertosa ha favorito il diffondersi di un fenomeno criminale efferato ed incombente quale quello delle organizzazioni criminali di stampo mafioso tra la popolazione di zone in cui storicamente è più praticata la religione cattolica.

È a tale popolazione che Barbagallo, analizzando l'evoluzione della camorra, si riferisce continuamente. Fin dalla nascita della organizzazione criminale, che lo storico fa risalire al secondo quarto dell'Ottocento, la "violenta organizzazione criminale composta di plebei" guardava in alto e, se, da una parte, si contrapponeva allo Stato, dall'altra, imitava codici e comportamenti dell'aristocrazia. Dalle "semplici" estorsioni, la camorra andò ad espandersi, tessendo innumerevoli e vantaggiose relazioni, fino ad inserirsi nelle amministrazioni comunali sottoforma di clientelismo, come l'Inchiesta Saredo del 1901 testimonia. Citando le parole del funzionario di polizia Eugenio De Cosa (1908): "il camorrista moderno conosce anticipatamente a chi verrà aggiudicato l'appalto di questa o di quella amministrazione". La camorra tra Ottocento e primo Novecento si presenta come un fenomeno eminentemente urbano e plebeo che allarga i suoi circuiti illegali di fronte alla indolenza dei ceti dirigenti e muore all'indomani del processo Cuocolo, in quanto "subalterna ai poteri dominanti che, dopo averla usata, non avevano difficoltà ad eliminarla". Si trattò, tuttavia, di una morte apparente, o, se si vuole, di una ristrutturazione della vecchia organizzazione criminale che negli anni Sessanta del Novecento maturerà il suo più grande e improvviso sviluppo.

Cutolo e il caso Cirillo, il terremoto dell'Ottanta e le spartizioni degli appalti per la ricostruzione sono soltanto alcune delle esperienze ricordate dallo storico che meglio rappresentano il ruolo di mediazione e di controllo attivato dalla camorra, a mano a mano divenuta referente principale sul territorio campano per numerosi affari. "La criminalità organizzata si consolida e si espande anche perché risulta essere la sola forza capace di offrire molteplici e diffuse possibilità di occupazione, di arricchimento, di lavoro professionale sui diversi terreni: criminale, illegale, ma anche, e sempre più, legale". I casalesi, in particolare, negli anni Novanta (con il narcotraffico prima e l'Alta Velocità poi) sono l'espressione massima di una criminalità che sa gestire anche affari leciti, dominando il contesto sociale campano e attestandosi tra i principali imprenditori mafiosi sul territorio. Barbagallo dedica ampio spazio alla storia di questo clan, dalle origini ad oggi, evidenziandone caratteristiche e specificità rispetto alla

camorra napoletana e analizzandone dettagliatamente il ruolo di primaria importanza nel recente , almeno per fama, affare "monnezza". Alla situazione attuale del mondo della camorra lo storico ha il merito di dedicare molte pagine del suo scritto con riferimento in particolare alla questione dei rifiuti, per l'appunto, e ai nuovi equilibri nella spartizione del territorio napoletano, dai Giuliano ai Lauro.
La camorra del duemila si presenta come un'organizzazione che va ben al di là della commissione di un semplice reato, potendo vantare, invece, un *network* potente, l'utilizzo di moderne tecnologie e una rete di conoscenze, clientele, collusioni e silenzi su cui concordano tanto lo storico quanto il sociologo.
Anche la Chiesa, come osserva Sales, è preda della mafia che assume il monopolio delle confraternite, esige il "pizzo" su funzioni religiose (specie per le organizzazioni delle feste) e fa persino da intermediario in caso di furti di oggetti sacri, praticando con maestria il cosiddetto "cavallo di ritorno". "Quasi sempre la refurtiva viene trovata o restituita dai ladri a seguito di proposte che non si possono rifiutare. E gli uomini di Chiesa non hanno mai fatto mistero di essersi affidati anche alla intermediazione di mafiosi o di delinquenti devoti, pur di vedersi restituito l'oggetto sacro".
La vita del mafioso è ben radicata sul territorio di appartenenza, come Sales aveva già affermato in *"Le strade della violenza"*; si serve della cultura del luogo e, quindi, anche della Chiesa, dei suoi riti e del suo linguaggio soprattutto in occasione di importanti momenti della vita dell'organizzazione malavitosa (ad es. per le iniziazioni). E, d'altra parte, gli stessi mafiosi sono quasi sempre religiosi.
Da Provenzano a Riina, da Cutolo a Setola il sociologo dimostra che esiste un vero, e non soltanto presunto, "sentimento religioso" in molti esponenti della criminalità organizzata, come rileva l'indagine quantitativa, citata nel testo, condotta all'interno del napoletano carcere di Secondigliano nel 2003.
Il binomio mafia-chiesa cattolica può essere spiegato, secondo Sales, con la presenza di un dio fai- da-te, di un "politeismo segreto e moderno che consente al Dio degli assassini di convivere con il Dio delle vittime", con una cultura condivisa, secondo cui "la Chiesa ha dato una grande giustificazione al sistema clientelare, al di là delle intenzioni morali di chi lo praticava, e non ha contrastato il sistema mafioso, che ne era una versione patologica e violenta". La religiosità del sud è stata più passiva che attiva, più devozionale che sociale. La chiesa al sud ha favorito la tradizione contro i cambiamenti ("la storia meridionale così povera di battaglie per i diritti ne ha conosciute di accanite per il mantenimento dei privilegi"); il culto dei santi ha avuto come presupposto la stessa spinta

che ha condotto al clientelismo ("la santità meridionale assume le caratteristiche di intermediazione e di protezione tipiche del rapporto tra ceti popolari e ceti nobiliari. Il santo è l'unica forma interclassista di accesso a una protezione"). La cultura in cui si inserisce la mafia è una cultura profondamente religiosa in cui la delazione ed il tradimento, l'accusa e il giudizio non sono bene accetti: "Non è da buon cristiano accusare altri". Il perdono è un fatto individuale da concordare solo con dio, non un problema sociale: "c'è un Dio con il quale si può negoziare in via privata la salvezza della propria anima senza dover passare attraverso un recupero del danno arrecato socialmente e collettivamente sopportato; il principio è che bisogna riparare nei confronti della Chiesa ma non nei confronti della vittima". I tentativi di mediazione tra Stato e mafiosi di alcuni prelati a favore della dissociazione e contro il pentitismo nascono da una stretta similitudine tra perdono cristiano e dissociazione mafiosa: "Con questo messaggio (contro il pentitismo e a favore della dissociazione), ancora oggi sostenuto da moltissimi religiosi, sarà difficilissimo ridimensionare il concetto di omertà che tanti studiosi e inquirenti ritengono l'essenza stessa dell'organizzazione di tipo mafioso".
L'essere buoni cristiani finisce per non coincidere con l'essere buoni cittadini; l'essere buoni cittadini richiede una militanza contro la mafia che, come rileva Barbagallo, non è affatto presente, potendosi, viceversa, evidenziare "la sostanziale assenza di ogni politica antimafia" ed una iniziativa della magistratura e delle forze dell'ordine spesso isolate, incidenti ed incisive soltanto sui camorristi propriamente detti e non anche su politici ed "onesti cittadini" compiacenti. La situazione insomma non è rosea, benché lo storico affermi che "dalle catastrofi si può sempre riemergere e riprendere un cammino positivo", a patto, si sostiene qui, di avere la volontà di agire in sinergia, proprio a partire dalla ricerca scientifica.

SIMONA MELORIO

BENEDETTO CROCE, *Stampatori e librai in Napoli nella prima metà del Settecento*. A cura di Massimo Gatta. Introduzione di Alberto Cadioli, con uno scritto di Luciano Canfora, Macerata, Biblohaus, 2010, 153 p., 15 euro.

Benedetto Croce studioso della stampa, del lavoro tipografico, delle collezioni librarie è certamente meno conosciuto di Benedetto Croce filosofo, storico, critico letterario, ma non è, necessariamente, un Croce "minore". Egli, infatti, ha nutrito per l'intero arco della vita interesse e attenzioni per le diverse manifestazioni del mondo del libro (dalla fattura materiale, alla circolazio-

ne, alle raccolte) tali da farne una delle componenti fondamentali del suo bagaglio intellettuale e culturale. Se ne ha immediata conferma leggendo il bel volume, curato da Massimo Gatta per le edizioni Biblohaus, in cui vengono riproposti due scritti "tipografici" di Croce – il primo giovanile, del 1892, più esteso, che dà il titolo al volume, il secondo, breve e meno noto, apparso nel 1948 a pochi anni dalla morte – con il corredo felicemente calibrato di altri classici brani sul tema, delle note introduttive di accreditati studiosi, quali Alberto Cadioli e Luciano Canfora, di un denso e documentatissimo saggio del curatore.

Nell'introduzione, Cadioli indica chiaramente le coordinate interpretative di cui avvalersi nella lettura dei testi per non correre il rischio di ascrivere, d'acchito e meccanicamente, gli scritti qui proposti, definiti dallo stesso Croce "tenui", alle categorie dell'erudizione e della bibliofilia considerate in accezione restrittiva, come aulici luoghi autoreferenziali e non come particolari declinazioni della conoscenza e della comunicazione. Precisa Cadioli: "La curiosità storica può portare verso la mera erudizione, così come la maniacale attenzione del bibliofilo per l'esemplare di una specifica edizione può portare verso il collezionismo fine a se stesso. Ma sia l'erudizione sia la bibliofilia – intesa come passione per tutti gli aspetti di un volume: il suo essere oggetto materiale e il suo essere supporto di trasmissione di un sapere – possono invece essere utilizzate come strumenti fondamentali per approfondire la conoscenza della storia di libri e di testi" (Cadioli, p. II). Il libro, quindi, documenta un giovane Croce che, già alla fine dell'Ottocento, mostrava come lo studio della storia della tipografia potesse (e dovesse) avvenire attraverso l'attento esame dei singoli stampatori, della loro attività, della loro produzione.

Il primo dei saggi riproposti, pubblicato come elegante strenna di fine anno dal tipografo napoletano Francesco Giannini, si apre con la presentazione dei "due librai [che] tenevano il campo a Napoli ai principii del settecento, e tutti e due letterati, tutti [e] due scrittori delle stesse materie, e stampatori dello stesso genere di libri; e, naturalmente, tra di loro, nemici. Era l'uno Antonio Bulifon […], un francese nato nel Delfinato, venuto a Napoli, giovane, nel 1670, dove aveva preso moglie e aperto un negozio di stampatore e libraio. L'altro era Domenico Antonio Parrino, napoletano" (Croce, p. 9). Croce illustra la produzione dei due tipografi, rimarcando l'importanza delle opere e degli autori in catalogo (da Giambattista Basile al Summonte). Fuggito dal Regno il francese Bulifon all'arrivo degli Austriaci, e "decaduto" Parrino, continua Croce, la scena napoletana è dominata da Felice Mosca che, fra le molte altre, impresse alcune importan-

ti opere di Giambattista Vico. In proposito, da un'ottica molisana, fa piacere integrare le indicazioni dei titoli stampati dal Mosca, puntualmente fornite, con quella relativa alla seconda (1699) delle tre edizioni della monografia su Ferrazzano pubblicate dall'arciprete del paese, Francesco De Sanctis. Fatto cenno ad altri stampatori in attività in quei decenni, l'attenzione si sposta sul commercio librario, il cui centro era localizzato nella eponima via S. Biagio. Croce dà conto delle prammatiche che all'epoca regolavano produzione e circolazione dei libri, ma fa riferimenti diffusi anche alla provenienza e alla qualità della carta, alle legature, alle modalità di propaganda e vendita del prodotto. Lo scritto si chiude con un ricordo dell'innovativo contributo offerto all'arte tipografica napoletana dal multiforme ingegno dello "strano" (Croce, p. 17) Raimondo di Sangro, Principe di San Severo, al quale si deve anche la donazione al Re Carlo di Borbone dell'attrezzatura che diede vita alla Stamperia Reale, e con l'invito a continuare l'opera di Lorenzo Giustiniani "sulla storia delle nostre tipografie" (Croce, p. 18).
Il secondo scritto riproposto comparve la prima volta sul "Giornale" di Napoli nel marzo del 1948. Croce, mutuando le notizie da un diario inedito, ricostruisce rapidamente un episodio occorso un secolo prima: lo sciopero degli stampatori del 25 aprile 1848, attuato "per ottenere 'agevolazioni' dai proprietari delle stamperie" (Croce, p. 22), risoltosi senza incidenti grazie a un 'comprensivo' intervento della Guardia Nazionale. Anche in questo caso è possibile apporre una postilla molisana: il generale comandante i battaglioni della Guardia Nazionale, che negoziò con gli scioperanti ottenendo lo scioglimento della manifestazione con la promessa di un personale interessamento presso il governo, era Gabriele Pepe, "patriota e scrittore", nativo di Civitacampomarano, "popolare per il suo duello con Lamartine in difesa dell'onore d'Italia", come scrive Croce (p. 21).
Il primo dei brani posti dal curatore del volume a complemento del *corpus* crociano è relativo proprio a quest'ultimo scritto. Antonino Basile, in un circostanziato studio del 1958, integrò le scarne notizie fornite da Croce e propose una lettura più articolata, e più convincente, della manifestazione che viene presentata, non come uno "sciopero assai bonario ed affatto inconcludente [in cui] si osservano alcuni tratti che ricompaiono nella nostra età di scioperi, tra i quali caratteristico il non sapere gli scioperanti perché scioperano" (Croce, pp. 22-23), ma come una manifestazione insorta "per una rivendicazione molto […] concreta: la riduzione della giornata lavorativa a dieci ore e il pagamento del lavoro straordinario. Era questa della giornata di dieci ore una recente conquista degli operai di Parigi. Così

le conquiste della classe operaia parigina avevano un'eco immediata nelle richieste dei tipografi di Napoli" (Basile, p. 45).
Il secondo brano riportato, incentrato sui librai tedeschi operanti a Napoli nel Quattrocento, è stato pubblicato nel 1906 da Tammaro De Marinis, noto libraio antiquario e raffinato autore di studi sulla legatura, a lungo amico e sodale di Croce. Il terzo, apparso nel 1926 ad opera di Gino Doria, ha per oggetto la biblioteca di Benedetto Croce. Alcuni passi della partecipe descrizione di Doria testimoniano efficacemente non solo la ricchezza della raccolta libraria, quanto l'intima natura del rapporto instauratosi fra Croce e i suoi libri, un rapporto per il quale anche la definizione di 'osmotico' potrebbe risultare inadeguata. Scrive Doria: "Vi sono al mondo, certamente, biblioteche più numerose di questa, più ricche di questa; ma certamente non v'è biblioteca più *letta*: intendo letta dallo stesso uomo. Non v'è in queste sette o otto camere, in questa interminabile scaffalatura, non v'è libro, opuscolo, documento, che non abbia la sua ragione per esservi; ossia che non abbia servito al suo proprietario per accrescere di una briciola ancora la sconfinata ricchezza della sua dottrina o non abbia offerto una cagione nuova al suo inesausto meditare" (Doria, p. 60).
Alla biblioteca di Croce e, più in generale, a Croce bibliofilo, "tema inesauribile", sono riservate le osservazioni contenute nella seconda delle note introduttive, quella a firma di Luciano Canfora (la precedente citazione da Canfora è a p. 1).
Il quarto e ultimo dei brani riprodotti, le pagine relative al Settecento del noto *Saggio storico-critico sulla tipografia nel Regno di Napoli*, di Lorenzo Giustiniani (1793), ci riconduce, con voluta circolarità, al ricordato invito di Croce a continuare gli studi sulle tipografie intrapresi proprio dal Giustiniani.
Il volume termina con il – si dovrebbe scrivere: viene suggellato dal – saggio del curatore, Massimo Gatta. In questo rigoroso e, a un tempo, meditato e appassionato contributo, le diverse componenti del volume (gli scritti di Croce, le due introduzioni, i quattro brani riprodotti) trovano ragione, spiegazione e, in definitiva, non scontata coesione. Gatta traccia un filo rosso lungo il quale, con assoluta padronanza, esamina di volta in volta il pensiero, l'atteggiamento, i comportamenti di Croce nei confronti dei libri, della propria biblioteca, delle biblioteche pubbliche, degli editori (bastino i nomi di Valdemaro Vecchi e di Giovanni Laterza), dei tipografi (primo fra tutti Hans Mardersteig), dei librai (il già incontrato De Marinis). Un saldo ordito, composto da informazioni, ricostruzioni, interconnessioni, nel quale si innestano organicamente i saggi e i brani che formano la pubblicazione. Inoltre, l'imponente apparato di note fornito da Gatta offre al lettore ulteriori slarghi

per innumerevoli approfondimenti conoscitivi e interpretativi. Si crede che le oltre trecento segnalazioni bibliografiche in esso riportate (sempre pertinenti e aggiornate, a volte estremamente ricercate, in ogni caso utilissime) costituiscano il miglior omaggio che Massimo Gatta potesse tributare a Benedetto Croce, appassionato bibliofilo e ineguagliabile erudito.

GIORGIO PALMIERI

TULLIO DE MAURO, *La cultura degli italiani*, a cura di Francesco Erbani. Nuova edizione ampliata, Roma-Bari, Editori Laterza, 2010, 275 p., 12 euro.

Nel 2004, a cura di Francesco Erbani, presso l'editore Laterza è apparsa una lunga intervista su *La cultura degli italiani* rilasciata da Tullio De Mauro, il più autorevole linguista italiano vivente, autore di numerosissime e fondamentali pubblicazioni, delle quali basti ricordare gli otto volumi del *Grande dizionario italiano dell'uso*. Dagli studi, dalle riflessioni e dalla cinquantennale esperienza che De Mauro ripercorre nel libro, emerge l'immagine di una nazione ancora arretrata per quanto riguarda i livelli complessivi di istruzione e di cultura. Cinque anni dopo – alcuni mesi fa – ha visto la luce una versione ampliata del volume, nella quale è stato riproposto il testo della prima edizione con l'aggiunta di un nuovo capitolo/intervista, *La cultura degli italiani, cinque anni dopo*, contenente, fra i tanti, alcuni spunti di indubbio interesse su due temi specifici: la lettura e le biblioteche.

In apertura alla nuova intervista, De Mauro ribadisce la necessità, già espressa nella precedente, di ampliare lo spettro semantico del termine 'cultura'. Riprendendo un concetto di Kant, egli specifica: "In ciò che chiamiamo cultura c'è un *continuum* in cui dobbiamo distinguere tre strati: la cultura delle abilità da apprendere, perfezionare e tramandare perché necessarie alla sopravvivenza; la cultura delle discipline e delle tecniche di produzione; infine la cultura delle arti, delle lettere, delle scienze, della filosofia, che Kant definisce la 'meno necessaria' ai fini immediati del sopravvivere, ma nella cui elaborazione e fruizione ripone il fine supremo di una vita umana degna d'essere vissuta". Utilizzando tale accezione "larga" del lemma come ottica prospettica di indagine, secondo De Mauro, "la realtà culturale italiana ci rimanda immagini contrastanti" , in chiaroscuro, con aspetti positivi e negativi (pp. 233-234). Fra questi ultimi, alcuni destano particolare preoccupazione. Il riferimento è "ai dati allarmanti sull'analfabetismo, la scarsa circolazione di libri e giornali, la scarsa frequentazione di biblioteche" (p. 236). Si prenda ad esempio la lettura. "O la non lettura", come dice De Mau-

ro (p. 237). Analizzando con la dovuta attenzione gli ultimi dati Istat su "campioni vastissimi di popolazione" (relativi alla fine del 2006) "risulta che la percentuale di lettori veraci di almeno un libro [all'anno sia del] 34,49 per cento della popolazione", e che: "il 40 per cento dei dirigenti, imprenditori e liberi professionisti dichiara di non aver letto un libro negli ultimi dodici mesi e non si vergogna neppure della propria condizione di *analfabeta librario*" (p. 238). Se si confrontano questi dati con quelli resi disponibili alla metà degli anni ottanta del secolo scorso da Marino Livolsi, nella prima rilevazione sistematica sul tema, non si registra alcuna significativa crescita. A ciò si aggiunga, da un lato, che anche per quanto riguarda le più avanzate tecnologie dell'informazione e della comunicazione il livello italiano di conoscenza e di uso è molto più basso della media europea (con l'eccezione dei cellulari, nell'utilizzo dei quali siamo secondi solo al Lussemburgo), dall'altro, che attendibilissime indagini mostrano come "soltanto il 20 per cento [degli italiani] possiede le competenze minime di lettura, scrittura e calcolo indispensabili a muoversi in una società complessa: [riesce] cioè a leggere un grafico, controllare i conti forniti dall'impiegato in banca, leggere e capire un testo in prosa, un giornale, un avviso o un'istruzione" (p. 241). Ne conseguono ovvio depauperamento del nostro "capitale culturale", ma anche riflessi negativi sul piano economico, essendo ormai assodato che vi è una correlazione diretta fra i livelli di formazione culturale del capitale umano e la capacità produttiva di una nazione. Come cercare di ovviare a questo disastroso stato delle cose?

La risposta di Tullio De Mauro muove da un'ulteriore osservazione analitica. Secondo lo studioso, il problema non si risolve limitandosi al miglioramento, pur necessario, del lavoro svolto dalla scuola ordinaria, dall'università o dagli enti di ricerca. Per lui è indispensabile anche recuperare quella parte della popolazione che, uscita dalle scuole o dall'università, priva di adeguate sollecitazioni è regredita e continua a regredire fino a condizioni di analfabetismo (p. 247). Le necessarie sollecitazioni, sostiene De Mauro, potrebbero venire, come avviene in tante altre nazioni, soprattutto da un efficiente sistema di biblioteche pubbliche. "Le biblioteche pubbliche – scrive De Mauro – rappresentano un potente fattore di crescita della lettura e, quindi, di crescita complessiva del paese. I dati forniti dall'Istat sono allarmanti: nel 2006 solo l'11,7 per cento della popolazione italiana dagli 11 anni in su dichiarava di essere stata almeno una volta nell'anno precedente in biblioteca". Anche perché, precisa, "tre quarti e più dei comuni ne sono privi", e quelle esistenti sono concentrate prevalente-

mente al Nord. "La prima azione che vorrei suggerire – conclude sul punto De Mauro – è creare una biblioteca in ogni comune, come avviene in ogni cittadina francese, spagnola, tedesca, europea" (pp. 247-248). Il prestigio di cui egli gode ci autorizza a sperare che l'invito, in verità da decenni e da altri già reiteratamente formulato, venga finalmente accolto.

GIORGIO PALMIERI

Paesaggi del lavoro in Molise. Itinerari culturali tra storia e valorizzazione, a cura di Roberto Parisi. Saggi e contributi di Francesca Annecchini, Lucia Checchia, Maddalena Chimisso, Giuseppe Lamelza, Camillo Marracino, Paola Palombino, Roberto Parisi, Giuseppe Zupa, Roma, Aracne, 2009, 220 p., 24 euro.

Si ritiene che al volume oggetto di questa breve segnalazione vada conferito un adeguato rilievo all'interno del panorama dei recenti studi sul Molise per almeno tre ordini di ragioni, fra loro strettamente correlati: la valenza didattica del percorso attraverso il quale è maturata la pubblicazione, il rigore del quadro teorico e metodologico che funge da sfondo e da costante riferimento, l'originalità del tema preso in considerazione. L'opera raccoglie le versioni elaborate di cinque tesi di laurea in Scienze turistiche discusse presso la Facoltà di Economia dell'Università del Molise fra gli anni 2004 e 2006, relatore il Prof. Roberto Parisi, cui si devono l'idea e la curatela della pubblicazione. Nell'introduzione Parisi espone nitidamente le motivazioni che lo hanno indotto a promuovere l'iniziativa: il desiderio che gli studenti utilizzino con sempre maggiore proficuità gli strumenti di studio e di ricerca, che si cimentino nel lavoro di revisione e controllo dei testi per consentire la "trasformazione" delle tesi di laurea in pubblicazioni scientifiche e, soprattutto, che acquisiscano pienamente la consapevolezza dell'importanza del ruolo svolto dalla ricerca storica e dal giudizio storico nella loro formazione di operatori turistici. "L'obiettivo delle riflessioni che […] seguono è proprio quello di ribadire la necessità di riconsiderare la centralità della storia nelle pratiche d'uso e di valorizzazione dei beni culturali e del paesaggio o meglio ancora di concorrere alla formazione di operatori turistici che con spirito critico sappiano riconoscere 'l'utilità della storia' [il riferimento è al titolo del noto libro di Piero Bevilacqua] e dialogare senza pregiudizi di natura disciplinare con esperti dello stesso settore, ma di formazione diversa" (Parisi, p. 9).
Un percorso di elaborazione e sistematizzazione dei materiali di ricerca che poggia su solide basi metodologiche ed è funzionalmente le-

gato agli sbocchi professionali del corso di studi, ma che è anche indirizzato verso poco usuali oggetti di indagine, almeno per quanto riguarda il Molise. "La storia e la valorizzazione turistica del paesaggio protoindustriale e industriale del Molise [sono temi] in un certo senso ancora inediti nella storiografia sul patrimonio culturale locale" (Parisi, p. 7). I saggi raccolti, dunque, costituiscono un concreto contributo alla conoscenza di alcuni significativi segmenti del patrimonio culturale della regione e, nello stesso tempo, si propongono come 'modello' e sollecitazione per ulteriori approfondimenti e indagini su un terreno che si preannuncia fecondo.

Apre il corpo del volume un ampio saggio del curatore in cui, preliminarmente, vengono fornite puntualizzazioni in ambito terminologico sull'utilizzo del lemma "lavoro" in vece di "industria" e riflessioni di carattere teorico e metodologico sul "paesaggio del lavoro". Parisi focalizza quindi lo sguardo sul Molise. Prima, sulla scorta di una aggiornata ricognizione storiografica e con il costante conforto di una attenta analisi storica, evidenzia come "ad una prolifica letteratura centrata sulle tracce della pastorizia transumante e sull'evoluzione del sistema agricolo e rurale della regione, si contrappongono ancora poche letture sulle dinamiche di trasformazione indotte dallo sviluppo della proto-industria e della più recente industrializzazione" (Parisi, pp. 20-21). Poi, rimarcandone le caratteristiche, fornendo spunti e indicando percorsi per nuovi studi e ricerche, si sofferma sulle principali manifestazioni del paesaggio del lavoro in regione (lanifici, mulini, pastifici, centrali elettriche, infrastrutture viarie).

All'introduzione di Parisi, seguono i testi degli studenti che, come è immediatamente percepibile, toccano argomenti e sono relativi a luoghi diversi: i ponti e i mulini ubicati lungo il fiume Biferno (con i saggi, nell'ordine, di Maddalena Chimisso e Francesca Annecchini), il paesaggio 'dismesso' della diaspora in Alto Molise (Camillo Marracino), le proposte per la creazione di un ecomuseo dei tratturi (Paola Palombino) e di un museo del mare a Termoli (Lucia Checchia). Un report fotografico sul Patrimonio Industriale in Molise, formato da una selezione dei primi risultati di un lavoro di censimento in itinere (a cura di Giuseppe Lamelza), chiude un'opera caratterizzata, lo si ribadisce, da più motivi di interesse e di novità.

GIORGIO PALMIERI

SHLOMO SAND, *Comment le peuple juif fut inventé*, Flammarion, Paris 2010, pp. 604; tr. it. *L'invenzione del popolo ebraico*, Rizzoli, Milano [*da settembre 2010*].

Strano destino di un libro: prima boicottato in patria (Israele) e in Eu-

ropa, poi, davanti al successo decretato dal passaparola e dalla rete telematica, " riscoperto", acclamato e *persino premiato* da quegli stessi influenti *media* (*Le Monde*, *Le Figaro*, *Libération* ….) che lo avevano ignorato perché troppo politicamente scorretto.

È quello che è successo a questo volume che qui si recensisce, dal 2008, anno della prima edizione (in ebraico) ad oggi, 2010. Shlomo Sand, l'autore, é un rinomato storico delle idee, specialista del socialismo e del sindacalismo rivoluzionario tra fine Ottocento e inizio Novecento, studioso intellettualmente onesto e non tendenzioso di autori tendenziosi e obliqui come Georges Sorel ed Ernest Renan. Attualmente, vive e insegna a Tel Aviv con tutte le comprensibili difficoltà create dal successo (ormai mondiale) del suo libro: «la corporazione degli storici attorno a me ha suonato l'allerta accademica contro il libro ed io sono apparso ben presto sui blogs "sionisti", particolarmente veementi, come un nemico del popolo» (p.9).

Qual è la "colpa" di Sand? Aver smontato, attraverso una ricostruzione storica scrupolosa quanto poderosa, attraverso testimonianze che fondono in maniera suggestiva la Storia (con la esse maiuscola) e la "micro-storia" (vicende individuali esemplari), aver smontato – dicevo – il mito fondante della memoria nazionale, "la specificità storica del popolo ebraico", negandone la sua "unità eterna", l'unicità incontaminata del "popolo Eletto".

La domanda fondamentale è: quando è stato creato il popolo ebraico? Quattromila anni fa, come vogliono storiografia ufficiale e tradizione religiosa, oppure sotto la penna di storici ebrei del XIX secolo, che hanno ricostruito (retrospettivamente) un popolo "immaginario", adatto a forgiare una futura nazione?

L'autore non ha dubbi e, con una mole schiacciante di prove, propende per la seconda risposta.

Diceva Renan che tutti gli Stati, anche i più rispettabili, si fondano su una "menzogna originaria", che a poco a poco si impone e, solidificandosi, si istituzionalizza e si tramanda di generazione in generazione. Nel caso di Israele, si può parlare di una vera e propria "etnocrazia liberale", che ha creato un funesto (e pericoloso) regime di *apartheid*; «la mitologia dell'"etnia" ebraica (che si concepisce come un insieme storico chiuso su se stesso, che ha sempre impedito la penetrazione di stranieri e deve conseguentemente persistere su questa strada) scorre nelle vene dello Stato d'Israele e minaccia di disgregarlo dall'interno. La preservazione di un'entità "etnica" chiusa, l'esclusione e la discriminazione di un quarto della popolazione civile del paese, Arabi e altri cittadini che non sono considerati ebrei secondo la legge religiosa e la "Storia", creano tensioni incessanti, che, in futuro,

sono suscettibili di trasformarsi in scissioni violente, difficili da ricomporre» (p.578).
La sfida del futuro non è certo quella di esigere dagli Israeliani (ebrei) di "liquidare" il loro Stato ma di esigere da loro di smetterla di considerarlo come "una loro esclusiva proprietà", creando di fatto uno Stato segregazionista, che discrimina una parte dei suoi cittadini e li considera come "stranieri indesiderati".
In altre parole, la sfida, come spesso succede (pensiamo ai cancri italiani: mancanza di senso dello Stato, mafie, evasione fiscale…) è essenzialmente pedagogica, si vince sui banchi di scuola: «tutti i bambini israelo-palestinesi devono poter accedere … ai circuiti che conducono ai centri dell'attività sociale e culturale israeliana. Dal canto loro, tutti i bambini israeliani di origine ebraica devono sapere che abitano in uno Stato dove vive anche una popolazione "altra"» (p. 585).
I conflitti (presenti e futuri) non si evitano costruendo muraglie di cemento e "nuovi insediamenti" per fanatici (chiamati "coloni") ma trasformando radicalmente la politica identitaria dello Stato israeliano. Se è comprensibile, da una parte, la dichiarazione di Ilya Ehrenburg (secondo la quale lui avrebbe continuato a definirsi "ebreo" fino a quando sarebbe esistito l'ultimo antisemita), d'altra parte, bisogna condannare la maggioranza ebraica, che si ostina a differenziarsi dalla minoranza non ebraica (segregata) e «… che, in nome di un passato immaginario, spoglia della loro terra quelli che vivono sotto la sua occupazione militare».

VALENTINO PETRUCCI

Indice generale

Interventi

Paolo Maddalena
Quello che si deve sapere della Costituzione della Repubblica Italiana 5

Saggi

Onorato Bucci
La negazione della memoria e la rimozione dei propri Lari e dei propri Penati a proposito di una recente pubblicazione 41

Gianfederico Cecanese
La sottoscrizione del difensore nell'ambito della costituzione di parte civile. Note in margine ad un particolare orientamento della Cassazione 49

Luisa Corazza
La nozione di trasferimento di parte dell'impresa nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea 61

Agostino De Caro
La relazione tra pubblico ministero e difensore nell'architettura del processo penale 73

Giuseppe della Pietra
Paupertas et simplicitas: spunti di semplificazione dalle controversie di modesta entità 87

Walter Ghia
Su Cervantes, Manzoni, Sciascia: storia breve di un equivoco sul percorso della parola mafia 103

Maria Rosaria Mauro
Alcune riflessioni sulla personalità giuridica dell'Unione Europea e le modifiche introdotte in materia dal trattato di Lisbona 109

GIANMARIA PALMIERI
Legato di usufrutto, amministrazione di sostegno e limiti statutari alla circolazione *mortis causa* di quote di s.r.l. 129

MARCO PARISI
Società multietnica, autonomia scolastica e pluralismo delle scelte educative 147

ORIZZONTI

MARIAGIOVANNA ANTINOLFI
Separazione patrimoniale e tutela dei creditori "involontari" 177

FRANCESCO BEER
In merito all'esercizio della potestà dei genitori. Art. 316 comma 4 c.c.: un residuo del passato? 197

ALESSANDRA CAPPA
Riflessioni sul "potere di selezione" degli atti attribuito al p.m. nella vicenda cautelare 213

PAOLA COLANERI
L'espropriazione parziale dell'azienda 229

CORINNA DE CARO
Da una pronuncia giurisprudenziale le ragioni di una riflessione. 255

LUANA FIERRO
Per un obbligo di sicurezza delle apparecchiature elettriche ed elettroniche: verso l'introduzione di una *reverse logistics* quale principio guida in materia di tutela ambientale 277

FIORE FONTANAROSA
Dalla promessa di vendita al contratto preliminare. Spunti comparatistici in materia di contratto a formazione progressiva 303

AGOSTINO GUARENTE
Regole sociali e diritti dell'uomo nella contemporaneità 335

FABIO IACOBONE
La valutazione del dipendente pubblico nella riforma Brunetta 359

PAOLA LIBERANOME
La difficile operazione di trapianto dei *punitive damages* nell'ordinamento italiano: l'apparente rigetto del sistema 369

MIRNA MASTRODOMENICO
Brevi note sul lavoro occasionale di tipo accessorio 381

SIMONA MELORIO
Minorenni: cooperazione e "capitale sociale invertito" 395

DOMENICO RICCIO
La natura giuridica degli accantonamenti per l'assegno vitalizio dei consiglieri regionali 407

IVANA ROSSI
Il dialogo competitivo nell'ordinamento italiano 423

SIMONA SANTORO
Il lavoro ripartito (o *job sharing*) 459

FRANCESCA SCUDIERO
La responsabilità penale del collegio sindacale nella crisi d'impresa 469

ALFONSO TAGLIAMONTE
I tirocini formativi e di orientamento: primo contatto con il mondo del lavoro 491

RECENSIONI

A. SOMMA, *Economie di razza. Dal fascismo alla cittadinanza europea*, Ombre corte, Verona, 2009, pp. 178. 511
(LUIGI CUPIDO)

GIUSEPPE CAMPESI, *Genealogia della pubblica sicurezza. Teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco*, Ombre corte, Verona, 2009, pp. 282. 514
(LUIGI CUPIDO)

F. BARBAGALLO, *Storia della camorra*, Laterza, Roma-Bari, 2010, pp. 311. 517
(SIMONA MELORIO)

I. SALES, *I preti e i mafiosi. Storia dei rapporti tra mafie e chiesa cattolica*, B.C. Dalai, Milano, 2010, pp. 367. 517
(SIMONA MELORIO)

B. CROCE, *Stampatori e librai in Napoli nella prima metà del Settecento*. A cura di Massimo Gatta. Introduzione di Alberto Cadioli, con uno scritto di Luciano Canfora, Biblohaus, Macerata, 2010, pp. 153 521
(GIORGIO PALMIERI)

T. DE MAURO, *La cultura degli italiani*, a cura di Francesco Erbani. Nuova edizione ampliata, Laterza, Roma-Bari, 2010, pp. 275 525
(GIORGIO PALMIERI)

Paesaggi del lavoro in Molise. Itinerari culturali tra storia e valorizzazione, a cura di Roberto Parisi. Saggi e contributi di Francesca Annecchini, Lucia Checchia, Maddalena Chimisso, Giuseppe Lamelza, Camillo Marracino, Paola Palombino, Roberto Parisi, Giuseppe Zupa, Aracne, Roma, 2009, pp. 220 527
(GIORGIO PALMIERI)

SH. SAND, *Comment le peuple juif fut inventé*, Flammarion, Paris 2010; tr. it., *L'invenzione del popolo ebraico*, Rizzoli, Milano [*da settembre 2010*]. 528
(VALENTINO PETRUCCI)

Finito di stampare
Settemre 2010
Arti Grafiche la Regione srl
Ripalimosani (CB)

ANNALI
11/2009
€ 50,00

ISBN 88-88102-40-5