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

ANNALI

12/2010

editrice
AGR
arti grafiche la regione srl

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

ANNALI

12/2010

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 12/2010
Collana: Università degli Studi del Molise
Dipartimaneto di Scienze giuridico-sociali e dell'Amministrazione
Campobasso: Arti Grafiche la Regione srl, 2011
pp. 632; 17x24 cm

© 2011 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

GUIDO ALPA

I diritti fondamentali e il ruolo dell'Avvocatura*

1. In un saggio pubblicato alcuni anni fa Stefano Rodotà aveva modo di osservare che la dimensione dei diritti (…) ci appare al tempo stesso fondativa e fragilissima, perennemente insidiata da repressioni e restaurazioni, tese a cancellare o limitare proprio l'insieme degli strumenti che dovrebbero garantire al cittadino le massime possibilità di sviluppo autonomo[1]. Questa osservazione, formulata più di dieci anni fa, riguardava la situazione italiana di allora, ma era estensibile anche alla situazione di molti altri Paesi; ed è purtroppo ancora attuale. Anzi si sono infoltite le preoccupazioni per la sorte dei diritti fondamentali, posti in pericolo dagli episodi di intolleranza che si susseguono da un decennio a questa parte e dalla emersione di progetti politici destinati a far prevalere l'individualismo sugli interessi collettivi, la nazionalità sulla cittadinanza, il colbertismo in economia, l'egoismo sulla solidarietà.

Gli avvocati ben conoscono queste vicende, e spesso ne sopportano direttamente gli effetti disastrosi, quando si preoccupano di tutelare le libertà – dalla libertà personale alla libertà di parola, dalla libertà di circolazione alle libertà del lavoro, dalla parità dei sessi alla tutela dei minori, e così via.

Anche da un punto di vista giuridico-formale, quella affermazione ha ricevuto conferme dal moltiplicarsi dei casi decisi dalle corti ad ogni latitudine. Sono casi che hanno fatto discutere i giuristi di ogni esperienza, perché i diritti fondamentali non hanno frontiere: dalle decisioni della Corte Suprema statunitense sui carcerati di Guantanamo alle decisioni della Corte dell'Aja sui crimini di genocidio, dalle sentenze della Corte di Strasburgo sul giusto processo o sui segni distintivi del credo religioso a quelle dei giudici inglesi sulla protezione dei dati personali, per non parlare delle questioni più squisitamente politiche che proprio in questi mesi si agitano sui giornali europei.

L'assunto di Rodotà si fonda su tre premesse condivise nella cultura giuridica odierna: che (i), a differenza di quanto ritengono i razionalisti, il processo dei diritti fondamentali non è lineare né in progressiva

* Intervento svolto presso il *Consiglio nazionale forense*, Roma, 19 giugno 2009.

[1] *Libertà e diritti in Italia dall'unità ai giorni nostri*, Roma, 1997, pp. 7-8

espansione, ma osserva un andamento sinusoide, si espande e si restringe, a seconda dei luoghi e delle fasi storiche; (ii) a differenza di quanto ritengono i realisti, i diritti fondamentali non hanno rappresentato l'espressione della classe borghese, ma si sono radicati soprattutto negli Stati pluriclasse; (iii) a differenza di quanto ritengono alcuni politologi, i diritti fondamentali non sono la cifra del livello di democrazia di una società ma l'essenza stessa della democrazia.

Ed il fatto che ancora oggi si registrino nel nostro Paese fenomeni di intolleranza, episodi di antisemitismo, di aggressione ai diversi, di schiavitù nel lavoro sommerso e nella prostituzione forzata, a cui possiamo aggiungere il problema dei "respingimenti" è significativo, per un verso, e doloroso per l'altro.

Non intendiamo, qui, solo occuparci di questi problemi dal punto di vista scientifico, anche se l'analisi giuridica, economica e sociale dei problemi che stanno alla base di questi fenomeni involgono difficili decisioni delle istituzioni e della società civile.

Mi preme distinguere le istituzioni dalla società civile perché, proprio riguardo ai diritti fondamentali, spesso si avverte uno scollamento tra le une e l'altra, e si notano velocità di reazione diverse, tra le une e l'altra.

E pertanto vogliamo affiancare a quella analisi anche una ricognizione delle modalità operative per verificare in che modo i diritti fondamentali siano effettivamente tutelati anche là dove essi sono ritualmente predicati.

2. Ecco perché ci occupiamo oggi di diritti fondamentali: il ruolo istituzionale dell'Avvocatura, come pilastro dell'apparato della amministrazione della giustizia, consiste nella difesa dei diritti, non solo dei diritti dei privati, ma eminentemente delle libertà fondamentali, dei diritti civili, economici e sociali.

La difesa dei diritti non è costretta nei limiti territoriali di uno Stato o di una Nazione: al di là degli accordi internazionali, o delle direttive comunitarie che consentono l'esercizio libero della professione forense all'interno dei confini dell'Unione europea, gli Avvocati europei, attraverso i loro rappresentanti presso il CCBE, e gli Avvocati aderenti alle varie organizzazioni internazionali, hanno fatto una professione di fede, come risulta dai comitati e dai gruppi di lavoro attivi all'interno di questi organismi.

Professione ribadita nella Carta degli Avvocati nel Mondo, siglata a Parigi il 6 dicembre scorso, con cui gli avvocati si sono impegnati a difendere i diritti fondamentali *ovunque* essi siano conculcati.

3. Quando si parla di diritti fondamentali si fa riferimento a concetti

largamente condivisi, anche se la complessità della loro definizione e delle tecniche di difesa può costituire un ostacolo alla loro effettiva protezione.

Vi è innanzitutto un problema di definizione stipulativa: l'aggettivazione dei diritti è connotante nel senso della loro classificazione, nel senso del loro riconoscimento oppure nel senso della intensità della tutela? Anche se le origini storiche sono diverse, anche se le tecniche di protezione sono diverse, il fatto che si parli di diritti "umani", di diritti "dell'uomo", di diritti fondamentali non muta il loro significato intrinseco né l'impegno delle società moderne nell'offrire loro una garanzia adeguata[2].

Vi è poi un problema di delimitazione dei confini territoriali: i diritti umani, i diritti fondamentali, sono <universali quanto alla definizione e particolari quanto all'applicazione>[3] . Vi sono infatti differenze tra le aree nelle quali sono riconosciuti i diritti garantiti dalla Dichiarazione universale e dai Patti di New York, le aree in cui sono garantiti i diritti dell'uomo della Convenzione di Strasburgo, i diritti fondamentali della Carta di Nizza, i principi comuni del diritto costituzionale, i diritti dell' uomo riconosciuti dalla Carta araba, i diritti riconosciuti nei Paesi asiatici[4].

Vi può essere una sovrapposizione, ma anche una non perfetta identità, tra i diritti fondamentali come riconosciuti e garantiti in queste carte e i diritti fondamentali come riconosciuti e garantiti nelle costituzioni scritte e nelle costituzioni non scritte[5] . E' nota la restrizione dell'ambito di applicazione e di interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo operata dallo Human Rights Act inglese del 1998. Proprio ad evitare uno scartamento tra il testo della nostra Costituzione e i diritti fondamentali riconosciuti a livello internazionale, la Corte costituzionale con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007 ha interpretato l'art. 10 della Costituzione come inclusivo, implicitamente, dei diritti dell'uomo, il cui contenuto è costantemente ridefinito dalla Corte di Strasburgo[6].

D'altra parte, anche là dove il "bill of rights" non è incluso nel testo della carta costituzionale, come in Norvegia, ma in una legge di recepimento, i diritti fondamentali possono essere tutelati in forme diverse da quelle proprie di ordinamenti in cui essi sono riconosciuti da testi costituzionali inclusivi di un "bill of rights": in Norvegia si consente la procreazione artificiale, si tutelano le famiglie di fatto, si ammettono le

[2] M. Patrono, *Studiando i diritti*, lezione n. 12, Torino, 2009, p. 127 ss.

[3] F. Viola, *Diritti umani e globalizzazione del diritto*, s.l., 2009, p.14.

[4] S. Andò, *Mediterranean Security and Human Rights After the Cold War*, Padova, 1997.

[5] L. Ferrajoli, *Quali sono i diritti fondamentali*?, in *A tutti i membri della famiglia umana*, per il 60° anniversario della Dichiarazione universale, Strenna Milano, 2008, p. 61 ss.

[6] M. Luciani, in *Corr.giur.* 2008, 2, p. 117.

unioni di persone dello stesso sesso, si ammette il testamento biologico.

Vi è un problema concernente anche la natura di questi diritti, che sono valori nel mondo del diritto, valori nel mondo dell'etica, valori nel mondo delle religioni, ma si discute se essi siano dotati di relativismo intrinseco oppure se essi siano atemporali e aspaziali, connaturali alla stessa idea di persona, e fondativi non solo della "cittadinanza" ma dello stesso modo di essere capacità giuridica della persona.

Ciò porta a due conseguenze: che i diritti fondamentali siano indivisibili, anche se il loro catalogo potrebbe far ritenere non necessaria la loro protezione simultanea (Pinelli, *Le clausole sui diritti umani negli accordi di cooperazione internazionale dell' Unione*, sul sito di Astrid); che i diritti fondamentali non siano negoziabili, cioè non derogabili pattiziamente.

4. Questa considerazione sembrerebbe esprimere una contraddizione intrinseca: se i diritti fondamentali sono l'espressione di libertà, inclusa la libertà negoziale, essi non possono costituire un "limite" alla stessa libertà negoziale. La contraddizione è però fallace: i diritti fondamentali - in quanto tali non negoziabili - non sono suscettibili di concussione, compressione, evaporazione, anche se vi è una volontà libera e convinta dei soggetti che ne sono titolari, perché essi sono tutelati anche *contro* la volontà del loro titolare.

Diverso è il discorso sui rimedi conseguenti alla violazione dei diritti: ma questo è un aspetto della prospettiva della effettività della tutela.

5. Una delle questioni più dibattute in tema di diritti fondamentali è data dalla effettività della loro tutela. A scorrere il fascicolo predisposto dall'Ufficio ricerche nel settore della politica estera e nella difesa del Senato (XVI legislatura, aprile 2009, n. 11) l'operato del Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite (27 marzo 2009), dell' Alto Commissario ONU per i diritti umani, del Parlamento europeo, dell' Agenzia europea per i diritti umani, e delle Organizzazioni non governative è stato intenso, e assai accurato. Ma questo è un segno della minaccia a cui sono esposti i diritti umani in ogni Paese, e della difficoltà di introdurre la cultura dei diritti umani nei Paesi in cui essi non hanno ancora un riconoscimento formale, o in cui sono solo affidati ad una garanzia cartacea.

La enunciazione in forma scritta dei diritti fondamentali è tuttavia un segno molto rilevante della evoluzione di un ordinamento: mi sembra discutibile la teoria di Dicey in base alla quale i diritti fondamentali in tanto esistono in quanto essi siano costruiti giudizialmente, e che solo la via giudiziaria sia la modalità di riconoscimento dei diritti fondamentali, in quanto sommerebbe alla loro enunciazione anche la loro effetti-

va garanzia[7].

A parte la chiara origine culturale della tesi, che risente dell'ambiente nel quale è formulata, non essendo il common law inglese connotato da una costituzione scritta, e non avendo il legislatore inglese all'epoca in cui essa fu formulata ancora codificato i diritti dell'uomo con il Human Rights Act, la costruzione dei diritti fondamentali non può attendere l'evoluzione creativa della giurisprudenza, né essere circoscritta alle aule di giustizia, dal momento che i diritti umani investono la dimensione stessa della persona, in qualsiasi situazione essa si trovi, e quindi nella dimensione contrattuale inter-privata, nella dimensione amministrativa nei rapporti istituzionali, e pure nella dimensione legislativa, quando con leggi ordinarie il legislatore dovesse introdurre limitazioni alla loro titolarità o al loro esercizio.

È evidente tuttavia che la fonte giurisprudenziale – ora riconosciuta anche tra le fonti del diritto, e non solo tra le fonti della interpretazione – è essenziale sotto il profilo della tutela concreta di queste posizioni soggettive.

Le Corti che applicano i diritti fondamentali - la Corte dell' Aja, la Corte di Strasburgo, la Corte del Lussemburgo oltre alle Corti costituzionali e alle Corti supreme – hanno svolto un lavoro essenziale che riflette la complessità ma anche la praticabilità della tutela diretta in via giudiziale, e l'alta conflittualità che la protezione di questi diritti solleva[8].

6. L'altra questione essenziale, che associa i diritti fondamentali alla identità della persona e alla cittadinanza intesa in senso ampio[9] riguarda la protezione dei diritti fondamentali nella società multiculturale. Il tema è di stringente attualità, considerando che esso emerge non tanto per le società multietniche – quali ormai sono tutte le società che conosciamo, nelle quali convivono componenti diverse di popoli, minoranze, aggregazioni appunto di varia etnia – ma per le società che, oltre ad essere multietniche si pongono il problema dei modelli di riferimento per porre le regole della convivenza. Si debbono seguire regole uniformi, qualunque sia la etnia, o regole che rispettino le diverse culture? Il dibattito è aperto, e la stessa vita politica è percorsa da conflitti aspri. Né si possono trovare soluzioni nella giurisprudenza delle Corti, dal momento che – come si è potuto registrare nelle sentenze della corte di Strasburgo, della House of

[7] F. Bilancia, *I diritti fondamentali e la loro effettività*, sul sito dell' Associazione costituzionalisti italiani; E. Santoro, *Rule of Law e "libertà degli inglesi". L' interpretazione di Albert Venn Dicey*, ne *Lo Stato di diritto*, a cura di Pietro Costa e Danilo Zolo, Milano, III ed., 2006, p. 173 ss.

[8] A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2009, p. 91 ss.

[9] L. Moccia, *I giuristi e l' Europa*, Roma-Bari, 1997.

Lords, del Conseil d'Etat, del nostro Consiglio di Stato a proposito dei segni distintivi di una professione religiosa – i ragionamenti sono coerenti anche se conducono a conclusioni opposte.

E pertanto la definizione dei diritti fondamentali sconta sia il contemperamento dei diritti dell'uno con i diritti dell'altro, sia il limite alla "aggressione alla persona": non si potrà nelle nostre società (almeno, dal punto di vista della prevalenza dei diritti della persona sulle esigenze delle comunità culturalmente diverse) né ammettere l'infibulazione, né la segregazione, né la schiavitù, né la poligamia, né la subordinazione di un sesso all'altro, né la emarginazione dei diversi.

7. <Che possiamo fare?> si chiede Antonio Cassese in conclusione del suo libro sui diritti umani; lo stesso A. risponde: i diritti fondamentali necessitano di <tempi lunghi>, sono innanzitutto un processo culturale, sono investiti dal susseguirsi di eventi politici ed istituzionali, attendono di momento in momento una sistemazione legislativa e giurisprudenziale. Ed io mi chiedo: <che *dobbiamo* fare?>, che dobbiamo fare come giuristi e soprattutto come avvocati? Si è osservato che <il processo di globalizzazione sembra andare, più che in direzione di un governo o di un "regime" internazionale dei giudici, verso l'affermazione di espertocrazie mercenarie, partigiane e avvocatesche, che sfruttano strategicamente le opportunità e le risorse di una *litigation society*>[10]. Nel caso dei diritti fondamentali i "mercanti del diritto" hanno uno spazio limitato, e, se mai, si collocano dal lato degli oppressori dei diritti, per resistere alla loro applicazione, mentre il nostro intento è esattamente l'opposto e cioè sollecitarne l'affermazione.

I diritti fondamentali, come si è più volte avvertito, sono diritti deboli, e sono anche diritti poveri, anche se sono diritti di ciascuno di noi, non solo dei deboli o dei poveri. C'è dunque davvero bisogno di un <ceto di giuristi competenti, determinati e imparziali> nelle società complesse di oggi, più ancora che non nelle società civili nazionali di hegeliana memoria[11].

Ed è per questo che non solo negli studi teorici ma anche nelle iniziative di formazione dei praticanti e di aggiornamento degli avvocati, di informazione e di dibattito, i diritti fondamentali costituiscono uno dei temi ricorrenti, comunque un tema di elezione e di impegno per chiunque voglia svolgere la professione di avvocato (se non con passione almeno) in modo deontologicamente corretto.

[10] P. Portinaro, *Oltre lo Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati*? ne *Lo Stato di diritto*, cit., p. 397.

[11] P. Portinaro, *op.cit.*,p. 400; Preterossi, *Autorità*, Bologna, 2002, passim.

VANNA LEVI

Il lavoro delle donne immigrate come diritto della persona

SOMMARIO: Introduzione. - 1. Italia: considerazioni storico-sociologiche e alcuni dati. - 2. Fonti normative internazionali e interne. - 3. Il lavoro degli stranieri nella Costituzione italiana. - 4. I diritti fondamentali dello straniero nella giurisprudenza. - 5. La tutela pensionistica e assistenziale. - 6. La discriminazione nel contesto lavorativo delle donne immigrate. - Conclusioni

"Galleggiamo in un mezzo molto esteso, sempre incertamente alla deriva, sospinti dal vento qua e là; quando pensiamo di aver trovato un punto fisso a cui aggrapparci, esso si dilegua e ci abbandona; se lo seguiamo, ci scappa, scivola via e fugge eternamente davanti a noi. Nulla sta fermo per noi. Questa è la nostra condizione naturale, eppure la condizione più contraria alle nostre propensioni. Ardiamo di desiderio di trovare un solido punto d'appoggio, una base durevole su cui costruire una torre che si innalzi fino all'infinito; ma le nostre fondamenta si spaccano e la terra si apre...".

Woolf V. (1931), *The Waves*, London (trad. It. *Le onde*, Torino, Einaudi 1995).

Introduzione

È facile constatare come tra i conflitti normativi che si manifestano nei Paesi europei in relazione alle differenze culturali, religiose e giuridiche, i più ricorrenti e difficili da affrontare riguardino le donne e i minori. E altrettanto si può constatare come nella ricerca di soluzioni sia raramente sollecitata e ascoltata la voce delle dirette interessate che, strette tra predefiniti diritti culturali e diritti femminili, scontano i maggiori disagi e inadeguatezze sia sul piano delle libertà, sia su quello delle prestazioni sociali e della partecipazione politica.

Per le donne immigrate le due dimensioni di differenza e discriminazione, donna e straniera, si sommano, ma non sempre ciò si traduce in un sommarsi di diritti e tutele, anzi in alcuni casi origina situazioni conflittuali che richiedono scelte e aumentano notevolmente le difficoltà e il disagio.

L'immigrazione femminile è un terreno sul quale si verificano potenziali e attuali difficoltà di contemperare diritti della donna, così come si sono configurati nella tradizione occidentale, e diritti culturali nelle forme rivendicate da alcuni componenti, individui o istituzioni, della po-

polazione immigrata[1].

L'immigrazione femminile aumenta di continuo, nell'Unione Europea rappresenta il 54 % del fenomeno migratorio nel suo complesso[2], coprendo un fascio di categorie sempre più ampio (immigrazione economica, immigrazione a seguito di catastrofi, ricongiungimento familiare, immigrazione per motivi politici, immigrazione come conseguenza di conflitti armati, immigrazione irregolare, asilo).

Le donne immigrate in linea generale devono affrontare gravi problemi di inserimento soprattutto per un non facile accesso al mercato del lavoro, bassi tassi di occupazione ed elevate percentuali di disoccupazione, impieghi di lavoro temporanei e scarsamente retribuiti e senza protezione sociale ed economica o in settori dell'economa sommersa e del lavoro clandestino, limitate competenze linguistiche, scarso livello di istruzione, limitata partecipazione alla vita sociale, politica, sindacale e culturale del paese di accoglienza, povertà ed esclusione sociale.

Le donne immigrate spesso sono oggetto di gravi discriminazioni in quanto individui che dipendono dallo *status* giuridico del coniuge (sul punto di recente è intervenuta la Cassazione con sentenza del 29 maggio 2009 n. 22700: "le donne straniere hanno gli stessi diritti degli uomini") e a causa della mentalità, degli stereotipi negativi e delle prassi prevalenti nei rispettivi paesi di origine e anche nella società ospite. Inoltre, in ragione di ciò, sono maggiormente esposte alla violenza psichica e fisica, sia perché sono dipendenti economicamente e giuridicamente, prive di uno *status* legale, rischiano maggiormente di subire violenze e sfruttamento sessuale sul posto di lavoro o di finire nel giro della *tratta*. Le stesse in situazione di irregolarità sono particolarmente esposte al rischio di vedersi negati i propri diritti fondamentali e pertanto diventano oggetto di discriminazioni e violenze quotidiane[3].

1. *Italia: considerazioni storico-sociologiche e alcuni dati*

Il fenomeno dell'immigrazione coinvolge uomini e donne in numero simile, ma presenta caratteristiche diverse rispetto al genere: l'esperienza migratoria in molti Paesi vede le donne come le prime

1 B. Emecheta, *Cittadina di seconda classe*", Firenze, Giunti, 1987; G. Favaro, *"Le donne migranti tra continuità e mutamento"*, in AA.VV, *"Lontano da dove"*, Milano, Angeli, 1990.

2 CARITAS-MIGRANTES, *Dossier Statistico Immigrazione 2009*, Roma, Idos, 2009.

3 T. Pitch, *L'antropologia dei diritti umani*, in A. Giasanti e G. Maggioni (a cura di), *I diritti nascosti*, R. Cortina, Milano, 1995

ad emigrare[4].

Gli anni intorno al 1970 segnano una svolta epocale per le donne italiane che si inseriscono più stabilmente nel mondo del lavoro e acquistano maggiore autonomia. Questa fase si caratterizza, di conseguenza, per la forte domanda di potenziamento e innovazione dei servizi sociali che si rivelano drammaticamente inadeguati e insufficienti di fronte alle nuove necessità delle donne lavoratrici, che cercano un aiuto nelle donne immigrate. Le colf straniere gradualmente sostituiscono quelle italiane le quali, in un mercato del lavoro in espansione, vedono aprirsi nuove opportunità e cominciano a considerare il lavoro domestico come "servile" e ormai inadeguato rispetto alle proprie possibilità. Questa svalutazione del lavoro domestico, di collaborazione o assistenza che sia, esiste ancora oggi; esso, infatti, non gode di un pieno riconoscimento né a livello sociale né economico.

Negli anni '70 le donne sono state protagoniste dei primi flussi migratori verso il nostro Paese. Provenivano soprattutto dalle isole di Capo Verde, dal Corno d'Africa, dalle Filippine, dall'America del Sud ed entravano in particolare come collaboratrici domestiche, a volte grazie alla mediazione di un istituto religioso. In quegli anni si è venuto a creare un reticolo informale di sostegno all'immigrazione femminile: le donne, già presenti regolarmente sul nostro territorio, preparavano ed organizzavano la partenza e la prima accoglienza per le nuove arrivate, parenti e amiche, le quali andavano ad occupare i posti lasciati liberi dalle "vecchie immigrate".

Negli anni successivi la presenza regolare di donne immigrate non solo ha subito una costante crescita ma ha coinvolto determinate comunità. Osservando, infatti, la dinamica dell'immigrazione regolare dal 1991 al 2005 - attraverso i dati del Ministero dell'Interno - si rileva che si è passati dal 39,9% al 49,9% della presenza femminile sul totale degli immigrati. Si è registrato, inoltre, un aumento progressivo delle provenienze dai Paesi dell'Europa dell'Est che, nel 2005, rappresentavano il 44,2% rispetto alle altre nazionalità. È interessante notare, al riguardo, che le comunità di immigrati con il minor tasso di presenza femminile, sono state quelle di origine musulmana. A partire dalla fine degli anni novanta, è stato l'istituto del ricongiungimento familiare a dare un forte impulso all'immigrazione delle donne dell'area maghrebina.

Il fenomeno della 'femminilizzazione' dei flussi migratori è stato evi-

4 *Jura Gentium* Donne, culture e diritto: aspetti dell'immigrazione femminile in Europa *(Alessandra Facchi).*

denziato anche dai livelli di incremento delle quote femminili nelle operazioni di regolarizzazione, che in quella del 1990 rappresentavano il 26% degli aspiranti alla regolarizzazione, mentre in quella del 2002 hanno superato il 45%. Rispetto alla collocazione territoriale, le donne si sono insediate in maggioranza al Centro e al Sud, e tra quelle con permesso di soggiorno per motivi di lavoro una su tre si è inserita nel settore del lavoro domestico.

Come già detto sopra, nella prima fase migratoria, l'inserimento lavorativo delle donne immigrate è legato fondamentalmente alla richiesta del mercato del lavoro italiano di servizi domestici e di servizi alle persone. Le donne immigrate considerano servile il lavoro domestico e lo vivono, con sofferenza, come un periodo di "sacrificio" necessario per pagare il debito della migrazione o per sostenere le spese nel Paese d'origine. I loro primi passi verso una maggiore autonomia nel rapporto con il lavoro riguardano la diversificazione delle attività, dei tempi, delle modalità del lavoro e dell'organizzazione della vita quotidiana. L'orientamento, la valutazione delle competenze pregresse e la valorizzazione delle qualifiche professionali si dimostrano indispensabili alla ricollocazione della donna immigrata nel mercato del lavoro. Questi percorsi, che spesso vengono svolti nell'ambito di esperienze associative, partono non solo dalle specificità individuali ma anche dalla cultura d'origine di ciascuna donna. Le leggi sull'immigrazione hanno favorito la mobilità delle donne immigrate che hanno potuto gradualmente lasciare i lavori di assistenza per dedicarsi all'esercizio di professioni che valorizzassero le loro qualifiche, aiutate anche dalla possibilità di frequentare corsi di formazione, di costituire o aderire a cooperative, creando così imprese autonome.

Interessanti i dati di una ricerca dell'Istituto di Ricerca Sociale di Milano: "Badanti: la nuova generazione". Sono 168 mila quelle arrivate in Italia dopo il 2006 . Giovani, irregolari e sempre meno segregate; è il profilo delle "nuove" badanti. Ma soprattutto cresce la propensione al lavoro a ore, che sostituisce la tendenza a convivere con la persona da accudire. Queste donne hanno bisogno di più tempo libero per potersi inserire nella società". Altra tendenza che emerge dalla ricerca è la maggiore diffusione del lavoro nero. Le assistenti familiari giunte in Italia negli ultimi tre anni hanno un'età media di 37 anni (le 532 mila donne arrivate nel nostro Paese fino al 2005 avevano invece un'età media di 42 anni), il 27,6% è nubile e il 62% ha figli. Il 28% intende rimanere per sempre in Italia e ben il 73% delle donne intervistate è interessata a svolgere un percorso di formazione per acquisire maggiori competenze nel settore delle cure alla persona. Resta molto alta la quota di irregolarità: sulle 770 mila assistenti familiari straniere che lavorano in Italia (fonte Irs),

solo una su tre ha il contratto di lavoro. Le altre ne sono prive perché sono immigrate irregolarmente (si parla di circa 300 mila donne) oppure perché preferiscono, o non possono, averlo[5].

Altri dati interessanti sono quelli contenuti nel XIX Dossier Caritas Migrantes (2009) relativi sempre al lavoro di assistenza familiare. La regolarizzazione realizzatasi a settembre 2009 e chiusasi con 294.744 domande di assunzione di lavoratori non comunitari come collaboratori familiari o badanti (queste ultime pari a un terzo del totale), ha evidenziato ancora una volta la complementarità tra esigenze della popolazione italiana e disponibilità di quella immigrata[6].

2. *Fonti normative internazionali e interne*

Il Trattato di Amsterdam (del 2 ottobre 1997, che ha modificato il Trattato sull'Unione europea firmato a Maastricht il 7.2.1992, il Trattato che istituisce la Comunità europea firmato a Roma il 25.2.1957) dichiara espressamente che "la parità tra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità sul mercato del lavoro e il trattamento sul lavoro" fanno parte integrante della "cooperazione sociale" (art. 137 del Trattato CE nella nuova versione) e all'art. 141 integra in modo molto simile il vecchio art. 119 con disposizioni relative alla concreta applicazione del principio della parità retributiva. L'art. 17 (del Trattato CE nuova versione) istituisce la cittadinanza dell'Unione, definendo cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno stato membro. E poi vengono enumerati i vari diritti connessi, tra i quali la libertà di circolazione, il diritto elettorale attivo e passivo a livello comunale nello stato membro in cui si risiede, una protezione diplomatica e consolare anche da parte delle rappresentanze degli altri stati (artt.li 18,19,20 del Trattato CE nuova versione).

Il Preambolo della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, adottata dalla Convenzione il 2.10.2000, al secondo capoverso del secondo paragrafo, recita:" Essa [l' Unione] pone la *persona* al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia". Il riferimento esplicito ai cittadini extracomunitari è contenuto nell'art. 18 "Diritto di asilo" e nell'art. 15 "Li-

5 Istituto di Ricerca Sociale di Milano (IRS) "Badanti: la nuova generazione".

6 Sul punto: CARITAS-MIGRANTES, *Dossier Statistico Immigrazione 2009*, Roma, Idos, 2009, cit.; F. Cristaldi, "La femminilizzazione del processo immigratorio" in CARITAS-MIGRANTES, *Dossier Statistico Immigrazione 2006*, Roma, Idos, 2006, p. 127. AA.VV., I*mmigrazione. Dossier statistico 2000,* Roma, ed. Caritas, 2000.

bertà professionale e diritto di lavorare" dove si dice che i *cittadini* dei paesi terzi che sono *autorizzati a lavorare* nel territorio degli Stati Membri hanno diritto a condizioni di lavoro equivalenti a quelle di cui godono i cittadini dell'Unione. Inoltre, è previsto che (art. 34) "Ogni *individuo* che risiede o si sposti *legalmente* all'interno dell'Unione ha diritto alle prestazioni di sicurezza sociale ed ai benefici sociali conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali. Inoltre, è sancito che ogni *individuo* ha il diritto di accedere ad un servizio di collocamento gratuito (art. 29), che ogni *lavoratore* ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose" (art. 31). La Dichiarazione di Vienna enuncia che "I diritti umani delle donne e delle bambine sono parte integrante, inalienabile ed indivisibile dei diritti umani universali. La partecipazione piena e paritaria delle donne alla vita politica, civile, economica, sociale e culturale a livello nazionale, regionale ed internazionale, e lo sradicamento di tutte le forme di discriminazione in base al sesso sono obiettivi prioritari della comunità internazionale". Il 24 ottobre 2006 il Parlamento europeo ha adottato una risoluzione sulla condizione delle donne immigrate e sul loro ruolo.

Il diritto a condizioni di lavoro equivalenti a quelle dei cittadini europei è limitato ai soli immigrati autorizzati a lavorare nel territori degli Stati membri, mentre è escluso per gli immigrati clandestini (art.15.3 del Trattato). Senonchè la condizione dei lavoratori stranieri presenta un aspetto peculiare: essi vengono nei territori europei per lavorare ma non si consente loro l'ingresso e la permanenza se non hanno già un lavoro. L'uguaglianza lavorativa viene concessa agli immigrati regolarizzati mediante c.d. sanatorie dopo anni di lavoro nero. Inoltre questa categoria di lavoratori per conservare la condizione di eguaglianza deve mantenere l'occupazione o comunque riacquistarla entro breve tempo. Sarebbe utile la previsione di specifici permessi di soggiorno finalizzati al reperimento della attività lavorativa, come auspicato dal recente libro verde della UE. Al contrario, attualmente, deve registrarsi la incongruenza fra la normativa giuslavoristica che vuole favorire la flessibilità (legge Biagi) e una normativa sul soggiorno dello straniero incentrata sulla rigidità (legge Bossi-Fini).

A livello di Organizzazioni internazionali, la "Piattaforma d'azione (della Conferenza ONU) sulle donne di Pechino" del 1995, è stata il punto di partenza di una rinnovata crescita della consapevolezza culturale e politica dei movimenti di donne ed il fattore propulsivo dello sviluppo di un'articolata rete internazionale. Anche in Italia, in virtù di questa nuova e vitale attenzione al tema dei diritti umani, l'attività delle associazioni di donne e la politica internazionale, hanno dato maggior rilevanza a questi temi impegnandosi, in particolare, per l'istituzione del-

la Corte penale internazionale e per i diritti delle donne vittime del fondamentalismo.

Mentre la Piattaforma di Pechino rappresenta un atto di impegno politico la precedente, e meno conosciuta, "Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne" (Cedaw), entrata in vigore in Italia il 10 luglio 1985, è un atto vincolante sul piano giuridico da parte degli stati che lo hanno ratificato e un documento di riferimento fondamentale di tutela e di riconoscimento dei diritti delle donne. L'art. 17 della Convenzione istituisce un Comitato per l'eliminazione della discriminazione contro le donne e l'Italia si è impegnata in prima linea per l'approvazione del Protocollo opzionale (approvato dall'Assemblea generale dell'ONU, è stato aperto alle firme il 10 dicembre 1999, in occasione della giornata mondiale dei diritti umani), grazie al quale singoli o gruppi (associazioni di donne o organizzazioni che difendono i diritti umani) possono ricorrere direttamente al detto Comitato Cedaw.

Nel nostro diritto interno[7] il testo normativo fondamentale in materia di immigrazione è il D.L.vo 25 luglio 1998 n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero) nel quale sono contenute le norme della legge n. 40/1998 (c.d. Turco-Napolitano) e le modifiche successive, tra le quale rivestono importanza particolare la legge n. 189/2002 (c.d. Bossi- Fini) e la legge n. 271/2004 che ha convertito il decreto legge 241/2004. La normativa appena citata riguarda solo gli stranieri extracomunitari e gli apolidi, per espressa previsione del comma 1 del T.U. Molte norme importanti sono contenute nel regolamento d'attuazione D.P.R. 394/1999 modificato di recente dal d.p.r. 334/2004. Da ultimo la legge n. 94 del 15 luglio 2009 "Disposizioni in materia di sicurezza"(cd pacchetto sicurezza); la Legge 3 agosto 2009, n. 102 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 1º luglio 2009, n. 78, recante provvedimenti anticrisi, nonchè proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali" pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 179 del 4 agosto 2009 - Supplemento ordinario n. 140 a cui sono seguite numerose circolari (Circolare del Ministero dell'Interno n. 6466 del 29 ottobre 2009 e n. 7950 del 7.12/2009 sulla Regolarizzazione colf e badanti - Interruzione del rapporto di lavoro nelle more della procedura). Segue il DPCM del 19 novem-

7 F. Mazziotti Di Celso, *Questioni sulla condizione giuridica dello straniero in Italia*, in *Diritto e giurisprudenza,* 1963, pp. 432-450; G. Biscottini, *Il principio di reciprocità nell'ordinamento italiano*, in *Diritto internazionale,* 1967, I, p. 47; G. D'Orazio, *Effettività dei diritti e condizione dello straniero*, in *Diritto e società,* 1973, p. 943 ss.

bre 2009 "Proroga dello stato di emergenza per proseguire le attività di contrasto e di gestione dell'afflusso massiccio di extracomunitari" normativa relativa alle procedure di emersione dal lavoro irregolare prestato da cittadini stranieri nell'attività di assistenza e di sostegno alle famiglie.

3. *Il lavoro degli stranieri nella Costituzione italiana*

La Costituzione italiana presuppone valori sociali affermatisi immediatamente dopo la seconda guerra mondiale. Questi valori vanno aggiornati tenendo conto delle condizioni attuali, mirando a una regolazione della condizione dello straniero immigrato che tuteli i suoi diritti fondamentali, e le sue prospettive di sicurezza economica anche al fine di realizzare una soddisfacente coesione sociale fra cittadini e stranieri.

A questo fine è necessario garantire anche agli immigrati almeno i livelli dei diritti sociali - soprattutto per quel che riguarda la tutela della salute, l'istruzione, la previdenza sociale – in termini che non siano di mera assistenza ma di vera solidarietà giuridica (ex art. 2 della Costituzione)[8]. La Costituzione italiana fa implicito riferimento agli stranieri in diverse disposizioni ma è negli ultimi commi dell'articolo 10 che detta i seguenti principi fondamentali: la riserva di legge, la conformità alle norme e ai trattati internazionali nella regolazione della loro condizione, il diritto d'asilo allo straniero al quale nel suo Paese sia negato l'esercizio delle libertà democratiche, il divieto di estradizione dello straniero per reati politici. Ne dovrebbe derivare che lo stato di bisogno non conferisce il diritto all'asilo. La disposizione costituzionale in questione, infatti, pone un duplice vincolo a favore degli stranieri, ossia di qualsiasi noncittadino (sia esso cittadino di altro Stato estero, rifugiato o apolide): innanzitutto, il Costituente ritiene ammissibile disciplinare la condizione giuridica dello straniero solo con legge ordinaria; il secondo vincolo riguarda il contenuto della legge, che deve attenersi a quanto dispongono in materia le norme internazionali generali e i trattati stipulati dall'Italia. Pertanto, la disposizione costituzionale in questione pone una *riserva di legge rinforzata*, la cui *ratio* è stata rintracciata nella finalità di garantire allo straniero una tutela maggiore e di escludere la possibilità di interventi discriminatori di carattere poliziesco, rimessi all'arbitrio dell'ese-

8 E. Bettinelli, *I diritti essenziali (inviolabili ed universali) dell'uomo e le frontiere dell'ordinamento: l'apologo degli albanesi*, in V. Angiolini (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992, p. 43.

cutivo. Del resto, nel passato, l'autorità pubblica del regime fascista aveva spesso assoggettato gli stranieri ad un trattamento illiberale. In secondo luogo, ad ulteriore garanzia per gli stranieri, si è voluto che le leggi in materia si adeguassero allo *standard* minimo di tutela previsto dalle norme dell'ordinamento internazionale, con ciò non potendosi escludere la possibilità di assicurare con legge un trattamento più favorevole per tali soggetti.

Un altro aspetto problematico che è stato collegato al contenuto normativo dell'art. 10, comma 2, Cost.[9], riguarda il rapporto tra questa disposizione e l'art. 16 disp. prel. cod. civ. ai sensi del quale "lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità". In particolare, secondo una prima tesi, quest'ultima disposizione non deve intendersi modificata dal disposto costituzionale, in quanto essa si limiterebbe a statuire che la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme internazionali e tali norme non escludono affatto la reciprocità. Dall'altra parte, si è obiettato che una visione del genere non solo appare in contrasto con i chiari atteggiamenti espressi in Assemblea Costituente, ma esprimerebbe un atteggiamento storico datato, nel quale gli individui venivano presi in considerazione non in quanto *persone*, ma come estrinsecazioni della sovranità degli Stati, e perciò classificati a seconda dell'appartenenza a quello o quell'altro Stato. Lo spirito della Costituzione vigente, invece, mostra di non tener conto di tali diversità, allorché dispone di riconoscere i diritti inviolabili dell'uomo a tutti e non solo ai cittadini. Con questo, quindi, non si vuole certo negare efficacia alle eventuali norme contenute in trattati internazionali stipulati dall'Italia, che ancora facciano riferimento alla clausola di reciprocità. Quello che appare vietato dalla Costituzione, e non soltanto dall'art. 2, ma anche da tutte quelle norme che si rivolgono a "*tutti*" e non solo ai cittadini è che, quanto meno con riferimento ai diritti fondamentali, la condizione giuridica dello straniero possa essere distinta da quella del cittadino. In questi casi, si dovrebbe prescindere del tutto dal rispetto della condizione di reciprocità di cui all'art. 16 preleggi. Pertanto, il problema del rapporto tra la Costituzione e l'art. 16, preleggi, in realtà appare strettamente collegato al profilo sostanziale della tutela che l'ordinamento appresta in favore dello straniero rispetto allo *status civitatis* costituzionalmente previsto. In altri termini, ci si chiede quale sia l'influenza che esercita il possesso della cit-

9 A. Cassese, *Commento all'art. 10*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, I, p. 516 ss.

tadinanza sul problema della titolarità dei diritti costituzionali e correlativamente quale sia il contenuto concreto dei diritti fondamentali che sulla base della Costituzione vigente spettano allo straniero.

La maggior parte della dottrina ritiene quindi che, laddove la Costituzione non faccia esplicito riferimento ai "cittadini", le norme in essa dettate vadano interpretate in senso estensivo, comprendendo anche gli apolidi e gli stranieri. A favore di questo orientamento sono state addotte le seguenti argomentazioni: a) il rispetto delle concezioni universalistiche dei diritti umani in base alle quali lo spirito della Costituzione si proietterebbe verso tutta la comunità internazionale e non soltanto verso alcune comunità statali. Del resto l'esplicita previsione della conformità della legge rispetto alle norme internazionali generali e particolari di cui all'articolo 10, comma 2, Cost. sarebbe orientata in questa direzione; b) le preoccupazioni per i rischi, derivanti sugli stranieri extracomunitari, di un *minus* di tutela derivante da un'eccessiva limitazione dei diritti dello straniero; c) la tendenza generalizzata anche da parte del legislatore, in attuazione del disposto costituzionale in oggetto, a riconoscere allo straniero i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali e dai principi internazionali generalmente riconosciuti, fatta salva la clausola di reciprocità esclusivamente in talune specifiche ipotesi (cfr. art. 2, commi 1 e 2, t.u. 25 luglio 1998, n. 286).

L'art. 3 della Costituzione italiana viene interpretato al di là della sua dizione letterale che sembrerebbe restringerne la portata ai soli cittadini. Lo si interpreta nel senso che, comunque, il principio di eguaglianza vale anche per lo straniero in materia di diritti fondamentali e inviolabili. Su questa base può affermarsi che una solida tutela per lo straniero è già fondata nella Costituzione, al di qua delle eventuali ulteriori previsioni contenute in leggi successive. Ed anche la tutela giuslavoristica trova in tale norma il suo fondamento[10].

Tale conclusione non comporta, però, che necessariamente debba esservi assoluta parità di trattamento fra cittadini e stranieri in materia di diritti fondamentali. Il controllo di ragionevolezza comporta che situazioni eguali siano trattate in modo eguale e situazioni diseguali siano trattate in modo differente. Non andrebbe comunque trascurato che le prestazioni dei lavoratori stranieri per lo più si risolvono nei lavori meno graditi dagli italiani (servizi di pulizia e servizi infermieristici di basila-

10 E. Codini, *Diversi ed eguali. Immigrazione extracomunitaria e principio giuridico di eguaglianza*, Milano, 2002, pp. 47, 144 e 145.

re importanza, agricoltura, edilizia pastorizia) eppure svolti spesso da una classe di immigrati dotati di un livello di istruzione superiore e al contempo inclini a una mobilità territoriale tripla rispetto ai lavoratori italiani. Sotto questo profilo non è peregrino sostenere che la classe dei lavoratori stranieri nel suo complesso adempie ai doveri di solidarietà richiamati dall'art. 2 della Costituzione con una intensità certamente non inferiore a quella del lavoratore italiano medio. Questo è un dato particolarmente rilevante se si tiene conto che gli immigrati rappresentano attualmente poco meno del 5% della popolazione italiana e che il tasso d'incremento dei flussi fa prevedere che nei prossimi anni essi rappresenteranno il 6% della popolazione italiana.

4. *I diritti fondamentali dello straniero nella giurisprudenza*

Numerose pronunce della Corte costituzionale hanno concorso all'individuazione e alla determinazione del contenuto dei diritti fondamentali spettanti allo straniero. In particolare, senza aver la pretesa di esaurirne la trattazione, si può desumere da tali pronunce che:

a) Sono riconosciuti a tutti, cittadini e stranieri (in quanto dotati della capacità, ex art. 2 e 22 Cost.), i diritti inviolabili dell'uomo e, quando si tratti di rispettare tali diritti, è certo che vale per lo straniero il principio di eguaglianza (cfr. tra le altre, Corte cost., sentt. nn. 120/1967, 109/1974, 46/1977).
b) Se nella *titolarità* dei diritti fondamentali della personalità gli stranieri si trovano in una posizione di eguaglianza con i cittadini, ciò non esclude che differenze di fatto tra gli uni e gli altri possano giustificare un loro diverso trattamento nel *godimento* di quegli stessi diritti, attesa la diversa posizione delle due categorie di soggetti rispetto allo Stato (Corte cost., sentt. nn. 104/1969, 144/1970, 244/1974, n. 62/1994).
c) Anche nei confronti dello straniero, in quanto imputato, si applica la presunzione di non colpevolezza ex art. 27 Cost. (Corte cost., sent. n. 120/1967, che richiama anche norme internazionali in tal senso).
d) È ammessa per "tutti", quindi anche per lo straniero, la tutela giurisdizionale avverso provvedimenti di polizia illegittimi (Corte cost., sent. n. 244/1974).

Nella categoria dei diritti inviolabili, fondati non soltanto sulla base dell'art. 2 Cost., la stessa giurisprudenza ha inserito, anche a favore degli stranieri, tra gli altri:

Il diritto al proprio decoro, onore, rispettabilità, riservatezza, intimità e reputazione (cfr. *ex plurimis,* Corte cost., sent. n. 38/1973, che richiama anche gli artt. 8 e 10 della Convenzione dei diritti dell'uomo); il

diritto al segreto della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione (cfr. *ex plurimis,* Corte cost., sent. n. 366/1991); la libertà di manifestazione del pensiero (cfr. tra le altre, Corte cost., sent. n. 168/1971), anche con riguardo ad opinioni politiche (e queste ultime, laddove non contrastanti con l'ordine pubblico costituzionale, non costituiscono motivo di espulsione); i diritti della famiglia (cfr. Corte cost., sent. n. 181/1976); libertà di contrarre matrimonio (cfr. Corte cost., sent. n. 27/1969); libertà di professione religiosa (cfr. Corte cost., sentt. nn. 14/1973 e 188/1975); il diritto di difesa (cfr. Corte cost., tra le altre, sentt. nn. 11/1956, 29/1962, 11/1971, 177/1974, 125/1979); il diritto alla riparazione degli errori giudiziari (cfr. Corte cost., sent. n. 28/1969) ed alla dignità umana in quanto lo straniero sia imputato (cfr. Corte cost., sent. n. 159/1973); la libertà personale con limite massimo della durata della carcerazione preventiva (cfr. Corte cost., sent. n. 147/1973); la libertà di associazione, con limiti per le associazioni aventi natura o finalità politica, ma non per quella sindacale; diritto alla salute e all'assistenza sanitaria anche per gli stranieri "che si trovano senza titolo legittimo sul territorio dello Stato", trattandosi di un nucleo irriducibile di diritti garantiti dall'art. 32 Cost. rispetto ad altri che devono, invece, essere bilanciati con interessi pur costituzionalmente protetti (Corte cost., sent. n.252/2001); il diritto al ricongiungimento con il coniuge viene considerato parimenti diritto fondamentale ma sottoposto ad "un corretto bilanciamento con altri valori di pari tutela costituzionale", in particolare alla condizione che sussista la possibilità di assicurare al familiare, con cui si opera il ricongiungimento, "condizioni di vita che consentano un'esistenza libera e dignitosa" (cfr. Corte cost., ord. n. 232/2001).

Le numerose pronunce della giurisprudenza costituzionale, oltre a dare contenuto concreto al disposto di cui all'art. 10, comma 2, Cost., si sono caratterizzate per molti anni anche per aver rappresentato una sorta di "supplenza" nei confronti del legislatore, in assenza di un disegno organico di riforma della disciplina sullo straniero. Esse, inoltre, hanno contribuito non solo a fornire elementi e parametri nuovi di giudizio e valutazione (come nel caso del riconoscimento del diritto al ricongiungimento familiare ed alla parità di trattamento tra lavoratori italiani e stranieri regolarmente residenti in Italia)[11]

La prima organica disciplina legislativa di attuazione dell'art. 10, comma 2, Cost. è avvenuta a distanza di 50 anni dalla previsione costi-

11 E. Bettinelli, *I diritti essenziali (inviolabili ed universali) dell'uomo e le frontiere dell'ordinamento: l'apologo degli albanesi*, in V. Angiolini (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992, p. 43 cit.

tuzionale ed è rappresentata dalla legge n. 40 del 1998.

Varie sono le leggi successive che regolano la condizione degli stranieri e particolarmente quelle che disciplinano il lavoro degli extracomunitari. Anche se è sempre la giurisprudenza a dare una visione più strettamente connessa alla realtà attuale delle tutele dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori immigrati. In particolare spesso i giudici del lavoro sono chiamati a pronunciarsi in relazione a situazioni di lavoratrici in attesa di rinnovo di permesso di soggiorno, licenziate illegittimamente dai datori di lavoro, nelle more della regolarizzazione delle colf e delle badanti (Tribunale di Brescia n. 2080/09 del 25 settembre 2009), «solo con la affermazione della sussistenza di un diritto del lavoratore alla regolarizzazione si raggiunge una interpretazione conforme alla Costituzione». Parimenti il Tribunale di Rimini con ordinanza del 27 ottobre 2009 stabilisce che « l'accesso all'occupazione deve, dunque, essere garantito allo stesso modo al cittadino italiano e al cittadino straniero anche nei posti di lavoro all'interno della pubblica amministrazione». In altra pronuncia (Tribunale di Bari 11 maggio 2009) in merito al diniego del riconoscimento della invalidità civile per mancato possesso, da parte dell'istante, della carta e/o del c.d. permesso di soggiorno, dopo aver richiamato che: «Sul punto la Corte Costituzionale, dopo essere intervenuta con la sentenza n. 306/2008 al fine di estendere la concessione della indennità di accompagnamento anche agli stranieri extracomunitari non in possesso dei requisiti di reddito stabiliti per la fruizione della carta di soggiorno (cosi dichiarando l'illegittima costituzionale *in parte qua* dell'art. 80, comma 19, L. n. 388/2000 e dell'art. 9, comma 1, D. Lgs. n. 286/1988 e successive modificazioni), è nuovamente intervenuta *in subiecta materia* con la recente sentenza n. 11/2009 dichiarando l'illegittimità costituzionale delle medesime previsioni di cui sopra laddove precludono, sempre agli stranieri extracomunitari, non in possesso dei suddetti requisiti di reddito, l'accesso alla pensione d'inabilità (evidente essendo nella specie la disparità di trattamento tra cittadini e stranieri legalmente e non occasionalmente soggiornanti in Italia). Per cui, in base ad una lettura costituzionalmente orientata delle suddette previsioni, non v'è dubbio che ad analoghe conclusioni debba pervenirsi anche in relazione all'assegno d'invalidità civile per cui è giudizio, il quale, com'è noto, è caratterizzato da finalità e presupposti del tutto sovrapponibili alla pensione d'invalidità[12].

12 E. De Filippo, *La componente femminile dell'immigrazione*, in E. Pugliese (a cura di), *Rapporto immigrazione, lavoro, sindacato e società*, Ediesse, Roma, 2000 , pp. 47-63.

5. *La tutela pensionistica e assistenziale*

Gli immigrati e le immigrate pur essendo assicurati – in base ai principi della parità di trattamento e della territorialità dell'obbligo assicurativo - alle stesse condizioni dei lavoratori italiani e avendo diritto a prestazioni uniformemente definite dalla legge, presentano problematiche specifiche dal punto di vista previdenziale e assistenziale[13].

Le problematiche prioritarie, che interessano soprattutto le donne immigrate date le caratteristiche dei loro percorsi lavorativi, si riferiscono alla tutela del trattamento pensionistico e alla tutela assistenziale nel settore domestico.

Le immigrate, spesso posseggono una posizione contributiva non facilmente ricostruibile - dal momento che di frequente si tratta di percorsi migratori a termine - o frammentata a causa dell'alternanza di periodi di lavoro regolare e di lavoro sommerso. Il primo aspetto da tenere presente ai fini del futuro pensionistico è rappresentato dalla durata dei periodi lavorativi e di conseguenza dalla continuità retributiva e contributiva. Le donne risultano mediamente penalizzate, in quanto presentano impieghi meno continuativi degli uomini. Questo divario, che si traduce in una situazione di svantaggio per le lavoratrici straniere, è determinato dal complesso dei fattori 'deboli' che caratterizza il lavoro femminile: inserimento in settori meno tutelati, come il lavoro domestico e di cura[14], maggiore diffusione del lavoro sommerso, maggiore ricorso a rapporti di lavoro a part time e a impieghi con orari ridotti. Il rischio per i lavoratori immigrati – soprattutto per quelli inseriti nei settori meno tutelati del mondo del lavoro - è quello di avere una carriera lavorativa precaria e discontinua che li condanni da anziani ad un futuro di *nuovi poveri*, dopo averli mantenuti in una condizione di *working poor*.

Il carattere aperto della legislazione sociale italiana, attribuisce a tutti i lavoratori uguale dignità, a prescindere dalla loro cittadinanza ed assicura loro un uguale trattamento, salvo alcuni limiti che sussistono nel caso che venga meno la permanenza sul territorio italiano, e alcuni requisiti richiesti per legge per l'erogazione di trattamenti socio-assistenziali (carta di soggiorno richiesta per l'assegno sociale e per la pensione di invalidità civile e per provvidenze di tipo economico come l'assegno di maternità dello Stato e quello concesso dai Comuni).

13 E. LAURENZI, dattiloscritto, Firenze, 1999, Intervista a P. SOUMBOU, documento presentato al seminario "Genere ed economia nelle prospettive del welfare dei cittadini".

14 C. Morini, Febbraio 2001, *La serva serve*, Le nuove forzate del lavoro domestico. – Collana MAP – Ed. DeriveApprodi, Roma, 2001

Nella gestione del rapporto con l'utenza immigrata e nelle procedure di erogazione delle prestazioni emergono alcune problematiche di interpretazione normativa e di (talvolta) incerto coordinamento tra la 'speciale' normativa sull'immigrazione e la normativa 'generale' di sicurezza sociale. Una diversa regolazione in base al genere caratterizza il regime pensionistico in caso di rimpatrio nel Paese di origine. I trattamenti pensionistici in caso di rimpatrio sono stabiliti dall'art. 18 della L. 189/2002, secondo cui il lavoratore extracomunitario "conserva i diritti previdenziali e di sicurezza sociale maturati" e può usufruirne anche se non sussistono accordi di reciprocità con il Paese di origine. La legge del 2002 ha soppresso la facoltà concessa al lavoratore straniero di ottenere il rimborso dei contributi versati, introdotta dalla Riforma Dini (L. 335/1995).

A seguito della nuova disposizione del Testo unico sull'immigrazione e delle riforme pensionistiche successive, attualmente i trattamenti pensionistici di vecchiaia si differenziano a seconda del regime (retributivo o contributivo) che interessa il lavoratore: nel caso di regime retributivo o misto, i lavoratori extracomunitari- assunti prima del 1996 – possono percepire la pensione di vecchiaia al compimento del 65° anno di età, sia per gli uomini che per le donne, con 20 anni di contributi; nel caso di regime contributivo, i lavoratori extracomunitari - assunti dopo il 1996 – possono percepire la pensione di vecchiaia al compimento del 65° anno di età, sia per gli uomini che per le donne, anche se non sono maturati i requisiti previsti (anche per un periodo di copertura contributiva inferiore a 5 anni). La pensione ai superstiti può essere concessa solo se il decesso è avvenuto al compimento del 65° anno di età.

Una prima osservazione riguarda il fatto che, in caso di rimpatrio 'anticipato' rispetto all'età pensionabile e al consolidamento dei requisiti previsti, i contributi diventano versamenti 'a fondo perduto'; se uno straniero decide di tornare nel paese di origine senza aver maturato i requisiti pensionistici (20 anni di contributi) – se è soggetto al sistema retributivo o misto – non può far fruttare i contributi versati; li 'recupera' solo se ricade nel sistema contributivo. La seconda osservazione riguarda le lavoratrici donne non più soggiornanti nel nostro Paese, per le quali è previsto un innalzamento di 5 anni rispetto all'attuale requisito di età pensionabile di 60 anni richiesto per le donne italiane o straniere soggiornanti in Italia. Le donne extracomunitarie rimpatriate subiscono una penalizzazione ingiustificata nel requisito dell'età pensionabile, dovuta molto probabilmente ad una 'svista' del legislatore. Sarebbe opportuno avviare politiche che facilitino il rientro attivo dei lavoratori immigrati nei Paesi di origine, così come sollecitato da Organismi internazionali

come l'OIM, consentendo di ricevere alcuni benefici a cui avrebbero avuto diritto se fossero rimasti nel Paese ospite[15].

Vi è, infine, una categoria di prestazioni assistenziali - gli assegni di maternità – che produce una discriminazione non solo tra donne comunitarie ed extracomunitarie ma, all'interno di quest'ultime, tra quelle in possesso del *'permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo* (ex carta di soggiorno) e quelle prive. Si tratta, nello specifico, dell' 'assegno di maternità concesso dallo Stato e dell'assegno di maternità concesso dai Comuni', a cui hanno diritto le donne comunitarie, se in possesso già prima dell'11 aprile 2007 della carta di soggiorno Ce oppure – dopo tale data - se iscritte all'anagrafe del Comune di residenza, e quelle non comunitarie, se in possesso del 'permesso per lungo soggiornanti'. Esiste un'unica eccezione: possono usufruire dell' 'assegno di maternità concesso dai comuni anche le donne extracomunitarie prive del 'permesso per lungo soggiornanti', purchè siano già state riconosciute come rifugiate politiche. L' 'assegno per il secondo figlio' - reintrodotto dalla Legge Finanziaria 2006 - resta, invece, una prerogativa delle donne comunitarie[16].

6. *La discriminazione nel contesto lavorativo delle donne immigrate*

Le discriminazioni in ambito lavorativo - tradizionalmente destinate alle fasce più deboli dei cittadini (minori, stranieri, donne) privi della necessaria conoscenza dei loro diritti e della capacità di scegliere nonché privi di adeguate tutele – hanno, negli ultimi anni e contestualmente all'aumento del fenomeno migratorio nel nostro paese, ampliato lo spazio di intervento in un mercato del lavoro sempre più competitivo, spesso senza regole. Ne è derivato un aumento delle percentuali di vittime di abusi e soprusi perpetrati sui luoghi di lavoro e le donne immigrate ne sono state spesso le vittime principali[17].

Dalle rilevazioni dell'ISTAT (come già riportato), si è osservato come

15 J.L. Laville, intervento al seminario *Genere ed economia sociale nelle prospettive del welfare dei cittadini*, Fondazioni CRIDA, Firenze, dattiloscritto, 1999.

16 M. Tognetti Bordogna, *Le donne migranti: doppia invisibilità e problemi sanitari*, in "Politica ed Economia", 1990. M. Tognetti Bordogna, *Le donne straniere di fronte ai servizi alla persona: l'uso e la conoscenza del consultorio familiare*, in Atti del Convegno Nazionale sui consultori (Rimini, 21-27 maggio), Roma, Ediz. C.C. Internazionale.

17 S.Ceschi e M. Mazzonis, *Le forme dello sfruttamento servile e paraschiavistico nel mondo del lavoro* in Commissione per la integrazione degli immigrati, Dipartimento per gli Affari Sociali, 2001.

- a fine 2005 - quasi la metà della popolazione straniera residente in Italia (48,9 %) sia composta da donne, in gran parte titolari di permessi di soggiorno per ricongiungimento familiare ed inserite, spesso irregolarmente, nel settore domestico[18], costrette, quindi, per una sorta di situazione di fatto consolidata nel tempo, al lavoro sommerso. I motivi da cui trae origine la discriminazione sono particolarmente complessi, in quanto implicano una molteplicità di fattori estremamente eterogenei fra di loro e non assimilabili in un unico contesto (tradizioni, etnie, culture religiose ecc.)[19]. Da una prima suddivisione di carattere generale del fenomeno, sono stati individuati due tipi di discriminazioni, presenti, peraltro, nel Decreto Legislativo 1998 n. 286, artt. 43 e 44, in cui è espressamente prevista una tutela civile contro le discriminazioni. Le *discriminazioni dirette:* si riferiscono a casi di rifiuto esplicito da parte del datore di lavoro ad assumere una persona a causa della sua origine; molestie fisiche o verbali; proposte di assunzione in condizioni che penalizzano in modo esplicito il cittadino/a straniero; mancato rispetto delle regole di assunzione o di licenziamento previste dalla normativa vigente per tutti i lavoratori dipendenti. Le *discriminazioni indirette:* si verificano quando i comportamenti, pur apparentemente neutri, svantaggiano in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori appartenenti ad una determinata razza o gruppo etnico, linguistico o religioso o di estrazione sociale o culturale non elevata. Tali comportamenti si possono estrinsecare mediante procedure d'assunzione che privilegiano tacitamente determinate categorie di persone, o prevedono test di selezione che contengono elementi culturali non inerenti alla valutazione delle competenze e delle qualifiche richieste per il tipo di lavoro proposto.

Ulteriori distinzioni si possono riferire al momento in cui interviene l'evento discriminante. *Discriminazione al momento dell'assunzione: s*i tratta di una discriminazione 'preliminare' all'accesso al lavoro, che si manifesta durante il colloquio o nell'ambito della domanda di assunzione – all'atto della presentazione del curriculum professionale - e si realizza nel mancato riconoscimento o valutazione adeguata di titoli o qualifiche professionali, spesso acquisite nei paesi di provenienza e non considerati, soprattutto ai fini della retribuzione. Queste forme di 'sottoinquadramento professionale' sono particolarmente diffuse nei confronti

18 C. Alemani, G. Castelletti, G.P. Di Nicola, R. Livraghi, M. Piazza, M. Solinas, C. Turri, O.Turrini, 1994, *Donne in Frontiera – le colf nella transizione*, Transizione 17 Ed. CENS.

19 G. Campani, 2001, *Donne musulmane e discriminazione: il caso italiano*, dattiloscritto, Università di Firenze

delle immigrate. Secondo un'accezione comune, tale forma di discriminazione non impedisce al soggetto debole di accettare un lavoro 'dequalificato' rispetto alle proprie competenze, ai requisiti posseduti ed alle legittime aspirazioni, quasi fosse un passaggio obbligato in attesa (spesso illusoria) di altre opportunità[20]. *Discriminazione sul posto di lavoro:* si manifesta dopo aver superato la fase dell'assunzione. Si tratta di una disparità di trattamento che si presenta, oltre che attraverso atteggiamenti vessatori di tipo fisico o verbale, anche mediante comportamenti palesemente illegittimi di negazione di diritti fondamentali, in deroga a qualunque normativa vigente, quali, ad esempio, il diritto di astensione o di congedo per maternità o il diritto di fruire del congedo ordinario o di permessi per gravi motivi.

La precarietà occupazionale delle donne immigrate è una condizione che favorisce eventuali discriminazioni sul lavoro; nel nostro Paese, il 70% delle lavoratrici straniere impiegate prevalentemente nel settore dei servizi (commercio, ristorazione, turismo, pulizie ecc.) ha un contratto di lavoro part-time. Il fenomeno, prevalentemente femminile, si è implementato con maggiore evidenza a partire dagli anni '80, contestualmente ad un aumento del tasso di disoccupazione che, unito ad una cronica carenza di strutture pubbliche idonee, non ha consentito alle lavoratrici straniere di conciliare l'attività lavorativa con le esigenze familiari, lasciandole senza possibilità di alternative ed obbligandole così ad accettare questa tipologia di lavoro 'flessibile'. Nell'ambito di un'analisi di genere, si può parlare di *'discriminazione plurima'* delle lavoratrici straniere[21].

La discriminazione nel contesto lavorativo delle donne immigrate corrisponde a quella che abbiamo descritto come una *doppia discriminazione*, basata sull'origine etnica di provenienza e sul sesso, a cui di frequente si somma anche il fattore dell'estrazione sociale. Le donne immigrate sono penalizzate da una serie di elementi che vanno dalla non padronanza della lingua, alla mancata conoscenza delle tutele/assistenze cui avrebbero diritto in ambito lavorativo, al mancato o comunque carente supporto sociale, familiare, culturale, istituzionale, sia nella prima fase *dell'accesso al mercato del lavoro* che, successivamente, *sul posto di lavoro*. La dicotomia potrebbe apparire ad un primo approccio quasi un luogo comune, una sorta di realtà di fatto consolidata e come tale accettata

20 E. Spinelli, *Badanti: donne come noi*, Rivista di Servizio Sociale" n. 2/2003

21 M.L. Frias *Migranti e native: la sfida del camminare insieme* all'interno del Seminario *Donne, migrazione, diversità: L'Italia d'oggi e di domani*, Dipartimento pari opportunità e Commissione nazionale per la parità e le pari opportunità, 2001.

passivamente dalle 'vittime' predestinate ma in realtà le dimensioni di genere, di straniera e in più di non elevata estrazione sociale, si sommano non in termine di diritti e tutele ma in senso negativo, quasi ricattatorio, dando origine inevitabilmente a conflitti, difficoltà e disagi profondi[22].

Conclusioni

L'attenzione sulle condizioni del lavoro delle donne, oltre che a permettere di comprendere le dimensioni delle esperienze femminili, può svelare anche molti aspetti della vita e della cultura delle comunità immigrate, di cui le donne custodiscono i valori e le consuetudini più intime, radicate e meno visibili. E' a partire dalla conoscenza delle situazioni femminili che si possono affrontare più adeguatamente molti conflitti della convivenza multiculturale.

Per le donne immigrate le due dimensioni di differenza e discriminazione, donna e straniera, si sommano, ma non sempre ciò si traduce in un sommarsi di diritti e tutele, anzi in alcuni casi origina situazioni conflittuali che richiedono scelte e aumentano notevolmente le difficoltà e il disagio. L'immigrazione femminile è un terreno sul quale si verificano potenziali e attuali difficoltà di contemperare diritti della donna, così come si sono configurati nella tradizione occidentale, e diritti culturali nelle forme rivendicate da alcuni componenti, individui o istituzioni, della popolazione immigrata.

La carenza di occupazioni esterne retribuite, di strutture pubbliche e servizi adeguati alle loro richieste contribuisce a mantenere le donne immigrate in una situazione di isolamento, di chiusura in un assetto familiare che non offre neanche più le protezioni di quello tradizionale. La loro autonomia e la possibilità concreta di sottrarsi a regole che non condividono richiede dunque in primo luogo, come è già stato per quelle autoctone, un accesso al lavoro, all'istruzione, all'alloggio, all'assistenza medica compatibile con le loro esigenze. Di fronte a situazioni discriminanti interne alla comunità di appartenenza, più che divieti o imposizioni, sono da privilegiarsi interventi diretti ad aumentare e rendere effettivi gli strumenti di tutela ed emancipazione, che mettano le donne nelle condizioni di poter scegliere, di poter almeno immaginare una vita alternativa a quella tracciata dalle proprie origini. Tra le misure di tutela le più

22 CNEL, Seminario Roma, dattiloscritto, *Risorsa Donna – Le donne migranti*, 24 ottobre 1994,

problematiche sia sul piano concettuale che su quello sociale sono notoriamente quelle azioni positive che, a fronte di una scarsità di risorse, che siano posti di lavoro, di ammissione nelle scuole, alloggi, asili ecc., favoriscono alcuni individui rispetto ad altri solo per la loro appartenenza ad una categoria. Per queste misure la giustificazione più comunemente accettata fa riferimento ad uno stato precedente di discriminazione e inferiorità, da cui deriva un diritto di reintegrazione.

In linea generale, occorrerebbe, per tutte le scelte che riguardano gli immigrati, ma a maggior ragione per le questioni che le riguardano più direttamente, è essenziale poter assicurare la partecipazione di associazioni non soltanto di stranieri, ma più precisamente di donne straniere, che dovrebbero diventare un interlocutore delle istituzioni pubbliche dalle scuole, ai Comuni, alle commissioni legislative, al fine di tutelare concretamente i diritti della donna in quanto persona.

SAGGI

ANDREA BARENGHI

Appunti sugli acquisti individuali per surrogazione del coniuge in comunione legale

SOMMARIO: Individuazione del tema. - 2. Lettera e scopo della disposizione normativa. - 3. Il rapporto tra l'art. 179, 1° co., lett. f) e l'art. 179, 2° co., c.c. La tesi dell'autonomia delle due fattispecie. - 4. La qualificazione della dichiarazione del coniuge come dichiarazone ricognitiva. - 5. Carattere ricognitivo della dichiarazione del coniuge secondo la giurisprudenza. - 6. Irrilevanza della dichiarazione ex art. 179, 1° co., lett f) o delle formalità di cui all'art. 179, 2° co., c.c. secondo la giurisprudenza. - 7. Giurisprudenza che afferma invece il carattere essenziale della dichiarazione ex art. 179, 1° co., lett. f) o delle formalità di cui all'art. 179, 2° co., c.c.: delimitazione dei precedenti e osservazioni critiche. - 8. Conclusioni.

1. *Individuazione del tema*

La sorte degli acquisti individuali per surrogazione da parte del coniuge in comunione legale dei beni rappresenta ancora, in letteratura e nell'esperienza pratica, una questione irrisolta e priva di adeguata sistemazione.

Dei nodi interpretativi e sistematici della norma [art. 179, 1° co., lett *f*), e 2° co., c.c.], e della sua infelice formulazione, risentono per un verso le posizioni perplesse e incompiute e le nette contrapposizioni che si riscontrano nella materia e per altro verso le incerte decisioni giurisprudenziali.

Come è ben noto, la comunione tra i coniugi si estende agli acquisti fatti dai coniugi insieme o singolarmente in costanza di matrimonio ad eccezione dei beni personali di cui all'art. 179 [art. 177, lett. *a*) c.c.].

A mente dell'art. 179, 1° co., lett *f*), sono beni personali del coniuge «*i beni acquistati con il prezzo del trasferimento dei beni personali sopraelencati o col loro scambio, purché ciò sia espressamente indicato nell'atto di acquisto*», mentre l'art. 179, 2° co., soggiunge che «*l'acquisto di beni immobili ... effettuato dopo il matrimonio, è escluso dalla comunione, ai sensi delle lett. c), d) ed f) del precedente comma, quando tale esclusione risulti dall'atto di acquisto se di esso sia stato parte anche l'altro coniuge*».

La seconda disposizione, relativa agli acquisti immobiliari e di mobili registrati, richiede che l'esclusione risulti dall'atto se ad esso partecipa anche l'altro coniuge, ma richiama una norma precedente [1° co., lett.

f)] che già di per sé richiede una dichiarazione nell'atto.

Ne deriva l'esigenza di chiarire quale rapporto possa essere instaurato tra le due norme, per definire l'ambito di specialità della fattispecie del 2° comma rispetto a quella delineata nel 1° comma, e di definire il problema, che frequentemente si pone all'esperienza pratica, dell'efficacia dell'acquisto individuale del coniuge nell'ipotesi in cui nell'atto non risulti il fondamento dell'esclusione del bene dalla comunione legale, in quanto acquistato con lo scambio o il ricavo dell'alienazione di un altro bene personale, o ad esso, trattandosi di mobile registrato o di immobile, non abbia preso parte l'altro coniuge.

La giurisprudenza dominante considera il requisito della dichiarazione di esclusione non indispensabile e quindi ritiene possibile dimostrare il carattere personale del bene anche in sua assenza[1], e ciò in taluni casi mettendo l'accento sull'oggettività del requisito dell'acquisto personale (come accade in caso di permuta, ma anche nel caso di isolate ed episodiche disponibilità finanziarie)[2]. Il carattere personale del bene, alla stregua di tale orientamento della giurisprudenza di legittimità, può essere affermato in relazione alla sussistenza dei requisiti sostanziali indicati nell'art. 179, 1° co., tra cui in particolare qui interessa quello della lett. *f*), e cioè l'acquisto mediante il ricavato di beni personali, indipendentemente dall'osservanza degli adempimenti di carattere formale[3].

Si riscontrano tuttavia anche decisioni nelle quali viene affermato il principio opposto secondo cui tale soluzione sarebbe applicabile solo in determinati casi, e in particolare nell'ipotesi di permuta di altri beni personali del coniuge acquirente[4].

[1] Da ultimo, in caso di acquisto individuale di beni mobili, ritengono non indispensabile il requisito della dichiarazione di esclusione nell'atto, prevista dall'art. 179, 1° co., lett *f*), Cass., 5 maggio 2010, n. 10855, in *Giur. it.,* 2010, p.1785 ss.; Cass., 25 settembre 2008, n. 24061, in *Mass. Giur. it.,* 2008; Cass., 20 gennaio 2006, n. 1197, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 1730, tutte relative a strumenti finanziari e depositi bancari. V. altresì, in materia di acquisti immobiliari, Cass., 27 febbraio 2003, n. 2954, in *Fam. dir.*, 2003, p. 559; Cass., 8 febbraio 1993, n. 1556, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 2425 ss.; in materia di mobili registrati, Cass., 9 novembre 2000, n. 14575, in *Danno resp.*, 2001, p. 717.

[2] Cass., 8 febbraio 1993, n. 1556, cit. (pronunciata in materia di permuta immobiliare, la sentenza contiene significative considerazioni generali al riguardo, che non si limitano all'ipotesi della permuta, mettendo l'accento sul carattere oggettivo della risultanza); Cass., 18 agosto 1994, n. 7437, *ivi*, 1994, p. 2503 ss. (in materia di acquisto mobiliare).

[3] Cfr. Cass., 8 febbraio 1993, n. 1556, cit.; Cass., 9 novembre 2000, n. 14575, cit., le quali sottolineano, a mio parere correttamente, che tali disposizioni servono «*soprattutto a tutela dell'interesse dei terzi*».

[4] Cass., 24 settembre 2004, n. 19250, in *Giur. it.,* 2006, I, p. 494 ss. (sulla quale esprimerò alcune notazioni critiche *infra* nel testo al § 7); in caso di acquisti immobiliari ritiene

Nell'affrontare il sistema degli acquisti personali dei coniugi occorre anche considerare che l'art. 195 c.c. introduce una presunzione di comunione per i beni mobili non registrati e che l'art. 197 c.c. dichiara inopponibili ai terzi gli acquisti personali di beni mobili non aventi data certa[5].

Deve pure ricordarsi, si tratta di una notazione elementare, che l'ordinamento riconosce in generale al coniuge (come a qualunque soggetto) la più ampia e incondizionata libertà di disporre dei beni che fanno parte del suo patrimonio personale (nel caso che interessa: che non rientrano nella comunione dei beni), di talché sarebbe inammissibile ogni limitazione di tale libertà (v. ad es. artt. 185, 217, 832 c.c.), che trova il suo ultimo fondamento in disposizioni costituzionali (quali gli artt. 41 e 42), al di fuori di ipotesi normativamente previste di acquisto da parte della comunione, introducendosi altrimenti, in difetto di fondamento positivo del 'diritto' dell'altro coniuge ad acquisire il bene altrimenti personale in comunione, e, in ipotesi, in mancanza d'intento liberale, una forma di arbitraria espropriazione, a favore della comunione, di beni personali del coniuge, dal cui patrimonio personale provengano i mezzi utilizzati per l'acquisto[6].

2. *Lettera e scopo della disposizione normativa*

La disposizione del 1° co. dell'art. 179 si riferisce a tutti gli acquisti, senza distinguere tra beni mobili, beni mobili registrati e beni immobili e prescrive, perché sia conseguito l'effetto della personali-

indispensabile la dichiarazione di esclusione e la partecipazione dell'altro coniuge anche Cass. 25 ottobre 1996, n. 9307, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2887 ss. (ma senza una effettiva motivazione: v. *infra*, § 7). Mi paiono invece da considerare affermazioni incidentali quelle di Cass. 19 febbraio 2009, n. 4039, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 469 ss., e di Cass. 8 marzo 2008, n. 6120, in *Riv. not.*, 2008, p. 493 ss., su cui v. *infra*, § 7. La recente sentenza di Cass., sez. un., 28 ottobre 2009, n. 22755, in *Foro it.*, 2009, I, c. 3317, afferma bensì che il requisito della partecipazione all'atto non sarebbe facoltativo ma necessario alla produzione dell'effetto ma ciò fa non soltanto con un *obiter dictum* (nella fattispecie trattandosi di decidere, oltre a questioni inerenti l'opponibilità al terzo acquirente, il diverso problema della impugnabilità dell'acquisto personale da parte del coniuge che nella specie devcisa aveva del resto partecipato all'atto) ma, mi pare, in termini contraddittori con la meditata conferma contenuta nella stessa motivazione della rilevanza dei soli requisiti sostanziali e del carattere ricognitivo della partecipazione dell'altro coniuge e della dichiarazione di esclusione, che rappresentava peraltro la ragione della rimessione alle Sezioni unite da parte della prima Sezione civile. (su ciò v. *infra*, §§ 5 ss.).

[5] Barbiera, *La comunione legale*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, 3, *Persone e famiglia*, II, Torino, 1996.

[6] Cfr., in luogo di molti, Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo-Mengoni*, diretto da Schlesinger, Milano, 2010, p. 1077 ss., ed ivi letteratura.

tà del bene, in caso di acquisto con lo scambio o il ricavato dell'alienazione di beni personali, la dichiarazione da parte del coniuge acquirente all'atto dell'acquisto («*non costituiscono oggetto della comunione e sono beni personali del coniuge... purché ciò sia espressamente dichiarato all'atto dell'acquisto*»).

Il 2° comma considera personale l'acquisto di immobile o di mobile registrato «*ai sensi delle lett. c), d) ed f) del precedente comma*», «*quando*» la causa di esclusione «*risulti dall'atto*», «*se di esso sia stato parte l'altro coniuge*».

L'incerta formulazione letterale delle due disposizioni ha consentito all'interprete di predicarne ora un rapporto di specialità ora di reciproca autonomia. Talune opinioni sottolineano che il 2° comma dell'art. 179 c.c. disciplina una ipotesi speciale rispetto a quella contemplata dalle lett. *c*), *d*) ed *f*) del 1° co., nel caso in cui l'acquisto individuale concerna beni mobili registrati o immobili[7], mentre da altri autori si sottolinea l'autonomia delle due fattispecie, riferendo la prima a tutti gli acquisti di beni personali e la seconda alla sola ipotesi in cui entrambi i coniugi abbiano preso parte all'atto.

La circostanza che già nella lett. *f*) il legislatore abbia introdotto quale requisito della fattispecie la dichiarazione di esclusione del bene personale dalla comunione legale, dichiarazione che non sembra potersi limitare al caso dei soli beni mobili, sembra indicare che la partecipazione dell'altro coniuge all'atto sia da considerare un requisito aggiuntivo in caso di acquisto di mobili registrati o di immobili, e quindi individuare la disposizione del 2° comma come norma speciale rispetto alla previsione del 1° comma[8].

Talora la letteratura distingue tuttavia le dichiarazioni previste dalle due disposizioni. Come si accennava, la norma è stata infatti interpretata da una dottrina minoritaria, e da una parte della giurisprudenza, anche nel senso che l'esclusione deve risultare dall'atto *solo se* l'altro coniuge abbia preso parte allo stesso. In difetto applicandosi esclusivamente le lett. *c*) *d*) ed *f*) del 1° co., poiché la particella 'se' contenuta nella norma non può essere interpretata come una congiunzione 'e'[9] (mentre l'interpretazione alternativa riferisce sia il 'se' che il 'quando' della propo-

[7] V. la letteratura citata da Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, cit., p. 1062 s., nt. 14.

[8] Proprio l'analogo portato pratico dell'applicazione del 1º comma lett. *f*) e del 2º comma induce infatti a differenziare le due disposizioni, che apparirebbero altrimenti una inutile duplicazione (infatti la dichiarazione prescritta dal 1º comma non si differenzia dalla risultanza di cui al 2º comma).

[9] Cian e Villani, *La comunione dei beni tra coniugi (legale o convenzionale)*, in *Nov. dig.*

sizione al predicato dell'esclusione dalla comunione).

In questa sede si cerca di elaborare l'affermazione, che si ritrova in dottrina e in giurisprudenza[10], secondo cui la norma non serve a tutelare il coniuge non acquirente quanto l'affidamento dei terzi, attraverso il sistema di pubblicità cui sono soggetti tanto l'atto di acquisto che la scelta del regime patrimoniale tra i coniugi, e di regolare il conflitto tra (gli aventi causa e) i creditori particolari del coniuge che acquista e (gli aventi causa e) i creditori della comunione o dell'altro coniuge.

Se si considera, infatti, che entrano a far parte della comunione legale i beni acquistati dai coniugi singolarmente o insieme (art. 177) e che sia i beni acquistati insieme che quelli acquistati singolarmente possono esserne esclusi quando ricorrono le circostanze previste dalla legge (art. 179), si può essere portati a ritenere che per l'esclusione dalla comunione sia sufficiente il ricorrere dei requisiti legali, e che, qualora si tratti di un acquisto fatto insieme, l'esclusione debba risultare dall'atto a tutela dei terzi[11].

Anche ammettendo, pertanto, che la dichiarazione prevista dalla norma e la partecipazione dell'altro coniuge in caso di acquisto immobiliare siano requisiti della fattispecie, l'effetto che la loro mancanza può produrre dovrebbe limitarsi, nel rapporto tra i coniugi, al piano probatorio e, nei confronti dei terzi, al piano dell'opponibilità, quanto a questi ultimi non potendo prevalere la prova del carattere personale dell'acquisto se esso non risulti dall'atto o se non sia stata trascritta, prima dell'azione esercitata dal terzo, la relativa domanda di accertamento[12].

it., *Appendice II*, Torino, 1981, p. 185 s.; CIAN, *Sulla pubblicità del regime patrimoniale della famiglia: una revisione che si impone*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 46; NAVARRA, *L'intervento dell'altro coniuge negli acquisti di beni personali immobili o mobili registrati*, in *Riv. not.*, 1977, p. 1061; OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, cit., p. 1060.

[10] V. ad es. le argomentazioni di BARBIERA, *La comunione legale*, cit., p. 460; in giurisprudenza, cfr. Cass., 8 febbraio 1993, n. 1556, cit.

[11] Cfr. RUSSO, *L'oggetto della comunione legale e i beni personali. Artt. 177-179*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 1999, p. 237. *Contra* PALADINI, *Commento all'art. 179*, in BALESTRA (cur.), *Della Famiglia, artt. 343-455*, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2010, p. 60 ss., che enfatizza il ruolo (nella specie, il ruolo negativo) della volontà negoziale del coniuge acquirente e sottolinea – in critica a Cass., 18 agosto 1994, n. 7437, cit. – che a ritenere non indispensabile la dichiarazione si finisce con lo svuotare la norma di significato.

[12] In questo senso, a mio giudizio correttamente, BULDINI, *L'acquisto di beni personali immobili e mobili registrati tra autonomia privata e certezza del diritto*, in *Giur. it.*, 2006, p. 497; v. anche BOLONDI, *Ancora sull'acquisto personale di bene immobile da parte del coniuge in comunione legale*, in *Fam. dir.*, 2005, p. 19. Con riguardo alla disposizione del 1° comma si riscon-

3. *Il rapporto tra l'art. 179, 1° co., lett.* f) *e l'art. 179, 2° co., c.c. La tesi dell'autonomia delle due fattispecie*

Si diceva che la norma è stata interpretata da parte di una dottrina rimasta minoritaria, e da una parte della giurisprudenza, nel senso che l'esclusione deve risultare dall'atto *solo se* l'altro coniuge abbia preso parte allo stesso. In difetto applicandosi esclusivamente le lett. *c*) *d*) ed *f*) del 1° co. poiché la particella 'se' contenuta nella norma non può essere interpretata come una congiunzione 'e'[13]. Secondo queste opinioni, l'interpretazione letterale della norma, quindi, dovrebbe indicare che l'esclusione del bene dalla comunione deve risultare dall'atto (solo) se l'altro coniuge abbia preso parte a tale atto.

La fattispecie di cui all'art. 179, 2° co., che riguarda i soli beni immobili e mobili registrati non si cumula quindi con il 1° co. lett. *f*), ma rappresenta, secondo la dottrina in esame, una ipotesi alternativa[14].

In questa prospettiva, si qualifica come 'parte' il coniuge non acquirente che partecipi all'atto e si attribuisce, pertanto, carattere 'negoziale' alla sua dichiarazione o alla sua partecipazione; appare quindi coerente ritenere l'autonomia di tale fattispecie di acquisto rispetto a quelle previste dal 1° co.

Con una particolare impostazione si afferma quindi che: «la lett. *f*) costituisce beni personali non per un effetto negoziale di carattere volontario, ma per l'esistenza di certi presupposti (impiego del prezzo del trasferimento di beni personali e loro scambio); e rispetto a questi presupposti sostanziali, la dichiarazione di cui alla lett. *f*) costituisce un elemento essenziale *ma non determinativo dell'effetto* che è prodotto sempre e soltanto dal presupposto sostanziale»[15].

tra anche la posizione di chi, in caso di omessa dichiarazione, afferma semplicemente che in tal caso il bene è acquisito alla comunione per causa familiare, senza la necessità di alcuna indagine sull'intenzione dell'acquirente e sull'intento di liberalità (v. in questo senso per tutti, Russo, *L'oggetto della comunione legale e i beni personali*, cit., p. 239 s.), conclusione coerente con la qualificazione negoziale della dichiarazione stessa (per la quale v. da ultimo Paladini, *Commento all'art. 179*, cit., p. 60 s.).

[13] V. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, cit., p. 1060 ss., ed ivi letteratura (anche contraria); Cian e Villani, *La comunione dei beni tra coniugi (legale o convenzionale)*, cit., p. 185; Cian, *Sulla pubblicità del regime patrimoniale della famiglia: una revisione che si impone*, cit., p. 46; Navarra, *L'intervento dell'altro coniuge negli acquisti di beni personali immobili o mobili registrati*, cit., p. 1061.

[14] V. in questi termini Russo, *L'oggetto della comunione legale e i beni personali*, cit., p. 245.

[15] Russo, *L'oggetto della comunione legale e i beni personali*, cit., p. 241.

Si osserva ancora che mentre alla lettera *f*) del 1° comma l'esclusione del bene dalla comunione dipende dal presupposto sostanziale, nel 2° comma dipende dall'accordo tra i coniugi che induce a trattare l'acquisto «come se si trattasse di un bene personale»[16]. L'interpretazione in parola riferisce quindi la disposizione del 2° comma, laddove rinvia alle lett. *c*), *d*) ed *f*) (rispettivamente: beni strettamente personali, di uso professionale e acquisti per surrogazione), come inerente non alla fattispecie del 2° comma ma al suo effetto, richiamando le ipotesi assimilabili alla personalità per destinazione convenzionale (regolata, in ipotesi, dal 2° comma) alle ipotesi di beni personali per ragioni soggettive, mentre le lett. *a*), *b*) ed *e*) integrano ipotesi di oggettiva esclusione dalla comunione legale (rispettivamente: acquisti anteriori al matrimonio, acquisti per donazione o successione, risarcimento del danno)[17].

Si conclude quindi che: «il legislatore ha inteso delineare due categorie di beni personali: i beni personali per loro natura (art. 179, comma 1, lett *a*, *b*, *c*, *d*, *e* ed *f*); i beni personali per il consenso dell'altro coniuge che ha partecipato all'atto di acquisto»[18].

Tale impostazione ha trovato riscontro, sotto un primo profilo (che trascende tuttavia la soluzione in esame) in decisioni secondo le quali «come si desume dalla formulazione della norma solo quando l'altro coniuge partecipi alla stipulazione del negozio di acquisto occorre la dichiarazione bilaterale di esclusione dalla comunione (soprattutto a tutela dell'interesse dei terzi). Peraltro l'eventuale dichiarazione proveniente dall'altro coniuge presente all'atto di acquisto non avrebbe natura dispositiva, ma tutt'al più ricognitiva, poiché l'esclusione dell'acquisto dalla comunione dipende non già dall'assenso dell'altro coniuge, ma dal realizzarsi della fattispecie legale dell'utilizzazione di beni personali, come precisato dal citato art. 179. lett. *f*)»[19], e, per altro verso (in termini più specifici) laddove si è affermato che la rinuncia del coniuge all'ingresso di un bene acquistato dall'altro coniuge nella comunione legale può determinarsi sulla base della sola volontà del coniuge non acquirente, indipendentemente dai presupposti che l'hanno determinata[20]; l'impostazione in discorso si collega così anche al quesito più generale sull'ammissibi-

[16] Russo, *L'oggetto della comunione legale e i beni personali*, cit., p. 242 s.

[17] Russo, *L'oggetto della comunione legale e i beni personali*, cit., p. 244 s.

[18] Russo, *L'oggetto della comunione legale e i beni personali*, cit., p. 245.

[19] Così Cass., 8 febbraio 1993, n. 1556, cit., (enfasi mia); conf., con analoghe espressioni, Cass., 9 novembre 2000, n. 14575, cit.

[20] Cass., 2 giugno 1989, n. 2688, in *Giur. it.*, 1990, I, c. 1307 ss. *Contra* di recente Cass., sez. un., 28 ottobre 2009, n. 22755, cit., secondo cui è presupposto necessario che si realizzi una delle ipotesi delle lettere *c*), *d*) ed *f*).

lità di un'esclusione convenzionale degli acquisti dal regime di comunione[21], e in questa chiave incontra l'obiezione dell'irrazionalità che predica della norma, la quale inspiegabilmente limiterebbe una simile ipotesi agli acquisti di beni mobili registrati e di beni immobili[22].

4. *La qualificazione della dichiarazione del coniuge come dichiarazione ricognitiva*

La parte maggioritaria della dottrina e della giurisprudenza ritiene tuttavia che la partecipazione del coniuge abbia carattere 'ricognitivo' e di 'conferma', e non assuma quindi un significato dispositivo[23], ed è importante notare che tale conclusione, una volta rigettata la tesi che riferisce il 2° comma dell'art. 179 alla destinazione convenzionale degli acquisti, viene raggiunta sulla base dell'assunto che la qualificazione della partecipazione dell'altro coniuge in termini negoziali finirebbe per privare il coniuge che intenda acquistare della disponibilità dei propri beni personali (in contrasto con un criterio interpretativo fondamentale che si è messo in rilievo *supra*, § 1, *in fine*) e per rappresentare un ostacolo ingiustificato alla circolazione dei beni.

Si deve a questo punto ricordare che il valore degli atti di ricognizione può essere solo valutato sul terreno della prova, come assoluzione dall'onere della prova (*relevatio ab onere probandi*)[24].

Appare quindi contraddittorio affermare che la dichiarazione del coniuge sarebbe strettamente indispensabile per la produzione dell'effetto esclusivo del bene dalla comunione legale, quando se ne nega la natura negoziale e se ne afferma invece il carattere ricognitivo[25], sulla base della mera affermazione del carattere tassativo della norma[26].

[21] Del tema, che non può essere affrontato in questa sede, si veda la recente trattazione di Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, cit., p. 1102 ss., ed ivi a p. 1084 s. l'opinione che la tesi della destinazione convenzionale debba assorbirsi in questo profilo.

[22] Auletta, *La comunione legale*, in *tratt. dir. priv*. diretto da Bessone, IV, *Il diritto di famiglia*, II, Torino, 1999, p. 220 che definisce quindi la tesi «a dir poco singolare».

[23] V. letteratura citata in Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, cit., p. 1078, nt. 59.

[24] V. Carnelutti, *Confessione e ricognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1942, p. 236, citato da Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, cit., p. 1076, e da Bolondi, *Ancora sull'acquisto personale di bene immobile da parte del coniuge in comunione legale*, cit., p. 17.

[25] Così, invece, a Beccara, *I beni personali*, in Anelli e Sesta (curr.), *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da Zatti, III, Milano, 2002, p. 201, e di recente, Cass., sez. un., 28 ottobre 2009, n. 22755, cit., che, come si è notato *supra*, nt. 4, si esprime su questo punto solo *obiter dictum*.

[26] Come fa Cass. 1996/9307.

La maggior parte degli scrittori che aderiscono – così come la giurisprudenza – alla tesi della non negozialità della partecipazione del coniuge devono quindi riconoscere poi, come a quel punto appare inevitabile, che tale partecipazione non può essere ritenuta essenziale per la produzione dell'effetto esclusivo dell'acquisto dalla comunione legale[27].

Del resto, anche quando in letteratura viene negata l'autonomia delle due fattispecie [1° co. lett. *f*) e 2° co. dell'art. 179 c.c.], e si afferma quindi la cumulabilità dei requisiti di personalità dell'acquisto previsti, rispettivamente, dall'art. 179, 2° co., e dell'art. 179, 1° co., lett. *f*), e il carattere di dichiarazione di scienza (e non di dichiarazione negoziale) da parte del coniuge che abbia partecipato all'atto, si finisce per concludere che «è preferibile ritenere che tutte le prescrizioni di cui all'art. 179, 2° co., siano destinate esclusivamente alla tutela dei terzi. A ciò consegue che per rendere opponibile l'atto ai terzi il coniuge estraneo all'acquisto deve consentire alla dichiarazione di esclusione dalla comunione per i beni di cui all'art. 179, 1° comma, lett. *c*) e *d*) e a quella di provenienza di cui all'art. 179, 1° co., lett. *f*)»[28].

D'altra parte, si osserva che sarebbe irrazionale una disparità di trattamento tra i casi assoggettati al necessario consenso dell'altro coniuge (acquisto di immobili e mobili registrati *ex* art. 179, 2° co.) e i casi di libera acquisizione di beni personali, conformemente alle ipotesi di cui alle lett. da *b*) a *f*) dell'art. 179, 1° co.[29].

Anche la dottrina che si esprime a favore del rilievo dell'interesse del coniuge non acquirente nella norma dell'art. 179, 2° co., c.c. (e non solo dei terzi, come sembra invece preferibile), riconoscendo la natura ricognitiva di tale partecipazione, deve poi affermare che «dal riconoscimento di una funzione meramente ricognitiva alla partecipazione del coniuge controinteressato sembrano discendere rilevanti conseguenze sul piano della disciplina. In primo luogo, che tale partecipazione è surro-

[27] V. in questo senso Bianca, *La famiglia. Le successioni*[3], in *Diritto civile*, 2, Milano, 2001, p. 106 s.; G. Gabrielli, *Acquisto in proprietà esclusiva di beni immobili o mobili registrati da parte di persona coniugata*, in *Vita not.*, 1984, p. 664; Lo Sardo, *Acquisto di beni con il prezzo del trasferimento di beni personali o con il loro scambio e dichiarazione di esclusione dalla comunione legale*, in *Riv. not.*, 1995, p. 828 ss.; Bolondi, *Ancora sull'acquisto personale di bene immobile da parte del coniuge in comunione legale*, cit., p. 17; Rocchietti March, in Bianca (cur.), *La comunione legale*, I, Milano, 1989, p. 581 ss. (ove la tesi più radicale dell'applicabilità dell'art. 184 c.c. agli atti di disposizione del coniuge che abbia acquistato il bene personale in difetto dei relativi presupposti, nonostante l'osservanza delle formalità di cui all'art. 179, 2° co., c.c.).

[28] V. Barbiera, *La comunione legale*, cit., p. 460.

[29] Lo Sardo, *op. cit.*, p. 831.

gabile da un accertamento successivo giudiziale ovvero per atto dello stesso interessato; fermo che, finché tale accertamento non sia eseguito, almeno i terzi potranno considerare il bene come oggetto di comunione legale. In secondo luogo che la partecipazione del coniuge controinteressato può anche ridursi alla mera inerzia di fronte alla dichiarazione di esclusione resa dall'acquirente»[30].

Ritenere diversamente significa predicare un diritto soggettivo dell'altro coniuge (non acquirente) sui beni (personali) del coniuge acquirente, in manifesto contrasto con la norma di legge[31].

5. *Carattere ricognitivo della dichiarazione del coniuge secondo la giurisprudenza*

Si diceva che anche la giurisprudenza maggioritaria afferma che l'atto di adesione del coniuge non acquirente avrebbe carattere ricognitivo. Tale qualificazione viene affermata altresì nelle sentenze che accolgono la tesi del carattere essenziale della partecipazione del coniuge[32].

Per citare solo alcuni precedenti, si afferma che «l'eventuale dichiarazione proveniente dall'altro coniuge presente all'atto di acquisto non avrebbe natura dispositiva, ma tutt'al più ricognitiva, poiché l'esclusione dell'acquisto dalla comunione legale dipende non già dall'assenso dell'altro coniuge, ma dal realizzarsi della fattispecie legale costituita dalla circostanza che trattasi di bene» per il quale sussiste il requisito di bene personale previsto dalla norma[33].

Si afferma ancora che «in regime di comunione legale, la partecipazione alla stipula del coniuge formalmente non acquirente e l'eventuale dichiarazione di assenso, da parte sua, all'intestazione personale del bene, immobile o mobile registrato, all'altro coniuge, non hanno efficacia negoziale o dispositiva, sotto forma di rinuncia, del diritto alla comu-

[30] G. Gabrielli, voce *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Dig. civ., sez. priv.*, XVI, Torino, 1997, p. 355, enfasi aggiunta.

[31] Così Bolondi, *Ancora sull'acquisto personale di bene immobile da parte del coniuge in comunione legale*, cit., p. 17, ove letteratura; Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, cit., pp. 1058, 1066, 1070 s., il quale osserva tra l'altro che la tesi della necessaria partecipazione del coniuge non acquirente finisce per rimettere a quest'ultimo un 'potere di veto' sull'acquisto del bene personale; in giurisprudenza, v. Cass., 27 febbraio 2003, n. 2954, cit., (in materia di acquisti immobiliari).

[32] E in particolare da Cass., 24 settembre 2004, n. 19250, cit., alla quale farò riferimento *infra*, nel § 7.

[33] Fattispecie di acquisto di mobile registrato: Cass., 9 novembre 2000, n. 14575, cit.

nione incidentale sul bene acquisendo, né sono elementi di per sé sufficienti ad escludere l'acquisto dalla comunione, ma hanno carattere ricognitivo degli effetti della dichiarazione, resa dall'altro coniuge, circa la natura personale del bene, se ed in quanto questa oggettivamente sussista», per tale motivo ritenendosi che l'insussistenza dei requisiti sostanziali di esclusione dalla comunione possa prevalere sulla osservanza dei requisiti formali di partecipazione del coniuge e di esternazione nell'atto[34], il che deve significare pure, reciprocamente, che l'inosservanza dei requisiti formali non può precludere la dimostrazione della sussistenza dei requisiti sostanziali e la prevalenza della realtà sulla forma[35].

Del resto, anche con riferimento agli acquisti immobiliari, che l'intervento adesivo del coniuge non acquirente possa «rilevare solo come prova dei presupposti» dell'esclusione dalla comunione e non «come atto negoziale di rinuncia» è stato di recente affermato anche dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione, sottolineando che è «l'effettività» del presupposto a determinare l'esclusione dalla comunione «non certo la pur condivisa dichiarazione», essendo «solo la natura effettivamente personale del bene a poterne determinare l'esclusione dalla comunione»[36].

6. *Irrilevanza della dichiarazione* ex *art. 179, 1° co., lett.* f*) o delle formalità di cui all'art. 179, 2° co., c.c. secondo la giurisprudenza*

La giurisprudenza di legittimità ha più volte affermato che la dichiarazione, nei confronti del coniuge, sarebbe necessaria solo quando la situazione sia tale da rendere possibile il dubbio sulla provenienza dei mezzi impiegati per l'acquisto, mentre non sarebbe necessaria quando tale dubbio non può sussistere[37] di talché la formalità prevista assume l'esclusiva funzione di dare certezza alla situazione[38].

Di recente, tale principio è stato chiarito in modo particolarmente esplicito nei seguenti termini, che pur riferiti ad un acquisto di beni mobili, per le ragioni discusse nel presente scritto, sembra utilizzabile altresì con riguardo al discorso qui svolto: «ove, difatti, vi sia obiettiva cer-

[34] Cass., 27 febbraio 2003, n. 2954, cit.; Cass., sez. un., 28 ottobre 2009, n. 22755, cit.

[35] Buldini, *L'acquisto di beni personali immobili e mobili registrati tra autonomia privata e certezza del diritto*, cit., p. 497.

[36] Cass., sez. un., 28 ottobre 2009, n. 22755, cit.

[37] V. ad es. Cass., 8 febbraio 1993, n. 1556, cit.; Cass., 18 agosto 1994, n. 7437, cit.

[38] Così in dottrina Bolondi, *Ancora sull'acquisto personale di bene immobile da parte del coniuge in comunione legale*, cit., p. 16; Bianca, *La famiglia. Le successioni*[2], in *Diritto civile*, 2, Milano, 1985, p. 83, nt. 85.

tezza circa la natura personale del bene utilizzato, la dichiarazione di cui all'art. 179, 1° co., lett. *f*), diviene del tutto superflua, attesa la sua natura ricognitiva della sussistenza dei presupposti per l'acquisto personale. L'obiettiva certezza della natura personale del bene impiegato può ricavarsi sia dal titolo di acquisto di detto bene (es. bene acquistato per donazione o successione e quindi escluso dalla comunione legale *ex* art. 179, 1° co., lett. *b*), sia dalla sua natura intrinseca (come può essere per alcuni beni di uso strettamente personale di cui all'art. 179, 1° co., lett. *c*), ovvero dalla semplice comparazione tra la data di acquisto di detto bene e quella del matrimonio. Nel caso, difatti, di impiego di un bene di cui il coniuge era titolare già prima del matrimonio, per l'acquisto di altro bene, è da escludersi che possa trovare applicazione la regola generale di cui all'art. 177, 1° co., lett. *a*). Detta regola subisce difatti una eccezione nel caso di acquisto di beni personali, tra i quali rientra per l'appunto anche l'acquisto per surrogazione di cui all'art. 179, 1° co., lett. *f*). Ne consegue il principio di diritto che, nel caso di acquisto di un bene, vigente il regime della comunione legale dei beni tra i coniugi, mediante l'impiego di altro bene, di cui sia certa l'appartenenza al coniuge acquirente prima del matrimonio, l'acquisto dovrà ritenersi escluso dalla comunione legale e di natura personale al solo coniuge acquirente, senza che sia necessario rendere la dichiarazione di cui all'art. 179, 1° co., lett. *f*)»[39].

7. *Giurisprudenza che afferma invece il carattere essenziale della dichiarazione* ex *art. 179, 1° co., lett.* f*) o delle formalità di cui all'art. 179, 2° co., c.c.: delimitazione dei precedenti e osservazioni critiche*

Le decisioni che hanno accolto la tesi contraria, secondo la quale sarebbe invece necessaria l'osservanza delle formalità di cui al 2° co. dell'art. 179 c.c. perché possa dirsi perfezionato l'acquisto individuale del bene mobile registrato o del bene immobile, possono quasi sempre giustificarsi in relazione alle particolarità dei casi da decidere. Si consideri ad esempio il caso in cui la S.C. è stata chiamata a decidere della responsabilità della Compagnia di assicurazione per un sinistro a carico del coniuge di cui si discuteva la comproprietà o meno dell'autovettura investitrice[40]. In altre ipotesi si tratta di decisioni che pur affermando la soluzione in discorso (necessaria osservanza delle formalità) intervengo-

[39] Cass., 5 maggio 2010, n. 10855, cit.; Cass., 25 settembre 2008, n. 24061, cit.
[40] Cass. 19 febbraio 2009, n. 4039, cit.

no in circostanze che rendono tale affermazione non decisiva della causa: si consideri che in un caso in cui la Corte ha ritenuto indispensabile la partecipazione, non solo le formalità erano state osservate, ma si afferma che la dichiarazione ha carattere ricognitivo e opera solo sul terreno della prova, potendo essere impugnata per violenza e dolo[41].

A rigore il solo precedente è quindi rappresentato dalla già citata sentenza della Cassazione n. 19250 del 2004[42], che, pur affermando di voler dare continuità all'indirizzo precedente (che, come pare di aver dimostrato, induce invece a ritenere non indispensabile l'osservanza delle formalità previste), ne limita la portata alla sola ipotesi di permuta, nella quale la provenienza del bene personale non solo è oggettivamente rilevante e verificabile ma è, si potrebbe dire, consustanziale all'atto di acquisto.

Quest'ultima decisione sollecita tuttavia almeno tre ordini di riserve:

a) sotto un primo profilo in essa si conferma che l'atto (partecipazione del coniuge+espressione nell'atto della causa di esclusione dalla comunione) avrebbe carattere ricognitivo e, come tale, potrebbe anche non essere contestuale all'atto di acquisto, ma essere sostituito da una dichiarazione successiva, il che tuttavia non giustifica una soluzione, quale viene invece accolta dalla Corte, secondo cui non potrebbe darsi luogo in sede contenziosa all'accertamento della sussistenza del requisito;
b) sotto un secondo profilo la tesi appare contraddittoria quando afferma – allo scopo di limitare l'impatto dei precedenti che avevano escluso l'indispensabilità dell'intervento dell'altro coniuge – che tali decisioni sarebbero limitate ai casi di permuta, perché in tal caso, in forza del principio di continuità delle trascrizioni non vi sarebbe dubbio in merito alla surrogazione del bene acquistato al bene personale precedentemente posseduto. Si tratta però di un falso argomento, come dimostra: (i) per un verso la circostanza che tale limitazione non compare in alcun modo nei precedenti in discorso; (ii) per altro verso la

[41] Cass. 8 marzo 2008, n. 6120, cit.; Cass. 19 febbraio 2000, n. 1917, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1365 (nella quale peraltro emerge chiaramente che la Corte non intende prendere posizione sulla essenzialità della presenza del coniuge, sembrando anzi alludere alla posizione riferita *supra*, al par. 3).

[42] Anche l'altra decisione in questo senso, rappresentata da Cass. 25 ottobre 1996, n. 9307, non può infatti a rigore considerarsi un precedente, atteso che la motivazione si esaurisce nell'affermare tautologicamente che il 2° comma dell'art. 179 impone tassativamente la partecipazione dell'altro coniuge al fine di escludere l'acquisto dalla comunione. Il carattere essenziale della partecipazione dell'altro coniuge è affermata solo in *obiter dictum* da Cass., sez. un., 28 ottobre 2009, n. 22755, cit. (come si è già illustrato *supra*, nt. 4).

circostanza che potrebbe ben trattarsi di permuta tra un bene mobile e un bene immobile o tra beni mobili, nel qual caso nessun ruolo spiega la continuità delle trascrizioni; (iii) l'assenza di qualsiasi appiglio della distinzione tra permuta e altre forme di acquisto nella disposizione dell'art. 179 c.c.;

c) infine, per limitarsi alle principali riserve che tale decisione suscita, la tesi accolta nella decisione in discorso appare in contrasto con la lettera della legge e introduce arbitrariamente una limitazione alla libertà contrattuale del coniuge, che non si giustifica né testualmente, né in ragione di esigenze solidaristiche, né per motivazioni tecniche: essa finisce per rendere l'altro coniuge arbitro della possibilità di acquisti personali da parte del coniuge, in contrasto con la sua libertà di disposizione del patrimonio, e senza lasciare alcuna possibilità a quest'ultimo di tutelarsi di fronte alla arbitrarietà di un rifiuto[43] – pur quando sussistano le condizioni sostanziali per l'acquisto personale – ovvero di difendersi a fronte dell'erroneo acquisto separato nel successivo conflitto con il coniuge, che si pretenda comproprietario nonostante il ricorrere dei requisiti legali per il carattere personale dell'acquisto e in assenza di intento liberale del coniuge acquirente a favore della comunione.

Tale conclusione sarebbe, come è evidente, del tutto assurda, dal che sembra potersi trarre una ulteriore indicazione nel senso che il coniuge acquirente ha sempre la possibilità di provare in giudizio la ricorrenza dei requisiti dell'esclusione dell'acquisto dalla comunione legale.

8. *Conclusioni*

Si è visto che la dichiarazione del coniuge non acquirente è considerata una dichiarazione 'ricognitiva' e non 'dispositiva'. Per definizione, da essa non dipende la produzione dell'effetto (acquisto del bene personale da parte dell'altro coniuge) ma solo un effetto ricognitivo, che attiene alle posizioni probatorie delle parti.

L'ordinamento deve quindi ammettere la possibilità di far prevalere la realtà della situazione di diritto (vale a dire la sussistenza o meno dei presupposti idonei a consentire l'acquisto personale) sulla situazione di fatto (acquisto del bene personale con la dichiarazione estorta all'altro coniuge, o, viceversa, acquisto apparentemente in comunione per

[43] V. sul tema Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, cit., p. 1097 ss., ove riferimenti.

omessa dichiarazione dell'altro coniuge in presenza dei requisiti sostanziali dell'acquisto personale), pervenendosi altrimenti all'assurda conclusione che il coniuge titolare di un bene personale non possa disporre liberamente di tale suo bene in caso di rifiuto dell'altro coniuge di partecipare all'atto.

Tale partecipazione può quindi essere sostituita da un accertamento giudiziale, anche successivo all'acquisto, come è dimostrato altresì dalla circostanza che si ammette dai più una dichiarazione separata, di tipo ricognitivo e non negoziale (dichiarazione di conoscenza e non di volontà).

Così come a tutela della posizione del coniuge si afferma che la dichiarazione può essere impugnata per errore, violenza e dolo, o – secondo la giurisprudenza più restrittiva – solo per errore di fatto e violenza (secondo il regime applicabile alla confessione)[44], e si consente al coniuge non acquirente di pretendere la prevalenza della situazione reale sulla situazione apparente[45], anche in capo al coniuge acquirente deve predicarsi la possibilità di dimostrare la sussistenza dei requisiti di un acquisto di carattere personale anche in difetto di dichiarazione nell'atto (art. 179, 1° co.) ovvero di partecipazione del coniuge alla stipulazione (art. 179, 2° co.).

Deve quindi affermarsi che la estraneità del bene alla comunione e la sua natura personale ai sensi dell'art. 179 c.c. può sempre formare oggetto di prova nei confronti dell'altro coniuge, se non sussiste la volontà dell'acquirente di conferire l'acquisto alla comunione.

Possono, in breve, trarsi le seguenti conclusioni:

- se si ritiene, con la giurisprudenza maggioritaria, che la partecipazione del coniuge all'atto di acquisto dell'altro coniuge abbia natura ricognitiva, essa non sembra allora potersi ritenere essenziale per la personalità dell'acquisto, che dipende dai requisiti legalmente previsti e non dalla volontà del coniuge, e ciò conformemente al principio della irrilevanza degli atti di ricognizione in materia di diritti reali;
- da tale qualificazione, comunque, anche a ritenere essenziale il compi-

[44] In questo senso Cass. 19 febbraio 2000, n. 1917, cit., la quale individua nel regime della confessione la disciplina della partecipazione del coniuge; è anche vero che per assumere il rilievo confessorio della dichiarazione o del comportamento del coniuge occorre considerare la specifica circostanza (fatto o valutazione) che giustifica la personalità dell'acquisto (così, ritenendo quindi che la qualificazione in parola sarebbe possibile sono quando si tratti di un fatto: Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, cit., p. 1091 ss.; nello stesso senso Cass., sez. un., 28 ottobre 2009, n. 22755, cit.).

[45] V. per tutti Paladini, *Commento all'art. 179*, cit., p. 63, in merito all'azione del coniuge per affermare il difetto dei requisiti di personalità dell'acquisto *ex* art. 179, 1° co., lett. *f*).

mento delle formalità previste (che non sembra potersi tuttavia tradurre in una stringente limitazione della facoltà di prova, che apparirebbe di dubbia legittimità), dovrebbe conseguire che la sussistenza o l'insussistenza dei requisiti legali può sempre formare oggetto di prova e ciò in modo particolare nei rapporti dei coniugi tra di loro;

- nei rapporti tra i coniugi la norma sembra quindi poter produrre solo un effetto sul piano probatorio, che svantaggia il coniuge acquirente in caso di mancata partecipazione dell'altro coniuge e svantaggia invece quest'ultimo in caso di sua partecipazione all'atto, salva però in ogni caso, secondo la disciplina di volta in volta applicabile, la possibilità di ottenere, anche con prova scritta, l'accertamento della sussistenza dei requisiti dell'acquisto personale o, viceversa, della loro insussistenza e della falsità della dichiarazione resa dall'altro coniuge;
- nei confronti dei terzi, poi, la norma produce l'effetto dell'opponibilità del carattere personale dell'acquisto, o viceversa del suo carattere comune; tale opponibilità può essere conseguita anche dalla previa trascrizione dell'azione di accertamento rispetto all'acquisto o all'azione del terzo.

FRANCESCO BEER

Diritto consuetudinario e raccolte normative: dalle leggi romano-barbariche ai moderni sistemi giuridici

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il sistema delle fonti nell'Alto Medioevo e la riscoperta del diritto giustianianeo: prodromi del diritto moderno. - 3. Tradizione romanistica e codificazioni moderne: 3.1 Il modello francese. - 3.2 Il modello tedesco. - 4. Conclusione.

1. *Premessa*

Una delle principali caratteristiche della lunga storia di Roma è certamente quella del tendenziale carattere consuetudinario del suo diritto: autorevole dottrina[1] affermava nel secolo scorso che *"la concezione romana è fondamentalmente avversa alla codificazione, ed anche in confronto alla legislazione particolare osserva un severo ritegno. Il popolo del diritto non è il popolo della legge"*. Le principali fonti scritte sorgono per esigenze del tutto particolari, talvolta contingenti, che affondano le loro radici nella necessità di cristallizzare dei principi sociali, prima ancora che giuridici: una prova lampante, ben lontana storicamente dal periodo che ci si propone di analizzare brevemente nel presente contributo, ci è fornita dalle *Leggi delle XII Tavole*[2], le quali sorgono per l'esigenza di garantire alla plebe

[1] Cfr. F. SCHULZ, *I principi del diritto romano*, Firenze, Le Lettere, 1946, rist. 1995, p. 6.

[2] Per una bibliografia sulle leggi delle XII Tavole, *ex multis*, cfr. O. DILIBERTO, *Bibliografia ragionata delle edizioni a stampa della legge delle dodici tavole (secoli XVI-XX)*, Roma, 2001; *Ib.*, *Considerazioni intorno al commento di Gaio alle XII Tavole*, in Index, 18, 1990, pp. 403-434; *Ib.*, rec. a F. D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali*, in Iura, 44, 1993, pp. 249-260; *Ib.*, *Contributo alla palingenesi delle XII Tavole. La "sequenza" nei testi gelliani*, in Index, 20, 1992, pp. 229-277; *Ib.*, *Conoscenza e diffusione delle XII tavole nell'età del Basso Impero. Primo contributo*, in *Studi Gallo*, Napoli, 1997, pp. 205-227; per una panoramica sulla tematica cfr. G. CRIFÒ, *La legge delle dodici tavole. Osservazioni e problemi*, in ANRW, 2, 1972, p. 115 e ss. Sulle origini della legislazione decemvirale cfr. AA.VV., *Lineamenti di storia del diritto romano*, (a cura di) M. TALAMANCA, Milano, Giuffré, 1989, p. 95: *"L'importanza della legislazione decemvirale non sta tanto nel contenuto delle norme, che in sostanza rimasero quelle tradizionali, bensì nella stabilità normativa e nella pubblicità ottenute grazie ad un testo ufficiale che, per la prima volta Roma, garantiva la "certezza" del diritto a vantaggio dei più deboli; della plebe innanzi tutto, dunque, e poi di quella parte del patriziato che le vicende della lotta politica avevano spinto a condividere, per propri scopi naturalmente, la richiesta di ottenere "leggi scritte" per la comunità"*; sulle vicende della costituzione romana cfr. GUARINO A., *La costituzione democratica romana e le sue vicende*, in SDHI, vol. LXXII, 2006, pp. 46-161.

una maggiore tutela rispetto a situazioni ricorrenti nella prassi quotidiana. Il diritto era prevalentemente caratterizzato da norme consuetudinarie di origine risalente, tramandate per via orale, le quali coprivano solo alcuni dei vari ambiti dei rapporti fra i cittadini. D'altra parte fu proprio la crescente complessità dei rapporti sociali a richiedere l'avvento di nuove e più complesse strutture sistematiche[3].

Se nella Roma antica all'interno del diritto "pubblico" è più frequente il ricorso alla legge, nel diritto privato la norma scritta è molto meno ricorrente, almeno fino all'avvento dell'età imperiale. Alla carenza di una puntuale legislazione scritta sopperisce un'intensa attività della *iurisprudentia*[4], originariamente affidata ai *pontefices*[5], ed in seguito svolta da giuristi laici di particolare fama e prestigio: la giurisprudenza inizia a divenire una attività libera e maggiormente organizzata, tanto da diventare centrale nel panorama giuridico della Roma repubblicana e almeno, come detto, fino alla decadenza del periodo imperiale. Pertanto, il quadro normativo che si delinea agli albori dei secoli I-II d.C. propone un progressivo decadimento dell'attività degli *iurisperiti*, a vantaggio di una centralizzazione del potere, che riconosceva nel ruolo del *princeps* la figura dominante. Già Costantino tese a limitare il prestigio di alcuni fra i più importanti giureconsulti romani[6], mentre Valentiniano III[7], nel 426 d.C. emanò, come è noto, la c.d. *Legge della Citazioni*, a mezzo della quale l'inter-

[3] In merito alle istituzioni della Roma arcaica e al loro sviluppo cfr. O. Bucci, *Alle radici dello svolgimento storico del diritto romano, fra Jus Quiritium e Jus Civile Romanorum: il contributo della nazione latina, di quella italica, di quella etrusca e greca alla formazione della nazione e della costituzione romana*, in *Scritti Franciosi*, I, Napoli, 2007, pp. 322-396. Ivi, riguardo tale tema, l'A. richiama, p. 324, J. Gagé, *Enquêtes sur les structures sociales et religieuses de la Rome primitive*, Bruxelles, 1977; L. Capogrossi Colognesi, *Storia delle Istituzioni romane arcaiche*, Roma, 1978; C. Ampolo, *La nascita della città, in Storia di Roma*, 1, pp. 154 e ss.; Colonna G., *Preistoria e protostoria di Roma e del Lazio, in Popoli e Civiltà dell'Italia antica*, 2, Roma, 1974, pp. 283 e ss.; A. Momigliano, *Roma arcaica*, Bologna, 1989.

[4] Sul punto, *ex multis*, cfr. G. Nocera, *Iurisprudentia. Per una storia del pensiero giuridico romano*, Roma, 1973; F. D'Ippolito, *Forme giuridiche di Roma arcaica*, Napoli, 1998.

[5] Sul ruolo fondamentale dei *prudentes* nella fase più antica della storia di Roma cfr. D. 1.2.2.5: *"His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessariam "necessarium" esse disputatione "disputationem" fori. Haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus ceteris partibus, sed communi nomine appellatur ius civile"*.

[6] Cfr. C.Th. 1.4.1:*"Imp.costantinus a. ad maximus praefectum urbi. perpetuas prudentium contentiones eruere cupientes ulpiani ac pauli in papinianum notas, qui, dum ingenii laudem sectantur, non tam corrigere eum, quam depravare maluerunt, aboleri praecipimus. dat…"*.

[7] Il provvedimento di Valentiniano III venne esteso all'Oriente dall'Imperatore Teodosio II. Sul punto cfr. C.Th. 4.1.3.

pretazione normativa era ristretta alle opere di cinque grandi giuristi quali Papiniano, Gaio, Ulpiano, Modestino e Paolo. Le prerogative ermeneutiche detenute in precedenza dalla giurisprudenza si assottigliano a vantaggio di una decisa centralizzazione del potere. In questo quadro va inserito il lento e progressivo declino dell'Impero, accompagnato e preceduto dalla discesa delle popolazioni "barbariche", le quali, pur in maniera non invasiva, si preoccupano di raccogliere dei testi giuridici per regolamentare la vita dei sudditi di origine romana. Va infatti osservato che le popolazioni germaniche erano fedeli al principio della personalità del diritto (*ius personarum*), che si contrapponeva alla regola della territorialità (*ius loci*) propria del diritto romano: quest'ultimo conservava intatta la sua fama e il suo prestigio, che giungerà fino ai giorni nostri. Ma lo sforzo compiuto dai giuristi della Roma antica sarebbe forse stato vano se il diritto romano giustinianeo non fosse stato ripreso e analizzato, quasi scomposto analiticamente, dai Glossatori e dai Commentatori: l'attività dei giuristi della Scuola di Bologna agli albori del secolo XII segna, probabilmente, una svolta che sarà destinata ad avere ripercussioni fino all'età delle codificazioni, contribuendo alla formazione dei moderni ordinamenti giuridici. La netta cesura rispetto al passato si nota anche nella concezione stessa del diritto e della norma: il Cavanna osserva[8] che *"viene poi a cadere anche un'altra concezione, tipicamente altomedievale, che fa del diritto un compendio di nozioni subordinate ad una più vasta sfera del sapere: la concezione secondo la quale la norma, come precetto di vita, è anzitutto norma etica, per cui il diritto rientra nell'etica. Nel pensiero dei Glossatori la norma si pone autonomamente come giuridica"*. Dalla rivalutazione del diritto romano si apriranno le porte dei sistemi giuridici moderni, e con essi di quella sistematicità che è propria delle attuali codificazioni, queste ultime profondamente eredi della tradizione giuridica romana; tuttavia la caduta dell'Impero Romano coincide con un'età di forte declino sociale e giuridico, i cui prodromi vanno ricercati già in età classica.

2. *Il sistema delle fonti nell'Alto Medioevo e la riscoperta del diritto giustinianeo: podromi del diritto moderno*

La crisi nelle strutture giuridiche, infatti, inizia ad affiorare a Roma a cavallo fra il II° ed il III° secolo d.C., unita ad un deciso rinnovamento nel mondo del diritto: i cedimenti erano in primo luogo rinvenibili nel-

[8] Cfr. A. Cavanna, *Storia del pensiero giuridico moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, 1, Milano, 1982, p. 107.

la saldezza stessa dell'Impero, che andava man mano perdendo la centralità e la compattezza che lo aveva caratterizzato in precedenza[9]. Una delle maggiori difficoltà, che rappresentava anche la grandezza e la singolarità di Roma nel panorama dell'antichità, era nella complessità della gestione amministrativa e giuridica di un territorio di una vastità enorme, caratterizzato da culture e costumi profondamente differenti. Anche per questo la giurisprudenza, legata ai singoli casi ed istituti, si evolve tentando di coordinare le varie branche del diritto, ed in ciò sono fondamentali i trattati di diritto e le compilazioni di *leges*[10] e codici, che andarono poi a costituire e fondersi con l'opera di Giustiniano[11]. Il diritto delle popolazioni germaniche poteva essere considerato di matrice prettamente consuetudinaria: in tal senso la scarna tradizione giuridica e la disorganicità delle consuetudini dei popoli del nord Europa non poteva prevalere sulla sistematicità della tradizione giuridica del diritto romano, affinato grazie a secoli di attività giurisprudenziale. Per questo motivo, e per la fama di cui godeva, il diritto romano venne sempre rispettato dalle popolazioni barbariche, lungo la loro tradizione, che voleva il principio della personalità come base del sistema giuridico - normativo[12].

Tra i provvedimenti più noti un posto di rilievo è certamente occupato dal c.d. *Breviarum Alariciarum*, meglio conosciuto come *Lex Roma-*

[9] Sul punto cfr. G.W. Bowersock, *I percorsi della politica*, in *Storia Einaudi dei Greci e dei Romani*, vol. XIX, Bergamo, 2008, p. 548: *"All'epoca di Teodosio il venir meno di quasi tutte le vestigia dell'antica religione di stato (anche il culto imperiale stava per scomparire, dopo una fragile sopravvivenza di mezzo secolo) permise alla Chiesa e all'individuo di rimpiazzare lo Stato, il suo benessere e la sua sicurezza nella mente di chi doveva guidarlo. Tutto questo significò l'effettiva eliminazione di qualunque cosa somigliasse all'orgoglio nazionale o al comune senso di appartenenza a una grande entità culturale o politica, come un tempo era stato l'Impero Romano"*. L'A. suggerisce, inoltre, una diversa distribuzione dei cittadini dell'Impero, con una diminuzione drastica del tasso di natalità, citando al riguardo J.H.W.G. Liebeschuetz, *Barbarians and Bishops: Army, Church and State in the Age of Arcadius and Chrysostom*, Oxford, 1990, pp. 1-25.

[10] Sul punto cfr. S. Schipani, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, 1996, pp. 12-13.

[11] Ibidem, p. 30: *"La grande opera giustinianea rappresentò il culmine della fase iniziale, "costitutiva" del* ius Romanorum commune*; i codici si saldarono con esso; e lo proiettarono* in omne aevum*"*.

[12] Circa la formazione dell'Europa moderna interessante Falco G., voce *Europa*, in *EI*, vol. XIV, p. 625, laddove afferma che *"una storia d'Europa in cui sullo sfondo puramente geografico emerge un'organica evoluzione politica e culturale può intravedersi appena dall'inizio del Medioevo e dalla nuova configurazione che le invasioni barbariche e il trionfo del cristianesimo danno alle rovine del mondo antico. La storia antica in Europa è la storia dell'assorbimento e successivo smembramento dei territori europei quale parte dell'Impero romano, le cui gesta, politicamente distinte ma culturalmente connessa con la civiltà greca, si compie secondo una propria linea e propri concetti direttivi"*.

na Visigothorum: la stessa fu promulgata nel 506 d.C. da Alarico II, dopo l'approvazione effettuata da parte di un Concilio di Vescovi[13]. La compilazione era destinata ai sudditi di origine romana del regno dei Visigoti e, pur avendo scopo nemmeno troppo nascosto di voler innovare e correggere il diritto di tradizione romana[14], si ispirò profondamente ad esso[15]. La caduta dell'Impero romano si inserì all'interno di un contesto già segnato da una profonda eterogeneità, in cui alla complessità del sistema delle fonti si accompagnava una grande mescolanza di culture e substrati sociali[16]. Come detto, una lenta ed inesorabile decadenza, giuridica in parte ma soprattutto culturale, era iniziata fin dal II° secolo d.C., laddove si è assistito all'ampliamento dell'Impero e, pertanto, al progressivo venir meno della centralità del suo nucleo originario: questa situazione era evidente anche in un campo nevralgico come quello militare, nel quale era forte la presenza, a partire dall'età di Costantino, di forze mercenarie costituite prevalentemente da Germani, con il risultato di sminuire ancor di più l'orgoglio "nazionale"[17], fermo restando l'indubbio vantaggio di garantirsi una forza combattente utile in primo luogo per rinvigorire la prima linea, quella che per prima si scontrava con il nemico di turno. In questo contesto inizia comunque ad assumere una rilevan-

[13] Cfr. G.B. Picotti, voce *Visigoti*, in EI, vol. XXXV, 1950, p. 451, sul *Breviarum Alariciarum*: *"con l'aggiunta di una Interpretatio ufficiale, rimase fino al Codice giustinianeo la collezione più completa di leggi romane. Erano così stabilite leggi personali dei Romani e dei Goti"*.

[14] Cfr. G. Astuti, *Lezioni di storia del diritto italiano. Le fonti, età romano – barbarica*, Padova, 1968, p. 31: *"si tratta di un'ampia raccolta di leges e iura, diretta ad offrire i testi più importanti per le esigenze comuni della pratica giuridica, con il proposito enfaticamente proclamato di correggere le iniquità, ambiguità ed oscurità ricorrenti nelle leges e nell'antiquum ius, e di rendere più agevole l'intelligenza dei testi mediante una apposita interpretatio"*.

[15] Cfr. G.B. Picotti, cit., p. 452: *"La legge visigota s'ispira in molte parti alla romana, dalla quale toglie le norme di successione ereditaria, il diritto commerciale, il regime dei contratti, le regole della procedura, il sistema delle pene: rimangono tuttavia tracce delle antiche consuetudini germaniche, come nel pagamento della dote del marito al padre della fanciulla, o al parente più stretto, nell'assegnazione del morgangab, o dono nuziale"*.

[16] Sul punto cfr. G. Tabacco, *L'Italia nel tramonto dell'Impero*, I, in *Storia d'Italia*, vol. 2.1, *Dalla caduta dell'Impero Romano al secolo XVIII*, p. 13: *"Avvenne infatti, fra il IV secolo e il V, che la scomparsa del vecchio dualismo formale fra i ceti egemonici dei senatori e dei cavalieri si accompagnasse alla formazione di una ben più grave concorrenza, all'interno della compagine sociale romana, tra le fortune militari di capi e di gruppi germanici e l'autorità persistente, nella direzione politica, di senatori e burocrati. L'Imperatore, con il suo potere ufficialmente dispotico, consacrato da riti e da ideologie di ascendenza orientale, si trovò al vertice di un apparato intimamente eterogeneo, in cui si manifestavano – insieme con certi compromessi ad alto livello – avversioni nuovissime, rispecchianti tensioni e contraddizioni diverse da quelle tradizionali nella complessa società dell'Impero"*.

[17] Cfr. G.W. Bowersock, *I percorsi della politica*, cit., p. 549.

za centrale la Chiesa di Roma, che con la sua autorità aveva la forza, morale e spirituale, di contrapporsi alla barbarie delle invasioni dei popoli del nord, andando gradatamente ad affiancarsi al potere centrale imperiale[18]: tuttavia, autorevole dottrina sottolinea la difficoltà di superare l'isolamento derivato dalla discesa dei *"barbari"*, da cui deriva un profondo rinsaldarsi delle file interne della Chiesa di Roma[19]; quest'ultima doveva poi affrontare il problema di una lenta e progressiva diffusione, che era più agevole nei territori urbani rispetto a quelli rurali[20]. L'impatto derivante dall'incontro fra il cristianesimo e i Germani ha dato origine ad un vivace dibattito dottrinale[21].

Uno dei primi riflessi dei problemi descritti fu un costante impoverimento della cultura, ad esempio con il progressivo venir meno dei documenti scritti[22]. Pertanto, i secoli che vanno dal V° al IX°-X° d.C. si

[18] Molto chiaro C. Pietri, *La Roma cristiana*, in *Storia Einaudi dei Greci e dei Romani*, vol. XIX, Bergamo, 2008, p. 697, laddove afferma che *"alla* fides romana*, celebrata già dall'apostolo Paolo, si aggiunge come una prova complementare del primato l'avvenuta conversione della capitale; almeno in Occidente la Chiesa romana serve da modello per l'evangelizzazione dell'Impero"*.

[19] Sul punto cfr. C. Pietri, *La cristianizzazione dell'Impero*, in *Storia Einaudi dei Greci e dei Romani*, vol. XIX, Bergamo, 2008, p. 867: *"Le invasioni creano per lungo tempo uno sconvolgimento della geografia cristiana: alla frattura progressiva dell'unità politica si aggiunge l'isolamento delle Chiese, sottomesse, dalla Gallia all'Africa, alle pressioni e alle molestie dei differenti popoli barbari. Quindi la Chiesa, e in particolare quella di Roma, si sforza di elaborare delle procedure mirate al superamento dei dissidi interni per mantenere l'unità politica"*. Sul punto l'A. cita, altresì, P. Courcelle, *Histoire littéraire des grandes invasions germaniques*, Paris, 1964; E. Demougeot, *La formation de l'Europe et les invasions barbares*, II/1-2, Paris, 1979. Cfr., inoltre, R. Manselli , *L'Europa Medioevale, in Storia universale dei popoli e delle civiltà*, I, p. 170, in relazione all'epoca di Gregorio Magno: *"certo, la situazione religiosa d'Italia era diventata delle più gravi e caotiche. I Vescovi finivano per abbandonare diocesi e fedeli – quello di Milano, si era trasferito a Genova -; altri ancora erano morti, ma il papa non sapeva come rimpiazzarli, costretto perciò a ricorrere all'aiuto dei vescovi di diocesi vicine, che organizzavano una possibilità di vita religiosa per tutti"*.

[20] Cfr. A. Cameron, *Le società romano-barbariche e le società dell'Oriente bizantino: continuità e rotture*, in *Storia Einaudi dei Greci e dei Romani*, vol. XIX, Bergamo, 2008, pp. 1009-1010, il quale sottolinea la difficoltà per i Vescovi gallici del V e VI secolo di cristianizzare le campagne, richiamando sul punto W. Klingshirn, *Charity and Power: Caesarius of Arles and the Ransoming of Captives in sub-Roman Gaul*, in JRS, LXXV, 1985, pp. 183-203. Ancora su questo tema cfr. O. Bucci, *Episcopato delle campagne e Corepiscopi*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, Perugia, 1991: in particolare cfr. p. 155: *"Come era avvenuto per l'Oriente, anche per l'Occidente la prassi culturale giuridica della città si impose su quella della campagna […] in termini di organizzazione giuridica ecclesiastica, anche in Occidente si operò per la cancellazione, financo a distruggerne la memoria storica, dell'episcopato rurale e per la protezione del solo episcopato urbano"*.

[21] Cfr., *ex multis*, R. Manselli, *L'Europa Medioevale, cit.*, pp. 254 e ss.

[22] Al riguardo cfr. P. Renucci, *La rovina dei codici culturali*, II, in *Storia d'Italia*, vol. 2.2, *Dalla caduta dell'Impero Romano al secolo XVIII*, pp. 1085-1115, in particolare p. 1092, laddo-

caratterizzano per un tendenziale *"imbarbarimento"* delle fonti romane e, più precisamente, per una compenetrazione dei vari diritti facenti capo ai popoli del nord con le strutture sistematiche proprie del diritto romano. Ciò comportò un allontanamento dall'originaria purezza di un diritto che aveva nell'astrattezza e nella sistematicità i suoi principali punti forti. Ma, come sempre, il diritto aveva nella realtà sociale il suo referente principale e, pertanto, la rinascita complessiva a cui si assiste in Europa a partire dal secolo XI° conduce anche ad un lento e progressivo rifiorire degli studi giuridici, in particolare con la riscoperta del diritto romano giustinianeo. Quest'ultimo divenne uno dei collanti di quella che sarà la moderna Europa, insieme al Cristianesimo, che era e resta uno dei fattori determinanti dell'unione di elementi romani, greci e germanici che hanno contribuito alla formazione di ciò che oggi rappresenta la Comunità Europea: l'origine della tradizione comune che lega le moderne democrazie occidentali andrebbe ricercata proprio nell'alto Medioevo; autorevole dottrina affermava in tempi non lontani che *"la vocazione ad un europeismo, diretta eredità del IX secolo, non si è dissolta, proprio perché in quel secolo è nata una comune tradizione occidentale di cultura e di spiritualità, un senso di partecipazione ad un comune patrimonio di valori e la attitudine a difenderne l'intangibilità"*[23].

Proprio la riscoperta del diritto romano, nei modi e nelle forme che di seguito si tenterà brevemente di delineare, sarà di importanza strategica per tutto lo sviluppo dei moderni sistemi giuridici e, addirittura, per il sorgere delle moderne codificazioni. All'estrema frammentarietà di una normativa (quella delle popolazioni c.d. *"barbariche"*) basata sul *ius personarum* veniva contrapposta l'estrema linearità di un sistema giuridico, fermo sul *ius loci*, che aveva nella sistematicità uno dei suoi punti di forza; non è un caso che sarà la massima espressione del diritto romano, ovvero il diritto giustinianeo, ad essere studiato ed idealizzato, fino a rendere il Digesto come un vero e proprio *"libro caduto dal cielo"*[24]. A compiere questa attività così rilevante fu una scuola di diritto sorta in Italia a cavallo fra l'XI° ed il XII° secolo, nota come *"Scuola dei Glossatori"*[25], che

ve l'A. afferma che *"la scrittura, e non solo quella letteraria, arretra fin quasi a scomparire in un paese dove l'impotenza delle istituzioni antiche, la quotidiana violazione del diritto vigente, l'angoscia della salvaguardia materiale lasciano ben poco spazio al negoziato formale come pure ai piccoli piaceri delle lettere e delle arti. Comincia allora l'estrema rarefazione del documento scritto"*.

[23] Cfr. A. Cavanna, *Storia del pensiero giuridico moderno in Europa*, cit., p. 30.

[24] L'espressione, come è noto, è di Ludovico Antonio Muratori.

[25] In merito alla storia del termine "glossa" cfr. B. Brugi , voce *Glossa*, in EI, vol. XVII, 1951, pp. 427-429.

raggiungerà il suo apice a Bologna, all'interno della c.d. Scuola di Bologna[26]. Originariamente l'attività dei glossatori, in principio con il suo primo grande esponente Irnerio[27], consisteva nell'annotazione a margine del testo giustinianeo di alcune considerazioni critiche che, tuttavia, erano sempre ancorate alla sacralità e alla intangibilità di un testo che raggiungeva, sostanzialmente, la perfezione nella visione dei giuristi bolognesi.

3. *Tradizione romanistica e codificazioni moderne*

3.1 Il modello francese

Sulla scorta di quanto detto, sembra potersi affermare che il diritto romano, e *in primis* la tradizione delle sue categorie logico – sistematiche, abbia fortemente contribuito alla formazione dei moderni sistemi giuridici continentali. Certo, il suo influsso è maggiormente evidente in quelle realtà giuridiche (e sono tante) che si ispiravano al modello francese: in tal senso, in primo luogo, si può far riferimento ai codici civili italiani. Il sistema francese si è, infatti, potuto avvalere del contributo della prima codificazione nazionale vera e propria, la stessa che ha fatto da volano per la nascita di un novello sistema giuridico fondato su valori nuovi e più aderenti alle nuove istanze sociali. Proprio le nuove istanze sociali, come sempre nella storia, aprono la strada al rinnovamento: come affermato in dottrina[28] *"proprio perché positivo, complesso e modificabile, il diritto si adegua a una società funzionalmente differenziata come quella moderna, e ne soddisfa il bisogno di regolamentazione sempre rinnovatesi"*. E' interessante notare come oggi con il termine codificazione si debba intendere un complesso normativo omogeneo, tendente alla completezza: nella storia romana solo in età postclassica si è assistito alla formazione di raccolte giuridiche che avessero lontanamente la pretesa della completezza, partendo in ogni caso da principi molto differenti rispetto a quel-

[26] sul punto particolarmente chiaro G. Rossi, voce *Glossatori*, in NDI, vol. VII, p. 1139, laddove afferma che *"con la voce glossatores si intendono di norma i maestri della scuola di diritto che fiorì in Bologna lungo il corso dei secoli XII e XIII e che fu causa del diffondersi in tutta l'Europa dei rinnovati studi romanistici, della propagazione del diritto giustinianeo come norma fondamentale del vivere civile. Nelle voci "glossa" e "glossatori" si deve dunque riconoscere l'espressione più alta di quella esegesi delle fonti giuridiche romane che rese immortale la scuola bolognese"*.

[27] Preceduto dal suo maestro noto come Pepo o Peppone e seguito dai suoi discepoli Ugo, Bulgaro, Jacopo e Martino. Sul punto cfr. B.Brugi, voce *Irnerio*, in EI, vol. XIX, 1951, p. 565; F.L.Berra, voce *Irnerio*, in NDI, vol. IX, 1957, p. 166.

[28] M. Bretone , *Tempo e ragione giuridica fra antico e moderno*, in Materiali per una storia della cultura giuridica, XXXVI, 2, 12/2006, p. 287.

li odierni[29]. Va detto che la codificazione napoleonica si inserisce in un quadro sociale caratterizzato da profondi mutamenti, entro il quale si affacciano prepotentemente i valori dell'eguaglianza giuridica e della certezza del diritto: il *Code Civil* incarna gli ideali di un popolo che per primo ha avuto il coraggio di ribellarsi al preesistente sistema dell'ineguaglianza e dei privilegi, all'interno di una struttura giuridica che risente fortemente della tradizione romanistica. Infatti, i prodromi della codificazione francese sono risalenti nel tempo e riconducono ad un sistema sociale che, primo in Europa, si è dotato di valenti strutture amministrative e di una vera centralizzazione del potere. La nascita di un movimento rivolto all'esaltazione della ragione umana, gli studi compiuti sugli istituti principali del diritto romano e il cambiamento epocale determinato dall'agire rivoluzionario sono solo alcuni dei fattori che hanno contribuito alla genesi di una normativa che, ancora oggi, viene apprezzata per la sua sistematica logica e coerente, avendo svolto il ruolo di apripista per un profondo rinnovamento nella concezione stessa della struttura e del ruolo della norma giuridica.

La riscoperta del diritto romano operata dalla Scuola di Bologna, la nascita dei centri universitari e la diffusione della cultura giuridica nascente dalle categorie logiche del diritto romano, sono alcuni degli elementi che contribuiscono alla penetrazione degli schemi logico - giuridici giustinianei all'interno del *Code Civil*. Inoltre l'opera del Pothier appare fondamentale nella costruzione delle fondamenta del nuovo codice: il suo apporto è un chiaro indice dell'influenza del diritto romano nella codificazione. E' certo che il Codice Napoleonico abbia fortemente influenzato la prima codificazione unitaria italiana del 1865 e, di conseguenza, si ponga quale necessaria base di valutazione di tutta la tradizione giuridica del nostro Paese per quanto concerne i suoi ultimi due secoli di storia. D'altra parte non è un caso che l'unificazione giuridica del nostro Paese coincida, in sostanza, con l'unificazione nazionale; è chiaro che la codificazione in Italia ha certamente influito sulla formazione di un sistema amministrativo comune, ma, soprattutto, nella formazione di una coscienza unitaria che ci accompagna ancora oggi in un'epoca di nuove e profonde evoluzioni sociali e giuridiche. La struttura civilistica scaturita nel 1865, di chiara matrice francese, sarà la base per la costruzione del moderno diritto civile italia-

[29] Interessante sul punto l'osservazione di M. Bretone, *Tempo e ragione giuridica fra antico e moderno*, cit., p. 304: *"Il Digesto non era che il riepilogo di una tradizione millenaria, quasi l'opera postuma dei giuristi classici"*.

no, lo stesso ancora oggi in vigore grazie alla codificazione del 1942 e alle molteplici riforme dovute all'evoluzione sociale[30]. La caduta dell'Impero Romano e la progressiva, parziale, compenetrazione dei diritti consuetudinari germanici all'interno del diritto romano fa da sfondo ad un periodo molto particolare in chiave giuridica: le categorie logiche proprie dell'età giustinianea erano infatti entrate in contatto con una cultura giuridica fortemente differente, che avrebbe profondamente influenzato i territori germanici nei secoli a venire. Tuttavia, credo sia innegabile che la deferenza e il rispetto che già nel secolo III° – IV° d.C. nutrivano i popoli del nord rispetto al diritto romano stesso, abbia contribuito a lasciarne inalterata la sua struttura fondamentale, come d'altra parte è *in primis* testimoniato dalle fonti gaiane[31]. Nell'Italia settentrionale la nascita della Scuola di Pavia[32] segue immediatamente un periodo di grande rinnovamento sociale, con una riscoperta dello studio delle fonti giustinianee e la fine dell'epoca caratterizzata dalla chiusura allo studio delle fonti: l'analisi della legislazione e delle fonti franco-longobarde conduce alla nascita del *Liber Papiensis* e ad un diverso e nuovo approccio nei confronti delle fonti romanistiche. La riscoperta del diritto romano prosegue, come si è avuto modo di chiarire, attraverso l'opera della Scuola di Bologna, con la quale venne riscoperto il *Corpus Iuris Civilis* di Giustiniano[33]: grazie al celebre *Studium* bolognese vennero interpretati e valorizzati i testi giustinanei, i quali avrebbero successivamente influenzato l'attività dei futuri legislatori attraverso la mediazione di generazioni di studiosi, mentre il diritto giustinianeo venne affiancato al diritto canonico come punto di riferimento della vita sociale, andando a creare ben presto le basi del diritto comune.

La formazione della codificazione napoleonica rappresenta un lungo e tortuoso percorso, le cui linee guida si intersecano con il tentativo di superare gli schemi propri della vecchia concezione dello Stato pro-

[30] Per una panoramica sulla formazione dei moderni codici civili italiani cfr. NICOLÒ R., voce *Codice Civile*, in EdD, vol. VII, pp. 240-249.

[31] Autorevole in tal senso il parere di A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, 1, *Le fonti e il pensiero giuridico*, p. 399: *"il diritto francese si avviò a trovare una propria unità sostanziale in chiave romanistica, cioè in collegamento col diritto romano"*.

[32] Per una panoramica sulla nascita e l'attività della Scuola di Pavia cfr. G. MENGOZZI , *Ricerche sull'attività della scuola di Pavia nell'alto Medio Evo*, Pavia, 1924; F. CALASSO , *Medioevo del diritto*, Milano, 1954.

[33] Sul *codex iustinianus* cfr. A. AZARA, voce *Codex Iustinianus*, in NDI, vol. III, pp. 381-382.

pria dell'*Ancien Règime*[34]. In questo senso, nel tentativo di ripercorrere, in estrema sintesi, le tappe principali che hanno condotto alla formazione del *Code Civil*, è opportuno tornare indietro nel tempo fino a giungere alla Francia del XVI° secolo: in questo periodo, infatti, si ravvisa in territorio francese una situazione di estrema frammentazione giuridica[35]. Il complesso e variegato panorama legislativo comprendeva, infatti, i diritti locali, la normativa proveniente dal potere centrale e le norme di diritto comune. Inoltre l'esistenza di uno Stato assoluto[36] non era indice di completo superamento delle istituzioni proprie del sistema medievale. Tale circostanza, nota con il termine di particolarismo giuridico[37], è tra le principali condizioni che hanno contribuito a spianare la strada ai primi progetti di codificazione. Con il termine particolarismo giuridico si tende a delineare una situazione storico - giuridica nella quale regnava incontrastata una estrema frammentazione e disomogeneità nell'insieme delle leggi vigenti, tale da generare una assoluta incertezza del diritto. Quest'ultimo era fortemente ancorato alle tradizioni locali e, in maniera molto approssimativa, si poteva individuare una divisione tra il nord ed il sud del territorio francese: al nord, infatti, vigeva, a titolo di diritto comune, un diritto consuetudinario di origine germanica, mentre nel sud del Paese era utilizzato un sistema fortemente improntato alla tradizione romanistica, costituito in parte dal corpo giustinianeo ed in parte dal codice teodosiano. I territori a nord della Francia erano definiti *"pays de droit coutumier"* mentre quelli situati al sud *"pays de droit écrit"*. In questi ultimi al diritto giustinianeo verrà assegnato il carattere di *ius commune* rispetto alle consuetudini locali vigenti, divenendo passibile di applicazione in caso di lacuna degli *iura propria*. Tale ulteriore frammentazione del diritto aumentava l'incertezza, determinando tanto la difficoltà di individuare la legge regolante il singolo rapporto giuridico, tanto l'eventuale strumento di tutela idoneo a concretizzare il presunto diritto individuato[38]. Le strut-

[34] Con questo termine, come è noto, si designava la situazione giuridica e sociale nella Francia pre-rivoluzionaria, con una connotazione negativa che rifletteva lo stato di profondo malessere nel quale versavano i cittadini francesi. Tra i numerosi saggi sull'argomento cfr. A. DE TOCQUEVILLE, *L'ancien regime et la révolution*, Gullimard, 1967.

[35] Circa la situazione economica della Francia del XVIII° secolo cfr. P. BARCELLONA, *Il declino dello stato*, Dedalo, 1998, p. 93:.

[36] Cfr. M. VIORA , *cit.*, p. 678.

[37] Per un quadro di massima sul particolarismo giuridico cfr. V. PIANO MORTARI , *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, Milano, 1962; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna, Assolutismo e codificazione del diritto*, vol. I, Bologna, 1976;

[38] L'incertezza del diritto rappresentava, a quel tempo, un problema particolarmente avvertito, che finirà per divenire uno degli argomenti più forti della codificazione del 1804: quest'ultima, come si avrà modo di meglio approfondire in seguito, rappresenterà il primo vero baluardo della certezza del diritto in epoca moderna.

ture sociali prevedono una vita prevalentemente contadina al sud del Paese, mentre al nord la gestione delle terre era maggiormente rivolta ad uno sfruttamento latifondistico.

La situazione di fatto che si era creata era elemento di svantaggio per la maggioranza della popolazione, ma in chiave sociale non andava a scapito della sola classe più povera: infatti, tra i più danneggiati vi erano coloro che si dedicavano al commercio e all'industria, oltre che i titolari di diritti reali. Di fatto una larga fetta della popolazione si trovava in condizione di estremo disagio dinanzi ad un sistema particolarmente eterogeneo, nel quale non vi era una netta linea di demarcazione tra le varie situazioni soggettive[39]. Non a caso erano presenti anche posizioni contrarie ad una semplificazione del diritto, in particolar modo tra i titolari di privilegi nobiliari o di altra natura (ad esempio il clero) e tra coloro che esercitavano il mestiere di avvocato dinanzi alle varie corti; tra i tanti che osteggiavano una semplificazione giuridica vi erano anche gli appartenenti al ceto notarile, oltre che tutti coloro che avevano un impiego nel settore della giustizia. Il regime unitario proprio dell'assolutismo non era dunque in grado, in questo periodo, di portare a compimento l'unificazione legislativa che appariva come un elemento imprescindibile per uno Stato moderno[40]. Va chiarito che il diritto romano, in questa vasta gamma di soluzioni normative, trovava in ogni caso una collocazione privilegiata, anche tenuto conto della formazione prettamente romanistica dell'intero ceto forense: erano forti, infatti, le istanze di mantenimento delle antiche tradizioni normative, sebbene le stesse fossero subordinate all'aderenza verso il diritto nazionale emanato dal re. Il diritto romano, coerentemente con l'impostazione fornita dal *mos gallicus*[41], si qualificava in ogni caso come manifestazione per eccellenza della cultura del mondo classico, prevalendo così un suo studio storico su una sua concreta utilizzazione nel contesto sociale[42].

[39] In relazione a queste tematiche cfr. P. Caroni, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, 1998, pp. 4-5; A. Cavanna, *La storia del diritto moderno in Europa*, cit.;

[40] Circa il lento e progressivo processo di unificazione legislativa della Francia cfr. O. Robleda, *Introduzione allo studio del diritto privato romano*, 1979, p. 12.

[41] Relativamente al *mos gallicus* cfr. S. Riccobono, *Mos italicus e mos gallicus nell'interpretazione del Corpus iuris civilis*, in ACII, II, pp. 377 e ss.; G. Astuti, *Mos italicus e mos gallicus nei dialoghi "de iuris interpretibus" di Alberigo Gentili*, Bologna, 1937.

[42] Per una panoramica circa la contrapposizione tra *mos gallicus* e *mos italicus* cfr. A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, Milano, 1982; R. Ajello, *L'esperienza critica del diritto*, Napoli, 1999; sul rapporto tra la legislazione statale e la tradizione romanistica in Francia cfr. V. Piano Mortari, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, Milano, 1962; tra le più insigni personalità a cui si deve la nascita del sistema del *mos galli-*

La tradizione romanistica si pone, pertanto, come mera impalcatura idonea allo sviluppo di un sistema giuridico proprio: inoltre la stessa appariva fondamentale quale collante in un sistema giuridico così fortemente disomogeneo. La polemica aperta dai giuristi francesi del '700 conduce inevitabilmente ad una esaltazione del diritto nazionale, che si coniuga perfettamente con la necessità di semplificazione e unità legislativa propria del regime monarchico ed utile ad un più semplice utilizzo del potere[43]. Il sistema arcaico del diritto romano poteva essere superato solo contrapponendo ad esso un nuovo ordine giuridico: in tal senso è opportuno, ad esempio, sottolineare come la principale opera di François Hotman, l'Antitribonian (1567)[44], si chiuda con la richiesta dell'introduzione di una nuova raccolta legislativa che rendesse superfluo il richiamo al diritto romano. D'altra parte il regime monarchico, pur persuaso della necessità di provvedere ad una riorganizzazione del diritto, era consapevole dell'impossibilità di eliminare tutte le molteplici fonti normative sulle quali si basava la vita sociale: in questo senso, come accennato in precedenza, giocavano un ruolo chiave le forti influenze delle classi sociali che godevano di posizioni di privilegio e la difficoltà pratica di mutare l'intero sistema sociale del Paese. Un primo strumento idoneo per una parziale e minima riorganizzazione del diritto furono le numerose *ordonnances* emanate nel XVII° secolo, tendenti alla sistemazione di ben individuati settori pubblicistici quali la giustizia, le colonie, l'eco-

cus troviamo Andrea Alciato. Milanese di nascita (1492-1550) fu costretto a trasferirsi in Francia all'università di Bourges per le forti resistente incontrate in Italia, dovute al suo metodo storico-filologico avverso al *mos italicus*: la scuola di Bourges assurge in questo periodo al ruolo di vero e proprio punto di raccordo della cultura umanistica. In tal senso cfr. B. Brugi, voce *Alciato*, in EI, vol. II, 1950, pp. 246-247; M.A. Benedetto , voce *Alciati Andrea*, in NDI, vol. I, 1957, pp. 459-460. Per un quadro storico dell'Umanesimo cfr. F. Ghisalberti, voce *Umanesimo*, in EI, vol. XXXIV, 1950, pp. 647-649.

[43] Fondamentale nell'opera di sistematizzazione e razionalizzazione della società può essere considerato il movimento illuminista, di cui si avrà meglio modo di parlare in seguito. In tal senso basta considerare quanto osservato da M. Ascheri, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, Giappichelli, 2007, p. 253: *"Fondamentale fu l'efficacia sul piano culturale dell'Encyclopédie, ovvero del Dizionario ragionato di scienze, arti e mestieri, direttoda Diderot e D'Alembert, a cui collaborarono lo stesso Voltaire, D'Holbach e Rousseau, i quali, riprendendo il bell'esempio di Bayle, fecero una grandiosa opera in molti volumi (1751-52). Essa comportò la riscrittura del sapere del tempo, perché tutte le credenze tradizionali vi vennero sottoposte a una critica razionalistica spietata* […] *ma tanta modernità non sfondò sul piano delle istituzioni, come mostrò emblematicamente l'opposizione e la censura dei Parlamenti e l'incapacità riformatrice del governo regio. Perciò fiorivano le dottrine, le riflessioni sul come risolvere il problema dell'arretratezza istituzionale della Francia"*.

[44] Circa l'attività di Hotman cfr. M. Viora , *cit.*, p. 677.

nomia e le finanze[45]. Le ordinanze reali predisposte sotto il regno di Luigi XIV[46], con l'apporto del Colbert, e Luigi XV, con il lavoro del cancelliere Daguessau, ebbero il grande merito di aprire la strada ai primi tentativi di organizzazione omogenea del diritto, o almeno di specifici istituti giuridici: la settorialità degli interventi attuati non fa propendere per una vera e propria anticipazione delle soluzioni adottate dalle codificazioni moderne ma apre la strada, in ogni caso, alle più forti e decise istanze di unificazione legislativa proprie del secolo successivo.

Di particolare rilevanza appare in primo luogo *l'ordonnance pour la réformation de la justice* (1667), che arriverà ad influenzare il codice di procedura civile napoleonico, oltre all'*ordonnance du commerce* (1673): quest'ultima può essere considerata come il primo vero codice di commercio, elaborato anche grazie alla grande perizia del mercante parigino Jacques Savary[47]. La statalizzazione del diritto commerciale non si poté, tuttavia, dire totalmente completata se non con le moderne codificazioni, in quanto il vecchio *ius mercatorum*[48] sopravviveva in molte realtà sociali. In seguito verrà pubblicata l'*ordonnance de la marine* nel 1681[49].

Come si può notare questa prima serie di interventi non toccò il terreno del diritto privato se non in maniera parziale ed episodica, lascian-

[45] Artefice principale di questo processo è da considerarsi il ministro Jean Baptiste Colbert (1619-1683). Tali soluzioni normative avranno una decisa influenza sulla codificazione napoleonica. Tra le principali *Ordonnances* realizzate alla fine del XVII secolo dal Colbert ricordiamo: *l'Ordonnance civile pour la réformation de la justice* (1667), *l'Ordonnance criminelle* (1670), *l'Ordonnance du commerce* (1673), *l'Ordonnance de la marine* (1681). Circa le suindicate *ordonnances* cfr. E. Dezza, *Lezioni di Storia della codificazione civile, il Code Civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB,1812)*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 5-9; Sulla figura del Colbert cfr. F.P. Gabrieli, voce *Colbert*, in NDI, vol. III, 1959, rist. 1981, p. 443.

[46] Circa la vita di corte di Luigi XIV cfr. M. Monterisi, J.F.J. Duindam, J. Duindam, *Vienna e Versailles. Le corti di due grandi dinastie rivali (1550-1780): le corti di due grandi dinastie rivali*, 1550-1780, Donzelli, 2004.

[47] Circa l'attività e la figura del mercante Savary è interessante il richiamo effettuato da S. Richard, *L'uomo flessibile, le conseguenze del nuovo capitalismo sulla vita personale*, Feltrinelli, p. 141, laddove richiama J. Savary, *Le parfait négotiant*, Paris, 1675, p. 1, il quale afferma che è volontà della divina provvidenza *"che gli uomini commercino tra di loro e che quindi il bisogno reciproco di aiutarsi a vicenda stabilisca legami di amicizia tra loro"*.

[48] Sul *ius mercatorum*, *ex multis*, cfr. F. Galgano, *Lex mercatoria*, Il Mulino, 2001.

[49] Sul punto cfr. P. Clément, *Histoire de la vie et de l'administration de Colbert*, Guillaumin, 1846, p. 386 : *« Enfin, au mois d'août 1681, Colbert publia la célèbre ordonnance sur la marine, qui mit comble à sa gloire et à laquelle son administration doit surtout l'éclat dont elle brille encore aujourd'hui. Les commentateurs de cette ordonnance en ont attribué le principal mérite à une commission dont ils regrettaient que les membres n'eussent pas été signalé à la reconaissance publique. Suivant eux, la rédaction de l'ordonnance sur la marine fut confieé à deux maîtres des requêtes, MM. Le Vayer de Boutigny et Lambert d'Herbigny… ».*

do immutati i contorni essenziali del diritto civile dell'epoca. Tuttavia, nei decenni immediatamente successivi, sotto la monarchia di Luigi XV, venne emanata una seconda generazione di *ordonnances*, che hanno come mente il cancelliere Henry François Daguessau: le tre nuove ordinanze erano in materia di donazioni (1731), testamenti (1735) e fedecommessi (1747). Anche in questo caso si lasciavano pressoché inalterate le fondamenta della normativa privatistica vigente, anche se la società dell'antico regime iniziava ad evidenziare i primi segni della crisi che condurrà, meno di un secolo dopo, alla formazione di un sistema giuridico totalmente nuovo[50]. Particolarmente interessante appare l'abolizione, nell'ordinanza del 1731, delle *donationes mortis causa*: in questo modo residuavano due sistemi di traslazione dei beni a titolo gratuito, o mediante semplice donazione o mediante testamento. Non irrilevante, inoltre, il tentativo compiuto dal Primo Presidente del Parlamento di Parigi, Lamoignon, sotto il regno di Luigi XV, di ridurre le proporzioni delle *coutumes,* raggruppandole. Tali tentativi di semplificazione giuridica si inserivano nel solco dei provvedimenti adottati al fine di favorire una embrionale unificazione giuridica in territorio francese. All'interno di questo contesto socio-giuridico così estremamente vario e frammentato, la dottrina del tempo premeva per un processo di progressiva formazione di un sistema giuridico unitario che garantisse una normativa organica e funzionale. Una forte accelerazione nel processo suddetto venne impressa dalla scuola del diritto naturale[51], i cui esponenti fornirono un decisivo apporto nella formazione della codificazione napoleonica. La corrente del giusnaturalismo germanico, facente capo al Thomasius, esercitò una notevole influenza sul tentativo di codificazione prussiana, e sulla codificazione austriaca, mentre le teorie del Leibniz influenzarono principalmente la costituzione prussiana del 1794[52]. Inoltre le opere di insi-

[50] La creazione delle *ordonnnances* di inizio XVIII secolo è da attribuirsi allo sforzo profuso dal cancelliere Henry-François Daguesseau (1668-1751). Tra le *ordonnances* redatte dal cancelliere Daguessau si ricordano: l'*Ordonnance sur les donations* (1731), l'*Ordonnance sur les testaments* (1735), l'*Ordonnance sur les substitutions fidéicommissaires* (1747). Sulla figura del cancelliere cfr. G. Bourgin, voce *Daguesseau*, in EI, vol. XII, 1950, p. 225.

[51] Il concetto di diritto naturale, avvertito fin dall'antichità, viene riscoperto nel XVI secolo grazie all'opera di Ugo Grozio, datata 1625, *« de iure belli ac pacis »*, per poi essere ripreso e costituire uno dei fattori determinanti dell'avvento dell'età delle codificazioni. Sulla figura di Ugo Grozio cfr. G. Solari, voce *Groot, Huig Van*, in EI, vol. XVII, 1951, pp. 989-990;

[52] Sul movimento di codificazione e sulla figura, tra gli altri, del Pothier cfr. V. Piano Mortari , voce *Codice (storia)*, in EdD, vol. VII, pp. 232.

gni giuristi quali il Domat[53], il Pothier[54] contribuirono a creare l'idea della ricerca di un diritto sistematico e razionale[55], elementi sui quali si sarebbe poi fondato il *Code Civil* del 1804 e tutte le moderne codificazioni[56]. Il concetto di fondo, comune alle principali opere dei due autori, era quello della creazione di un sistema razionale ed organico, caratterizzato dalla chiarezza e dall'uniformità. La commissione redattrice del Codice Napoleone si ispirò, infatti, largamente al *"traité des obligations"* e al *"traité du domain de proprieté"* del Pothier, oltre che all'opera principale del Domat, *"les lois civiles dans leurs ordre naturel"*. L'influenza del Pothier nella formazione della codificazione napoleonica fu ulteriormente agevolata dall'attitudine dell'autore ad escludere dai suoi scritti giuridici qualunque connotazione politica, divenendo ben presto un vero e proprio *"canovaccio dottrinale per il code napoleonico"*[57]. All'interno delle opere del Pothier viene operata una elaborazione del diritto consuetudinario francese, tentando una riorganizzazione sistematica delle varie materie trattate. Nessuno dei due autori, tuttavia, pensò direttamente di interpretare le proprie idee attraverso una vera e propria codificazione ma piuttosto attraverso una riorganizzazione sistematica della frastagliata nor-

[53] Sulla figura di Jean Domat (1625-1696) cfr. G. Ermini, voce *Domat*, in EI, vol. XIII, 1950, p. 111; tra le opere principali dell'insigne giurista cfr. J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1689.

[54] R.J.Pothier (1699-1772) fu magistrato e professore di diritto ad Orléans, fu autore di diversi scritti fra i quali: *Pandectae Justinianeae in novum ordinem digestae cum legibus codicis et novellis* (1748-1752, ispirata dal Daguessau e a lui dedicata), *Traité des obligations* (1761-1764), *Traité du droit de domain de propriété* (1772), *Traité du contrat de mariage* (1766), *Traité de la possession et de la prescription* (1772). Per una biografia su Pothier cfr. N. Morra, in NDI, voce *Pothier Robert-Joseph*, vol. XIII, 1966, rist. 1982, pp. 514-515.

[55] Circa l'influenza degli insigni giuristi all'interno dei lavori preparatori della codificazione napoleonica cfr. M. Viora, cit., p. 680*: "Non è più soltanto l'autorità di Montesquieu che è invocata per giustificare le leggi successorie della Convenzione, è anche quella di Pothier. Si riprende espressamente la tradizione interrotta; ci si ricongiunge formalmente al diritto antico per migliorarlo e perfezionarlo"*.

[56] Interessante al riguardo R. Ferrante, *Codice: appunti su "il" modello, i modelli, i fantasmi legislativi e l'utopia*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXVI, 1, 6/2006, p. 94: *"Cocceius tenta di realizzare in Germania ciò che Domat ha teorizzato nella Francia del Seicento: rimettere in ordine il diritto della compilazione giustinianea secondo un "sistema" […] "il diritto romano si fonda sulla "equità naturale" e su una "sana ragione", e per questo motivo la maggior parte delle nazioni cristiane lo hanno adottato per diritto comune"*.

[57] In tal senso si esprime A. Cavanna, *op. cit*., pp. 356-357, secondo il quale *"l'ordine di ragione assegnato alle materie, agli istituti e alle norme dal Domat e dal Pothier non solo modellerà per tutto il secolo XVIII il modo di pensare dell'uomo di legge in Francia, ma costituirà anche, complessivamente, un vero e proprio canovaccio dottrinale per il code napoleonico, redatto appunto da giuristi scientificamente e professionalmente educatisi secondo gli schemi metodici dei due celebri autori…"*.

mativa allora vigente. Le conseguenze tangibili di un simile movimento diretto ad una razionalizzazione del diritto[58] non condussero immediatamente alla creazione di un nuovo sistema, a cui invece si sarebbe potuti giungere solo attraverso una vera e propria rottura rispetto al passato che ebbe la sua incarnazione nel movimento rivoluzionario francese. Il merito di spianare la strada alle nuove istanze sociali è da attribuirsi anche al movimento illuminista[59], che si propone in maniera forte nel corso del XVIII secolo, caratterizzandosi per una esaltazione della razionalità e del valori dell'eguaglianza sociale. La valorizzazione di diritti naturali facenti capo all'uomo condusse alla feroce critica del preesistente sistema dei privilegi, aprendo, di fatto, la strada ad una revisione del sistema giuridico fino ad allora in uso. Gli illuministi rivendicano, pertanto, il potere dell'uomo di predisporre un proprio sistema giuridico, che tenesse in conto ma non fosse vincolato dal presunto diritto naturale: la concezione del diritto diveniva in questa maniera maggiormente aderente alla realtà sociale, in un quadro nel quale la ragione umana diveniva l'elemento idoneo a scardinare l'arcaico sistema del diritto comune.

Un dato fondamentale, richiamato dal movimento illuminista[60], risiedeva nella necessità di creare un sistema completo ed organico, eliminando il potere degli operatori del diritto sull'interpretazione esclusiva dello stesso: nel contempo era necessario ampliare la certezza delle leggi con una normativa scritta e comprensibile a larghi strati della popolazione. E' evidente che la vecchia aristocrazia si opponeva in tutti i modi all'avanzare di queste idee che l'avrebbero inevitabilmente privata dei

[58] Sulle idee giuridiche della rivoluzione francese cfr. G.M. Labriola, *La codificazione nell'interpretazione di Giovanni Tarello, riflessioni a margine*, in Materiali per una storia della cultura giuridica, XXXV, 1, 6/2005, pp. 107-128; ivi l'A. richiama, *ex multis*, G. Tarello, *Le idee giuridiche della Rivoluzione francese*, in S. Castiglione (a cura di), *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Bologna, 1989.

[59] La crisi delle istituzioni francesi viene evidenziata in primo luogo attraverso le opere di insigni giuristi quali il Montesquieu, il Rousseau e il Voltaire: il fine è sempre la creazione di un diritto nuovo, di origine statuale, caratterizzato dalla certezza, dalla razionalità e dalla semplicità. Su queste tematiche cfr. A. Cavanna, Dal *diritto comune alla codificazione. Appunti dalle lezioni*, Milano, 1982; G. Tarello, *Le ideologie della codificazione dal particolarismo giuridico alla codificazione napoleonica*, Genova, 1969; in relazione al diritto penale cfr. G. De Francesco, *Illuminismo e codificazione del diritto penale: le vicende francesi e l'esperienza italiana*, in Materiali per una storia della cultura giuridica, anno XXXII, n. 1, Giugno 2002, pp. 277-285; A.J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code Civil Français*, Parigi, 1969.

[60] Sul ruolo fondamentale dell'illuminismo giuridico e sulla separazione tra diritto e morale cfr. P. Costa, E. Santoro, D. Zolo, *Lo stato di diritto, storia, teoria, critica*, Feltrinelli, 2002, p. 353.

privilegi passati: il mutamento del sistema normativo procedeva di pari passo con l'evolversi del contesto sociale francese. Al momento dello scoppio della Rivoluzione[61] nel nord della Francia si possono individuare ancora 65 *coutumes générales*: la rottura del vecchio sistema sociale ha aperto la strada a nuove esigenze sociali e giuridiche che hanno condotto all'età della codificazione. D'altra parte un obiettivo primario, successivamente all'atto rivoluzionario, era quello della riorganizzazione dell'assetto del diritto[62]: le difficoltà oggettive e la complessità dell'opera hanno determinato dei tempi particolarmente lunghi, che hanno in ogni caso consentito la predisposizione di un codice di pregevole fattura destinato a durare nel corso del tempo. Altro modello moderno ci è fornito dal sistema tedesco, certamente profondamente differente rispetto a quello francese.

3.2 Il modello tedesco

La formazione della codificazione civile tedesca, similmente al processo di gestazione del *Code Civil*, risente profondamente del passato storico e socio-economico dei territori germanici, così come il rapporto tra il diritto romano e il territorio tedesco è strettamente dipendente dalle vicende storiche medievali[63]. Non è un caso che il *BGB* trovi la luce all'interno di un contesto giuridico profondamente differente da quello francese, caratterizzato da un ampio ricorso alle tradizioni germaniche di carattere prettamente consuetudinario, le quali saranno successivamente riprese dal regime nazista. E non è un caso che in Germania l'unitarietà del sistema giuridico vada a formarsi in un momento successivo rispetto ad altre regioni europee, con vicende particolari, a tratti cruente, che evidenziano la singolarità del sistema germanico, basato sostanzialmente su prassi consuetudinarie. Infatti, come si avuto modo di sottolineare, i popoli c.d. *"barbarici"* hanno avuto modo di sviluppare un proprio sistema giuridico solamente dopo aver conosciuto il sistema del diritto romano, certamente molto avanzato rispetto all'epoca. Il passato germanico è profondamente legato a miti consuetudinari, a rappresentazioni mitologiche e ancestrali: anche in campo militare le tradizioni formate-

[61] Avvenuto, come noto, nel 1789 laddove la presa della Bastiglia, simbolo dell'oppressione tirannica e clericale, si colloca in data 14 luglio 1789.

[62] Sul punto cfr. E. Dezza, *Lezioni di storia della codificazione civile. Il Code Civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, Torino, 2000, p. 8.

[63] Su tali tematiche, fondamentale, cfr. O. Bucci, *Germanesimo e Romanità*, Napoli, 2004, p. 103 e ss.

si sui campi di battaglia andarono a ripercuotersi sulle note vicende dell'inizio del secolo scorso, con il re che tiene le redini del proprio esercito. Le fonti più antiche in relazione agli usi normativi germanici ci provengono da Tacito, mentre successivamente sono gli studenti tedeschi provenienti da Bologna a trasmettere in Germania la tradizione romanistica[64]. Proprio alcune opere di Tacito, quali la *Germania*, verranno utilizzate a livello teorico-propagandistico dal regime nazista nei primi decenni del XX secolo. Tacito chiarisce alcuni importanti aspetti della vita pubblica[65] e dell'amministrazione della giustizia[66] presso i Germani, oltre a circostanze relative ai culti religiosi e ai relativi rituali[67]. Inoltre evidenzia la rilevanza dell'attività militare, all'interno della quale non era insolita l'indiretta influenza delle donne. D'altra parte l'attività militare è connotata, presso i Germani, da orgoglio e coraggio: il comandante è il soldato più valoroso, mentre tutti i combattenti tendono a proteggerlo. All'organizzazione e alla grande strategia dell'esercito romano, le popolazioni barbariche rispondevano con un assetto militare se vogliamo improvvisato ma caratterizzato da una maggiore vocazione all'eroismo e al sacrificio.

E' certamente il Lutero ad influenzare grandemente lo sviluppo del pensiero giuridico germanico. Si ritiene che la Riforma prenda il via il 31 ottobre del 1517, con la presunta affissione da parte del Lutero delle *"95 tesi di Wittenberg"*. Le tesi vengono immediatamente condannate dalla Chiesa di Roma[68], con l'ordine di distruzione degli scritti che erano stati predisposti e con la minaccia della scomunica: quest'ultima venne in ogni caso formalizzata con la bolla *Decet Romanum Pontificem* del 3 gennaio 1521. D'altra parte autorevole dottrina[69] ritiene che il Lutero condusse ad un cambiamento radicale dei costumi della Germania anche in virtù della creazione di una lingua unitaria, amalgamando ancor più il popolo tedesco. Il cambiamento fu certamente favorito dall'invenzione della stampa, e non ci sono dubbi che l'opera del Lutero fosse agevolata da questa nuova invenzione: il profondo odio che quest'ultimo manifestò nei confronti del giudaismo avrebbe condizionato il pensiero giuridico tedesco fino

[64] Cfr. *Id., op.cit.*, p. 133.

[65] Tac. Ger. 11.

[66] Tac. Ger. 12.

[67] Tac. Ger. 9-10.

[68] Cfr. R. Coggi, *La riforma protestante*, 2004, p. 26: *"Con la bolla Exurge Domine del 15 giugno 1520 vennero condannate, pur con diversi gradi di censura, quarantuno affermazioni di Lutero; fu anche ordinata la distruzione dei suoi scritti contenenti tali errori, ed egli stesso con i suoi seguaci venne minacciato di scomunica"*.

[69] O. Bucci, *op.cit.*, p. 134:.

al nazionalsocialismo, costituendo una delle basi ideologiche del totalitarismo germanico del XX° secolo[70]. L'esperienza condotta dal popolo tedesco con il nazismo è certamente molto differente da quella che, parallelamente, si svolgeva in Italia: infatti se il nazionalsocialismo poteva essere considerato il prodotto della storia germanica, il fascismo era una creazione estranea al sentimento del popolo italiano, come dimostrerà l'avversione verso le aberrazioni derivanti dall'introduzione in Italia delle riforme antisemite hitleriane. L'utilizzo del diritto romano, base fondamentale nella regolamentazione della vita sociale attraverso il diritto comune, continua anche nel XIX° secolo, laddove prevale l'aspetto della sistematizzazione del diritto privato. Si sviluppa in Germania l'aspirazione ad una esposizione chiara e ordinata del diritto, che, per molti versi, si traduce nell'opera della Pandettistica[71]. Anche in Germania, in termini decisamente meno cruenti rispetto alla Francia rivoluzionaria, si avviava il lento processo di ricomposizione dell'ordinamento giuridico, che culminerà nella promulgazione del *BGB*: alla base di questo processo vi era, in ogni caso, l'elaborazione del diritto romano. L'esigenza della certezza del diritto, la necessità di una razionalizzazione delle categorie logico-giuridiche e la costante evoluzione sociale sono i principali fattori che contribuiscono alla nascita dell'idea di codificazione nei territori germanici: la medesima si attuerà con una terminologia ricercata e complessa, a differenza della codificazione napoleonica che si basa su un linguaggio ed una sistematica semplice e di facile comprensione per ogni livello sociale. Questa caratteristica renderà il *Code Civil* maggiormente appetibile come modello per altre codificazioni europee ed extraeuropee.

Se il percorso di formazione del codice civile tedesco può dirsi molto articolato e controverso, per una sua succinta analisi dovremo tornare indietro nel tempo fino al XVIII° secolo ed ancor prima, laddove si pongono le basi per la nascita di codificazioni che possano rappresentare una base per la certezza del diritto. Nella territori germanici nel XVII° secolo il diritto comune era rappresentato per larga parte dal diritto giustinianeo: nel 1746 il re Federico II di Prussia ordinò la compilazione di una nuova codificazione civile[72], che avrebbe fortemente influenzato, decen-

[70] Sul punto cfr. O. Bucci, *op.cit.*, pp. 219 e ss.

[71] Per una quadro sui rapporti tra il diritto romano e la tradizione giuridica tedesca, attraverso la mediazione della pandettistica, cfr. A. Mazzacane, Voce *Pandettistica*, in EdD, vol. XXXI, 1981, p. 601.

[72] Il nuovo codice civile prussiano, *landrecht*, fu pubblicato il 5 febbraio del 1794, dopo circa 48 anni dalla richiesta della sua formazione e rappresentò uno dei primi esempi di codificazione civile moderna.

ni dopo, la formazione del *BGB*. L'evoluzione del diritto privato in Germania aveva in comune con il resto dell'Europa la tradizione del diritto comune romano-canonico, riuscendo a coordinare elementi consuetudinari locali con l'elaborazione della tradizione giuridica giustinianea. I prodromi della codificazione vanno ricercati già nel XVII° e XVIII° secolo, anche se gli eventi del XIX° secolo furono determinanti nell'evoluzione del popolo tedesco: dopo la sconfitta dell'Austria nella guerra contro la Prussia[73] venne a costituirsi la Confederazione della Germania del Nord, la quale comprendeva gli stati tedeschi settentrionali. Con la pace di Praga, infatti, l'Austria lasciò il Veneto alla Francia e quest'ultima lo cedette all'Italia. Nel 1870 anche gli stati della Germania del sud entrarono all'interno della Confederazione, dando vita, successivamente[74], all'Impero tedesco. A Versailles nel gennaio del 1871 il re di Prussia Guglielmo I venne incoronato quale sovrano del nuovo Reich, mentre con la pace di Francoforte venivano cedute, da parte della Francia, l'Alsazia e la Lorena del nord.

Le continue vittorie tedesche iniziarono a divenire un campanello d'allarme anche per il governo inglese, sancendo, di fatto, la modifica degli equilibri e degli assetti istituzionali che erano stati sanciti oltre mezzo secolo prima a Vienna. Inoltre tra Germania e Francia si andò creando una prima fonte di antipatia e risentimento, che tante nefaste conseguenze avrebbe prodotto nel corso dei successivi decenni. L'Impero assunse le sembianze di una vera e propria monarchia costituzionale, nella quale era l'Imperatore a nominare il Cancelliere e ad averne a cura le sorti: come accadrà anche nel caso dello Statuto Albertino, l'Imperatore poteva anche non allinearsi alla maggioranza politica formatasi nel Reichstag, pur essendo necessariamente influenzato dalla maggioranza dei consensi. All'interno di questo nuovo assetto istituzionale, emerse immediatamente la figura del primo cancelliere dell'Impero, il Bismarck[75], il quale mirò in primo luogo alla formazione del movimento nazionale. In campo militare si aprivano degli scenari che già lasciavano presagire alle

[73] Per un quadro generale sulla Prussica cfr. R. KOSELLECK, *La Prussia tra riforma e rivoluzione (1791-1848)*, Bologna, 1988; F.L. CARSTEN, *Le origini della Prussia moderna*, Bologna, 1982.

[74] Circa le vicende storiche successive cfr. A.M. BANTI, *Storia contemporanea*, Bari, 1997, p. 158.

[75] Otto Eduard Leopold von Bismarck nasce il 1 aprile 1815: laureato in giurisprudenza il 23 settembre 1862 venne nominato dal Re Guglielmo I Primo Ministro. Muore nel luglio del 1898. Sulla storia tedesca del periodo e sulla figura del Bismarck cfr. G. CORNI, *Storia della Germania. Da Bismarck alla riunificazione*, Milano, 1999; A.J.P. TAYLOR, *Bismarck, l'uomo e lo statista*, Roma-Bari, 1988; L. GALL, *Bismarck*, Milano, 1993.

future guerre di occupazione, dato l'utilizzo di tecniche moderne ed innovative di combattimento, sperimentate durante il conflitto franco-prussiano[76]. La necessità della nascita di una codificazione unitaria si inseriva, come accadde in Italia, nel contesto dell'unificazione amministrativa e giuridica del territorio: d'altra parte accese furono le polemiche, a differenza dell'Italia, circa la reale opportunità di creare una codificazione scritta.

In tal senso non si può prescindere dalla valutazione del pensiero del Savigny[77], il quale ha certamente influenzato la tradizione giuridica dell'epoca. Il Savigny è, insieme al Windscheid, uno dei massimi esponenti della Scuola Storica del Diritto[78], la quale avrebbe profondamente influenzato le scelte della codificazione civile tedesca. Base fondamentale del pensiero dell'autore risiede nella considerazione che la completezza dell'ordinamento giuridico non era ottenibile attraverso lo strumento legislativo, ma era legata al dato giurisprudenziale[79]: il diritto aveva una propria evoluzione strettamente dipendente rispetto a quella del popolo[80] che intendeva servire, essendo immediato riflesso dell'evoluzione della vita sociale[81]. La scienza giuridica avrebbe pertanto il compito di valutare le radici del diritto, contribuendo alla sua evoluzione in armonia con lo sviluppo della vita sociale. Nella sua nota polemica con il Thibaut[82], il Savigny esaltò il ruolo del diritto romano, imponendolo come manifestazione della libertà e dell'evoluzione del pensiero dell'uomo, laddove la codificazione[83] rappresentava uno strumento di freno per il pro-

[76] Sul punto cfr. H. SCHULZE, *Storia della Germania*, trad. TANI I., Donzelli, 2000, p. 94.

[77] Massimo esponente della Scuola Storica del Diritto, tra le sue opere principali cfr. F.K. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gezetzgebung und Rectwissenschaft,* Heidelberg, 1814; *id.*, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840.

[78] In relazione alla Scuola Storica del Diritto cfr. E. PARESCE, voce *Scuola storica del diritto*, in NDI, vol. XIII, pp. 823-827.

[79] Cfr. A. MAZZACANE, Voce *Pandettistica*, cit., pp. 597.

[80] F.K. SAVIGNY, *La vocazione del nostro secolo per la legislazione e la giurisprudenza*, *trad.it.*, Minerva, 1857, p. 102.

[81] *Ib., cit.*, p. 106: *"La somma di questa opinione intanto è che ogni diritto trae origine da quegli usi e costumi a' quali per accettazione universale si suol dare, in verità con non molta giustezza, il nome di diritto consuetudinario: vale a dire che il diritto è creato prima dai costumi e dalle credenze popolari, indi dalla giurisprudenza; sempre dunque da una forza interiore, e tacitamente operosa, e non mai dall'arbitrio d'alcun legislatore"*.

[82] Sul punto cfr. F.K. SAVIGNY, *op.cit.*, p. 97.

[83] Principalmente il Savigny si scagliava contro le codificazioni prussiana e francese, le principali dell'epoca, le quali contenevano tutti i difetti che la scuola storica del diritto tendeva ad aborrire. Sul punto cfr. E. AMARI, G. BENTIVEGNA, G. GIARRIZZO, *Critica e storia di una scienza delle legislazioni comparate*, Soveria Mannelli, 2005, p. 204.

gredire umano[84]. Il Savigny individua negli scritti giustinianei una netta decadenza, dalla quale emerge invece un passato glorioso che sarebbe riconducibile all'epoca di Papiniano e Ulpiano: le opere erano caratterizzate da un apprezzabile rigore tecnico, che si esprimeva compiutamente attraverso un linguaggio consono[85]. La grandezza del diritto romano partiva, secondo l'illustre Autore, dalla valutazione specifica del caso concreto, grazie alla quale andava a formarsi la regola per la situazione di volta in volta apprezzata: a Roma la vitalità della giurisprudenza era la base per l'evoluzione del sistema di diritto, e da questo dipendeva gran parte della validità dell'ordinamento giuridico[86]. D'altra parte, infatti, il codice non veniva visto dal Savigny come uno strumento da solo in grado di fornire la completezza del diritto, essendo intrinsecamente e fisiologicamente incompleto fin dalla sua origine[87]. In questo modo la società veniva ad essere governata solo apparentemente dal codice, essendo altrimenti sottoposta a forze esterne alla codificazione medesima: Savigny chiarisce che una normativa di pregio deve possedere, oltre a delle buone intuizioni, anche una buona capacità di lasciarsi leggere ed interpretare con semplicità, stabilendo che sono ben poche le epoche storiche nelle quali erano presenti entrambe queste caratteristiche. Il diritto romano appariva quindi agli occhi del Savigny[88] come un fulgido esempio di inutilità di una moderna codificazione, nonostante le ampie possibilità che si erano avute in una fase della storia romana di procedere ad una sistematizzazione codificata del diritto. Nell'opera si richiamano le origini del diritto germanico, che andavano ricondotte al diritto comune[89] e, quindi, al diritto giustinianeo. Nell'intera trattazione l'Autore richiama, a più riprese, l'importanza del diritto romano sul territorio germanico, concludendo per una assoluta non necessità di una codificazione per la Germania: questa conclusione è preceduta da una breve disamina dei principali codici dell'epoca, primo fra tutti, naturalmente, il Codice Napoleone. In conclusione il Savigny passa a valutare concreta-

[84] F.K. Savigny, *op.cit.*, p. 99-100.

[85] *Id., op.cit.*, p. 116.

[86] *Id., op.cit.*, pp. 117-118.

[87] Cfr. E. Paresce, voce *Scuola storica del diritto*, cit., p. 826: *"il diritto è prodotto dalla "coscienza popolare" (Volkgeist) ed è diretto alla soddisfazione dei bisogni che sono propri di questa coscienza. Il diritto è un fatto essenzialmente storico, in continua evoluzione. Spontaneo nella sua origine e nelle sue mutazioni è intimamente legato a tutti gli altri fenomeni storici e sociali ed agli atteggiamenti peculiari di ciascun popolo a cui, nelle sue trasformazioni, si accompagna".*

[88] Cfr. U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, cit., p. 59.

[89] Sull'utilizzo del diritto comune in Germania cfr. G. Impallomeni, voce *Pandettistica*, in NDI, vol. XII, p. 351.

mente la proposta di codificazione effettuata dal Thibaut, bocciandola sulla base di argomentazioni che riassumono quanto sopra indicato.

Diversamente il Thibaut era fautore di una sistematizzazione del diritto, che passasse attraverso la novella compilazione del medesimo: era fermamente favorevole ad una codificazione che operasse un'unificazione del diritto nei territori germanici, ed era fortemente critico nei confronti del diritto romano[90]. La visione del Savigny partiva, invece, dalla considerazione della inopportunità dell'affidarsi unicamente alla legge, trascurando l'evoluzione sociale ed il dato del diritto vivente, fondamentale nelle dinamiche normative. Non è superfluo sottolineare, anche alla luce di tali argomentazioni, che il diritto romano per il Savigny non è assolutamente estraneo alla storia e alla coscienza del popolo tedesco[91], divenendo il punto di congiunzione fra i moderni diritti europei, mentre la codificazione appare un superfluo tentativo di cristallizzare un diritto in continua e costante evoluzione. La formazione di una moderna scienza giuridica appare un dato fondamentale nella ricerca del diritto unitario della nazione tedesca. Si può quindi notare che anche in Germania, così come in Francia, il diritto romano diviene elemento congiuntivo tra epoche storiche e coscienze giuridiche nazionali, nel quadro di una progressiva omogeneizzazione del diritto. Nell'analisi dell'autore spetta dunque al giurista la collocazione della singola norma giuridica all'interno di un istituto e, quindi, nell'alveo dell'intero sistema giuridico, organizzando i principi giuridici in un modello sistematico. Dunque l'analisi dei singoli istituti giuridici del diritto privato romano, che era l'attività propria della pandettististica, risponde all'esigenza di una sistematizzazione del diritto, funzionale ad una continua evoluzione dello stesso secondo l'evolversi della società.

L'attività della Pandettistica è uno dei dati fondamentali che ha contribuito alla recezione del diritto romano giustinianeo in Germania e alla formazione del *Bürgerliches Gesetzbuch*. Nella concezione storica del Savigny il diritto delle Pandette[92] appare quindi la base scritta del diritto privato, che è un prodotto esclusivo del "*Volkgeist*". Si può facilmente com-

[90] Circa la visione del diritto propria del Thibaut cfr. AA.VV., *Critica e storia di una scienza delle legislazioni comparate*, 2005, p. 204: *"Thibaut non si curava delle differenze di tempi e di costumi, perché educato alla scuola dei politici dell'antichità, modello dei legislatori di Francia, credeva che la legge potesse trionfare, quando il volesse, della natura e delle inclinazioni dei popoli"*.

[91] Sulla posizione del Savigny in relazione al diritto romano cfr. O. Bucci, *op.cit.*, pp. 150-151.

[92] Sull'attività della pandettistica cfr., altresì, U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, cit., pp. 62 e ss.

prendere il differente approccio della Scuola Storica del diritto rispetto ai giuristi dell'Illuminismo: per questi ultimi il diritto era espressione della volontà legislativa, idonea all'interpretazione della coscienza popolare. Dunque il codice, nella visione illuminista, non era espressione dell'attività del giurista ma strumento a disposizione del cittadino, dovendo possedere i caratteri della semplicità e dell'intelligibilità. Da qui si evidenzia la differente impostazione di base delle due maggiori codificazioni elaborate nel XIX° secolo: l'una (il *Code Civil*) ispirata ai principi della chiarezza e della semplicità, l'altra (il *BGB*) connotata da un profondo tecnicismo[93] e da una vigorosa sistematizzazione degli istituti giuridici. E in ciò si riflette anche il differente contesto storico-sociale entro il quale si inserisce l'elaborazione dei codici di cui si è detto: il codice napoleonico frutto, acerbo, di una rottura repentina del sistema, il *Bürgerliches Gesetzbuch* espressione di un lungo e travagliato esame della tradizione giuridica di origine germanica. Grazie all'introduzione delle dette codificazioni viene meno il ruolo centrale svolto dal diritto comune e, con esso, dal diritto romano. In ogni caso la codificazione giustinianea resta punto di riferimento costante in tutta l'elaborazione dottrinaria che conduce alla formazione del codice civile tedesco, finendo per fornire a quest'ultimo le categorie logiche necessarie alla sistematizzazione del diritto. D'altra parte il modello del diritto romano confluirà in molteplici altre codificazioni che prendono spunto direttamente dalla codificazione civile tedesca. Quindi la confluenza all'interno del diritto comune, unita alla sistematicità e all'organicità degli istituti giuridici, ha determinato la lunga vita e la decisa influenza del diritto romano all'interno dei codici moderni. Il diritto romano non è stato certamente il frutto della contingenza del momento, ma deriva, altrimenti, da almeno dieci secoli di sviluppo sociale e politico-giuridico: la giurisprudenza romana ha compiuto un'opera di fondamentale importanza nell'individuazione dei principi di equità e etica sociale. Tali principi vennero quindi recepiti per la loro adattabilità a qualunque contesto sociale e per la loro organicità e sistematicità, che bene rifletteva le idee di base della moderna codicistica: non è un caso che una delle diatribe attuali relative al diritto romano e, più precisamente, allo studio del diritto romano, sia relativa alla sua attualità e utilità in relazione all'epoca moderna[94].

[93] In relazione all'estremo tecnicismo che va a connotare il *BGB* cfr. C. Brancati, A.M. Giomaro, *Percorsi guidati e metodologia di analisi giuridica*, 2005, p. 56.

[94] Sull'utilità del diritto romano, *ex multis*, cfr. O. Robleda, *Introduzione allo studio del diritto privato romano*, Roma, 1979, p. 38: *"In effetti tale utilità sorge dalla constatazione che a coloro, che hanno l'onere di emanare leggi o di interpretarle ed infine di applicarle, molto giova co-*

4. *Conclusione*

Sulla base delle argomentazioni addotte si potrebbe ritenere che le moderne codificazioni occidentali affondino le proprie radici nell'amalgama costituito dalle consuetudini germaniche e dalle categorie logico – dogmatiche giustinianee, mantenute salde grazie ai principi, fortemente radicati dal III-IV secolo d.C., della cristianità. Forse proprio il Cristianesimo rappresenta l'anello di congiunzione fondamentale fra due diversi modi di intendere il diritto e, più in generale, la vita sociale. Rappresentando una delle componenti essenziali del diritto comune, il diritto canonico entra di prepotenza negli odierni assetti giuridici, rappresentando forse il *fil rouge* che collega la tradizione del diritto romano a quella del modello germanico. Ciò detto, è sorprendente verificare come l'analisi delle dinamiche sociali e giuridiche di periodi storici lontani nel tempo sia, con i dovuti distinguo, profondamente simile alle vicende moderne, e simili siano le esigenze, in primo luogo economiche, che ne sono alla base. Se la Roma antica rappresenta un modello fortemente connotato dalla prioritaria valutazione della componente economica non si può dire che le moderne democrazie occidentali non siano, almeno di fatto, guidate dalle medesime esigenze, e che esse vadano inevitabilmente ad influenzare, ora come allora, lo svolgersi del dato normativo. E' a questi elementi che dobbiamo far riferimento per comprendere il filo logico della creazione dei moderni sistemi giuridici della tradizione occidentale, forse fornendogli il giusto valore per trarne oggi beneficio.

noscere qualche sistema che gli possa essere di modello per meglio operare. Non interessa che questo sistema non possa essere in quanto tale applicato nella sua integrità alla società attuale, poiché le circostanze politiche e sociali sono oggi ben diverse da quelle antiche. In verità perché un diritto sia ritenuto modello per gli altri è necessario, e sarebbe già sufficiente, che esso sia stato ben adattato al suo periodo storico e cioè che abbia in se contenuto un genuino diritto per il suo tempo. Il che significa che la sua logica e il suo metodo giuridico furono validi in quanto tale, e che, per ciò, di conseguenza, hanno condotto alla verità del diritto, idonei cioè a produrre norme concrete e giuste, qualunque esse siano, le quali necessariamente devono essere, in grande parte, diverse nei tempi e nei luoghi. Appare quindi chiaro che studiare un tale diritto, che sia di modello, non può che essere utile per tutti coloro i quali si preoccupano di produrre il diritto o di applicarlo".

ONORATO BUCCI

Alla ricerca del concetto di persona come segno distintivo della civiltà cristiana

SOMMARIO: 1. Per un progetto di ricerca sul concetto di persona. - 2. L'avventura storico-semantica. - 3. L'avventura sottostante e parallela storico-giuridica. - 4. Conclusione.

1. *Per un progetto di ricerca sul concetto di persona*

Ricercare lo sviluppo del concetto di persona, principio fondamentale della civiltà greco – romano – giudaico – cristiana[1], che non può essere compresa se non la si inquadra alla luce di mille rivoli della civiltà ellenistica (frutto a sua volta dell'impatto della cultura ellenica con la grande cultura siriaco – aramaica e con la cultura indo – iranica), vuol dire fare la storia di un itinerario culturale il quale, nato in terra greca – come una non piccola parte delle avventure lessicali della nostra storia giuridica europea – eredita tutto il bagaglio filosofico ellenico assimilando da

[1] Noi abbiamo tentato di dar vita ad una storia di un *itinerario storico* – giuridico sul concetto di persona con *La formazione del concetto di persona nel Cristianesimo delle origini: avventura semantica e itinerario storico,* in *Lateranum*, n.s. LIV, 1988, n. 2, pp. 383-450. Quel saggio era il frutto di una relazione tenuta nel corso dell'VIII Convegno dell'Accademia costantiniana svoltosi nel 1987 a cura del Centro Studi storico–giuridici romanistici costantiniani e che portava il titolo (che poi modificammo nella trasposizione a stampa) di *Persona fisica e persona fisica – giuridicamente rilevante nel Cristianesimo delle origini fra personalismo semitico, individualismo greco e soggettivismo romano*. A quel saggio seguirono altre riflessioni sempre più cadenzate nel tempo che di seguito riportiamo: *Persona. Una introduzione storico – giuridica alla civiltà greco – romano – giudaico – cristiana* [Collana *Studia et Documenta*, vol. IX, Accademia Historico – Iuridico – Teologica Petrus Tocanel, Editura Serafica, Roman, 2005]; *Il concetto di persona nella tradizione giuridica greco – romana e le libertà fondamentali dell'individuo*, in AA.VV., *Rolul Besericii si al Societatu civile intr – o – Europa unita*, Actele Simpozionului international, Roman, 20 – 21 mai 2005 [Colana Studia et Documenta, vol. XV, Academia Historico – Iuridico – Teologica Petrus Tocanel], Editoria Serafica, Roman, 2006; *Personalità del diritto e territorialità della legge nella storia*, in E. Raad (ed.), *Sistema giuridico canonico e rapporti inteordinamentali*. Atti del XII Congresso Internazionale di diritto canonico, Notre Dame di Mont, Adma, Liban, 20 – 25 septembre 2004, Behirouth, 2008, pp. 111-181; *Homo est qui est futurus, etiam fructus omms iam in semine est, ovvero il sorgere e lo sviluppo della Civiltà cristiana*, in M. PAL – A. BUCCI (edd.), *Humanae Vitae tra attualità e provocazione. Una risposta moderna ad un problema multisecolare*. Atti del simposio internazionale 27 – 28 maggio 2008, Bucaresti, 2009, pp. 97-118.

un lato il termine *hypostasis* e recuperando dall'altra il valore tutto ellenico del termine πρόσωπον. Esso si caratterizza nel nuovo pensiero cristiano e perviene alla sua completa formulazione con Giovanni Damasceno e Gregorio Nazianzeno al termine di una lunga meditazione compiuta dai Padri della Chiesa latina, greca e siriaca dopo che la tradizione giuridica greco – romana ne aveva assimilato perfino le sfumature. Qui, nel Cristianesimo, il termine persona recupera anche, e integra, le due nozioni di *homo* e πρόσωπον / ἄνθρωπος dando ad essi un nuovo valore ed una più alta accezione storico – giuridica ignota alla precedente esperienza giuridica ed eliminando le distinzioni / opposizioni che v'erano state fra *persona* / *homo* da un lato e πρόσωπον / ἄνθρωπος dall'altra. Contemporaneamente, diventa indispensabile seguire l'iter dottrinario di come sia nato il concetto di *persona* come astrazione giuridica (anzi: il massimo dell'astrazione giuridica) al di fuori della terminologia attraverso cui poi sarà riconosciuto e si imporrà tra i giuristi, e chiedersi del perché quella particolare esperienza prevarrà con quella nozione specifica e determinata anziché con un'altra. Ma questa resa storico – culturale avverrà secoli dopo, quando il concetto di persona indicherà ormai la civiltà che noi chiamiamo cristiana e che nasce dalle radici giudaiche e greco – romane[2] passate attraverso il filtro ellenistico cui innanzi facevamo cenno.

2. *L'avventura storico – semantica*

Di qui sorge la necessità di percorrere l'avventura storico – semantica del termine *persona*, dalla constatazione della concretezza alla creazione dell'astrattezza. In questo percorso, che noi abbiamo chiamato "avventura", possono individuarsi sette tappe:

[2] Per una bibliografia generale ed essenziale cfr. S. COTTA, alla voce *persona (filosofia del diritto)*, in EdD, XXXIII, 1983, pp. 159-161; K. PRAECHTER, *πρόσωπον* in *Philol*, 63, 1904, p. 155 e ss.; A. TRENDENBURG, *Zur Geschichte des Wortes Person*, in *Kant Studien*, 13, 1908, p. 1 e ss.; R. HIRZEL, *Die Person, Begriff und Name derselben in Altertungen mit Besonderer Berukrischtigung des franzosischen und italienischen Mittelalters*, *Beith zur zeitschrift fur Romanische Philologie*, 77, Halle, 1928; FR. ALTHEIM, *Persona in Archiv fur Religionswissenschaft*, Berlin, 1929. Cfr. Poi l'accurata analisi dello SCHLOSSMAN, *Persona und πρόσωπον im Recht und Christlinchen Dogma*, Kiel, 1906; M. NEDONCELLE, *Prosopon, et persona dans l'antiquité classique*, in *RSG*, 22, 1948, pp. 277-299; L. MALTEN, *Die Sprache des menschlichen Antlitzen in der Antik*, in Forschungen und Forschritte, 27, 1953, pp. 24-28; E. LOHSE, alla voce *πρόσωπον*, in GLNT, trad.it., XI, 1964, col. 405-436; O. BUCCI, *La formazione del concetto di persona*, cit.; V. GROSSI, *La categoria teleologica di persona nei primi secoli del Cristianesimo. L'ambito latino*, in *Lateranum*, n.s., LVIII, 1992, 1, pp. 11-45.

a) ricercare in primo luogo il valore di persona in ambito biblico e individuare la radice semitica di ciò che noi intendiamo nelle fonti veterotestamentarie *personalità dell'uomo*. Il personalismo ebraico – che è alla radice del personalismo cristiano – ha questa origine di fondo, a partire dalla memoria mosaica fino a Geremia 20, 1 -21 che ha già subito profondamente l'influenza ellenistica[3]. Alla memoria veterotestamentaria noi dobbiamo il principio del *soggettivismo giuridico*, per cui ogni soggetto è per natura – e quindi per l'ordinamento giuridico che si fonda sui principi che formano quello che la dottrina chiamerà poi *diritto naturale*[4] – responsabile dei propri atti per mezzo dei quali egli si distingue da ogni altra creatura terrestre confrontandosi con gli altri soggetti all'interno dei gruppi sociali e ponendosi perfino in contrasto con la divinità[5];
b) distinguere il valore di *persona*, così ereditato dall'esperienza biblico–veterotestamentaria, dal valore di *persona* della più pura tradizione ellenica che ritrovava le sue origini nell'esperienza filosofica del pensiero greco: lì ci sono le origini dell'individualismo dell'uomo occidentale e le origini, anche, del valore dato alla norma come *astrazione giuridica*, cui perviene il termine πρόσωπον e nel contempo il valore di materialità che conserva il termine[6] σῶμα;
c) individuare nella figura letteraria di Prometeo l'immagine che il pensiero greco ed ellenistico della *persona* trova come base dell'individualismo europeo e come parametro antitetico alla figura di Adamo della tradizione biblica: il contrasto nel rapporto Zeus – Prometeo da un

[3] Geremia, 20, 14-18, *"Signore, tu mi hai sedotto ed io non ho potuto resistere. Maledetto il giorno in cui sono nato! Nessuno consideri benedetto il giorno nel quale mia madre mi ha messo al mondo. Maledetto l'uomo che ha riempito di gioia mio padre quando gli ha dato la notizia "è nato! E' un maschio1". Quell'uomo diventi come la città che il Signore ha distrutto senza compassione. Al mattino egli oda lamenti e a mezzogiorno grida di guerra. Mia madre sarebbe stata la mia tomba, mi avrebbe sempre tenuto dentro di sé. Invece sono uscito dal suo ventre solo per trovare tormento e dolore e consumare la mia vita nell'umiliazione"*. (La Bibbia di Gerusalemme, Edizioni Dehoniane, Bologna, 1974, p. 1732).

[4] Questa problematica può trovarsi discussa in R. Orestano, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetti*, in *Jus*, 11, 1960, ora in *Azione, Diritti soggettivi, Persone giuridiche, Scienze del diritto e storia*, Bologna, 1968, ed ivi infra;

[5] Cfr. la voce *Hypostase* di A. Michel, in *DThC*, VII, coll. 369-437, ed ivi le fonti e la bibliografia più completa;

[6] Cfr. O. Derisi, *La persona, Su esencia. Su vida y su mundo*, La Plata, 1950 e L. Paryson, *Esistenza e persona*, Torino, 1950; A. Michel, *L'evolution du concept de "persone" dans le rapports de la philosophie chretienne avec la theologie*, in *Rev. Phil*, 19, 1919, pp. 351-383 e pp. 487-515; R. Rougier, *Le sens des termes* οὐσία *et* ὑπόστασις *dans les controverses trinitaires postniceennes*, in *RHR*, 73, 1916, pp. 48-63, 74, 1917, pp. 133-189.

lato e Jahve – Adamo dall'altro è alla base della cultura razionalistica europea (di origine greco – romana) contro una cultura semitica di accettazione della superiorità della divinità sulla storia dell'uomo[7];

d) capire, nell'eredità di entrambi questi rapporti, come si sia formato il concetto di *persona* in ambito cristiano, sintesi delle precedenti concezioni giudaica ed ellenico–ellenistica attraverso l'esperienza dei "Settanta" e il pensiero neo–testamentario[8] e sottolineare – sulla base del programma del Nazareno nel *Discorso della Montagna* – quale sia stato il contributo dato dall'esperienza storica di quest'ultimo e dei Dodici prima e dopo la presenza di Paolo di Tarso, alla formazione del concetto di persona del Cristianesimo delle origini[9]

e) in particolare, capire come si sia avuta la consapevolezza della concezione della libertà degli atti umani e del concetto di *autonomia privata* e di *libero arbitrio* nella tradizione giuridica ebraica filtrata attraverso la riflessione giuridico – religiosa iranica del *Xwar (e) nah* ed ereditata dal Cristianesimo delle origini[10];

f) ed in particolare ancora: capire come si sia formato il concetto di "persona" nella Patristica (greca, latina e siriaca) sulla base della riflessione di Paolo di Tarso sulla legge (*lettera ai Romani* che va letta con il discorso all'Aeropago) sulla scia (e nella convinzione) che il Nazareno sia il *"nuovo legislatore che sostituisce l'antico"*[11];

[7] Basta riandare al *Prometeo incatenato*, VV 336-371 per capire l'abisso che separa la problematica vissuta in Prometeo e quella vissuta in Adamo. Su questo punto cfr. la traduzione di E. Savino, *Introduzione* di U. Albini, Milano, 1988, pp. 36-39. Cfr. O. Bucci, *Airyana Vaejo. La dimora originaria degli Arii e la formazione storica del principio dell'armonia cosmica*, in AA.VV., *Antichi popoli Europei. Dall'unità alla diversificazione* a cura di O. Bucci, *Fondazione Europea Dragan. Corso di storia europea a.a. 1989-1990*, Roma, 1991, pp. 45-117 ed ivi, in particolare, pp. 65-66.

[8] Per l'uso linguistico di *πρόσωπον* nei Settanta e nel tardo Giudaismo, cfr. J. Boehmer, *Gottes Angesicht*, in *Bfth*, 12, 1908, pp. 321-347. Per *πρόσωπον* nelle fonti neotestamentarie cfr. E. Lohse, alla voce omonima, cit., ed ivi infra.

[9] Cfr. W. Stern, *Person und Sache*, 3 voll, Lipsia, 1906-1924; E. Parish Sanders, *Paolo e il giudaismo palestinese*, trad.it., Brescia, 1986; P.E. Bonnard, *La sagesse en persone annoncée et venue, Jesus Christ*, Paris, 1966 (lectio Divina, 44).

[10] O. Bucci, *I rapporti fra la Grecia e l'antica Persia: appunti storico – giuridici per un dibattito sulla pretesa contrapposizione fra Oriente e Occidente*, in *Apollinaris*, XLVI, 1973, pp. 363-388 e XLVII, 1974, pp. 196-220; Idem, *Qualificazione giuridica dei comportamenti umani e libero arbitrio in diritto persiano antico*, in *Apollinaris*, XLVI, 1973, pp. 217-233.

[11] Cfr. O. Bucci, *Da Aristotele di Stagira a Paolo di Tarso e l'endiade Ἕλληνες καί βάρβαροι: alle origini del nuovo diritto cristiano*, in AA.VV., *Vitam impendere vero*. Studi in onore di P. Cipriotti, Roma – Città del Vaticano, 1986, (Libreria Editrice Vaticana – Libreria Editrice Lateranense – Collana Utrumque Jus, n. 14), pp. 335-351; V. Gatti, *Il discorso di Paolo ad Atene*, Brescia, 1982 (Studi Biblici, n. 60).

g) cercare infine di capire come si sia formato il valore semantico di "persona" nelle fonti latine correlato a quello di *"homo"* in un tragitto che non si distanzia molto da quello svolto nelle fonti greche fra *πρόσωπον* e *σώμα* per giungere fino al soggettivismo giuridico[12].

3. *L'avventura* (*sottostante e parallela*) *storico – giuridica*

Il richiamo ai principi e ai significati del soggettivismo giuridico ci porta necessariamente a dover percorrere un'altra "avventura" (andando al di là di quella storico – semantica), quella storico – giuridica, cioè, cercare di capire come si sia pervenuti all'esaltazione dell'astrazione del concetto di persona e come poi si sia potuti pervenire da questa esaltazione alla sua eclissi. Tale percorso, esaltante ed entusiasmante, ma anche accidentato per i perigli che il suo iter ha incontrato nella sua lunga storia in materia, può essere individuato dal segmento dialettico del valore di "persona" come soggetto giuridico nato con l'esperienza storica romana come sbocco finale della tradizione giuridico biblico – semitica e di quella ellenica ed ellenistica che viene ereditato, e assume forme definitive, attraverso i valori sostanziali, espressi dal Cristianesimo nella sua eredità latina e greca che fa propri:

- il passato letterario e filosofico venutosi a formare da Seneca a Boezio[13];
- la prassi giudiziaria dello *jus honorarium* del diritto pretorio romano[14], dell'elaborazione degli *juris periti* della Giurisprudenza classica, testimoniata peraltro in operatori del diritto come Cicerone[15] o in autori come Gellio, cui la storia del diritto deve non poco. E' la tradizione giuridica romana così formata che ci porta a distinguere dal giudizio etico l'esatta valutazione giuridica del caso preso in esame, ma questa esatta valutazione si ha prendendo in esame "tutte le circostanze in rapporto a persone, tempi e cause che determinano in modo unico ogni singolo caso, distinguendolo da tutti gli altri simili"[16]; il passato politico – costituzionale greco – romano dove persona è tale solo se *polites*, soggetto cioè giu-

[12] Fondamentale resta tuttora lo studio di BELLINCIONI-SCARPAT, *Il termine persona da Cicerone a Seneca*, in AA.VV., G. ALLEGRI, M. BELLINCIONI SCARPAT, G. PISI, G. SCARPAT, *Quattro studi latini*, Parma, 1981, pp. 37-115 ed ivi in particolare pp. 44-45.

[13] BELLINCIONI-SCARPAT, *Il termine persona da Cicerone a Seneca*, cit., p. 69-70 e pp 101-103.

[14] Ivi, pp. 96 e ss.

[15] Ivi, pp. 83 e ss.

[16] Cfr. *Noctes Atticae*, I, 5, 7 e, prima, I, 3, 28 riportate a sussidio del giudizio dato dalla BELLINCIONI–SCARPAT, cit., *ibidem*, e che noi abbiamo fedelmente riportato nel testo.

ridico appartenente alla *civitas* correlato latino della *polis*[17]. In quel passato si trova la distinzione tra persona giuridicamente rilevante in diritto privato e persona giuridica di diritto pubblico e ivi si trovano gli antecedenti della formazione della concezione dello Stato moderno[18]. In questa recezione del passato greco – romano (filosofico, storico, costituzionale, dell'eredità dello *jus honorarium* e della giurisprudenza classica) bisognerà partire comunque da un dato costante: il mancato contributo dell'esperienza socio – giuridica e socio – politica cristiana allo sviluppo della formazione del concetto di persona dell'eredità giuridica romana (pur se "tardo – romana") come soggetto di diritto che risolve tutto il suo operato nell'immanenza della storia. Il cristiano è infatti persona che vive nella storia e sulle istituzioni solo in funzione della *salus animarum* e quindi per la realizzazione di uno scopo che è fuori dalla storia, non controllato né controllabile dall'umana avventura[19]. Il che testimonia che il concetto di persona, così come l'esperienza pagana lo aveva forgiato, ora assume ben altre significazioni giuridiche: di soggetto rivolto alla testimonianza (pubblica e privata) di *mediazione* storica per il raggiungimento della *salus animarum*[20];

- la meditazione canonistica sulla persona come soggetto giuridico e l'influenza da essa avuta sulla formazione degli istituti delle *universitates* medievali e moderne nate sulle radici dei *collegia* della tradizione romana: i suoi riflessi nella prassi giuridica, a partire da quella processuale dove più che in ogni altro campo si crea una autonoma tradizione giuridica che a buon diritto può chiamarsi romano – canonica[21];
- la riflessione della tradizione romanistica sorta in modo autonomo, e pur complementare, a quella canonistica, sulla base della meditazione nata all'interno della Scuola di Bologna e sulla scia dell'esperienza dell'*Utrumque Ius* che trova le sue origini nella produzione dei Glossatori e Commentatori e il suo trionfo nella ricerca compiuta dalla Scuola Umanistica in poi, fino all'evo moderno e contemporaneo[22].

[17] Ivi, p. 107; ; R. Orestano, *Persone e persone giuridiche nell'età moderna*, cap. II del volume *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, vol. I Torino, 1968 poi pubblicato in *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche. Scienza del diritto e Storia*, Bologna, 1978, pp. 193-272.

[18] R. Orestano, *Azione (storia del problema)*, in *EdD*, IV, 1959, riprodotto poi in *Azione, diritti soggettivi*, cit., pp. 13-111.

[19] V. Grossi, *La categoria teologica di persona nei primi secoli del Cristianesimo. L'ambito latino*, in *Lateranum*, n.s. LVIII, 1, pp. 11-45.

[20] V. Grossi, *La categoria teologica di persona*, cit., ed ivi infra.

[21] R. Orestano, *Persone e persone giuridiche*, cit., p. 199 e ss.

[22] R. Orestano, *Azione (storia del problema)*, in EdD, IV, 1959, ed ivi infra.

Una riflessione siffatta nasce in una classe sociale europea che attraverso l'esperienza mercantile chiede sempre più potere e quindi sempre più diritti dove tuttavia la *persona fisica* [e la sua valenza giuridica di diritto privato[23]] si annulla nella *persona giuridica*

Ciò è potuto avvenire perché ad una stagione dei diritti (borghesi) si è sostituita una stagione dei doveri (richiesti contemporaneamente, e non appaia un paradosso, dallo Stato Nazione o dallo Stato collettivista)[24] tanto più perché quest'ultima stagione è stata ritenuta una reazione o comunque una variante ai diritti espressi aristocraticamente dalla riflessione nietzchiana, che crea la persona come superuomo, dove vengono recuperati nel contempo sia il mito di Prometeo che la rivoluzione dionisiaca[25].

E tutta questa meditazione sulla *persona* elaborata dalla tradizione giuridica continentale dovrà pur confrontarsi con l'esperienza giuridica di *common law*, da cui vien fuori un concetto di *persona* diametralmente diversa da quella a sistema hegeliano e dove, al centro dei suoi diritti e dei suoi doveri (in tale esperienza sempre inscindibili), c'è il sistema dell'*equity* come garanzia *della persona fisica ed anche di quella giuridica* contro l'onnipotenza dello Stato[26].

Un tale concetto di *persona*, pur nella diversificazione tra tradizione giuridica continentale e tradizione giuridica anglosassone – che per vie nient'affatto misteriose sono passate entrambe attraverso l'esperienza romano–canonica[27] – rappresenta comunque un *unicum* nel panorama giuridico di tutti i tempi e viene a distinguersi nettamente dall'esperienza giuridica islamica che non conosce il concetto di *persona* avendola assolutizzata tutta nell'Onnipotente, espressione metastorica e metagiuridica che indirizza tutti gli atti della persona fisica[28] e che non conosce mediazione di sorta nella storia né tantomeno qualsivoglia raffigurazione provvidenzialistica, sotto l'incombenza di un concetto di prede-

[23] R. Orestano, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Jus*, 11, 1960, ora in *Azione, diritti soggettivi. Persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Bologna, 1968, pp. 115-189 ed ivi, p. 117.

[24] R. Orestano, *Diritti soggettivi*, cit, ora in *Azione*, cit., p. 137-138.

[25] Cfr. L. Geymonat, *Storia del pensiero filosofico e scientifico*, vol. VI, Milano, 1970, rist. 1983, p. 161 e ss.; A.R. Orange, F. Nietzsche, *The dyonisian spirit o f the age*, London, 1906.

[26] J. Derek Davies, *Common Law*, in Nov.Dig.It., III, 1959, rist. 1981, pp. 667-692; P. Biscaretti di Ruffia, *Commonwealt (Britannico)*, ibidem, pp. 673-675; J. Derek Devies, *Equità*, in Nov.Dig.It., VI, 1960, rist. 1981, pp. 638-642, O. Bucci, *Il principio di equità nella storia del diritto*, Napoli, 2000, *(Università degli Studi del Molise. Dipartimento di Scienze Giuridico Sociali e dell'Amministrazione)*, pp. 57-62.

[27] O. Bucci, *Il principio di equità nella storia del diritto*, cit., pp. 63 e ss.

[28] O. Bucci, *Il principio di equità nella storia del diritto*, cit., pp. 52-57.

stinazione delle vicende umane (individuali e collettive)[29].

4. *Conclusione*

Questo, a grandi linee, dovrebbe essere il programma di una ricerca ad ampio raggio sul concetto di persona. Il rischio che corre l'Occidente, e quindi il concetto di *persona* da esso elaborato, è quello di venire annullato dalla meccanicistica concezione della storia e degli eventi umani. In una siffatta Weltanschauung il concetto di *persona* rischia di diventare estraneo alla sua memoria storica fino a prefigurare, per una parte della dottrina, la possibilità di poter fare a meno delle categorie logiche della tradizione romanistica, soprattutto di fronte alle conquiste dell'informatica e della robotica[30]. Ciò che si richiede oggi ai giuristi è di dar vita ad una palingenesi giuridica che non rinneghi la nostra storia e la nostra memoria romanistica ma sappia "piegarla", ancora una volta, alle nuove esigenze della vita giuridica contemporanea[31].

[29] O. Bucci, *Il principio di equità nella storia del diritto*, cit., ibidem.

[30] Cfr. L. Zampetti, *La società partecipativa. L'idea che ha fatto crollare il Comunismo e che farà crollare il Consumismo*, Roma, 1994 (forse eccessivamente ottimista).

[31] Bisogna tener forse presente l'intera produzione dello Zampetti che potrebbe essere utile al giurista per la palingenesi che noi ci auguriamo avvenga: *Il problema della conoscenza giuridica*, Milano, 1953; *Metafisica e scienza del diritto nel Kelsen*, Milano, 1956; *Il problema della giustizia nel protestantesimo contemporaneo*, Milano, 1962; *Dallo Stato liberale allo Stato dei Partiti. La rappresentanza politica*, Milano, 1965; *Democrazia e potere dei partiti*, Milano, 1969; *Il finalismo del diritto. Verso una concezione personalistica dell'Ordinamento giuridico*, Milano, 1968; *La partecipazione popolare al potere. Una nuova alternanza al capitalismo e al socialismo*, Milano, 1976. Cfr. il nostro *Verso il terzo Millennio. La società partecipativa fra Cristianesimo, Comunismo e Capitalismo*, in *Apollinaris*, LXVIII, 1996, pp. 259-264.

MICHELE DELLA MORTE

Democrazia partecipativa e democrazia deliberativa: due nozioni a confronto

SOMMARIO: 1. Partecipazione e deliberazione come rimedi alla crisi della rappresentanza. - 2. La democrazia partecipativa. - 3. La democrazia deliberativa.

1. *Partecipazione e deliberazione come rimedi alla crisi della rappresentanza*

E' noto che da tempo molti hanno individuato nell'attivazione e nell'incremento di nuovi dispositivi e forme partecipative un possibile (ed auspicabile) rimedio alla crisi della forma rappresentativa statuale[1]. Il comune denominatore, in tal caso, è costituito dalla verifica dell'inadeguatezza delle forme, degli istituti e delle procedure partecipative già previste nell'ordinamento e tipizzate in Costituzione), considerate inidonee a canalizzare in modo sufficiente le istanze emergenti a livello sociale[2].

È in questo contesto che va inquadrato l'interesse che negli ultimi anni, in Italia e nel mondo, si è sviluppato sui temi della democrazia partecipativa e deliberativa.

È bene però precisare che, pur essendo spesso accomunate, le due locuzioni appena menzionate paiono, almeno in via di prima approssimazione, non perfettamente coincidenti[3].

[1] Cfr. A. VALASTRO (a cura di), *Le regole della democrazia partecipativa. Itinerari per la costruzione di un metodo di governo*, Napoli, 2010; P. GINSBORG, *La democrazia che non c'è*, Torino, 2006, spec. 46 ss; M. L. SALVADORI, *Democrazie senza democrazia*, Roma–Bari, 2009. spec. 8 ss.; M. CILIBERTO, *Democrazia dispotica*, Roma–Bari, 2010, spec. 5 ss. La problematica è stata altresì affrontata da N. URBINATI, *Lo scettro denza il re. Partecipazione e rappresentanza delle democrazie moderne*, Roma. 2006, spec. 49 ss.

[2] Cfr. C. GALLI, *Il disagio della democrazia*, Torino, 2011.

[3] Cfr. J.HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996, *passim*. Sul ruolo della discussione razionale "fra liberi rappresentati" cfr. anche P. RIDOLA, *La rappresentanza parlamentare*, in AA.VV., *Studi in onore di Manlio Mazziotti Di Celso*, II, Padova, 1995, spec. 453, il quale il quale richiama il contributo fornito sul punto da Ernst Fräenkel, secondo il quale l'interesse generale non può che essere, nell'ambito dei regimi pluralistici "un a posteriori risultante da un processo dialettico". L'ampiezza della bibliografia specificamente dedicata al tema della democrazia partecipa-

Se la prima (democrazia *partecipativa*), pretende caratterizzare una specifica teoria democratica, la seconda (democrazia *deliberativa*) esprime l'idea secondo la quale la valutazione ragionata e ragionevole di argomenti, a favore o contro una decisione, rappresenta il metodo indefettibile per giungere ad un'appropriata definizione dell'interesse generale nell'ambito dei sistemi pluralistici[4].

Questa distinzione consente di scindere l'analisi e di valutarne diversamente le caratteristiche.

Secondo tradizionale approccio la prima espressione (democrazia *partecipativa*), può essere intesa in due differenti forme: *a*) come variante della forma di Stato democratica; o *b*) come sua componente essenziale[5].

In entrambe le concezioni, essa designa un sistema per diversi aspetti complementare (dunque non alternativo) a quello rappresentativo.

Tale *forma caratterizzata* di democrazia si propone, allora, come una sorta di risposta democratica alla crisi della *forma* rappresentativa statuale, segnalata dal consolidamento di condizioni visibili e preoccupanti, quali la crescente sfiducia dei cittadini nei confronti della politica, l'incremento dell'astensionismo elettorale, il generale deficit di legittimazione delle istituzioni rappresentative e delle strutture tradizionali di partito e la continua, incessante, stigmatizzazione della loro inefficacia da parte dei mass media e della stessa comunità scientifica e culturale, da decenni impegnata a ricercare le ragioni di una *crisi* sistemica di complessa risoluzione[6].

In tal senso può ritenersi che ogni strumento operativo ascrivibile a tale formula sia identificabile quale mezzo idoneo ad incrementare l'*ac-*

tiva e deliberativa impone una sintesi in linea con gli obiettivi di questo studio. Cfr. dunque, nell'ambito della dottrina anglosassone, J. Bessette, *Deliberative democracy: the majority principle in republican government*, in *How democratic is the Constitution?*, Washington D.C., 1980, 102 ss; ; B. R. Barber, *Strong democracy: participatory politics for a new age*, Berkeley, 1984; J. Cohen, *Deliberation and democratic legitimacy*, in A. Hamlin – P. Pettit (a cura di), *The good polity. Normative analysis of the State*, Oxford, 1989, 17 ss; D. Held (a cura di), *Prospects for democracy,* Cambridge, 1993; J. Bohman, *Public deliberation, pluralism, complexity and democracy,* Cambridge, 1996; J. Elster (a cura di), *Deliberative democracy,* Cambridge, 1998; J.S. Fishkin – P. Laslett (a cura di), *Debating deliberative democracy*, Malden, MA, 2003.

[4] Secondo quanto correttamente sostenuto da A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Roma–Bari, 2007, l'espressione deliberazione non è tal caso da intendersi quale sinonimo di decisione ma "nell'originario senso aristotelico, coma vaglio ragionato di argomenti pro e contro una decisione". Sulla logica argomentativa imprescindibile la lettura di C. Perelman – L. O. Tyteca, *Trattato dell'argomentazione*, Torino, 1966.

[5] Cfr. B. R. Barber, *Participatory democracy*, in *The encyclopedia of democracy*, London, 1995, 921.

[6] Cfr. P. Rosenvallon, *La politica nell'era della sfiducia*, Troina, 2009. In argomento cfr. anche, da ultimo, G. Zagrebelsky, *La difficile democrazia*, Firenze, 2010.

countability istituzionale e la stessa legittimazione dei soggetti titolari di potere politico[7].

In termini generali essa esprimerebbe, dunque, il processo e le stesse procedure pubbliche rivolte a garantire la compiuta e costante interazione fra società e istituzioni, con l'obiettivo di "produrre volta a volta un risultato unitario, imputabile a entrambi questi soggetti"[8].

Il fine pare, in effetti, strettamente connesso alla garanzia dell'effettività di processi inclusivi che si rivelino idonei a ristabilire le fila di un dialogo, quello tra cittadini ed istituzioni, che, pur irrimediabilmente legato alla stessa idea della rappresentanza democratica, sembra avere perduto, nell'"era della sfiducia", il suo senso originario[9].

In tal senso, nel riconoscere l'esistenza di una condizione di deprecabile alterità tra cittadini ed istituzioni, la democrazia partecipativa non può che presupporre la rappresentanza, che, tuttavia, intende conformare sul piano qualitativo.

Essa, infatti, si propone come *metodo permanente* di interazione tra componenti assunte come diverse, forti ed autonome (quella delle istituzioni rappresentative, da un lato, quella di cittadini, persone, soggetti plurali, dall'altro)[10].

2. *La democrazia partecipativa*

Come può notarsi, dunque, il modello concettuale, nella sua forma *pura*, evoca una sorta di costruttività bi–direzionale.

Per un verso vi è l'iniziativa autonoma di soggetti stabilmente inseriti nel contesto sociale, a prescindere dall'effettiva condizione giuridica legata alla cittadinanza, capaci di agire "nella procedura con capacità di iniziativa e di presenza attiva nelle istruttorie […] e nella stessa decisione"; dall'altro vi è la richiesta di presenza attiva delle stesse isti-

[7] Illuminante in tal senso il contributo di U. Allegretti, *L'amministrazione. Dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, 2009. 39 ss.

[8] Cfr. U. Allegretti (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Roma – Bari, 2010, *passim*.

[9] Cfr. P. Rosenvallon, *op. cit.*, 301; D. Della Porta – B. Gbikpi, *La partecipazione nelle istituzioni: concettualizzare gli esperimenti di democrazia partecipativa e deliberativa*, in *Partecipazione e conflitto*, 2008, 15 ss.

[10] In questo senso U. Allegretti, *op. cit.*, 14. Per la differenza teorica tra partecipazione e democrazia partecipativa cfr. R. Bifulco, *Democrazia deliberativa, partecipativa e rappresentativa. Tre diverse forme di democrazia?*, in U. Allegretti (a cura di), *Democrazia partecipativa…cit.*, spec. 66–67.

tuzioni deputate, nel contesto di procedure previamente riconosciute ed appositamente organizzate, ad interagire con i soggetti appena richiamati in qualità di partner ad un tempo necessari e paritari[11].

In questo contesto il ruolo delle regole giuridiche pare recessivo se non cedevole, non essendo reputate coessenziali alla tenuta ed al riconoscimento del modello[12].

Quanto richiesto dagli Autori che hanno approfondito questo complesso tema è, piuttosto, che esse, anche se di livello costituzionale, si limitino a non "sconfessare" l'ipotesi di fare ricorso a pratiche partecipative[13].

Pratiche che, pur indicando un "complesso di processi specifici, chiaramente caratterizzabili" rispetto alla più generale nozione di partecipazione, non possono avvalersi, in Italia come altrove, di uno specifico statuto giuridico: anzi, al contrario, proprio i principali orientamenti emersi in argomento sembrano indicare come sia arduo identificare in senso unitario le differenti pratiche partecipative.

In tale contesto la difficoltà di pervenire ad un inquadramento teorico precisamente definito rappresenta, più che un ostacolo, un valore positivo; in quanto consente analisi incentrate sulle singole realtà effettuali, senza distinzioni materiali o territoriali.

In tal senso la democrazia partecipativa sfugge a qualsiasi connessione con la democrazia *diretta*, proponendosi, al contrario, quale schema "aperto", all'interno del quale trovano spazio esigenze e tendenze molto differenti tra loro, improntate al raggiungimento di obiet-

[11] Cfr. U. Allegretti, *Basi giuridiche della democrazia partecipativa in* Italia, in Dem. e Dir., 2006, 157, che sottolinea come ai processi di democrazia partecipativa debbano potere partecipare "tutti i cittadini […] in quanto individui […] non solo, né propriamente, in quanto specificamente interessati, nel senso, cioè, tutto proprio degli ordinamenti individualistici, di coloro che possono accampare un preciso diritto individuale protetto specificamente dall'ordinamento giuridico su base proprîetaria o ad essa assimilabile, ma di coloro anche che di tali diritti non godono, per esempio per essere semplicemente abitanti o operanti in un dato territorio o ad altro titolo collegati a questo".

[12] Così non stupisce che le Costituzioni raramente contengano riferimenti espliciti alla democrazia partecipativa. Nonostante alcune significative eccezioni, i fautori del modello, infatti, ritengono che la democrazia partecipativa trovi un implicito o indiretto riconoscimento costituzionale anche in Carte più risalenti nel tempo, come ad esempio nella stessa Costituzione italiana, cfr. U. Allegretti, *op. cit.*, 12 ss.

Richiami diretti o indiretti alla formula o ai dispositivi della democrazia partecipativa sarebbero rinvenibili, peraltro, anche in norme o disposizioni internazionali e comunitarie.

[13] Cfr. U. Allegretti, *op. prec. cit.*, 14–15 secondo il quale "non è detto che la previsione costituzionale sia di immediata utilità, dal momento che le vere difficoltà vanno vinte sul piano di decisioni istituzionali a valle delle Costituzioni".

tivi assai eterogenei[14].

3. *La democrazia deliberativa*

Alla luce delle considerazioni esposte possono però cogliersi anche le differenze riscontrabili tra concezione partecipativa e deliberativa della democrazia[15].

Se, come si è detto, la finalità principale della democrazia partecipativa è quello di consentire agli individui (singoli e/o associati) di concorrere *stabilmente* (assieme alle istituzioni rappresentative), a determinare le decisioni pubbliche, agendo sullo stesso processo che ne è alla base, "gli esperimenti di democrazia deliberativa nei processi decisionali pubblici possono essere valutati quali *strumenti* idonei a consentire, se non ad incrementare la partecipazione dei cittadini[16].

Divergendo dalla democrazia partecipativa sul piano finalistico dunque, la *deliberazione* può essere rappresentata come una *buona* procedura per rendere effettiva la partecipazione e, magari, per invogliare a partecipare.

Fattore, questo, idoneo a garantire l'inclusività che si è individuata quale elemento integrante la stessa configurazione teorica del modello partecipativo in senso *forte*[17].

[14] Dato che, tra le altre cose, ha indotto parte della dottrina a formulare considerazioni assai critiche ad ipotizzare che tale concetto, così identificato, non qualifichi una forma definita di democrazia, quanto, piuttosto, un "insieme eterogeneo, contraddittorio e informe di aspirazioni, linee di tendenza e orientamenti politici che cercano spesso solo a parole, qualche volta anche con concrete esperienze, di aprire qualche breccia nella cittadella del governo rappresentativo, cfr. L. Bobbio, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Dem.dir*., 4, 2006, 11 ss.

[15] Secondo U. Allegretti, *op.prec cit.*, 17 "la democrazia partecipativa trova nel momento deliberativo un suo elemento essenziale, e d'altronde la democrazia deliberativa ha il suo luogo privilegiato proprio nelle procedure deliberative". Tuttavia, a detta dello stesso Autore "rimangono fra le due correnti d'idee importanti differenze, legate soprattutto al fatto che nella democrazia partecipativa la componente deliberativa è soltanto un elemento di un fenomeno più complesso".

[16] Cfr. D. Della Porta – B. Gbikpi, *La partecipazione nelle istituzioni: concettualizzare gli esperimenti di democrazia partecipativa e deliberativa*, in *Partecipazione e conflitto*, 2008, 15 ss.

[17] Diversamente R. Bifulco, *op. cit.*, spec. 69, che individua uno "stretto collegamento tra democrazia deliberativa e democrazia partecipativa", rappresentando la prima come "lo sfondo teorico all'interno del quale si sono sviluppate le forme concrete della democrazia partecipativa". Ancora differente la lettura di L. Bobbio, *Dilemmi della democrazia partecipativa…cit.*, 14 ss., tendente a coniugare democrazia deliberativa e partecipativa. Sul rapporto tra mezzi e fini, tra regole procedurali e risultati cfr. le illuminanti considerazioni di N. Bobbio, *Compromesso e alternanza nel sistema politico italiano*, Roma, 2006, 33. Specie qualora si consideri l'azione di alcuni attori collettivi tradizionalmente identificati quali por-

Considerazioni di diverso tenore, tuttavia, caratterizzano le analisi condotte da chi ha scelto di considerare la democrazia deliberativa, in quanto ideale normativo, come un "cambiamento di paradigma nella teoria e nella pratica democratica"[18].

La democrazia deliberativa, secondo queste impostazioni, non va considerata variante o strumento, seppur qualificato, della democrazia partecipativa, proponendosi, piuttosto, l'obiettivo, di per sé intuitivamente problematico ed esigente, di costruire una nuova legittimazione razionale delle decisioni politiche, fondata sulla "forza del miglior argomento" e sulla massima inclusività delle istanze[19].

Solo la messa a punto di percorsi deliberativi, secondo queste ultime, può riuscire nel difficile intento di stabilire un "complesso equilibrio nel *trade off* tra le ragioni della funzionalità (i partecipanti non possono essere troppi, altrimenti non è possibile realizzare un vero processo deliberativo) e quelle della rappresentanza (devono essere presenti più punti di vista possibili)"[20].

Questi elementi, dunque, dovrebbero caratterizzare ogni strumento o istituzione in senso lato, deputato a rendere operativamente l'ideale deliberativo (giornate o sondaggi deliberativi; giurie di cittadini; forum deliberativi, inchieste pubbliche, dibattito pubblico ecc.)[21].

In realtà, come di recente è stato segnalato, numerosi fattori concorrono ad inficiare la capacità dei metodi deliberativi di tradurre concretamente l'ideale che ne accomuna la ragion d'essere[22].

tatori di istanze partecipative (movimenti, reti, forum sociali ecc.), diviene peraltro difficile negare che in molti casi la partecipazione è interpretata "più in termini di pressione verso le istituzioni", o verso gli stessi partiti politici tradizionale, che "di dialogo con i proprî avversari", dialogo che, al contrario, rappresenta elemento fondante ed imprescindibile di qualsiasi modello ispirato ai canoni della *deliberative democracy*

[18] Sulla democrazia deliberativa come teoria normativa in senso generale cfr. l'argomentato lavoro di J. L. Martí, *La república deliberativa, Una teoría de la democracia*, Madrid–Barcelona, 2006;

[19] Cfr. J. Cohen, *Deliberation and democratic legitimacy*, in A. Hamlin – P. Pettit (a cura di), *The good polity. Normative analysis of the State*, Oxford, 1989, 63 ss.; J. L. Martì, *La república deliberativa, Una teoría de la democracia*, Madrid–Barcelona, 2006; B. Celano, *La forza dell'argomento migliore*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 9, 2009, 229 ss; A. Pintore, *Procedure democratiche e democrazia deliberativa. A proposito di un libro di José Luis Martì*, *ivi*, 333 ss.

[20] Cfr. L. Cataldi, *Promesse e limiti della democrazia deliberativa: un'alternativa alla democrazia del voto?*, in *Working paper–LPF*, 3. 2008, *Centro Einaudi – Laboratorio di politica comparata e filosofia pubblica*, spec. 10 ss.

[21] Un'utile e informata rassegna dei metodi idonei a consentire la deliberazione in D. Giannetti, *Modelli e pratiche della democrazia deliberativa*, in G. Pasquino (a cura di), *Strumenti della democrazia*, Bologna, 2008, 123 ss..

[22] Cfr. L. Cataldi, *op. cit.*, spec. 19 ss.

Questa condizione, tra le altre cose, pare ricollegabile non solo ad una "cattiva implementazione" delle pratiche deliberative, quanto, soprattutto al portato utopico, ideale o normativo della teoria che ne è fondamento[23].

L'analisi delle esperienze maggiormente strutturate, ha mostrato, infatti, che la deliberazione "è esposta a fenomeni di autoselezione, effetti di *framing*, rischi di manipolazione non dissimili da quelli che caratterizzano le tradizionali procedure aggregative": fattori che, insieme considerati, non consentono che il metodo deliberativo possa essere raffigurato quale sorta di "panacea della partecipazione"[24].

Altri elementi, oltre a quelli appena menzionati, concorrono a rafforzare lo scetticismo sull'idoneità delle pratiche e delle tecniche deliberative a sostituire le consuete procedure aggregative.

In questo senso più di un dubbio suscita l'enfatizzazione della demarcazione netta tra argomentazione, negoziazione e voto riproposta recentemente da alcuni studiosi[25].

Questa diversificazione, considerata da molti elemento caratterizzante la teoria deliberativa rispetto a quella aggregativa, si fonda sul fatto che sia l'argomentazione, sia la negoziazione, presuppongono, rispetto al voto, una forma di comunicazione intersoggettiva.

Inoltre "sempre a differenza del voto, che può richiedere una regola di maggioranza", sia l'argomentazione che la negoziazione esigono un "consenso assoluto tra i partecipanti, senza che però sia necessario far ricorso al voto o a un'ulteriore atto comunicativo, essendo sufficiente l'assenza di obiezioni dei partecipanti"[26].

Detta impostazione è però stata di recente oggetto di argomentate critiche.

E' stato segnalato, infatti, che "anche su un terreno puramente ideale" molti elementi concorrono a rendere impraticabile (se non radicalmente impossibile) una "procedura decisionale concettualmente slegata dal

[23] Cfr. D. Giannetti, *op. cit.*, 144–145

[24] Cfr. D. Giannetti, *op. cit.*,151 che utilmente avverte come in ogni caso l'avvio di procedimenti deliberativi abbia determinato "[…] importanti effetti indiretti, accrescendo il senso di efficacia politica dei cittadini comuni e, almeno in qualche misura, l'influenza di questi ultimi sui *decision makers*".

[25] Cfr. J.L. Martí, *op. cit.*, 155. Diversamente, e, verrebbe da dire, opportunamente, R. Bifulco, *La teoria della democrazia deliberativa e la realtà della democrazia partecipativa*, in G. C. De Martin – D. Bolognino, *Democrazia partecipativa e nuove prospettive della cittadinanza*, Padova 2010, spec. 321.

[26] A. Pintore, *op.ult.cit.*, 340

voto […] sia pure inteso come atto puramente informale di certificazione dell'accordo conseguito dalle parti"[27].

Nelle società complesse (e negli organi collegiali) il voto *deliberante* (sempre che si intenda giungere ad una decisione) rappresenta infatti "l'*extrema ratio* alla quale si ricorre perché, alla fine, se non è stato possibile renderlo superfluo dall'ampio consenso che si sia venuto a formare, occorre pure andare avanti in qualche modo"[28].

La ricerca di unanime consenso, che per i teorici deliberativisti è "metodo di determinazione dell'accordo", non può che essere rappresentata, nell'ordinamento a base pluralistica (e rappresentativa), come un ideale teoretico auspicabile ma non condizionante la struttura della decisione politico–amministrativa[29].

L'insistenza sulla necessità di operare la predetta distinzione rivela, dunque, lo scarto esistente tra ideale deliberativo (universalista) e condizioni che reggono la decisione, anche se partecipata, nella realtà pluralista: lo *iato*, in altre parole, tra dover essere deliberativo e essenza della democrazia reale, che non può che presupporre discussione, negoziazione ed eventualmente voto[30].

Ogni valutazione inerente la *forma* della democrazia non può, in definitiva prescindere dal "fatto" del pluralismo e dalla stessa esigenza di elaborare una "filosofia politica realistica adeguata alle società comples-

[27] La critica è espressa da A. Pintore, *op.ult.cit.*, 343 che sostiene che la negoziazione è attività il cui valore si presta ad essere misurato anche valutando la sua attitudine a fondare un equilibrio "sinallagmatico" tra le parti che vi ricorrono, assumendo cheproprio tale valore si pone in "[…] continuità con una prestigiosa tradizione filosofica oltre che con gli assunti del nostro diritto civile".

[28] Cfr. G. Zagrebelsky, *Principî e voti. La Corte costituzionale e la politica,* Torino, 2005, 47. Come hanno fatto notare alcuni studiosi particolarmente attenti alla struttura dei procedimenti decisionali, con tale espressione devono intendersi "[…] tutte quelle azioni che vengono compiute dal momento in cui nasce un problema al momento in cui nasce una soluzione (che può anche essere una non–soluzione ovvero la decisione di non decidere". La scelta "dell'inazione può essere altrettanto significativa della scelta dell'azione. Si può anzi sostenere che il potere non risiede nella capacità di decidere, ma anche nella capacità di impedire che una decisione venga presa, ossia nel difendere lo status quo e sbarrare l'accesso dell'arena decisionale a questioni comode e scottanti", cfr. L. Bobbio, *La democrazia non abita a Gordio. Studio su processi decisionali politico-amministrativi,* Milano, 2003,,12.

[29] Cfr. G. Zagrebelsky, *op. cit.* 47. Sulla negoziazione come modalità della decisione cfr. L. Bobbio, *La democrazia non abita a Gordio…cit.*, 86 ss.

[30] Sulla teoria deliberativa come "dover essere", cfr. ancora J. L. Martí, *op. cit*, 29. Diversamente R. Bifulco, *op .cit.*, 321, il quale segnala la "forse troppo rigida contrapposizione tra deliberazione, fondata sul confronto di argomenti, e negoziazione (bargaining), fondata invece sull'unanimità".

se e globalizzate".

Le condizioni appena indicate, infatti, sono *pre–condizioni* della deliberazione, in quanto il relativismo che assumono rappresenta e giustifica la necessità di una mediazione che, altrimenti, in società omogenee o identitarie (quali quelle autoritarie o dittatoriali), non avrebbe ragione di essere, essendo la forma e i contenuti della regolazione già decisi ed imposti; *b*) costituiscono *fattori* della partecipazione nel senso che ne condizionano il portato teorico e ne orientano lo sviluppo[31].

E' anche attraverso il recupero della dimensione politica e decisionale del voto, dunque, che si comprende come ogni teoria partecipazionista o deliberativista debba armonizzarsi con la base rappresentativa dell'ordinamento.

E' opportuno sottolineare, infatti, che ancora oggi gli organi rappresentativi costituiscono le sole "condizioni di possibilità di un'organizzazione democratica dell'Autorità", in quanto consentono ad un gruppo di persone di proporsi e di rappresentarsi come centro di imputazione di un'unità politica d'azione: condizione indispensabile "tanto per l'autoaffermazione e la sicurezza verso l'esterno quanto per la garanzia di una vita differenziata all'interno"[32].

[31] Cfr. L Bobbio, *La democrazia deliberativa nella pratica*, in *Stato e mercato*, 2005, 75 ss; R. Bifulco, *ult. op. cit.*, 321 che ricorda come nella prospettiva della c.d. negoziazione integrativa la "posta in gioco non è fissa ma può essere modificata nel corso della negoziazione". Per la corrente teorica segnalata cfr. L. Baccelli, *Critica del repubblicanesimo*, Roma–Bari, 2003, spec. 26 ss, La distinzione tra la corrente democratico–deliberativa e quella repubblicana è individuata da A. Pintore, *op.ult.cit.*, 333, per la quale "la prima [democratico–deliberativa] [esprime] l'esigenza che la politica proceda mediante la discussione razionale ispirata al valore dell'imparzialità e protesa al bene comune […] [la seconda esprime] il valore della uguale libertà politica dei cittadini e l'aspirazione a una loro partecipazione alle decisioni pubbliche non circoscritta alle istituzioni rappresentative".In argomento cfr, anche A. Ferrara, *La scoperta del repubblicanesimo "politico" e le sue implicazioni per il liberalismo*, in *Filosofia e questioni pubbliche*, V, 2000, 3 ss.; B. Celano, *op. cit.*, spec. 249 ss.; A. Pintore, *op.ult.cit.*, 344. La critica dell'impostazione liberale del *Government by discussion* e la tesi per la quale l'identità e l'omogeneità costituirebbero fattori necessari della democrazia rappresentano un tratto qualificante del pensiero di Carl Schmitt., cfr. Id., *La condizione spirituale dell'odierno parlamentarismo*, Torino, 2004, spec. 10 ss.. In senso critico cfr. G. Azzariti, *Critica della democrazia identitaria*, Roma–Bari, 2005, spec. 28 ss

[32] Cfr. W. E. Bockenförde, *Democrazia e rappresentanza*, in *Quad. Cost.*,1985, 243.

LORENZA PAOLONI

I "diritti degli agricoltori" sulle risorse genetiche e le conoscenze locali. Un nuovo modello di proprietà collettiva?*

1. Il tema della proprietà collettiva oggi può essere indagato partendo da prospettive originali e non sempre sovrapponibili a quelle abitualmente utilizzate dalla dottrina giuridica, dal legislatore e dagli storici.

L'"occhiale del giurista" è in grado, infatti, di focalizzare fenomeni non troppo noti, ma già abbastanza diffusi nel panorama del diritto internazionale, che possono apportare utili contributi al dibattito, già mirabilmente acceso nel nostro paese da Paolo Grossi[1], sui modi di possedere "diversi" da quelli canonizzati nel codice civile.

Si vuole porre l'attenzione, in particolare, sulla neonata categoria dei "diritti degli agricoltori" (*Farmers' Rights*)[2] disciplinati, segnatamente, dall'art. 9 del Trattato Internazionale sulle Risorse Genetiche Vegetali per l'Alimentazione e l'Agricoltura (*ITPGRFA*) adottato con la Risoluzione 3/2001 nel corso della 31° riunione della Conferenza della *FAO* tenutasi a Roma il 3 novembre 2001, dopo una lunga negoziazione protrattasi per ben sette anni; l'accordo è stato firmato e ratificato dall'Italia con la legge 6 aprile 2004, n. 101, per entrare definitivamente in vigore il 16 agosto 2004.

Cosa condividono i *Farmers' Rights* con la "proprietà collettiva"? Apparentemente poco o nulla se ci fermiamo, superficialmente, alla mera lettura della disposizione del Trattato, sopra richiamato, che così recita: "Le Parti contraenti riconoscono l'enorme contributo che le comunità locali e autoctone e gli agricoltori di tutte le regioni del mondo, in particolare quelli dei centri di origine e di diversità delle piante coltivate, hanno apportato e continueranno ad apportare alla conservazione e alla va-

* Il presente contributo costituisce la revisione - ampliata ed integrata di note - della relazione orale presentata al Convegno "*Demanio di uso civico e Proprietà collettive nella Regione Molise*" Campolieto (CB), 2 ottobre 2010

[1] P. Grossi, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria* Milano, Giuffrè, 1977

[2] Sul tema, sia consentito il richiamo ai nostri contributi: L. Paoloni, *Farmers' Rights, tutela della biodiversità e salvaguardia delle risorse genetiche: l'esperienza del Canada*, in "Agricoltura, Istituzioni, Mercati", n. 3/2009; L. Paoloni, *I diritti collettivi degli agricoltori sulle risorse genetiche*, in A. Germanò e C. Bugiani (a cura di), *La ricchezza della diversità. L'insegnamento del Diritto agrario come strumento di Cooperazione per lo sviluppo,* Milano, Giuffrè,2009; L. Paoloni, *Diritti degli agricoltori e tutela della biodiversità*, Torino, Giappichelli, 2005

lorizzazione delle risorse fitogenetiche che costituiscono la base della produzione alimentare e agricola nel mondo intero. Le Parti contraenti convengono che, per quanto attiene alle risorse fitogenetiche per l'alimentazione e l'agricoltura, la realizzazione dei diritti degli agricoltori spetta ai governi. In funzione delle proprie esigenze e priorità, ogni Parte contraente deve, se necessario, e salvo quanto previsto dalla normativa nazionale, adottare apposite misure per proteggere e promuovere i diritti degli agricoltori e per garantire, tra l'altro: a) la protezione delle conoscenze tradizionali che presentino un interesse per le risorse fitogenetiche per l'alimentazione e l'agricoltura; b) il diritto di partecipare equamente alla ripartizione dei vantaggi derivanti dall'utilizzazione delle risorse fitogenetiche per l'alimentazione e l'agricoltura; c) il diritto di partecipare all'adozione di decisioni, a livello nazionale, sulle questioni relative alla conservazione e all'uso sostenibile delle risorse fitogenetiche per l'alimentazione e l'agricoltura. Fatta salva la legislazione nazionale, nessuna disposizione del presente articolo comporta una limitazione del diritto degli agricoltori di conservare, utilizzare, scambiare e vendere sementi o materiale di moltiplicazione".

Come si evince chiaramente dal testo riportato, l'originale categoria dei "diritti collettivi" degli agricoltori ha per oggetto le risorse fitogenetiche, destinate principalmente all'alimentazione ed all'agricoltura, nonché le conoscenze locali; essa non riguarda, però, i terreni, i fondi agricoli o i boschi come di norma accade quando si fa riferimento, nel nostro ordinamento, ai diritti di proprietà collettiva, considerati da un chiaro autore, in modo provocatorio, "un altro modo di possedere"[3].

E' importante precisare che le risorse fitogenetiche per l'agricoltura e l'alimentazione (*PGRFA*) differiscono dalle altre risorse fitogenetiche (e dalle risorse genetiche della flora e della fauna selvagge) poiché, in questa particolare tipologia di materiale vivente, l'intervento umano ha svolto un ruolo significativo nell'addomesticare le piante e nel creare l'interazione con l'uomo e l'ambiente; tali pratiche, come è palese ad ogni abitante del pianeta, hanno condotto, dopo migliaia di anni, alla diversità genetica tra le specie attualmente esistenti. In mancanza dell'attiva e continua organizzazione dell'uomo, molte colture avrebbero infatti cessato di esistere. Esse costituiscono le fondamenta di tutta l'agricoltura in quanto forniscono le basi per lo sviluppo di varietà nuove e migliorate e sono, dunque, essenziali per il conseguimento della sicurezza alimentare.

[3] P. Grossi, *Un altro modo di possedere*, *op. cit.*

Il Trattato riconosce, in sostanza, agli agricoltori, quali componenti di una comunità insediata in un territorio ben individuato, un diritto a disporre, preservare e custodire un bene "comune" – appartenente a quella collettività - costituito appunto dalle risorse genetiche. Tali risorse non sono state create dall'uomo, sebbene egli abbia contributo alla loro preservazione ed al loro sviluppo, e sono sempre esistite (analogamente al suolo, l'acqua, l'aria, la biodiversità, etc.); non possono essere, pertanto, oggetto di un'apprensione individuale poiché esse rappresentano un patrimonio comune, ereditato dagli avi e destinato ad essere goduto e trasferito alle generazioni future.

Per la prima volta, dunque, e peraltro nel seno di un Trattato internazionale, vengono assegnati agli agricoltori speciali diritti "collettivi" sul patrimonio genetico di semi e piante che attribuiscono loro il potere di conservare, riutilizzare e scambiare le sementi ottenute dalle selezioni passate, presenti e future, nonché di contribuire all'uso sostenibile delle risorse genetiche agricole (*PGRFA*). Tale significativa novità è stata accolta alla stregua del riconoscimento legislativo di un diritto "collettivo" inedito ed, al contempo, antitetico ai più affermati diritti di proprietà intellettuale, contraddistinti, diversamente, dal carattere individuale del rapporto che si instaura tra il soggetto ed il bene.

In particolare, quando si fa riferimento ai diritti di proprietà intellettuale nel settore agricolo e dei saperi locali, si intende richiamare il pericoloso processo di appropriazione delle sementi e delle risorse genetiche, operato soprattutto dalle *corporations* sementiere, chimiche e farmaceutiche, che ha rischiato di minare le caratteristiche storicamente e tradizionalmente consolidate[4] del sistema della produzione e della selezione da sempre organizzato dagli agricoltori e dalle comunità locali. Tale processo è stato, sovente, qualificato anche come "biopirateria". Le imprese multinazionali, oltre a sottrarre piante e sementi ai detentori autoctoni dai luoghi naturali ove esse si sono sviluppate, sono, infatti, giunte - in numerosi casi - a brevettare, in laboratorio, il patrimonio varietale delle specie vegetali – definito icasticamente l'"oro genetico"- appartenente alle singole comunità locali, per poi rivendicarne l'invenzione escludendo qualsiasi altro soggetto dal diritto di produrlo, venderlo, utilizzarlo o distribuirlo[5].

[4] Sempre fondamentale , per l'approccio peculiare ai temi qui trattati, è la lettura di V. Shiva, *Monocolture della mente. Biodiversità, biotecnologia e agricoltura "scientifica"*, Torino, Bollati Boringhieri, 1995

[5] Sul punto numerosi sono i contributi; si segnala, in particolare, A. Germanò, *Tra biodiversità e biopirateria: un problema attuale dell'Amazzonia*, in "Agricoltura, Istituzioni, Mercati", 2004, 83

Nella struttura del Trattato internazionale sulle Risorse genetiche i *Farmers' Rights* rilevano, prevalentemente, in quanto diritti collettivi ascrivibili alle comunità locali e deputati , fondamentalmente, alla salvaguardia della biodiversità[6], alla protezione della conoscenza tradizionale e al mantenimento di quelle pratiche agricole, connesse agli usi ed alle tradizioni, in base alle quali i contadini producono, scambiano, conservano e preservano le sementi.

Grazie all'attribuzione di detti diritti collettivi in capo alle comunità agricole vengono attivati, nei singoli Stati, una serie di meccanismi idonei a consentire sia la partecipazione nella condivisione dei benefici derivanti dall'utilizzazione delle risorse genetiche che la partecipazione nel prendere decisioni, a livello nazionale, sulle materie connesse alla conservazione ed all'uso sostenibile delle risorse genetiche.

Particolarmente rilevante è, peraltro, il riconoscimento del diritto collettivo sulle sementi che sono portatrici di un patrimonio genetico, la cui trasmissione alle generazioni future diventa non solo il movente per la riproduzione di un determinato materiale vegetale, più o meno pregiato, ma anche l'atto simbolico del trasferimento della cultura e del sapere che gli agricoltori, nel corso del tempo, hanno trasfuso nelle sementi stesse attraverso l'attività di miglioramento e cura.

I *Farmers' Rights*, pur non assumendo i connotati individualistici dei diritti di proprietà intellettuale, come si evidenziava poc'anzi, costituiscono perciò una base importante per la convalida della funzione di salvaguardia della diversità biologica attuata – anche attraverso la conservazione, il miglioramento genetico, l'innovazione, la vendita e lo scambio di semi – da agricoltori, indigeni e comunità locali sui cui si basa l'agricoltura (contadina e non solo) del nostro pianeta. Essi non si attestano, pertanto, alla stregua di diritti meramente corporativi essendo, al contrario, mirati a preservare il bene costituito dalla diversità biologica nel più generale interesse di una collettività ampia nonché, come si diceva, nell'interesse delle generazioni future[7].

Il rafforzamento della tutela dei diritti collettivi degli agricoltori è, dunque, funzionale per la realizzazione, contemporaneamente, delle aspirazioni di conservazione delle specie, di accesso alle risorse genetiche da parte del numero più ampio di soggetti potenzialmente interessati e

[6] Per un'analisi delle interazioni tra *F.R.* e biodiversità, anche se antecedente all'approvazione dell'*ITPGRFA*, si veda il lavoro di M.A. Girsberger, *Biodiversity and the Concept of Farmers' Rights in International Law. Factual Background and Legal Analysis*, Cottier T. edit., *Studies in Global Economic Law*, 1, Peter Lang, 1999

[7] Paoloni, *Diritti degli agricoltori, op. cit*., 112 ss.

di contenimento delle spinte ad occupare posizioni di rendita (parassitaria) aventi ad oggetto lo sfruttamento (con conseguente depauperamento) dei capitali naturali attuato, in particolare, dalle società multinazionali attive nel settore sementiero[8].

I diritti degli agricoltori servono, altresì, ad evitare che le risorse genetiche, e le sementi in particolare, assumano i connotati di "patrimonio comune dell'umanità" ovvero di beni accessibili liberamente a tutti, ivi comprese le industrie sementiere, senza che vi sia alcun ritorno economico per le comunità locali.

Da un'altra visuale la figura del diritto collettivo degli agricoltori, riferito alle nuove facoltà attribuite ai contadini di cui sopra si è fatta menzione, viene assimilata, sotto il profilo oggettivo, a quello di "bene comune".

Secondo Vandana Shiva[9] "I beni comuni sono risorse condivise, amministrate e utilizzate dalla comunità. I beni comuni incarnano un sistema di relazioni sociali fondate sulla cooperazione e sulla dipendenza reciproca. Le decisioni vengono prese in base ad un insieme di principi e regole precise. I membri della comunità si riuniscono, discutono democraticamente e infine deliberano, per esempio, in merito ai raccolti da seminare, alla quantità di bestiame da destinare ad un pascolo, agli alberi da potare, a quali campi irrigare, in che periodo e attraverso quali canali. I beni comuni presuppongono dunque una gestione comunitaria del potere e delle sue risorse. Questo accadeva in Inghilterra ai tempi delle terre comuni".

E' stato affermato, al riguardo, che il Trattato, creando il sistema multilaterale di accesso e condivisione dei benefici, quale risposta alla tendenza crescente di misure curvate ad estendere il controllo privato o dei singoli stati sulle risorse genetiche, misure che si sono rivelate assolutamente inadeguate per l'alimentazione e l'agricoltura, ha generato *an international genetic resources commons*[10] .

Secondo un'ulteriore interpretazione, il Trattato cerca invece di stabilire un nuovo sistema di *governance* per i "*global commons*", in quanto le risorse genetiche vegetali domesticate devono essere trattate come un *common pool* piuttosto che una "*property*" di ogni singolo Stato o comu-

[8] Un analisi puntuale su questo aspetto dello sfruttamento delle risorse genetiche è in V. Shiva, *Il mondo sotto brevetto*, Milano, Feltrinelli, 2002

[9] V. Shiva , *Il bene comune della terra*, Milano, Feltrinelli, 2006, 29 ss

[10] M. Halewood, K. NNadozie, «*Giving Priority to the Commons; The International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*, in Tansey G., Rajotte T. (edited by), *The Future Control of Food. A Guide to International Negotiations and Rules on Intellectual property, Biodiversity and Food Security*, London, Earthscan/IDRC, 2008,115

nità locale[11].

Nell'ambito di tale sistema ogni paese membro, nell'esercizio della propria sovranità, consente il libero (o quasi libero) accesso, alle altre Parti contraenti, alle risorse genetiche vegetali a fini di ricerca, selezione, conservazione e formazione. Ciò non significa che si viene a determinare una riduzione della sovranità dei paesi sulle loro risorse perché il Trattato esplicitamente riconosce, nel preambolo, la possibilità per i singoli stati di beneficiare mutuamente della creazione di un effettivo sistema multilaterale che consenta, come si diceva, l'accesso facilitato ad una selezione concordata di risorse genetiche e ad una condivisione dei benefici derivanti dal loro uso.

Da un punto di vista storico ed economico, peraltro, come è stato anche di recente ribadito, i beni comuni naturali rappresentano, segnatamente, delle risorse collettive condivise, amministrate ed auto-gestite dalle comunità locali[12]; si è altresì rimarcato, che "la specificità dei diritti collettivi impliciti nei beni comuni è quella di fornire alle comunità locali mezzi di sussistenza che non sono merci, nel quadro di un'organizzazione sociale e produttiva collettiva, dando sicurezza e autonomia alle comunità locali e garantendo nel contempo la sostenibilità ecologica delle risorse su cui i diritti insistono" [13].

Sempre la medesima autrice puntualmente specifica come "non sempre si tratta di risorse in senso proprio, e cioè di beni fisici o materiali come un campo da coltivare, un pascolo, un corso d'acqua, una zona di pesca; possono essere anche diritti d'uso sui frutti derivanti da un bene naturale - i common rights della common law anglosassone; gli usi civici nella tradizione giuridica italiana; le "servitù" che ancora oggi gravano sui beni naturali, grazie ai quali le comunità ricavano o integrano i loro mezzi di sussistenza; il patrimonio delle risorse genetiche naturali, recentemente oggetto di interesse da parte del Trattato Internazionale delle Risorse Genetiche Vegetali per l'Agricoltura e l'Alimentazione del 2001"[14].

Occorre precisare, peraltro, che la categoria del "bene comune" delle risorse genetiche individuabile nel Trattato non è ancora estesa a livel-

[11] E' l'opinione di O. De Schutter, *Report of the Special Rapporteur on the Right to Food*, United Nations General Assembly, A/64/150, 2009, 16

[12] E. Ostrom, *Governing the Commons*, trad. it., *Governare i beni collettivi*, Venezia, Marsilio, 2006

[13] G. Ricoveri, *Beni comuni vs merci*, Milano, Jaca Book, 2010, 94

[14] G. Ricoveri, *I beni comuni: patrimonio da proteggere*, in "Agricoltura, Istituzioni, Mercati", 3/2009

lo globale pur essendo sulla buona strada per una sua diffusione in un contesto sempre più ampio.

Un'altra puntualizzazione si rende necessaria: il concetto di "bene comune" o collettivo (dei paesi aderenti al Mls, cioè al *Multilateral System*) creato dall'accordo internazionale non equivale alla nozione di *public domain*, ovvero all'insieme di beni che non sono protetti dai diritti di proprietà intellettuale e così risultano accessibili a tutti[15].

I singoli paesi si accordano, invece, proprio per rendere disponibili le risorse genetiche con riguardo alla mera utilizzazione e conservazione scambievole e gratuita ai fini della ricerca, alla selezione ed alla formazione per l'alimentazione e l'agricoltura, sempre che non siano destinati ad usi chimici o farmaceutici, né ad altri usi industriali non alimentari e non foraggeri, secondo quanto esplicitamente previsto dall'art. 12.3 (a) del Trattato medesimo, in modo da creare un sistema di risorse liberamente accessibili a livello planetario ma sotto il controllo dei paesi (e delle comunità) che le detengono.

I diritti degli agricoltori, secondo un'altra corrente di pensiero[16], rilevano in quanto "riflettono il riconoscimento della proprietà sovrana e della creatività delle strategie di ibridazioni tradizionali e di quelle alternative utilizzate dagli agricoltori per proteggere la biodiversità come base dell'agricoltura" che si sono sviluppate, da tempo immemorabile, soprattutto all'interno delle comunità locali.

Affinché essi vengano garantiti occorre concepirli proprio come sottoinsieme dei diritti delle comunità: "Da un lato, i diritti delle comunità riconoscono la creatività e proteggono i mezzi di sussistenza delle diverse comunità. Dall'altro, essi stabiliscono dei limiti ben precisi alla protezione dei monopoli fondati sui diritti di proprietà intellettuale".

Risulta, pertanto, necessario affermare i diritti delle comunità (o degli agricoltori) in quanto "diritti intellettuali collettivi"[17] o delle comunità, formula, questa, che tiene conto del rapporto che una determinata comu-

[15] Secondo la distinzione che compie J. Boyle, *Foreword: The Opposite of Property, 66*, in *Law & Contemp. Probs*. 1, 30-31, 2003, "The term "public domain" is generally used to refer to material that is unprotected by intellectual property rights, either as a whole or in a particular context and is thus "free" for all to use – a term that is itself susceptibile to multiple meanings in this context, ranging from costless access, through political liberty, to free trade… The "commons" is *generally* used in the intellectual property literature to refer to material that is not subject to individual control; rather it is controlled, if at all, by some larger group…The axis of variation here is not the "owned" versus the "free" (but is) individual versus collective control"

[16] V. Shiva, *Il mondo sotto brevetto*, Milano, Feltrinelli, 2002, 120

[17] Id., *op. cit*., 122 ss.

nità ha con il proprio sapere; tale rapporto è di assoluta non mercificazione ed allude ad un patrimonio comune e condiviso nonché trasfuso nelle risorse genetiche e nelle sementi e dunque circolante.

2. Come si è sopra illustrato, il patrimonio genetico delle sementi ed, in generale, delle varietà vegetali ed autoctone appartengono, indistintamente, a tutti i componenti di una determinata comunità locale che ne può disciplinare le modalità di utilizzo e circolazione.

Questo principio è rinvenibile nel Trattato internazionale sulle risorse fitogenetiche, di cui si è già parlato, ma è anche presente, per quanto riguarda il nostro ordinamento, in alcune leggi regionali.

In primis, la regione Lazio (legge n. 15/2000) ha esplicitamente riconosciuto l'appartenenza alle comunità locali del patrimonio delle risorse genetiche di piante ed animali ed, implicitamente, anche del patrimonio delle conoscenze tradizionali ad esso connesso.

Successivamente anche l'Umbria, la Toscana, il Friuli, le Marche, l'Emilia Romagna, hanno stabilito una sorta di "sdoppiamento" del diritto di utilizzazione delle risorse naturali , sancendo che l'appartenenza del patrimonio genetico (bene immateriale) delle risorse naturali, iscritti in appositi registri, spetti alla comunità agricola locale mentre la titolarità della parte fisica (pianta o animale) rimanga in capo al legittimo proprietario (agricoltore o agricoltore/costitutore).

Si crea, in tal modo, una proprietà collettiva inedita su "beni intangibili", quale appunto è il patrimonio genetico delle risorse naturali autoctone, che vede i "comunisti… non come titolari anonimi di una quota ideale del patrimonio, legittimati a essere condomini unicamente della proprietà esclusiva, disponibile, alienabile della quota; son lì perché hanno un nome e cognome, in forza della loro vicenda personale all'interno di un determinato gruppo sociale"[18] radicato in un determinato territorio sul quale è stato possibile sviluppare e conservare varietà vegetali ed animali da tramandare ai posteri.

Tuttavia, nonostante le similitudini e la apparente vicinanza concettuale, alcuni ostacoli di natura teorica e di inquadramento giuridico, impediscono un apparentamento diretto dei diritti collettivi degli agricoltori all'istituto degli usi civici.

[18] P. Grossi, *Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, in P. Grossi, *Il dominio e le cose*, Milano, Giuffrè, 1992, 736, il quale aggiunge: "Non un soffio di psicologia capitalistica li sorregge, ma un intreccio fra lavoro, produzione, sangue e terra, dove la dimensione personale e la dimensione reale si intrecciano con le loro reciproche forze coesive per costruire un certo tipo di organizzazione giuridica dei beni, appunto la proprietà collettiva".

Come è stato già sottolineato[19], l'eventuale alienazione di conoscenze antiche e/o del patrimonio genetico non comporta un'automatica espropriazione della fruibilità/potere di utilizzazione del bene in capo all'alienante/agricoltore. Infatti il requisito dell'inalienabilità, presente – come è noto – insieme con l'inusucapibilità e l'imprescrittibilità tra i fondamenti dell'istituto dell'uso civico, sembra attenuarsi nella nuova categoria giuridica dei "diritti degli agricoltori" e, dunque, non risultare caratterizzante del fenomeno in esame diversamente da quel che accade per gli usi civici tradizionali. Tale assenza è senz'altro conseguente, tra gli altri motivi, anche alla mancanza del requisito della "realità" perché il patrimonio genetico così come i saperi locali, si configurano alla stregua di beni immateriali, intangibili e perciò avulsi dalla categoria dei diritti reali.

Non si può trascurare di notare come, tuttavia, la sottrazione incontrollata e non regolamentata di detto patrimonio, attraverso l'appropriazione da parte di soggetti esterni alla comunità, può causare l'erosione della biodiversità e dunque la compressione del diritto di utilizzazione della risorsa autoctona o la sua estinzione.

In sostanza, i diritti collettivi potranno trovare una adeguata collocazione nel nostro ordinamento anche avvalendosi dello "scudo" degli usi civici ma solo al seguito di opportuni correttivi che il legislatore dovrà disporre per garantirne l'effettività.

Sarebbe, in ogni caso, necessario approdare ad una legislazione nazionale e regionale, in grado di riconoscere concretamente i diritti inalienabili delle comunità e degli agricoltori sul patrimonio genetico. Tale normativa dovrebbe puntare a tutelare i singoli soggetti - insediati in territori forniti di risorse naturali e conoscenze locali da preservare e valorizzare anche economicamente - da forme di appropriazione privatistica (quali, ad es., il brevetto) e di esclusione dall'utilizzo condiviso conseguenti all'attività di sottrazione e sfruttamento operata da soggetti pubblici e privati interessati unicamente al mero perseguimento di un profitto.

In tal senso sembra utile segnalare come la Regione Molise, che vanta un patrimonio piuttosto esteso di terreni ad uso civico scarsamente utilizzato, ben potrebbe far proprio il "modello" dei "diritti degli agricoltori", sopra illustrato, al fine di garantire un'adeguata e partecipata gestione di detti beni che coinvolga effettivamente le comunità locali e le renda protagoniste della tutela e della valorizzazione del proprio territorio e delle sue risorse nonché compartecipi dei benefici economici che possono derivarne.

[19] L. Paoloni, *Diritti degli agricoltori, op. cit.*, 146 ss.

Sarebbe, altresì, auspicabile che il Molise, attualmente fornito di un'unica e superata legge del 1999[20], mirata precipuamente a regolamentare la raccolta di piante spontanee ed in via di estinzione, si munisse di una regolamentazione *ad hoc* al fine di allineare il proprio apparato legislativo ai nuovi parametri internazionali sanciti dal Trattato sulle risorse fitogenetiche, che si stanno radicando, pur con qualche difficoltà e complicazione, in gran parte dei paesi del sud e del nord del mondo ed anche per adeguarsi alle scelte che altre regioni italiane, con maggiore tempismo, hanno già operato al riguardo.

[20] Trattasi della legge 23 febbraio 1999, n. 9, *Norme per la tutela della flora in via di estinzione e di quella autoctona ed incentivi alla coltivazione delle piante del sottobosco e officinali*, in *Boll. Uff.* , 1 marzo 1999, n. 4

MARCO PARISI

Società multietnica e simboli religiosi tra laicità delle istituzioni pubbliche e pluralismo culturale

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Simboli religiosi ed interpretazioni giurisprudenziali: i diversi orientamenti rilevati: 3. La "soluzione bavarese" e l'autonomia scolastica come possibili strumenti di composizione delle controversie.

1. *Introduzione*

La pluralità di culture, etnie e religioni costituisce, con pochi dubbi, una delle cifre distintive delle odierne società europee, nelle quali individui e formazioni sociali, nella dimensione privata e in quella pubblica, si distinguono per l'espressione di propri stili di vita, valori, credenze e principi[1].

Il carattere della multiculturalità connota lo spazio sociale europeo, pur se, dal punto di vista giuridico-normativo, non sempre risulta agevole la realizzazione concreta di strategie politiche di protezione delle differenze etniche, culturali e religiose. Ciò, in quanto, a fronte di riconoscimenti giuridici per la varietà di identità e culture socialmente rilevabili nei Paesi con consolidate esperienze di immigrazione (Gran Bretagna, Francia e Belgio), molto più contraddittorio appare essere lo speci-

[1] Va sottolineato come il pluralismo religioso non costituisca, in senso assoluto, una novità in Europa, in quanto è agevole constatare come il continente, per secoli, sia stato diviso tra ortodossi, cattolici e protestanti, con linee di frattura rilevabili, a livello sociale, all'interno dei confini di uno stesso Stato. Tuttavia, soltanto di recente il pluralismo religioso europeo si è trasformato in pluralismo etico e culturale, con l'irruzione dei cosiddetti nuovi movimenti religiosi, importanti concezioni della vita e della natura derivate dalle filosofie e dalle religioni orientali, e dell'immigrazione islamica, che ha introdotto tradizioni e stili di vita notevolmente differenti da quelli praticati dalla maggioranza degli europei. In questo quadro, inoltre, non va dimenticato il fenomeno della "decristianizzazione" di porzioni sempre più ampie della popolazione europea, con una forte emancipazione dall'orizzonte culturale disegnato dalla religione storicamente consolidata. Infine, può rilevarsi come alla frammentazione etica e culturale si sia aggiunta una decisa tendenza all'individualismo religioso, da un lato, e al comunitarismo, dall'altro. Tale nuovo amalgama di pluralismo religioso, etico e culturale sembra, quindi, definire in termini nuovi l'attuale dibattito sulla laicità. In dottrina si veda S. FERRARI, *Laicità dello Stato e pluralismo delle religioni*, in *Soc. dir.*, 2006, 2, pp. 7-9.

fico contesto italiano[2].

Tuttavia, anche nel nostro Paese i cambiamenti sociali determinati dalla coabitazione tra diverse culture ed identità hanno iniziato a palesarsi in modo netto, sollecitando la dottrina ecclesiasticistica e costituzionalistica, la giurisprudenza e le forze politiche parlamentari ad interrogarsi sulle scelte normative più idonee al riconoscimento delle diversità e al soddisfacimento delle loro istanze.

In via preliminare va rilevato come non in tutti i casi la conservazione di comportamenti e di pratiche in connessione con la cultura d'origine degli immigrati (e, di conseguenza, la libertà di porli in essere nella realtà sociale ospite) ponga in evidenza la necessità di uno specifico riconoscimento a livello giuridico. Ciò risulta essere dimostrato, ad esempio, dal non contrasto delle pratiche e delle abitudini rivendicate rispetto a norme imperative dell'ordinamento giuridico, rientrando esse nella mera liceità e riconducendosi all'ambito dell'esercizio dei diritti fondamentali. Proprio questa ipotesi sembra concernere la presenza dei simboli religiosi nello spazio pubblico, la cui rivendicazione da parte dei gruppi immigrati si lega alla configurazione della libertà religiosa come diritto fondamentale, tale da non dover generare (teoricamente) conflitti o controversie.

La realtà osservata non segue tale linearità di orientamenti e si registrano, di fronte a rivendicazioni di visibilità sociale poste da individui e gruppi reclamanti il concreto godimento dei diritti fondamentali, controversie sociali e giurisdizionali in tema di simbologia religiosa anche molto accese. La questione problematica dei simboli religiosi, ovvero, viene a costituire la cartina di tornasole dei cambiamenti interessanti la società contemporanea, destinata a proporsi sempre più multietnica e multireligiosa.

Il confronto giurisprudenziale e dottrinale sui simboli religiosi verte, innanzitutto, sul significato che ad essi va conferito nell'attuale qua-

[2] La peculiarità del contesto italiano appare legata ad almeno due ordini di problemi di un certo rilievo: 1) la coabitazione nello spazio pubblico con la religione islamica, la quale presenta notevoli difficoltà a comprendere e ad accettare la distinzione occidentale tra pubblico e privato, in base alla convinzione che la fede debba ricevere una sua estrinsecazione pubblica a mezzo della preghiera, del linguaggio, dell'abbigliamento, con una decisa valenza identitaria; 2) la determinazione della Chiesa cattolica nel proporsi come uno dei principali attori protagonisti dell'arena pubblica, per mezzo di una sua imponente presenza a livello simbolico e di dibattito culturale e politico, esercitando una forte azione di influenza (attraverso forze politiche parlamentari di diverso colore) nella individuazione delle scelte legislative in materie particolarmente care alla sua sensibilità ideale e alla sua missione pastorale. Cfr. G. Brunelli, *Simboli collettivi e segni individuali di appartenenza religiosa: le regole della neutralità*, in *Annuario 2007. Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Padova, 2008, pp. 277-278.

dro sociale fortemente declinato al plurale, e riguarda la simbologia religiosa complessivamente intesa (esulando da connessioni dirette all'una o all'altra specifica corrente spirituale presente nella società). Si rileva, così, come i simboli religiosi vadano a costituire il mezzo privilegiato per la comunicazione, nella società contemporanea, della propria identità culturale, svolgendo, nello stesso tempo, la funzione di rendere conoscibile nello spazio pubblico la propria appartenenza ad una comunità spirituale e di rivendicazione della specificità culturale dei singoli e dei gruppi[3].

In ragione di ciò, le pretese di identità e di presenza dei simboli nello spazio pubblico interessano il mondo del diritto, soprattutto allorquando gli attori sociali intendano chiedere il riconoscimento di specifiche rivendicazioni identitarie connesse alla simbologia spiritualmente caratterizzata. Nel momento in cui gli operatori giuridici, magistratura e legislatore, assumono una posizione sui simboli religiosi, conferendo rilevanza (anche giuridica, oltre che sociale) al loro ruolo nella società multiculturale contemporanea, sembra essere implicata l'interpretazione del principio di laicità e degli effetti che da esso derivano sull'ordinamento giuridico e sulla convivenza giuridicamente regolata. Ci si interroga, così, sulla compatibilità dell'asserita neutralità dello spazio pubblico (e della connessa esigenza di uguale libertà di cittadinanza per tutti gli orientamenti ideali) con la presenza sociale dominante dei simboli espressivi di una specifica tradizione spirituale.

Tali questioni in Italia sembrano essere tuttora aperte, stimolando il dibattito e il confronto dottrinale, politico e giurisprudenziale.

2. *Simboli religiosi ed interpretazioni giurisprudenziali: i diversi orientamenti rilevati*

Come si è avuto modo di accennare, il diritto, in linea generale, ha il compito di stabilire principi, definire criteri, determinare norme e misure che, a livello normativo, possano regolamentare la convivenza multietnica, multiculturale e multireligiosa, consentendo la legittima visibi-

[3] I mezzi di espressione del credo religioso possono essere molteplici, in quanto, accanto ai più tradizionali e storicamente risalenti strumenti di estrinsecazione (quali gli atti di culto ed i riti), sono individuabili modalità di comunicazione esterna delle convinzioni religiose che si concretano attraverso espressioni verbali, comportamenti e, per l'appunto, simboli. Questi ultimi consentono l'espressione in pubblico della propria fede religiosa, permettendo il perseguimento di finalità apologetiche, di propaganda e di insegnamento. Cfr. L. MUSSELLI, *Le manifestazioni di credo religioso nella realtà multiculturale italiana*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2005, 1, p. 209.

lità sociale e giuridica dei caratteri distintivi della pluralità di fedi, di ideali e di culture animanti lo spazio sociale.

Spetta, dunque, al diritto il riconoscimento del pluralismo religioso, alla base del quale si rinviene la tutela e la garanzia della libertà religiosa nella sua configurazione di diritto fondamentale. La coabitazione tra orientamenti spirituali diversi e l'effettività della libertà di religione sono in stretta connessione con l'evidenziata facoltà, riconosciuta agli individui e ai gruppi, di comunicare per mezzo dei simboli religiosi e di rendere visibile nello spazio sociale comune, per tale via, la propria appartenenza religiosa. Così, l'utilizzo dei simboli religiosi può essere ritenuto, in linea di massima, un diritto connesso alla libertà religiosa, ampiamente garantita nel nostro ordinamento giuridico grazie alle previsioni contenute negli artt. 3, 8 e 19 Cost.

Una rilevante proiezione a livello internazionale del patrimonio di tutele e di garanzie riconosciute dalla nostra Carta fondamentale in tema di libertà religiosa, poi, lo si rinviene nell'art. 9 della Convenzione Europea sui diritti dell'Uomo, ove si prevede, in favore dei singoli come delle formazioni sociali, «(…) la libertà di manifestare la propria religione o la propria convinzione individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti»[4]. L'ampiezza di questa garanzia della libertà religiosa (e, quindi, della connessa libertà di impiego della simbologia spiritualmente caratterizzata) incontra le sole restrizioni «(…) stabilite dalle legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui» (art. 9. 2 CEDU)[5].

[4] Ricordiamo che la Commissione e la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sono ripetutamente intervenuti, applicando a casi concreti la disposizione di cui all'art. 9 della Convenzione di Roma, in tema di simbologia religiosa, con la conseguente definizione di precise linee di tendenza in materia. Queste ultime, nello specifico, sembrano oscillare tra una attitudine restrittiva (in ragione della quale, la magistratura europea ha sanzionato la liceità dell'uso dei simboli religiosi nelle strutture pubbliche; caso *Sahin* contro Turchia) e una maggiormente liberale (tesa a censurare inopportune commistioni tra l'ordine delle questioni civili e l'ordine delle questioni religiose; caso *Buscarini e altri* contro San Marino). Sul punto sia consentito rinviare a M. PARISI, *Simboli e comportamenti religiosi all'esame degli organi di Strasburgo. Il diritto all'espressione dell'identità confessionale tra (presunte) certezze degli organi sovranazionali europei e (verosimili) incertezze dei pubblici poteri italiani*, in M. PARISI (a cura di), *Simboli e comportamenti religiosi nella società plurale*, Napoli, 2006, pp. 147 ss.

[5] In termini giuridici, ciò sta a significare che le manifestazioni di identità religiosa andranno tutelate e garantite solo se compatibili con i valori e i principi caratterizzanti gli odierni sistemi democratici. Ovvero, le libertà di estrinsecazione del sentimento religioso o dell'appartenenza fideistica, fondamentali per assicurare il pluralismo e la differenza, non

In questo quadro normativo di riferimento si sono inseriti, quanto alla realtà italiana, i conflitti giurisprudenziali relativi alla legittimità o meno dell'esposizione del crocifisso negli uffici pubblici e, in particolare, nelle aule scolastiche. Si tratta, come è evidente, di controversie che hanno finito per travalicare la mera dimensione giuridica, conoscendo una forte ripercussione anche in ambito sociale, con la formazione di opinioni contrastanti a livello di opinione pubblica, forze politiche, dottrina giuridica ed orientamenti giurisprudenziali in relazione al significato culturale o confessionale conferito al simbolo del crocifisso[6].

In merito, le valutazioni assunte dalla magistratura sono state di diverso segno, affermando, per un verso, la legittimità dell'esposizione del crocifisso (conferendo ad esso il significato di emblema della civiltà e della cultura cristiana[7]) e, per un altro, la ragionevolezza dell'opportunità di una rimozione di tale simbolo (sottolineando come la presenza del crocifisso nei pubblici uffici venga a porsi in conflitto con i principi di laicità e di uguaglianza, stante la rilevabilità sociale di una vasta gamma di sistemi di valore, di orientamenti spirituali personali, dotati di pari dignità e titolari di pari protezione in nome del diritto costituzionale alla libertà di religione[8]).

All'origine delle controversie e dei relativi diversi orientamenti giurisprudenziali si rinviene, come è noto, l'ordinanza n. 389 del 13 dicembre 2004 della Corte costituzionale, nella quale i giudici delle leggi non si sono espressi nel merito sulla questione dell'esposizione del crocifis-

possono comportare una difesa ad oltranza della diversità, dal momento che essa sarà tollerata fino a che non venga a costituire una fonte di pericolo per la sicurezza dell'intera comunità sociale o per i diritti dei singoli consociati. Cfr. R. MAZZOLA, *La convivenza delle regole. Diritto, sicurezza e organizzazioni religiose*. Milano, 2005, p. 108.

[6] Il crocifisso può essere considerato come un simbolo a valenza plurima, rispetto al quale differenti possono essere le valutazioni dei fedeli, inclini a riconoscere il ruolo dei valori religiosi nella determinazione dell'identità culturale italiana, comparate con quelle di quanti riconoscono in altri valori (non strettamente spirituali o confessionali) l'individuazione dell'identità nazionale. Cfr. G.B. VARNIER, *I valori religiosi nell'esperienza e nelle trasformazioni della identità culturale italiana*, in P. PICOZZA e G. RIVETTI (a cura di), *Religione, cultura e diritto tra globale e locale*, Milano, 2007, pp. 17-18.

[7] Si vedano, ad esempio, il parere del Consiglio di Stato n. 63 del 27 aprile 1988 e la sentenza n. 1110 del 17 marzo 2005 emessa dal TAR Veneto.

[8] Il riferimento è alla pronuncia della Corte di Cassazione, Sez. IV Penale, n. 439 del 1 marzo 2000, con la quale i giudici di legittimità hanno sentenziato l'illiceità dell'ostensione dei crocifissi negli uffici pubblici perché, *in primis*, viola il "principio supremo di laicità" che si sostanzia - come costantemente affermato dalla Corte costituzionale - nell'obbligo dello Stato (e, quindi, dei suoi funzionari) di essere neutrale, imparziale ed equidistante nei confronti di tutte le religioni e di tutti i singoli cittadini, in relazione alla loro fede o credo.

so nelle aule scolastiche, limitandosi a dichiarare inammissibile la questione di legittimità sollevata dal TAR del Veneto. Tuttavia, proprio nella sentenza n. 389/2004, che può dirsi essere il punto di partenza del dibattito giurisprudenziale e dottrinale italiano sul tema dei simboli religiosi, sembra possibile rinvenire anche la soluzione ultima delle dispute sorte, in quanto la dichiarazione di inammissibilità è stata assunta in base alla constatazione di una assenza di obbligo legislativo per l'affissione del crocifisso. Ne è conseguito che, a fronte di un riferimento preciso all'assenza di indicazioni legislative cogenti per l'obbligatoria esposizione del crocifisso, la dottrina si sia interrogata in relazione alla possibile decadenza delle norme regolamentari adottate in epoca fascista[9], statuenti la presenza obbligatoria del massimo simbolo della cristianità nelle scuole.

Del resto, il principio di laicità dello Stato, così come è venuto configurandosi nelle indicazioni della nota sentenza n. 203/1989 della Corte costituzionale, prelude ad una «(…) non indifferenza dello Stato dinnanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale». Tale orientamento (fortemente ribadito dalla Consulta anche nelle sentenze successive) mira a delineare uno dei profili irrinunciabili della forma di Stato prefigurata dalla Carta fondamentale del 1948, assumendo la configurazione di principio supremo dell'ordinamento costituzionale. Ne consegue, così come sostenuto in dottrina, che risulterebbe impossibile riconoscere posizioni di preminenza nella sfera pubblica o istituzionale, anche dal punto di vista simbolico, ad una o più specifiche posizioni fideistiche[10], in quanto si determinerebbe una violazione della libertà e della dignità dei consociati che si riconoscono in altri orientamenti spirituali, delle formazioni sociali spiritualmente qualificate (considerate *uti singuli*), e di quan-

[9] Si tratta dell'art. 118 del r.d. 30 aprile 1924, n. 965 (*Ordinamento interno delle giunte e dei regi istituti di istruzione media*), e dell'art. 119 del r.d. 26 aprile 1928, n. 1297 (*Regolamento generale sui servizi dell'istruzione elementare*), nella parte in cui includono il crocifisso tra gli «arredi» delle aule scolastiche.

[10] Secondo R. Botta, *Paradossi semiologici ovvero della "laicità" del crocifisso*, in *Corr. giur.*, 2006, 6, p. 850, «(…) se laicità significa – come non può non significare – *neutralità* rispetto alle diverse confessioni religiose, si dovrebbe ragionevolmente escludere che lo Stato possa utilizzare un *determinato* simbolo (la cui riferibilità ad una specifica confessione religiosa è rilevabile con evidenza) come mezzo rappresentativo di una tavola di valori che si assuma comune e condivisa dalla totalità dei consociati. Né può negarsi che l'imporre ad una collettività, naturalmente animata da presenze culturali, ideologiche e valoriali differenti, l'esposizione di detto simbolo sovverte in buona misura la "separazione degli ordini" che costituisce uno dei caratteri essenziali per il principio di laicità» (corsivi testuali).

ti non seguono alcun orientamento fideistico o confessionale.

In questa prospettiva, la qualificazione in senso laico dello Stato non dovrebbe pregiudicare la disponibilità dei pubblici poteri a tener conto dei sentimenti di fede individuali e collettivi, nell'ampia articolazione che essi possano socialmente assumere. In questo senso, la laicità si configura come carattere generale e tipico dell'ordine civile, direttamente implicato nella questione della definizione normativa dell'atteggiamento assunto dallo Stato nei confronti del fenomeno religioso[11].

La prospettiva di inquadramento del principio di laicità dello Stato, così suggerita, sembra essere utile al perseguimento dell'obiettivo di una pacifica convivenza tra culture e religioni nello spazio sociale contemporaneo, sulla base di un rispetto reciproco tra le differenti idealità e nel quadro di un atteggiamento di imparzialità e di equidistanza dei pubblici poteri rispetto all'una o all'altra proposta ideale[12].

3. *La soluzione "bavarese" e l'autonomia scolastica come possibili strumenti di composizione delle controversie*

Come si è già anticipato, il rapporto tra principio di laicità e presenza dei simboli religiosi nei luoghi pubblici, in particolare dell'emblema principale della tradizione fideistica cristiana, è stato oggetto anche di valutazioni ed orientamenti aventi alla loro base una interpretazione del crocifisso in termini culturali (oltre che precipuamente confessionali).

In questa prospettiva si è mosso il TAR Veneto nella citata sentenza n. 1110 del 17 marzo 2005, nella quale, riconoscendo piena legittimità ai regolamenti statuenti l'esposizione del crocifisso, il giudice amministrativo ha conferito al simbolo tradizionale della cristianità un significato storico, culturale e identitario, e non meramente religioso. Ovve-

[11] Cfr. S. DOMIANELLO, *Sulla laicità nella Costituzione*, Milano, 1999, p. 97.

[12] La laicità si configura, quindi, come un elemento indispensabile per garantire il senso di appartenenza, di unità, di solidarietà fra soggetti diversi che, tuttavia, sono fortemente legati nella identità condivisa di nazione, di popolo, di comunità, nell'obiettivo del perseguimento di beni comuni (quali la pace, la prosperità, il benessere individuale e collettivo), senza l'imposizione di una omogeneità assoluta di convinzioni ideologiche o di modi di vita. In questa prospettiva, la laicità si presta a riconoscere valore a tutti gli orientamenti religiosi, così come agli orientamenti ateistici ed indifferentistici, nella loro configurazione di modi di essere diversi di individui uguali per dignità, genere, razza, religione, lingua, tra loro solidalmente uniti per il raggiungimento dei comuni obiettivi di sviluppo e di benessere della convivenza giuridicamente organizzata. Cfr. 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*, cit., p. 171.

ro, seguendo il ragionamento condotto dal TAR Veneto, il crocifisso andrebbe considerato non solo come simbolo dell'evoluzione storica e culturale del popolo italiano, ma anche come emblema dei valori di libertà, eguaglianza, dignità umana, tolleranza religiosa e laicità dello Stato, caratterizzanti la vigente Carta costituzionale. Ne è conseguita, da parte del giudice amministrativo, l'irragionevolezza della esclusione dalle strutture pubbliche del segno distintivo della cristianità in nome del principio di laicità, ritenendosi che quest'ultimo abbia una delle sue fonti prime nella stessa religione cristiana.

Tuttavia, seguendo questo ragionamento, appare evidente il pericolo di uno "svuotamento" di fatto del principio di laicità dello Stato, il cui contenuto rischia di non essere più costituito dai valori che le pubbliche potestà si sono autonomamente dati, né dal riferimento alle norme costituzionali afferenti la fenomenologia sociale religiosa, ma viene ad essere rappresentato dal semplice riferimento alla tradizione religiosa cristiana[13].

D'altro canto, inoltre, sembra anche abbastanza chiaro come gli orientamenti giurisprudenziali promossi dal TAR Veneto siano coincidenti con il significato che una ampia fetta dell'opinione pubblica è incline a riconoscere al crocifisso. Ma, pur essendo fondato ritenere che l'emblema principale della tradizione religiosa cristiana possa rappresentare anche un simbolo della storia e della cultura nazionale, ciò non sembra essere sufficiente per giustificarne giuridicamente la sua obbligatoria esposizione nelle strutture pubbliche. In caso contrario, infatti, si determinerebbe una primazia della prospettiva culturale rispetto a quella giuridico-normativa, deprivando di effettività e di centralità il fondamentale principio di laicità dello Stato. Una corretta applicazione di tale principio, volta a rendere concreta la non identificazione delle strutture pubbliche con uno specifico messaggio ideale, deve far propendere per l'incompatibilità della presenza dei simboli religiosi negli spazi pubblici con la vocazione dello Stato alla laicità. Tale assunto, in relazione alla questione del crocifisso, non sembra poter essere scalfito da una prevalente considerazione in termini culturali di questo simbolo, in quanto il suo significato religioso appare essere, sempre e comunque, immanente e costante[14].

[13] Cfr. N. Fiorita, *Il crocifisso: da simbolo confessionale a simbolo neo-confessionista*, in E. Dieni, A. Ferrari, V. Pacillo (a cura di), *I simboli religiosi tra diritto e culture*, Milano, 2006, p. 188.

[14] Inoltre, la laicità, come precisato dalla giurisprudenza costituzionale, oltre a favorire l'instaurarsi di una pluralità di esperienze in campo religioso, promuove, altresì, un ampio pluralismo culturale, implicante la neutralità dello Stato rispetto alle specifiche opzioni dei consociati in ambito artistico, scientifico ed intellettuale *lato sensu*. Ovvero, dato che il canone della laicità non vincola al perseguimento di obiettivi etici e culturali prefissati, nessun

Se, dunque, il principio di laicità dello Stato viene applicato conformemente alla configurazione che esso è venuto assumendo nel nostro ordinamento giuridico (ovvero, nella sua dimensione di laicità positiva, che non comporta indifferenza, ma implica protezione delle diverse idealità socialmente rilevate), le potestà statali sarebbero tenute ad applicare questi orientamenti nei singoli casi specifici, nel novero dei quali sembra rientrare anche l'eliminazione dei simboli religiosi dai luoghi pubblici. È, altresì, vero, tuttavia, che la considerazione del principio di laicità nella prospettiva evidenziata implichi, contestualmente, una specifica attitudine da parte delle pubbliche istituzioni, basata sulla equidistanza e l'imparzialità, nella finalità di proteggere la libertà e l'uguaglianza dei singoli consociati. Così, ai singoli individui verrebbe garantita la protezione della libertà di religione, dalla quale deriva, tra le tante, anche la facoltà di fare uso della simbologia religiosa nei luoghi pubblici[15]. Ciò in quanto l'impegno dello Stato alla salvaguardia della libertà religiosa, in un contesto di pluralismo culturale e confessionale (così come evidenziato dalla sentenza n. 203/1989 della Corte costituzionale) sta a significare la garanzia e la protezione dei diritti di ciascun consociato, nel limite della non violazione dei diritti altrui e dei principi di struttura dell'ordinamento giuridico[16].

riferimento di carattere religioso e culturale può essere prescelto come archetipo di identità valido per tutti. Ne consegue, quindi, che la riduzione del crocifisso a simbolo "laico" della storia nazionale non possa legittimare la sua monolitica presenza nelle strutture pubbliche, in quanto, in tale configurazione, non conforme allo spirito e al dettato della Carta costituzionale. Cfr. J. Pasquali Cerioli, *L'indipendenza dello Stato e delle confessioni religiose. Contributo allo studio del principio di distinzione degli ordini nell'ordinamento italiano*, Milano, 2006, pp. 36-37.

[15] Secondo A. Morelli, *Simboli, religioni e valori negli ordinamenti democratici*, in E. Dieni, A. Ferrari, V. Pacillo (a cura di), *I simboli religiosi tra diritto e culture*, cit., p. 89, sarebbe rispondente alla natura pluralistica degli ordinamenti democratici contemporanei il riconoscimento, pur nel rispetto di alcuni limiti essenziali, dell'esistenza di un diritto soggettivo, in capo a ciascun consociato, all'ostensione dei simboli espressivi della personale appartenenza religiosa. Tale diritto, peraltro, si accompagna all'obbligo, gravante su tutti i soggetti della società civile e sui pubblici poteri, all'astensione dal porre in essere atti turbativi dell'uso della simbologia religiosa. Identiche riflessioni anche in V. Pacillo, *Diritto, potere e simbolo religioso nella tradizione giuridica occidentale*, in M. Parisi (a cura di), *Simboli e comportamenti religiosi nella società plurale*, cit., p. 195.

[16] Come sostenuto da L. Musselli, *Laicità dello Stato e libertà di religione nella Costituzione e nell'ordinamento italiano*, in I. Zilio-Grandi (a cura di), *Ordinamento giuridico italiano e tradizione giuridica islamica*, Venezia, 2006, p. 25, il rapporto esistente tra il principio di laicità e la libertà religiosa implicherebbe la facoltà individuale di indossare un abbigliamento spiritualmente connotato o di utilizzare la simbologia religiosa preferita, purché non venga a determinarsi la violazione di norme imperative o non si integrino situazioni di pericolo per l'ordine pubblico e per l'ordinaria convivenza collettiva.

In ogni caso, dovrebbe ritenersi che solo un intervento legislativo, teso a chiarire la portata e le capacità applicative del principio di laicità[17], potrebbe porre fine all'ampia varietà di orientamenti giurisprudenziali, dottrinali e politici relativi alla questione della simbologia religiosa nei luoghi pubblici[18]. Nell'attesa dell'auspicata azione chiarificatrice da parte del potere legislativo, potrebbe risultare positiva, su di un piano sociologico e non strettamente normativo, l'individuazione di modalità e tecniche favoritive per una equilibrata interpretazione del principio di laicità. Ovvero, si dovrebbe porre in essere un'azione di carattere culturale, indirizzata a determinare una applicazione del principio di laicità più ampia possibile, sottolineando l'effettiva latitudine del principio in parola, la sua completezza nella dimensione di strumento di realizzazione della libertà e della eguaglianza dei consociati tutti, la sua funzione di garanzia *ex parte publica* dei diritti di libertà e di non indifferenza delle pubbliche istituzioni verso le esigenze di realizzazione personale (anche di matrice spirituale) degli individui.

Nell'ipotesi in cui si perseveri nel considerare le istanze di rivendicazione identitaria connesse alla simbologia religiosa in una prospettiva di negazione dei diritti fondamentali di libertà della persona umana, trascurando l'importanza del significato culturale che viene conferito agli stessi simboli dell'appartenenza confessionale, l'approccio nei confronti di queste istanze problematiche rischierebbe sempre di essere di natura polemica e conflittuale. Il riferimento più immediato va alla problematicità che la questione dei simboli religiosi sta assumendo nel mondo della scuola, ove le criticità emergenti andrebbero risolte, in una prospettiva di reale concretizzazione del principio di laicità dello Stato, a mezzo delle strategie di convivenza multiculturale e multireligiosa poste in

[17] R. Coppola, *Simbolismo religioso e nuove prospettive per lo studio del diritto ecclesiastico dello Stato*, in R. Coppola e C. Ventrella Mancini (a cura di), *Giornate canonistiche baresi. Atti V*, Bari, 2008, pp. 25-26, evidenzia come l'applicazione del principio di laicità debba essere sempre relativa, nel senso di variabile in rapporto alla tradizione culturale, ai costumi di vita e agli ordinamenti giuridici propri di ciascuna realtà nazionale. Ovvero, il principio in parola andrebbe interpretato in relazione alla specifica organizzazione istituzionale di ogni Stato, inserito nella logica complessiva del quadro costituzionale ed ordinamentale delle singole realtà nazionali.

[18] Secondo N. Fiorita, *La disciplina della libertà religiosa: accontentarsi del male minore?*, in *Quad. cost.*, 2007, 1, p. 121, tale risultato potrebbe essere conseguito con l'approvazione da parte del Parlamento italiano del disegno di legge organica in materia di libertà religiosa, attraverso il quale si potrebbe determinare la reale latitudine del principio di laicità dello Stato, ribadendo i principi fondamentali del nostro ordinamento ed evidenziandone le conseguenze in relazione al riconoscimento dei diritti e alla individuazione dei loro limiti.

atto. Ovvero, nell'ottica dell'adozione, ad esempio nel complesso dell'azione educativa delle giovani generazioni, di modalità di comunicazione interculturale basate sulla evidenziazione degli elementi comuni tra le varie culture ed idealità (anche religiose), evitando di etichettare (in modo semplicistico) le differenze come mere ed irriducibili incompatibilità[19].

A fronte del quadro che, sin qui, si è delineato, sembrerebbe essere molto difficoltosa l'individuazione di una soluzione giuridica che possa avere il pregio di soddisfare tutte le differenti esigenze e prospettive in campo. Tuttavia, alcune possibili soluzioni possono essere suggerite, soprattutto in riferimento al mondo della scuola, conducendo un ragionamento di carattere politico-normativo e pratico.

Una prima proposta trae spunto dalla soluzione individuata dal Tribunale costituzionale federale tedesco il quale, con una discussa sentenza adottata il 16 maggio 1995, dichiarava in contrasto con la libertà di coscienza, garantita dall'art. 4 della Legge fondamentale di Bonn, l'obbligo di esporre il crocifisso nelle scuole bavaresi[20]. I giudici di Karlsruhe evidenziavano la necessità che il conflitto insorto tra diritti dotati di pari rilevanza costituzionale imponesse al legislatore bavarese la ricerca di una soluzione normativa di compromesso, in grado di contemperare le più diverse esigenze rilevate. La decisione della Corte federale, avvertita in Baviera (*Land* a forte maggioranza cattolica) come un *vulnus* alla propria identità culturale, e la contestuale azione di stimolo all'adozione di una innovazione normativa determinavano il Parlamento regionale di Monaco ad approvare una legge per conciliare l'esposizione del crocifisso con il principio fissato dalla magistratura costituzionale federale.

Ovvero, si è provveduto alla modifica della normativa bavarese in tema di educazione e istruzione pubblica, nella quale, pur conservandosi la disposizione statuente l'affissione del crocifisso nelle aule scolastiche del *Land*, è stato introdotto un correttivo in grado di superare il giu-

[19] In merito all'attuale tendenza, nelle strategie educative delle giovani generazioni, all'attivazione di moduli di insegnamento basati sulla interculturalità e sulla trasmissione di valori religiosi, etici e civici comuni ai più diversi orientamenti ideologici, 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. 464-467.

[20] Un obbligo derivante dall'art. 3, par. 7, della legge bavarese sull'educazione e l'istruzione pubblica (*Bayerisches Gesetz über das Erziehungs- undUnterrichtswesen, BayEUG*) del 21 giugno 1983. Il testo di tale norma recitava: «In considerazione della connotazione storica e culturale della Baviera, in ogni aula scolastica è affisso un crocifisso. Con ciò si esprime la volontà di realizzare i supremi scopi educativi della Costituzione sulla base di valori cristiani e occidentali in armonia con la tutela della libertà religiosa».

dizio di costituzionalità del Tribunale Federale. La nuova norma ha stabilito, infatti, che nell'ipotesi in cui la presenza del crocifisso «(…) venga contestata da chi ha diritto all'istruzione, per seri e comprensibili motivi religiosi o ideologici, il direttore didattico cerca un accordo amichevole». Come è intuibile, la riformulazione della contestata disposizione ha lasciato ampia discrezionalità alle autorità scolastiche, in ragione dell'autonomia ad esse conferita dal sistema federale, con l'obiettivo della individuazione di una soluzione pacifica alle eventuali controversie in materia, residuando un intervento risolutivo finale del Provveditore agli Studi per l'adozione di una regola *ad hoc* in grado di soddisfare le istanze di libertà religiosa dello studente dissenziente[21].

Tale soluzione, che non sembra in sé essere particolarmente sorprendente, potrebbe dimostrare la sua efficacia, contribuendo a risolvere le eventuali controversie sorgenti sul nascere e a diminuire il tasso di conflittualità in materia di simbologia religiosa, affidando alle autorità scolastiche, nella loro condizione di soggettività più vicine e più direttamente informate sulle situazioni specifiche, l'impegno all'individuazione di soluzioni ampiamente condivise[22]. In tal modo si potrebbe ovviare, come invece non è accaduto in Italia, all'obbligato ricorso ai più alti livelli giu-

[21] La *Bayerisches Gesetz über das Erziehungs- undUnterrichtswesen, BayEUG* è stata oggetto di modifica con l'adozione della legge 23 dicembre 1995, che ha aggiunto all'art. 7 della *Volkschule* questa previsione: «Se l'affissione del crocifisso viene contestata da chi ha diritto all'istruzione per seri e comprensibili motivi religiosi o ideologici, il direttore didattico cerca un accordo amichevole. Se l'accordo non viene raggiunto, egli deve adottare, dopo aver informato il Provveditorato agli Studi, una regola *ad hoc* (per il caso singolo) che rispetti la libertà religiosa del dissenziente ed operi un giusto contemperamento delle convinzioni religiose ed ideologiche di tutti gli alunni della classe; nello stesso tempo va anche tenuto in considerazione, per quanto possibile, la volontà della maggioranza».

Tale soluzione compromissoria è positivamente valutata da J. HABERMAS, *Solidarietà fra estranei. Interventi su «fatti e norme»*, Milano, 1997, pp. 53 ss., per il quale si tratta della individuazione di una regola neutrale che, sul piano astratto di una equiparazione giuridica delle diverse comunità eticamente integrate, riesca a riscuotere il consenso razionalmente motivato di tutte le parti in conflitto.

[22] *Contra* V. PACILLO e J. PASQUALI CERIOLI, *I simboli religiosi. Profili di diritto ecclesiastico italiano e comparato*, Torino, 2005, pp. 65-66, per i quali la "soluzione bavarese" mortificherebbe la pari dignità e tutela delle differenti convinzioni religiose ed ideologiche, rispetto al simbolo proprio di uno specifico credo, in una forma di obiezione di coscienza verso un obbligo imposto dai pubblici poteri nei confronti della generalità dei consociati; essa, inoltre, determinerebbe una valutazione discrezionale dell'autorità scolastica rispetto alla "serietà" delle eventuali posizioni personali di contrarietà all'esposizione del crocifisso. Infine, secondo gli Autori, la "soluzione bavarese" preluderebbe alla necessità di rendere manifesti i convincimenti religiosi individuali (in contraddizione con il diritto alla riservatezza sulle scelte di fede, strettamente connesso al diritto fondamentale di libertà religiosa), stante la realizzazione di una formale opposizione alla presenza del simbolo religioso della cristianità nelle aule scolastiche.

risdizionali, arrivando perfino ad interessare i giudici delle leggi e, poi, la magistratura europea[23]. Sostanzialmente, sulla falsariga della riforma legislativa bavarese, si suggerirebbe il conferimento alla dirigenza scolastica del necessario bilanciamento tra la neutralità dello Stato e le differenti convinzioni di natura ideologica e religiosa. Si è così fatta strada, anche in Italia, la cosiddetta "soluzione bavarese"[24], che sembra disporre delle potenzialità sufficienti al conseguimento dell'obiettivo della sterilizzazione delle eventuali conflittualità di matrice religiosa insorgenti nella contemporanea società multiculturale, con la individuazione di un metodo di confronto basato sulla ricerca dell'intesa e del dialogo, per favorire la civile convivenza delle pluralità, nel pieno rispetto dell'ampia gamma di tradizioni storiche e culturali in cui i consociati possono riconoscersi.

Il modello adottato nel *Land* tedesco, qualora venisse effettivamente esportato nel nostro Paese, potrebbe favorire la valorizzazione del pluralismo scolastico e territoriale, consentendo che nelle scuole pubbliche si renda manifesta la pluralità ideale da cui esse sono contraddistinte, ren-

[23] Il riferimento è alla recente sentenza *Lautsi v. Italia* della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 3 novembre 2009, la quale ha stabilito che l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche integrerebbe una violazione del diritto dei genitori a educare i figli secondo le loro convinzioni e del diritto degli alunni alla libertà di religione. Di conseguenza, non disponendo del potere di imporre la rimozione dei crocifissi dalle scuole italiane ed europee, la Corte ha dovuto limitarsi a condannare l'Italia a risarcire 5.000 euro alla ricorrente per danni morali, suscitando con il suo intervento una vasta eco nell'opinione pubblica italiana. Successivamente, la sentenza definitiva della "Grande Camera" del 18 marzo 2011 ha ribaltato la sentenza di primo grado, e i giudici di Strasburgo hanno proposto la tesi della insussistenza di elementi provanti l'eventuale influenza in negativo sulla libertà religiosa degli alunni a causa dell'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche.

Secondo M. Ricca, *Chi vuole il crocifisso? Domande semplici, democrazia interculturale, fede personale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, novembre 2009, p. 3, la Corte di Strasburgo considererebbe il richiamo alla cultura, evocato dal crocifisso e richiamato dai sostenitori della sua presenza nelle scuole, solo come una cortina fumogena «(…) per nascondere il tendenziale e solo in parte dissimulato confessionismo della repubblica italiana. (…). Il crocifisso reca un'indelebile impronta religiosa, in Italia preminentemente cattolica. E questa impronta è centrale, *essenziale* e inoccultabile; mentre marginali restano tutte le altre connotazioni, compresa quella culturale. In conclusione, la presenza simbolica della croce segnala il tentativo di ammanire nelle scuole pubbliche un insegnamento che integra l'adesione, il rispetto per valori o indici confessionali. La laicità ne risulta quindi irrimediabilmente tradita, la libertà religiosa di chi non crede irrimediabilmente offesa» (corsivo testuale).

[24] In dottrina, un esplicito sostegno a tale soluzione è offerto da S. Ceccanti, *E se la Corte andasse in Baviera?*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, Torino, 2004, pp. 21 ss., per il quale sarebbe auspicabile una decisione della Corte costituzionale di tipo additivo, ovvero una dichiarazione di incostituzionalità delle norme regolamentari connesse a quelle legislative, nella misura in cui esse non contemplino la possibilità per i presidi e per i direttori didattici di individuare soluzioni calibrate rispetto al singolo caso.

dendo visibili le differenze culturali presenti tra i discenti e tra gli stessi docenti. Ovvero, l'adozione di una normativa in tema di regolamentazione della presenza pubblica dei simboli religiosi tale, da un lato, da assecondare la ricchezza pluralistica dei vari istituti scolastici e, dall'altro, da favorire una reale libertà di scelte educative in favore dei genitori e degli alunni potrebbe essere coerente con le più recenti riforme legislative poste a disciplina del sistema scolastico nazionale (legge n. 62/2000 sulla parità scolastica e legge delega n. 53/2003 sulle disposizioni generali in materia d'istruzione). Tali interventi normativi, infatti, consentendo agli istituti scolastici di soddisfare le più diverse istanze di riconoscimento culturale, appaiono consentire una differenziazione delle scuole anche rispetto al fenomeno religioso, evidenziando come il pluralismo culturale in uno Stato genuinamente laico e neutrale possa implicare l'adozione di scelte concrete per una valorizzazione attiva delle diversità[25].

Nell'ipotesi in cui, a fronte della realizzazione concreta della "soluzione bavarese", venissero eccepite obiezioni di principio, in relazione ad una presunta violazione del principio di eguaglianza e al godimento delle guarentigie connesse alla libertà religiosa, tali argomentazioni non sembrerebbero prevalere rispetto alla consolidata configurazione del diritto di libertà religiosa, in grado di tollerare e richiedere l'adattamento della regola giuridica alle specificità della comunità cui essa si indirizza[26].

Tuttavia, accanto alla "soluzione bavarese", si potrebbero anche individuare due ulteriori possibili modelli in stretta connessione con il modello normativo individuato nel *Land* tedesco, ma da esso differenti per alcuni aspetti. Una prima variante potrebbe essere costituita dalla non

[25] Cfr. B. Randazzo, *Diversi ed eguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, Milano, 2008, p. 354. Su questi temi si consenta anche il rinvio a M. Parisi, *Parità scolastica, educazione religiosa e scuole islamiche: problemi e prospettive*, 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, pp. 41 ss.

[26] Cfr. M. Cartabia, *Il crocifisso e il calamaio*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, cit., p. 70

Contra R. Botta, *Simboli religiosi ed autonomia scolastica*, in *Corr. giur.*, 2004, 2, pp. 235-242, il quale esprime perplessità rispetto al "modello bavarese", ritenendo che il legislatore del *Land* tedesco non abbia risolto la questione problematica della presenza dei simboli religiosi nelle scuole. Infatti, secondo l'Autore, con la soluzione legislativa individuata in Baviera si sarebbero ignorati i dubbi esposti dalla Corte federale, per la quale la presenza del crocifisso integrerebbe, da un lato, l'ipotesi di una violazione dell'autonomia confessionale dei cristiani e, dall'altro, di una profanazione del simbolo della cristianità ove questo non venisse considerato in collegamento con un credo specifico.

imposizione di alcuna regola di carattere generale e dalla mancata previsione di una facoltà di obiezione per i fruitori dei servizi educativi, conferendo invece la decisione alla scelta discrezionale dei soggetti investiti dei compiti di gestione e di organizzazione della funzione educativa, in modo che sia ad essi lasciata l'opera di individuazione del valore prevalente e del conseguente bilanciamento tra i valori in conflitto[27]. Una ulteriore eventuale soluzione, quindi, potrebbe essere data dall'esposizione non di un solo simbolo religioso, fortemente caratterizzato in termini confessionali, ma di più simboli, in quanto la libertà religiosa ben può contemplare la possibilità di un'ampia pubblicità per la simbologia spirituale di altre fedi[28].

In conclusione, ciò che sembra essere necessario è che l'eventuale scelta in un senso o nell'altro possa realmente rappresentare l'esito di una delicata opera di bilanciamento tra interessi contrapposti, la quale non può essere conferita alla possibile operatività di strumenti regolamentari dall'incerta efficacia. Ovvero, tenendo conto delle soluzioni fin qui suggerite, dovrebbe ritenersi spettare alla legge l'individuazione di un punto di equilibrio tra le diverse esigenze, attraverso la ricerca di una "discrezionalità ragionevole", rispetto alla quale la Corte costituzionale possa eventualmente compiere un'azione di controllo e di verifica (che attualmente non le compete nei confronti delle disposizioni di natura regolamentare, devolute al controllo di legittimità dei giudici comuni)[29]. Il provvedimento legislativo da emanarsi, in ogni caso, dovrebbe presentare i caratteri della massima genericità, in modo da permettere, in rife-

[27] Cfr. E. Rossi, *Laicità e simboli religiosi*, in *Annuario 2007. Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, cit., p. 368.

[28] Cfr. E. Böckenförde, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa Unita*, Roma-Bari, 2007, pp. 20 ss. *Contra* G.B. Varnier, *Libertà, sicurezza e dialogo culturale come coordinate del rapporto tra islam e occidente*, in G.B. Varnier (a cura di), *La coesistenza religiosa: nuova sfida per lo Stato laico*, Soveria Mannelli, 2008, p. 34, per il quale la realizzazione di tale proposta determinerebbe la trasformazione delle aule scolastiche in un *pantheon*. Ovvero, secondo l'Autore, si determinerebbe l'annullamento vicendevole dei diversi simboli religiosi, «(…) restituendo in tal modo quella neutralità che si vorrebbe garantire in linea di principio con la rimozione del simbolo religioso cristiano e non osservando, invece, che si creerebbe un sistema confessionale plurimo, che contraddice ulteriormente il principio di laicità che si intende affermare».

[29] Del resto, l'individuazione di un modello giuridico che possa recepire, in modo trasparente, le evidenziate tendenze verso il pluralismo e la "personalizzazione" delle scelte in materia religiosa potrebbe fornire un valido contributo per la declinazione del coinvolgimento dello Stato con le organizzazioni religiose in forme compatibili con i principi della democrazia. Cfr. S. Ferrari, *Stati e religioni in Europa: un nuovo baricentro per la politica ecclesiastica europea?*, in *Quad. dir. pol. ecc.*, 2008, 1, p. 13.

rimento ai diversi contesti territoriali ed ambientali, una valutazione *ad hoc* sui singoli casi specifici, attraverso la realizzazione di un equilibrato coordinamento degli interessi. Si conseguirebbe il risultato di individuare, di volta in volta, l'opzione più giusta e convincente, tale da risultare rispettosa delle regole di libertà e di democrazia (quali fondamenti laici basilari per rendere viva ed operante la riconosciuta autonomia scolastica), in una prospettiva di garanzia del pluralismo ideale, costituzionalmente protetto, e di tutela delle peculiarità specifiche delle diverse comunità educative[30].

[30] Secondo M. Ricca, *Dike meticcia. Rotte di diritto interculturale*, Soveria Mannelli, 2008, pp. 250-251, l'obiettivo di fondo dovrebbe consistere nell'adattamento, nella coordinazione delle differenze, quale esigenza naturale per tutti i protagonisti dei contemporanei contesti multiculturali, nella ricerca di un nuovo vocabolario di verità lapalissiane dalla valenza interculturale, tratte dalle diverse tradizioni civili e religiose a mezzo di una laboriosa opera di traduzioni incrociate. Ovvero, nel pensiero dell'Autore, si dovrebbe dare voce ad una nuova laicità, intesa come modalità di armonizzazione delle differenze presenti nel contatto multiculturale, le quali si rendono palesi in differenti declinazioni dell'atteggiamento religioso. In questa prospettiva, le categorie della comunicazione sociale e della qualificazione giuridica dovrebbero essere l'esito di un'opera di ibridazione finalizzata a costruire un immaginario sociale in grado di erigere, sul piano simbolico, una "casa di tutti". Ne consegue la creazione di codici comunicativi atti a far salva la funzione aggregante della laicità, con lo sforzo e la propensione a cercare una mediazione tra le differenze sociali a mezzo della creazione di «(…) un dialetto dell'uguaglianza, della soggettività pubblica il più possibile ecumenico ed equitativo».

FEDERICO PERNAZZA

La normalizzazione tecnica nel processo di armonizzazione giuridica*

SOMMARIO: 1. Introduzione. Cenni al rapporto tra Diritto e Tecnica nella storia del pensiero filosofico e sociologico. - 2. La giuridificazione della tecnica: considerazioni generali. - 3. La "norma tecnica" nell'ordinamento italiano e le difficoltà di coordinamento con l'approccio comunitario. - 4. Modalità e conseguenze della giuridificazione della "norma tecnica" nel diritto italiano. - 5. Correlazione tra normalizzazione comunitaria e sistema italiano. - 6. Organismi e procedimenti di normalizzazione in Italia. - 7. La normalizzazione tecnica in un sistema giuridico multilivello.

1. *Introduzione. Cenni al rapporto tra Diritto e Tecnica nella storia del pensiero filosofico e sociologico*

Il problema della democraticità della *governance* che si pone nel processo di normalizzazione a livello nazionale, europeo e globale è soltanto un aspetto della tensione tra Diritto e Tecnica che caratterizza la società moderna, ma ha radici antiche.

Alle origini della civiltà occidentale il mito di Prometeo simboleggia il tentativo dell'Uomo di appropriarsi della potenza divina soggiogando le forze della Natura e piegandole, grazie all'acquisita perizia tecnica, a soddisfare autonomamente i propri bisogni. Già nel mito, tuttavia, la Tecnica mostrava il suo lato oscuro: Prometeo, reo del furto del fuoco, per punizione divina veniva legato in eterno ad una rupe del Caucaso con le catene che la Tecnica rubata agli Dei aveva consentito di forgiare.

La Tecnica è quindi neutrale ovvero ambivalente: offre benefici, ma può divenire strumento di coazione. È l'Uomo in grado di governarla e di dettare le regole migliori a tal fine?

Nel pensiero aristotelico, in particolare nell'Etica Nicomachea, emerge per la prima volta il tema del raffronto tra norme tecniche e norme che

* Il presente lavoro è stato elaborato nel quadro di una ricerca coordinata dall'Università di Paris-Dauphine per conto del Ministère de l'écologie, du développement et de l'amenagement durable della Repubblica francese sul tema "Gouvernance démocratique et normalisation: le modale européen". La ricerca ha fruito del prezioso contributo del Dr. Alberto Simeoni dell'UNI, cui va un caloroso ringraziamento.

attengono alle scelte individuali o sociali, tra ποίησις e πράξις, tra la sfera della produzione e dell'arte e quella dell'etica e della politica. Nel primo ambito la τέχνη è l'agire razionale finalizzato al produrre e si distingue dall'ἐπιστήμη, che ha ad oggetto la conoscenza della Natura.

Nell'ampia concezione greca della τέχνη sono compresi i mestieri, le professioni e le arti e le regole che presiedono al loro esercizio pratico e che consentono la produzione di beni o il raggiungimento di determinati risultati. Tuttavia la Tecnica non è autosufficiente, poiché la produzione è ritenuta neutrale rispetto ai fini che l'Uomo persegue quale individuo e nella collettività. Perciò, le regole della Tecnica sono subordinate alle scelte etiche e politiche attraverso le quali l'Uomo persegue il Bene, la felicità individuale e collettiva.

In epoca moderna, sin dai primordi della rivoluzione industriale, si prospetta la tendenza ad una inversione del rapporto e già nella celebre Parabole di Claude-Henry de Saint-Simon si colgono le radici di un'ideologia tecnocratica, secondo la quale sono le scienze e la tecnica a produrre la ricchezza delle nazioni: si auspica allora che il metodo che le caratterizza guidi anche le scelte politiche. In tale prospettiva non sono più le regole giuridiche, attraverso le quali si traducono in azione sociale le scelte politiche, ad orientare la Tecnica, ma è quest'ultima che, forte della razionalità del metodo, dovrebbe improntare di sé la collettività e le sue regole. Tuttavia, come la stessa Parabole evidenzia, il sapere scientifico e tecnologico è di pochi per cui, se le scelte e le conseguenti regole sociali dovessero fondarsi esclusivamente sul dato tecnico/scientifico, finirebbero per essere di fatto sottratte al processo democratico di formazione della volontà collettiva.

Nel XX secolo il progresso scientifico e tecnologico ha ampliato enormemente la sua incidenza sulla vita sociale ed economica ed ha consentito la persecuzione di fini ed il raggiungimento di risultati un tempo neppure immaginabili.

Nell'approccio tecnocratico il progresso, la possibilità di perseguire fini sempre nuovi, la volontà di potenza che si esprime attraverso lo sforzo scientifico-tecnologico diventa valore in sé e da mezzo si trasforma in fine, anzi diviene il fine supremo, cui gli altri fini sono comunque assoggettati.

Emerge allora nel pensiero filosofico e sociologico più recente, a partire dalle opere di Ellul in Francia, di Severino e di Galimberti in Italia, un'inversione del rapporto tra Tecnica e Diritto. Non è più la regola giuridica a determinare i fini ed i limiti dell'agire umano e quindi anche dell'opera scientifico-tecnica, ma sono piuttosto la Scienza e la Tecnica a condizionare l'azione individuale e collettiva anche, ma non soltanto, attra-

verso regole, il cui contenuto è determinato da valori tecnocratici e sottratto ad una valutazione comparativa di valori sottoposta ad un processo democratico.

Nel sistema delle fonti del diritto l'affermarsi dell'approccio tecnocratico sembrerebbe concretarsi attraverso l'espansione del ruolo della "norma tecnica".[1]

La ricognizione comparata della definizione di "norma tecnica", del suo ambito di utilizzazione, del suo valore giuridico e del processo di sua formazione diviene allora indispensabile per comprendere i meccanismi che presiedono all'agire della collettività e verificare la loro corrispondenza al principio fondamentale di formazione democratica delle regole.

2. *La giuridificazione della tecnica: considerazioni generali*

L'espansione degli effetti delle conoscenze scientifiche e l'incremento delle produzioni di beni e di servizi con un elevato tasso tecnologico impone una regolazione che può avere numerosi approcci tra cui: proibire, abilitare, incentivare o imporre l'utilizzo; creare meccanismi di protezione rispetto ai rischi per beni e persone; creare sistemi di controllo e determinare i soggetti e le istituzioni a ciò deputate; determinare i criteri di attribuzione delle responsabilità; contrastare la creazione di barriere tecniche al libero scambio o alla concorrenza; finanziare ulteriori ricerche o progetti di sviluppo.

In tutti i casi per guidare le scelte della collettività e predeterminare le modalità attraverso le quali essa si rapporta con le innovazioni scientifiche e tecnologiche non si può prescindere dall'introduzione di prescrizioni giuridicamente rilevanti che ad esse facciano riferimento; altrimenti, le condotte umane sarebbe effettivamente assoggettate al dominio della scienza e della tecnica e di chi di esse dispone, con effetti imprevedi-

[1] Una posizione a sé stante si coglie nell'opera di chi concepisce il Diritto stesso come una "norma tecnica", cfr. A. Ravà, *Il diritto come norma tecnica*, Cagliari, 1911. Secondo la teorica del Ravà (op. cit., p. 34) "il diritto è l'insieme di quelle norme le quali prescrivono la condotta che è necessario sia tenuta dai componenti la società acciocché la società stessa possa esistere" e si configura quindi come "norma tecnica" – in contrapposizione con le leggi di natura, da un lato, e le norme etiche, dall'altro – in quanto è un imperativo che si pone quale strumento per il raggiungimento di un fine (la pacifica coesistenza dell'umanità), che ha un fondamento etico. La doverosità del fine giustificherebbe la coercibilità della norma giuridica. La "tecnicità" consiste dunque nella strumentalità rispetto ad un risultato che nel caso delle scienze applicate consiste nell'individuazione degli strumenti e dei processi che sulla base delle leggi della natura consentono di ottenere un determinato prodotto o effetto.

bili non soltanto nell'ambito dell'economia, ma in tutti i rapporti sociali e finanche nella sfera più intima di ciascun individuo (si pensi all'invasività di alcuni trattamenti sanitari o dei nuovi strumenti in grado di violare la privacy).

La giuridificazione della tecnica, però, per essere efficace deve necessariamente adeguarsi alle caratteristiche dell'oggetto della regolazione.

La norma (qui intesa come regola giuridica) che ha ad oggetto un bene, un servizio o un processo scientifico o tecnologico deve rispondere a tre principali caratteristiche.

Il primo luogo, le regole giuridiche debbono avere una sfera di applicazione il più possibile coestesa al proprio oggetto: poiché scienza e tecnica hanno una vocazione universale, le regole giuridiche che le concernono debbono essere condivise a livello internazionale, potenzialmente a livello globale. In caso contrario, la diversità di regolazione può implicare l'acquisizione di posizioni di privilegio o di svantaggio competitivo, l'aggiramento di prescrizione proibitive, l'inefficacia delle disposizioni con finalità di prevenzione.

In secondo luogo, la regolazione in tali ambiti presuppone una conoscenza scientifica e/o tecnologica adeguata e le norme debbono quindi essere formate coinvolgendo coloro che dispongono di tali conoscenze.

Infine, la continua e sempre più veloce evoluzione scientifica e tecnologica impone un tempestivo adeguamento della regolazione, pena una rapida obsolescenza e conseguente irrilevanza o, peggio, incoerenza della stessa rispetto all'oggetto ed ai fini perseguiti.

Nel complesso, se, da un lato, beni, servizi e processi scientifici e tecnologici non sfuggono alla soggezione ai principi ed alle regole dell'ordinamento giuridico, dall'altro, le regole giuridiche, le fonti ed i processi di loro elaborazione sono necessariamente condizionati da tale peculiare oggetto.

Si assiste così allo spostamento della regolazione dal livello locale/nazionale a quello internazionale/globale, spesso con una inversione del rapporto tra fonte internazionale e fonte nazionale, non costituendo più la prima il risultato di una composizione mediata tra regolazioni nazionali preesistenti, ma il modello originario di riferimento cui gli ordinamenti nazionali tendono ad adeguarsi di fatto o in virtù di vincoli di diritto internazionale.

Ne consegue altresì un mutamento dei soggetti deputati alla funzione di regolazione con il coinvolgimento nel processo di elaborazione delle regole di enti pubblici e privati dotati di particolare expertise e con la sottrazione della valutazione in contraddittorio tra i potenziali stakeholders della regola in elaborazione ai tradizionali organi politico-rappresentativi, il cui ruolo persiste nei limiti della determinazione di un qua-

dro di principi e della ratifica di regole elaborate in altre sedi.

Ancora, la massa di prescrizioni ed il loro continuo aggiornamento rendono impraticabile l'utilizzo di fonti, come la legge, che si caratterizzano per un processo di elaborazione lungo e complesso ed orientano verso strumenti più flessibili, come i regolamenti emanati dalla Pubblica Amministrazione o da Autorità Indipendenti, o fonti legislative integrate dal richiamo a presupposti, elementi o contenuti variabili e suscettibili di rapido adeguamento.

Diverso è il tema della sussistenza o meno di una correlazione tra l'oggetto scientifico/tecnico della regola e la sua natura imperativa/dispositiva. In linea di principio non vi è motivo perché la materia scientifico-tecnologica debba caratterizzarsi per un tasso di imperatività inferiore ad altre, a meno di non sposare l'approccio tecnocratico che vede a priori nel progresso scientifico un valore prevalente, fatta salva la prova della sua dannosità. In realtà, spesso l'impatto sull'ambiente, sulle vita delle persone e delle comunità, sulle attività economiche può ingenerare contrasti con valori protetti dall'ordinamento con conseguente necessità di disposizioni imperative che vietino, limitino o sottopongano a condizioni anche determinati beni, servizi o processi ad elevato tasso scientifico-tecnologico.

Piuttosto è la natura e le caratteristiche delle fonti di regole che tendono a prevalere in tali ambiti, che implica la difficoltà di introdurre regole imperative, specie se corredate da sanzioni penali. Infatti, codici di condotta, raccolte di best practises o altre fonti elaborate da parte di organizzazioni di categoria sono principalmente finalizzate a rappresentare un modello comportamentale corretto, ma non possono introdurre gli strumenti di coazione e sanzione propri della legislazione. L'orientamento delle condotte può essere comunque indotto attraverso meccanismi indiretti, quali l'approccio "comply or explain", ovvero mediante la sussunzione di regole di soft law da parte della legislazione ordinaria o da fonti regolamentari che ne recepiscano i contenuti.

La diffusa convinzione che l'utilizzazione di fonti cui concorrano organismi tecnici o comunque espressione delle categorie dei soggetti che dispongano di un particolare expertise per conoscenze scientifiche o esperienza sul campo conduca ad una regolazione caratterizzata da un inferiore tasso di imperatività e quindi di tutela, è probabilmente frutto di un errore di prospettiva. La natura stessa delle fonti di soft law esclude che esse producano regole imperative assistite da strumenti di coercizione o di repressione delle condotte divergenti. Ciò non esclude, tuttavia, che si attivi un processo di sussunzione, di richiamo o di migrazione verso fonti di hard law, o che le prescrizione orginariamente dettate dalla

fonte di soft law non acquisiscano nel tempo carattere di imperatività corredata da strumenti di coercizione.

Particolari difficoltà emergono comunque nel diritto penale. Il diritto penale è tradizionalmente retto dai principi della riserva di legge (*nullum crimen sine lege*) e della tassatività ovvero della sufficiente determinatezza della fattispecie penale delineata dalla legge. Sempre più numerose sono tuttavia le ipotesi in cui la fattispecie criminosa è delineata attraverso il concorso di più fonti: la legge viene infatti integrata da fonti subordinate che possono assumere ruoli diversi, dalla determinazione delle condotte punibili alla disciplina di uno o più elementi che concorrono alla descrizione dell'illecito penale ovvero alla specificazione di elementi della fattispecie già legislativamente predeterminati nel nucleo essenziale. In tale ultimo caso, è assai frequente – e tendenzialmente considerato legittimo – che la specificazione di elementi "tecnici" sia operata da fonti di rango sublegislativo. Discutibile è però il risultato cui si perviene quando l'integrazione sia operata attraverso il richiamo a dati tecnici elaborati da enti diversi dalle pubbliche amministrazioni competenti o da fonti internazionali attendibili.[2]

3. *La "norma tecnica" nell'ordinamento italiano e le difficoltà di coordinamento con l'approccio comunitario*

L'approfondimento scientifico dei problemi connessi con la formazione di prescrizioni in materia tecnico-scientifica procede necessariamente dalla definizione del concetto di "norma tecnica" ed in particolare dalla eventuale distinzione dello stesso rispetto al concetto di "norma giuridica".

[2] Paradigmatico è il caso della normativa in materia di reflui industriali di cui al D. Lgs. 11 maggio 1999, n. 152 . Inizialmente il reato di cui all'art. 59 (superamento dei valori limite negli scarichi) era specificato con il riferimento ad una serie di sostanze elencate nella tabella 5 dell'allegato 5, il cui n. 18 faceva riferimento genericamente "alle sostanze di cui è provato il potere cancerogeno". La Corte di Cassazione con la sentenza 13 ottobre 1999, n. 13694 (Tanghetti) segnalò che per fugare ogni dubbio di costituzionalità per possibile contrasto con il principio di determinatezza di cui all'art. 25 della Costituzione) a fronte della citata espressione indeterminata occorreva considerare soltanto quelle sostanze che fossero ritenute cancerogene dal Ministero della Sanità o da fonti internazionali autorevoli. Ciò ha condotto alla modifica del citato n. 18 della tabella 5 dell'allegato 5 che ora si riferisce alle "sostanze di cui, secondo le indicazioni dell'agenzia internazionale di ricerca sul cancro (IARC), è provato il potere cancerogeno". Il problema della potenziale violazione dell'art. 25 della Costituzione in caso di integrazione della norma penale con determinazioni amministrative a contenuto tecnico è stato risolto negativamente per la prima volta da Corte Cost. 19 maggio 1964, in *Giur. cost*. 1964, p. 483 ss., con riferimento all'ipotesi della determinazione da parte Ministro della sanità dell'elenco degli stupefacenti di cui è vietata la detenzione.

E' significativo che in tale ambito il legislatore comunitario ha ritenuto necessario adottare una soluzione uniforme con la direttiva del Consiglio della Comunità Europea n. 83/189/CEE del 28 marzo 1983, con la quale sono stati definiti, come noto, i concetti di "norme", "spécification technique" e "règle technique"[3]. Ciò conferma il condizionamento che il Diritto subisce quando intenda investire la materia Tecnica: non soltanto, come già segnalato, per garantire efficacia alla prescrizioni si deve ricorrere a fonti che si sovrappongono a quelle nazionali, ma lo stesso linguaggio giuridico ne risulta necessariamente trasformato per garantire l'uniformazione dei concetti fondamentali, che costituisce il presupposto logico di una disciplina armonizzata. Rispetto all'uso tradizionale dei concetti di "norma" e di "regola" si coglie, infatti, una inversione[4]. In Ita-

[3] L'art. 1 della legge 21 giugno 1986, n. 317 presenta una serie di definizioni che ripropongono testualmente quelle della direttiva ed in particolare: "specifica tecnica", definita come "una specifica contenuta in un documento che definisce le caratteristiche richieste ad un prodotto, quali i livelli di qualità o di appropriata utilizzazione, la sicurezza, le dimensioni comprese le prescrizioni applicabili al prodotto per quanto riguarda la denominazione di vendita, la terminologia, i simboli, le prove ed i metodi di prova, l'imballaggio, la marcatura e l'etichettatura, nonché le procedure di valutazione della conformità"; "norma", definita come una "specifica tecnica, approvata da un organismo riconosciuto e abilitato ad emanare atti di normalizzazione, la cui osservanza non sia obbligatoria e che appartenga ad una delle seguenti categorie: norma internazionale, norma europea, norma nazionale. Sono norme internazionali, europee o nazionali, le norme adottate e messe a disposizione del pubblico rispettivamente da un'organizzazione internazionale di normalizzazione, da un organismo europeo di normalizzazione o da un organismo nazionale di normalizzazione"; "regola tecnica", definita come "una specifica tecnica o altro requisito o una regola relativa ai servizi, comprese le disposizioni anche amministrative, che ad esse si applicano, la cui osservanza è obbligatoria per la commercializzazione, la prestazione dei servizi, lo stabilimento di un prestatore di servizi o l'utilizzo degli stessi in tutto il territorio nazionale o in una parte importante di esso. (…) Costituiscono in ogni caso regole tecniche: 1) le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative che fanno riferimento diretto ovvero indiretto, attraverso codici professionali o di buona prassi, a specifiche tecniche o ad altri requisiti o a regole relative a servizi la cui osservanza conferisce una presunzione di conformità alla prescrizioni fissate dalle suddette disposizioni legislative, regolamentari o amministrative; 2) gli accordi facoltativi, dei quali l'Amministrazione è parte contraente e che, nell'interesse generale, mirano al rispetto di specifiche tecniche o di altri requisiti o di regole relative ai servizi, ad eccezione del capitolato degli appalti pubblici; 3) le specifiche tecniche o altri requisiti o le regole relative ai servizi connessi con misure di carattere fiscale o finanziario che influenzano il consumo di prodotti o di servizi, promuovendo l'osservanza di tali specifiche tecniche o altri requisiti o le regole relative ai servizi connessi con misure di sicurezza sociale".

[4] Si è peraltro segnalato che delle espressioni "norma tecnica" e "regola tecnica" è frequente un uso promiscuo: "sia nel linguaggio comune, che in quello giuridico, la locuzione di norma tecnica è ampiamente utilizzata come equivalente a quella di regola tecnica per indicare quelle prescrizioni a contenuto tecnico che, qualora richiamate in un atto

lia, nel linguaggio giuridico comune alla dottrina ed alle fonti di diritto, il termine "norma" è tradizionalmente riferito alla "norma giuridica" ovvero alla prescrizione che basa il suo valore su una fonte riconosciuta dall'ordinamento, sia essa la Costituzione, una legge o un regolamento, e l'espressione "produzione normativa" è riferita genericamente all'introduzione di prescrizioni giuridicamente vincolanti ad opera di fonti a ciò deputate.

Invece, il termine "regola" fa riferimento, più genericamente, a prescrizioni sulla condotta umana che possono avere valenza giuridica o emergere altrimenti dalla prassi sociale, tanto è vero che, a fianco delle "regole di diritto" si parla di "regole dell'arte" (non di "norme dell'arte"), per richiamare proprio quelle specifiche tecniche relative a beni e servizi, che emergono da una consolidata prassi degli operatori e non da prescrizioni contenute nella legge.[5]

Le nuove definizioni di "specifica tecnica", "norma" e "regola tecnica" introdotte anche nell'ordinamento italiano in attuazione delle direttive comunitarie, non hanno tuttavia privato di significato gli sforzi già compiuti a livello nazionale per giungere ad una sistematizzazione teorica su cui potesse fondarsi una utilizzazione dei concetti coerente nella legislazione e nella giurisprudenza.

I maggiori contributi della dottrina e della giurisprudenza sono stati dedicati all'approfondimento del rapporto tra tecnica e diritto in due ambiti: il primo connesso alla determinazione dei poteri della Pubblica Amministrazione ed alla sindacabilità del suo operato quando concernente atti basati su presupposti scientifici o tecnici; il secondo correlato alla compatibilità con le riserve di legge previste dalla Costituzione dell'integrazione della norma legislativa con l'intervento di apporti di natura tecnica ad opera di fonti sublegislative o di organi con funzioni meramente tecniche.

giuridico, aggiungono alla prescrittività tecnica loro propria anche la prescrittività giuridica", M. GIGANTE, voce "*Norma tecnica*", in *Dizionario di Diritto Pubblico* diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, p. 3807.

[5] Un riscontro dell'espressione "regole dell'arte" si coglie negli artt. 1660 e 1662 del Codice civile italiano. Non è tuttavia contestata la possibilità del legislatore nazionale e comunitario di attribuire alle parole significati diversi da quelli usuali, pur dovendosi deprecare tali scelte che ingenerano il rischio di confusione. Nel linguaggio scientifico l'utilizzazione dei due concetti nelle accezioni sopra proposte è infatti assai radicato: cfr. A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Diritto dell'Economia* 1996, p. 251 ss., a p. 296, ove si rammenta come i concetti di "norma" e "regola" hanno ricevuto una consacrazione scientifica sin dall'opera di SANTI ROMANO, "*L'ordinamento giuridico: studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*", Pisa, Mariotti, 1918.

Nel primo ambito nel corso di tutto il XX secolo, ma più intensamente a partire dagli anni '60, la dottrina italiana ha cercato estendere il sindacato giudiziale sull'attività della Pubblica Amministrazione con riferimento ad atti e provvedimenti non vincolati, in cui la discrezionalità non è piena (cosiddetta "discrezionalità pura"), ma è condizionata all'accertamento di presupposti complessi, spesso di natura scientifica o tecnica (cosiddetta "discrezionalità tecnica")[6].

Fino agli ultimi anni del secolo la giurisprudenza amministrativa è stata rigorosamente orientata nel senso di escludere dal proprio sindacato le norme e le valutazioni tecniche assunte dalle pubbliche amministrazioni quale presupposto degli atti posti in essere. Da ultimo, però, è emerso un nuovo orientamento per cui la "discrezionalità tecnica" va considerata una sfera distinta dalla valutazione di opportunità che è propria del cosiddetto "merito amministrativo", sottratto al controllo del Giudice[7]. Si è cosi aperta la strada alla verifica giudiziale dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza circa i criteri ed i procedimenti utilizzati, che è ormai resa possibile grazie all'introduzione della consulenza tecnica nel processo amministrativo, ad opera della legge 21 luglio 2000, n. 205.

E' evidente, però, che in tal caso lo sforzo di determinazione del concetto di "discrezionalità tecnica", e correlativamente di "norma tecnica",

[6] Tra i contributi più significativi il primo saggio che apre tale prospettiva è di F. Cammeo, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it*. 1902, III, 275 ss.; nel dopoguerra si segnalano le monografia di V. Bachelet, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano 1967 ed il saggio di F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm*. 1983, 247 ss. Da ultimo, ripercorre l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale inquadrando il tema delle norme tecniche nello sviluppo storico delle fonti dell'ordinamento italiano e comunitario F. Salmoni, *Le norme tecniche*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 31 ss.

[7] La decisione che ha segnato la svolta nell'orientamento della giurisprudenza è Consiglio di Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601 secondo la quale la discrezionalità tecnica ricorre quando "l'amministrazione per provvedere su un determinato oggetto deve applicare una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta. L'applicazione di una norma tecnica può comportare valutazione di fatti suscettibili di vario apprezzamento, quando la norma tecnica contenga dei concetti indeterminati o comunque richieda apprezzamenti opinabili"; il controllo del giudice investe non soltanto il controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dalla pubblica amministrazione, ma anche una "verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo". Tra i molti commenti si vedano P. Lazzara, *Discrezionalità tecnica e situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. proc. amm*. 2000, p. 185 ss. e L. Perfetti, *Ancora sul sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm*. 2000, I, 424 ss., nonché l'approfondimento ad essa dedicato nel quadro della ricca e documentata ricostruzione monografica di F. Salmoni, *Le norme tecniche*, cit., p. 203 ss.

si è appuntato sul contenuto, poiché proprio in base alla natura dello stesso si è potuto imporre o giustificare un peculiare regime giuridico. In tale contesto il concetto di "norma tecnica" comprende enunciazioni logiche o deduzioni scientifiche ed anche i criteri di comportamento che costituiscono l'applicazione di regole desunte da scienze e tecniche, ma prescinde dalla fonte in cui viene espressa.

Una valutazione più ampia del rapporto tra "norma giuridica" e "regola tecnica" è emersa invece nella giurisprudenza della Corte Costituzionale nelle materie soggette a riserva di legge.

In più ambiti si è posto, infatti, il dubbio di costituzionalità rispetto al principio della riserva di legge quando la prescrizione contenuta nella legge debba essere integrata attraverso il contributo consultivo di un organo tecnico ovvero da una fonte sublegislativa che svolga la funzione di determinare profili meramente tecnici.

In tali casi emerge quindi il duplice profilo della natura tecnica dell'integrazione e della diversità delle fonti, atteso che il dubbio di costituzionalità si pone rispetto a contenuti fissati in atti e provvedimenti di qualsiasi natura, se diversi dalla legge intesa in senso formale. Nella maggioranza dei casi la prescrizione legislativa posta all'attenzione della Corte Costituzionale era integrata con decreti ministeriali o altri provvedimenti amministrativi, tuttavia i principi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale sono suscettibili di applicazione anche ad integrazioni tecniche effettuate richiamando elaborazioni di organismi estranei all'amministrazione pubblica.

La Corte Costituzionale ha escluso la violazione delle riserve di legge qualora il richiamo di profili e norme tecniche precluda valutazioni rimesse al libero apprezzamento dell'autorità deputata ad integrare la norma giuridica. Per determinare tale presupposto la Corte ha costruito ed utilizzato un concetto di "norma tecnica" rigorosamente delimitato: sono norme tecniche "quelle prescrizioni che vengono elaborate generalmente sulla base dei principi desunti dalle c.d. "scienze esatte" o dalle arti che ne sono applicazione"[8].

Si è dunque evidenziato che la logica seguita dalla Corte Costituzionale procede dalla separazione tra Tecnica e Diritto e configura le nor-

[8] Corte Cost. 14 marzo 1997, n. 61 in *Giur. cost*. 1997, 634 ss. con nota di M. GIGANTE, *Alcune osservazioni sull'evoluzione dell'uso del concetto di tecnica*, e in termini analoghi Corte Cost. 26 febbraio 1998, n. 30 e Corte Cost. 21 marzo 2001, n. 84. Nella prima sentenza si esclude, invece, che costituiscano norme tecniche le disposizioni "volte a fissare criteri di organizzazione, ad individuare organi e procedure (…), a determinare la composizione e i compiti dei comitati"

me tecniche quale frutto diretto o indiretto delle scienze esatte e come tali ipoteticamente sottratte a valutazioni discrezionali, pur nella consapevolezza della relatività delle certezze prodotte della tecnica e del continuo aggiornamento delle conoscenze scientifiche e dei risultati ottenibili dalla tecnica[9].

Del tutto differente è, invece, l'approccio del diritto comunitario e delle disposizioni nazionali che ne costituiscono l'attuazione: in tal caso, oltre al profilo "tecnico" del contenuto (che emerge dalla definizione di "specifica tecnica"), la caratterizzazione della "norma" deriva dalla fonte (organismo riconosciuto ed abilitato ad emanare atti di normalizzazione) e dal valore giuridico (osservanza non obbligatoria).

Tale discrasia discende dai diversi scopi perseguiti dal legislatore ovvero dalla scienza giuridica con l'utilizzazione delle citate espressioni e con la costruzione intorno ad esse di una complesso di regole[10].

Nel caso delle espressioni "spécification technique", "norme" e "règle technique" di cui alla direttiva n. 189/83/CEE ed alle direttive che sono state emanate sulla base del "nouvel approche" delineato con la risoluzione del Consiglio del 7 maggio 1985, lo scopo è strettamente connesso con l'esigenza di assicurare la libera circolazione delle merci nel mercato unico europeo eliminando barriere tecniche introdotte da norme giuridiche o da situazioni di fatto. In tale contesto, come noto, la Comunità si ispira al principio del mutuo riconoscimento e, fallito il tentativo di una armonizzazione tecnica integrale mediante direttive, limita l'armonizzazione legislativa ai requisiti essenziali di sicurezza che i prodotti debbono soddisfare per poter circolare liberamente, ma, nel contempo, impone agli Stati un obbligo di *stand still* in ordine alla creazione di regole tecniche nelle materie soggette ad armonizzazione e crea un meccanismo di elaborazione di norme armonizzate con il contributo degli organismi nazionali e comunitari di normalizzazione.

È logico, quindi, che agli stessi termini corrispondano nel contesto comunitario e nei diritti nazionali diversi significati ed ambiti di applicazione. Non a caso, correttamente le direttive comunitarie precisano che

[9] Una lucida ricostruzione dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia è offerta da F. SALMONI, *Le norme tecniche*, cit., p. 97 ss.

[10] La discrasia tra i significati dello stesso termine nelle fonti comunitarie e nazionali non costituisce tuttavia una peculiarità della materia in esame. Anche rispetto ad altre nozioni giuridiche fondamentali - quale ad esempio il concetto di "impresa" - si rileva un fenomeno analogo dovuto all'utilizzazione dello stesso prevalentemente ai fini della regolazione della concorrenza in ambito comunitario e con più ampi scopi nei contesti nazionali.

il proposto significato dei termini "spécification technique", "norme" e "règle technique" è dettato ai fini delle direttive stesse e quindi senza alcuna pretesa di assolutezza. In tale ottica si comprende, ad esempio, l'equiparazione tra le norme tecniche nazionali e le regolamentazioni tecniche[11], poiché il nucleo della valutazione del diritto comunitario non è costituito dal valore giuridico della prescrizione, ma dall'effetto che essa può produrre di fatto sul mercato.

La necessaria difformità delle nozioni e degli strumenti giuridici, dovuta alla diversità dei fini, non consente la trasposizione al fenomeno della normalizzazione comunitaria dei risultati della riflessione dottrinale e giurisprudenziale maturata a livello nazionale su diverse basi.

Il confronto tra Tecnica e Diritto ha dunque vari piani e terreni di confronto e ciascun ambito necessita di un linguaggio e di soluzioni appropriate. Comune è però il problema, per così dire, "strutturale" del rapporto tra norma tecnica (regola tecnica, secondo il linguaggio della scienza giuridica italiana) e regola tecnica, ovvero della norma giuridica (secondo la terminologia tradizionale italiana) che internalizza nell'ordinamento giuridico cognizioni scientifiche e tecniche e prescrizioni operative fondate su di esse. Si tratta del cosiddetto problema della "giuridificazione" delle norme tecniche rispetto al quale merita comparare l'approccio comunitario con quello dei legislatori nazionali.

4. *Modalità e conseguenze della giuridificazione della "norma tecnica" nel diritto italiano*

Nell'ordinamento italiano la giuridificazione di concetti e prescrizioni basate su cognizioni scientifico/tecniche, anche, ma non soltanto, con fini di "normalizzazione", è stata operata tradizionalmente attraverso tre diverse metodiche, usualmente denominate "incorporazione", "rinvio fisso o recettizio" e "rinvio mobile o formale"[12] [13].

[11] Si veda il punto 19 delle premesse della direttiva 98/34/CE del Parlamento e del Consiglio del 22 giugno 1998.

[12] Le tecniche di giuridificazione non presuppongono un tipo specifico di fonte giuridica (legge, regolamento), che incorpora la norma tecnica o ad essa fa rinvio, poiché non vi sono principi costituzionali in ordine al livello di potere competente (cfr. A.M. SANDULLI, *Le norme tecniche nell'edilizia, Riv. giur. edil.*, 1974, p. 189). Ciò è coerente, d'altronde, con la concezione, come visto condivisa dalla Corte Costituzionale, che distingue nettamente la sfera della Tecnica da quella del Diritto.

[13] La tripartizione tra incorporazione, rinvio fisso e rinvio mobile è sostanzialmente condivisa da tutta la dottrina italiana: cfr E. CHITI, voce "*Normalizzazione tecnica*", in Di-

L'incorporazione, che rispecchia in parte, sul piano strutturale, il modello comunitario delle direttive di armonizzazione tecnica emanate prima dell'adozione del nuovo approccio, consiste nell'integrazione delle specifiche tecniche nel testo normativo, talvolta all'interno delle disposizioni, più frequentemente attraverso allegati.

Il meccanismo dell'incorporazione è stato utilizzato spesso dal legislatore italiano con riferimento alle specifiche tecniche, in genere attraverso l'utilizzo di una fonte giuridica articolata su due livelli: la legge o una fonte di pari livello, in cui sono fissati le finalità ed i principi cui si ispira la regolamentazione; un regolamento, introdotto con decreto ministeriale o, più di recente, con provvedimento di autorità amministrative indipendenti dotate di poteri regolamentari, in cui sono incorporate nel testo regolamentare o negli allegati le norme tecniche.

Il rinvio fisso o recettizio si configura quando la fonte giuridica richiama dati o prescrizioni prodotti da altra fonte identificata in modo tale che gli stessi sono internalizzati nella disposizione che effettua il rinvio e ne acquisiscono le caratteristiche e la forza giuridica. Nell'ambito tecnico, sempre più numerosi sono i richiami nella legislazione italiana a norme tecniche elaborate dall'UNI ovvero da norme tecniche armonizzate a livello europeo o internazionali (norme EN o ISO). In una fase più risalente, tale richiamo era talvolta mediato da una fonte regolamentare (decreto ministeriale), nel senso che il rinvio presupponeva una approvazione ministeriale della norma tecnica[14].

zionario di Diritto Pubblico diretto da S. Cassese, Milano, 2006, p. 3812 ed ivi tutti i richiami. La tripartizione trova un significativo parallelismo, ma non una coincidenza nella letteratura giuridica franco-belga che distingue tra "référence rigide", "référence glissante" e "référence ouverte": cfr. H. Aubry, *La normalisation, une norme en principe non obligatoire*, Rapport au colloque sur le thème "*La fabrique du bien commun*", Paris- Dauphine, 18 mars 2010, ove gli ulteriori richiami. La dottrina tedesca distingue la "starre Verweisung" o "statische Verweisung" dalla "dynamische Verweisung"; tale ultima forma è quella prevalente in Germania dove è spesso utilizzata per concretizzare clausole generali contenute nei testi di legge ("normekonkretisierende allgemeine Verweisung"): v. A. Zei, *Il diritto della tecnica ha carattere pubblico o privato ?: il modello tedesco di "autoregolazione regolata"*, in *Nomos*, n. 3/2003, p. 73 ss. ed ivi tutti i richiami, tra cui fondamentale U. Karpen, *Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik*, De Gruyer, Berlin, 1970.

[14] Si veda, ad esempio, il D.P.R. n. 547 del 1955, ormai abrogato, sulla salute dei lavoratori che all'art. 395 prevedeva per le macchine, gli impianti costruiti o installati dopo l'entrata in vigore il riconoscimento dell'efficacia dei nuovi mezzi o sistemi di sicurezza fosse effettuato con decreto del Ministro per il lavoro e la previdenza sociale; analogamente la legge 6 dicembre 1971, n. 1083 in materia di sicurezza nell'impiego del gas, che dichiarava le norme dettate in materia dall'UNI rispondenti alle buone tecniche per la sicurezza, ma, nel contempo, richiedeva l'approvazione delle stesse da parte del Ministero dell'industria del commercio e dell'artigianato.

Il rinvio mobile o formale, infine, si verifica, secondo una definizione che risale a Santi Romano, quando un ordinamento "dichiara che certe materie o rapporti rimangono esclusi dalla sua sfera e abbandonati ad un altro ordinamento"[15]; in altri termini il richiamo non ha ad oggetto una prescrizione già determinata o determinabile, ma una diversa fonte, la cui produzione di regole viene ad integrare quelle richiamanti. Nell'ambito dei richiami alle norme tecniche il modello nella legislazione italiana, che ha anticipato per certi aspetti quello comunitario, è costituito dalla legge 1 marzo 1968, n. 186 concernente la produzione di materiali, apparecchiature macchinari, installazione e impianti elettrici ed elettronici. La legge dispone (art. 1) che "tutti i materiali, le apparecchiature, i macchinari, le installazioni e gli impianti elettrici ed elettronici devono essere costruiti a regola d'arte", ma subito precisa (art. 2) che "i materiali, le apparecchiature, i macchinari, le installazione e gli impianti elettrici ed elettronici realizzati secondo le norme del Comitato Elettronico Italiano (CEI) si considerano costruiti a regola d'arte".

La dottrina ha ampiamente dibattuto sugli effetti che derivano dalle diverse forme di giuridificazione della norma tecnica e su quale meccanismo di richiamo delle norme tecniche sia più opportuno.

Sul piano sistematico sono certamente più lineari le ipotesi di incorporazione e di rinvio fisso, per le quali è anche agevole trarre conseguenze coerenti ed apparentemente soddisfacenti in termini di tutela degli interessi dei soggetti potenzialmente investiti dall'applicazione delle regole. Tanto l'incorporazione quanto il rinvio fisso comportano l'attribuzione alla norma tecnica di un valore ed un'efficacia pari a quelli della fonte giuridica che integrano ed attribuiscono quindi, generalmente, al contenuto della norma tecnica forza di legge[16]: ne consegue che l'interpretazione è soggetta alle regole proprie dell'interpretazione della legge, la violazione può costituire un illecito, il giudice è tenuto a conoscerla ed è ammissibile il ricorso dinanzi alla Corte di Cassazione in caso di sua violazione o falsa applicazione. Qualora poi la norma tecnica sia incorporata in una fonte di rango secondario, essa può essere oggetto di impugnazione dinanzi al Giudice amministrativo, mentre se è incorporata in una norma di legge o di una fonte assimilata può essere soggetta

[15] V. Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, II ed., Firenze 1951, p. 128.

[16] Cfr. V. Bachelet, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, cit., p. 85; F. Ancora, *Normazione tecnica e certificazione di qualità. Elementi per un studio*, in *Cons. Stato*, 1994, p. 1587; M. Gigante, *Effetti giuridici nel rapporto tra tecnica e diritto: il caso delle "norme armonizzate"*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 1997, p. 313 ss. a p. 318; F. Salmoni, *Le norme tecniche*, cit., p. 250.

al controllo di costituzionalità.

In tali casi, inoltre, resta ben chiara la distinzione tra il ruolo che la norma tecnica ricopre fintanto che non incorporata o oggetto di "rinvio fisso", da un lato, e, dall'altro, gli effetti della giuridificazione, che conseguono dalla fonte giuridica che la richiama; non si pongono perciò, almeno in linea teorica, i problemi di rappresentatività e di adeguata considerazione degli interessi pubblici da parte degli enti di normalizzazione, poiché ad essi non è riconducibile la creazione di prescrizioni giuridicamente vincolanti[17].

La dottrina più accorta ha, tuttavia, sottolineato che l'incorporazione ed il rinvio fisso comportano una sclerotizzazzione della regolazione giuridica a causa della obsolescenza delle norme tecniche incorporate o richiamate, che conduce a potenziali inefficienze o a risultati palesemente inaccettabili, quando il contrasto tra la regolazione e lo stato dell'arte divergono in modo significativo[18].

Non a caso, anche nella legislazione italiana è stato utilizzato sin dal 1968, come detto, lo strumento del "rinvio mobile" con riferimento alle norme elaborate dal CEI, uno dei due organismi di normalizzazione. Sin dalla legge n. 186/1968 si evince, tuttavia, che un "rinvio mobile" di tal fatta non può essere assunto quale base di una regolamentazione imperativa, ma al più può costituire una presunzione di corrispondenza della condotta dell'operatore alle "regole dell'arte" con l'effetto di consentire la commercializzazione dei prodotti ed esonerarlo da eventuali responsabilità[19].

La Corte di Cassazione si è orientata, infatti, nel senso di escludere la sanzione penale in caso di violazione delle norme elaborate dagli enti di normalizzazione, se non recepite con incorporazione o rinvio fisso dalla legge[20]; d'altronde, la giurisprudenza afferma che il rispetto del-

[17] Non sfugge, tuttavia, ad una considerazione dell'effettività del processo normativo, che anche in questi casi la sede dove si forma il precetto, che poi viene generalmente acquisito senza ulteriori verifiche di merito, è quella di un organo privo del potere di legiferare e che è espressione soltanto delle categorie di *stakeholders* ammesse a partecipare alla propria attività in base a regole di natura privatistica.

[18] Si veda ancora M. Gigante, *Effetti giuridici nel rapporto tra tecnica e diritto: il caso delle "norme armonizzate"*, cit., p. 322.

[19] Cfr. P. Andreini, *La normativa tecnica tra sfera pubblica e sfera privata*, in P. Andreini, G. Caia, G. Elias e F. Roversi Monaco, (a cura di), *La normativa tecnica industriale*, Bologna, 1995, 85; A. Oddo, *La rilevanza giuridica delle norme emanate dal Comitato elettrotecnico italiano*, in *Rass. giur. energia elettrica*, 1987, 877 ss.

[20] Escludono la sanzione penale Corte di Cassazione penale, sez. III, 18 luglio 1981, n. 7253, in *Mass. giur. lav.* 1982, p. 91 ss. con nota di L. Orga, *Rapporto tra precetti antinfortunistici e "norme C.E.I."*, Corte di Cassazione penale, sez. III, 24 ottobre 1984, in *Giust. Penale*, 1986, II, 294, Corte di Cassazione penale, sez. III, 5 ottobre 1987, in *Foro it.* 1988, II, 259

le stesse norme esonera da responsabilità chi abbia violato anche prescrizioni penalmente sanzionate, ma basate su specifiche tecniche ormai superate[21]. Tale affermazione è stata comunque agevolata proprio dalla legislazione antinfortunistica, in quanto prevedeva che per i sistemi di sicurezza adottati successivamente all'emanazione della legge il riconoscimento sarebbe stato effettuato con decreti ministeriali, riconoscimento cui è stato equiparato quello generale effettuato dalla legge n. 186/1968 alle norme CEI. Da ciò parte della dottrina ha dedotto che alle norme tecniche elaborate dal CEI sarebbe attribuito un effettivo valore giuridico, e non costituirebbero più mere integrazioni di precetti di legge incompleti o generici[22]. A tale risultato si perverrebbe, tuttavia, non già *"in forza di una loro (delle norme tecniche) intrinseca bontà, né in forza dell'oggettività e della neutralità della tecnica, ma esclusivamente perché i pubblici poteri hanno la necessità, che deriva loro dai trattati comunitari, di adeguarsi rapidamente alle esigenze che lo sviluppo scientifico e tecnologico impone e tale necessità può essere agevolmente soddisfatta ricorrendo all'attività di soggetti privati a ciò opportunamente autorizza-*

e ss. con osservazioni di R. Guariniello; nello stesso senso in caso di emissioni moleste senza superamento delle soglie dettate con norme tecniche incorporate dalla legge, Corte di Cassazione penale, sez. I, 7 luglio 2000, n. 8094; Corte di Cassazione penale, sez. I, 14 marzo 2002, n. 23066, Corte di Cassazione penale, 12 marzo 2002, n. 15717 e Corte di Cassazione penale, sez. III., 3 marzo 2004, n. 9757; in senso contrario l'isolata decisione della Corte di Cassazione penale, sez. IV, 15 marzo 1988, in *Riv. pen.* 1989 p. 1085 ss., secondo la quale la violazione di norme tecniche elaborate dagli enti nazionali di normalizzazione costituisce una violazione di norme di prudenza ed è pertanto sanzionabile anche penalmente. Per l'esclusione della sanzione penale in caso di violazione di norme CEI senza che venga contestualmente violazione una norma di legge, vedi anche A. Cagli, *Organizzazione e procedure dell'attività amministrativa tecnica nel settore dei prodotti industriali*, in P. Andreini, G. Caia, G. Elias e F. Roversi Monaco, (a cura di), *La normativa tecnica industriale*, Bologna, 1995, p. 222.

[21] Corte di Cassazione penale, sez. III, 18 luglio 1981, n. 7253, citata alla nota precedente.

[22] Cfr. F. Salmoni, *Le norme tecniche*, cit., p. 260, che ritiene così superato l'orientamento opposto che aveva trovato espressione nel parere del Consiglio di Stato, sez. III, dell'11 marzo 1973 e nelle circolari del ministero del lavoro del 30 marzo 1957 n. 513 e del 1 luglio 1974, n. 224. In realtà, il cosiddetto "riconoscimento" del valore giuridico delle norme CEI è pur sempre mediato attraverso l'art. 2 della legge n. 186/1986, ma in effetti la portata di tale richiamo viene estesa dalla giurisprudenza, poiché la presunzione di conformità di corrispondenza alle regole dell'arte viene applicata anche in presenza di una diversa previsione normativa pregressa. Discutibile è, invece, la conclusione della stessa A., secondo la quale in base al citato orientamento, a partire dalla decisione Corte di Cassazione penale, sez. III, 18 luglio 1981, n. 7253, le norme CEI sarebbero divenute obbligatorie: tale conclusione appare in effetti non necessaria, ben potendo considerarsi il rispetto di una determinata norma tecnica sufficiente ad esonerare da responsabilità senza che la stessa debba considerarsi obbligatoria.

ti dagli stessi pubblici poteri"[23].

Prevalente resta tuttavia l'opposto orientamento secondo il quale si configura soltanto *"una efficacia giuridica del tutto particolare di tali norme (le norme CEI), che godono di una presunzione che consente a tutti coloro che se ne avvalgono, in qualità di costruttori o di installatori, di essere esonerati dal pensante fardello di dover dimostrare, al fine della prevenzione infortuni o delle difesa in caso di infortunio ormai avvenuto, di aver realizzato materiali, impianti o installazioni "a regola d'arte"*." Nell'ottica della legge n. 186/1968 le norme tecniche emanate dal CEI si distinguerebbero allora dalle regole della "buona tecnica", ma non sarebbe possibile configurare una delega agli enti di normazione del potere di introdurre prescrizioni giuridicamente vincolanti[24].

Nel quadro di tale confronto di qualificazioni significativa è una pronuncia della Corte di Appello di Milano sulla possibilità di configurare in capo al CEI un diritto di autore sulle norme tecniche dallo stesso emanate[25].

La Corte ha ribadito che l'osservanza delle norme CEI richiamate ai descritti effetti della verifica di conformità alle "regole dell'arte", di cui all'art. 1 della legge n. 186/1968, non è obbligatoria; ha affermato, d'altronde, che "alla formazione dell'ordinamento giuridico concorrono, insieme alle norme che introducono obblighi e divieti, anche altre norme, tra le quali in particolare (…) quelle che stabiliscono degli oneri". Pertanto, poiché l'art. 5 della legge n. 433/1941 esclude il diritto di autore rispetto "ai testi degli atti ufficiali dello Stato e delle amministrazioni pubbliche, sia italiane che straniere", secondo la Corte non sussiste un diritto d'autore sulle disposizioni che introducono qualificazioni e oneri, come le norme tecniche CEI. Infatti, l'esigenza che siano conoscibili gli atti normativi o meno, cui si vuole che i cittadini di conformino, impone di ricomprendere nella citata esclusione anche "i testi richiamati dagli atti ufficiali, i quali concorrono ad integrare il loro contenuto normativo, essen-

[23] Ancora F. Salmoni, *Le norme tecniche*, cit., p. 267, che riprende e sviluppa la tesi prospettata da A. Predieri (*Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, cit., a p. 295), per cui gli enti di normazione tecnica sarebbero dei soggetti privati portatori di *munera* pubblici; in particolare il conferimento dei *munera* discenderebbe per le norme armonizzate dall'individuazione degli enti di normazione nazionali nella direttiva n. 83/189/CEE e nella legislazione nazionale di attuazione.

[24] M. Gigante, *Effetti giuridici nel rapporto tra tecnica e diritto: il caso delle "norme armonizzate"*, cit., p. 312 ss.

[25] Corte di Appello di Milano, 7 febbraio 1995, in *Dir. ind*., 1996 con nota di E. Mina, *Libera riproducibilità di norme tecniche*: la decisione concerne la pubblicazione da parte di una casa editrice di un manuale di applicazione delle norme CEI.

do altrimenti frustrata la possibilità per i privati di conformarsi alla volontà normativa"[26].

5. *Correlazione tra normalizzazione comunitaria e sistema italiano*

L'architettura istituzionale della normalizzazione comunitaria è molto complessa, ma ai nostri fini non occorre ripercorrerne le note caratteristiche e finalità. Ci limiterà, invece, a mettere in evidenza due aspetti problematici che attengono alla sua correlazione con i sistemi di normalizzazione nazionali ed in particolare con quello italiano.

a) Sulla base della Risoluzione del Consiglio del 7 maggio 1985, con cui è stata adottata la nuova strategia (il cosiddetto "nuovo approccio") in materia di armonizzazione tecnica e normalizzazione, il meccanismo giuridico fondamentale è costituito, come noto, dalla determinazione da parte degli organismi europei di normalizzazione (CEN, CENELEC ed ETSI) delle specifiche tecniche rispettando le quali un prodotto si presume conforme ai requisiti essenziali di sicurezza fissati nelle direttive e pertanto può circolare liberamente nel mercato comunitario. Il rispetto dei requisiti essenziali di sicurezza può, tuttavia, essere altrimenti dimostrato ed il prodotto può in tal caso circolare, previo specifico accertamento.

Per garantire l'efficacia del sistema non soltanto gli organismi nazionali di normalizzazione sono tenuti a recepire le norme armonizzate, ma gli Stati si sono impegnati a seguire una procedura di informazione circa i progetti di nuove regole al fine di prevenire il sorgere di nuovi ostacoli tecnici alla circolazione dei prodotti. D'altra parte, sono regolate dall'Unione le procedure per la verifica della rispondenza dei prodotti ai requisiti essenziali di sicurezza previsti dalle direttive, attività svolta da organismi nazionali specializzati designati dagli Stati con la conseguente apposizione del marchio comunitario.

Sul piano degli effetti la normalizzazione comunitaria sembra quindi seguire il modello già utilizzato in alcuni sistemi nazionali: in Italia, ad esempio, con la citata legge n. 186/1968.

In realtà, gli effetti giuridici sono molto più ampi e non soltanto ai fini della circolazione europea dei prodotti e degli obblighi di *stand still*[27].

[26] A conclusioni analoghe è giunta la giurisprudenza tedesca rispetto alle norme tecniche elaborate dal DIN (Deutsche Industrie für Normung): cfr. BGH del 26 aprile 1990, I ZR 79/88 e BVerfG, 1 BvR 1143/90 del 29 luglio 1998.

[27] Gli adempimenti degli organismi di normalizzazione e delle amministrazioni pubbliche italiane in attuazione delle direttive 83/189/CE e 98/34/CE sono precisati nella legge 21 giugno 1986, n. 317, come modificata da ultimo dal d. lg. 23 novembre 2000, n. 427.

Infatti, gli organismi nazionali di normalizzazione sono tenuti a tradurre in norme tecniche nazionali le norme tecniche europee. Ciò discende sia dagli statuti del CEN e del CENELEC, sia da quanto disposto dalle direttive del nuovo approccio che riferiscono l'effetto di presunzione di conformità alle pubblicazione delle norme nazionali ed alla conseguente apposizione del marchio[28].

Dalla introduzione delle norme europee negli elenchi delle norme tecniche nazionali (UNI e CEI per l'Italia) conseguono effetti indiretti assai rilevanti: ad esempio, le norme europee armonizzate trovano applicazione in tutti i casi in cui le regole nazionali fanno riferimento espresso o implicito alle norme tecniche approvate dagli organismi nazionali di normalizzazione.

Perciò, le norme armonizzate, che nascono nella prospettiva di una applicazione facoltativa, quale presupposto per la circolazione dei prodotti sul mercato europeo, possono diventare, e spesso diventano concretamente, parte integrante dei sistemi giuridici nazionali, con effetti potenzialmente vincolanti ben diversi da quelli in vista dei quali sono state redatte.

b) Il secondo aspetto che è bene mettere in evidenza attiene al diverso rapporto che sussiste a livello comunitario ed a livello nazionale tra i pubblici poteri e gli organismi di normalizzazione.

A livello nazionale, in Italia in particolare, non sussiste un rapporto istituzionale formalizzato tra il potere legislativo o la pubblica amministrazione e l'UNI o il CEI. Questi ultimi sono enti di natura privatistica che svolgono l'attività di normazione tecnica sulla base delle proprie regole statutarie, non per mandato, delega o invito dei pubblici poteri[29].

Al contrario, il CEN e il CENELEC, pur essendo anch'essi enti di

[28] L'art. 5.2. dello statuto CEN recita: "Quando una norma europea (EN) —- è stata approvata … tutti i membri sono tenuti a metterla in applicazione" Cfr. M. GIGANTE, *Effetti giuridici nel rapporto tra tecnica e diritto: il caso delle norme armonizzate,* cit. p. 361, secondo la quale l'effetto della presunzione di conformità si produce soltanto con la pubblicazione della norma nazionale in cui sono state trasposte le norme armonizzate nella Gazzetta Ufficiale nazionale; secondo altro Autore, l'effetto della presunzione si verifica soltanto con l'apposizione del marchio (E. CHITI, *La normalizzazione*, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S. CASSESE, Tomo IV, *La disciplina dell'economia*, 2ed. Milano, 2003, p. 4019). Le tesi sono conciliabili: da un lato, ci si riferisce all'efficacia della regola sulla presunzione; dall'altro, alla presunzione rispetto al singolo prodotto. Entrambe le ricostruzioni teoriche concordano comunque sulla sussistenza di un obbligo di trasporre le norme armonizzate negli elenchi nazionali da parte dei competenti Enti di Normazione.

[29] I ministeri ed altre pubbliche amministrazioni possono, però, sollecitare la redazione di una norma tecnica, se rivestono la qualifica di soci. Si veda il paragrafo successivo.

natura privatistica[30], operano per lo più su specifico incarico della Commissione e traggono dall'espletamento di tali incarichi la maggior parte degli introiti. Più specificamente CEN e CENELEC elaborano le norme tecniche in virtù di una sorta di "mandato" che formalmente è un mero "invito" ed il rapporto di cooperazione è regolato da un accordo tra Commissione e CEN concluso il 13 novembre 1984 e poi richiamato nella Risoluzione sul nuovo approccio del 1985.

In base all'accordo del 1984 il CEN si è impegnato ad assumere una struttura idonea a svolgere i programmi affidati dalla Commissione, a consentire che, oltre agli Enti associati, possano contribuire alla elaborazione delle norme europee rappresentanti di tutti i soggetti potenzialmente interessati (produttori, consumatori, sindacati, enti pubblici), ad informare e coinvolgere la Commissione nei comitati tecnici e a curare che le norme rispondano alle esigenze essenziali prospettate dalla direttive[31].

Il sistema europeo di normalizzazione, quindi, pur mantenendo la concezione della normalizzazione come "un'attività volontaria basata sul consenso, svolta dalle parti e nell'interesse delle stesse, fondata sull'apertura e la trasparenza, nel quadro di organismi di normalizzazione indipendenti e riconosciuti, sfociante nell'adozione di norme alle quali si ottempera volontariamente" [32], è in realtà, orientato e vigilato dalle istituzioni comunitarie affinché siano garantiti quei "principi di legittimità del processo di normalizzazione" che si impongono in considerazione dell'interesse pubblico che riveste la normalizzazione stessa[33]. Principi che

[30] Sono entrambi associazioni internazionali *non profit* di diritto belga.

[31] Significativi sono anche gli impegni assunti dalla Commissione che consistono, oltre al corrispettivo previsto in relazione ai singoli "mandati", nel riservare al CEN l'esclusiva sull'attività di normazione, nel rinviare alle norme elaborate dal CEN, senza intervenire autonomamente in materia tecnica, e nel pubblicare sul GUCE i programmi di normalizzazione e gli estremi identificativi delle norme approvate dal CEN. Per una approfondita analisi del procedimento di elaborazione delle norme armonizzate si veda nella letteratura italiana M. Gigante, *Effetti giuridici nel rapporto tra tecnica e diritto: il caso delle norme armonizzate*, cit. p. 339 ss., E. Chiti, *La normalizzazione*, cit., p. 4014 ss., e A. Cagli, *Organizzazione e procedure dell'attività amministrativa tecnica nel settore dei prodotti industriali*, cit., p. 175 ss.

[32] Cfr. la Risoluzione del 28 ottobre 1999 sul "*Ruolo della normalizzazione in Europa*" in GUCE C 141 del 18 maggio 2000.

[33] Il riconoscimento che la normalizzazione, pur essendo organizzata su base volontaria, riveste anche un "interesse pubblico" si rinviene già nella Risoluzione del Consiglio del 18 giugno 1992, sulla funzione della normalizzazione europea nell'economia europea, in GUCE C 173 del 9 luglio 1992. La crescente rilevanza pubblicistica della normalizzazione si coglie espressamente nel sistema francese: il Décret del 5 luglio 2009 lo definisce infatti come "activité d'intérêt général qui a pour objet de fournir des documents de référence… pourtant sur des règles, des caractéristiques, des recommandations ou des examples de bonnes pratiques relatives à des produits, à des services, à des processus, ou à des organisations".

la Commissione rinviene nella partecipazione degli organismi nazionali di normalizzazione e nel coinvolgimento di tutte le parti interessate, che è presupposto della condivisione ed accettazione delle norme prodotte.

Per tale motivo, proprio rispetto al sistema comunitario, parte della dottrina pubblicistica italiana configura gli enti di normalizzazione come soggetti privati esercenti pubbliche funzioni, con l'attribuzione di una posizione analoga a quella dei titolari di una concessione che possono operare, nell'ambito delle funzioni trasferite, "con gli stessi poteri e gli stessi obblighi che avrebbe un organo indiretto della pubblica amministrazione".

In tale prospettiva si afferma che "l'attribuzione di organismo nazionale di normalizzazione costituisce un'investitura non meno valida (di un atto concessorio), anche perché contenuta in un atto comunitario dotato della supremazia europea" [34].

L'attività degli organismi comunitari e nazionali diviene allora una "funzione pubblica di normazione amministrativa" e gli atti in cui si estrinseca sono quindi assoggettati al regime degli atti amministrativi, ivi incluso il controllo giurisdizionale di legittimità[35].

Il vaglio giurisdizionale non può comunque investire il merito tecnico della norma, ma consiste principalmente nella verifica del rispetto dei principi che attengono al procedimento, in sede sia comunitaria sia nazionale.

E' proprio attraverso le regole sul procedimento, che emergono dalla risoluzione sul "nuovo approccio", dall'accordo tra Commissione e CEN, dalle direttive e dagli statuti degli organismi comunitari e nazionali, che l'ordinamento cerca di assicurare il raggiungimento degli obiettivi del sistema europeo di normalizzazione. Pertanto, le possibilità per gli interessati di conoscere preventivamente le norme tecniche in fase di elaborazione, di prendere parte ai comitati tecnici, di esprimere le proprie posizioni, l'obbligo degli organismi di esaminare in modo accurato ed imparziale tutti gli elementi rilevanti, di motivare la decisione, soprattutto quando non unanime, sono nel contempo i principi che debbono caratterizzare l'intera procedura e gli elementi il cui rispetto può e deve es-

[34] Così A. Predieri, *Le norme tecniche sullo stato pluralista e prefederativo*, cit. p. 295, il quale rileva come tale qualificazione degli enti di normazione non sia contraddittoria con il fatto che le norme da essi elaborate producano "oneri" e non obblighi o divieti.

[35] Ancora A. Predieri, *Le norme tecniche sullo stato pluralista e prefederativo*, cit. p. 295 e F. Salmoni, *Le norme tecniche*, cit., p. 378, che precisa correttamente che può essere definita amministrativa soltanto quella parte di attività degli organismi di normalizzazione svolta nell'ambito della funzione che la legge riconosce all'ente.

sere verificato in sede giurisdizionale[36].

6. *Organismi e procedimenti di normalizzazione in Italia*

La legge 21 giugno 1986, n. 317, che ha dato attuazione alla direttiva 83/189/CE, ha riconosciuto quale Ente Normatori Nazionali il CEI e l'UNI, il primo nel settore elettrotecnico, il secondo per ogni altro settore industriale, commerciale e del terziario.

Entrambi gli Enti sono stati costituiti all'inizio del XX secolo nella forma di associazioni di diritto privato e tale forma giuridica mantengono tutt'ora [37].

I compiti statutari dei due Enti includono tutte le attività connesse alla normalizzazione tecnica, dall'attività di studio e ricerca, ai metodi di prova, alla elaborazione, pubblicazione, diffusione, archiviazione e aggiornamento delle norme tecniche, alla certificazione dei prodotti, alla partecipazione negli enti internazionali di normazione ed alla collaborazione con gli enti normatori di altri Paesi.

Sebbene negli stessi statuti emerga la correlazione di tali attività con le esigenze di regolazione giuridica delle attività tecniche[38], dalla configurazione giuridica degli Enti non si evince l'attribuzione di funzioni pubblicistiche.

[36] E. Chiti, *La normalizzazione*, cit., p. 4024, evidenzia come il rapporto tra diritto e tecnica nell'ottica del "nuovo approccio" risulti analogo a quello risultante in altro contesto dalla decisione della Corte di Giustizia, *Hauptzollamt München-Mitte c. Technische Universität München*, 21 novembre 1991, causa C-269/90, in *Racc*. [1991] I-5469. Rileva, tuttavia, l'Autore che anche in questa logica di "controllo esterno del diritto sull'attività tecnica", mancherebbero disposizioni adeguate in materia di accesso ai documenti degli organismi di normalizzazione o di garanzie della partecipazione di piccole e medie imprese al processo decisionale. In realtà, una volta attribuita qualificazione pubblicistica agli atti e procedimenti posti in essere dagli organismi di normalizzazione nel sistema comunitario del nuovo approccio, a livello nazionale trovano applicazione le regole e gli strumenti di tutela di carattere generale, ad esempio, in Italia quelle di cui alla legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo (cfr. F. Salmoni, *Le norme tecniche*, cit., p. 379).

[37] Il CEI (Comitato Elettrotecnico Italiano) fu costituito dal Consiglio generale dell'AEI (Associazione Elettrotecnica ed Elettronica Italiana) nel 1907 e poi rifondato dall'AEI, dall'ENEL (Ente Nazionale per l'Energia elettrica, ora in forma di società per azioni) e dall'ANIE (Associazione nazionale delle Industrie Elettrotecniche ed Elettroniche) nel 1946. L'UNI (Ente Nazionale Italiano di Unificazione) è stato costituito nel 1921 con la denominazione di UNIM, con attività normativa nel settore della meccanica, ma sin dal 1928 ha esteso la sua attività agli altri settori, escluso quello elettrotecnico; nel 1930 l'UNI è divenuta associazione riconosciuta e con il D.P.R. n. 1522 del 20.9.1955 è stato riconosciuto ed approvato il suo attuale ordinamento.

[38] Si veda in particolare l'art. 1, lett. G, dello Statuto del CEI che individua tra i suoi compiti quello di "promuovere e favorire la rispondenza alla legge e alla regola dell'arte (…)".

Tuttavia, è significativo che sia tra i soci sia quali componenti degli organi direttivi figurino numerosi enti pubblici, che sono così in grado di orientarne e vigilarne dall'interno l'attività[39].

Analogamente, una ampia partecipazione dei rappresentanti delle categorie dei soggetti potenzialmente interessati nonché di enti pubblici è prevista nell'ambito degli organi tecnici[40].

Particolarmente significativa è la composizione degli organi tecnici dell'UNI. La Commissione Centrale Tecnica (CCT) è l'organo tecnico di verifica dell'UNI, sovraintende ai lavori di normazione, elabora annualmente direttive generali, coordina i lavori che riguardano più Commissioni Tecniche (CT) e delibera sui progetti di norma tecnica nazionale che vengono presentati o predisposti da queste ultime.

La CCT è formata in prevalenza da rappresentanti degli organi interni di UNI o di altri Enti del settore privato, ma tra i componenti figurano anche numerosi esponenti di amministrazioni pubbliche[41].

[39] Organi del CEI sono l'Assemblea, il Consiglio, il Comitato Esecutivo, il Presidente Generale, il Collegio dei revisori dei conti, il Collegio dei probiviri e gli Organi tecnici. Nel CEI figurano tra i soci di diritto il CNR (Consiglio Nazionale delle Ricerche) e ben 11 Ministeri e, su invito del Presidente Generale, possono diventare soci anche altri Ministeri. Rappresentanti del CNR e dei Ministeri sono presenti anche nel Consiglio e nel Comitato Esecutivo. Organi dell'UNI sono l'Assemblea, il Consiglio Direttivo, la Giunta Esecutiva, il Presidente, il Collegio dei revisori dei conti ed il Collegio dei probiviri. Tra gli oltre 7000 soci figurano 14 Enti federati (le organizzazioni che svolgono, ciascuno per il settore di competenza, attività di normazione tecnica a livello nazionale), imprese, professionisti, ma anche istituti scientifici e pubbliche amministrazioni. Nel Consiglio direttivo sono componenti per statuto, sia pure in posizione minoritaria rispetto a rappresentanti del settore privato, due rappresentanti del Ministero dello Sviluppo Economico, due rappresentanti del CNR, un rappresentante dei Ministeri che ne facciano domanda (attualmente cinque) ed un rappresentante dell'Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli Infortuni (INAIL); nella Giunta Esecutiva un rappresentante del Ministero dello Sviluppo Economico ed un rappresentante del CNR.

[40] Sono organi tecnici del CEI le Commissioni Centrali, i Comitati e i Sottocomitati tecnici, i Gruppi Settoriali e le Commissioni Miste e Speciali. Ai sensi dell'art. 35 dello Statuto CEI nei Comitati Tecnici deve essere garantita la presenza di rappresentanti appartenenti a tutte le categorie interessate dai soci.

Sono organi tecnici dell'UNI la Commissione Centrale Tecnica, articolata in Gruppi Settoriali, le Commissioni Tecniche e gli Enti Federati, che su delega dell'UNI svolgono attività di normazione in settori specifici.

[41] Sono componenti della CCT: 54 Presidenti delle Commissioni Tecniche, i Presidenti dei 14 Enti federati, un rappresentante del CEI, fino a 5 esperti nominati dal Consiglio Direttivo, i Capi dei Gruppi settoriali e i Direttori Tecnici degli Enti Federati; nonché un rappresentante per ciascuna delle seguenti amministrazioni pubbliche o enti rappresentativi di interessi collettivi (Ministeri dello Sviluppo Economico, CNR, Ente Ferrovie dello Stato, associazioni dei consumatori, sindacati, i Ministeri rappresentati nel Consiglio Direttivo).

Anche le 54 Commissioni Tecniche (CT), cui si aggiungono quelle organizzate presso gli Enti federati, debbono essere costituite ai sensi dell'art. 30 dello Statuto UNI in modo tale che vi sia un'equa rappresentanza di componenti sia delle categorie produttive sia di quelle consumatrici, nominati dai soci effettivi UNI nonché di un esperto per ciascuna amministrazione dello Stato che sia interessato alla norma tecnica, di eventuali esperti invitati dalla Giunta Esecutiva dell'UNI, su proposta del Presidente della CCT, oltre ai Presidenti delle Sottocommissioni presso i Coordinatori dei Gruppi di Lavoro cui le CT afferiscono ed un funzionario della Direzione Tecnica dell'UNI.

La composizione delle CT è particolarmente rilevante, perché spetta alle stesse elaborare i progetti di norme nazionali, ma anche nominare un esperto che rappresenti l'UNI nei corrispondenti organi tecnici in sede ISO e CEN. Tali esperti presentano e sostengono le posizioni formatisi a livello nazionale e relazionano poi all'organo tecnico nazionale gli sviluppi e gli esiti dei lavori cui hanno partecipato.

In via generale, dunque, può affermarsi che in tutti gli organi degli Enti di normazione italiana è garantita la partecipazione, oltre che di rappresentanti delle imprese e dei soggetti privati soci UNI, anche di istituzioni scientifiche e di pubbliche amministrazioni, le cui funzioni sono investite dall'attività di normazione. La effettiva considerazione degli interessi generali di cui tali componenti sono portatori nella redazione delle norme tecniche richiede tuttavia che il procedimento sia strutturato in modo tale da consentire una adeguata considerazione delle posizioni minoritarie ovvero di quelle prospettate da enti rappresentativi di interessi generali.

Occorre, quindi, considerare le fasi in cui il procedimento di elaborazione della norma tecnica è strutturato ed i principi cui si ispira.

Il procedimento di elaborazione della norma tecnica italiana si articola, secondo un modello che è ormai standardizzato a livello internazionale, in quattro fasi [42]:

a) la messa allo studio;
b) la stesura del documento;
c) l'inchiesta pubblica;
d) la pubblicazione.

[42] Le quattro fasi si trovano in tutti i processi normativi a livello nazionale (UNI), europeo (CEN) ed internazionale (ISO). Il procedimento ed i principi cui si ispirano gli enti di normazione sono ormai codificati dalla Guida ISO/IEC, da ultimo nella versione 2009, in allegato alle ISO/IEC Directives on technical work: vedi www.iso.org

a) L'esigenza di messa allo studio di un progetto di norma può essere espressa internamente o esternamente agli organismi di normazione.

Nel primo caso l'avvio dei lavori è decretato dagli organi tecnici di indirizzo, la CCT nel caso dell'UNI [43], oppure la richiesta può nascere all'interno di una Commissione.

Nel secondo caso la richiesta, che può essere avanzata da chiunque, viene esaminata al fine di individuare l'opportunità dello studio normativo e, in caso di valutazione positiva, per individuare l'organo tecnico competente già esistente o per deliberare la costituzione di uno nuovo. La direzione tecnica elabora uno studio di fattibilità che mette in relazione la situazione del mercato con le necessità normative, valuta le risorse e le competenze da coinvolgere, i benefici attesi e le possibilità di inserimento nel programma di lavoro dell'ente. Se il risultato dell'analisi è positivo la CCT dispone che si proceda alla stesura del progetto di norma.

b) La stesura del documento avviene nell'ambito dell'organo tecnico incaricato dello studio, strutturato in gruppi di lavoro costituiti da esperti, nominati dai soci, che rappresentano le parti economiche e sociali interessate (produttori, utilizzatori, commercianti, centri di ricerca, consumatori, pubbliche amministrazioni). L'UNI svolge una funzione di coordinamento dei lavori, mettendo a disposizione la propria struttura organizzativa, mentre i contenuti delle norme vengono definiti dagli esperti esterni; significativa è la differenza rispetto all'ambito europeo ed internazionale in cui gli esperti vengono designati dagli organismi di normazione dei singoli Paesi.

La discussione della bozza di norma, spesso messa a punto anche tramite il lavoro a distanza su Internet[44] e per mezzo di apposite riunioni, ha come obiettivo l'approvazione della struttura e dei contenuti tecnici del progetto secondo la tecnica del "consenso".

Solitamente le CT UNI svolgono una funzione di pianificazione e di controllo, mentre la parte più "creativa" viene affidata al gruppo incaricato della redazione del progetto (Gruppo di lavoro) che, sotto la guida di un relatore, detto anche Project leader, rappresenta con testi, formule, prospetti e figure lo stato dell'arte sulla materia. Le rigide regole redazionali che devono essere seguite sono codificate da direttive inter-

[43] Analoga funzione svolgono le Commissioni Centrali del CEI a livello europeo ed internazionale rispettivamente il Bureau Technique del CEN ed il Technical Management Board dell'ISO.

[44] L'UNI dispone a tal fine di un sistema informatico denominato "Unione".

ne e la loro applicazione viene garantita dalle funzioni di segreteria tecnica delle Commissioni.

La procedura per la redazione di una norma tecnica e la sua approvazione mediante la tecnica del consenso da parte della competente Commissione richiede mediamente due anni.

c) Il progetto di norma approvato viene reso disponibile per l'inchiesta pubblica mediante il sito Web alla voce Progett*On-line* ed è liberamente scaricabili per due mesi.

In tale periodo tutte le parti economico/sociali interessate, in particolare coloro che non hanno potuto partecipare alla redazione del progetto, possono contribuire al processo normativo[45]. Le osservazioni che pervengono sono esaminate puntualmente al fine di giungere ad una versione consolidata che deve tener conto di tutte le esigenze del mercato; ciò può richiedere diversi mesi.

Infine, interviene la pubblicazione della norma che viene inserita nel catalogo tenuto dall'ente normatore con conseguente entrata in vigore. A livello nazionale ciò avviene a seguito della ratifica del presidente dell'UNI. Per le norme EN l'obbligo di recepimento è assolto con la traduzione in lingua italiana, con il ritiro delle norme nazionali eventualmente esistenti sullo stesso argomento e con la pubblicazione degli estremi nella Gazzetta Ufficiale, oltre che con l'inserimento nel catalogo con la sigla UNI EN.

Le quattro fasi del procedimento e, nel suo complesso, il sistema della normalizzazione sono retti da quattro principi (della trasparenza, della volontarietà, della consensualità e della democraticità), che assumono in questo contesto significati peculiari.

a) La trasparenza è un carattere essenziale del processo di elaborazione della norma tecnica. Essa costituisce, infatti, il presupposto ineludibile affinché tutti coloro che hanno interesse possano partecipare con un proprio rappresentante negli organi tecnici, previa adesione all'UNI quali soci, o dall'esterno, con osservazioni e suggerimenti. La partecipazione volontaria di tutti i soggetti potenzialmente coinvolti dall'applica-

[45] Negli ambiti europei ed internazionali, i commenti possono essere inoltrati al CEN e all'ISO soltanto attraverso gli organismi di normazione nazionali, che svolgono quindi una attività cosiddetta "di interfacciamento" con i propri organi tecnici.

zione della norma attribuisce democraticità alla sua elaborazione ed assicura con il *consensus* una ampia applicazione spontanea.

Le regole sul procedimento di normazione sono pertanto pubbliche e, con l'avvento delle tecnologie telematiche, sono state messe a disposizione di tutti tanto in UNI, quanto in CEN e in ISO; analogamente l'opera dell'ente e dei suoi organi tecnici è, in ogni momento, accessibile e documentabile. L'UNI ha predisposto sul proprio sito web un'apposita sezione definita *ProgettOnline* dove è possibile per il pubblico scaricare gratuitamente i progetti di norma nazionali nella fase bimestrale di inchiesta pubblica[46]

Una certa discrasia con il principio della trasparenza si coglie nel fatto che la norma tecnica, una volta approvata, è accessibile solo previo pagamento di un corrispettivo. Tali introiti sono d'altronde essenziali per il funzionamento dell'UNI[47]. La vendita, come per gli altri enti di normazione, e la natura volontaria della norma esclude tendenzialmente il rischio che la minore conoscenza della norma dovuta alla sua onerosità, possa comportare gravi conseguenze sanzionatorie[48].

b) Il processo di normazione consiste nell'elaborare, attraverso la partecipazione volontaria, documenti tecnici di applicazione volontaria, che forniscono riferimenti certi agli operatori: la volontarietà della normazione è quindi duplice ed i due aspetti sono strettamente collegati.

Da una parte, la partecipazione di tutte le parti interessate è volontaria, in quanto deve essere considerata un'opportunità per i soggetti pubblici e privati che si rivolgono agli enti di normazione per usufruire di un servizio. Dall'altra, le norme non sono obbligatorie e dovrebbero, in linea di principio, essere applicate per lo più dalle stesse parti economiche e sociali che le hanno promosse e sviluppate.

Non ci si può nascondere, tuttavia, che la norma tecnica può esse-

[46] http://www.uni.com/uni/controller/it/normazione/progettonline E' possibile anche inviare via web commenti ed osservazioni sul progetto di norma, che ricevono adeguata risposta da parte degli organi tecnici di UNI. Per quanto riguarda i progetti di norma europei, sul sito web di UNI alla medesima sezione vengono forniti i riferimenti generali (*codice progetto*, *titolo*, *sommario*, *Organo Tecnico CEN competente* e relativo *Organo Tecnico UNI di interfaccia nazionale*) dei progetti entrati in fase di inchiesta pubblica, con indicazione della data inizio inchiesta CEN e del termine ultimo entro cui inviare eventuali commenti.

[47] Ai sensi dell'art. 8 della legge 31 agosto 1986, n. 316 il Ministero dello sviluppo economico può concedere agli organismi di normalizzazione un contributo annuo determinato forfetariamente in relazione alle spese documentate dagli organismi stessi.

[48] Sull'insussistenza del diritto d'autore rispetto alle norme richiamate dalla legge cfr. Corte di Appello di Milano 7 febbraio 1995, citata al paragrafo 4.

re assunta quale contenuto di una norma cogente e comunque che, mano a mano che se ne diffonde l'uso anche attraverso strumenti contrattuali, la loro osservanza può essere quasi imposta dal mercato[49].

c) La consensualità, ovvero il principio del *consensus*, non corrisponde al significato civilistico del termine, ma trova le sue radici nel diritto internazionale[50]. Esso non esprime, infatti, una positiva manifestazione di volontà di tutte le parti coinvolte nel procedimento né si limita ad equiparare ad esso una manifestazione di assenso implicita o un silenzio qualificato. Il *consensus* si matura, infatti, in tutti i casi in cui una posizione contraria a quella maggioritaria non sia presentata per iscritto e con adeguato supporto tecnico al presidente dell'organo competente ad assumere la decisione[51]. Una approvazione per *consensus* può riferirsi quindi sia ad un voto unanime sia ad una approvazione con ampia maggioranza, in cui l'astensione o anche il voto contrario non sia però stato adeguatamente supportato. Nel contempo, il principio del *consensus* consente teoricamente anche ai componenti che rappresentano una categoria mi-

[49] Si pensi, ad esempio, ai contratti assicurativi che tengono conto del rispetto di determinate dotazioni di sicurezza dettate da norme tecniche non vincolanti: la condotta oggetto di una norma facoltativa può di fatto divenire necessaria, se non si vogliano sostenere oneri che possano finanche rendere l'attività antieconomica. Gli stessi effetti si producono quando la norma diventa il parametro di valutazione della responsabilità. Vedi *supra* paragrafo 4.

[50] Nella Guida ISO/IEC del 1991 sui General Terms and Their Definitions Concerning Standardization and Related Activities lo standard è definito come ogni "document, established by *consensus* and approved by a recognised body, that provides, for common and repeated use, rules, guidelines, or characteristics for activities or their results, aimed at the achievement of the optimum degree of order in given context". E' stato tuttavia segnalato che nell'allegato I dell'Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT) del WTO è contenuta una definizione che richiama quella dell'ISO/IEC, ma nella nota esplicativa, ribadito il principio per cui gli standards sono basati sul *consensus*, si afferma, contraddittoriamente, che il TBT Agreement si applica anche agli standards non adottati per *consensus*. Cfr. Appellate Body, *Report on Ec-Sardines*, par. 233 e, per una critica e l'illustrazione delle conseguenze della rinuncia al *consensus,* R. Howse, *A New Device for Creating International Normativity: The WTO Technical Barriers to Trade Agreement and "International Standards"*, in *Costitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation* (Studies in International Trade Law, vol. 9), Oxford, 2006, p. 383 ss., nonché P. Cirielli, *L'armonizzazione tecnica nello spazio giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 2008, p. 425.

[51] Il principio del *consensus* è comune al CEI: ai sensi dell'art. 2.4.3. del Regolamento per gli Organi tecnici si ritiene che "il contenuto tecnico di una norma, di una sua modifica o di qualsiasi altro documento normativo posto al voto secondo le procedure internazionali o nazionali sia approvato sulla base di "consenso" se il Presidente del Comitato tecnico o della Sottocommissione tecnica non riceve una dichiarazione scritta contraria e tecnicamente motivata da una o più categorie o settori interessati e rappresentati.

noritaria o una sola pubblica amministrazione, di bloccare l'approvazione di una norma tecnica, purché l'opposizione sia formalizzata e tecnicamente motivata.

La ricerca del consenso costituisce il contributo professionale che maggiormente qualifica gli Enti di Normazione, ma è anche il compito più difficile, ovvero quello che richiede più tempo e spesso causa ritardi nell'emanazione delle norme. Il *consensus* infatti è la modalità di approvazione dei contenuti tecnici delle norme nelle diverse fasi sopra descritte, ma si applica anche alla definizione di programmi di normazione, nonché alla ricerca delle tematiche da sviluppare, dei tempi di elaborazione più opportuni e delle tipologie di documento attese dal mercato (norma, specifica tecnica, rapporto tecnico).

Occorre considerare, infine, che il *consensus* si applica a tutti i livelli, nazionale (UNI e CEI), europeo (CEN e CENELEC) ed internazionale (ISO/IEC), con la differenza, però che a livello europeo ed internazionale partecipano ai lavori, e quindi possono esprimere posizioni contrarie che impediscano il *consensus*, solamente i rappresentanti degli organismi nazionali di normazione.

d) Anche rispetto al termine "democraticità", l'accezione secondo la quale viene utilizzato nell'ambito della normazione tecnica non è del tutto conforme a quello usuale.

Nel contesto in esame la democraticità del procedimento si riscontra in primo luogo nella circostanza che tutte le parti economiche e sociali interessate (produttori, fornitori, clienti, utilizzatori, distributori, centri di ricerca, consumatori, pubbliche amministrazioni) possono contribuire alla elaborazione di una norma, a partire dalla fase iniziale di proposta di messa allo studio. Anche la partecipazione ai lavori degli organi tecnici è consentita ad ogni interessato, ma presuppone l'acquisizione dello status di socio UNI e quindi l'esborso della quota associativa[52].

Nello svolgimento dei lavori il principio democratico è rispettato, con qualche limitazione. Ad esempio, la decisione di messa allo studio è sottoposta ad una valutazione tecnica e di opportunità della CCT, pre-

[52] Si veda l'art. 10.2.3 del Regolamento Attuativo dello Statuto di UNI: "… I componenti delle Commissioni Tecniche devono essere soci effettivi dell'UNI o rappresentanti designati dai soci effettivi dell'UNI e la loro nomina in più di una Commissione può essere richiesta solo in ragione di un corrispondente numero di quote sociali sottoscritte dal socio...". In tal modo tuttavia la partecipazione ai lavori delle imprese e dei soggetti persone fisiche o giuridiche meno forti economicamente può trovare un ostacolo negli esborsi necessari per sottoscrivere tante quote quante sono le Commissioni cui si ha interesse a partecipare.

via istruttoria della direzione tecnica dell'UNI. Nell'ambito della Commissione Tecnica e dei Gruppi di Lavoro il principio è rispettato tanto per i profili organizzativi quanto per quelli funzionali. Infatti, il Presidente è democraticamente eletto, mentre il principio del *consensus*, se non sempre consente di raggiungere l'unanimità, è comunque rispettoso della volontà maggioritaria, ma nel contempo, tutela le posizioni minoritarie, quando siano validamente sostenute[53].

Se quindi, in linea teorica, le regole strutturali consentono un procedimento che prenda in considerazione le posizioni e gli interessi di tutti i soggetti potenzialmente investiti dalle norme in elaborazione, tuttavia, in concreto, non si riscontra sempre una effettiva partecipazione di tutti i cosiddetti stakeholders.

In particolare, si sono riscontrate difficoltà delle PMI a partecipare all'attività di normazione, a causa delle ridotte responsabilità di tempo, di risorse economiche e di personale. Poiché, però, le PMI rappresentano la spina dorsale dell'economia europea, ed italiana in particolare, l'UNI per favorire il loro coinvolgimento ha potenziato i sistemi informatici per permettere parte dell'elaborazione delle norme attraverso internet e stipulato protocolli di intesa con le confederazioni nazionali maggiormente rappresentative delle PMI e degli artigiani, affinché le stesse con le proprie risorse contribuissero a rappresentare le esigenze dei loro associati. Tale strategia ha portato ad un significativo aumento degli esperti delle PMI soprattutto nei settori più delicati, vale a dire quelli connessi con le direttive europee di prodotto.

Per quanto riguarda le associazioni dei consumatori ed i sindacati, l'esperienza ha dimostrato che tali enti non sono in grado di esprimere esperti tecnici per ogni materia trattata da UNI e quindi si è preferito assicurare che un rappresentante per ciascuna categoria sia componente di diritto del CCT. In tal modo i rappresentanti dei consumatori e dei sindacati possono avere evidenza di tutto ciò che viene programmato dalle CT, approvare la messa allo studio di nuovi progetti e dare l'approvazione finale alla loro pubblicazione, selezionando quelle aree cui dare priorità o dove decidere di partecipare attivamente.

[53] La democraticità del procedimento di normazione assume diverse caratteristiche a livello europeo e internazionale. A livello europeo i progetti vengono sottoposti al voto degli organismi di normazione nazionali sulla base di un conteggio ponderato dove i paesi maggiori contano di più. Anche a livello internazionale i progetti vengono sottoposti al voto degli organismi di normazione nazionali, ma il conteggio considera unicamente i membri ISO cosiddetti "Partecipanti", ovvero che hanno dichiarato in precedenza il proprio interesse a partecipare ai lavori di redazione.

Nel complesso, ad un esame anche non sistematico della composizione dei CT e dei Gruppi di Lavoro emerge la tendenza degli organi di direzione dell'UNI di assicurare la presenza di componenti che rappresentino tutte le categorie potenzialmente interessate dalle norme in elaborazione e prendano in considerazione gli interessi generali sottesi alla normazione, attraverso due tecniche.

Da un lato, l'UNI assicura la partecipazione di esponenti delle categorie meno attive riservando agli enti che le rappresentano la nomina di uno o più componenti della CCT ed agevola il coinvolgimento nell'attività delle CT, stipulando accordi con gli organismi di categoria.

Dall'altro, qualora rispetto a determinate CT o Gruppi di lavoro il quadro dei soggetti privati partecipanti risulti comunque inadeguato, suppliscono ai fini della rappresentanza degli interessi generali gli esponenti delle pubbliche amministrazioni e per l'apporto tecnico gli esperti nominati dalla Giunta esecutiva dell'UNI[54].

7. *La normalizzazione tecnica in un sistema giuridico multilivello*

La capacità degli organismi di normalizzazione e del sistema nel suo complesso di combinare una proficua opera di standardizzazione dei prodotti e dei servizi e di codificazione tempestiva ed aggiornata delle norme tecniche corrispondenti alle regole dell'arte con il coinvolgimento e l'equo contemperamento di tutti gli stakeholders deve essere costantemente monitorato.

D'altronde, i meccanismi tradizionali di giuridificazione delle norme tecniche, che assicuravano un filtro attraverso l'intervento di verifica nel merito da parte del potere legislativo o esecutivo, non sono idonei a far fronte alle esigenze di adeguamento delle norme e non sono neppure prospettabili a livello internazionale e globale.

Pertanto, il sistema della normalizzazione basato, in linea di principio, sul carattere volontario della norma tecnica, è destinato ad integrare in ambiti sempre più ampi la regolazione a livello nazionale, europeo ed internazionale, con l'effetto che le norme che produce assumono in-

[54] A puro titolo di esempio si considerino comparativamente i componenti del Gruppo di lavoro U71005 in materia di percorsi tattili per non vedenti e la CT nel settore della sicurezza per il cittadino: nel primo caso, è presente un numero elevato di organizzazione dei non vedenti (13 componenti su 29), ma non sono presenti Ministeri ed esperti di nomina UNI; nella seconda i rappresentanti degli utenti sono praticamente assenti, ma tra i componenti figurano i rappresentanti di quattro ministeri e due esperti designati dalla Giunta esecutiva dell'UNI.

direttamente, di diritto o di fatto, carattere imperativo.

L'eterogenesi dei fini e dei risultati già in atto induce a cercare rimedi e contromisure a fronte del rischio di applicazioni di norme tecniche nonché delle regole giuridiche che le richiamano, non adeguate a tutelare tutti gli interessi privati e pubblici ad essi sottesi.

Rispetto alla struttura degli enti nazionali di normazione ed ai procedimenti da essi seguiti le linee guida a livello internazionale, ormai per lo più recepite negli statuti e nei regolamenti interni (DIN, AFNOR, UNI), sono orientate ad assicurare una ampia possibilità di partecipazione ai soggetti interessati ed una tecnica deliberativo, il *consensus*, che, pur non vincolata all'unanimità, valorizza anche le posizioni minoritarie, se adeguatamente sostenute.

Per ciò che concerne la vigilanza sull'operato degli enti, si individuano due fronti.

Nel processo di normazione, a livello nazionale, la partecipazione a fianco dei privati secondo modelli diversi di pubbliche amministrazioni centrali o locali nonché di enti pubblici di ricerca è volta ad assicurare una adeguata considerazione degli interessi generali, che gli stessi enti sono deputati a perseguire. Tali fini sono talvolta esplicitati negli accordi che in alcuni Paesi (Germania) intervengono tra il Governo e l'ente di normazione in vista della elaborazione si norme tecniche di particolare rilevanza pubblica.

Una volta entrata in vigore la norma tecnica nazionale, in sede di applicazione giudiziale il suo contenuto tendenzialmente non è sindacabile; tuttavia qualora trovasse accoglimento l'orientamento, prospettato in Francia ed in Italia, che qualifica gli enti di normazione come soggetti privati esercenti pubbliche funzioni, potrebbe prospettarsi una verifica almeno della legittimità ed adeguatezza del procedimento seguito nell'elaborazione della norma.

Secondo un diverso orientamento, che prevale nella giurisprudenza tedesca, una verifica giudiziale della legittimità e correttezza del procedimento seguito dall'enti di normazione nonché dell'effettivo aggiornamento delle norme tecniche può assumere rilievo ai fini della normativa interna sia per consentire di qualificare le norme approvate dal DIN come regole generalmente riconosciute, sia per non inficiare la presunzione relativa di conformità, spesso prevista dalla legislazione tedesca.

Tali prospettive di controllo giudiziale ex post possono ulteriormente stimolare gli enti di normazione ad assicurare effettività al principio di democraticità cui si ispirano nel procedimento di elaborazione delle norme tecniche.

Persiste e tende ad accrescersi, però, un problema derivante dal co-

ordinamento tra le norme tecniche nazionali e quelle comunitari ed internazionali. Infatti, le prime costituiscono ormai in netta prevalenza, almeno in Italia, la trasposizione di quelle elaborate in ambiti sopranazionali. Ciò implica che, in effetti, le sedi in cui avviene la elaborazione delle norme, anche nazionali, e quindi anche la mediazione tra gli interessi privati e pubblici ad essa sottesi, non è costituito dagli Enti di normazione. Pertanto, non trovano sempre attuazione le garanzie di tipo organizzativo ed i rimedi giurisdizionali previsti per quegli enti nell'ambito dei rispettivi sistemi giuridici nazionali.

D'altra parte, la partecipazione agli organi tecnici in sede europea ed internazionale in assoluta prevalenza di rappresentanti degli omologhi organismi tecnici degli enti nazionali di normazione ed alcune peculiarità dei processi decisionali (come nell'ISO la limitazione del voto ai soci che si qualificano ex ante come "Partecipanti") se, da un lato, agevola il processo decisionali, dall'altro riduce drasticamente la rappresentanza degli interessi, che non sempre è coordinabile con la rappresentanza per Nazioni attraverso i rispettivi enti di normazione.

Il deficit democratico che caratterizza tali processi decisionali quindi, attraverso la trasposizione a cascata delle norme internazionali ed europee in norme tecniche nazionali, rischia di caratterizzare l'intero fenomeno della normalizzazione.

Gli strumenti istituzionali e giurisdizionali che contribuiscono a configurare una governance democratica al sistema della normazione a livello nazionale non sono quindi sufficienti ed occorre individuare i percorsi per estenderne l'applicazione agli organismi sopranazionali che svolgono un ruolo trainante nel settore.

In ambito europeo ciò potrebbe intervenire valorizzando a tal fine i rapporti anche negoziali tra gli enti di normalizzazione e la Commissione, mentre a livello internazionale l'assenza di una adeguata architettura istituzionale rende allo stato tale prospettiva difficilmente percorribile.

SILVIA PICCININI

Analisi della giurisprudenza sui poteri dell'Amministratore di sostegno in tema di "cura" dell'amministrato

SOMMARIO: Premessa. - 1. L'Amministratore di sostegno. - 2. L'Amministratore di sostegno e la "cura" del beneficiario. - 3. Sull'ampiezza della area degli "interventi di cura". - 4. Diritti personalissimi. - 5. Consenso ad atti terapeutici e altre decisioni. - 6. Sulla manifestazione del "consenso" espressa dall'Amministratore. - 7. Principî generali che regolano i rapporti tra medico e paziente. - 8. Il paziente si oppone alle cure: sarà un soggetto capace? - 8.1. Non si può superare il rifiuto: il soggetto è capace! - 8.2. Non si può superare il rifiuto: se il soggetto è bisognoso di assistenza occorre valutare la sua capacità e, (solo) se dotato di una (seppur ridotta) capacità, occorre sostenere la sua scelta. - 9. Regola generale: il beneficiario è dotato di capacità (anche se ridotta), l'Amministratore deve affiancarlo nelle scelte. - 10. L'Amministratore di sostegno e il beneficiario totalmente incapace: si tratta di una "rappresentanza funzionale". - 11. Sulle decisioni di fine vita: le "disposizioni anticipate di trattamento".

Premessa

Come è noto, la legge 9 gennaio 2004, n. 6 ha introdotto l'istituto dell'AdS (e modificato gli istituti dell'interdizione e inabilitazione) con l'intento di proteggere i soggetti in difficoltà consentendo loro di esprimersi, massimamente, nei limiti delle proprie possibilità e di svolgere una vita dignitosa. E l'analisi dei decreti di nomina dell'Amministratore di sostegno adottati negli ormai numerosi anni di vigenza di questa nuova normativa evidenzia come essi risultino "massimamente costruiti" proprio al fine del raggiungimento di tale scopo.

Su questa legge si continua però a riflettere sia per la sua sinteticità, che lascia spazi di incertezza, sia per l'intrinseca complessità della questione affrontata, difficilmente potendosi offrire ai "soggetti deboli", la cui autodeterminazione si intende tutelare[1], tutte quelle protezioni che la nuova sensibilità sociale vorrebbe garantire loro. Nell'offrire un sostegno ci si viene infatti a trovar di fronte a una duplice difficoltà, quella della rappresentanza, di cui oggi conosciamo la problematicità nei vari aspetti della vita sociale (rappresentanza politica, genitoriale e così via), e quel-

[1] La Convenzione sui diritti delle persone con disabilità adottata a New York il 13 dicembre 2006 e ratificata dall'Italia con legge 3 marzo 2009, n. 18, indica all'art. 3, tra i principî generali «il rispetto per la dignità intrinseca, l'autonomia individuale – compresa la libertà di compiere le proprie scelte – e l'indipendenza delle persone».

la della comprensione/esplicitazione/interpretazione dei bisogni che, come le scienze umane ci hanno ormai da tempo avvertito, resta fondamentalmente oscura a causa di tutti i condizionamenti (inconsci, biografici, ambientali) a cui il soggetto è sottoposto e che può risultare, nei casi di particolare sofferenza, enormemente esaltata. A tutto ciò si aggiunge il problema della difficile individuazione e definizione del grado di capacità di una persona nel tempo, essendo l'incapacità definita oggi in termini non più categoriali ma dimensionali[2], nella consapevolezza che tutti sono soggetti, a un tempo, capaci e incapaci, forti e deboli, bisognosi di ricevere sostegno ma anche in grado di fornirlo.

È in questa logica che i vecchi istituti giuridici dell'interdizione e dell'inabilitazione hanno mutato le loro regole e sono venuti ad acquistare confini sempre meno rigidi. E il nuovo istituto dell'Amministrazione di sostegno sembra risultare il più idoneo, proprio per il fatto di essere flessibile e modificabile nel tempo, dunque ben adattabile a un soggetto che (come si diceva, quasi mai totalmente capace o incapace), faticosamente, si impegna per la realizzazione di sé, nella soddisfazione di bisogni e nella attualizzazione delle proprie potenzialità.

L'evolversi della legislazione in materia, a volte incerto, sofferto e non sempre lucidamente consapevole, testimonia proprio questo progressivo cambiamento di prospettiva e indica la direzione verso la quale è probabile si procederà ancora, al fine di individuare modalità sempre più adeguate e articolate al sostegno da offrire ai soggetti in condizione di bisogno.

1. *L'Amministratore di sostegno*

Alla luce degli artt. 404-413 c.c., l'aiuto ai soggetti deboli è conferito conservando loro la capacità di agire, e dunque la capacità di compiere quegli atti necessari a soddisfare le esigenze della vita quotidiana, e attribuendo all'Amministratore (*ex* art. 404) il compito di "assistere" il beneficiario entro i limiti che il decreto di nomina definisce. Tale decreto, che deve essere pronunciato dal Giudice Tutelare entro trenta giorni dalla richiesta, delimita infatti, tra l'altro, l'ambito di intervento dell'Amministratore attraverso l'indicazione «dell'oggetto dell'incarico e degli atti che l'Amministratore di sostegno ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario» e degli «atti che il beneficiario può compiere solo con l'assistenza dell'amministrazione di sostegno» (art. 405)[3].

[2] Parere del Comitato Nazionale di Bioetica in tema di *Psichiatria e salute mentale*, 2000.

[3] La Cassazione ha delineato il campo di operatività di tale istituto in alcune recen-

2. *L'Amministratore di sostegno e la "cura" del beneficiario*

Nella generalità di queste prescrizioni normative ci si interroga se la "cura della persona" rientri tra i compiti attribuibili all'Amministratore.

In ordine a tale interrogativo, occorre innanzitutto ricordare che la dottrina ha talvolta ritenuto che il potere di curare la persona fosse difficilmente attribuibile all'"amministratore" per il fatto che l'art. 411, sulle "Norme applicabili all'amministrazione di sostegno", rimanda solo alle disposizioni di cui agli artt. 349-353 e 374-388 e tralascia il riferimento agli artt. 357, 358 e 371 (relativi alla responsabilità del tutore di cura di tutti gli interessi, materiali e personali del minore, e al potere-dovere di prospettare al Giudice Tutelare le soluzioni ritenute più idonee). Secondo questa lettura delle norme codicistiche, dunque, solo il tutore avrebbe la pienezza del potere di cura.

A differente soluzione si è tuttavia giunti attraverso la lettura testuale delle norme e sottolineando come l'Amministratore: debba essere scelto con «esclusivo riguardo alla cura e agli interessi della persona del beneficiario» (*ex* art. 408); e, nello svolgimento dei propri compiti, debba «tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario» e «tempestivamente informare il beneficiario circa gli atti da compiere nonché il Giudice Tutelare in caso di dissenso con il beneficiario stesso» (*ex* art. 410, 1° e 2° co.). La cura della persona si deve dunque realizzare ponendo in essere atti (quali, ad es.: scelte residenziali, attivazione dei servizi sociali, scelta della persona per l'assistenza) che devono essere finalizzati e modulati proprio per la soddisfazione dei bisogni del beneficiario. Analogamente avverrà per la cura degli interessi patrimoniali.

Questo orientamento, da ultimo descritto sembra essere oggi prevalente ed è certo seguito dal Giudice Tutelare presso il Tribunale di Modena, 24 ottobre 2005, il quale ha valutato la possibilità/opportunità di nominare un professionista di propria fiducia per tutte le questioni di carattere patrimoniale del beneficiario investendo altra persona (il fratello del beneficiario) in «veste di co-amministratore, di tutti i compiti attinenti alla cura e alla tutela di esso ed al soddisfacimento delle sue esigenze di vita quotidiana[4]».

ti sentenze: v. Cass. 12 giugno 2006, n. 13584; Cass. 22 aprile 2009, n. 9628; Cass. 1 marzo 2010, n. 4866.

[4] Trib. Modena, decreto 24 ottobre 2005, in "Giurisprudenza di merito", 2006, 1, p. 67 ss.

3. *Sull'ampiezza della area degli "interventi di cura"*

Qualora si acceda all'idea che l'Amministratore possa "curare" la persona, occorre interrogarsi sui limiti di tale potere. Certamente l'Amministratore dovrà farsi carico di ascoltare il beneficiario per poter meglio attuare i compiti che gli vengono attribuiti nel decreto, dovrà verificare il livello di autonomia sussistente nel tempo per informare di ciò il Giudice Tutelare, dovrà occuparsi dell'andamento della vita quotidiana, dovrà cioè curare il "benessere" della persona: ma quale è l'ambito in cui gli è consentito agire?

4. *Diritti personalissimi*

La questione dell'ampiezza dell'area di interventi di cura che possono essere svolti dall'Amministratore rimanda, evidentemente, alla problematica degli atti i c.d. "personalissimi" per i quali non vi può essere sostituzione. Esistono infatti nel nostro sistema atti, quali ad es. il matrimonio (art. 85), il riconoscimento del figlio naturale (art. 266), il testamento (art. 591), la donazione (art. 774), la confessione (art. 2731), il giuramento (art. 2737), che possono essere realizzati solo dal soggetto interessato e per i quali non è ammessa alcuna delega. Evidentemente, si osserva, neppure l'Amministratore di sostegno dovrebbe poter compiere quegli atti personalissimi al posto dell'amministrato. Per quel che riguarda il matrimonio, ad es., è chiaro che il tutore non può esprimere la volontà al posto del soggetto totalmente incapace poiché l'art. 85 c.c. recita che «non può contrarre matrimonio l'interdetto per infermità di mente»**;** e neppure l'Amministratore si ritiene possa farlo al posto di un beneficiario che sia in condizioni di ampia incapacità. Occorre però ricordare che in dottrina da tempo è stata «segnalata l'esigenza di lasciare aperta la possibilità del matrimonio alla persona che risulti idonea a vivere il rapporto coniugale»[5] ed è stata prospettata l'incostituzionalità della norma sull'impedimento a carico dell'interdetto in quanto ritenuta gravemente lesiva di un diritto fondamentale della persona.

L'istituto dell'amministrazione sembra tuttavia soccorrere, quantomeno, favorendo la valorizzazione di rapporti interpersonali di tipo affettivo. A riprova, si può fare qui riferimento, ad es., alla soluzione offerta dal tribunale di Trieste. La questione del (programmato) matrimonio di una giovane affetta da ritardo cognitivo veniva segnalata al Tri-

[5] C.M. Bianca, *La famiglia*, Roma, Giuffré, 2005, p. 51, e v. anche P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, ESI, 1972, p. 412.

bunale di Trieste dagli operatori del servizio che avevano in cura la giovane, in quanto la ritenevano «non in grado di comprendere e di dare un assenso completamente consapevole al matrimonio e a ciò che questo nel futuro avrebbe comportato». Piuttosto che procedere con interdizione (negando così la possibilità di accedere al matrimonio) il Giudice Tutelare, il 28 settembre 2007 (in linea peraltro con le regole della citata Convenzione sui diritti delle persone con disabilità[6] e della Carta di Nizza[7]) nominava un Amministratore di sostegno col compito di «svolgere un ruolo di guida e di mediatore tra la coppia, i servizi sociali, le famiglie, per seguire l'evoluzione di questa esperienza affettiva e la connessa maturazione della giovane valorizzando questo legame come risorsa affettiva, emozionante e personale per la beneficiaria». Tale scelta è stata ben valutata dalla dottrina che ha sottolineato come sia stata adottata una soluzione che, «rispetto alla rigidità di una interdizione, o comunque di un divieto assoluto, consente quantomeno di immaginare un futuro, e cioè una possibile evoluzione di questa relazione, e in prospettiva anche la possibile rimozione del divieto di matrimonio, che se non s'ha da fare oggi non è detto che non si farà domani, ed utilizza comunque le risorse del contesto sociale con il quale la persona beneficiata entra in contatto»[8].

Ancor più decisa la risposta del Tribunale di Varese, 6 ottobre 2009, che nominava un Amministratore di sostegno con i compiti di curare gli interessi personali e patrimoniali di una beneficiaria bisognosa di assistenza ma tuttavia capace di «orientarsi nelle scelte di vita, di emozionarsi, di scegliere per il proprio bene, di capire e di comprendere se del caso, affezionarsi o, addirittura, innamorarsi», e dunque idonea al matrimonio (ai sensi dell'art. 23 della Convenzione di New York).

5. *Consenso ad atti terapeutici e altre decisioni*

Ci si può poi domandare se tra i compiti di "cura" che possono/debbono essere svolti dall'Amministratore rientrino alcune scelte che sono altamente influenti sul benessere del beneficiario riguardando il diritto (per-

[6] Tale Convenzione ha infatti la finalità di «promuovere, proteggere e assicurare il pieno ed eguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali da parte delle persone con disabilità, e promuovere il rispetto per la loro inerente dignità».

[7] La Carta di Nizza, proclamata solennemente il 7 dicembre 2000, all'art. 26 stabilisce che «L'Unione riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficare di misure intese a garantirne l'autonoma, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita di comunità».

[8] R. Russo, *Matrimonio, amministrazione di sostegno: vietare, permettere, accompagnare*, in "Famiglia e diritto", 3, 2010, p. 295.

sonalissimo) alla salute: quelle, ad es., relative alla somministrazione di terapie, all'attivazione dei servizi sociali, alla scelta di collocamento in casa di cura, alla manifestazione del consenso informato ad atti terapeutici.

Occorre a proposito notare che, per quel che concerne la cura della salute, taluni ritengono che il soggetto totalmente incapace di intendere o di volere possa essere sostituito nella manifestazione del consenso all'atto medico o al ricovero in struttura residenziale protetta solo da un tutore (Trib. Torino 20 dicembre 2006).

Altri reputano invece che, trattandosi di atti personalissimi, neppure il tutore possa sostituirsi al soggetto incapace e che debba essere il medico, in scienza e coscienza, a doversi assumere ogni decisione in ordine alle cure mediche. È questa, ad es., la tesi sostenuta dal Trib. di Lecco, decreto 2 febbraio 2006, a proposito della richiesta, avanzata dal tutore, di emanazione di un ordine di interruzione della alimentazione forzata mediante sondino nasogastrico che teneva in vita la tutelata in stato di coma vegetativo irreversibile: «né il tutore, né il curatore hanno la rappresentanza sostanziale e quindi processuale dell'interdetta con riferimento alla domanda dedotta in giudizio, involgendo essa la sfera dei diritti personalissimi per i quali il nostro ordinamento giuridico non ammette la rappresentanza se non in ipotesi tassative previste dalla legge, nella specie non ricorrenti».

Un'articolata lettura della normativa e la distinzione tra potere di rappresentanza negli atti civili e amministrazione dei beni, e potere di cura «che si esprime nel compimento di atti e di scelte mediante i quali il tutore si occupa dell'integrità psichica e fisica della persona al fine di assicurarne il benessere o porre rimedio al malessere»[9], proposta da autorevole dottrina, ha tuttavia indotto a ritenere che gli atti finalizzati alla tutela della salute della persona del beneficiario possano essere attribuiti al tutore ma anche all'Amministratore di sostegno e, infatti, numerosi decreti attribuiscono a quest'ultimo il compito di manifestare, per l'amministrato, il consenso all'atto medico.

6. *Sulla manifestazione del "consenso" espressa dall'Amministratore*

Può, dunque, un Amministratore di sostegno essere autorizzato a

[9] Così, E. Serrao, *Poteri del tutore, e dell'amministratore di sostegno in tema di cura della persona*, Incontro di studio sul tema dell'Amministrazione di sostegno del Consiglio Superiore della magistratura, Roma, 4-6 aprile 2007, la quale rimanda a uno scritto di A. Santosuosso e G.C.Turri, *La trincea dell'inammissibilità, dopo tredici anni di stato vegetativo permanente di Eluana Englaro*, in "Nuova giurisprudenza civile commentata", 2006, I, p. 477.

manifestare il consenso per un ammalato che non possa esprimersi? E, poi, se l'Amministratore deve "proteggere" la persona, che valore dare alla volontà di un paziente contraria alle cure?

Come si diceva, in relazione al primo quesito si nota che alcuni tribunali hanno respinto, seppur con differenti motivazioni, il ricorso di nomina, altri lo hanno invece accolto o, laddove già nominato, hanno attribuito all'Amministratore anche il potere di esprimere tale consenso informato.

Ancora più problematica e controversa appare la seconda questione del difficile conflitto che si manifesta tra il generale dovere di cura e il dovere di rispettare l'altrui libertà di auto-determinarsi in ordine ad atti che riguardano il proprio corpo.

7. *Principî generali che regolano i rapporti tra medico e paziente*

È comunque qui opportuno analizzare quali siano le regole che definiscono il rapporto tra medico e paziente.

In relazione alla generale questione relativa al consenso o, al contrario, al rifiuto di cure mediche (utili e, talvolta, necessarie per la sopravvivenza) e alla possibilità di essere rappresentati in questi orientamenti, sembra, qui, opportuno ricordare innanzitutto brevemente i principî che regolano i rapporti tra medico e paziente.

Fondamentale, quello che vede il paziente capace, all'interno di un rapporto terapeutico, chiamato a partecipare alle scelte relative alla salute che lo riguardano con l'espressione di un "consenso informato". Da tempo, infatti, la lettura combinata degli artt. 32, 2° co.[10] e 13 Cost.[11] ha indotto a ritenere che il diritto alla salute debba essere inteso anche quale diritto di scegliere e dunque (anche) di rifiutare le cure, tenuto conto che per salute si intende uno stato di benessere che include la "qualità della vita"[12].

[10] Art. 32, 2° co. Cost.: «Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

[11] Art. 13, 1° e 2° co. Cost.: «La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge».

[12] Qualità della vita che è stata definita dall'OMS come «percezione che gli individui hanno della loro posizione nella vita, nel contesto della cultura e del sistema dei valori in cui essi vivono e in relazione ai loro obiettivi, aspettative, *standars* e preoccupazioni. È un concetto che riguarda un ampio ambito influenzato in modo complesso dalla salute fisica della persona, dallo stato psicologico, dalle credenze personali, dalle relazioni sociali e dai rapporti con gli aspetti più salienti dell'ambiente» (WHOQOL-100 1995).

E la Convenzione di Oviedo[13], la Carta europea dei diritti fondamentali[14], varie normative italiane[15] e il vigente codice di deontologia medica[16] enunciano, in modo sempre più inequivocabile, la rilevanza del consenso, inteso come strumento per l'esercizio del diritto alla salute. Lo stesso Comitato nazionale per la bioetica ha ritenuto che il consenso informato rappresenti «legittimazione e fondamento dell'atto medico e, allo stesso tempo, strumento per realizzare quella ricerca di alleanza terapeutica nell'ambito delle leggi e dei codici deontologici e di piena umanizzazione dei rapporti tra medico e paziente, a cui ispira la società attuale»[17].

In base a tale principio, si può sostenere che neppure una condizione di necessità possa giustificare un intervento[18] su un paziente capace

[13] La Convenzione europea per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina, stipulata a Oviedo il 4 aprile 1997, e resa esecutiva in Italia con legge 28 marzo 2001, n. 145, prevede all'art. 5, che «qualsiasi intervento in campo sanitario non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato il proprio consenso libero e informato. Questa persona riceve preventivamente una informazione adeguata in merito allo scopo e alla natura dell'intervento nonché alle sue conseguenze e ai suoi rischi. La persona interessata può liberamente ritirare il proprio consenso in qualsiasi momento».

[14] Art. II-3, 2° co.: «Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: a) il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge».

[15] Analisi sulla rilevanza del consenso in varie leggi italiane (sull'aborto, sugli stupefacenti, sulla donazione del sangue, sulla sperimentazione di farmaci) in G. Ferrando, *Incapacità e consenso al trattamento medico*, http://www.pol-it.org/ital/ferrando2.htm; e v. anche P. Zatti, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in "Nuova giurisprudenza civile commentata", 2000, II, p. 8 ss.

[16] Il Codice di deontologia medica, all'art. 32, enuncia: «Il medico non deve intraprendere l'attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso informato del paziente».

[17] Parere del Comitato nazionale per la bioetica su *Informazione e consenso all'atto medico* del 20 giugno 1992.

[18] Sulla irresponsabilità penale dei sanitari che, malgrado la necessità dell'intervento, si siano astenuti rispettando il rifiuto del paziente, v. Pret. Roma, 3.4.1997, in "Cassazione Penale", 1998, p. 950 (con nota di G. Iadecola) secondo cui «non risponde di omicidio colposo il medico che ometta di eseguire una trasfusione di sangue "salvavita" a un paziente che per motivi religiosi la rifiuti, poiché il medesimo, in mancanza di consenso del paziente non è destinatario di un obbligo giuridico di intervento»; e v. anche Pret. Treviso 29 aprile 1999, in "Il Foro italiano", 1999, II, p. 667, che ha deciso che «non è configurabile una responsabilità del medico per il reato di omicidio colposo, *ex* art. 589 c.p., nel caso di morte di un paziente, causata da assunzione di sostanze stupefacenti, il quale, risvegliatosi dal coma determinato da overdose di oppiacei, aveva coscientemente rifiutato, dopo essere stato correttamente informato sui possibili rischi conseguenti, il ricovero e ulteriori terapie che presumibilmente avrebbero impedito il decesso».

Ampia analisi di pronunce giurisprudenziali sul consenso del paziente al trattamento medico già in F.F. Monti, *Responsabilità civile e penale del medico: luci e ombre sul consenso informato nell'analisi della giurisprudenza*, in "Politica del diritto", 1999, p. 213 ss.

che, compiuta una cosciente valutazione critica della situazione in essere e delle conseguenze di non porvi rimedio, lo rifiuti. Il medico potrà intervenire, senza il consenso, solo nel rispetto dei principî costituzionali e nel caso dello stato di necessità in cui il soggetto non sia al momento in grado di esprimere la propria volontà[19].

Peraltro la stessa Cassazione ha più volte affermato il principio della necessità del consenso, consacrato nella nota sentenza n. 21748 del 2007, e successivamente ribadito con la specificazione che deve avere «come presupposto una attività di corretta informazione, sia nella fase di formazione del consenso sia nella fase antecedente che in quella di esecuzione del contratto» (Cass. 11 maggio 2009, n. 10741)[20]. E la Corte costituzionale, nella sentenza del 23 dicembre 2008, n. 438, dichiarando la illegittimità dell'art. 3 della legge del Piemonte n. 21 del 6 novembre 2007, ha affermato che il consenso si configura quale «vero e proprio diritto della persona» svolgendo «una funzione di sintesi tra due diritti fondamentali della persona quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha altresì il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché le eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, 2° comma della Costituzione».

8. *Il paziente si oppone alle cure: sarà un soggetto capace?*

Si è enunciato che il medico non può imporre un trattamento sanitario nei confronti di un malato che sia capace e che rifiuti le cure. Si nota però come, talvolta, si possa essere tentati di ritenere che il fatto di rifiutare le cure sia già in sé un sintomo, se non di incapacità, quantomeno di malessere o di malattia. E se il soggetto è malato allora la sua volontà contraria può non essere considerata.

È questa la dimostrazione di come sia difficile comprendere e rappresentare i bisogni altrui e, dunque, di come sia problematico offrire al

[19] Secondo il Codice di deontologia medica, art. 35, «allorché sussistano condizioni di urgenza e in caso di pericolo di vita di una persona, che non possa esprimere al momento, volontà contraria, il medico deve prestare l'assistenza e le cure indispensabili».

[20] Vedi anche: Cass. 8 ottobre 2008, n. 24791, secondo cui «la sottoscrizione dell'"apposito modulo" non prova la sussistenza del consenso informato.

soggetto debole, di cui si stenta talvolta a comprendere il grado di capacità, quel sostegno che la legge intende garantirgli. Così, l'Amministratore di sostegno nominato perché, col proprio consenso, si sostituisca alla volontà del malato "rifiutante" è sembrata a taluni una buona via per "aiutare" il malato a continuare a vivere: lo stratagemma non sembra perlopiù riuscito.

8.1. Non si può superare il rifiuto: il soggetto è capace!

Nel rispetto del principio del consenso informato del paziente, sono stati dichiarati non accoglibili alcuni ricorsi per l'istituzione dell'Amministratore di sostegno di persone malate in quanto dal tribunale ritenute capaci di comprendere ed esprimere le loro volontà. Si riportano, qui, inizialmente, due decisioni che appaiono soprattutto utili a ribadire il principio base del consenso informato.

- Trib. di Torino, 22 maggio 2004: se non fosse capace, solo il tutore potrebbe attuare la sostituzione.

Il Trib. di Torino ha infatti dichiarato, inaccoglibile il ricorso per l'istituzione dell'Amministratore di sostegno di una persona tossicodipendente: tale ricorso era stato promosso dal P.M. su sollecitazione del medico curante il quale riteneva il paziente non in grado di «prendere in modo lucido e competente» decisioni relative a trattamenti terapeutici e interventi chirurgici cui doveva sottoporsi[21].

Questa in sintesi la risposta (esatta nella valutazione della capacità dell'interessato ma criticabile nella "lettura" dell'istituto dell'Amministrazione di sostegno[22]): per il G.T. l'Amministratore di sostegno non può legittimamente sostituirsi, nell'espressione del consenso al trattamento terapeutico, al beneficiario il quale mantiene «quanto meno in misura ridotta una propria autonomia e capacità». E ciò viene affermato dopo

[21] Il soggetto, si legge nel decreto, doveva «sottoporsi a lunghi e fastidiosi trattamenti riabilitativi, di difficile attuazione alla luce "del problema farmacologico attuale" e "psicologico successivo", in quanto un disturbo di dipendenza di questa importanza non può venir risolto con il semplice divezzamento» e era dunque «necessario assumere diverse decisioni in ambito terapeutico per accertamenti anche invasivi o con mezzi di contrasto, oltre che per interventi chirurgici».

[22] Il provvedimento è fortemente criticato da P. Cendon (www.personaedanno.it) che lo ritiene non convincente «per vari motivi: eccesso di rigidità, compiacimenti sillogistici, ingenuità puristiche e accademiche, disponibilità spiccata nei confronti dell'interdizione, visioni astratte e libresche del disagio individuale, ostentazione garantistiche, irrealismo, attaccamento ostinato a quella categoria di incapacità (o tutto bianco o tutto nero) che la nuova legge sull'AdS ha invece seppellito per sempre).

ampia analisi della legislazione nazionale[23] e internazionale[24] e della prevalente dottrina[25] e giurisprudenza[26], che ammettono «la legittimazione alla sostituzione nella prestazione del consenso» al trattamento terapeutico soltanto nelle ipotesi, tassative, in cui il soggetto sia, di fatto, totalmente incapace di esprimerlo personalmente. D'altronde, si legge nel provvedimento (e questa è la parte sulla quale gravano maggiori critiche), «se nel caso in esame si ritenesse sussistente una residua capacità del sig. (...) e la ricorrenza dei presupposti per l'amministrazione di sostegno, l'amministratore nominato, in ipotesi di contraria volontà del paziente, non potrebbe comunque prestare un valido consenso ai trattamenti terapeutici e riabilitativi ipotizzati dal curante, in sostituzione e per conto del sig. (...); per contro, se al sig. (...) non residuasse alcuna capacità e questi non fosse pertanto in grado di auto-determinarsi in ordine ai medesimi trattamenti, ciò comporterebbe la necessità di adozione della procedura di interdizione, essendo l'amministrazione di sostegno "inidonea a realizzare la piena tutela del beneficiario" (art. 413 c.c,)».

- Trib. di Campobasso, 26 aprile 2004: se non fosse capace, solo il medico che ha in cura il paziente potrebbe decidere.

Neppure accoglie, dunque, l'istanza di nomina il G.T. del Trib. di Campobasso[27] in una ordinanza importante perché ha impedito, in concreto, che il nuovo istituto dell'Amministratore di sostegno, nato per consentire l'ampliamento delle modalità esplicative di un soggetto sofferente, si trasformasse in uno strumento per conculcarne la volontà.

[23] «L'evoluzione normativa degli ultimi decenni relativa alla cura [...] privilegia una scala di valori che vede il primato della salute dell'uomo e della sua libertà e dignità su ogni altro interesse, con l'affermazione della volontarietà, di norma, degli accertamenti e trattamenti sanitari».

[24] La Convenzione di Oviedo, art. 6, «ammette la legittimazione alla sostituzione nella prestazione del consenso soltanto qualora il soggetto "non abbia la capacità di dare il consenso"».

[25] «In relazione alla prestazione del consenso da parte dell'infermo di mente la maggior parte della dottrina ritiene che la capacità legale non assuma rilievo decisivo, dovendosi far riferimento alla capacità di fatto dell'interessato, attenendo tale manifestazione di volontà alla libertà morale del soggetto e comportando essa un atto dispositivo dell'integrità fisica, giungendo a negare la legittimazione del tutore di compiere scelte attinenti alla salute dell'interdetto, qualora questi sia in grado, di fatto, di operarle autonomamente».

[26] «Quanto alla giurisprudenza, si è ormai affermato il principio secondo il quale il tutore [...] ha la cura della persona del tutelato "con la conseguenza che nell'interesse del soggetto è legittimato a esprimere o rifiutare il consenso al trattamento terapeutico" (C. Appello Milano, decreto 31 marzo 1999, in "Foro italiano", 2000, 1, p. 2022)».

[27] Trib. di Campobasso, Ufficio del Giudice Tutelare, 26 aprile 2004, n. 184, in "Giustizia civile", 2005, p. 3175 ss., con il commento di S. Piccinini, *Giusta risposta a una richiesta di soluzione impropria di un grave problema*.

In breve, questa è la storia. A un ammalato grave viene prospettata la possibilità di guarigione solo attraverso un impegnativo intervento chirurgico comportante menomazioni permanenti. Tale ammalato, in piena capacità e aspirando evidentemente a vivere secondo modalità e condizioni considerate da lui stesso degne e accettabili[28], resiste alla offerta che gli viene indicata, rifiuta il ricovero e, conseguentemente, l'intervento chirurgico. Il medico di famiglia, preoccupato per la salute del proprio paziente e consapevole del fatto che non può superare l'attuale rifiuto alle cure imponendo la "cura" necessaria (per senso di protezione nei confronti dell'ammalato e dei suoi familiari o perché altamente consapevole dei doveri imposti dalla legge e dalla deontologia che gli prescrivono di tutelare la "vita dell'Uomo"[29] o, più probabilmente, perché stenta a comprendere o accettare la decisione dell'ammalato di abbandonarsi a una prematura conclusione della propria esistenza), escogita questa soluzione: ritenendo che il proprio assistito sia in pericolo di vita fa istanza al G.T. perché venga nominato un Amministratore di sostegno che «provveda alla cura del paziente, in particolare ai fini dell'effettuazione di un intervento chirurgico di amputazione dell'arto, descritto come l'unico idoneo a scongiurarne la morte».

Il G.T., viceversa, dichiara l'istanza inammissibile, fondando la sua decisione su diverse motivazioni sulle quali è bene soffermarsi perché consentono, tra l'altro, di svolgere qualche riflessione su queste "scelte di vita".

Vari, dicevamo, i motivi addotti dal Giudice: innanzitutto, perché diverso è l'ambito applicativo dell'istituto. L'istituto dell'Amministrazione di sostegno ha «lo stesso ambito di applicazione di quello dell'interdizione e dell'inabilitazione» ed è esclusivamente relativo al soggetto incapace il quale, ponendo in essere atti giuridici che non è ben in grado di valutare, potrebbe pregiudicare i propri interessi patrimoniali e non patrimoniali, e che per questo può, dunque, essere sostituito o aiutato dal tutore, dal curatore o da un Amministratore. Tra questi interessi non rientra, secondo il G.T. del Trib. di Campobasso, la "cura" della decisione relativa all'effettuazione dell'intervento chirurgico (descritto come idoneo

[28] Sulle differenti concezioni della "vita", sui limiti del rifiuto di terapia e sulle problematiche relative alle "decisioni" di chi si venga a trovare in stato di incapacità, v. M. C. Del Re, *Bene della vita e controllo della morte: riflessioni giuridiche*, in AA.VV., in *Studi in memoria* di E. Cantelmo, a cura di R. Favale e B. Marucci, Napoli, 2003, vol. I, p. 523 ss. Sulla «diversa concezione della vita che viene assunta quasi come oggetto di disponibilità privata», v. anche le riflessioni di G. Giacobbe, *Editoriale*, in "Legalità e giustizia", 2003, p. 3 ss.

[29] L'art. 3 del Codice di deontologia medica esordisce affermando che «dovere del medico è la tutela della vita».

e indispensabile per la sopravvivenza del paziente), per la quale non gli appare configurabile alcuna forma di supplenza.

Il G.T. ritiene, infatti, e questa è la seconda considerazione su cui si basa la dichiarazione d'inammissibilità dell'istanza, che le decisioni relative all'«effettuazione di tali trattamenti sanitari di cui si assume la necessarietà ai fini della tutela della vita dell'interessato» siano sottratte al potere di un Amministratore di sostegno e siano esclusivamente rimesse alla valutazione tecnica dei sanitari che hanno in cura il paziente («senza alcuna necessità di intervento del G.T.»), nel caso questi sia in imminente pericolo di vita e non possa esprimere la propria volontà[30]; qualora, «per malattia mentale il paziente non sia in grado di sottoporsi volontariamente a trattamenti sanitari necessari» la valutazione dovrà invece essere affidata al «Sindaco quale autorità sanitaria *ex* artt. 34 ss. l. n° 833/78[31] e alla successiva convalida dell'A.G.».

Da informazioni giornalistiche[32] emerge che il medico, seguendo queste indicazioni, abbia poi tentato la via del trattamento sanitario obbligatorio, risultata comunque preclusa essendo stata medicalmente accertata la piena capacità del paziente.

8.2. Non si può superare il rifiuto: se il soggetto è bisognoso di assistenza occorre valutare la sua capacità e, (solo) se dotato di una (seppur ridotta) capacità, occorre sostenere la sua scelta.

Completamente differente, il provvedimento adottato (a integrazio-

[30] Il riferimento è allo stato di necessità *ex* art. 54 c.p. Il medico ha, inoltre, il dovere, etico e legale, di soccorrere chi si trovi in stato di pericolo: per l'art. 593 c.p., chi trovi «un corpo umano che sia o sembri inanimato, ovvero una persona ferita o altrimenti in pericolo» ha l'obbligo di prestare «l'assistenza occorrente o darne avviso all'Autorità»; in particolare, il medico pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio che, chiamato a prestare la propria opera, si astenga, risponderà, *ex* art. 328 c.p., di omissione o rifiuto di atti di ufficio. Anche il codice deontologico, all'art. 8, ribadisce tale obbligo affermando che «il medico, indipendentemente dalla sua abituale attività, non può mai rifiutarsi di prestare soccorso o cure d'urgenza e deve tempestivamente attivarsi per assicurare ogni specifica e adeguata assistenza».

Occorre però fin da ora notare che, in presenza di una volontà contraria del paziente, si evidenzia nel medico che operi un soccorso di necessità un conflitto tra doveri, derivanti dal rispetto dei principî di autonomia e di beneficialità. Sulla questione, v. *sub* art. 54, *Codice penale commentato* IPSOA, 1999, I, p. 531.

[31] Gli artt. 34 segg. della Legge istitutiva del S.S.N. si riferiscono agli "Accertamenti e trattamenti sanitari e obbligatori per malattia mentale" e al "Procedimento relativo agli accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori in condizioni di degenza ospedaliera per malattia mentale e tutela giurisdizionale".

[32] *Il medico curante chiede al sindaco il ricovero coatto*, in "Il Quotidiano del Molise", 28 aprile 2004.

ne di un precedente decreto di nomina di Amministratore di sostegno) dal Trib. di Modena, 15 settembre 2004, importante per la chiarezza espositiva e soprattutto per l'esplicitazione del criterio seguito nella soluzione del difficile conflitto che, come dicevamo, si manifesta tra il dovere di curare la persona e il rispetto per le consapevoli scelte. Tra le varie considerazioni e osservazioni svolte nel decreto[33], si legge infatti: nelle situazioni in cui le alterazioni psichiche non determinano una incapacità assoluta del beneficiario, «il criterio per un equilibrato giudizio rispettoso dell'individuo e dei suoi fondamentali diritti di autodeterminazione altro non sembra essere se non quello di procedere al "sostegno" della "cura", sostituendola nel diritto-dovere di esprimere il consenso di sottoposizione alla terapia medica salvavita esclusivamente nel caso in cui, acquisiti tutti gli elementi, anche scientifici disponibili, si pervenga al convincimento che il dissenso non si fonda su una cosciente valutazione critica della situazione in essere e delle conseguenze di non porvi rimedio». Essendo pervenuto a questo convincimento (dopo aver anche «sentito l'interessato e l'Amministratore nominato»), il G.T. del Trib. di Modena ha così integrato l'originario incarico attribuendo all'Amministratore di sostegno (tra gli altri, anche) il compito di esprimere, in nome e per conto del beneficiario, il consenso ai previsti trattamenti sanitari.

Tutela del soggetto ammalato e sostegno della persona nella realizzazione del proprio diritto di cura, dunque, ma solo dopo avere accertato che il diverso orientamento del paziente (cioè, il rifiuto) non corrisponda a una consapevole scelta ideale (anche precedentemente dichiarata) ma derivi piuttosto dall'incapacità di compiere una cosciente valutazione critica del proprio stato e della conseguenza della propria scelta: questo, dunque, il criterio guida prospettato.

Lo stesso Tribunale di Modena, 28 giugno 2004, aveva precedentemente autorizzato l'Amministratore di sostegno a manifestare il consenso informato per un grave e urgente intervento chirurgico in nome e per conto di una persona che rifiutava l'intervento adducendo "motivazioni deliranti": nel decreto si ribadiva infatti che, al fine di non comprimere la libertà del beneficiario e il diritto di autodeterminazione occorre svolgere una «scrupolosa indagine (anche in sede scientifica) volta ad appu-

[33] Relative, tra l'altro, alla finalità della legge n. 6 del 2004; al significato del «sostegno normativo della "cura" della persona», che «non si limita alla sfera economico-patrimoniale ma tiene conto dei bisogni e delle aspirazioni dell'essere umano ricomprendendo ogni attività della vita civile giuridicamente significativa», incluso il «coinvolgimento di quel diritto-dovere di esprimere il consenso informato a terapie mediche e/o interventi»; all'art. 6 della Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina.

rare se il rifiuto del trattamento terapeutico sia privo di sufficiente consapevolezza critica della malattia e delle conseguenze che dalla stessa deriverebbero allorché non vi si ponesse tempestivo rimedio».

Assai articolata sembra poi la soluzione recentemente adottata dal Tribunale di Palermo. Di fronte a un paziente con deficit mentale e bisognoso di intervento chirurgico a cui si opponeva, il Trib. di Palermo, 9 dicembre 2009, nominava un Amministratore di sostegno cui conferire il «potere di esprimere nell'interesse del beneficiario la volontà del predetto [...] fermo restando il dovere di prendere in considerazione, ai fini del consenso, la volontà del beneficiario di non eseguire l'intervento anzidetto, unitamente a tutti gli altri elementi forniti dai sanitari ed acquisiti dall'Amministratore».

9. *Regola generale: il beneficiario è dotato di capacità (anche se ridotta), l'Amministratore deve affiancarlo nelle scelte*

Si è detto che non esistono due stati di capacità e incapacità ma che la capacità è definita oggi in termini dimensionali. Nel caso di soggetto con capacità ridotta, l'approccio da ultimo descritto, di rispetto per gli orientamenti e la residua volontà del soggetto debole, è proprio quello che si ritiene più rispettoso delle norme vigenti in tema di consenso: che può e deve essere reso dall'Amministratore di sostegno il quale dovrà però agire nell'interesse e nel rispetto più ampio possibile della volontà così come viene espressa dal beneficiario (art. 6, 3° co., della Convenzione di Oviedo).

In tal senso si è orientato il Tribunale di Milano 21 giugno 2006, che, di fronte ad un soggetto assai sofferente ma ancora lucido e capace di partecipare alle decisioni riguardanti la cura della propria persona, ha nominato un Amministratore di sostegno che garantisse una protezione, non di tipo economico, ma per curare gli aspetti di natura personale; l'Amministratore di Sostegno, si legge nel decreto di nomina, deve affiancare la beneficiaria «nell'assunzione delle decisioni di natura personale in ambito sanitario, condividendo con lei valutazioni che nel momento di acuzie patologica sembra rifiutare o vivere con troppa ansia, e aiutandola a comprendere esigenze sanitarie e proposte terapeutiche (in ogni caso si tratterà di assistenza e non di sostituzione, ancorché possa autorizzarsi l'A.d.S. a firmare in sua presenza un'espressione di assenso o dissenso che la stessa condivida, ancorché l'agitazione o la patologia ne impedisca temporaneamente l'apposizione della firma)»; l'Amministratore potrà, inoltre, «intrattenere rapporti con l'Autorità Sanitaria ed esprimere consensi o autorizzazioni a trattamenti o interventi necessari a tutela del-

la sua salute, valutando le indicazioni dei sanitari, intrattenere ove necessario rapporti con altri Enti Pubblici in procedure dirette a tutelare le sue esigenze di assistenza e cura».

Altrettanto significativo, il decreto del Tribunale di Varese, 10 marzo 2010, col quale, per il sostegno di persona pur parzialmente dotata di consapevolezza e lucidità ma con dipendenze da alcool e disturbi di personalità, è stato nominato un Amministratore di sostegno con le funzioni di: a) rappresentanza esclusiva in relazione, tra l'altro, a decisioni su attività terapeutiche di recupero e alla cura dei rapporti con gli uffici pubblici; b) assistenza nelle decisioni di tipo sanitario: l'Amministratore dovrà: "assistere la beneficiaria nella prestazione del consenso informato (…) ai trattamenti terapeutici (…); accompagnerà la beneficiaria, anche nel dialogo con il medico (…); si preoccuperà di proporre alla beneficiaria la frequentazione di un gruppo di alcolisti anonimi (…); concerterà con i servizi sociali di competenza, in ragione del territorio, le attività da intraprendere".

Occorre tuttavia notare che, in altri decreti, all'Amministratore di sostegno sono stati demandati i poteri-doveri di compiere in nome e per conto della persona inferma o affetta da menomazione fisica o psichica anche le operazioni relative alla tutela e la cura della salute (cioè, gli atti di cura). Ci si riferisce ad, es., ai decreti del Tribunale di Modena, decreto 26 gennaio 2009 e 13 maggio, e a quello del Tribunale di Milano, 5 aprile 2007.

10. *L'Amministratore di sostegno e il beneficiario totalmente incapace: si tratta di una "rappresentanza funzionale"*

Come tutelare la libertà di autodeterminazione di una persona totalmente incapace di intendere o volere?

Anche nel caso l'interessato si trovi nella totale impossibilità di manifestare il proprio consenso (essendosi venuto a trovare in una condizione psico-fisica che non gli consente di comprendere le proprie condizioni di salute e la necessità degli interventi terapeutici), si ritiene che possa essere l'Amministratore di sostegno a manifestare il consenso o il rifiuto all'atto medico. L'Amministratore di sostegno (e naturalmente anche il tutore) prende, infatti, idealmente posto nella relazione medico-paziente dell'incapace e agisce nel suo interesse, ricreando così il "dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione della decisione medica". L'Amministratore deve, dunque, compiere quell'atto (di consenso o di rifiuto), che è personalissimo, secondo le indicazioni del malato che possono essere: dedotte attraverso le scelte effettuate o i comportamenti adottati dall'interessato nel periodo della sua capacità; o rese in esplicite di-

chiarazione scritte proprio allo scopo di limitare futuri trattamenti sanitari ritenuti eccessivamente invasivi.

Questo principio può essere affermato alla luce delle disposizioni della Convenzione di Oviedo, che all'art. 6, sulla "Protezione delle persone che non hanno la capacità di dare consenso" recita:

1) Un intervento non può essere effettuato su una persona che non ha capacità di dare consenso, se non per un diretto beneficio della stessa. [...].

2) Allorquando, secondo la legge, un maggiorenne, a causa di un handicap mentale, di una malattia o per un motivo similare, non ha la capacità di dare consenso ad un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge.

3) La persona interessata deve nei limiti del possibile essere associata alla procedura di autorizzazione».

E, all'art. 9, sui "Desideri precedentemente espressi" prevede che "I desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione".

Anche il decreto legislativo italiano sulla sperimentazione clinica (all'art. 5 del 24 giugno 2003, n. 211), a proposito degli adulti incapaci che non hanno dato o hanno rifiutato il consenso informato prima che insorgesse l'incapacità, afferma tale sperimentazione possibile a condizione che «sia stato ottenuto il consenso informato del legale rappresentante, consenso che «deve rappresentare la presunta volontà del soggetto».

I criteri che dovranno essere dall'Amministratore seguiti sono stati indicati nella sentenza della Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748 ove è esplicitato che: «nel consentire al trattamento medico o nel dissentire dalla prosecuzione dello stesso sulla persona dell'incapace, la rappresentanza del tutore è sottoposta a un duplice ordine di vincoli: egli deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e nella ricerca del best interest, deve decidere non "al posto" dell'incapace, né "per" l'incapace, ma "con" l'incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzione etiche, religiose, culturali e filosofiche».

Il rappresentante e anche l'Amministratore di sostegno sarebbero, in questo caso, caratterizzato dalla totale mancanza di capacità del beneficiario, dei "nunci" della volontà della persona incapace.

11. ***Sulle decisioni di fine vita: le "disposizioni anticipate di trattamento"***

Lo strumento più idoneo a mantenere viva la volontà dell'amministrato in ordine all'assunzione di scelte di fine vita sarebbero, naturalmente, le Disposizione di trattamento anticipato su cui, tuttavia, il nostro legislatore si interroga da (anche troppo) tempo. Giace in Palamento un progetto che tuttavia pare assai limitativo, rendendo solo "possibile" il recepimento, da parte del sanitario, delle indicazione espresse e che comunque esclude la possibilità di rifiutare alimentazione e idratazione non considerandoli "atti medici".

In attesa di una risposta del legislatore, in questa sede ci si può soltanto soffermare su due problematiche attuali: sulla possibilità della nomina anticipata dell'Amministratore di sostegno in vista di una futura, eventuale incapacità; sul valore della designazione della persona dell'Amministratore di sostegno cui affidare anche le indicazioni sui trattamenti sanitari.

In ordine alla prima questione si possono trovare decisioni opposte: il trib. di Modena, 5 novembre 2008[34], su ricorso dell'interessato perfettamente in possesso della piena capacità di intendere e di volere, ha nominato un Amministratore di sostegno (ed eventualmente anche un suo sostituto) con la precisazione che il decreto sarebbe diventato efficace solo al sopravvenire del presupposto della impossibilità di provvedere a se stessi. L'Amministratore viene autorizzato a compiere, «in nome e per conto del beneficiario e per l'ipotesi che questo si venga a trovare in stato di incapacità senza aver revocato con qualsiasi modalità e rendendone edotto l'Amministratore, le disposizioni contenute nel decreto», e cioè: «la negazione di consenso ai sanitari coinvolti a praticare alla persona trattamento terapeutico alcuno e, in specifico, rianimazione cardio-polmonare, dialisi, trasfusioni di sangue, terapie antibiotiche, ventilazione, idratazione e alimentazione forzata e artificiali; il richiamo ai sanitari dell'obbligo di apprestare alla persona, con le maggiori tempestività, sollecitudine ed incidenza ai fini di lenimento delle sofferenze, le cure palliative più efficaci compreso l'utilizzo di farmaci oppiacei».

Analoghe soluzioni sono state adottate da: Trib. di Siena, 18 giugno 2007; Trib. di Modena, 19 dic. 2008; Trib. di Prato, 8 apile 2009; Trib. di Cagliari, 22 ottobre 2009[35]; Trib. di Firenze, 22 dicembre 2010.

[34] Critiche al decreto in F. Gazzoni, *continua la crociata parametafisica dei giudici-missionari della c.d. morte dignitosa*, in Diritto della famiglia e delle persone, 2010, p. 227 ss.

[35] In "Famiglia e diritto", 2010, n. 2, p. 161 con nota di M. N. Bugetti, *Amministrazione di sostegno in favore di persona attualmente capace ed autonoma: oltre i confini dell'istituto?*

Al contrario per altri Tribunali, il requisito dell'attualità della condizione di mancanza di autonomia è ritenuta necessaria. Così, il Trib. Cagliari, 14 dicembre 2009, secondo cui non è possibile autorizzare a priori una autonoma funzione surrogatoria della volontà del (potenziale) beneficiario: perché tale soluzione appare maggiormente in sintonia con il dettato normativo[36].

Per quel che riguarda la seconda questione sopra posta, sul valore della designazione della persona dell'Amministratore di sostegno cui affidare anche le indicazioni sui trattamenti sanitari, si può certamente ammettere la possibilità di designare in anticipo un proprio Amministratore poiché l'art. 408 l'indica esplicitamente («L'Amministratore può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata»): e, a questo Amministratore designato, l'interessato ben potrà impartire disposizioni sulle scelte di fine vita.

Questa soluzione, tesa a rafforzare la possibilità di continuare ad avere un controllo sul proprio corpo anche a seguito della perdita della capacità, resta tuttavia debole dato che "per gravi motivi" il G.T. potrà designare un Amministrazione di sostegno diverso.

[36] Si vedano anche: Trib. di Genova, 6 marzo 2009; Trib. Roma, 1 aprile 2009; Appello di Firenze, 3 luglio 2009 che in seguito al ricorso contro il provvedimento con cui il G.T. aveva negato la nomina di un Amministrazione di sostegno in previsione di una eventuale futura incapacità, con particolare riferimento alle scelte di autodeterminazione terapeutica, respinge il ricorso qualificando la scelta dei reclamanti come caratterizzata da «insuperabili incongruenze logiche» e da una lettura «gratuitamente letterale» delle norme.

ANDREA RALLO

Il contraddittorio nel processo cautelare: riflessioni a margine del codice*

1. Nella comune esperienza culturale, prima ancora che in quella giuridica, si evidenzia una profonda differenza tra ciò che potremmo definire come *contraddittorio formale*, laddove manca ogni connessione e conseguenzialità tra ascolto delle contrapposte ragioni e decisione; e ciò che dovremmo intendere come *contraddittorio sostanziale*, dove il giudizio si forma esclusivamente alla luce delle reciproche ragioni delle parti, secondo un meccanismo premiale della più fondata di esse, che non a caso gli anglosassoni chiamano appropriatamente *adjudication*[1].

È però evidente che il contraddittorio necessiti anche di un indispensabile corollario: l'imparzialità e l'indipendenza di chi giudica sono infatti i presupposti necessari per l'applicazione del – successivo – principio del contraddittorio sostanziale[2]: perché la regola del contraddittorio costituisce, per così dire, un canone metodologico della decisione, ma ovviamente non è in sé garanzia di equità. Non a caso il mondo latino ci tramanda, insieme con il contraddittorio, altri due inscindibili canoni della giustizia: *l'honeste vivere* (indipendenza) ed il *suum cuique tribuere* (imparzialità).

Naturalmente, oggi non possiamo che postulare come acquisiti i pa-

*Il testo, con qualche revisione ed alcune note, riproduce la Relazione tenuta al Convegno del 24 novembre 2010 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Molise: *Prime riflessioni sulla riforma del processo amministrativo*

[1] Nel 458 a. C. Eschilo si presenta alle Grandi Dionisiache con una trilogia (Orestea), nella quale si narra e si giudica di un matricidio, e dunque del più efferato crimine concepibile nel mondo ellenico. Nella vicenda, com'è noto, si dibatte del "diritto" di Oreste ad essere ascoltato, nonostante appaia del tutto inutile, vista l'incontestabilità dei fatti. Eschilo tuttavia fa in modo che Atena imponga al tribunale di ascoltare anche le ragioni di Oreste: ragioni che finiranno per farlo assolvere. Eschilo vince la competizione teatrale ed il principio del contraddittorio diviene immortale e verrà tramandato come pilastro della giustizia umana e divina!

[2] Né i secoli che ci separano da Eschilo hanno mai messo in dubbio l'esistenza – per così dire – immanente del principio: nell'*Audiatur et altera pars* del mondo latino; nel cardine *dell'Habeas corpus* e dell'*Equity* anglosassone del *Right to be heared*; nella Dichiarazione parigina dei Diritti Civili postrivoluzionari, nelle Dichiarazioni Universali dei diritti umani globali (ONU 1948) e continentali (Europa 1950); sino a confluire nel principio di Buona Amministrazione della Carta di Nizza (2000).

rametri dell'indipendenza e dell'imparzialità delle nostre corti di giustizia amministrativa, sebbene costruite tuttora come camere di accertamento dell'interesse pubblico o, per meglio esprimermi, come camere di giustiziabilità dei pubblici interessi. Il diritto al rispetto dell'indipendenza il GA lo ha guadagnato in passato[3] e mi sembra che non l'abbia mai perduto.

2. Se dunque possiamo affermare l'indipendenza e l'imparzialità delle nostre Corti di giustizia amministrativa (pur con qualche irrisolta riserva in tema di incarichi interni presso i ministeri, di attività consultiva e normativa[4]), possiamo concentrarci sul metodo, e quindi sul contraddittorio, e possiamo anche essere liberi di affrontare ulteriori problematiche, venendo al tema specifico.

Di tutte le possibili questioni che possono porsi sul tema del contraddittorio nel processo amministrativo cautelare[5], sono dell'opinione che due di queste appaiono di maggiore attualità.

La prima riguarda la questione della qualificazione del contraddittorio stesso e cioè se si tratti di un contraddittorio meramente formale o se le disposizioni codicistiche realizzino quello che può definirsi come contraddittorio sostanziale.

La seconda attiene alla domanda del se esista un'unica "quantità" di contraddittorio o se invece, di questo principio, possa ammettersi un'attenuazione in alcuni casi e, in special modo, nell'ambito del processo cautelare.

Entrambe le questioni tuttavia richiedono una premessa (ancora) metodologica: cosa si intenda per contraddittorio (in diritto amministrativo) e cosa ci si possa attendere dalla fase cautelare nel processo amministrativo, in termini di *par condicio* tra le parti.

[3] O. Abbamonte : *La politica invisibile*, Milano, 1983. Il che ovviamente non esclude, ma a mio avviso esalta, il diritto di critica del pubblico e degli studiosi su eventuali singoli casi.

[4] Qualche spunto critico esplicito in A. Liberati: *La ricorribilità delle sentenze del Consiglio di Stato innanzi alla Corte Europea dei diritti dell'Uomo: inizio della fine di Palazzo Spada*, in www.lexitalia.it

[5] Dalla sterminata letteratura sull'argomento, solo un accenno ad un assolutamente incompleto quadro bibliografico di primo approccio al tema: M Bove: *Tutela cautelare nel processo amministrativo*, in Dir. Proc. Amm., 2011, p. 43; F. Merusi: *Il codice del giusto processo* amministrativo, ivi, p. 1; M. Allena – F. Fracchia: *Il ruolo ed il significato della tutela cautelare nel quadro del nuovo processo amministrativo delineato dal D. Leg.vo 104/2010,* ivi, p. 191; D. Corletto: *Il procedimento cautelare*, in www.giustamm.it; E. Follieri: *La fase cautelare*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F. G. Scoca, Torino, 2011; A. Travi: *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010, p. 283; C. E. Gallo: *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2010, p. 189

Si tratta di una premessa più significativa oggi rispetto al passato. Ciò in quanto è da ritenere dubbio che si attribuisca tutti un medesimo significato alla nozione di contraddittorio. Né vi è certezza che il contraddittorio dinanzi al Giudice amministrativo sia poi effettivamente inteso nello stesso significato del contraddittorio che i Codici di rito prescrivono dinanzi al Giudice ordinario.

E ciò non solo e non tanto per i dubbi – non privi di fondamento – sulla non paritetica valutazione dell'interesse pubblico rispetto a quello privato, che è proprio del Giudice amministrativo e specificamente del processo cautelare[6]; quanto piuttosto per quella inversione sostanziale dell'onere della prova dell'illegittimità, propria del processo amministrativo[7], e che deriva anche dalla tipicità di un carattere specifico – spesso dimenticato – del provvedimento amministrativo costituito dalla cd. *presunzione di legittimità* dell'atto amministrativo.

Questo (giolittiano) principio infatti, del quale si sente spesso verbalmente negare l'esistenza (salvo poi vederlo risorgere sotto varie sembianze, ed in primo luogo come autoritatività, esecutorietà; ovvero come processo dispositivo, fondato esclusivamente sui motivi dedotti dal ricorrente che agisce), si trasforma in una prima sconfitta della *par condicio*, e dunque del contraddittorio, se non processuale-dibattimentale, di certo "*preprocessuale*", in quanto connaturato non al processo, bensì all'oggetto stesso del processo.

L'amministrazione infatti parte già vittoriosa, in un giudizio che può solo perdere, anche se non difendesse in altro modo le proprie ragioni se non con riferimento agli stessi atti procedimentali. Essa non ha cioè necessità di provare la legittimità della propria azione (alla quale il cittadino re-agisce con il ricorso) e, se vogliamo, neppure l'infondatezza dei

[6] Chiunque legga professionalmente la giurisprudenza cautelare non può non essersi posto la domanda del perché spesso venga affermata – da un giudice – la prevalenza dell'interesse pubblico su quello individuale del ricorrente

[7] V. Spaguolo Vigorita: *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in Dir Proc. Amm, 1984, p. 7. La provocatoria, ma condivisibile analisi dell'A. è che, sebbene il ricorrente sia attore, e pertanto tenuto a dimostrare le proprie affermazioni secondo i principi generali del processo civile (*onus probandi incumbit ei qui dicit*), in realtà colui che agisce sul piano della disciplina sostanziale del rapporto è pur sempre l'amministrazione, con provvedimenti dotati di esecutività ed esecutorietà: "*quindi in sostanza il ricorrente "nega", anche se formalmente in giudizio "dice". Egli nega di fronte ad un atto che ha forza superiore … nei cui confronti non gli è dato resistere fuori dal processo. … contro questi (atti) il privato ricorre, dunque è attore: ma ben diversamente che sul piano del diritto e del processo civile, dove la regola base è che occorra sempre rivolgersi al giudice per veder realizzate le proprie pretese*". Intervento del giudice nell'accertamento delle pretese, di cui l'amministrazione che agisce non necessita in virtù del principio di esecutorietà.

motivi di ricorso.

Questi infatti vengono autonomamente giudicati dalle corti amministrative alla ricerca della loro fondatezza in quanto tali, alla luce degli atti procedimentali, che il giudizio amministrativo percorre a ritroso: dunque senza che sia necessaria la loro difesa da parte dell'amministrazione.

E questa, in sintesi, sembra essere la più rilevante tra le differenze del processo amministrativo rispetto a quello ordinario, laddove si parli di contraddittorio: le ragioni delle parti non sono equivalenti, perché il giudizio parte già con una presunzione di legittimità, che il ricorrente è chiamato a scardinare, e che il giudice non può valutare, se non nell'ambito dei motivi dedotti dallo stesso ricorrente.

3. Ciononostante, parlando di principi generali, quali quello del contraddittorio, non sembra immaginabile dedurre una definizione di contraddittorio propria del processo amministrativo, nel senso che il significato ultimo e tipico di questo sia diverso qui che altrove; ed il richiamo contenuto nell'art. 2 del Codice al giusto processo ex art 111 Cost. e l'art. 27 del Codice, mi sembra autorizzino una trattazione secondo i canoni tradizionali dello stesso.

Piuttosto, in tempi di imperante relativismo scientifico penso sia opportuno ricercare la definizione di contraddittorio, più che dalle norme generali in tema di giusto processo – secondo Costituzione art. 111 o art. 6 CEDU, in quanto pensate più sul processo penale che su quello civile – piuttosto nella "patristica" del diritto processuale del novecento, in quanto testimone di un'epoca più pacata ed al tempo stesso moderna.

Se si riguardano le elaborazioni, ad esempio di Betti, vi si legge come questi considerasse il contraddittorio secondo due distinti aspetti: il primo, di uno "scontro" che riproducesse in sede processuale il rapporto giuridico sostanziale (rapporto giuridico a struttura almeno bilaterale); il secondo, di un contraddittorio necessario al giudice per giungere ad una più realistica conoscenza della vicenda e dunque ad migliore decisione, poiché "*per virtù del contraddittorio, la esposizione di ciascuna parte si integra e si rettifica, in servigio della decisione giusta*"[8].

Un contraddittorio che quindi nasce come diritto (proprio) della parte presente nel rapporto sostanziale a partecipare al processo, ma anche in funzione dell'interesse (pubblico) alla migliore decisione possibile da parte del Giudice.

Con il che, accanto ed insieme con il diritto delle parti ad essere ascol-

[8] E. Betti: *Diritto processuale civile italiano*, Roma 1936 p. 21

tate dal giudice, si pone anche il diritto dovere del giudice ad ascoltare, allo scopo di assicurare alle parti, ed al popolo nel cui nome pronuncia la sentenza, la migliore decisione possibile.

Sicchè il contraddittorio assume un ruolo strumentale anche per la giustizia e dunque per il giudice: con la conseguenza che il rispetto del contraddittorio non è solo nell'interesse della parte, ma anche del giudice, *sub specie* di necessaria migliore conoscenza del rapporto giuridico sottostante, sul quale è tenuto a pronunciarsi.

Questa duplice finalità del moderno contraddittorio, quale funzione di tutela personale della parte (diritto ed onere) e di strumento di cognizione sostanziale del giudice (funzione pubblica), può dunque essere a mio avviso assunta a paradigma di quello che potremmo definire come principio del contraddittorio (non contrastante né con le disposizioni in tema di giusto processo di cui all'art. 111 Cost, né con l'art. 101 cpc), alla luce del quale – con tutti i limiti delle scelte di metodo personali – si può forse finalmente passare ai quesiti posti.

3.1 Contraddittorio sostanziale ed "accesso" al contraddittorio

Nel ragionamento che precede si è già definito il contraddittorio sostanziale: il diritto-onere di coloro i quali siano soggetti del rapporto giuridico sostanziale (amministrazione, ricorrente, controinteressati) ad essere ascoltati ed il dovere del giudice di ascoltarli al fine di realizzare questo diritto personale e, al tempo stesso, di conoscere al meglio il rapporto dedotto nel provvedimento o nel comportamento impugnato.

Questo contraddittorio sostanziale è quanto si realizza nell'udienza di merito, e direi – conclusivamente – che il Codice non lesina alle parti gli strumenti utili ad esercitare il diritto a far conoscere le proprie ragioni; né al giudice la possibilità di accedere alla più ampia cognizione del fatto, che è parte essenziale del contraddittorio.

E dal momento che la fase cautelare amministrativa non è autonoma, ma incidentale (salvo forse il Decreto *ante causam*, che tuttavia termina anch'esso la sua esistenza nel procedimento cautelare incidentale ordinario), è chiaro che una verifica di sostanzialità del contraddittorio non può che essere svolta partendo anzitutto dall'esame del contraddittorio processuale di merito, con ciò intendendo quello relativo all'azione principale di annullamento o di condanna.

Alla classica contrapposizione ricorso e motivi aggiunti / memorie difensive e ricorso incidentale, si aggiunge la positivizzazione dei poteri istruttori del giudice (d'ufficio o su istanza di parte) quali ordini di esibizione (anche a terzi: art. 63), verificazioni, art. 66, consulenze tecniche, art. 67 e, ma solo su istanza di parte, anche prova testimoniale (pur-

chè scritta! art. 63) e persino possibilità di trarre argomenti di prova dal comportamento processuale delle parti (art. 64).

Direi quindi che il contraddittorio sostanziale possa dirsi completo: che anzi, secondo lo stesso Codice, l'amministrazione è tenuta a provare (non la legittimità del provvedimento impugnato, ma) le proprie eccezioni (art. 64, I co), in quanto parte non esentata dall'onere di dimostrare le proprie deduzioni; nonché di contestare specificamente i fatti dedotti dal ricorrente. Con una leggerissima attenuazione quindi, se si vuole, dello stessa presunzione (paradigmatica) della legalità anche in sede processuale e non solo sostanziale (tuttavia il provvedimento resterà pur sempre salvo se il Giudice, pur non condividendo le deduzioni processuali dall'amministrazione, dovesse comunque ritenere infondati i motivi di ricorso).

Il contraddittorio sostanziale si è poi arricchito dell'assoluta novità costituita dall'introduzione delle memorie di replica (art. 73), così come del dovere, per il Giudice stesso, di informare le parti (con termini a difesa: è da presumere, da concedere anche in sede di udienza pubblica e non solo quando emerga dopo il passaggio in decisione art. 73 u.c.) di eventuali questioni rilevate d'ufficio (competenza, giurisdizione, ricevibilità, procedibilità, ecc.).

Non avrei dunque dubbi che, sul piano sostanziale, con il nuovo Codice il contraddittorio si sia di molto arricchito rispetto alla stessa prassi già seguita dal GA.

Diversa è invece la possibile valutazione in tema di *"accesso"* al contraddittorio, che potremmo definire come la capacità che ha la parte di accedere a tutte le facoltà previste dalla legge per la tutela della propria posizione giuridica.

Qui il Codice mi sembra ancora una volta carente.

Vero è che non pochi interpreti sembrano aver apprezzato particolarmente il netto miglioramento che, a loro giudizio, si è avuto proprio con riguardo all'allargamento della tutela del contraddittorio[9].

Occorre però compiere una premessa: nel giudizio amministrativo, l'unica parte che conosce tutto, nel senso che conosce immediatamente di tutti gli atti e documenti di causa, è l'amministrazione. L'amministrazione dispone in realtà e con immediatezza dell'intero fascicolo, dei propri atti, ma anche di quelli dell'interessato ricorrente e dei controinteres-

[9] E cito tra tutti M.A. Sandulli nella sua Relazione di Varenna di settembre 2010: *La gestione del nuovo processo amministrativo:adeguamenti organizzativi e riforme strutturali. La fase cautelare*, ora anche in www.federalismi.it

sati resistenti. Le parti cd. private invece devono procurarseli, andandoli a chiedere all'amministrazione stessa, che ha tuttavia vari modi – più o meno di buona fede – per ritardarne visione e copia. Dunque per ritardarne lo studio e l'utilizzo ai fini del contraddittorio.

Quindi se pure il Codice (art. 46) ha imposto all'amministrazione di depositare in giudizio, entro 60 gg dalla notificazione del ricorso anche i propri atti, nondimeno questo termine non appare perentorio né risulta in alcun modo sanzionato il mancato deposito dell'intera documentazione (peraltro neppure testualmente richiesta per intero: ad esempio, non lo è quella del controinteressato).

Mi sembra quindi di dover segnalare un mancato coordinamento tra termine del ricorso ed accesso ai documenti. Qui non si comprende come possa il termine per l'ostensione degli atti e quello del giudizio sull'accesso (art. 116), in quanto funzionalizzato – sotto il profilo sostanziale (art. 22, co. 1, lett.b, l. 241) – alla verificabilità della convenienza ad agire, essere complessivamente uguale a quello per la proposizione del ricorso giurisdizionale ordinario. E comunque (nei fatti) superiore al termine concesso per la costituzione e la difesa dei controinteressati.

Vero che la questione è stata (dannosamente) risolta con l'obbligo per il ricorrente – a dire del Consiglio di Stato – di proporre ricorsi *al buio*, salvo motivi aggiunti[10] (e salvo sostenerne un abnorme esborso, anche per poi accorgersi che dai documenti acquisiti il ricorso non appare fondato), ma stante la ristrettezza dei tempi per la proposizione delle contestazioni difensive sull'operato dell'amministrazione, dovremo forse immaginare anche ricorsi incidentali *in bianco*?

Il problema naturalmente attiene non al ricorso o al diritto di difesa, ma piuttosto alla conoscibilità degli atti in tempi compatibili con la proposizione del ricorso o del ricorso incidentale.

Ancora una volta, non si comprende la ragione per la quale – a garanzia del contraddittorio, persino per il ricorrente (contraddittorio preprocessuale, ben immaginabile dinanzi ad un'autorità amministrativa che si sia già espressa) – non sia stato inserito un termine sospensivo alla decorrenza di quello di impugnazione (principale o incidentale), per l'ipotesi in cui l'interessato abbia richiesto un accesso formale e sino a quando questo non sia stato evaso favorevolmente, spontaneamente o giudizialmente (solo in tema di contratti – art. 79 del D. Leg.vo 163/06, come modificato dal D. Leg.vo 53/10 – la comunicazione di aggiudicazione definitiva deve contenere l'indicazione degli uffici e degli orari per l'acces-

[10] Cfr per tutte C. di S., V, 23.1.2008 n. 138, in www.giustizia-amministrativa.it

so diretto e continuato ai documenti di gara. La pratica però non sempre segue la teoria!).

In realtà, questo mancato coordinamento produce nell'amministrazione – soprattutto nei riti abbreviati – un insopportabile potere potestativo di condizionare il ricorso, eventualmente anche imponendo all'interessato di presentarlo al buio, legato al ritardato accesso.

Al contrario, dal momento che la pubblicità degli atti (conoscibilità) costituisce un principio comune al patrimonio costituzionale europeo (Corte Cost. n. 104/06[11]), credo che una norma sull'ostensione obbligatoria simile a quella dell'art. 79 del Codice Contratti andrebbe ammessa in via generale, anche perché sembra che questa non contrasti con la definizione normativa di "interessato" di cui all'art. 22 della L. 241.

Altre carenze riguardano a mio avviso il regime delle notifiche (qualche correttivo è stato introdotto: deposito anche senza prova dell'avvenuta notifica – art. 45; deroghe presidenziali alla notifica a mezzo di UG – art. 52; monitoraggio postale delle cartoline, sanatoria delle notificazioni in caso di costituzione degli intimati – art. 44) che tuttavia ancora non tengono conto dei tempi astrali degli Uffici di notificazione nei grandi centri urbani; dei termini di costituzione e di memorie (che se computati a ritroso escludono i giorni festivi – art. 52); dei termini proporzionalmente ridotti se viene chiesta l'abbreviazione dei termini – art. 53; del peso intollerabile degli adempimenti per i depositi, soprattutto dell'amministrazione e del controinteressato (che non hanno potuto predisporsi per tempo), che ormai richiedono vagonate di fascicoli e la distruzione di intere foreste per la dotazione cartacea – art. 5 dell'All 2; con buona pace della tutela dell'ambiente e dei principi di cui all'art. 191 del Trattato UE e dello stesso Codice dell'ambiente (D. Leg.vo n. 152/06 – art. 3 bis).

3.2 Il contraddittorio cautelare

La situazione, per quel che attiene al contraddittorio in sede cautelare, deve però essere comunque presa in considerazione, per quanto essa risulti incidentale.

Qui, se pure deve escludersi che, in pura teoria, vi siano azioni o rimedi istruttori di merito che non siano applicabili anche alla sede cautelare (laddove ad esempio le verificazioni o la CTU possono – come già accadeva per prassi consolidata – essere adottate anche nella fase cautelare), nondimeno appare diverso il regime di ciò che potremmo chiama-

[11] Sia consentito richiamare il mio lavoro: *Contributo allo studio della comunicazione dell'atto amministrativo*, Napoli, 2008, p. 136 e ss

re "accesso al contraddittorio", con ciò intendendo appunto – si ripete – non tanto la possibilità di essere "sentite", piuttosto l'acceso alle informazioni necessarie alle parti private resistenti (controinteressati) di essere poste in grado di esercitare una difesa consapevole, e cioè informata.

Questa situazione è poi esaltata nel regime abbreviato dei cd. riti speciali.

Quindi una domanda può sorgere spontanea: se cioè il processo cautelare consenta e legittimi una riduzione e/o un'attenuazione, per quanto temporanea, del principio del contraddittorio.

La questione ovviamente è complessa.

Il punto nodale per comprendere la tematica del contraddittorio nel processo cautelare, sta proprio nella comprensione non degli scopi, ma delle ragioni del processo cautelare stesso.

Queste sono ovviamente collegate al *tempo* del processo ed in particolare dell'emanazione della sentenza di merito. Com'è noto, se la decisione definitiva avvenisse nel medesimo giorno della presentazione del ricorso, evidentemente il processo cautelare non avrebbe ragion d'essere!

In realtà i presupposti dell'attualità del danno e della sua irreparabilità (elementi oggettivi); della sua gravità (elemento soggettivo) e dello stesso accertamento del *fumus* (lasciato alla sommaria delibazione del Giudice), non sono altro che *filtri* posti dall'ordinamento all'unica dimensione davvero rilevante, e legittimante, delle misure cautelari, che è quella temporale.

Mi piace ricordare come anche la dottrina processualistica classica[12] ponesse l'accento sia sull'imminenza del danno, che sull'urgenza di provvedere: dunque, interamente, sulla dimensione temporale.

Quindi direi che se ad oggi non pare più discutibile che la portata della cautela sia pari a quella del merito (grazie ad un'emancipata giurisprudenza del Consiglio di Stato, sia pur autorevolmente ispirata dai dibattiti degli anni 80[13]); e neppure che sia avvenuta la saldatura tra ordinanza cautelare ed ottemperanza di merito[14], ciò che rende autonomi il titolo e la finalità del processo cautelare sia proprio l'urgenza alla decisione interinale. La cui mancanza immediata produce un danno non

[12] G. Chiovenda: *Principi di Diritto processuale civile*, Napoli 1928, p. 227

[13] Per tutti M. Nigro: *Giustizia Amministrativa*, Bologna, 1979; *La Riforma del Processo Amministrativo*, Milano, 1980; ma ancor prima A. Piras: *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962. Di recente si v. F. Saitta: *L'atipicità delle misure cautelari nel processo amministrativo, tra mito e realtà*, in www.giustizia-amministrativa.it

[14] Franco Pugliese: *Le ragioni del contro interessato nell'evoluzione della tutela cautelare*, Dir Proc. Amm., 1988, p. 410;

più o non facilmente riparabile in forma specifica, sia per il ricorrente, sia per l'interesse pubblico alla legalità amministrativa.

A leggere con attenzione le disposizioni del Codice, art. 55, si possono scorrere tra le righe le stesse evoluzioni di dottrina e giurisprudenza: dall'acquisita atipicità del potere cautelare, alla latitudine estrema del potere di intervento da parte del giudice; dall'esercizio non discriminatorio degli stessi poteri istruttori di merito, sino alla cauzione a tutela dell'eventuale irreparabile effetto della stessa decisione cautelare a danno del contro interessato o dell'amministrazione.

L'unica vera e grande assente, ed è un'assenza enorme nel processo cautelare ad una moderna amministrazione pluriclasse e di gestione economica, è la mancata introduzione di un'azione di accertamento e la conseguente mancata previsione di una cautela propria per gli atti negativi[15]; ovvero per i dinieghi espliciti di accoglimento di interessi pretensivi.

Non che questi non siano sindacabili o che il giudice abbia perso i suoi poteri di prassi (del *remand* e della *riserva*): ma la mancanza di un'azione tipica di accertamento comporta anche la mancanza di un'azione cautelare propria sugli atti negativi[16]. E l'unica ammessa, quella in tema di silenzio inadempimento – art. 31 – è ancora limitata alla soluzione di provvedimenti di univoca, semplice e vincolata attuazione.

Tuttavia occorre ammettere che, se il titolo della cautela è l'urgenza del decidere, allora il contraddittorio cautelare potrà certamente risultare legittimamente attenuato; ovvero la completezza di latitudine difensiva può senz'altro essere rinviata ad un momento nel quale sia stata risolta questa stessa urgenza: vuoi per il rinvio ad una diversa – ed ordinaria – sede di trattazione, vuoi perché un'inibitoria provvisoria può sempre essere ritrattata da parte del giudice, alla piena conoscenza delle ragioni dell'altra parte.

Ora, sul punto della centralità dell'urgenza, può dirsi che il Codice, seguendo la progressione normativa sin qui attuata dal legislatore in tema di cautela (soprattutto in sede di aggiudicazione di contratti: dal D. Leg.vo n. 80/98, transitando per la L. n. 205/05 e l'attuazione della Di-

[15] Si v. le osservazioni di F. Merusi al Seminario *La sistematica delle azioni nel nuovo processo amministrativo* tenutosi il 6 maggio 2010 presso l'Università Bocconi e riportato in www.giustamm.it

[16] Sul punto si v. i recenti: R. Garofoli: *La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell'ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo*, in www.giustizia-amministrativa.it; G. Saporito: *Sospensive propulsive e sospensive prepotenti*, in www.giustamm.it; D. De Carolis: *Tutela cautelare e atti negativi*, ivi

rettiva Ricorsi n. 2007/66/CE), tende espressamente a porre una graduazione dei rimedi cautelari corrispondente ad una sorta di graduatoria dell'urgenza a provvedere.

Con due costanti: la prima riguarda la centralità ineludibile della ordinaria camera di consiglio "naturale" (che, per semplicità, definiremo come la "prima utile"), alla quale portano in ogni caso i rimedi cautelari acceleratori; la seconda, riguarda la trattazione contestuale o rapidissima del merito.

In realtà il processo cautelare del Codice è rimasto quello, antico e tipico, della camera di consiglio ordinaria, già disciplinata nel Regolamento del Consiglio di Stato e nella Legge Tar.

Qualche correttivo migliorativo è stato tratto dalla prassi giudiziaria: il contraddittorio dovrà essere realizzato con la notifica necessaria all'amministrazione intimata e (finalmente anche in sede cautelare, onde risolvere alcune pregresse "furbizie") ad almeno uno dei controinteressati (art. 55, 3 co. ed artt. 41 e 49); la fissazione della camera di consiglio entro il doppio termine dei 10 e 20 giorni dal deposito e dalla notificazione (art. 55, 5 co.) e previo deposito della domanda di fissazione udienza (art. 55, 4 co.); il deposito di memorie e documenti è ammesso sino a 2 giorni prima (art. 55, 5 co.), salvo in discussione (art. 55, 8 co.), per gravi ed eccezionali ragioni, e previa esibizione alle controparti prima della camera di consiglio (una volta era canone di cortesia indiscutibile!), ma i difensori possono costituirsi anche nella stessa camera di consiglio e dedurre in via esclusivamente orale e breve (art. 55, co. 7); la prova delle notifiche può essere data anche attraverso il sistema di verifica telematica del servizio postale (art. 55, co. 6); il Giudice della cautela affronta anche i profili di competenza, completezza del contraddittorio e dell'eventuale istruttoria (art. 55, co. 12).

Manca la previsione generalizzata di un dovere del giudice di pronunciarsi anche nelle more di qualsivoglia incidente processuale (richiesta termini a difesa, ricorso incidentale, ecc.), che è invece espressamente previsto in materia di appalti dall'art. 120: ma questo dovere mi sembra che il Giudice lo abbia sempre sentito come proprio, prudentemente apprezzando la situazione e su richiesta della parte interessata.

In questo senso, mi sembra si possa affermare che il processo cautelare sia sufficientemente rispettoso del principio del contraddittorio (salvo forse per la esclusione dell'interruzione feriale – art. 54; e per l'anticipazione al giorno di scadenza non festivo – art. 52: entrambi eccessivamente favorevoli al ricorrente), perché prevede l'obbligo di notifica; la possibilità di leggere per intero la copia del fascicolo del ricorrente, allunga rispetto al passato i tempi (teorici) di fissazione della Camera di

Consiglio, dà al Giudice il tempo minimo necessario per studiare il fascicolo completo; evita le sorprese in Camera di Consiglio con documenti dell'ultima ora esibiti dalle parti intimate; è esposto a pochi rischi di rinvio, se non per riserva di proposizione del ricorso incidentale e di mezzi istruttori. Ma in questo caso resta salva la facoltà del giudice di disporre interinalmente ogni provvedimento idoneo a conservare le ragioni sostanziali intatte sino alla camera di consiglio decisoria.

Se questa è la procedura cautelare ordinaria, si può passare a considerare le altre misure cautelari previste dal Codice non come istituti processuali autonomi, ma come mezzi di anticipazione e di riduzione dei tempi per giungere alla tipica Camera di Consiglio ordinaria[17]. E questi sono graduati, appunto, a seconda dell'urgenza rappresentata:

a) il primo è costituito dall'antica anticipazione dell'udienza (abbreviazione termini) di cui all'art. 53: qui la posizione dell'amministrazione e del controinteressato si fa un po' più complessa, anche se rispetto al passato il termine abbreviato decorre solo dall'avvenuta notificazione del Decreto di abbreviazione.

Tuttavia a me pare che, oltre alla genericità della formulazione della norma sui termini "proporzionalmente ridotti", in presenza di altri tipici mezzi anticipatori, l'abbreviazione termini avrebbe potuto essere omessa, quantomeno per il giudizio cautelare, perché l'affanno delle parti private intimate è davvero eccessivo.

Vero è che l'effetto è il medesimo che la legge realizza con la dimidiazione dei termini nei riti abbreviati, e dunque anche il ridotto termine dell'abbreviazione è da ritenersi congruo *ex lege*. E tuttavia, laddove non si ravvisi per presupposto un interesse pubblico all'accelerazione (come appunto nei riti abbreviati), ritengo che si sarebbe ben potuta omettere la riproposizione della norma sull'abbreviazione in sede cautelare.

b) il secondo riguarda il cd. Decreto Monocratico (art. 56), che realizza la funzione di sospensione interinale quando l'urgenza rappresentata sia tale da non poter attendere neppure la prima Camera di Consiglio.

Qui opportunamente la notifica del ricorso può avvenire anche a mezzo fax (56, co. 2: con qualche problema per la notifica con tale mezzo alla parte privata controinteressata), salvo l'obbligo di notifica forma-

[17] Per una panoramica si v. M. Ramajoli: *Osservazioni sui riti speciali*, in www.giustamm.it; N. Saitta: *Riti abbreviati e tutela cautelare: un passo indietro?*, ivi; C. Criscenti: *I riti speciali: oggetto, termini e procedure*, in www.lexitalia.it

le ordinaria nei successivi 5 giorni (56 u.c.), a pena di decadenza dalle misure cautelari adottate.

In sede monocratica, il contraddittorio è garantito dalla verifica di avvenuta notifica almeno ad uno dei controinteressati ed all'amministrazione: ma se questa prova non vi fosse, il giudice può provvedere egualmente, salva revoca successiva (art. 56, co. 2).

Il Presidente poi garantirà il contraddittorio orale delle parti disponibili ad essere sentite, anche separatamente: il vero problema è quando il Presidente le sentirà, perché non è fissata alcuna regola sull'appuntamento predecisionale (ma per fortuna le Segreterie sono cortesi e disponibili!).

Questa disposizione in effetti, per quanto spesso utilizzata nella pratica, con prassi variabili da Tribunale a Tribunale, nonché dallo stesso Consiglio di Stato, lascia scoperti non pochi aspetti per poter affermare l'esistenza di un contraddittorio sostanziale pieno: e tuttavia, poiché la sua funzione è solo quella di traghettare la *res integra* sino alla Camera di Consiglio Ordinaria – la cui data dev'essere indicata espressamente – resta assorbente la considerazione di un'ammissibile riduzione del contraddittorio, stante la sua possibilità di essere pienamente espanso proprio nella successiva Camera di Consiglio Ordinaria (in questo senso i Collegi mi sembrano aver dato sinora prova di grande indipendenza dagli esiti del Decreto cautelare monocratico, risolvendosi comunque il più delle volte quest'ultimo in una delibazione limitata appunto all'urgenza, piuttosto che al merito della domanda cautelare[18]).

Del resto il Decreto cautelare, a garanzia della pienezza del contraddittorio, decade di diritto con la Camera di Consiglio ordinaria, che rimette parti e giudice in una sorta di "verginità decisionale", anche a tutela del contraddittorio.

c) Per le ipotesi di un'assoluta urgenza, il Codice ha generalizzato il rimedio *dell'ante causam*, giustamente considerando i casi in cui persino la notificazione del ricorso costituisca un tempo eccessivo da attendere senza "copertura" giurisdizionale.

Questa procedura affida tutta la questione nelle mani del Presidente, al quale va rivolta solo un'istanza perchè adotti tutte le decisioni provvisorie, in attesa della notificazione del ricorso e della domanda cautelare (art. 61).

[18] Si v. C.E. Gallo: *Presidente e Collegio nella tutela cautelare: novità e prospettive nella disciplina della L. 205 del 2000,* in www.giustizia-amministrativa.it

L'aporia rilevabile è che tale istanza va notificata, anche solo a mezzo fax, ed il Presidente deve accertarsi dell'avvenuta notificazione prima di decidere.

Sicchè sembra che più di un *ante causam* sia comunque un *post causam*, come diffusamente rilevato; e che l'urgenza non sia quella, pur dichiarata, di non poter attendere i termini della notifica, bensì quella di non poter attendere i tempi per la redazione del ricorso!

Questo strumento lede in modo quasi totale il contraddittorio, ma anch'esso è meramente temporaneo, oltre che revocabile (art. 61, co. 2: ma forse sarebbe stato meglio non scrivere rinvii avventurosi come questo!): decade se il ricorrente non notificherà il ricorso e l'istanza cautelare entro 15 giorni e se non lo depositerà nei successivi 5. Ed in ogni caso perde efficacia nei successivi 60 giorni, se non sostituito da un'ordinanza cautelare ordinaria, da richiedersi con il ricorso (art. 61, co. 5).

Assolutamente contrario al principio del contraddittorio è però il regime di efficacia protratta per 60 giorni che il Codice attribuisce al Decreto: sembrerebbe infatti che questo sopravviva alla stessa eventuale ordinanza collegiale di rigetto che dovesse intervenire antecedentemente. In tal caso, il Decreto potrebbe essere solo revocato con un'istanza da notificare alle parti: il che sembra un assurdo! Credo che sia da ritenere ammissibile un'istanza di revoca immediata, anche in sede di memoria difensiva, con la quale si chieda la revoca del Decreto.

d) nulla sembra valga la pena aggiungere circa l'appello cautelare – art. 62, se non l'attenzione alla riduzione dei termini (30 o 60), peraltro già in uso;

e) anche l'esecuzione delle Ordinanze cautelari non desta problemi di contraddittorio – art. 59, dovendo la relativa domanda essere oggi notificata alle controparti e stante il rinvio al giudizio di ottemperanza;

f) alla medesima disciplina sin qui esaminata, con l'esclusione – testuale e logica – del Decreto *ante causam,* rispondono anche le norme in tema di misure cautelari in sede di appello avverso le sentenze di primo grado – art. 98; con in più la previsione della possibilità di adottare anche in questo caso una cautela atipica, consistente in tutte le misure ritenute necessarie ad assicurare l'interesse cautelare dell'appellante, che dunque non risultano limitate alla sola sospensione dell'efficacia della sentenza di primo grado. Il che avviene anche per l'eventuale sospensione delle stesse sentenze del Consiglio di Stato, cui spetta il compito di sospendere le proprie decisioni in caso di richiesta cautelare in vista del giu-

dizio per Cassazione. Piuttosto è da notare che nulla viene detto sulla tempistica di fissazione della Camera di consiglio in appello, lasciandola interamente al prudente apprezzamento del Consiglio di Stato;

4. Alla luce di quanto precede, restano da affrontare ancora due aspetti: il primo riguarda più da vicino il processo cautelare e la sua concreta trasformazione in un processo tendente ad ottenere – per legge – più che altro un merito anticipato. Il secondo riguarda invece i riti abbreviati e speciali.

Per entrambi occorrerà verificare se le conclusioni cui siamo pervenuti in tema di contraddittorio possano dirsi soddisfacenti.

4.a) Sotto il primo profilo, la tendenza del legislatore moderno, e dunque anche del Codice, è quella di lasciare poca vita alle Ordinanze cautelari, indirizzando piuttosto la cautela verso un'accelerazione del merito.

Se si vuole, l'unico esito preventivato della cautela ordinaria, come descritto dall'art. 55, co. 10, è proprio nel senso che, alla domanda cautelare ordinaria, non caratterizzata cioè da un'urgenza assoluta che imponga provvedimenti interinali, il Giudice risponda con l'immediata fissazione dell'udienza di merito, se la ritiene fondata.

E ciò vale anche per il Consiglio di Stato, laddove accolga un appello cautelare, riformando il rigetto di primo grado: anche in questo caso il Giudice di appello si deve limitare a trasmettere l'Ordinanza motivata al primo Giudice per la sollecita fissazione nel merito del ricorso di primo grado (con ciò recependo una prassi che mi risulta sia stata inaugurata e anticipata dal Consiglio di Giustizia siciliana nelle materie dell'ex art. 23 bis).

Ma anche in sede cautelare, il Codice sembra privilegiare la prassi di definire nel merito le questioni a contraddittorio integro sin dalla Camera di Consiglio cautelare, preferendo il rimedio della decisione di merito in forma semplificata – artt. 60 e 74.

Ed anche ove sia stata rappresentata una riserva di ricorso di giurisdizione o di competenza, ovvero una riserva di motivi aggiunti o di ricorso incidentale, il Giudice dovrà concedere un termine (30 giorni) per la loro proposizione, in modo da decidere il merito nella successiva Camera di Consiglio, da fissarsi esplicitamente – art. 60.

Qui va notato come questa svolta verso la decisione di merito accelerata, se rappresenta una reale semplificazione dei rapporti cittadino/amministrazione e tende ad una maggiore certezza del diritto, nondimeno dovrebbe consentire quantomeno un termine per la pre-

sentazione di eventuali memorie di merito. Vero infatti che il Giudice dovrebbe accertare d'ufficio sia l'integrità del contraddittorio, sia la completezza dell'istruttoria. Ma di certo, nonostante il termine dilatorio minimo di 20 giorni dalla notifica, sia il ricorrente (per quanto attiene alla confutazione delle repliche dell'amministrazione e dei controinteressati depositate appena 2 giorni prima), sia i controinteressati (per una maggiore meditazione sulle difese affrettatamente predisposte), potrebbero avere necessità di un approfondimento, che la decisione nel merito immediato di certo non consente.

4b) Quanto al processo cautelare per i cd Riti abbreviati, l'art. 119 non pone eccessivi problemi, attesa l'ordinarietà dei termini di ricorso, motivi aggiunti, ricorso incidentale.

Tuttavia l'abbreviazione alla metà dei termini di fissazione della Camera di Consiglio sembra avere serie possibilità di ripercuotersi negativamente sulle possibilità di difesa del controinteressato e della stessa amministrazione, come si vedrà per il contenzioso cautelare in tema di appalti.

Qui, se pure la domanda cautelare tenderà anch'essa alla definizione di merito abbreviata, la concessione di termini a difesa di 30 giorni per la successiva difesa di merito esclude tuttavia una violazione significativa del contraddittorio[19].

4c) Venendo alla questione più complessa, quella della disciplina in materia di appalti di cui all'art.120, la non appropriata decisione di recepire in modo affrettato la Direttiva ricorsi n 2007/66 in ordine alla durata della clausola di attesa per la stipula del contratto di cui all'art. 11 del Codice Contratti, ha portato effetti non proprio condivisibili anche in sede processuale (così come l'obbligo di impugnare per motivi aggiunti il silenzio-rigetto sull'informativa di ricorso – 243bis), laddove la tutela cautelare è in pratica incentrata non tanto sul danno grave ed irreparabile (che sembra in *re ipsa*), quanto piuttosto sulla necessità di non far stipulare il contratto di appalto, essendo questo il pregiudizio che qualifica l'urgenza a provvedere in sede cautelare.

Qui, come si è detto, la violazione del contraddittorio sostanziale

[19] A. Scognamiglio, *La decisione anticipata del merito del ricorso: il processo amministrativo tra efficienza e garanzia delle parti*, in Dir. Proc. Amm. 2007, p. 122. V anche L. Pasanisi: *La realizzazione del risultato nel giudizio amministrativo: la sentenza breve in sede cautelare*, in www.giustizia-amministrativa.it

può avvenire anche solo per l'estrema urgenza di presentare il ricorso, i motivi aggiunti, quando non anche il ricorso incidentale (che in realtà sembrerebbe testualmente escluso dalla dimidiazione dell'art. 120), per la difficile possibilità di procurarsi e studiare gli atti procedimentali da impugnare in via sia principale che incidentale, prima della Camera di Consiglio.

Di nuovo, la riduzione alla metà dei termini per la fissazione della Camera di Consiglio non appare congrua alle ragioni del controinteressato, soprattutto in queste materie di grande rilievo economico e pubblico[20]. Se infatti il ricorrente ha almeno 30 giorni per ottenere i documenti, studiarli e poi presentare ricorso, il controinteressato (ed in parte l'amministrazione) ha solo – al più – 15 giorni (escludendo giorni festivi) per provvedere alla difesa, salvo – ma ciò è ovviamente possibile solo per il controinteressato – il diritto a chiedere un termine per presentare ricorso incidentale.

Il rischio è che divenga prassi comune chiedere un termine per il ricorso incidentale, con i suoi costi, solo per migliorare la difesa tecnica e non per i suoi scopi impugnatori tipici.

Qui l'interesse alla decisione di merito sembra così assoluto che anche l'avvenuto coordinamento con l'accesso (art 2 del D. Leg.vo 53/2010, che modifica l'art. 79 del Codice Contratti) sembra non abbia del tutto risolto le problematiche – specialmente del controinteressato – attesa la frequente complessità della documentazione tecnica esibita in sede di gara e la frequente necessità che i motivi di ricorso incidentale siano accompagnati da una Relazione Tecnica di parte.

4d) Esula infine dalla tematica del contraddittorio la pur rilevante questione del complesso e farraginoso procedimento della verifica e dell'accertamento della competenza dei Tar, innovativamente voluta come inderogabile anche quando non funzionale. Qui infatti, più che di eventuale lesione del contraddittorio, dovrebbe parlarsi di diniego di tutela cautelare: il che sembra conseguenza fin troppo radicale, per il cittadino, per reprimere il mal costume del cd. *shopping forum*, che invece era tipico di qualche furbizia processuale, e che come tale poteva essere diversamente sanzionata all'introduzione della competenza territoriale inderogabile[21].

[20] Si v. E. Follieri: *Le ragioni del contro interessato nel processo cautelare*, in *Scritti in ricordo di Franco Pugliese*, Napoli, ESI, 2010, p. 349

[21] Si v. sul punto P. Carpentieri: *Le questioni di competenza*, in www.federalismi.it

5. In conclusione, il contraddittorio amministrativo, per quanto "falsato" in partenza dal principio di presunzione di legittimità dell'atto, sembra – quantomeno in sede processuale – non mostrare eccessive criticità, se non per quanto attiene al coordinamento tra accesso ai documenti e termini del ricorso principale ed incidentale.

Neppure la sede cautelare sembra produrre significative problematiche, in quanto comunque i rimedi cautelari acceleratori tendono a traghettare la decisione verso la Camera di Consiglio ordinaria, nella quale – come si è dimostrato – la stessa incidentalità del processo cautelare consente di estendere ad essa le conclusioni svolte per la fase di merito.

Sono comunque assicurate temporaneità e revocabilità delle stesse, oltre che minime forme di "notificazioni", sempre da replicare nelle forme ufficiali.

Le uniche criticità, esaltate dai riti abbreviati, sono costituite dall' incomprensibile mancato coordinamento tra accesso e decorrenza dei termini per la proposizione del ricorso, nonchè dalla possibile immediata trattazione del merito, quando non contestuale, che forse richiederebbe una rivisitazione che contemperi urgenza con diritto di contraddittorio, quale ad esempio l'ammissione di un termine per repliche o note aggiuntive, eventualmente anche senza necessità di una nuova fase dibattimentale.

Così come risulta del tutto critica la posizione del controinteressato e della stessa amministrazione per il rito – super accelerato – nel contenzioso degli appalti pubblici, nonché dalla dimidiazione dei termini per la fissazione della Camera di Consiglio, in materie di sovente elevata complessità tecnica.

GIUSEPPE REALE

I diritti dei passeggeri nel trasporto stradale con autobus (*)

(Brevi note di commento al regolamento UE n. 181/2011 del 16 febbraio 2011 e raffronto con il regolamento UE n. 1177/2010 del 24 novembre 2010 sui diritti dei passeggeri nel trasporto marittimo e per acque interne)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. I diritti dei passeggeri nella normativa comunitaria: il trasporto aereo. - 2.1. (*segue*) Il trasporto ferroviario. - 3. Il regolamento n. 1177/2010 del 24 novembre 2010: i diritti dei passeggeri nel trasporto marittimo e per acque interne. - 4. Le principali novità offerte dal regolamento n. 1177/2010: i diritti delle persone con disabilità ed a mobilità ridotta. - 4.1. (*segue*) Obblighi in caso di interruzione del viaggio. - 4.2. (*segue*) Informazioni e reclami. - 5. Incidenza del regolamento n. 1177/2010 sul codice della navigazione e sulla normativa interna. - 5.1. (*segue*) I danni alle attrezzature delle persone con disabilità ed a mobilità ridotta. - 5.2. (*segue*) Obblighi in caso di interruzione del viaggio, informazioni e reclami. - 6. I diritti dei passeggeri nel regolamento n. 181/2011 sul trasporto stradale con autobus. - 7. Le principali novità: risarcimento e assistenza in caso di incidente. - 7.1. (*segue*) I diritti delle persone con disabilità ed a mobilità ridotta. - 7.2. (*segue*) La responsabilità del vettore terrestre per inadempimento o ritardo. - 7.3. (*segue*) Cancellazione o ritardo alla partenza. - 7.4. (*segue*) Dritto all'informazione e reclami. - 8. Entrata in vigore. - 9. Conclusioni.

1. *Premessa*

Il regolamento (UE) n. 181/2011 del 16 febbraio 2011 arricchisce e completa il quadro normativo di matrice comunitaria in tema di misure minime di tutela e protezione dei passeggeri nelle varie modalità del trasporto di persone.

Si tratta di misure, minime ed uniformi, applicabili in presenza di determinati disservizi (mancata esecuzione, interruzione, ritardo) che incidono sull'esecuzione (o sulla corretta esecuzione) della prestazione del trasferimento, che rappresenta l'obbligazione principale per il vettore a seguito della stipula del contratto di trasporto.

(*) Il presente contributo riprende, con varie modifiche e integrazioni, il testo della relazione presentata alla tavola rotonda dal titolo «I diritti dei passeggeri nel trasporto marittimo e per acque interne», svoltasi in data 3 maggio 2011 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma «Sapienza».

Il recente provvedimento - anche alla luce del contesto normativo in cui si colloca - conferma come quello della protezione dei viaggiatori sia un aspetto particolarmente caro al legislatore comunitario che, nel corso degli anni, in linea generale, si è mostrato assai sensibile nei confronti delle tematiche riguardanti la tutela delle parti contraenti più deboli, come peraltro dimostrano i numerosi interventi in questo senso operati a favore dei «consumatori».

Nello specifico settore dei trasporti l'attenzione si è quindi incentrata sugli strumenti di tutela a favore degli utenti del servizio.

D'altronde, le normative interne dei vari Stati - alquanto disomogenee fra loro - hanno da tempo incoraggiato forme di intervento dirette a migliorare ed uniformare il livello minimo di protezione dei consumatori e, nel campo dei trasporti, di quella peculiare categoria costituita, appunto, dai passeggeri.

Pertanto, anche alla luce del principio di equivalenza delle diverse modalità di trasporto rispetto al fondamentale diritto dei viaggiatori alla mobilità[1], a livello europeo è stata avviata un'opera diretta ad uniformare progressivamente le misure di protezione idonee a garantire agli utenti quanto meno delle forme minime di tutela - come tali aventi carattere inderogabile - in grado di offrire ai passeggeri dei validi strumenti atti a riequilibrare le posizioni contrattuali a fronte della notoria maggiore forza della controparte (i vettori).

In tal modo, si è cercato altresì di scoraggiare la politica - a volte praticata da alcuni operatori imprenditoriali del settore - di considerare economicamente più conveniente subire le eventuali ripercussioni dell'inadempimento piuttosto che sopportare i sicuri oneri derivanti dal corretto adempimento degli impegni assunti con la stipula del contratto di trasporto.

Dando vita, invece, ad un sistema uniforme, caratterizzato da misure di protezione, minime ed inderogabili, di applicazione pressoché automatica allorché uno dei disservizi presi in considerazione si verifichi a danno dei passeggeri, a questi ultimi viene accordata una condizione contrattuale contrassegnata da maggiori forme di tutela rispetto al contraente forte.

Al contempo, si pone anche un argine ad eventuali fenomeni distorsivi che potrebbero finire per inficiare il corretto sistema di concorrenza nel campo del trasporto passeggeri.

Con l'adozione del regolamento n. 181 - riguardante i diritti dei passeggeri nel trasporto stradale con autobus - la normativa europea è quin-

[1] Cfr. art. 16 Cost. ed art. 18 Trattato CE.

di intervenuta anche su tale modalità del trasporto di persone[2] disciplinando i diritti, gli obblighi e, soprattutto, le misure di protezione a vantaggio dei passeggeri.

La materia - è evidente - risulta particolarmente ampia e complessa, anche alla luce del fatto che gli interventi del legislatore comunitario finiscono inevitabilmente per innestarsi su (e sovrapporsi alle) preesistenti discipline normative interne adottate dai singoli Stati, determinando, in ragione della prevalenza dei diritto comunitario di diretta applicazione sulle normative nazionali inconciliabili, delicate problematiche interpretative ed applicative fra cui, in primo luogo, la non facile opera di coordinamento fra disposizioni di diverso livello e di selezione delle disposizioni (interne) ancora applicabili a seguito dell'entrata in vigore delle norme di rango europeo.

2. *I diritti dei passeggeri nella normativa comunitaria: il trasporto aereo*

Prima di esaminare le principali novità offerte dal regolamento n. 181/2011 appare opportuno soffermarsi brevemente sul quadro normativo di matrice comunitaria (concernente il trasporto aereo, quello ferroviario, nonché il trasporto marittimo, su cui si è registrato il recente regolamento n. 1177/2010) all'interno del quale si colloca anche il regolamento sul trasporto con autobus.

Per il trasporto aereo, allo stato attuale, il regime degli «impedimenti del vettore» aereo (negato imbarco, soppressione, ritardo della partenza, interruzione del viaggio) ed i diritti spettanti ai passeggeri sono regolati dalla normativa comunitaria[3].

Prima della riforma della parte aeronautica del codice della navigazione del 2005/2006, con l'intento di fornire una maggiore protezione ai passeggeri, un importante intervento si era registrato all'inizio degli anni '90 con l'adozione del regolamento (CEE) n. 295/1991 del 4 febbraio 1991[4], recante norme comuni relative ad un sistema di compensa-

[2] La normativa comunitaria è oramai intervenuta in tutte le modalità del trasporto di persone. Il regolamento n. 181/2011 si colloca, infatti, in un contesto normativo caratterizzato da vari precedenti interventi normativi riguardanti i diritti dei passeggeri nel trasporto aereo, in quello ferroviario ed in quello marittimo e per acque interne.

[3] Cfr. art. 947 c. nav., nel testo introdotto dall'art. 17, comma 1, del d.lgs. 9 maggio 2005, n. 96, poi modificato dall'art. 14, comma 10, del d.lgs. 15 marzo 2006, n. 151.

[4] Sul regolamento (CEE) n. 295/1991, anche per un raffronto con le novità apportate dal successivo regolamento (CE) 261/2004, v. L. Tullio, Overbooking, *cancellazione e ritardi*, in *Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, a cura di M. Deiana, Cagliari, 2005, p. 11 ss.

zione per negato imbarco (*overbooking*) nei trasporti aerei di linea.

Il regolamento n. 295/1991 era stato poi abrogato e sostituito dal successivo regolamento (CE) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 febbraio 2004[5], che ha istituito regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco[6], di cancellazione del volo[7] o di ritardo prolungato[8], disciplinando gli obblighi di informazione a carico del vettore, la sua responsabilità in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo e di ritardo prolungato nel trasporto aereo, nonché i conseguenti diritti spettanti ai passeggeri (risoluzione del contratto, rimborso del prezzo del biglietto, volo alternativo, *compensation*, assistenza consistente in vitto, alloggio, trasferimenti, telefonate, ecc.)[9].

Con il d.lgs. 27 gennaio 2006, n. 69[10], sono state poi introdotte delle disposizioni di carattere sanzionatorio a carico dei vettori aerei in caso di violazione delle norme del regolamento.

Il regolamento n. 261/2004 ha rappresentato un sostanziale rafforzamento dei diritti e delle prerogative dei passeggeri rispetto al precedente regolamento n. 295/1991, in quanto ha determinato un'estensio-

[5] In generale, sull'argomento, cfr. S. Bevilacqua, *Gli impedimenti all'esecuzione del trasporto aereo di persone. Gli impedimenti ascrivibili alla sfera giuridica del vettore*, in *Codice dei trasporti*, a cura di L. Tullio e M. Deiana, Milano, 2011, p. 1067 ss.; M. Deiana (a cura di), *Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, Cagliari, 2005; L. Masala - E. G. Rosafio (a cura di), *Trasporto aereo e tutela del passeggero nella prospettiva europea*, Milano, 2006.

[6] Il negato imbarco si verifica allorquando il vettore aereo rifiuta il trasporto ad uno o più specifici passeggeri in possesso di valido biglietto e di prenotazione confermata, sia perché ha accettato prenotazioni su un volo di linea superiori alla capacità dell'aeromobile (*overbooking*), sia per qualsiasi altro motivo. In dottrina, cfr. L. Tullio, Overbooking, *cancellazione e ritardi*, cit., p. 9 ss.

[7] A differenza del negato imbarco la cancellazione del volo incide su tutti i passeggeri in possesso di biglietto e prenotazione sul volo cancellato. In dottrina, cfr. A. Zampone, *La responsabilità del vettore aereo per negato imbarco e cancellazione del volo*, in *Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, cit., p. 55 ss.

[8] Tale è considerato il ritardo quando si protrae per due, tre, quattro o più ore a seconda della lunghezza chilometrica del viaggio da compiere. Sul tema, cfr. S. Giacobbe, *La responsabilità del vettore aereo per ritardo*, in *Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, cit., p. 87 ss.

[9] Il regolamento n. 261/2004 è entrato in vigore in Italia il 17 febbraio 2005.

[10] Recante disposizioni sanzionatorie per la violazione del regolamento n. 261 che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato. Il d.lgs. n. 69/2006 individua l'E.N.A.C. quale organismo responsabile dell'applicazione del regolamento e soggetto preposto ad irrogare le sanzioni amministrative previste negli artt. 3, 4, 5, 6, 7 e 8.

ne dell'ambito di applicazione della nuova disciplina[11] ed ha previsto una serie di misure protettive, di diversa portata ed intensità, in caso di negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo prolungato[12].

In particolare, in caso di negato imbarco (art. 4) oppure di cancellazione del volo (art. 5) è dovuta al passeggero, ai sensi dell'art. 7, una compensazione di natura pecuniaria (*compensation*), salvo il diritto di richiedere il maggior danno *ex* art. 12, da cui però va detratto quanto già pagato dal vettore ai sensi del regolamento comunitario[13]. I passeggeri, inoltre, hanno diritto ad assistenza ai sensi degli artt. 8 e 9.

In caso di ritardo alla partenza (art. 6) i passeggeri hanno diritto, a seconda dei casi, ad assistenza ai sensi dei già citati artt. 8 e 9.

Sulla compatibilità fra gli artt. 5 (cancellazione del volo), 6 (ritardo) e 7 (diritto a compensazione pecuniaria) del Regolamento (CE) n. 261/2004 e la Convenzione di Montreal del 1999 si è peraltro pronunciata la Corte di Giustizia CE[14], affermando che i richiamati articoli non risultano incompatibili con la Convenzione sul trasporto aereo internazionale[15].

[11] Ai sensi del suo art. 3 le disposizioni recate dal regolamento n. 261/2004 sono applicabili sia ai passeggeri in partenza da un aeroporto situato nel territorio di uno Stato membro che ai passeggeri in partenza con volo operato da vettore comunitario da aeroporto situato in un Paese terzo verso un aeroporto situato in uno Stato membro, senza alcuna distinzione fra voli di linea e non di linea.

[12] Sul tema, v. G.D. Carrabba - G. Di Giandomenico, *Brevi cenni su una tutela concreta del passeggero alla luce del nuovo regolamento comunitario n. 261/2004*, in *Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, cit., p. 263 ss.; A. Gaggia, *Osservazioni sulle novità introdotte dal regolamento CE 261/04 in tema di ritardo nel trasporto aereo di persone*, in *Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, cit., p. 279 ss.; M. Maggiolo, Overbooking*, ritardo e cancellazione del volo: contratto, compensazione, responsabilità*, in *Trasporto aereo e tutela del passeggero nella prospettiva europea*, a cura di L. Masala e E.G. Rosafio, Milano, 2006, p. 123 ss.; G. Mastrandrea, *Trasporto aereo di persone (Responsabilità del vettore aereo nel)*, in *Dizionari del diritto privato*, promossi da N. Irti, *Diritto della navigazione*, a cura di M. Deiana, Milano, 2010, p. 493 ss.; E. G. Rosafio*, Il negato imbarco, la cancellazione del volo e il ritardo nel trasporto aereo di persone*, in *Giust. civ.*, 2004, II, p. 469 ss.

[13] Il compenso pecuniario costituisce «un acconto anticipato, di natura indennitaria, per i danni (supposti *iuris et de iure*) subiti dal passeggero». In tal senso, A. Lefebvre D'Ovidio - G. Pescatore - L. Tullio, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, 2008, p. 449.

[14] Cfr. C. Giust. CE 10 gennaio 2006, in *Dir trasp.*, 2006, p. 851 ss., con nota di V. Corona, *La natura delle prestazioni di assistenza del vettore aereo in caso di ritardo*. Sul tema, v. anche C. Pozzi, *La nuova disciplina dell'overbooking nel regolamento n. 261/2004 e nell'interpretazione della Corte di giustizia*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 1353 ss.

[15] Parte della dottrina non condivide le argomentazioni fornite dalla Corte, soprattutto in merito alla compatibilità dell'art. 6 del regolamento con gli artt.19, 22 e 20 della Convenzione di Montreal. Sul tema, cfr. V. Corona, *La natura delle prestazioni di assistenza del vettore aereo in caso di ritardo*, cit., p. 867 ss., che, pur concordando con la soluzione raggiunta dalla Corte sulla legittimità del regolamento, non considera pienamente condivisibili le ragioni poste a sostegno dell'asserita integrale compatibilità con la Convenzione di Montreal del 1999.

Infine, il regolamento in esame, all'art. 14, prevede l'obbligo di informazione dei passeggeri in merito ai loro diritti e, al successivo art. 15, sancisce che gli obblighi nei confronti dei passeggeri non possono essere oggetto di restrizioni o di rinuncia, in particolare per effetto di clausole derogatorie o restrittive del contratto di trasporto.

Un ulteriore rafforzamento dei diritti dei passeggeri si è poi avuto con il successivo regolamento (CE) n. 1107/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006, relativo ai diritti delle persone con disabilità e delle persone a mobilità ridotta nel trasporto aereo.

2.1. (segue) Il trasporto ferroviario

Nel campo del trasporto ferroviario l'intervento comunitario si è concretizzato attraverso il regolamento (CE) n. 1371/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007[16], relativo ai diritti ed agli obblighi dei passeggeri in tale modalità di trasporto.

Il regolamento si applica a tutti i viaggi e servizi ferroviari in tutta la Comunità forniti da una o più imprese ferroviarie titolari di licenza in virtù della direttiva 95/18/CE del Consiglio del 19 giugno 1995, relativa alle licenze delle imprese ferroviarie.

Il regolamento impone al vettore precisi obblighi di informazione a favore dei passeggeri (artt. 7-9), afferma l'obbligo di adeguata copertura assicurativa delle responsabilità che incombono sul vettore ferroviario (art. 12) e prevede un sistema di pagamenti anticipati che il vettore deve effettuare in caso di decesso o lesioni riportate dai passeggeri necessari per soddisfare le immediate necessità economiche proporzionalmente al danno subito (art. 13, primo e secondo comma). Tuttavia, si specifica che il pagamento anticipato non costituisce riconoscimento di responsabilità e può essere detratto da ulteriori importi dovuti ai sensi del regolamento (art. 13, terzo comma).

Il vettore ferroviario è tenuto a prestare assistenza al viaggiatore ancorché contesti la propria responsabilità in ordine ai danni subiti da quest'ultimo (art. 14).

Il regolamento contempla poi le ipotesi di responsabilità per ritardi, perdita di coincidenze e soppressioni, nonché i correlativi doveri di

[16] Sull'argomento, v. S. Busti, *Il difficile varo del diritto privato comunitario sul trasporto ferroviario di persone*, in *Dir. trasp.*, 2008, p. 9 ss.; N. Romana, *Il contratto di trasporto di persone e cose per ferrovia. Il contratto di trasporto di persone nella disciplina dell'Unione Europea*, in *Codice dei trasporti*, cit., p. 1354 ss.; S. Zunarelli - M.M. Comenale Pinto, *Manuale di diritto della navigazione e dei trasporti*, Padova, 2009, p. 243 ss.

assistenza (artt.15-18).

Anche il regolamento n. 1371 dedica ampio spazio alla tutela ed assistenza a favore delle persone con disabilità ed a mobilità ridotta (artt. 19-25).

L'ultima parte del regolamento riguarda la sicurezza personale dei passeggeri (art. 26), il trattamento dei reclami (art. 27), la qualità del servizio (art. 28) e l'informazione ai passeggeri in merito ai diritti di cui sono titolari (art. 29).

Le forme di tutela previste dal regolamento sul trasporto ferroviario a favore dei passeggeri e gli obblighi del vettore sono inderogabili a favore di quest'ultimo, non potendo essere soggetti a limitazioni o esclusioni, in particolare mediante l'inserimento di clausole derogatorie o restrittive nell'ambito del contratto di trasporto (art. 6).

Per la responsabilità del vettore in relazione ai passeggeri ed al loro bagaglio è comunque fatta salva la legislazione nazionale eventualmente più favorevole che garantisca ulteriori indennizzi (art. 11).

3. *Il regolamento UE n. 1177/2010 del 24 novembre 2010: i diritti dei passeggeri nel trasporto marittimo e per acque interne*

Con il regolamento n. 1177/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010[17] sono stati disciplinati i diritti dei passeggeri che viaggiano per mare e per vie navigabili interne[18].

Anche nel settore del trasporto per acqua si è quindi registrata l'introduzione di strumenti normativi diretti ad una più efficace tutela e protezione degli utenti. Ciò è avvenuto (come nel regolamento n. 261/2004) attraverso la preventiva allocazione dei costi derivanti da eventi impeditivi sopravvenuti, garantendo rapidi benefici ai viaggiatori, migliorando la qualità complessiva del servizio e scoraggiando determinate pratiche volte sacrificare i diritti di fonte contrattuale spettanti ai passeggeri in ragione delle esigenze del profitto dell'impresa di trasporto[19].

Peraltro, l'adozione del regolamento n. 1177 ha preceduto di pochi mesi quella del regolamento n. 181 sul trasporto con autobus[20], con cui

[17] Pubblicato in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 17 dicembre 2010 n. 334.

[18] In generale, sull'argomento, v. A. Zampone, *Il contratto di trasporto marittimo di persone. La disciplina dell'Unione Europea*, in *Codice dei trasporti*, cit., p. 548 ss.

[19] Così, A. Zampone, *Il contratto di trasporto marittimo di persone. La disciplina dell'Unione Europea*, cit., p. 569.

[20] Difatti, l'impostazione adottata dal legislatore europeo nei due testi normativi risulta sotto vari aspetti pressoché analoga.

è stato completato il quadro degli interventi a tutela dei passeggeri nel settore del trasporto di persone.

Entrambi i regolamenti fanno proprie le esperienze già maturate in altre modalità di trasporto, soprattutto quelle relative al settore aeronautico.

Obiettivo del regolamento n. 1177 è quello di garantire anche nel settore del trasporto per acqua un elevato livello di protezione dei passeggeri, corrispondente a quello offerto dalle disposizioni già operanti nel trasporto aereo ed in quello ferroviario[21].

Particolare attenzione risulta prestata ai diritti delle persone con disabilità ed a mobilità ridotta, cui deve essere garantita la possibilità di fruire dei servizi a condizioni simili a quelle messe a disposizione degli altri cittadini.

Peraltro, nella progettazione di porti e terminali oppure in occasione di lavori di ristrutturazione, come pure in sede di progettazione o di ammodernamento delle navi, i vettori o gli altri soggetti preposti dovrebbero tener conto delle esigenze di tali passeggeri in virtù del principio della «progettazione per tutti».

Il regolamento pone poi particolare attenzione nei riguardi delle partenze cancellate o ritardate, contemplando gli obblighi di informazione, di assistenza e, anche in questo caso, il diritto ad una compensazione economica in ipotesi di ritardo all'arrivo.

Il regolamento in esame si preoccupa di disciplinare gli aspetti concernenti: a) la non discriminazione fra passeggeri riguardo alle condizioni di trasporto offerte dai vettori; b) la non discriminazione e l'assistenza nei confronti delle persone con disabilità od a mobilità ridotta; c) i diritti dei passeggeri in caso di cancellazione o ritardo; d) le informazioni minime da fornire ai passeggeri; e) il trattamento dei reclami; f) le regole generali per garantire l'esecuzione del regolamento.

Come già detto, si tratta di misure di carattere minimo che comunque non precludono al passeggero - come peraltro avviene anche nel campo del trasporto aereo - la possibilità di accedere ad ulteriori strumenti di tutela eventualmente contemplati e messi a disposizione dagli ordinamenti nazionali.

In base all'art. 2, comma 1, il regolamento si applica ai passeggeri che viaggiano: a) con servizi passeggeri il cui porto d'imbarco è situato nel territorio di uno Stato membro; b) con servizi passeggeri il cui por-

[21] Ciò in quanto, di regola, il passeggero che utilizza tale modalità di trasporto rappresenta la parte contrattuale più debole cui va assicurata una sfera minima di protezione, salvo eventuali più favorevoli condizioni che il vettore intenda offrire.

to d'imbarco è situato fuori dal territorio di uno Stato membro ed il porto di sbarco è situato nel territorio di uno Stato membro (purché il servizio sia effettuato da un «vettore dell'Unione»[22]); c) in una crociera il cui porto d'imbarco è situato nel territorio di uno Stato membro (salva l'inapplicabilità ai passeggeri delle disposizioni di cui agli artt. 16, comma 2, 18, 19 e 20, commi 1 e 4).

Il comma 2 dell'art. 2 esclude poi l'applicazione del regolamento in alcune specifiche ipotesi[23].

Gli Stati membri possono esonerare dall'applicazione del regolamento (per un periodo di due anni a decorrere dal 18 dicembre 2012) i servizi passeggeri previsti da obblighi di servizio pubblico o da servizi integrati, purché i diritti degli utenti siano garantiti in modo analogo dalla legislazione nazionale (art. 2, comma 4).

L'art. 5 stabilisce che nell'ipotesi in cui il vettore, l'agente di viaggio, l'operatore turistico e l'operatore terminalista affidino l'adempimento degli obblighi derivanti dal regolamento ad altri operatori (p. es. vettore di fatto), i soggetti affidanti continuano a rispondere dell'operato degli affidatari per gli atti e le omissioni compiuti da costoro nell'esercizio delle loro funzioni[24].

L'art. 6, infine, sancisce che i diritti e gli obblighi previsti dal regolamento non possono essere limitati né possono essere oggetto di rinuncia, in particolare per effetto di clausole derogatorie o restrittive contenute nel contratto di trasporto[25].

[22] La definizione di «vettore dell'Unione» è riportata all'art. 3, lett. e), del regolamento.

[23] Il regolamento non si applica ai passeggeri che viaggiano: a) su navi autorizzate a trasportare fino a dodici passeggeri; b) su navi aventi un equipaggio composto da non più di tre persone o laddove la distanza del servizio passeggeri sia inferiore a 500 metri (sola andata); c) con escursioni e visite turistiche diverse dalle crociere; d) su navi senza mezzi di propulsione meccanica o su riproduzioni di navi storiche progettate prima del 1965 e autorizzate a trasportare fino a trentasei passeggeri.

[24] La disposizione in esame si pone in posizione complementare rispetto al principio della responsabilità vicaria. Non è stabilito espressamente un vincolo di solidarietà passiva che, comunque, sorge in virtù delle previsioni di portata generale degli artt. 1292 e 1294 cod. civ. Per un approfondimento, v. A. Zampone, *Il contratto di trasporto marittimo di persone. La disciplina dell'Unione Europea*, cit., pp. 571-572.

[25] Per cui le disposizione poste a tutela dei viaggiatori sono inderogabili a favore del vettore. Ciò in quanto, come più volte evidenziato, quella di matrice europea rappresenta la regolamentazione minima delle misure di protezione e dei diritti previsti a favore dei passeggeri in presenza dei disservizi presi in considerazione dal regolamento. Si tratta di una disposizione pressoché analoga a quella dell'art. 15 del regolamento n. 261/2004 sul trasporto aereo.

4. *Le principali novità offerte dal regolamento n. 1177/2010:* i *diritti delle persone con disabilità ed a mobilità ridotta*

Molteplici appaiono le novità introdotte dal regolamento n. 1177/2010.

Su alcune di esse appare opportuno soffermarsi brevemente, anche al fine del successivo raffronto con quelle offerte dal regolamento n. 181 sul trasporto con autobus, approvato circa tre mesi dopo.

Come già accennato, il regolamento n. 1177 dedica particolare attenzione ai diritti delle persone con disabilità ed a mobilità ridotta.

Si tratta di misure finalizzate alla non discriminazione, protezione ed assistenza a favore delle persone con disabilità oppure a mobilità ridotta che rafforzano il diritto di accesso al servizio da parte di tale categoria di passeggeri.

La relativa disciplina è contenuta in varie disposizioni (artt. 7-15) il cui scopo è soprattutto quello di consentire ad essi di usufruire del trasporto per acqua a condizioni che siano comparabili a quelle godute dagli altri viaggiatori, garantendo in tal modo l'esercizio degli stessi diritti di tutti gli altri cittadini in relazione alla libera circolazione, alla libertà di scelta ed alla non discriminazione.

A tal fine, si vieta ai vettori, agenti di viaggio ed operatori turistici di rifiutare di accettare una prenotazione o di rilasciare un biglietto o di imbarcare una persona unicamente per motivi attinenti alla disabilità o alla ridotta mobilità, escludendosi peraltro qualsiasi onere aggiuntivo (art. 7).

Tale principio può essere eccezionalmente derogato nei soli casi previsti dall'art. 8, primo comma, stabilendosi poi, al terzo comma, che in caso di negato imbarco il passeggero ed il suo eventuale accompagnatore possono scegliere fra il diritto al rimborso ed il trasporto alternativo, come previsto dall'allegato I.

Ove sia strettamente necessario, può essere richiesto che la persona con disabilità oppure a mobilità ridotta viaggi con un accompagnatore in grado di fornire l'assistenza. L'accompagnatore è trasportato gratuitamente (art. 8, quarto comma).

L'art. 9 ribadisce la necessità di predisporre condizioni di accesso non discriminatorie per i passeggeri in questione nonché i doveri di informazione con modalità adeguate ed accessibili.

I vettori e gli operatori turistici forniscono gratuitamente ai passeggeri con disabilità oppure a ridotta mobilità, ai sensi dell'art. 10, l'assistenza di cui agli allegati II (assistenza nei porti, compresi l'imbarco e lo sbarco) e III (assistenza a bordo nave) ed alle condizione previste dal successivo art. 11.

Altro profilo importante che il regolamento prende in considerazione è quello della formazione in materia di disabilità, che deve riguardare il personale al servizio dei vettori (compreso il personale alle dipendenze di altre parti di fatto) e, se del caso, gli operatori dei terminali (v. art. 14, che richiama l'allegato IV, sezioni A e B, concernente la formazione e le istruzioni sulla disabilità).

Infine, l'art. 15 contempla il diritto ad ottenere il risarcimento dal vettore o dall'operatore del terminale in caso di perdita o di danneggiamento di attrezzature per la mobilità o di altri dispositivi specifici[26] usati da persone con disabilità od a mobilità ridotta se l'evento dannoso è imputabile a colpa o negligenza del vettore o dell'operatore del terminale.

Il danneggiato, quindi, è gravato dell'onere di dimostrare che l'evento dannoso è imputabile a colpa o negligenza del vettore o dell'operatore del terminale[27].

Tuttavia, la colpa o la negligenza del (solo) vettore sono presunte nel caso in cui i danni siano stati causati da un incidente marittimo[28].

In questo caso, sarà il vettore a dover dimostrare che l'evento dannoso non è stato causato da sua colpa.

La disposizione in esame non si applica se il trasporto per acqua nel corso del quale si è verificato il danno è soggetto al Regolamento (CE) n. 392/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009 (relativo alla responsabilità dei vettori che trasportano passeggeri via mare in caso di incidente), il cui art. 4 stabilisce, in caso di perdita o di danni alle attrezzature utilizzate dai passeggeri con disabilità, la responsabilità del vettore è regolata dall'art. 3 della Convenzione di Atene del 13 dicembre 1974, relativa al trasporto per mare di passeggeri e dei loro bagagli.

In ogni caso, il risarcimento deve corrispondere al costo di sostitu-

[26] Le attrezzature per la mobilità o gli altri dispositivi specifici usati dal passeggero con disabilità possono rientrare nell'ambito della nozione di bagaglio del passeggero, il cui trasporto rappresenta - almeno secondo la tesi prevalente - una prestazione accessoria rispetto a quella principale del trasferimento della persona del viaggiatore. Non esistendo una nozione generale e completa di «bagaglio» è possibile ritenere che esso, di regola, sia costituito dalle «cose che il passeggero porta con sé» (cfr. art. 1681 cod. civ.) e, comunque, dagli «oggetti personali del passeggero» (cfr. art. 419 c. nav.).

[27] Sul punto, cfr. A. Zampone, *Il contratto di trasporto marittimo di persone. La disciplina dell'Unione Europea*, cit., pp. 574-575.

[28] La presunzione di colpa che l'art. 15, primo comma, pone a carico del vettore (e, evidentemente, non a carico dell'operatore del terminale) in caso di danni subiti dalle suddette attrezzature a causa di incidenti marittimi sembra richiamare la presunzione di colpa che l'art. 2054, primo comma, cod. civ. pone a carico del conducente di veicoli senza guida di rotaie in caso di danni prodotti, a persone e/o cose, dalla circolazione del veicolo stesso. Sul punto, v. nota n. 48.

zione o di riparazione dell'attrezzatura perduta o danneggiata[29].

Infine, va compiuto ogni sforzo per fornire in tempi rapidi un'attrezzatura sostitutiva che possa costituire un'alternativa adeguata.

4.1. (segue) Obblighi in caso di interruzione del viaggio

Il regolamento n. 1177, al capo III, stabilisce gli obblighi dei vettori e degli operatori dei terminali nonché i diritti dei passeggeri in caso di cancellazione o di partenze ritardate (artt. 16-21).

Dall'esame della nuova normativa emergono sia novità che molteplici punti di contatto con la disciplina relativa al trasporto aereo[30].

A differenza del settore aeronautico, mentre il regolamento n. 261/2004 prevede misure di tutela anche con riferimento all'ipotesi del negato imbarco, il regolamento sul trasporto marittimo non prende in considerazione tale fattispecie, almeno in linea generale, ma ne disciplina alcune conseguenze soltanto con riferimento ai passeggeri con disabilità.

Il regolamento n. 1177 appronta poi una serie di tutele in caso di cancellazione o partenza ritardata

Al tema sono dedicati gli artt. 16-21 (obblighi dei vettori e degli operatori dei terminali in caso di interruzione del viaggio) e gli artt. 22-24 (norme generali su informazioni e reclami).

L'art. 16 prevede che in caso di cancellazione o ritardo alla partenza di un servizio passeggeri o di una crociera il vettore (o l'operatore del terminale) debba informare i passeggeri in partenza dai terminali portuali o dai porti quanto prima e, comunque, non oltre trenta minuti dopo l'orario di partenza fissato, della situazione, dell'orario di partenza e di quello di arrivo previsti non appena tale informazione risulti disponibile.

Se la cancellazione o il ritardo determinano per i passeggeri la perdita di un servizio di trasporto in coincidenza il vettore (o l'operatore del terminale) deve compiere gli sforzi ritenuti ragionevoli per informare i

[29] Anche relativamente a questa disposizione si pone il problema dell'incidenza sulla preesistente disciplina codicistica (su cui v. *infra*) per ciò che concerne la limitazione del debito del vettore marittimo per i danni riportati dal bagaglio del viaggiatore.

[30] Appare evidente come le nuove regole sui diritti dei passeggeri siano dirette ad una maggiore e più efficace tutela dei viaggiatori che utilizzano tale modalità di trasferimento. Peraltro, il raffronto con i regolamenti già esaminati (riguardanti il trasporto aereo e quello ferroviario), evidenzia come le nuove disposizioni europee siano state formate in buona parte su un *cliché* che richiama le disposizioni introdotte nel campo del trasporto aereo (regolamento n. 261/2004). Inoltre, come vedremo più avanti, lo schema di tutela dei diritti dei passeggeri risulta riproposto in termini similari nel successivo regolamento n. 181 sui diritti dei passeggeri nel trasporto con autobus.

passeggeri in merito a collegamenti alternativi.

Il vettore (o l'operatore del terminale) deve assicurarsi che le informazioni di cui sopra siano ricevute in formati accessibili dalle persone con disabilità ed a mobilità ridotta.

L'art. 17 prevede gli obblighi di assistenza in caso di partenze cancellate o ritardate.

In caso di cancellazione di un servizio passeggeri o di una crociera oppure di ritardo alla partenza per un tempo superiore ai novanta minuti il vettore deve offrire gratuitamente ai passeggeri in partenza dai terminali portuali spuntini, pasti o bevande in congrua relazione rispetto alla durata dei tempi di attesa, purché siano disponibili o possano essere ragionevolmente forniti.

In caso di cancellazione o di ritardo alla partenza che renda necessario un soggiorno di una o più notti o un soggiorno supplementare rispetto a quello previsto dal passeggero, ove sia possibile, il vettore deve offrire gratuitamente ai passeggeri in partenza dai terminali portuali una sistemazione adeguata, a bordo oppure a terra, e il trasporto tra il terminale ed il luogo di sistemazione, oltre ai pasti e alle bevande[31].

I suddetti obblighi di assistenza vanno adempiuti con particolare attenzione nei confronti delle persone con disabilità oppure a mobilità ridotta e dei loro accompagnatori.

L'art. 18 stabilisce che il vettore - ove preveda che un servizio passeggeri possa subire una cancellazione o un ritardo alla partenza dal terminale portuale superiore a novanta minuti rispetto all'orario stabilito - debba offrire immediatamente al passeggero la scelta fra: a) il trasporto alternativo verso la destinazione finale, a condizioni similari e senza oneri aggiuntivi, non appena sia possibile; b) il rimborso del prezzo del biglietto e, ove sia opportuno, il ritorno gratuito al primo punto di partenza indicato nel contratto di trasporto non appena sia possibile.

In caso di cancellazione o di ritardo alla partenza dal porto superiore ai novanta minuti i passeggeri hanno diritto al trasporto alternativo oppure al rimborso del prezzo del biglietto[32].

Il rimborso del prezzo del biglietto deve avvenire entro sette giorni e copre il costo completo d'acquisto del biglietto, sia per la parte di viag-

[31] Per ciascun passeggero il vettore può limitare il costo complessivo della sistemazione a terra, escluso il trasporto, ad €80,00 a notte per un massimo di tre notti.

[32] Il ritardo alla partenza superiore ai novanta minuti costituisce pertanto una presunzione assoluta di grave inadempimento tale da legittimare il passeggero alla richiesta di risoluzione del contratto Sul punto, cfr. A. ZAMPONE, *Il contratto di trasporto marittimo di persone. La disciplina dell'Unione Europea*, cit., p. 578.

gio non effettuata che per quella effettuata se il viaggio non serve più allo scopo originario del passeggero.

Il pagamento deve avvenire in contanti, mediante bonifico o assegno. Con il consenso del passeggero il rimborso può avvenire sotto forma di buono e/o altri servizi per un importo equivalente alla tariffa d'acquisto.

L'art. 19 prevede il diritto del passeggero di richiedere al vettore una compensazione economica[33] in caso di ritardo all'arrivo alla destinazione finale[34].

Il livello minimo di compensazione economica è pari al 25% del prezzo del biglietto per un ritardo di almeno: a) un'ora in un servizio regolare fino a quattro ore; b) due ore in un servizio regolare di più di quattro ore ma non superiore ad otto ore; c) tre ore in un servizio regolare di più di otto ore ma non superiore a ventiquattro ore; d) sei ore in un servizio regolare superiore a ventiquattro ore.

Se il ritardo supera il doppio del tempo sopra indicato la compensazione economica è pari al 50% del prezzo del biglietto.

I passeggeri in possesso di un titolo di viaggio o di un abbonamento che subiscano ritardi ricorrenti all'arrivo possono richiedere una compensazione economica adeguata secondo le modalità di indennizzo del vettore.

La compensazione economica è effettuata entro un mese dalla presentazione della relativa domanda.

La compensazione può essere effettuata mediante buoni o altri servizi. Su richiesta del passeggero essa è effettuata in denaro.

La compensazione economica connessa al prezzo del biglietto non è soggetta a detrazioni per costi vari legati alla transazione finanziaria.

I vettori possono introdurre una soglia minima al di sotto della quale la compensazione non è prevista[35].

L'art. 20 contempla alcune deroghe a quanto previsto dagli artt. 17, 18 e 19[36].

[33] Sulla natura giuridica della compensazione la dottrina, con riferimento alle ipotesi contemplate dal regolamento n. 261/2004, ha assunto diverse posizioni, riconducendola ora nell'ambito della figura della pena privata (L. Tullio, *Interventi interpretativi della Corte di giustizia europea sul reg. CE n. 261/2004*, in *Dir. trasp*., 2009, p. 372) ed ora alla clausola penale di origine legale (M. Piras, *Il rifiuto di trasportare e il ritardo del vettore aereo nella nuova disciplina comunitaria*, in *Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, cit., p. 180).

[34] L'ipotesi riguarda soltanto i servizi di trasporto e non le crociere.

[35] Tuttavia, la soglia non può superare €6,00.

[36] Gli artt. 17, 18 e 19 non si applicano ai passeggeri con biglietti aperti finché l'orario di partenza non sia specificato, salvo per i passeggeri in possesso di un titolo di viaggio o di un abbonamento. Gli artt. 17 e 19 non si applicano se il passeggero è informato del-

In particolare, il diritto alla compensazione economica viene meno in presenza di circostanze eccezionali che il vettore marittimo avrà comunque l'onere di dimostrare[37].

L'art. 21 chiarisce che le disposizioni del regolamento lasciano impregiudicato il diritto dei passeggeri di rivolgersi agli organi giurisdizionali nazionali per ottenere, secondo la legislazione nazionale, il risarcimento di danni connessi a perdite dovute a cancellazione o ritardo nei servizi di trasporto[38], anche a norma della direttiva 90/314/CEE.

4.2. (segue) Informazioni e reclami

Gli artt. 22-24 offrono la disciplina generale sulle informazioni ed i reclami del passeggero.

L'art. 22 prevede che i vettori e gli operatori dei terminali, nei rispettivi settori di competenza, forniscano ai passeggeri le informazioni adeguate per tutta la durata del viaggio, possibilmente in formati accessibili a tutti.

Al riguardo, particolare attenzione deve essere rivolta verso le esigenze delle persone con disabilità ed a mobilità ridotta.

L'art. 23 prescrive ai vettori, agli operatori dei terminali e, se del caso, alle autorità portuali di fornire ai passeggeri, nei rispettivi settori di com-

la cancellazione o del ritardo prima dell'acquisto del biglietto oppure se la cancellazione o il ritardo sono causati dal passeggero stesso. L'art. 17, secondo comma, non si applica se il vettore dimostra che la cancellazione o il ritardo sono provocati da condizioni metereologiche che mettano a rischio il funzionamento sicuro della nave. L'art. 19 non si applica se il vettore prova che la cancellazione o il ritardo sono provocati da condizioni metereologiche che mettano a rischio il funzionamento sicuro della nave o da circostanze straordinarie che ostacolano l'esecuzione del servizio passeggeri, le quali non potevano essere evitate anche adottando tutte le misure ragionevoli.

[37] Sul tema, nel campo del trasporto aereo, cfr. V. Corona, *Le circostanze eccezionali e le prestazioni del vettore aereo in caso di cancellazione del volo*, in *Dir. trasp.*, 2009, p. 808 ss., nonché *La compensazione pecuniaria per il ritardo aereo tra diritto positivo e giurisprudenza interpretativa della Corte di giustizia*, in *Dir. trasp.*, 2010, p. 123 ss. Nella sostanza, il regolamento n. 1177/2010 sul trasporto marittimo sembra aver recepito i principi espressi in sede di interpretazione del regolamento n. 261/2004 sul trasporto aereo dalla Corte di Giustizia CE con la sentenza 22 dicembre 2008, causa C 549/07, in *Dir. trasp.*, 2008, p. 801 ss., e la sentenza 19 novembre 2009, cause riunite C 402/07 e C 432/07, in *Dir. trasp*. 2010, p. 113 ss., ove è stato affermato, in sintesi, che il diritto alla compensazione viene meno ove il vettore aereo sia in grado di dimostrare che il ritardo è dipeso da circostanze eccezionali, che sfuggono ad ogni possibilità di controllo da parte del vettore stesso, che non si sarebbero comunque potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure e le cautele del caso.

[38] Pertanto, il passeggero potrà invocare il risarcimento dei danni subiti per la mancata esecuzione del trasporto o da ritardo secondo la regolamentazione interna sancita dall'art. 408 c. nav. (il cui contenuto, peraltro, risulta conforme a quello di portata generale di cui all'art. 1218 cod. civ.).

petenza, le informazioni, appropriate ed in formati accessibili, in merito ai diritti ad essi attribuiti dal regolamento.

E' possibile adempiere all'obbligo di informazione anche utilizzando una sintesi delle disposizioni del regolamento.

L'art. 24 riguarda il trattamento dei reclami relativi ai diritti ed agli obblighi sanciti dal regolamento.

Il reclamo va trasmesso entro due mesi da quando è stato effettuato (o avrebbe dovuto essere effettuato) il servizio di trasporto ed entro un mese dal suo ricevimento il vettore (o l'operatore del terminale) ne notifica al passeggero l'esito oppure gli comunica che esso è ancora in fase d'esame.

In ogni caso, la risposta definitiva al reclamo proposto non può eccedere i due mesi dal momento della sua ricezione.

5. *Incidenza del regolamento n. 1177/2010 sul codice della navigazione e sulla normativa interna*

Questione di particolare rilievo è quella concernente l'incidenza del regolamento n. 1177 sul codice della navigazione o su altre disposizioni di diritto interno.

Difatti, il regolamento - la cui èntrata in vigore è fissata al 18 dicembre 2012[39] - è destinato ad incidere in maniera significativa sulla previgente disciplina degli impedimenti[40] contemplata dal codice della navigazione[41] che, dopo l'entrata in vigore delle norme europee, resterà ancora applicabile per quanto non sia con esse in contrasto.

In modo particolare, dovrà essere valutata l'incidenza del regolamento n. 1177 sulla disciplina offerta dal codice della navigazione agli artt. 402[42], 403[43], 404[44] e 405[45].

[39] I due anni che precedono l'entrata in vigore hanno l'evidente scopo di consentire ai vettori ed agli operatori del settore di adeguarsi alle prescrizioni che sono loro demandate dalle nuove norme.

[40] Il codice della navigazione contempla gli impedimenti all'esecuzione del contratto di trasporto distinguendo quelli che incidono sul vettore da quelli che riguardano invece il passeggero. Sul tema, cfr. M. Casanova - M. Brignardello, *Diritto dei trasporti. La disciplina contrattuale*, Milano, 2007, p. 131 ss.; A. Lefebvre D'Ovidio - G. Pescatore - L. Tullio, *Manuale di diritto della navigazione*, cit., p. 447 ss.; E. G. Rosafio, *La disciplina degli impedimenti anteriori alla partenza nel trasporto marittimo di persone*, in *Giust. civ.*, 2005, II, p. 465 ss.; S. Zunarelli - M. M. Comenale Pinto, *Manuale di diritto della navigazione e dei trasporti*, cit., p. 261 ss.

[41] Cfr. artt. 402 ss. c. nav.

[42] Secondo l'art. 402 c. nav. se la partenza della nave è impedita per causa non imputabile al vettore il contratto è risolto di diritto ed il vettore deve restituire il prezzo versatogli.

Già da una prima lettura del nuovo regolamento appaiono evidenti alcuni degli aspetti di portata innovativa offerti dalla normativa sovranazionale rispetto alla disciplina codicistica interna.

In questa sede non è possibile, per evidenti ragioni, soffermarsi compiutamente su tale delicata problematica, che si presenta assai ampia ed articolata.

Tuttavia, in linea di massima, appare possibile evidenziare che:

a) gli artt. 400 e 401 c. nav. dovranno continuare ad applicarsi poiché le fattispecie non risultano disciplinate dal regolamento;

b) l'art. 402 c. nav. (che regola la cancellazione della partenza per causa non imputabile) dovrebbe essere sostituito dall'art. 18, comma 2, del

[43] Secondo l'art. 403 c. nav. se il vettore sopprime la partenza occorre distinguere: a) l'ipotesi in cui il viaggio non può essere effettuato con altra nave dello stesso vettore che parta successivamente (in tal caso il contratto si risolve di diritto); b) l'ipotesi in cui vi siano partenze successive di altre nave dello stesso vettore (in tal caso il passeggero ha la facoltà di utilizzare la successiva partenza - ove sia possibile - oppure di risolvere il contratto. La risoluzione è altresì possibile se il vettore muta l'itinerario in modo da arrecare pregiudizio agli interessi del passeggero). In entrambe le ipotesi il passeggero ha diritto al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 408 c. nav. (recante un regime di responsabilità conforme a quello stabilito in via generale dall'art. 1218 cod. civ.). Tuttavia, se la soppressione della partenza (o il mutamento di itinerario) ha luogo per «un giustificato motivo», il risarcimento non può eccedere il doppio del prezzo netto di passaggio. Secondo A. Lefebvre D'Ovidio - G. Pescatore - L. Tullio, *Manuale di diritto della navigazione*, cit., pp. 447-448, il raffronto fra gli artt. 402 e 403 c. nav. denota che le ipotesi della soppressione della partenza e del mutamento di itinerario (di cui all'art. 403) suppongono che la prestazione del vettore, anziché essere impedita da una causa esterna alla sua sfera di controllo ed a questi non imputabile (come avviene nel diverso caso dell'art. 402), sia tuttavia possibile, ma il vettore decida di non adempiere, ancorché sussista un giustificato motivo. Pertanto, la limitazione del risarcimento, in presenza di un tale motivo, al doppio del prezzo di passaggio, «non opera come un'ipotesi di responsabilità oggettiva, ma gioca a favore del vettore».

[44] Secondo l'art. 404 c. nav. se la partenza della nave è ritardata, il passeggero ha diritto, durante il periodo del ritardo, al vitto ed all'alloggio, quando questo sia stato compreso nel prezzo di passaggio. Il passeggero può chiedere la risoluzione del contratto dopo dodici o dopo ventiquattro ore di ritardo a seconda che si tratti, rispettivamente, di viaggi di durata inferiore o superiore alle ventiquattro ore (nei viaggi fra porti del Mediterraneo). Per i viaggi che abbiano inizio o termine fuori d'Europa o dei Paesi bagnati dal Mediterraneo il passeggero può chiedere la risoluzione dopo quarantotto ore. Se non si avvale di tale facoltà il passeggero, dallo scadere dei suddetti termini, non ha diritto a ricevere l'alloggio e il vitto a spese del vettore. Se il ritardo nella partenza è imputabile al vettore il passeggero ha altresì diritto al risarcimento dei danni subiti.

[45] Secondo l'art. 405 c. nav. se il viaggio è interrotto per causa di forza maggiore il prezzo di passaggio è dovuto in proporzione del tratto utilmente percorso. Tuttavia il vettore ha diritto all'intero prezzo se, in tempo ragionevole, procura a sue spese al passeggero la prosecuzione del viaggio su nave di analoghe caratteristiche, fornendogli nell'intervallo l'alloggio ed il vitto (sempre se essi erano compresi nel prezzo di passaggio).

regolamento (che estende l'effetto della risoluzione e l'obbligo della restituzione del prezzo alla cancellazione per qualsiasi causa);

c) l'art. 403, comma 1, c. nav. (che regola la cancellazione per causa imputabile) dovrebbe essere sostituito dall'art. 18, comma 2, del regolamento per i motivi già esaminati *sub* b), mentre l'art. 403, comma 2, c. nav. sembrerebbe sostituito dal combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 18 del regolamento. In aggiunta, poi, troveranno applicazione gli artt. 16, 17 e 18, comma 3, del regolamento;

d) l'art. 404, comma 1, c. nav. dovrebbe essere sostituito dall'art. 17 del regolamento, mentre l'art. 404, comma 2, c. nav. dovrebbe essere sostituito dagli artt. 17 e 18 del regolamento. Inoltre, dovrà applicarsi l'art. 16 del regolamento;

e) gli artt. 405 e 406 c. nav. continueranno ad applicarsi poiché le fattispecie non risultano disciplinate dal regolamento.

Va rilevato, inoltre, che la disciplina degli impedimenti alla partenza contemplata dal codice della navigazione è di carattere derogabile[46], poiché il codice prevede l'inderogabilità soltanto per il regime di responsabilità relativo ai sinistri che colpiscono la persona del passeggero[47].

Al contrario, l'art. 6 del regolamento - utilizzando una formulazione ben nota alla (e ricorrente nella) normativa europea volta alla protezione dei consumatori - stabilisce che i diritti e gli obblighi previsti dalle nuove disposizioni non possono essere limitati né possono essere oggetto di rinuncia, in particolare per effetto di clausole derogatorie o restrittive contenute nel contratto di trasporto.

5.1. (segue) I danni alle attrezzature delle persone con disabilità ed a mobilità ridotta

L'art. 15 del regolamento prevede il diritto del passeggero ad ottenere il risarcimento dal vettore o dall'operatore del terminale in caso di perdita o danneggiamento di attrezzature per la mobilità o di altri dispositivi specifici usati da persone con disabilità oppure a mobilità ridotte se l'evento dannoso è imputabile a colpa o negligenza del vettore o dell'operatore del terminale.

[46] In questo senso, A. Lefebvre D'Ovidio - G. Pescatore - L. Tullio, *Manuale di diritto della navigazione*, cit., p. 448.

[47] Il codice della navigazione regolamenta, infatti, in due distinte disposizioni la responsabilità del vettore per inesecuzione del trasporto o per ritardo (art. 408) e quella per i sinistri che colpiscono il passeggero (art. 409). Il successivo art. 415 c. nav. dichiara inderogabile a favore del vettore soltanto la disposizione in materia di infortuni al passeggero recata dall'art. 409.

La colpa o la negligenza del vettore (e non dell'operatore del terminale) sono presunte quando i danni sono stati causati da un incidente marittimo[48].

Il risarcimento deve in ogni caso corrispondere al costo di sostituzione oppure di riparazione dell'attrezzatura in questione perduta o semplicemente danneggiata[49].

Come già anticipato, relativamente alla specifica questione dei danni subiti dalle attrezzature o dai dispositivi utilizzati dalle persone con disabilità oppure a mobilità ridotta, si pongono alcune problematiche concernenti, in sintesi:

a) l'incidenza della presunzione di colpa del vettore, prevista dall'art. 15, comma 1, del regolamento con il regime di responsabilità contemplato in linea generale dall'art. 412 c. nav. per i danni riportati dal bagaglio del passeggero;

[48] La presunzione di colpa che l'art. 15, comma 1, pone a carico del vettore in caso di danni alle attrezzature ed ai dispositivi di cui trattasi causati da incidenti marittimi sembra rievocare la presunzione (*iuris tantum*) di colpa che l'art. 2054, comma 1, cod. civ. pone a carico del conducente di veicoli stradali in caso di danni prodotti, a persone o cose, dalla circolazione del veicolo stesso. Tale presunzione risulta applicabile anche a favore del passeggero trasportato ed alle cose che questi porta con sé, come oramai sancito dalla giurisprudenza che da tempo ha mutato il suo precedente orientamento, ritenendo che la tutela di carattere generale offerta dall'art. 2054 cod. civ. debba essere estesa a tutti soggetti comunque danneggiati da un fatto relativo alla circolazione stradale dei veicoli, tanto se estranei alla medesima tanto se trasportati a bordo del veicolo, sia a titolo oneroso che a titolo gratuito o di mera cortesia, salvo fornire la prova (da parte del conducente) di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno. Sul tema, in dottrina, cfr. A. Antonini, *Corso di diritto dei trasporti*, cit., p. 198 ss. In tal senso, in giurisprudenza, v. Cass. 23 giugno 2009, n. 14644, in *Mass. Giur. it*, 2009; Cass. 28 novembre 2007, n. 24749, in *Mass. Giur. it*, 2007; Cass. 19 novembre 2007, n. 23918, in *Mass. Giur. it*, 2007; Cass. 24 ottobre 2007, n. 22336, in *Arch. Giur. Circolaz.*, 2008, 7-8, p. 682. Relativamente alla presunzione di colpa sancita dall'art. 15 del regolamento si pone quindi il problema della sua eventuale incidenza sul regime di responsabilità previsto dal codice della navigazione per ciò che concerne i danni subiti dalle attrezzature o dai dispositivi specifici usati da persone con disabilità oppure a mobilità ridotta, che possono essere ricondotti nell'ambito del concetto di bagaglio. Difatti, nel settore del trasporto marittimo, la responsabilità del vettore per quanto concerne la perdita o le avarie del bagaglio è regolata diversamente, distinguendosi fra bagaglio consegnato e non consegnato. Per il primo il vettore è responsabile (analogamente a quanto avviene per i danni alla persona del passeggero *ex* art. 409 c. nav.) se non dimostra che il danno è derivato da causa a lui non imputabile (cfr. art. 412, comma 1, c. nav.), mentre per il secondo il vettore è responsabile solo se il passeggero prova che il danno è stato determinato da causa imputabile al vettore (art. 412, comma 3, c. nav.).

[49] Anche relativamente a questa disposizione si pone il problema dell'incidenza sulla preesistente disciplina codicistica (su cui v. *infra*) per ciò che concerne la limitazione del debito del vettore marittimo per i danni riportati dal bagaglio del viaggiatore.

b) l'incidenza sulle disposizioni riguardanti i limiti risarcitori in materia di trasporto del bagaglio.

Tali questioni si pongono in quanto, rientrando le attrezzature per la mobilità o gli altri dispositivi specifici nell'ambito della nozione di bagaglio[50] del passeggero - il cui trasporto rappresenta una prestazione accessoria rispetto a quella principale del trasferimento della persona del viaggiatore[51] - le disposizione di matrice europea si pongono in parte in contrasto con la disciplina interna fornita dal codice della navigazione in merito:

a) al regime di responsabilità del vettore per i danni al bagaglio ed alla regolamentazione dell'onere della prova;

[50] Non esiste una definizione normativa unica riferita al bagaglio ed agli oggetti che in tale nozione possono rientrare. Dall'esame delle principali fonti normative in materia (v. art. 1681 cod. civ.; art. 410 c. nav.; art. 17 Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999) è possibile dedurre che si tratta degli oggetti personali che il passeggero porta con sé durante il trasferimento e dei quali ha necessità in corso di viaggio. In merito alla riconducibilità in seno al concetto di bagaglio delle attrezzature e dei dispositivi che il passeggero con disabilità porta con sé non pare che possa sussistere dubbio, atteso che trattasi evidentemente di «cose che il passeggero porta con sé» (cfr. art. 1681 cod. civ.) e, comunque, di «oggetti personali del passeggero» (cfr. art. 410 c. nav., art. 17 Convenzione di Montreal). Sulla nozione di bagaglio, cfr. S. Busti, *Contratto di trasporto aereo*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 2007, p. 210 ss; M. Casanova - M. Brignardello, *Diritto dei trasporti*, cit., p. 148 ss.; V. Corona, *Trasporto del bagaglio*, in *Dizionari del diritto privato*, cit., p. 495 ss.; G. Reale, *Il contratto di trasporto di persone e cose su strada*, in *Codice dei trasporti*, cit., p. 1155, nonché *Il limite risarcitorio nel trasporto stradale del bagaglio*, in *Codice dei trasporti*, cit., p. 1237 ss.

[51] La qualificazione dell'obbligazione di trasporto del bagaglio è oggetto di dibattito in dottrina e in giurisprudenza. In sintesi, le posizioni si dividono fra coloro che ritengono si tratti di un'obbligazione accessoria rispetto a quella (principale) del trasferimento del passeggero e coloro che invece sostengono si tratti di un contratto autonomo di trasporto di cose collegato al trasporto del viaggiatore a titolo di pura occasionalità. Peraltro, le soluzioni offerte dalla dottrina si distinguono ulteriormente a seconda che si tratti di bagaglio a mano (non consegnato) o di bagaglio consegnato al vettore. Nel primo caso l'orientamento quasi unanime riconosce al trasporto del bagaglio il carattere dell'accessorietà rispetto all'obbligazione di trasferimento del passeggero. I principali contrasti riguardano, invece, la seconda ipotesi, ove le opinioni si dividono nel senso sopra specificato. Secondo l'opinione che appare preferibile, a prescindere sia dal tipo di bagaglio che dalla sua consegna o meno al vettore, la prestazione relativa al suo trasporto riveste sempre carattere accessorio rispetto al trasporto del passeggero, non potendo sussistere un interesse al trasporto del bagaglio se non esistesse a monte un trasporto riferito al passeggero. Per un approfondimento della questione, cfr. A. Antonini, *Corso di diritto dei trasporti*, cit., pp. 248-249; S. Busti, *Contratto di trasporto aereo*, Milano, 2001, p. 213 ss.; M. Casanova - M. Brignardello, *Diritto dei trasporti*, cit., pp. 148-150; G. Romanelli, *Trasporto aereo di persone*, Padova, 1959, p. 61 ss.; V. Corona, *Trasporto del bagaglio*, in *Dizionari del diritto privato*, cit., pp. 504-505. In giurisprudenza, cfr. Cass. 11 novembre 2003, n. 16938, in *Danno e resp.*, 2004, p. 404; Cass. 7 dicembre 2000, n. 15536, in *Dir. trasp.*, 2001, p. 743 ss.

b) alla limitazione del debito del vettore per perdita o avaria del bagaglio trasportato.

Quanto al primo problema, nel sistema del codice della navigazione l'avvenuta consegna del bagaglio determina un differente regime di responsabilità (con un diverso onere della prova), peraltro dichiarato espressamente inderogabile a favore del vettore dall'art. 415 c. nav.

Secondo il codice della navigazione il vettore è responsabile per la perdita o avaria del bagaglio consegnato[52] chiuso[53] se non dimostra che il danno è derivato da causa a lui non imputabile (art. 412, comma 1, c. nav.).

Si tratta di una presunzione di responsabilità posta a carico del vettore, per cui sarà quest'ultimo a dover dimostrare la non imputabilità della causa che ha cagionato il danno[54].

A principi del tutto opposti è invece informato il regime di responsabilità riguardante il bagaglio non consegnato[55].

In tal caso, se i bagagli (o altri oggetti) non sono stati consegnati, il vettore è responsabile soltanto se il passeggero dimostra che il danno è stato determinato da causa imputabile al vettore stesso (art. 412, comma 3, c. nav.).

Per il bagaglio non consegnato, dunque, la responsabilità del vettore sorge soltanto nel caso in cui il passeggero sia in grado di fornire la richiesta prova[56], per cui il vettore non risponde del danno se il passeg-

[52] Il bagaglio consegnato è quello che viene affidato al vettore che ne assume la custodia. Il criterio di distinzione dal bagaglio non consegnato risiede nella consegna al vettore (in tal senso, v. A. Antonini, *Corso di diritto dei trasporti*, cit., p. 218; M. Casanova - M. Brignardello, *Diritto dei trasporti*, cit., p. 148 ss.).

[53] Poiché l'art. 412, comma 1, c. nav. fa espressamente riferimento al bagaglio consegnato «chiuso» potrebbe sorgere il dubbio se il bagaglio consegnato invece «aperto» ricada o meno nell'ambito della regolamentazione offerta dalla citata disposizione normativa oppure, al contrario, sia soggetto ad una differente disciplina. Sul punto appare preferibile la soluzione che esclude l'applicazione di un diverso regime di responsabilità a seconda che il bagaglio sia consegnato «chiuso» oppure «aperto», dovendosi interpretare la norma nel senso di riconoscere al vettore marittimo la possibilità di pretendere che il bagaglio sia opportunamente rinchiuso in un involucro tale da evitarne la dispersione e, per quanto possibile, il danneggiamento. In tal senso, cfr. S. Busti, *Il contratto di trasporto di persone*, in *Manuale di diritto del turismo*, a cura di V. Francreschelli e F. Morandi, Torino, 2003, p. 457; M. Casanova - M. Brignardello, *Diritto dei trasporti*, cit., p. 152.

[54] In tal caso, l'unico onere gravante sul passeggero è quello di far constatare la perdita o l'avaria, a pena di decadenza, al momento della riconsegna in caso di danni apparenti ovvero entro tre giorni nel caso di danni non apparenti (art. 412, comma 2, c. nav.).

[55] Il bagaglio non consegnato (definito anche bagaglio «a mano») è quello di cui il passeggero mantiene la detenzione nel corso del viaggio.

[56] Cfr. A. Antonini, *Corso di diritto dei trasporti*, cit., 248 ss.; S. Zunarelli - M. M. Comenale Pinto, *Manuale di diritto della navigazione e dei trasporti*, cit., pp. 264-265.

gero non riesce a dimostrare l'imputabilità alla sfera del vettore della causa della perdita o avaria che ha colpito il bagaglio.

La disciplina del trasporto del bagaglio appena esaminata si applica peraltro anche in caso di trasporto gratuito (art. 413 c. nav.), mentre in caso di trasporto amichevole o di cortesia la responsabilità del vettore potrà sussistere solo se il passeggero dimostri che il danno è dipeso da dolo o colpa grave del vettore o dei suoi dipendenti e preposti (art. 414 c. nav.).

Tornando alle attrezzature ed ai dispositivi che il passeggero con disabilità porta con sé durante il viaggio non affidandoli in custodia al vettore (anche perché ha necessità di averli sempre a disposizione durante il trasferimento), alla luce della disciplina appena esaminata in caso di danni riportati dagli stessi, trattandosi di oggetti - costituenti bagaglio - comunque non consegnati al vettore, spetta al passeggero che aspira ad ottenere il risarcimento l'onere di fornire la prova che i danni sono dipesi da causa imputabile al vettore.

A seguito dell'entrata in vigore dell'art. 15 del regolamento europeo, in caso di sinistri marittimi, il passeggero con disabilità che ha patito danni alle proprie attrezzature per la mobilità oppure alle altre attrezzature specifiche che utilizza potrà giovarsi di una presunzione di colpa a carico del vettore, dovendo essere quest'ultimo a farsi carico di fornire la prova liberatoria.

Altro problema, poi, è quello concernente i limiti risarcitori previsti per il trasporto del bagaglio a carico del vettore ritenuto responsabile del danno.

E' ben noto che costituisce peculiare caratteristica del settore dei trasporti, per quanto concerne la responsabilità del vettore, il carattere limitato dell'obbligazione risarcitoria[57].

Nel caso in cui il vettore sia ritenuto responsabile il codice della navigazione per il bagaglio consegnato chiuso stabilisce una limitazione risarcitoria (di debito) pari ad €6,20 per chilogrammo di peso del bagaglio[58], salvo che il passeggero abbia dichiarato il maggior valore (dichia-

[57] Esso si fonda sull'esigenza di favorire il settore dei trasporti trattandosi di un'attività essenziale per l'economia generale (in tal senso, A. ANTONINI, *Corso di diritto dei trasporti*, cit., p. 243, p. 267). Si tratta in realtà di una limitazione di debito e non di una limitazione di responsabilità del vettore, poiché il risarcimento dovuto è contenuto entro un importo predeterminabile sulla base dei parametri fissati dalla legge ma, di tale debito, il vettore risponde con tutti i suoi beni. Per un approfondimento, cfr. A. ANTONINI, *Corso di diritto dei trasporti*, cit., pp. 243-244, p. 267 ss.

[58] Peraltro, per i danni al bagaglio consegnato, il codice della navigazione non contempla la decadenza del beneficio del limite in presenza di dolo o colpa grave del vettore.

razione di valore) degli oggetti in esso contenuti (art. 412, comma 1, c. nav.), mentre per il bagaglio non consegnato non prevede alcun limite (art. 412, comma 3, c. nav.) [59].

Si pone, allora, la questione concernente i danni subiti dalle attrezzature per la mobilità o dalle altre attrezzature specifiche che il passeggero con disabilità oppure a mobilità ridotta porta con sé durante il viaggio e che eventualmente abbia consegnato e dato in custodia al vettore marittimo.

In tal caso, in assenza di dichiarazione di valore, il vettore secondo il codice della navigazione dovrebbe rispondere entro l'importo sopra indicato (€6,20 per chilogrammo) mentre il regolamento europeo stabilisce che il risarcimento deve sempre corrispondere al valore di sostituzione dell'attrezzatura o, se del caso, ai costi necessari per la sua riparazione (che, evidentemente, ben potrebbero eccedere il limite di debito fissato dal codice della navigazione).

Sul punto, dunque, per il primato del diritto comunitario sulle norme di diritto interno, le disposizioni nazionali in contrasto con le norme di matrice europea di diretta efficacia ed applicazione non dovrebbero più trovare applicazione, restando quindi le fattispecie ivi disciplinate, per quanto di ragione, regolate dalla sola normativa comunitaria.

5.2. (segue) Obblighi in caso di interruzione del viaggio, informazioni e reclami

Il Regolamento, al capo III, stabilisce gli obblighi dei vettori e degli operatori dei terminali nonché i diritti dei passeggeri in caso di cancellazione o partenze ritardate (artt. 16-21).

Dall'esame del nuovo testo normativo emergono alcune novità e vari punti di contatto con l'analoga disciplina già da tempo in vigore nel campo del trasporto aereo.

Appare evidente, anche in questo caso, l'obiettivo principale delle nuove regole, vale a dire fornire una maggiore e più efficace tutela ai passeggeri che utilizzano la modalità di trasferimento presa in considerazione.

[59] Emerge un palese controsenso fra l'esistenza di limiti di debito per il bagaglio consegnato al vettore e l'assenza di limiti di debito per il bagaglio che invece il passeggero porta con sé a bordo. Infatti, basti considerare che il vettore marittimo per il bagaglio consegnato (sottoposto, quindi, alla sua diretta custodia) può godere, ove riconosciuto responsabile, del beneficio della limitazione che, invece, non gli compete in caso di danni al bagaglio non consegnato, sul quale, di fatto, proprio perché il passeggero lo porta con sé, non ha alcun controllo diretto.

Peraltro, dal raffronto con i regolamenti già esaminati (trasporto aereo e ferroviario), emerge come le nuove disposizioni europee siano state redatte in parte sul collaudato *cliché* già in precedenza utilizzato per il trasporto aereo (regolamento n. 261/2004).

Inoltre, come vedremo, l'impostazione utilizzata è ancora più vicina a quella del recentissimo regolamento n. 181/2011 adottato in vista della tutela dei diritti dei passeggeri nel trasporto con autobus.

Appare opportuno esaminare, a questo punto, la disciplina prevista per il caso di cancellazione o di partenza ritardata dal regolamento n. 1177, anche al fine del successivo raffronto con quella recata dal regolamento n. 181.

Il regolamento n. 1177 dedica al tema gli artt. 16-21 (obblighi dei vettori e degli operatori dei terminali in caso di interruzione del viaggio) e gli artt. 22-24 (norme generali su informazioni e reclami).

L'art. 16 prevede che in caso di cancellazione o ritardo alla partenza di un servizio passeggeri o di una crociera il vettore (o l'operatore del terminale) informa i passeggeri in partenza dai terminali portuali o dai porti quanto prima e, comunque, non oltre trenta minuti dopo l'orario di partenza previsto, della situazione, dell'orario di partenza e di quello di arrivo previsti non appena tale informazione risulti disponibile.

Se la cancellazione o il ritardo determinano per i passeggeri la perdita di un servizio di trasporto in coincidenza il vettore (o l'operatore del terminale) compie gli sforzi ragionevoli per informare i passeggeri in merito a collegamenti alternativi.

Il vettore (o l'operatore del terminale) assicura che le informazioni di cui sopra siano ricevute in formati accessibili dalle persone con disabilità oppure a mobilità ridotta.

L'art. 17 prevede gli obblighi di assistenza in caso di partenze cancellate o ritardate. In caso di cancellazione di un servizio passeggeri o di una crociera oppure di ritardo alla partenza per un tempo superiore ai novanta minuti il vettore deve offrire gratuitamente ai passeggeri in partenza dai terminali portuali spuntini, pasti o bevande in congrua relazione rispetto alla durata dei tempi di attesa, purché siano disponibili o possano essere ragionevolmente forniti.

In caso di cancellazione o ritardo alla partenza che renda necessario un soggiorno di una o più notti o un soggiorno supplementare rispetto a quello previsto dal passeggero, ove sia possibile, il vettore offre gratuitamente ai passeggeri in partenza dai terminali portuali una sistemazione adeguata, a bordo oppure a terra, e il trasporto tra il terminale ed il luogo di sistemazione, oltre ai pasti e alle be-

vande[60].

I suddetti obblighi di assistenza vanno adempiuti con particolare attenzione nei confronti delle persone con disabilità oppure a mobilità ridotta e dei loro accompagnatori.

L'art. 18 stabilisce che quando il vettore preveda che un servizio passeggeri subisca una cancellazione o un ritardo alla partenza dal terminale portuale superiore a novanta minuti offra immediatamente al passeggero la scelta fra: a) il trasporto alternativo verso la destinazione finale, a condizioni similari e senza oneri aggiuntivi, non appena sia possibile; b) il rimborso del prezzo del biglietto e, ove sia opportuno, il ritorno gratuito al primo punto di partenza indicato nel contratto di trasporto non appena sia possibile.

In caso di cancellazione o ritardo alla partenza dal porto superiore ai novanta minuti i passeggeri hanno diritto al trasporto alternativo o al rimborso del prezzo del biglietto.

Il rimborso del prezzo del biglietto deve avvenire entro sette giorni e copre il costo completo d'acquisto del biglietto, sia per la parte di viaggio non effettuata che per quella effettuata se il viaggio non serve più allo scopo originario del passeggero. Il pagamento deve avvenire in contanti, mediante bonifico o assegno. Con il consenso del passeggero il rimborso può avvenire sotto forma di buono o altri servizi per un importo equivalente alla tariffa d'acquisto.

L'art. 19 prevede il diritto del passeggero di richiedere al vettore una compensazione economica in caso di ritardo all'arrivo alla destinazione finale.

Il livello minimo di compensazione economica è pari al 25% del prezzo del biglietto per un ritardo di almeno: a) un'ora in un servizio regolare fino a quattro ore; b) due ore in un servizio regolare di più di quattro ore ma non superiore ad otto ore; c) tre ore in un servizio regolare di più di otto ore ma non superiore a ventiquattro ore; d) sei ore in un servizio regolare superiore a ventiquattro ore.

Se il ritardo supera il doppio del tempo sopra indicato la compensazione è pari al 50% del prezzo del biglietto.

I passeggeri in possesso di un titolo di viaggio o di un abbonamento che subiscano ritardi ricorrenti all'arrivo possono richiedere una compensazione economica adeguata secondo le modalità di indennizzo del vettore.

La compensazione economica è effettuata entro un mese dalla pre-

[60] Per ciascun passeggero il vettore può limitare il costo complessivo della sistemazione a terra, escluso il trasporto, ad €80,00 a notte per un massimo di tre notti.

sentazione della relativa domanda.

La compensazione può essere effettuata mediante buoni o altri servizi. Su richiesta del passeggero essa è effettuata in denaro.

La compensazione economica connessa al prezzo del biglietto non è soggetta a detrazioni per costi vari legati alla transazione finanziaria.

I vettori possono introdurre una soglia minima al di sotto della quale la compensazione economica non è prevista (che non può comunque superare €6,00).

L'art. 20 contempla alcune deroghe a quanto previsto dagli artt. 17, 18 e 19[61].

L'art. 21 chiarisce che le disposizioni del regolamento lasciano impregiudicato il diritto dei passeggeri di rivolgersi agli organi giurisdizionali nazionali per ottenere, secondo la legislazione nazionale, il risarcimento di danni connessi a perdite dovute a cancellazione o ritardo nei servizi di trasporto[62], anche a norma della direttiva 90/314/CEE.

Gli artt. 22-24 riguardano le norme generali sulle informazioni ed i reclami del passeggero.

L'art. 22 prevede che i vettori e gli operatori dei terminali, nei rispettivi settori di competenza, forniscano ai passeggeri informazioni adeguate per tutta la durata del viaggio, possibilmente in formati accessibili a tutti. Al riguardo, particolare attenzione deve essere rivolta verso le esigenze delle persone con disabilità oppure a mobilità ridotta.

L'art. 23 prescrive ai vettori, agli operatori dei terminali e, se del caso, alle autorità portuali di fornire ai passeggeri, nei rispettivi settori di competenza, le informazioni, appropriate ed in formati accessibili, in merito ai diritti ad essi attribuiti dal regolamento in esame.

[61] Gli artt. 17, 18 e 19 non si applicano ai passeggeri con biglietti aperti finché l'orario di partenza non sia specificato, salvo per i passeggeri in possesso di un titolo di viaggio o di un abbonamento. Gli artt. 17 e 19 non si applicano se il passeggero è informato della cancellazione o del ritardo prima dell'acquisto del biglietto oppure se la cancellazione o il ritardo sono causati dal passeggero stesso. L'art. 17, comma 2, non si applica se il vettore dimostra che la cancellazione o il ritardo sono provocati da condizioni metereologiche che mettano a rischio il funzionamento sicuro della nave. L'art. 19 non si applica se il vettore prova che la cancellazione o il ritardo sono provocati da condizioni metereologiche che mettano a rischio il funzionamento sicuro della nave o da circostanze straordinarie che ostacolano l'esecuzione del servizio passeggeri, le quali non potevano essere evitate anche adottando tutte le misure ragionevoli.

[62] Pertanto, il passeggero potrà invocare il risarcimento dei danni subiti per la mancata esecuzione del trasporto o da ritardo secondo la regolamentazione sancita dall'art. 408 c. nav. (il cui contenuto risulta peraltro conforme a quello dell'1218 cod. civ.).

E' possibile adempiere all'obbligo di informazione anche utilizzando una sintesi delle disposizioni del regolamento.

L'art. 24 riguarda il trattamento dei reclami relativi ai diritti ed agli obblighi sanciti dal regolamento.

Il reclamo va trasmesso entro due mesi da quando è stato effettuato (o avrebbe dovuto essere effettuato) il servizio di trasporto ed entro un mese dal suo ricevimento il vettore o l'operatore del terminale ne notifica al passeggero l'esito oppure gli comunica che esso è ancora in fase d'esame.

In ogni caso, la risposta definitiva al reclamo proposto non può eccedere i due mesi dalla sua ricezione.

6. *I diritti dei passeggeri nella normativa comunitaria: il trasporto stradale con autobus*

Il quadro normativo di fonte comunitaria volto alla tutela dei viaggiatori è stato completato con l'adozione del regolamento (UE) n. 181/2011 del 16 febbraio 2011[63], relativo ai diritti dei passeggeri nel trasporto effettuato con autobus[64].

Nel trasporto con autobus il regolamento in esame disciplina: a) la non discriminazione fra passeggeri riguardo alle condizioni di trasporto offerte dai vettori; b) i diritti dei passeggeri che utilizzano l'autobus in caso di incidenti che provochino il decesso o lesioni personali ai passeggeri o la perdita o il danneggiamento del bagaglio; c) la non discriminazione e l'assistenza obbligatoria nei confronti delle persone con disabilità oppure a mobilità ridotta; d) i diritti dei passeggeri in caso di cancellazione o ritardo; e) le informazioni minime da offrire ai passeggeri; f) il trattamento dei reclami; g) le regole generali per garantire l'applicazione del regolamento.

Con il provvedimento in esame si è inteso garantire un maggiore livello di protezione anche ai passeggeri che si avvalgono di tale forma di trasporto, al pari di quello previsto per le altre modalità.

Il Regolamento tiene conto, quale che sia la destinazione dei passeggeri, delle esigenze di protezione dei consumatori, in considerazione del fatto che, di regola, i passeggeri che viaggiano utilizzando l'autobus costituiscono la parte più debole in seno al contratto di trasporto[65].

[63] Pubblicato in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 28 febbraio 2011, n. 55.

[64] Sul tema v. G. Reale, *I diritti dei passeggeri*, in *Codice dei trasporti*, cit., p. 1246 ss.

[65] Si tratta di una esigenza fortemente sentita che emerge a chiare lettere in tutti regolamenti già esaminati riguardanti le altre modalità di trasferimento.

Inoltre, le misure adottate dall'Unione sono volte a migliorare i diritti dei passeggeri nel trasporto con autobus anche alla luce delle caratteristiche specifiche di tale settore, che è costituito essenzialmente, almeno di regola, da piccole e medie imprese.

Il regolamento si applica ai passeggeri che viaggiano con servizi regolari per categorie (di passeggeri) non determinate il cui punto di partenza o di arrivo è situato nel territorio di uno Stato membro e la distanza prevista dal servizio è pari o superiore a 250 km (art. 2, comma 1).

Qualora la distanza prevista sia inferiore a 250 km comunque trovano applicazione le disposizioni richiamate dall'art. 2, comma 2.

Parte del regolamento si applica anche ai passeggeri che viaggiano con servizi occasionali se il punto di partenza o quello finale di arrivo è situato nel territorio di uno Stato membro (art. 2, comma 3).

Fatta eccezione per alcune specifiche disposizioni, gli Stati membri possono escludere dall'applicazione del regolamento, in modo trasparente e non discriminatorio, i servizi regolari interni per un periodo non superiore a quattro anni, rinnovabile una sola volta (art. 2, comma 4).

Il regolamento non incide sui diritti del viaggiatore di cui alla direttiva 90/314/CEE e non si applica in caso di cancellazione di un viaggio con circuito «tutto compreso» per motivi diversi dalla cancellazione del servizio regolare (art. 2, comma 8).

Le condizioni contrattuali e le tariffe applicate dai vettori devono restare esenti da discriminazioni, dirette o indirette, in base alla cittadinanza dell'acquirente finale, alla sede del vettore o del venditore di biglietti (art. 4, comma 2).

L'art. 6 del regolamento stabilisce poi che gli obblighi previsti dalla nuova normativa europea nei confronti dei passeggeri non sono soggetti a limitazioni o deroghe, in particolare per effetto di clausole derogatorie o restrittive contenute nel contratto di trasporto[66].

I vettori possono invece offrire ai passeggeri condizioni contrattuali più favorevoli rispetto a quelle sancite dal regolamento.

7. *Le principali novità del regolamento (UE) n. 181/2011: risarcimento e assistenza in caso di incidente*

Da una prima lettura del testo normativo emergono varie novità,

[66] Disposizioni analoghe sono presenti nei regolamenti concernenti le altre modalità di trasporto (cfr. art. 15 del regolamento n. 261/2004; art. 6 del regolamento n. 1371/2007; art. 6 del regolamento n. 1177/2010).

nonché il rilievo conferito ad alcune problematiche connesse alla specifica tipologia del trasporto stradale con autobus.

In particolare, spicca quella degli incidenti collegati all'utilizzo dell'autobus con conseguente decesso o lesioni personali a carico del passeggero e perdita o danneggiamento del bagaglio (art. 7).

Peraltro, la questione viene affrontata sia con riguardo al viaggiatore-danneggiato che nei confronti di coloro verso i quali il primo abbia una qualche obbligazione di tipo alimentare (cfr. art. 7, comma 1).

I passeggeri hanno diritto, secondo la legislazione nazionale applicabile, a un risarcimento in caso di decesso, lesioni personali, perdita o danneggiamento del bagaglio.

L'importo del risarcimento è calcolato secondo la legislazione nazionale applicabile.

In ogni caso, per ogni singolo evento, l'importo massimo previsto dalla legislazione nazionale non può essere inferiore: a) ad €220.000,00 per passeggero (in caso di decesso o di lesioni personali); b) ad €1.200,00 per bagaglio[67].

Oltre al risarcimento dei danni i passeggeri hanno diritto a ricevere un'assistenza ragionevole e proporzionata per le immediate esigenze di carattere pratico successive al sinistro (primo soccorso, sistemazione, cibo, indumenti, ecc.), specificandosi tuttavia che l'assistenza prestata non costituisce riconoscimento di responsabilità da parte del vettore (art. 8) [68].

7.1. (segue) I diritti delle persone con disabilità ed a mobilità ridotta

Anche il regolamento sul trasporto con autobus dedica molta attenzione ai diritti delle persone con disabilità oppure a mobilità ridotta.

La relativa disciplina è offerta attraverso varie disposizioni (artt. 9-18) il cui scopo è soprattutto quello di consentire a tali passeggeri di usufruire del trasporto con autobus a condizioni che siano comparabili a quelle godute dagli altri viaggiatori, garantendo in tal modo l'esercizio de-

[67] In caso di danneggiamento di attrezzature riguardanti passeggeri con disabilità oppure a mobilità ridotta l'importo del risarcimento deve essere pari al costo di sostituzione o riparazione dell'attrezzatura perduta o danneggiata.

[68] La disposizione in esame ha lo scopo di non rallentare o ostacolare, per qualsiasi ragione, l'attività di assistenza che il vettore deve prestare in caso di incidente (proprio perché essa è legata alle esigenze pratiche immediatamente successive al verificarsi del sinistro). Difatti, il vettore potrebbe mostrarsi restio ad interventi tempestivi nel caso in cui fossero interpretabili quale ammissione di responsabilità che, nel caso concreto, potrebbe in realtà non sussistere.

gli stessi diritti di tutti gli altri cittadini in relazione alla libera circolazione, alla libertà di scelta ed alla non discriminazione.

A tal fine, viene sancito il divieto di rifiutare una prenotazione, di rilasciare un biglietto o di far salire a bordo una persona per motivi attinenti alla disabilità oppure alla ridotta mobilità, escludendosi peraltro qualsiasi onere aggiuntivo (art. 9).

Tale principio può essere eccezionalmente derogato nei soli casi previsti dall'art. 10, comma 1, stabilendosi poi, comma 3, che in caso di rifiuto del permesso di salire a bordo al passeggero ed al suo eventuale accompagnatore è data la possibilità di optare fra il diritto al rimborso e, tranne quando non sia praticabile, il proseguimento del viaggio o il reinstradamento con servizi di trasporto alternativo sino a destinazione.

L'accompagnatore è trasportato gratuitamente e, se possibile, siede accanto alla persona con disabilità o ridotta mobilità (art. 10, comma 4).

Nella realizzazione delle infrastrutture dedicate al trasporto con autobus, nella progettazione di nuove stazioni oppure in occasione di lavori di ristrutturazione di quelle già esistenti occorre tenere conto anche delle peculiari esigenze di tali viaggiatori.

Analoga attenzione va posta per quanto concerne la dotazione tecnica e le attrezzature di cui devono essere dotati gli autobus.

I vettori e gli enti di gestione delle stazioni prestano gratuitamente assistenza ai passeggeri in questione ai sensi dell'art. 13 ed alle condizione previste dall'art. 14.

Altro profilo importante che il regolamento prende in considerazione è quello delle procedure di formazione del personale in materia di disabilità, che devono riguardare sia il personale conducente che quello non conducente[69].

Infine, l'art. 17 prevede il diritto al risarcimento in caso di perdita o danneggiamento di attrezzature per la mobilità o di dispositivi di assistenza[70].

[69] Cfr. art. 16, che rinvia all'allegato II al regolamento, concernente la formazione in materia di sensibilizzazione ed assistenza alla disabilità.

[70] L'art. 17 del regolamento n. 181/2011 presenta un contenuto analogo a quello dell'art. 15 del regolamento n. 1177/2010, che contempla i medesimi diritti a favore delle persone con disabilità oppure a mobilità ridotta. Dal confronto fra le due disposizioni emerge, tuttavia, che l'art. 15 contiene un espresso richiamo alla colpa o negligenza dei soggetti considerati responsabili, mentre l'art. 17 lega semplicemente l'obbligazione risarcitoria all'esistenza di responsabilità per perdita o per danneggiamento in capo ai soggetti chiamati eventualmente a rispondere del danno. Inoltre, solo l'art. 15 contempla una esplicita presunzione di colpa o di negligenza a carico del vettore nell'ipotesi in cui i danni alle attrezzature siano stati causati da un incidente marittimo.

Il risarcimento conseguente alla perdita o al danneggiamento sono posti a carico del vettore o dell'ente di gestione della stazione riconosciuti responsabili.

Anche in questo caso il risarcimento deve essere pari al costo di sostituzione o di riparazione dell'attrezzatura o dei dispositivi[71].

Infine, deve essere compiuto poi ogni sforzo per fornire rapidamente attrezzature sostitutive temporanee con caratteristiche funzionali analoghe a quelle perdute o danneggiate.

Si pone anche in questo caso - come già illustrato per il regolamento n. 1177 - la questione relativa ai danni subiti dalle attrezzature per la mobilità o dai dispositivi di assistenza che, come già detto, rientrano nel concetto di bagaglio[72].

Nel settore del trasporto stradale la responsabilità del vettore per i danni al bagaglio è regolata secondo la medesima disciplina prevista per la responsabilità relativa ai danni subito dalla persona del passeggero che, appunto, l'art. 1681 cod. civ. estende alle «cose che il passeggero porta con sé»[73].

Si tratta di una responsabilità per colpa presunta del vettore che viene meno soltanto nel caso in cui quest'ultimo sia in grado di dimostrare di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno[74].

Pertanto, il vettore è responsabile della perdita o del danneggiamen-

[71] Al pari di quanto previsto dall'art. 15 del regolamento n. 1177/2010 sul trasporto marittimo e per acque interne. Il regolamento (CE) n. 1107/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006, relativo ai diritti delle persone con disabilità oppure a mobilità ridotta nel trasporto aereo, all'art. 12 stabilisce che in caso di perdita o di danneggiamento di attrezzature o di dispositivi di assistenza, durante la gestione in aeroporto o nel corso del trasporto a bordo dell'aeromobile, il risarcimento è regolato in conformità del diritto internazionale, comunitario e nazionale.

[72] Per le ragioni già esaminate le attrezzature ed i dispositivi di cui trattasi rientrano nella nozione di bagaglio per cui, in caso di perdita o di danneggiamento, il passeggero con disabilità può giovarsi del relativo regime di responsabilità del vettore.

[73] Secondo la tesi prevalente la responsabilità del vettore nel trasporto stradale del bagaglio segue il medesimo regime della responsabilità vettoriale per i danni alla persona del passeggero *ex* art. 1681 cod. civ. (cfr. A. Antonini, *Corso di diritto dei trasporti*, cit., pp. 248-249; S. Busti, *Contratto di trasporto terrestre*, cit., p. 180 ss.). L'orientamento è condiviso dalla giurisprudenza (cfr. Cass. 11 novembre 2003, n. 16938, cit., p. 404 ss.). Secondo una tesi che invece appare minoritaria, difettando in seno al codice civile una disposizione espressa per quanto concerne i danni al bagaglio consegnato al vettore, la responsabilità per i trasporto di quest'ultimo sarebbe regolata dall'art. 1693 cod. civ., riguardante la responsabilità del vettore nel trasporto di cose. Per una ricostruzione delle diverse opinioni espresse dalla dottrina e dalla giurisprudenza, v. G. Reale, *Il limite risarcitorio nel trasporto stradale del bagaglio*, in *Codice dei trasporti*, cit., p. 1238 ss.

[74] Cfr. M. Casanova - M. Brignardello, *Diritto dei trasporti*, cit., p. 151.

to del bagaglio se non prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare tali eventi.

Inoltre, via extracontrattuale, il passeggero potrà sempre invocare il regime di responsabilità previsto dall'art. 2054 cod. civ., giovandosi peraltro della presunzione di colpa sancita dal primo comma della citata disposizione[75].

Altro problema, già affrontato *supra* in relazione al regolamento sul trasporto per acqua, è quello concernente gli eventuali limiti risarcitori[76] previsti per il trasporto del bagaglio da parte del vettore stradale.

Mentre il codice civile per i danni al bagaglio non prevede alcun limite di debito, nel trasporto stradale nazionale effettuato su veicoli ad uso pubblico e su autobus ad uso privato un limite è invece stabilito dall'art. 2 della legge 22 agosto 1985, n. 50, peraltro mediante richiamo a quelli relativi al trasporto marittimo ed aereo[77].

Il rinvio operato dall'art. 2 e l'individuazione concreta di tale limite ha destato non poche difficoltà[78], risultando alquanto problematica, sia

[75] Sul tema si fa rinvio a quanto illustrato nella precedente nota n. 48.

[76] Anche in questo caso si tratta di una limitazione di debito e non di responsabilità.

[77] Secondo l'art. 2 della legge n. 50/1985 «l'ammontare del risarcimento per danni prodotti alle cose trasportate su strada dai veicoli destinati ad uso pubblico e degli autobus destinati ad uso privato, sia per bagagli a mano che per quelli consegnati, non può essere superiore a quanto stabilito per il trasporto marittimo ed aereo dalla legge 16 aprile 1954, n. 202». Sull'argomento, v. A. Dani, *Commento alla legge 22 agosto 1985 n. 450. Norme relative al risarcimento dovuto dal vettore stradale per perdita o avaria delle cose trasportate*, in *Nuove leggi civili comm.*, 1986, p. 334 ss.; F. Mancini, *Sui limiti risarcitori applicabili al trasporto su strada del bagaglio*, in *Dir trasp.*, 2001, p. 743; F. Mancini, *Ancora sul limite risarcitorio nel trasporto stradale di bagaglio*, in *Dir. trasp.*, 2004, p. 859; G. Mastrandrea - L. Tullio, *La revisione della parte aeronautica del codice della navigazione*, in *Dir. mar.*, 2005, p. 1201; F. Plebani, *Perdita del bagaglio e responsabilità del vettore terrestre*, in *Danno e resp.*, 2001, p. 592; G. Reale, *Il limite risarcitorio nel trasporto stradale del bagaglio*, in *Codice dei trasporti*, cit., p. 1238 ss.; G. Silingardi, *L'estensione al vettore stradale di cose del beneficio della limitazione di responsabilità*, in *Giur. comm.*, 1987, p. 970 ss.

[78] Una parte della dottrina ritiene sia opportuno percorrere la strada dell'illegittimità costituzionale. Difatti, allorquando, come nel caso dell'art. 2 della legge n. 450/1985, il legislatore proclami che «l'ammontare del risarcimento per danni prodotti alle cose trasportate su strada dai veicoli destinati ad uso pubblico e degli autobus destinati ad uso privato, sia per bagagli a mano che per quelli consegnati, non può essere superiore» al massimale ivi richiamato, senza, al contempo, prevedere in proposito alcuna deroga (p. es. in caso di dolo o colpa grave), appare possibile cercare di rintracciare quest'ultima in un principio superiore a tale disposto oppure cercare di percorrere la strada dell'illegittimità costituzionale della norma (in tal senso, cfr. S. Busti, *Contratto di trasporto terrestre*, cit., p. 990). Peraltro, la legge in parola era già stata sottoposta al vaglio della Corte costituzionale che ne aveva dichiarato l'illegittimità dell'art. 1, comma 1, nella parte in cui non escludeva la limitazione della responsabilità del vettore per i danni derivanti da perdita o avaria delle

perché il trasporto aereo è ora regolato dal codice della navigazione mediante rinvio alla disciplina comunitaria ed internazionale in vigore nella Repubblica[79], sia perché i limiti nelle due tipologie di trasporto sono diversi fra loro[80].

Nelle altre ipotesi di trasporto stradale non sussiste, invece, alcun limite.

Si pone allora, anche in questo caso, la questione concernente i danni subiti dalle attrezzature per la mobilità o dalle altre attrezzature specifiche che il passeggero con disabilità oppure a mobilità ridotta porta con sé durante i viaggi effettuati con i veicoli presi in considerazione dall'art. 2 della legge n. 50/1985[81].

In tal caso, secondo il nuovo regolamento europeo, l'art. 17 stabilisce che il risarcimento deve comunque corrispondere al costo della sostituzione o della riparazione dell'attrezzatura o dei dispositivi perduti o danneggiati.

Anche in tale evenienza, per il primato del diritto comunitario sulle norme di diritto interno, le disposizioni nazionali in contrasto con quelle europee non dovrebbero più trovare applicazione, restando quindi la fattispecie disciplinata, sotto lo specifico profilo del danno risarcibile esaminato, dalla sola normativa comunitaria.

7.2. (segue) La responsabilità del vettore terrestre per inadempimento o ritardo

Il Regolamento contempla, infine, i diritti dei passeggeri in caso di cancellazione o di ritardo (artt. 19-23), reca varie disposizioni dirette a disciplinare i loro diritti per quanto concerne l'informazione sul viaggio (art. 24), l'informazione sui diritti spettanti ai viaggiatori (art. 25), nonché sui reclami proponibili (artt. 26-27).

Appare opportuno esaminare separatamente tali aspetti, partendo dal primo, formulando una sintetica premessa di carattere generale.

Come è noto, nel trasporto stradale nazionale di persone e bagagli il vet-

cose trasportate in caso di dolo o colpa grave, nonché nella parte in cui non prevedeva un meccanismo di aggiornamento del massimale prescritto per l'ammontare del risarcimento (v. Corte cost. 22 novembre 1991, n. 420, in *Foro it.*, 1992, I, c. 642, nonché in *Dir. trasp.*, 1992, p. 521). Successivamente, l'art. 1 era stato sostituito ad opera dell'art. 7 del d.l. 29 marzo 1993, n. 82, ed infine abrogato dall'art. 3 del d.lgs. 21 novembre 2005, n. 286.

[79] Cfr. art. 941 c. nav.

[80] Sull'argomento, v. G. Reale, *Il limite risarcitorio nel trasporto stradale del bagaglio*, cit., p. 1242 ss.

[81] Sulla categoria dei veicoli in esame, cfr. G. Reale, *Il limite risarcitorio nel trasporto stradale del bagaglio*, cit., p. 1242.

tore risponde dell'inadempimento delle obbligazioni assunte attraverso la conclusione del contratto, del ritardo nell'esecuzione delle prestazioni cui si è obbligato e dei danni alla persona del passeggero oppure al bagaglio.

L'art. 1681 cod. civ., nel sancire la responsabilità del vettore per i sinistri che colpiscono il passeggero ed il suo bagaglio nel corso del viaggio, fa espressamente salva la responsabilità «per il ritardo e per l'inadempimento nell'esecuzione del trasporto».

Nel settore in esame, in assenza di disposizioni specifiche, la responsabilità del vettore per inadempimento o per ritardo risulta sottoposta al regime generale di responsabilità (contrattuale) sancito dagli artt. 1218 ss. cod. civ. [82].

Pertanto, il passeggero (creditore della prestazione del trasferimento) ha l'onere di provare l'esistenza del contratto ed il danno derivato dalla mancata esecuzione della prestazione o dal ritardo, mentre il vettore (debitore della prestazione) ha l'onere di fornire la richiesta prova liberatoria, ossia di dimostrare l'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile (né imputabile agli ausiliari di cui eventualmente si avvale).

L'inadempimento o il ritardo imputabile determinano il sorgere in capo al vettore della relativa responsabilità, con l'obbligo di risarcire i pertinenti danni, trovando peraltro applicazione in questo campo i principi generali stabiliti dagli artt. 1223[83], 1225[84], 1226[85] e 1227[86] cod. civ.

La dottrina non ha mancato di evidenziare la particolare difficoltà di fornire la prova relativamente ai danni da ritardo[87] e, in linea di massima, non ritiene siano risarcibili i danni da lucro cessante o da perdita di *chance*[88] determinati da ritardo[89].

[82] In questo senso, A. Antonini, *Corso di diritto dei trasporti*, cit., p. 231 ss.; M. Casanova - M. Brignardello, *Diritto dei trasporti*, cit., pp. 131-132; S. Zunarelli - M. M. Comenale Pinto, *Manuale di diritto della navigazione e dei trasporti*, cit., p. 220 ss.

[83] Il danno risarcibile, la cui sussistenza deve essere provata dal danneggiato, comprende sia il danno emergente che il lucro cessante. I danni devono poi costituire conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o del ritardo.

[84] Il risarcimento è limitato ai soli danni prevedibili al momento in cui è sorta l'obbligazione, salva l'ipotesi dell'inadempimento connotato da dolo.

[85] Il danno, ove sia certo nell'esistenza ma non nella sua entità, può essere determinato equitativamente.

[86] Non sono quindi risarcibili i danni che il creditore-danneggiato avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

[87] Cfr. A. Antonini, *Corso di diritto dei trasporti*, cit., p. 278.

[88] Per esempio ricollegabili al mancato rispetto di appuntamenti importanti, quali affari, concorsi, esami, ecc.

[89] Cfr. A. Antonini, *Corso di diritto dei trasporti*, cit., pp. 278-279, secondo il quale l'irrisarcibilità dipende dal fatto che trattasi, di regola, di danni non prevedibili per il vetto-

Una parte della giurisprudenza, soprattutto di merito, aveva cercato di percorrere la strada offerta dalla assai dibattuta categoria del cd. «danno esistenziale» per cercare di offrire una prospettiva risarcitoria ai vari disagi subiti dal passeggero in conseguenza del ritardo[90].

Tuttavia, questo indirizzo ha fatto leva su una nozione che ha finito per superare gli stessi confini della sua ammissibilità secondo l'interpretazione offerta da quella parte della giurisprudenza che ha ritenuto di qualificare il cd. danno esistenziale quale autonoma e separata voce di danno[91].

Peraltro, tale indirizzo si pone in contrasto con la recente giurisprudenza della Suprema Corte che esclude la risacibilità, quale danno esistenziale, dei pregiudizi derivanti da disagi, fastidi, ansie, disappunti, e di ogni altro tipo di insoddisfazione riguardante gli aspetti più disparati della vita quotidiana della persona[92].

Quanto alla responsabilità per inadempimento la giurisprudenza ha escluso la responsabilità del vettore a tale titolo nel caso in cui il passeggero - titolare di un abbonamento di trasporto su un servizio di linea - non avesse poi trovato disponibilità di posto su una specifica corsa[93].

Infine, il regime di responsabilità da ritardo del vettore terreste di persone è considerato derogabile[94], mentre, come già detto, l'art. 6 del regolamento n. 181/2011 esclude la possibilità di deroghe agli obblighi posti a carico del vettore nei confronti dei passeggeri, soprattutto per effetto di clausole in tal senso inserite nel contenuto del contratto di trasporto.

re (e, dunque, non risarcibili *ex* art. 1225 cod. civ.) e che il passeggero, consapevole dell'importanza dell'appuntamento e della frequenza dei ritardi nel settore del trasporto, avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza (*ex* art. 1227 cod. civ.), per esempio anticipando la partenza.

[90] Cfr. G. Pace Ancona, 16 maggio 2007, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 185; G. Pace Bari 30 novembre 2005, in *Dir. trasp.*, 2006, p. 320; G. Pace Milano, 18 dicembre 2000, in *Giur. it.*, 2001, p. 1159; G. Pace Mestre 13 gennaio 1999, in *Dir. trasp.*, 2001, p. 811, con nota di S. Giacobbe, *Il ritardo nel trasporto aereo (e ferroviario) di passeggeri e la giurisprudenza dei giudici di pace*.

[91] Cfr. Cass. 28 agosto 2007, 18199, in *Mass. Giur. it*., 2007; Cass. 6 febbraio 2007, n. 2546, in *Danno e resp.*, 2007, 5, p. 589.

[92] Cfr. Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Resp. civ.*, 2009, 1, p. 4 ss., nonché in *Danno e resp.*, 2009, 1, p. 19 ss.

[93] Cfr. Pret. Taranto, 19 novembre 1991, in *Arch. giur. circ. e sinistri*, 1992, p. 151, ove si esclude che, in tale ipotesi, sussista comunque ed indistintamente un diritto per il passeggero alla disponibilità del posto su tutte le corse e su tutte le linee oggetto dell'abbonamento stipulato.

[94] Cfr. A. Antonini, *Corso di diritto dei trasporti*, cit., p. 237.

7.3. (segue) Cancellazione o ritardo alla partenza nel regolamento n. 181/2011

Il regolamento n. 181, al capo IV, stabilisce i diritti dei passeggeri in caso di cancellazione o di ritardo nella partenza (artt. 19-23).

Dall'esame della nuova disciplina emergono molteplici novità ed appare evidente - anche in questo caso - come le nuove regole sul trasporto stradale di persone con autobus siano state formulate allo scopo di assicurare ai passeggeri una soglia di tutela dei loro diritti al di sotto della quale non è possibile scendere da parte degli operatori del settore.

Peraltro, dal raffronto con i regolamenti già esaminati, emerge come le nuove disposizioni europee sul trasporto con autobus siano molto vicine a quelle già in precedenza introdotte per il trasporto aereo (regolamento n. 261/2004) e, soprattutto, a quelle approvate solo pochi mesi prima nel campo del trasporto marittimo (regolamento n. 1177/2010).

Appare opportuno esaminare, a questo punto, la disciplina prevista in caso di cancellazione o di ritardo dal regolamento n. 181/2011.

L'art. 19 stabilisce che il vettore, in caso di cancellazione o ritardo alla partenza dal capolinea di oltre centoventi minuti oppure in caso di accettazione di un numero di prenotazioni superiori ai posti disponibili, offra immediatamente al passeggero la scelta fra: a) la continuazione o il reinstradamento verso la destinazione, a condizioni simili e senza oneri aggiuntivi, non appena sia possibile; b) il rimborso del prezzo del biglietto e, ove sia opportuno, il ritorno gratuito al primo punto di partenza indicato nel contratto di trasporto non appena sia possibile.

Nel caso in cui il vettore non sia in grado di offrire al passeggero la scelta di cui sopra quest'ultimo ha diritto, entro un mese dalla relativa richiesta, ad una somma pari al 50% del biglietto oltre al rimborso del prezzo dello biglietto stesso.

Se il veicolo diventa poi inutilizzabile in corso di viaggio il vettore deve assicurare o la continuazione del servizio con altro veicolo o il trasporto verso altro punto da cui il viaggio possa proseguire.

In caso di cancellazione o ritardo superiore ai centoventi minuti alla partenza dalla fermata di un servizio regolare i passeggeri hanno diritto alla continuazione, al reinstradamento o al rimborso del prezzo del biglietto.

Il rimborso del prezzo del biglietto deve avvenire entro quattordici giorni dalla richiesta e copre il costo completo d'acquisto del biglietto, sia per la parte di viaggio non effettuata che per quella effettuata se il viaggio non serve più allo scopo originario del passeggero, mentre in caso di abbonamenti il pagamento è pari alla percentuale del costo completo dell'abbonamento.

Il rimborso è corrisposto in denaro, salvo che il passeggero non accetti un'altra forma di pagamento.

L'art. 20 prevede che in caso di cancellazione o ritardo alla partenza di un servizio regolare il vettore (o l'ente di gestione della stazione) informa quanto prima della situazione i passeggeri in partenza e, comunque, non oltre trenta minuti dopo l'ora di partenza prevista, comunicando l'orario di partenza non appena tale informazione risulti disponibile.

Se la cancellazione o il ritardo determinano per i passeggeri la perdita di un servizio di trasporto in coincidenza in base all'orario il vettore (o l'ente di gestione della stazione) compie gli sforzi ragionevoli per informare i passeggeri in merito a collegamenti alternativi.

Il vettore o l'ente di gestione provvedono alle informazioni di cui sopra, in alcuni casi anche per via elettronica, assicurandosi che esse siano ricevute dalle persone con disabilità ed a mobilità ridotta.

L'art. 21 individua gli obblighi di assistenza in caso di cancellazione o di ritardo alla partenza per i viaggi la cui durata superi le tre ore.

In caso di cancellazione o ritardo alla partenza da un stazione per un tempo superiore a novanta minuti il vettore deve offrire gratuitamente al passeggero: a) pasti e bevande in quantità ragionevole rispetto ai tempi di attesa o del ritardo, purché siano disponibili o possano essere ragionevolmente forniti; b) sistemazione in albergo o in altro alloggio nonché il trasporto sino al luogo di alloggio ove si renda necessario un soggiorno di una o più notti[95].

I suddetti obblighi di assistenza vanno adempiuti con particolare attenzione nei confronti delle persone con disabilità oppure a mobilità ridotta. L'art. 22 chiarisce che non è impedito ai passeggeri di rivolgersi agli organi giurisdizionali nazionali per ottenere, secondo la legislazione nazionale ed alle condizioni ivi previste, il risarcimento di danni derivanti da perdite dovute a cancellazione o ritardo nei servizi regolari[96].

L'art. 23, infine, contempla alcune deroghe a quanto previsto dagli artt. 19 e 21.

7.4. (segue) Dritto all'informazione e reclami nel regolamento n. 181/2011

Gli artt. 24-27 riguardano le disposizioni sulle informazioni ed i re-

[95] Per ciascun passeggero il vettore può limitare il costo complessivo dell'alloggio, escluso il trasporto, ad €80,00 a notte per un massimo di due notti.

[96] Pertanto, il passeggero potrà invocare il risarcimento dei danni subiti per la mancata esecuzione del trasporto o per il ritardo secondo la regolamentazione nazionale prevista dagli art. 1218 ss. cod. civ.

clami del passeggero.

L'art. 24 prevede che i vettori (o gli enti di gestione delle stazioni) forniscano ai passeggeri informazioni adeguate per tutta la durata del viaggio, possibilmente in formati accessibili.

L'art. 25 prescrive ai vettori (o agli enti di gestione) di fornire ai passeggeri, al più tardi al momento della partenza, le necessarie informazioni, appropriate e comprensibili, in merito ai diritti ad essi attribuiti dal regolamento in esame.

Gli artt. 26 e 27 riguardano i reclami relativi ai diritti ed agli obblighi sanciti dal regolamento.

Il reclamo va trasmesso entro tre mesi da quando è stato effettuato (o avrebbe dovuto essere effettuato) il trasporto ed entro un mese dal ricevimento il vettore ne notifica al passeggero l'esito oppure gli comunica che esso è ancora in fase d'esame.

In ogni caso la risposta definitiva al reclamo proposto non può eccedere i tre mesi dalla sua ricezione.

Salvo che per i diversi termini, la trattazione dei reclami prevista dall'art. 27 è analoga a quella contemplata dall'art. 24 del regolamento n. 1177.

8. *Entrata in vigore del regolamento n. 181/2011*

L'entrata in vigore del regolamento in esame è fissata al ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea (avvenuta il 28 febbraio 2011) ed esso troverà applicazione a decorrere dal 1 marzo 2013[97].

9. *Conclusioni*

L'esame del recente regolamento sul trasporto con autobus e degli analoghi provvedimenti adottati in precedenza in relazione alle altre modalità del trasporto di persone consente di formulare alcune brevi considerazioni conclusive.

In primo luogo, l'approvazione, in tempi diversi, di distinti regolamenti a protezione dei diritti dei passeggeri, ognuno riferito a ciascuna delle modalità del trasporto di persone, determina inevitabilmente una certa frammentazione della materia, superabile attraverso il ricorso ad

[97] Cfr. art. 34. I due anni di tempo previsti serviranno soprattutto agli operatori del settore ed ai vettori per organizzarsi e per adeguarsi alle nuove disposizioni normative.

una trattazione in una sede unitaria, avente ad oggetto i diritti dei passeggeri in tutte le modalità del loro trasferimento.

Come accennato nelle premesse iniziali, la normativa europea si è preoccupata di introdurre delle misure di protezione, minime ed uniformi, applicabili in presenza di determinati eventi che possono incidere, a vario livello e con conseguenze diverse, sulla prestazione del trasferimento.

L'esigenza di superare progressivamente le distinte normative nazionali attraverso una regolamentazione uniforme che assicuri una maggiore tutela ai contraenti più deboli (i viaggiatori) potrebbe condurre a risultati ancora più apprezzabili ove le norme siano racchiuse in una fonte unitaria, finendo peraltro per rafforzare il principio di equivalenza delle diverse modalità del trasporto di persone rispetto al fondamentale diritto dei viaggiatori alla mobilità.

In conclusione, l'approvazione di regole uniformi ed inderogabili in materia di strumenti e misure di protezione (dei diritti) dei passeggeri, ove inserita in una regolamentazione unitaria - opportunamente calibrata alla luce delle esigenze e delle peculiarità che necessariamente caratterizzano ciascuna delle diverse modalità, anche in relazione all'ambiente in cui (ed ai mezzi di trasporto attraverso i quali) il trasferimento si attua - potrebbe contribuire a rafforzare (e riequilibrare) la posizione dei passeggeri rispetto alla controparte contrattuale.

MARIA AUSILIA SIMONELLI

Contributi della scienza giuridica italiana alla fondazione dello studio sociologico del diritto

Le prime riflessioni sulla socialità del diritto – postulato della sociologia giuridica – oltre che dai sociologi '*professionnels*', che tuttavia tendono per lo più a fagocitare lo studio del diritto in quello della sociologia [1], vengono elaborate soprattutto dai filosofi del diritto. La disciplina che ha dato il maggiore impulso agli studi sociologico-giuridici in Italia è stata senza dubbio la filosofia del diritto; con fondamento, si può affermare che la sociologia giuridica italiana sia nata innestandosi sul tronco della filosofia del diritto.

Tra i filosofi del diritto più aperti alle nuove istanze, Icilio Vanni, il quale aderisce ad un positivismo temperato criticamente (ricordo, se ce ne fosse bisogno, che è proprio nel clima culturale del positivismo che la sociologia giuridica comincia a delinearsi) e difende, con convinzione, l'emergente studio sociologico del diritto, ma – al contempo – cerca di salvare la filosofia del diritto dall'assorbimento e, in sostanza, dal suo annullamento nella sociologia giuridica.

Su posizioni radicali, si attesta invece Salvatore Fragapane, il più rigoroso osservante – tra i filosofi del diritto – dei dogmi del positivismo: l'unico possibile compito da lui riconosciuto alla filosofia del diritto è quello di studiare il diritto come fenomeno, ossia di risolversi nella sociologia.

Un ulteriore nome di rilievo (a tacer d'altri) è quello di Giuseppe Carle, filosofo del diritto e storico del diritto romano, il quale nella sua opera più nota, dal titolo significativo, *La vita del diritto nei suoi rapporti colla vita sociale* (1880), si avvale di un ricco materiale storico, raccolto con interesse tipicamente sociologico. Ho ricordato Carle anche perché con lui la sociologia entra nelle aule universitarie italiane: fu, infatti, il primo ad avere in Italia, nel 1874, un corso libero di Scienza sociale nella Facoltà giuridica dell'Ateneo torinese. Non solo; ebbe tra i suoi allievi Gioele Solari, il quale fu – a sua volta – maestro di Bruno Leoni e Renato Treves: una linea di riflessione interrotta e poi ripresa; sollecitazioni raccolte e, a distanza, rielaborate.

[1] Si ricordano, tra i sociologi più noti, Roberto Ardigò, Fausto Squillace, Alfonso Asturaro.

Giuseppe Carle, Icilio Vanni, Salvatore Fragapane (ma anche altri filosofi del diritto come Luigi Miraglia, e, più tardi, Alessandro Groppali e Alessandro Levi) mettono in evidenza l'importanza che hanno per lo studio del fenomeno giuridico le ricerche storico-comparative sulle società antiche e – come si esprime Vanni – sulle "odierne razze selvagge", aprendo un varco alle ricerche storiche, antropologiche ed etnologiche, varco che si rivelerà assai fertile per la nascente disciplina[2].

Un interesse, questo, che probabilmente favorì il dialogo con romanisti e antichisti come Pietro Bonfante, Guido Padelletti, Biagio Brugi.

In Pietro Bonfante, sostenitore del metodo socio-naturalistico nella ricostruzione storica del diritto romano, l'analisi del dato etnico, sociale ed economico è sempre presente nell'istituto giuridico di cui si indaga la genesi, oltre che nella fenomenologia dell'intero ordinamento. Al di là dei contributi storici e metodologici forniti da Bonfante alla scienza romanistica[3], non va dimenticata la sua opera di traduttore, insieme a Carlo Longo, dei due volumi del *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz* di Albert Hermann Post[4].

La *Storia del diritto romano* di Guido Padelletti[5], opera quasi dimenticata, come il suo autore, è un'opera che Riccardo Orestano non ha esitato a definire "fra le più importanti, sotto il profilo sociologico, di quante prodotte dalla scienza giuridica italiana", per le connessioni stabilite tra lo svolgersi del diritto romano, dalle origini a Giustiniano, con le condizioni religiose, morali, sociali e soprattutto economiche di ciascuna epoca[6].

[2] Si studiano, tra gli altri, Johann Jakob Bachofen, Lewis Henry Morgan, Henry Sumner Maine, John Ferguson McLennan, John Lubbock, Albert Hermann Post, Josef Kohler, James George Frazer, Giuseppe Mazzarella. Si leggono le ricerche di giurisprudenza comparata apparse sulla "Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft", pubblicata in Germania sin dal 1878 sotto la direzione di Bernhöft, Cohn e, più tardi, dello stesso Kohler.

Per approfondimenti del pensiero e della produzione bibliografica di questi studiosi, nonché dei sociologi e filosofi del diritto citati, si veda: Maria Ausilia SIMONELLI, *Alle origini della sociologia del diritto in Italia. L'opera di Carlo Nardi-Greco*, Napoli 2004.

[3] Tra le opere di Pietro BONFANTE, si ricordano: *Istituzioni di diritto romano*, Firenze 1896; *Diritto romano*, Firenze 1900, *Storia del diritto romano*, Milano 1902.

[4] Albert Hermann POST, *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz*, Oldenburg 1894-95, in 2 volumi; trad. ital. di Pietro Bonfante e Carlo Longo, col titolo *Giurisprudenza etnologica*, Milano 1906-08.

[5] Guido PADELLETTI, *Storia del diritto romano* [1878], 2a ed. Firenze 1886 (con note di Pietro Cogliolo).

[6] Riccardo ORESTANO, *Sociologia e studio storico del diritto*, in *'Diritto'. Incontri e scontri*, Bologna 1981, p. 162.

Nella Prefazione alla prima edizione della sua *Storia del diritto romano* – redatta in forma di *epistula dedicatoria* a Filippo Serafini – PADELLETTI scrive: "Dopo le secolari fa-

Biagio Brugi alla problematica sociologica mostrerà attenzione e sensibilità in molti scritti, per l'intera vita[7]. "Noi giuristi – sintetizza in una lezione sull'Ardigò – non possiamo appagarci di astratti articoli di leggi, di nudi fatti storici, di ambigue cifre: noi sentiamo il bisogno di studiare *il diritto come parte della realtà sociale*, come fatto che chiude un'idea e come idea che è madre di nuovi fatti [il riferimento è al "diritto latente e in formazione"]"[8].

Negli anni tra il 1880 e il 1900, altri giuristi – alcuni con entusiasmo soverchio, altri con ponderato spirito critico – aderiscono al verbo positivistico e sposano la tesi della socialità del diritto. Tra i romanisti, ricordo ancora Pietro Cogliolo[9], Silvio Perozzi[10], Giovanni Ba-

tiche sul diritto romano non posso aver la pretesa di aver detto cose nuove. Permettimi però di richiamare la tua attenzione sulla *speciale importanza che ho dato alle condizioni economiche e sociali in ogni epoca*, e sulla nuova divisione cronologica che ho adottata. Quanto al primo argomento, mi pare che gli storici del diritto non lo abbiano fin qui approfondito quanto si merita. Io non ho fatto che sfiorarlo in questo compendio; ma anche questi pochi cenni non saranno inutili. La divisione cronologica poi, che può dirsi nuova, è uscita fuori quasi da sé dallo studio delle condizioni economiche e sociali di Roma. *I grandi periodi storici, ho dovuto convincermene, non sono determinati anche nel diritto, né da rivoluzioni politiche né da lavori legislativi né dall'opera personale di uomini per quanto grandi, ma dai cambiamenti più latenti e profondi dell'economia, della società, della moralità nazionale*" (pp. XI-XII, corsivo nostro).

[7] Si vedano di Biagio BRUGI, in aggiunta alle opere di argomento romanistico, i seguenti scritti metodologici: *I romanisti della scuola storica e la sociologia contemporanea*, "Il Circolo giuridico. Rivista di legislazione e giurisprudenza", 1883, pp. 151-167; *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, Firenze 1891; *La giurisprudenza e le scienze sociali*, "Rivista italiana di sociologia", fasc. gennaio-aprile, 1903, pp. 47-53; *Giurisprudenza e sociologia*, "Rivista italiana di sociologia", fasc. maggio-agosto, 1905, pp. 298-307; *Il diritto greco classico e la sociologia*, "Rivista italiana di sociologia", fasc. gennaio-febbraio, 1906, pp. 32-42.

[8] *L'opera di Roberto Ardigò nella filosofia del diritto. Lezione del prof. Biagio Brugi agli scolari dell'Università di Padova* (28 gennaio 1908), "Archivio giuridico 'Filippo Serafini' ", vol. IX, fasc. 2, 1908, p. 6 dell'estratto; corsivo nostro.

[9] Docente di diritto romano, Pietro COGLIOLO fu un giurista assai versatile: estese i suoi interessi di studioso anche ad altri campi della scienza giuridica. Scrisse, oltre ad importanti opere di diritto romano, anche testi di diritto penale, civile e commerciale. Nella sua vasta produzione, si segnalano: *Storia del diritto privato romano*, Firenze 1889; *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale*, Milano 1888 (in 12 volumi); *Trattato teorico e pratico dell'amministrazione degli affari altrui*, Firenze 1890 (in 2 volumi). Importante la sua "teoria dello scopo": la giurisprudenza elabora istituti in ragione di un bisogno pratico e, soprattutto nel diritto commerciale, gli istituti ricevono forza vincolante dal consenso dei contraenti prima ancora che l'ordinamento li regoli.

[10] Tra le pubblicazioni di Silvio PEROZZI, si ricordano: *Sulla struttura delle servitù prediali in diritto romano*, Roma 1888; *Saggio critico sulla teoria della comproprietà*, Milano 1890; *I modi pretorii d'acquisto delle servitù*, Torino 1897; *Istituzioni di diritto romano*, Firenze 1906; *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, "Rivista di diritto commerciale", IV, 1906; *Socialismo giuridico*, Bologna 1911.

viera[11]. Tra gli storici del diritto, Augusto Gaudenzi[12], Federico Patetta[13], Giuseppe Salvioli[14], Enrico Besta[15].

In questa adesione – che talvolta si colora anche di tinte socialistiche – vi è non di rado una sovrabbondanza di fonti d'ispirazione: Vico, Romagnosi, la Scuola storica tedesca, la nascente sociologia, l'approccio comparativo, la ricerca etnologica, l'organicismo naturalistico, il determinismo evoluzionistico ed altro ancora si mescolano confusamente, con logica spesso antinomica.

Il positivismo filosofico fu, certo, un garbuglio eclettico, segnato dall'ambiguità ideologica e da un'incoerenza culturale che permise di accoppiare ciò che non avrebbe potuto essere congiunto; ma fu anche un momento di grande creatività, che consentì ai giuristi un recupero assai rilevante: il recupero della complessità del sociale e della complessità del giuridico[16].

[11] Cfr. Giovanni BAVIERA, *Importanza odierna del diritto romano e suo metodo di studio e di insegnamento* (1900); ora in: *Scritti giuridici*, I, Palermo 1909. Baviera accoglie la teoria bonfantiana (elaborata, ancor prima, da Rudolf von Jhering) dell'orientamento teleologico del diritto.

[12] Di Augusto GAUDENZI, al di là della copiosa produzione nell'àmbito della storia del diritto, vorrei segnalare il saggio *Lingua e diritto nel loro sviluppo parallelo* ("Archivio giuridico", XXXI [1883], pp. 271-304), nel quale il diritto ed il linguaggio sono definiti "prodotti naturali della convivenza in società" e, dunque, considerati già in vita nel momento in cui la legislazione e la grammatica li inquadrano in regole generali ed astratte.

[13] Con il Gaudenzi, Federico PATETTA condivide la visione del diritto come espressione diretta della società. Tale convinzione lo indusse ad indirizzare le sue ricerche soprattutto verso i diritti dei Germani, che presentavano l'attrattiva di essere "diritti popolari", i cui istituti venivano poi indagati con metodo positivistico.

[14] Gli studi di Giuseppe SALVIOLI sulla storia dell'economia antica e medievale sono animati da un fervente spirito socialista e condotti con metodo ispirato al materialismo storico. Nella sua prolusione letta all'Università di Palermo il 9 novembre 1890, Salvioli denunciò il carattere classista del Codice civile del 1865, espressione – come egli affermava – di un rigido individualismo, e propose riforme che andassero in direzione contraria, verso il solidarismo e la giustizia sociale, riforme relative all'igiene, al lavoro delle donne e dei fanciulli, agli infortuni sul lavoro, alla municipalizzazione dei pubblici servizi, all'istruzione obbligatoria, ai contratti di lavoro, alla mezzadria (*I difetti sociali del codice civile in relazione alle classi non abbienti ed operaie*, in *Annuario della R. Università di Palermo*, anno accademico 1890-91, Palermo 1890).

[15] Nei suoi studi, aventi ad oggetto il diritto veneziano ed il diritto comune, e poi anche la storia giuridica sarda e quella pugliese, Enrico BESTA introdusse una nuova componente nella evoluzione del diritto italiano: oltre alla romana, alla germanica ed alla canonica, quella "volgare", forza viva, sempre operante, produttiva di un diritto originale proveniente 'dal basso'.

[16] E' questa l'acuta intuizione di Paolo GROSSI sul ruolo svolto dal positivismo filosofico in àmbito giuridico. In un suo testo (*La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano 2002) – nel quale l'Autore analizza, in particolare, la cultura civilistica italiana

Il semplicismo formalistico fu scosso proprio da queste aporie, da questo paesaggio disordinato, scenario di luci ed ombre, nel quale – a ben guardare – si potevano scorgere preziosi elementi nuovi: alle innaturali aspirazioni alla 'purezza' del diritto, proprie delle teorie normativistiche, si sovrapposero le voci convulse della realtà vivente, quelle voci che danno forma (come avrebbe poi detto Giuseppe Capograssi) all'esperienza giuridica nascente dall'esperienza comune.

La considerazione della socialità intrinseca dei fenomeni giuridici aprì alla comprensione della condizionalità materiale del mondo dello spirito e dei suoi prodotti. Il diritto non poté più essere pensato come un'entità trascendente, avulso da quelle determinazioni e scelte concrete che innervano il tessuto sociale e che costituiscono l'essenza stessa del giuridico: si ebbe "precisa coscienza che il diritto era ben oltre il testo spesso mortificante e risecchito della legge, che il suo volto autentico andava cercato e trovato al di là dell'universo giuridico formale, in quella natura delle cose che le scienze novissime avevano finalmente cominciato a separare e a distinguere con successo dalle metafisicherie e dagli artificii del passato" [17].

* * *

Sinora ho parlato di romanisti e storici del diritto. Non furono i soli, tra i giuristi, a fare professione di fede nel positivismo e a mostrare interesse al fenomeno giuridico come fenomeno eminentemente sociale.

Nonostante la sua debolezza teoretica, il positivismo filosofico introdusse nello stagnante, perché dogmatico, panorama della cultura giuridica italiana una fresca effervescenza, una voglia – a tratti irruente – di cambiamento. Con lo spirito impetuoso proprio dei neofiti, gli studiosi positivisti reclamavano un diverso modo di porsi di fronte alla realtà ordinante del diritto, per inaugurare *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*, come un giovane civilista siciliano, Enrico Cim-

(ma l'analisi può essere estesa anche ad altre ramificazioni della scienza giuridica di quel periodo) – scrive: "Con quella sua persuasione del primato delle scienze naturali, con quel suo assumerle a modello per ogni indagatore delle scienze morali e sociali, il positivismo filosofico proponeva al civilista la riscoperta della complessità nel momento in cui gli scienziati naturalisti grazie alle recenti invenzioni tecniche seppellivano la semplicità degli organismi fisici e ne mettevano in luce le strutture infinitamente complesse; con quel suo battagliero organicismo tendeva a guardare ben oltre l'apparato dello Stato per trovare il referente autentico nella globalità e complessità della società" (p. 27).

[17] Id., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano 2000, p. 14.

bali, intitolava programmaticamente la sua prima importante opera[18].

Attraverso un linguaggio che attinge a piene mani al lessico biologico-naturalistico del positivismo filosofico e che si serve della metafora organicistica per rappresentare la società come un *corpo vivente*, con le sue diverse articolazioni morfologiche e funzionali, Cimbali introduce concetti di indubbia portata innovativa, come quello delle formazioni collettive: accanto al binomio individuo–Stato, vi sono ed agiscono molteplici "combinazioni quotidiane" (come Cimbali le chiama): associazioni, enti morali, corporazioni – membra reali dell'organismo sociale e, pertanto, concreti soggetti di diritto.

Non senza contraddizione, Cimbali continua ad attribuire allo Stato il compito "di mantenere l'equilibrio e la armonia dell'organismo sociale"[19]; ciò nonostante l'affermazione della teoria dei *corpi sociali*, che si insinua nel monismo statualistico, ne incrina comunque le fondamenta. Il panorama giuridico diviene più mosso, magari eterogeneo, ma plurale.

Al di là delle discordanze in un pensiero che è stato impietosamente definito "un vero e proprio *pastiche*"[20], Cimbali coglie un luminoso momento di verità: la realtà giuridica è profonda e complessa, percorsa da elementi e dinamiche assai più sinuosi ed irregolari rispetto alla coerente e però astratta linearità formalistica.

"*Il diritto* – afferma Cimbali – *è la vita*"[21]. Connaturale all'esistente, la giuridicità è fondata sull'esperienza del convivere sociale; irriducibile, pertanto, alla pura volontà autoritativa del legislatore.

Nella sua scelta metodologica, Cimbali esprime e rafforza questo convincimento: agli schemi consunti del diritto romano, alla piatta esegesi del testo codicistico, alla riduzione del diritto a mera tecnica, dichiara di preferire il *sistema*, che rappresenta – così com'è da lui concepito – uno strumento liberatorio dall'ossequio letterale, fatto di subordinazione e di ripetizione. Compito del giurista non è seguire passivamente l'ordine adottato dal legislatore, quanto piuttosto *ricomporre* in un insieme

[18] Enrico CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali con proposte di riforma della legislazione civile vigente*, Torino 1884.

[19] Id., *Le obbligazioni civili complemento e funzione della vita sociale* (1887), ora in: *Opere complete*, Torino 1900, vol. III, p. 319.

[20] Adolfo di MAJO, *Enrico Cimbali e le idee del socialismo giuridico*, "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 3-4, 1974-75, p. 392.

[21] Enrico CIMBALI, *Lo studio del diritto civile negli Stati moderni*. Prolusione al corso libero di diritto civile, pronunciata nella R. Università di Roma il 25 gennaio 1881, ora in: *Opere complete*, vol. III, cit., p. 22.

coerente istituti e rapporti, seguendo una logica ispirata all'osservazione ed allo studio della realtà vivente del diritto, non a criteri puramente teorici. In questo lavoro di ri-ordinamento sistematico, il giurista si fa traduttore ed organizzatore dell'universo giuridico legale ed esperienziale. Diviene interprete e, per ciò stesso, costruttore.

L'attenzione verso il sistema, verso un'*osservazione sistematica dei fatti*, connota anche la costruzione scientifica di un acuto, realmente 'innovatore', studioso di diritto commerciale: Cesare Vivante.

Nel suo monumentale *Trattato di diritto commerciale*[22], Vivante contrappone una concezione sistematica 'organica' ad una artificiosamente 'meccanica'. La prima è ancorata alla vita, all'ordinamento che spontaneamente emerge dal sociale; l'altra resta confissa al testo normativo, staccata dal movimento della storia e dall'agire concreto nel suo farsi.

Fedele alla lezione positivistica, Vivante pone al centro della sua riflessione l'effettività del giuridico, osservata nell'oggettività solida dell'esperienza, rifiutando la rigida validità formale, la ripetizione di formule immobili. Di qui la reintegrazione nella sfera giuridica di quelle realtà extralegali nelle quali si realizza la regolazione dei rapporti sociali.

Contro l'artificialismo giuridico, vale a dire contro un diritto che non emerge dai bisogni e dagli interessi sociali, essendo invece espressione di volontà potestative o di logiche astratte, Vivante audacemente annovera tra le fonti del diritto, intese in senso proprio, la "natura dei fatti"[23]: "Talora – scrive – la regola emerge immediatamente dalla *natura dei fatti* e deve dirigere la sentenza dei giudici, benché non sia configurata né in una legge né in una consuetudine. Queste lacune sono frequenti negli affari commerciali, che pigliano continuamente nuove forme non previste dal diritto positivo ed è compito della pratica forense di fissare la regola giuridica, che è conforme alla loro natura". E aggiunge, ribadendo la sua fiducia nel criterio di scientificità proprio del positivismo filosofico: "mercé lo studio delle cose e del diritto che le governa natural-

[22] Torino 1893-1902, in 4 volumi.

[23] Nei maggiori trattati tedeschi di diritto commerciale della seconda metà dell'Ottocento, da cui trassero ispirazione gli studiosi italiani, la 'natura delle cose' appariva quasi costantemente come fonte del diritto accanto alla legge ed alla consuetudine. Tra gli altri, si vedano Levin GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, Erlangen 1864-1868, 2 volumi; Jacob Friedrich BEHREND, *Lehrbuch des Handelsrechts*, Berlin und Leipzig 1886-1896; Heinrich THÖL, *Das Handelsrecht*, Göttingen 1841. Nell'ultima opera citata, vi è un'affermazione molto chiara sull'importanza della natura delle cose come fonte del diritto commerciale: "*Ein grosser Teil des Handelsrechts besteht aus solchen aus der Natur der Sache folgenden Rechtssätzen*" (la frase è tratta dalla 6° edizione del 1879, § 15, p. 59).

mente la scienza prepara anche la legge dell'avvenire perché la prima regola di ogni costruzione giuridica è *l'osservazione genuina dei fatti*"[24].

Anche nel diritto penale si registra una ventata di aria nuova. Le teorie lombrosiane costituirono la base di un nuovo orientamento giuridico e criminologico, che ebbe in Enrico Ferri e Raffaele Garofalo i suoi più noti teorici e divulgatori. Con Ferri, in particolare, la Scuola positiva del diritto penale giunge alla sistemazione più completa, correggendo, da un lato, l'indirizzo prevalentemente antropologico del Lombroso e, da un altro lato, l'astrattismo psicologico-giuridico del Garofalo.

Al razionalismo teorico dell'ideologia penale illuministica ed alla metafisica legalistica della Scuola classica, Ferri oppone una "*sociologia criminale*"[25]. La convinzione e il principio da cui muove Francesco Carrara – il più autorevole esponente della Scuola classica – è che il delitto sia un "ente giuridico", avulso dal reo; pertanto, "il giure penale, il giudice competente della *malvagità dell'atto*, non può guardare alla *malvagità dell'uomo*, senza trascendere oltre i suoi confini"[26].

Questo è il punto contro cui si manifesterà principalmente la reazione della Scuola positiva. Per Ferri, il crimine è la risultante composita di fattori fisici, psichici e sociali. Il delitto viene visto, di conseguenza, in relazione a tutta la vita e a tutta la realtà, in cui si ricercano appunto le radici profonde e infinitamente molteplici dell'azione umana in generale e dell'azione delittuosa in particolar modo.

La prospettiva è radicalmente mutata: dalla sacralità di un diritto trascendente, inviolabile nella sua *potestas*, si scende su un suolo concreto, dove condizionamenti e vincoli modellano il soggetto vivente. L'attenzione si rovescia: dal reato, ente giuridico ed astratto, all'uomo delinquente nella sua tragica negativa esistenzialità.

Una svolta importante, questa, che richiede una speciale sottolineatura; avere 'laicizzato' il crimine rappresenta un innegabile merito del Ferri, al di là delle intemperanze e delle ambiguità, dottrinali e ideologiche, che pure vi furono in lui; al di là anche di certi discutibili corollari della sua teoria.

Nel periodo in cui si origina la sociologia del diritto in Italia, appaiono indagini sulla devianza e sulla criminalità che vengono indicate con

[24] Cesare VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, cit., vol. I, pp. 65-66; corsivo nostro.

[25] *Sociologia criminale* è il titolo di una delle più importanti opere di Enrico Ferri, pubblicata a Torino nel 1892.

[26] Francesco CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale* (1867-1870, in 9 volumi). Si cita dalla 9a edizione, Firenze 1902, vol. I, p. 10 e vol. II. p. 167.

esplicitudine dai loro autori come ricerche di sociologia giuridica. Ricordo l'opera di Eugenio Florian e Guido Cavaglieri, intitolata *I vagabondi. Studio sociologico-giuridico* (1897-1900, in 2 volumi) e il testo di Adolfo Zerboglio, intitolato *L'alcoolismo. Studio sociologico-giuridico* (1892), entrambi pubblicati dall'editore Bocca di Torino.

Un legame, quello tra sociologia giuridica e tematiche della devianza, che si è poi perso e che solo dopo molto tempo è stato rinvenuto e ripristinato.

Contributi assai rilevanti per la costituzione del bagaglio tematico della sociologia del diritto provengono anche da altri filoni di pensiero, non riconducibili al positivismo. Mi limito a segnalare la riflessione di Santi Romano. Non siamo fuori tempo (e, quindi, fuori tema: quello di un primo manifestarsi della sensibilità al sociale nella scienza giuridica). Lo scritto celeberrimo del 1918, *L'ordinamento giuridico*, è soltanto il momento conclusivo e culminante di studi durati un ventennio, iniziati dal Romano giovanissimo sin dal 1897[27].

Gli Autori menzionati valgono da esempio. Altri nomi si potrebbero aggiungere[28], ma preferisco fermarmi qui nella elencazione degli affluenti che concorsero – in vario modo e con diverso spirito teoretico – alla nascita di un nuovo discorso scientifico concernente il diritto come fenomeno sociale. Un fiume, quello della sociologia del di-

[27] Poco più che ventenne, era nato a Palermo nel 1875, Santi ROMANO pubblica il *Saggio di una teoria delle leggi di approvazione* (1897), ora in: *Scritti minori*, Milano 1950, vol. I. A questo studio, seguono altri lavori nei quali, con sensibilità inquieta e premonitrice, Romano comincia a porre in discussione inveterate certezze; tra gli altri, si ricordano: *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico* (1899), ora in: *Scritti minori*, vol. I, cit.; *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione* (1901) e *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano* (1902), ora in: *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano 1969.

[28] Tra gli altri, quelli dei civilisti Vincenzo Simoncelli, Gian Pietro Chironi, Vittorio Polacco, Giacomo Venezian, Emanuele Gianturco, Luigi Tartufari, Lodovico Mortara; degli studiosi di diritto commerciale, come Angelo Sraffa; dei giuspubblicisti, tra i quali il 'primo' Vittorio Emanuele Orlando (si veda, per una puntuale ricostruzione del pensiero degli studiosi ricordati, Paolo GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, cit.).

Va precisato che questi giuristi non aderirono dichiaratamente al messaggio positivistico, dal quale anzi molti di essi presero le distanze, in nome di una più pacata riflessione; tuttavia, i semi del positivismo non erano stati sparsi invano: attecchirono su terreni diversi, dando frutti maturi, depurati dalle furie dissacratorie dei 'novatori'. Costoro però avevano comunque aperto una breccia nella cittadella fortificata di un diritto chiuso in sé e pago di una 'purezza' senza vita.

ritto, che si inabissò gradualmente, ma inesorabilmente, a partire dal primo decennio del Novecento, a causa di assalti diversi ma convergenti nell'esito: quelli del neo-idealismo, dell'irrazionalismo, del nazionalismo. Non solo; anche nella scienza giuridica – questo deve essere detto con chiarezza affinché la realtà non risulti deformata – la maggioranza degli studiosi rimase estranea ai motivi sociologici, reagendo con la più aspra delle critiche: l'indifferenza. Ancora: nel periodo considerato vi fu il ritorno in auge di teorie – peraltro mai del tutto sopite – che difendevano un diritto *incontaminato*, unica realtà giuridica riconosciuta valida nell'àmbito della dottrina legalistica, che affondava le sue radici in un positivismo (ingannevole coincidenza lessicale...) ben diverso da quello filosofico: il positivismo giuridico formalistico.

Come un fiume carsico la sociologia del diritto riemergerà: bisognerà attendere però il secondo dopoguerra ed il ritorno di Renato Treves dall'esilio al quale era stato costretto dalle leggi razziali.

* * *

Quali sono i contenuti più significativi apportati dalla scienza giuridica allo studio sociologico del diritto e – interrogativo conclusivo – cosa rimane di questo incontro?

Innanzitutto, i contenuti: vaste, qualche volta anche velleitarie, prospettive di programma, nelle quali il momento teorico si coniugava con l'attenzione ai fatti; il tema del pluralismo giuridico; l'intuizione di quello che Jean Carbonnier enuncia come il primo teorema della sociologia del diritto: "il diritto è più grande delle fonti formali del diritto"[29]; la ricerca del *reale* occultato dall'ombra del dogmatismo giuridico con le sue astrattezze ideologiche e le sue evanescenti esercitazioni.

L'esperienza giuridica è segnata dalla complessità, dalla ricchezza delle sue espressioni; perciò, può essere compresa solo con un concorso di forze, di forze disciplinari. E' il tema, ed il problema, dell'unità della scienza giuridica. I giuristi attenti al *diritto vivente* non disdegnarono – lo si è visto – prospettive multiple di studio; ricerca storica, comparatistica, etnologica, scienza giuridica positiva, filosofia del diritto, antropologia, sociologia si affiancarono senza timore di perdere terreno né di smarrire la propria identità epistemologica. Le

[29] *Flexible droit*, Paris 1992; trad. ital., *Flessibile diritto*, Milano 1997, p. 21.

scienze giuridiche e sociali dell'Ottocento costituirono un unificatore culturale efficace che funzionò da laboratorio comune di analisi e ricerche. Si cominciò a comprendere che separare le competenze, isolandole, è un processo indebito ed incongruo.

Pluralismo delle fonti, socialità del diritto, unità delle scienze, complessità del giuridico còlto dentro la logica della vita e della storia. Intuizioni profonde: questo il lascito, questa l'attualità.

GIOVANNI VARANESE

Brevi considerazioni su Marx e i marxisti tra diritto, economia e società

SOMMARIO: 1. A proposito di un libro di Hobsbawn. - 2. Da una lettera di Engels a Joseph Bloch. - 3. Epistemologia, strutturalismo e marxismo. - 4. Un'analisi strutturale del Codice civile francese. - 5. Un diritto di famiglia dell'ineguaglianza. - 6. Considerazioni storico-metodologiche.

«Il modo di produzione della vita materiale condiziona, in generale, il processo sociale, politico e spirituale della vita. Non è la coscienza degli uomini che determina il loro essere, ma è, al contrario, il loro essere sociale che determina la loro coscienza. A un dato punto del loro sviluppo, le forze produttive materiali della società entrano in contraddizione con i rapporti di produzione esistenti, cioè con i rapporti di proprietà (che ne sono soltanto l'espressione giuridica) dentro i quali tali forze per l'innanzi s'erano mosse. Questi rapporti, da forme di sviluppo delle forze produttive, si convertono in loro catene. E allora subentra un'epoca di rivoluzione sociale. Con il cambiamento della base economica si sconvolge più o meno rapidamente tutta la gigantesca sovrastruttura. Quando si studiano simili sconvolgimenti, è indispensabile distinguere sempre fra lo sconvolgimento materiale delle condizioni economiche della produzione, che può essere constatato con la precisione delle scienze naturali, e le forme giuridiche, politiche, religiose, artistiche o filosofiche, ossia le forme ideologiche che permettono agli uomini di concepire questo conflitto e di combatterlo. Come non si può giudicare una simile epoca di sconvolgimento dalla coscienza che essa ha di sé stessa; occorre invece spiegare questa coscienza con le contraddizioni della vita materiale, con il conflitto esistente fra le forze produttive della società e i rapporti di produzione».

(Karl MARX, *Per la critica dell'economia politica*, [1859], Roma, 3ª ed., 1969, p. 4 s.).

1. *A proposito di un libro di Hobsbawn*

Il tempo non sembra passare mai per Eric Hobsbawn. Nel suo ultimo libro, *Come cambiare il mondo*[1], sono raccolti dei saggi che l'autore ha scritto nel corso degli anni, alcuni dei quali già pubblicati in italiano, il cui oggetto è un pensatore che si pensava fuori moda: Karl Marx. Il for-

[1] *How to change the world. Tales of Marx and Marxism*, London, 2011; trad. it. *Come cambiare il mondo. Perché riscoprire l'eredità del marxismo*, Milano, 2011.

midabile storico inglese ha dimostrato una capacità di leggere (e spiegare) la realtà contemporanea che affascina e stupisce. La fascinazione si può anche far risalire al legame del lettore col suo celeberrimo *Il secolo breve*[2] che, per chi aveva vent'anni negli anni Novanta del secolo appena trascorso, è stato qualcosa di più di una «lettura obbligata» per chi vuole stare decentemente al mondo: non solo una guida per comprendere il Novecento, ma anche per discostare il velo di Maia dal presente. Lo stupore sembra travalicare una dimensione meramente intimistica ma parte da una constatazione quasi banale, forse legata alla povertà dell'*instrumentarium* di chi non è storico di professione. A distanza di quasi vent'anni colpiscono ancora quelle pagine de *Il secolo breve* nelle quali si delinea il fenomeno della globalizzazione e delle sue conseguenze, ad esempio il crollo del ceto medio europeo. Il verificarsi degli eventi sembra aver confermato la bontà dell'analisi di Hobsbawn, non solo una spiegazione convincente dell'ultimo scorcio del secolo trascorso, ma un vaticinio di quello presente.

Dopo la caduta del muro di Berlino quella analisi di un intellettuale dichiaratamente marxista spiega ancora in modo convincente la realtà contemporanea (se non del mondo almeno) dell'Europa. Non penso che allora si trattasse di mera curiosità speculativa chiedersi quale fosse l'attualità del marxismo. Il tempo trascorso soprattutto per il fatto che il marxismo non è più alla base dell'ideologia ufficiale dei regimi comunisti spazzati via dalla storia, renderebbe possibile la risposta che lo stesso Hobsbawn ci offre: «la fine del marxismo ufficiale dell'Unione Sovietica ha liberato Marx dall'identificazione con il leninismo e con i regimi leninisti. In questo modo è stato possibile recuperare il suo pensiero e quel che aveva da dire riguardo al mondo»[3].

L'affermazione sembra paradossale. Si avanza la validità del marxismo come teoria scientifica proprio nel momento del suo fallimento come ideologia ufficiale. La stessa idea che il capitalismo avrebbe condotto la società in una crisi sempre più profonda e dell'avvento del socialismo è stata smentita dalla storia[4] e proprio nei paesi capitalistici la classe ope-

[2] E.J. Hobsbawn, *Age of extremes. The short twentieth century 1914-1991*, London, 1994; trad. it. *Il secolo breve*, Milano, 1995.

[3] Così Hobsbawm rispondendo a Gabriele Pantucci nell'intervista pubblicata su *la Repubblica* del 28 gennaio 2011.

[4] Oltre che sul piano delle idee. Cfr. K.R. Popper, *La società aperta e i suoi nemici*, vol. 2, *Hegel e Marx falsi profeti*, [1945], Roma, 1974, p. 242, il quale dimostra che la teoria della necessità storica del socialismo «dipende in larga misura dalla possibilità di una corretta profezia storica». *Simul stabunt, simul cadent*.

raia ha goduto di un tenore di vita incomparabilmente più alto di quello del blocco sovietico. Anche se la situazione dell'economia globalizzata a partire dal 2008 potrebbe far tornare d'attualità l'idea di una crisi economia esplosiva in grado di far deflagrare il processo rivoluzionario, nei paesi prosperi dell'Occidente non è scoppiata la rivoluzione proletaria vaticinata dal filosofo di Treviri e anche quando partiti socialisti di (lontana) ispirazione marxista sono andati al potere per via assolutamente pacifica, si sono mossi nella cornice del moderno Stato sociale di diritto senza ripudiare i diritti e le libertà dello Stato liberale. Invece l'esperienza del socialismo reale è stata ben diversa dai progetti del marxismo delle origini. Senza entrare nel merito della efficienza economica, alla presunta abolizione dello sfruttamento dell'uomo sull'uomo non ha fatto seguito una crescita della libertà reale dell'individuo. Può sembrare allora curioso riscoprire un'attualità (vera o presunta) di Marx. Invero, quali che siano stati gli esiti del socialismo reale, nelle scienze sociali il marxismo ha spesso rappresentato uno strumento per soddisfare le loro esigenze di oggettività[5].

2. *Da una lettera di Engels a Joseph Bloch*

A prescindere dalle profonde implicazioni gnoseologiche insite nella problematica[6], c'è un aspetto molto intrigante che colpisce l'attenzione del comparatista quando si evoca il marxismo come teoria scientifica: quello della relazione tra diritto e società. Marx non manca di riferirsi al diritto e ad istituti importanti (si pensi alla proprietà), ma i fenomeni giuridici non sono trattati in modo sistematico e argomentato. In realtà per quanto riguarda il diritto l'attenzione si è focalizzata soprattutto sulla distinzione tra «struttura» e «sovrastruttura»[7]. Le forze produt-

[5] M. Barcellona, *La scienza giuridica e il marxismo*, in *Rivista critica diritto privato*, 2000, p. 718.

[6] Sulla concezione che attribuisce carattere pseudoscientifico, pseudostorico e mitico alle filosofie profetiche della storia, tra cui bisogna annoverare il marxismo, basti il riferimento alle opere di Karl Raimund Popper, in particolare *La società aperta e i suoi nemici*, vol. 2, *Hegel e Marx falsi profeti*, cit. e *Miseria dello storicismo* (1ª ed. 1957 inglese), pubblicato in molte e diffuse edd. itt.

[7] L.M. Friedman, *Diritto e società*, *Sociologia giuridica*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali* Treccani, vol. III, p. 120: «nei termini propri del marxismo i rapporti di produzione rappresentano la "base" di ogni società, mentre la sovrastruttura (che comprende l'arte, la letteratura e il diritto) riflette semplicemente tale struttura e si modifica in concomitanza con essa. In base a questa concezione, dunque, i fenomeni giuridici non hanno un ruolo essenziale nella strutturazione della società».

tive e i rapporti di produzione costituiscono la base economica, cioè la «struttura», mentre lo Stato e tutte le forme giuridiche, politiche ed ideologiche, rappresentano la «sovrastruttura»[8]. Questa visione corre il rischio di essere considerata semplicistica ed è stato allora rilevato che i *rapporti specifici* tra «struttura» e «sovrastruttura» andrebbero elaborati, ma Marx ci avrebbe fornito, per così dire, le «due estremità della catena»[9]. Che tali rapporti non possano essere trattati in maniera approssimativa risultava estremamente chiaro, come dimostra una nota lettera di Friedrich Engels a Joseph Bloch del 21 settembre 1890[10]. Bloch aveva chiesto se per Marx ed Engels la concezione del materialismo storico andasse intesa nel senso che la produzione e riproduzione della vita reale costituissero il solo fattore determinante della storia o se invece fossero soltanto il fondamento a partire dal quale altre relazioni sviluppavano ulteriori effetti autonomi, non direttamente riconducibili ai fattori di produzione. La risposta del sodale di Marx colpisce per la nettezza dei toni utilizzati nel negare di aver mai propugnato un piatto determinismo monocausale:

> […] Secondo la concezione materialistica della storia, nella storia il fattore determinante è, in ultima istanza, la produzione e la riproduzione della vita reale. Marx e io non abbiamo mai affermato nulla di più. Se ora qualcuno distorce le cose sostenendo invece che l'unico fattore determinante sarebbe quello economico, allora si trasforma quella conclusione in una frase che non vuol dire niente, astratta, assurda. La situazione economica è la base, ma i diversi elementi della sovrastruttura – le forme politiche della lotta di classe e i suoi risultati, le costituzioni promulgate dalla classe vittoriosa dopo aver vinto la battaglia, ecc., le forme giuridiche, e persino i riflessi di tutti questi conflitti reali nel cervello dei con-

[8] V., ad es., la prefazione di Marx a *Per la critica dell'economia politica*, [1859], in K. Marx e F. Engels, *Sul materialismo storico*, Roma, 1949, p. 43 s.: «nella produzione sociale della loro esistenza, gli uomini entrano in rapporti determinati, necessari, indipendenti dalla loro volontà, in rapporti di produzione che corrispondono a un determinato grado di sviluppo delle loro forze produttive materiali. L'insieme di questi rapporti di produzione costituisce la struttura economica della società, ossia la base reale sulla quale si eleva una sovrastruttura giuridica e politica e alla quale corrispondono forme determinate della coscienza sociale».

[9] L. Althusser, *Per Marx*, [ed. ampliata 1996], ed. it. a cura di M. Turchetto, Milano, 2008, p. 102.

[10] Ricordata da Louis Althusser, *l.o.u.c.* La lettera fu pubblicata in lingua originale in *Der sozialistische Akademiker*, 1, n. 19, 15 ottobre 1895, p. 351. Di seguito, nel testo, ho riportato la parte più interessante in questa sede, ma naturalmente esistevano già molte traduzioni italiane dell'intera lettera, v., ad es., quella in F. Engels, *Sul materialismo storico*, Roma, 1949, p. 85 ss.

tendenti, le teorie politiche, giuridiche, filosofiche, le concezioni religiose e la loro ulteriore evoluzione in sistemi dogmatici – influiscono anch'essi sul corso delle lotte storiche e in molti casi ne determinano la forma in modo preponderante. Tra tutti questi elementi c'è un'interazione, nella quale il movimento economico si impone come condizione necessaria attraverso tutto l'infinito numero di circostanze contingenti (cioè di fatti ed eventi nei quali il legame interno che li unisce l'uno con l'altro è così lontano, o così difficile da dimostrare, che possiamo considerarlo non esistente, possiamo trascurarlo). Se così non fosse, l'applicazione di una teoria ad un qualsivoglia periodo storico sarebbe più facile della soluzione di una semplice equazione di primo grado.

Ci facciamo da noi la nostra storia, ma, in primo luogo, secondo presupposti e condizioni ben precisi. Tra questi quelli economici in fin dei conti sono decisivi. Ma anche quelli politici, ecc.; anche la tradizione, che vive nelle mente degli uomini, ha una sua importanza, anche se non decisiva. Lo Stato prussiano è nato e si è sviluppato anche per cause storiche, in ultima analisi economiche. Tuttavia soltanto una certa pedanteria potrebbe far ritenere che tra i tanti piccoli Stati della Germania settentrionale proprio il Brandeburgo, per necessità economica e non anche per altri fattori (questo Stato, soprattutto per il possesso della Prussia, aveva un rapporto intricato con la Polonia ed era quindi coinvolto nelle relazioni politiche internazionali, decisive anche nella formazione della potenza della Casa d'Austria), fosse destinato a diventare quella grande potenza che avrebbe incarnato le differenze economiche, linguistiche e, a partire dalla Riforma, anche religiose tra il Nord e Sud. Riesce difficile spiegare in termini economici senza rendersi ridicoli l'esistenza di ogni staterello tedesco del passato e del presente, o l'origine della rotazione consonantica alto tedesca, che ha esteso la barriera geografica che va dalle montagne dai Sudeti al massiccio del Taunus sino a creare un confine ufficiale che attraversa la Germania.

In secondo luogo, tuttavia, la storia si fa in modo che il risultato finale scaturisce sempre dai conflitti di molte singole volontà, ciascuna delle quali diventa ciò che è per un gran numero di condizioni di vita particolari; ci sono quindi innumerevoli forze contrastanti, un gruppo infinito di parallelogrammi di forze da cui deriva una risultante – l'evento storico – il quale, di per sé può esser considerato a sua volta come il prodotto di una forza che agisce in modo inconsapevole e involontario, come un'entità complessiva. Perché quello che ciascuno vuole è impedito da chiunque altro e ciò che ne risulta è qualcosa che nessuno ha voluto. Così la storia procede come un processo naturale, e sostanzialmente è anche soggetta alle stesse leggi di moto. Ma dal fatto che le singole

> volontà – ciascuna delle quali vuole ciò a cui viene indotta dalla sua costituzione fisica e dalle circostanze esterne, in ultim'analisi economiche (o le sue personali o quelle, in senso ampio, sociali) – non raggiungono ciò che vogliono, ma si fondono in una media complessiva, in una risultante comune, non se ne può trarre la conclusione che esse vengano calcolate pari a zero. Al contrario, ciascuna volontà contribuisce alla risultante ed è compresa in essa. Inoltre vorrei pregarla di studiare la teoria nelle fonti originali e non di seconda mano. È veramente molto più semplice. Questa teoria è importante in quasi tutto quello che ha scritto Marx ma, in particolare, *Il 18 brumaio di Luigi Bonaparte* è un esempio davvero eccellente della sua applicazione. Ci sono molti riferimenti anche nel *Capitale*. E poi posso ben rimandarla ai miei scritti *La scienza sovvertita dal signor Eugenio Dühring* e *L. Feuerbach e il punto d'approdo della filosofia classica tedesca*, nei quali ho fornito quella che è, per quanto ne so, la più dettagliata esposizione del materialismo storico esistente.
>
> Proprio io e Marx dobbiamo essere in parte responsabili del fatto che i più giovani diano talvolta al lato economico un'importanza maggiore di quella che gli compete. Nei confronti dei nostri avversari abbiamo dovuto sottolineare quel principio fondamentale che essi negavano, e non c'era sempre il tempo, il luogo e l'occasione di rendere giustizia agli altri fattori che interagiscono reciprocamente. Ma non appena si arrivava alla descrizione di un periodo storico, e perciò ad un'applicazione pratica, le cose cambiavano e allora nessun errore era possibile. Purtroppo è fin troppo frequente credere di aver compreso perfettamente una nuova teoria e di poter senz'altro farne uso non appena ci si sia impadroniti dei suoi principi fondamentali, e anche questo non sempre in modo esatto. Non posso risparmiare questo rimprovero a qualcuno dei più recenti "marxisti", e allora sono apparse cose stupefacenti […].

Se non è sostenibile un determinismo monocausale, il rapporto tra struttura e sovrastruttura va approfondito per coglierne i rapporti specifici[11]. L'elemento economico occupa una posizione di primazia perché la struttura economica della società costituisce il fondamento dei sistemi politici, giuridico, filosofici e religiosi. Tuttavia l'evoluzione delle forze produttive non è unico fattore causale della storia, ma bisogna allora dare per scontata l'influenza di una congerie di fattori determinanti oltre a quello economico.

[11] L. Althusser, *o.c.*, p. 102 s.

Ma c'è di più. Dalla comparazione tra diversi sistemi giuridici emerge chiaramente come talvolta lo stesso fattore economico non è determinate nella misura che ci si potrebbe attendere. Ciò appare particolarmente evidente al comparatista, il quale rileva che leggi e codici nati in un certo contesto socio-economico vengo poi adottati in realtà assolutamente diverse. Alla identità della forma giuridica non è presupposta una corrispondenza dei rapporti socio-economici. Nella comparazione giuridica la relazione tra diritto ed economia deve essere «quantomeno, assai articolata»[12]. Un esempio emblematico viene rappresentato dal codice civile per eccellenza, il *Code civil*. Si è rilevato come «la sostanza giuridica del *Code* si inveri un una *forma giuridica* sufficientemente elastica da poter essere utilizzata in ben diversi, se non opposti, regimi politici. Infatti, come è noto, il *Code* rimase in vigore anche in alcuni Paesi socialisti, offrendo un ulteriore argomento a sostegno della teoria della separazione tra società e diritto»[13].

3. *Epistemologia, strutturalismo e marxismo*

Che il diritto rivendicasse un ruolo diverso nel suo rapporto con l'economia, non meramente strumentale, è emerso anche nel pensiero dei giuristi sovietici in quel particolarissimo momento storico immediatamente precedente al consolidarsi del dispotismo personale di Stalin[14]. Emerge l'autonomia del diritto come oggetto di ricerca scientifica, in particolare nel pensiero di quello che è stato considerato il giurista dell'epoca più fedele ai principi di Marx ed Engels[15], Evgenij Bronislavovič Pašukanis. Questo autore, da un lato, sottolinea lo stretto rapporto tra diritto ed economia, evidenziando come il fenomeno giuridico può non essere un elemento puramente ideologico, ma un «processo reale»[16]. Dall'altro, per comprendere il sistema giuridico la fedeltà al marxismo non

[12] P.G. Monateri, *Critica dell'ideologia e analisi antagonista: il pensiero di Marx e le strategie della comparazione*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2000, p. 707.

[13] P.G. Monateri, *o.c.*, p. 711.

[14] U. Cerroni, *Introduzione* a *Teorie sovietiche del diritto*. Milano, 1964.

[15] G. Crespi Reghizzi, *Socialismo e diritto civile nell'esperienza sovietica*, in *Quaderni fiorentini*, III-IV, 1974/1975, p. 854.

[16] E.B. Pašukanis, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, [1924], in *Teorie sovietiche del diritto*, cit., p. 80 ss.: «[…] Il principio, dunque, del soggetto giuridico e gli schemi su di esso fondati […] derivano con assoluta necessità dalle condizioni dell'economia mercantile. La connessione angustamente empirica e tecnica della connessione esistente tra questi due elementi si manifesta nelle discussioni sul fatto che lo sviluppo del commercio esi-

consisteva nel mettere insieme i riferimenti di Marx al diritto o a singoli istituti giuridici ma nel «cogliere il "metodo" che Marx aveva adoperato nell'analisi della "forma di merce" e di metterlo in opera nell'analisi delle norme giuridiche»[17] e quindi lo studioso non poteva limitarsi a giustapporre alle categorie giuridiche tradizionali il riferimento alle necessità economiche della società economica, ma utilizzarne il metodo marxista per comprendere il «condizionamento storico della forma giuridica»[18]. Quello che appare rilevante in questa sede non è tanto l'esito finale vaticinato da Pašukanis e smentito dalla storia – la scomparsa del diritto con l'avvento del comunismo[19] – ma l'attenzione posta agli aspetti epistemologici dell'utilizzazione della teoria marxista per l'analisi del diritto.

L'influenza del marxismo naturalmente ha toccato anche il pensiero occidentale. Tra gli esempi più interessanti per il comparatista vorrei ricordare senz'altro il bel saggio *La regola del gioco nella pace borghese*[20] di André-Jean Arnaud[21]. L'edizione originale è degli inizi degli anni Settanta del secolo scorso[22] e risale ad un'epoca in cui le *elites* intellettuali eu-

ge garanzie per la proprietà, buoni tribunali, una buona posizione e via dicendo. Ma ad uno sguardo più approfondito appare chiaro che non soltanto i vari dispositivi tecnici dell'apparato dello Stato sorgono sul terreno del mercato, ma che tra le stesse categorie dell'economia-monetaria e la forma giuridica esiste un nesso interno indissolubile».

[17] M. Barcellona, *La scienza giuridica e il marxismo*, cit., p. 737.

[18] E.B. Pašukanis, *o.c.*, p. 94 ss. «Se ci esimiamo dall'analisi dei concetti giuridici fondamentali otteniamo soltanto una teoria che ci spiega l'origine della regolamentazione giuridica con le esigenze materiali della società e quindi la corrispondenza delle norme giuridiche agli interessi materiali di questa o di quella classe sociale, ma la regolamentazione giuridica in sé, nonostante la ricchezza di contenuto storico che immettiamo in questo concetto resta inspiegata come forma».

[19] G. Crespi Reghizzi, *o.c.*, p. 856.

[20] A.-J. Arnaud, *La regola del gioco nella pace borghese. Saggio di analisi strutturale del Codice civile francese*, Napoli, 2005, trad. di Francesca Caroccia.

[21] L'autore, notissimo anche in Italia, negli ultimi anni si è dedicato con particolare passione allo studio del fenomeno della globalizzazione e ha costituito un'autorevole controcanto ai numerosi apologeti del pensiero neoliberale. Tra le opere principali di Arnaud sulla globalizzazione o – come ritiene più esatto – mondializzazione ricordiamo *Entre modernité et mondialisation. Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, 2ª ed., Paris, 2004 e il secondo tomo della *Critique de la raison juridique*, 2., *Gouvernants sans frontière. Entre modalisation et post-mondialisation*, Paris, 2003 [trad. di Francesca Caroccia, *Governanti senza frontiere. Tra mondializzazione e post-mondializzazione*, Napoli, 2011]. Arnaud ha curato anche il recente *Dictionnaire de la globalisation. Droit, science politique, sciences sociales*, Paris, 2010.

[22] *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, 1973; disponibile su internet alla pagina http://www.reds.msh-paris.fr/publications/collvir/easccf/easccf.pdf. Come ricorda Arnaud nella *Préface a*

ropee, francesi in particolare, hanno visto nello strutturalismo uno strumento epistemologico applicandone i principi nelle varie discipline, talvolta evocando un«ritorno a Marx». Senza la pretesa di voler esprimere alcun giudizio su un rapporto complesso e articolato, è giusto rilevare che fin dalla sua nascita la storia dello strutturalismo si è intrecciata con quella dei marxismi dell'Europa occidentale, perché il loro materialismo e storicismo, a differenza dell'ideologia ufficiale dell'Europa orientale, era sufficientemente flessibile da offrire una sponda alla nuova corrente di pensiero[23]. Arnaud si era già occupato del Codice civile francese rileggendone in modo originale le origini dottrinali in un'altra monografia, tradotta anche questa in italiano[24], nella quale aveva già dimostrato la sua grande preparazione storica. Questo ha senz'altro contribuito alla riuscita de *La regola del gioco nella pace borghese*, che viene considerata «la miglior promessa di quello che poteva essere, anche se poi non è stato lo strutturalismo giuridico […] il miglior esempio di strutturalismo applicato al diritto»[25].

l'Édition Italienne, in ID., *La regola del gioco nella pace borghese*, cit., p. 12, il sottotitolo dell'edizione originale (*La règle du jeu dans la paix bourgeoise*) avrebbe dovuto esserne il titolo e si ispirava a quello del film *La Règle du jeu* del 1939 del grande regista francese Jean Renoir, ma l'editore francese lo rifiutò «per ragioni di prudenza commerciale». Da subito il libro di Arnaud suscitò vivo interesse anche in Italia, come testimoniano le recensioni di M. BRUTTI, *Alcuni usi del concetto di struttura nella conoscenza giuridica*, in *Quaderni fiorentini*, III/IV, 1974/75, p. 763 ss.; G. TARELLO, *Code civil e regola del gioco borghese*, in *Sociologia del diritto*, 1974, p. 143 ss.; M. SBRICCOLI, *Strutturalismo e storia del diritto privato. La regola del gioco nel gioco delle regole*, in *Politica del diritto*, IV, 1973, p. 551 ss. Alla monografia di Arnaud sono dedicate anche alcune pagine del fondamentale studio di Mario G. Losano sulla teoria generale del sistema nel diritto, *Sistema e struttura nel diritto*, Milano, 2002, nel terzo volume, *Dal Novecento alla postmodernità*, pp. 154-157.

[23] Cfr. M.G. LOSANO, *o.c.*, p. 135. Per quanto riguarda, all'inverso, le influenze dello strutturalismo sulla teoria marxistica del diritto, v. 159 ss. Significativo, anche se in altro contesto, il riferimento di Losano (p. 189 s.) alle parole di David EASTON, *The Analysis of Political Structure*, New York e London, 1990, «lo strutturalismo ha svolto la funzione storica di aggiornare il marxismo cercando di adattarlo, sia pure indirettamente alla rivoluzione sistemica del pensiero moderno».

[24] *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 1969; trad. it., *Le origini dottrinali nel codice civile francese*, Napoli, 2005. L'originale francese è disponibile su internet alla pagina http://www.reds.msh-paris.fr/publications/collvir/odccf/illust/0couvre.pdf. In italiano è stato tradotto anche il suo *Les juristes face à la société. Du XIXe siècle à nos jours*, Parigi, 1975, trad. a cura di F. Di Donato, *Da giureconsulti a tecnocrati. Diritto e società in Francia dalla codificazione ai giorni nostri*, Napoli, 1993, dove ha tracciato le linee di una sociologia della conoscenza giuridica per spiegare l'evoluzione del rapporto che lega i giuristi alla società.

[25] M.G. LOSANO, *o.c.*, p. 154. Sembra tuttavia che il merito vada più al valore dello studioso che al metodo d'indagine se (p. 156) «Arnaud è un buon strutturalista perché è un buon storico».

Quando nel XX secolo si è sviluppato nelle scienze sociali lo strutturalismo si è ricollegato soprattutto agli studi del linguista Ferdinand de Saussure[26]. La linguistica analizza una lingua come un sistema chiuso, sulla base delle relazioni tra i termini (ad es. regole grammaticali e sintattiche) e non analizza i singoli termini in sé (le parole) per cogliere la coerenza interna del suo oggetto, indipendentemente dal significato dei singoli vocaboli. Con l'esplosione dello strutturalismo in ogni opera umana viene ricercata una struttura, per concepirla come un sistema organico, composto da elementi individuati secondo una procedura esplicita da indicatori che ne definiscono i rapporti di collegamento o di opposizione e di contrasto. Trascenderebbe dagli scopi di questo piccolo scritto fornire una descrizione, seppur sommaria, dello strutturalismo, delle sue correnti e della sue ricaduta nelle scienze sociali[27]. Qui basterà condividere l'impressione che la concezione di Arnaud sembra basarsi su quella, notissima, di Lévi-Strauss, per la quale una struttura è un sistema retto da una coesione interna, che non può essere colta nell'osservazione del sistema in modo isolato ma si rivela nello studio delle trasformazioni, grazie al quale è possibile rinvenire proprietà simili in sistemi apparentemente differenti. Per Arnaud nel concetto di struttura opera un principio d'organizzazione totalizzante che permette si scoprire la «ragione di un sistema giuridico», «dall'esame di una struttura si risale alla ragione che la anima»[28].

4. *Un'analisi strutturale del Codice civile francese*

Nel suo *Saggio* Arnaud compie un'analisi del Codice civile francese considerandolo una «struttura», «un corpus storicamente chiuso»[29] e valorizzando il profilo della connessione tra i suoi diversi elementi. Le componenti della struttura «codice» sono analizzate muovendo dalla loro appartenenza all'insieme al quale sono riconducibili. Non viene compiuta un'analisi «della struttura», ma «attraverso la struttura». La struttu-

[26] Per una panoramica sui caratteri fondamentali dello strutturalismo, finalizzata ai suoi rapporti con il diritto, v. M.G. Losano, *o.c.*, p. 119 ss. L'a. fa riferimento diverse volte al contributo di A.-J. Arnaud, *Les théories structuralistes du droit*, in P. Amselek e A.-J. Arnaud, *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, 1989, p. 88 ss.

[27] Per maggiori riferimenti v. M. Brutti, *Alcuni usi del concetto di struttura nella conoscenza giuridica*, cit., pp. 763-788.

[28] A.-J. Arnaud, *Critique de la raison juridique*, 1., *Où va la sociologie du droit*, Paris, 1981, p. 480 ss.

[29] A.-J. Arnaud, *La regola del gioco nella pace borghese*, cit., p. 39.

ra viene considerata «come sintassi»[30], in una prospettiva sociologico-giuridica nella quale il codice è visto come espressione di una realtà socio-economica rispondente ai modi di vita e funzionale agli interessi di un particolare ceto.

Il *Code Napoléon* esprimeva le istanze del ceto borghese che aveva conquistato il potere con la Rivoluzione e con quel codice voleva rinsaldarlo e conservarlo, ed è per questo che si può definirlo come la «regola del gioco propria del ceto dei piccoli borghesi proprietari». Per il ricercatore la base di partenza per individuare la struttura del *Code civil* è costituito dal fatto che esso «ha per scopo di stabilire una regola del gioco per gli scambi tra gli individui». Da ciò ne consegue che le varie disposizioni giuridiche che compongono il codice, considerato come insieme sistematico, non andranno classificate in categorie giuridiche più o meno eterogenee e diversamente intitolate, ma andranno invece considerate come «altrettanti mezzi per assicurare la circolazione delle persone e dei beni nell'ambito del gruppo sociale»[31].

Il «gioco» rappresenta la vita degli uomini nella società, «le regole del gioco» sono contenute nel codice civile, che costituisce diritto vigente nella misura in cui s'impone a tutti i consociati. L'osservanza delle regole coincide con l'effettività del dominio e, quindi, con la pace borghese. Prima che la partita abbia inizio occorre individuare i giocatori[32].

La prima regola del gioco consente di individuare coloro che sono ammessi a partecipare e, di converso, coloro che ne rimangono esclusi, cioè il vagabondo, lo straniero e l'assente. Il primo requisito per poter essere «candidato al gioco» è l'appartenenza ad un gruppo, che viene determinata dal legame locale che lega i suoi partner. Il legame locale viene minuziosamente regolato dalle norme riguardanti lo stato civile e il domicilio è il luogo che regola gli atti dello stato civile. Così la dichiarazione di nascita si fa nel luogo dove il neonato nasce e l'atto sarà la prova del legame locale con il gruppo nel quale è stato inserito. Questo legame non si dovrà mai spezzare per non essere considerati «vagabondo», tanto che i cittadini sono tenuti a dichiarare alle amministrazioni municipali il trasferimento del proprio domicilio (art. 104 *c.c. fr.*)[33].

Il *Code* dedicava ben undici articoli al domicilio dei soldati impegnati nelle campagne di guerra e, dunque, la disciplina giuridica dell'in-

[30] A.-J. Arnaud, *o.c.*, p. 43.
[31] A.-J. Arnaud, *o.c.*, p. 45.
[32] A.-J. Arnaud, *o.c.*, p. 95 ss.
[33] A.-J. Arnaud, *o.c.*, p. 96.

corporazione giuridica al gruppo (artt. 88-98 *c.c. fr.*). L'esercito è la famiglia dei soldati e il domicilio sarà costituito dai corpi di armata. Il domicilio è fondamentale e accompagna il cittadino nelle azioni più comuni, basti pensare che i coniugi dovranno dimostrare di aver abitato in maniera continuativa per almeno sei mesi nel medesimo comune (art. 74 *c.c. fr.*). Anche nell'obbligazione che non ha per oggetto «una cosa certa e determinata» il domicilio ha il suo ruolo, divenendo il luogo dove dovrà essere effettuato il pagamento (art. 1247 *c.c. fr*). Le disposizioni sul domicilio segnano il contrasto con l'individualismo esaltato dal Codice e diventa una forma «di costrizione sociale all'isolamento morale dell'individuo nel gruppo»[34].

Il vagabondo, privo di domicilio, è emarginato, non appartiene a nessun gruppo e di lui si occupa il codice penale. È un'integrazione limitata quella dello straniero perché godrà dei diritti civili solo in condizioni di reciprocità (art 11 *c.c. fr.*) e deve quindi esistere simmetria tra il gruppo di appartenenza e quello di accoglienza. La situazione dello straniero risponde a condizioni rigorose perciò Arnaud rileva con sdegno che «i diritti civili non sono dell'uomo, ma quelli del cittadino sebbene l'art. 7 affermi il contrario!»[35].

Altro caso di emarginazione è l'assenza. Tre sono le condizioni affinché il cittadino non venga considerato assente: deve appartenere ad un gruppo, deve avere un domicilio conosciuto nel gruppo e non deve disertarlo. Se vengono meno una o più condizioni, il governo si sostituirà all'assente per assicurare «la buona circolazione dei beni». Il legislatore regola l' assenza solo in funzione del patrimonio e della sua produttività, con misure provvisorie che si convertiranno in definitive in ragione del tempo che passa, non influendo sul matrimonio che non sarà, per questo, sciolto (artt. 227 e 139 *c.c. fr.*). È una tutela dei beni, non della libertà dell'individuo visto che il legame del matrimonio rimarrà intatto[36].

La seconda regola del gioco consiste nella manifesta disparità tra i giocatori. Ci sono più categorie di giocatori, caratterizzate dalla relazione capacità-godimento, che dividono gli individui (giocatori) in base a cinque *status*[37]. *In primis* viene analizzata la classe A, formata da maschi adulti sani di mente, preferibilmente sposati, che hanno piena capacità ed esercizio. Al raggiungimento del ventunesimo anno di età o al con-

[34] A.-J. Arnaud, *o.c.*, p. 97.
[35] A.-J. Arnaud, *o.c.*, p. 100.
[36] A.-J. Arnaud, *l.o.u.c.*
[37] A.-J. Arnaud, *o.c.*, p. 101 ss.

seguimento dell'emancipazione, costoro potranno svolgere qualsiasi attività giuridica ad eccezione del matrimonio, per il quale è richiesto il consenso genitoriale e del divorzio per mutuo consenso, per il quale si richiede il compimento del venticinquesimo anno di età.

La classe B è formata da donne maggiorenni non sposate o vedove senza figli, che possiedono solo in via di principio la piena capacità, perché escluse da atti molto importanti, come rendere la testimonianza per gli atti dello stato civile e il testamento. Arnaud mette in evidenza già in questo *status* la discriminazione della donna. Infatti in base ad una concezione meramente protettiva, il *Code* vieta l'arresto per insolvenza per le donne, vantaggio che definisce «riconoscimento di inferiorità». La discriminazione è palese anche nelle norme in tema di tutela e di successioni, nelle quali viene preferito l'uomo.

La classe C è costituita dalle donne coniugate e della vedove non risposate con figli, che partecipano in modo marginale al gioco, perché le scelte sono operate in maniera inequivocabile dal marito o tutore. La moglie è «sottoposta» dal *Code* al marito, cui deve obbedienza, in una prospettiva che viene definita «misogina», prossima al razzismo.

La classe D è formata dal minore e dall'interdetto, bisognosi di protezione e interamente sottomessi all'autorità del padre o del suo rappresentante. La patria potestà, abolita nel periodo della Rivoluzione, viene restaurata nel *Code* e assume carattere di onere dell'usufrutto legale (artt. 384 e 385 *c.c. fr.*) invece che di dovere del padre nei confronti dei figli, indipendentemente dalla posizione economica. Proprio perché l'educazione è considerata un onere dell'usufrutto legale, anche qui se ne deduce che il codice si rivolge ai proprietari. Poiché l'educazione viene collegata alla dimensione economica e, essendo impartita in funzione del patrimonio, si nega di fatto il nucleo essenziale dell'educazione come diritto del bambino. Benché anche in questo caso si parli di protezione, la situazione giuridica del minore e della donna sposata non hanno la stessa rilevanza, perché la moglie potrà «sfuggire» all'autorità del marito cercando di porre fine al matrimonio o facendo ricorso al giudice. Al contrario, il minore potrà acquisire la piena capacità di agire solo con il raggiungimento della maggiore età o con un atto in grado di realizzare un'emancipazione parziale (arruolamento volontario dopo il compimento dei diciotto anni), o totale, tenendo conto dei requisiti richiesti all'interno del codice (matrimonio, dichiarazione dei genitori, deliberazione del consiglio di famiglia).

Chiude la serie la classe E, rappresentata dal «civilmente morto» colui che non fa più parte del gruppo entro il quale viveva ed ha ormai perso i diritti civili, divenendo allo stesso tempo straniero, vagabondo e assente. Si rompe il legame garantito da uno *status*, si verifica un'interru-

zione netta degli scambi ed il giocatore è escluso dal gioco. Non è più padre o madre, sposo, maggiorenne o minorenne, creditore o debitore, sano di mente o folle.

La terza regola disciplina i rapporti tra i giocatori appartenenti alla stessa categoria in ordine alle puntate che essi fanno con la posta dei giocatori delle classi inferiori (criterio di cogestione/autoritarismo e criterio di educazione-assistenza/paternalismo)[38]. Gli atti dei soggetti appartenenti alle categorie C e D acquistano rilevanza giuridica solo con l'intermediazione di una persona appartenente alla classe A, dotata di piena capacità. Solo così gli atti compiuti dai primi sono considerati validi in base ad una relazione fondata sull'idea di potestà maritale nel caso della donna sposata e sulla patria potestà nel caso del minore.

La quarta regola del gioco è quella che stabilisce l'oggetto delle puntate che sono «i beni nel loro rapporto con coloro che le possiedono». Così gli istituti del codice sono rappresentati come «puntate» (rispettivamente, venti nel Libro III del *Code* e trentadue secondo l'indagine di Arnaud) sono studiati combinatoriamente secondo una classificazione in termini di: a) simmetria, b) riflessività, c) antisimmetria e d) transitività[39].

La continuazione è resa possibile da una serie di garanzie, relative alla perpetuazione delle classi dei giocatori (norme nel matrimonio, ecc.) alla perpetuazione, delle possibilità di giocate (gestione d'affari, beni vacanti) e così via. Ogni volta che il gioco si ferma, spunta un giocatore particolare, il giudice, che si assume le supplenze (del marito, nel caso di moglie di morto civile ecc.). La conclusione è che il gioco riproduce continuamente sé stesso[40].

5. *Un diritto di famiglia dell'ineguaglianza*

Nel campo del diritto di famiglia il *Code civil* del 1804 ha subito numerosissime modifiche ed nel corso degli anni è stato integralmente «rifondato», tanto da poter essere considerato completamente nuovo[41]. Se

[38] A.-J. Arnaud, *o.c.*. p. 109 ss.

[39] A.-J. Arnaud, *o.c.*. p. 135 ss., in part. pp. 158-160.

[40] G. Tarello, *o.c.*, pp. 145-147.

[41] G. Cornu, *Droit civil. La famille*, 8ª ed., Paris, 2003, p. 13 ss. Già a partire dal XIX secolo le novelle al Codice civile e gli altri interventi del legislatore francese sul diritto di famiglia sono stati copiosissimi. Tuttavia qualche anno fa A.-J. Arnaud e J. Comaille, *Per una ricerca sociologica sul diritto di famiglia in Francia*, in V. Pocar e P. Ronfani (a cura di.), *Famiglia, diritto, mutamento sociale in Europa*, Milano, 1979, p. 109 ss., hanno ritenuto che la svolta epocale si sia avuta soprattutto con la grande riforma del diritto di famiglia francese avviata nel 1964.

oggi il diritto di famiglia francese nei suoi principi fondamentali è ispirato all'eguaglianza (dei coniugi, dei genitori e dei figli) invece l'emarginazione delle donne e dei minori evidenziata dall'analisi strutturale di Arnaud dimostra la profonda ineguaglianza che permeava il *Code Napoléon* delle origini[42].

Il riconoscimento di un'uguaglianza soltanto formale, strettamente legata ai profili patrimonialistici, nasconde, attraverso i diversi tipi di *status*, una diversa partecipazione al gioco degli scambi. Nel caso della donna il risultato è una vera e propria estromissione dalla vita giuridica. La donna sposata è sottomessa al proprio marito e poi, progressivamente, al consiglio di famiglia e al giudice. Vari sono gli obblighi della moglie, innanzitutto quello di obbedienza al marito, quello di coabitazione nel luogo che egli ha scelto come domicilio e di seguirlo ovunque voglia fissare la residenza. Balza agli occhi la norma che in caso di adulterio della moglie prevede la condanna alla reclusione da tre mesi a due anni in casa di correzione da stabilirsi nel giudizio di divorzio (art. 298 *c.c. fr.*, art. 337 *Code pénal française* del 1810 e art. 559 c.p. it. sino alle pronunzie della Corte cost. negli anni 1968-1969). La *manus maritalis* influenza costantemente la vita giuridica della donna e si concretizza nell'istituto dell'autorizzazione necessaria per tutta una serie di atti. Sarà necessaria per la comparizione in giudizio della moglie, anche quando oggetto del giudizio siano beni estranei alla comunione, perché, se è vero che la moglie ha l'amministrazione e il godimento dei beni parafernali, che non sono oggetto di dote, non potrà né alienarli né far valere i relativi diritti in giudizio senza l'autorizzazione del marito o, in subordine del giudice. La donna deve essere autorizzata per accettare un'eredità successione, compiere una donazione, acquistare, alienare o ipotecare un bene, sia a titolo oneroso sia a titolo gratuito. Anche in caso di separazione la donna ha bisogno dell'autorizzazione o deve chiedere la partecipazione del marito alla redazione dell'atto.

Il legislatore napoleonico voleva un'unica gestione della famiglia affidata al marito. Significativi gli articoli 1421 e 1549 che attribuiscono al marito sia il potere di amministrare, vendere e ipotecare i beni della comunione, senza l'intervento della moglie, sia di amministrare i beni dotali durante il matrimonio, di percepire frutti ed interessi, riservando annualmente, solo se previsto dal contratto di matrimonio, alla moglie una parte delle sue rendite «unicamente per le minute spese e per i bisogni della sua persona».

[42] A.-J. Arnaud, *La regola del gioco nella pace borghese*, cit., p. 109 ss.

«Il Codice è un disegno coerente» e l'eccessivo potere viene concesso al marito a «fin di bene», cioè per proteggere e assistere la sua sposa. Ciò si riverbera nel regime della responsabilità là dove la moglie che si obbliga solidalmente con il marito per gli affari della comunione o del marito è obbligata nei confronti di quest'ultimo solo come garante e deve essere indennizzata per l'obbligazione che ha contratto (art. 1431 *c.c. fr.*). Se la moglie contribuirà gli oneri economici del matrimonio, lo farà solo nei limiti di un terzo delle sue rendite (artt. 1537 e 1575 *c.c. fr.*), in barba all'uguaglianza così tanto proclamata dal *Code* e così sovente tradita. L'autorità maritale viene esercitata anche dalla tomba. Il marito infatti potrà imporre alla vedova tutrice un consulente speciale che, di fatto, svuota la tutela, perché la donna non potrà fare alcun atto senza il parere del consulente, a meno che il marito non abbia specificato quali atti dovranno essere compiuti dal consulente. La libertà d'azione della donna è limitata agli altri atti[43].

Il potere del consiglio di famiglia è suppletivo, ma non meno prevaricante. Esso provvederà a nominare un *curator ventris* se la vedova è incinta del marito (art. 393 *c.c. fr.*) e nel caso di nuovo matrimonio deciderà se conservare la tutela alla madre e in ogni caso nominerà cotutore il secondo marito (art. 396 *c.c. fr.*).

Il giudice rappresenta l'ancora di salvezza ma nello stesso tempo si surroga al potere maritale. A lui la donna potrà e dovrà rivolgersi tutte le volte che non otterrà l'autorizzazione del marito, in caso di divorzio, d'incapacità del marito (stato abituale di imbecillità, di demenza o di furore ai sensi dell'art 489 *c.c. fr.*) o quando il marito si troverà in prigione o condannato ad una pena afflittiva o infamante (artt. 221 e 222 *c.c. fr.*). Nel primo caso, senza l'autorizzazione del giudice la moglie non può obbligarsi, né impegnare i beni della comunione, neanche «per tirare suo marito fuori dalla prigione»; nell'altro, la *manus maritalis* viene esercitata dal giudice per tutta la durata della pena. Sarà il giudice in questo caso, come in quello di assenza o interdizione, ad autorizzare la moglie a stare in giudizio o a concludere contratti (artt. 221 e 222 *c.c. fr.*).

Solo in casi eccezionali la donna può recuperare quella che sembra – più che una libertà – una «illusione di libertà». La donna viene sottratta all'autorità maritale per cadere «tra le mani della giustizia». L'autorizzazione del marito è inutile se la moglie «sia perseguita» in materia penale o di polizia (art. 216 *c.c. fr.*). La seconda ipotesi riguarda la libertà

[43] Art. 391 *c.c. fr.* «Se il padre specifica gli atti per i quali sarà nominato il consulente, la tutrice sarà abilitata a compiere gli altri atti senza la sua assistenza».

di testare, ma le disposizioni avranno effetto solo dopo la «dissoluzione del legame matrimoniale» (art. 226 *c.c. fr*.). La terza ipotesi prevede il potere di revoca delle donazioni, qui non c'è alcun trattamento di favore per la donna, ma la norma è semplicemente espressione della sfiducia del legislatore per gli atti a titolo gratuito e quindi per la donazione in quanto tale (art. 1096 *c.c. fr*.). La quarta ed ultima ipotesi attribuisce il potere di compiere atti dispositivi sui beni mobili (art. 1449 *c.c. fr*.), norma di grande effetto, ma che dimostra l'esistenza una limitazione del potere di gestione della donna molto più rilevante, poiché le sono preclusi gli atti di alienazione dei beni immobili, che, in quel momento storico, rappresentano il valore economico per eccellenza. In concreto, il *Code*, scrive Arnaud «doveva modellare il carattere delle donne nel modo che si conosce: donna esclusa dalla vita pubblica che aspira a vita borghese, incarnazione della tranquillità che all'occorrenza "sopporta in silenzio", profittando al meglio dei vantaggi che le ha accordato il legislatore maschio per controbilanciare l'incapacità con cui la colpisce»[44].

6. *Considerazioni storico-metodologiche*

In modo altrettanto brillante e originale Arnaud utilizza la sua analisi strutturalista anche per rileggere in modo originale molte altre disposizioni del *Code civil*, anche del diritto patrimoniale e, specificatamente, contrattuale.

Il pregio e la novità dell'opera di Arnaud sono stati un'analisi del *Code civil* alla luce dei sentimenti e della situazione sociale, economica e politica dell'età napoleonica evidenziando un tratto sociologico-giuridico fino ad allora sconosciuto. Più tardi è stato dato per scontato il carattere sociologico del diritto ed è sembrato naturale convenire sul fatto che i Codici sono «rispecchiamento o della società nel suo complesso o dei modi di vita di un particolare ceto». Quello napoleonico rispondeva, ed era perfettamente funzionale, ad un nuovo sistema di rapporti sociali : quello della società borghese[45]. Nel progetto giuridico borghese astrattezza ed uguaglianza giuridica (possibilità di uguaglianza di fatto) sono nozioni «costituzionali» e fondano il progetto stesso. Il riconoscimento del principio di «uguaglianza formale», di parità di tutti i cittadini di fronte alla legge, è negato dall'esistenza degli *status*. Gli individui, eguali per legge, sono costretti a situazioni ineguali. Nel sistema specifico del *Code*

[44] A.-J. Arnaud, *o.c*, p. 114 s.
[45] G. Tarello, *o.c.*, p. 145.

civil disegnato da Arnaud ogni individuo rientra in una classe giuridica determinata fin dalla sua nascita. Il legislatore francese riduce al minimo il numero degli *status*, che dovrebbero avere la funzione di proteggere dei soggetti più deboli. L'analisi di Arnaud vuole dimostrare che l'appartenenza di un individuo ad un certo *status* condiziona il singolo alla volontà dello Stato che stabilisce per lui una serie di limitazioni e, talvolta, si trasforma in una ragione di estromissione dello stesso individuo dai rapporti civili.

Il *Code* è lo strumento dello Stato borghese, che limita la libertà d'azione attraverso il formalismo dei contratti, stabilisce le enumerazioni delle azioni che possono compiere i proprietari e, in misura selettiva, limita le libertà dei singoli con la creazione degli *status* che evidenziano posizioni di vera e propria emarginazione[46].

L'insieme di queste limitazioni non è visto come la dimensione storica dell'individualismo giuridico, ma come la sua negazione e viene sottolineato tutto il carattere autoritario[47]. Nella stessa luce vanno guardati gli adattamenti e le limitazioni dello scambio sinallagmatico nel traffico privato. Il Codice civile francese è visto come il frutto dello scontro del diritto come concepito dai giansenisti, scettici e antirazionalisti e del diritto come concepito dai giusnaturalisti moderni razionalisti e sistematici. Altro non è se non «un mito della società moderna, la cristallizzazione, dopo mezzo secolo di ricerca da parte della dottrina giuridica francese, di un sistema di regole di comunicazione, di scambi giuridici valevoli per un gruppo determinato»[48], quello borghese. Il codice diventa una soluzione all'angoscia della classe borghese[49]. Si può essere d'accordo col tentativo di smascherare l'ideologia astrattamente egalitaria celata dietro un diritto privato formalmente basato sull'uguaglianza e sulla libertà[50], i cui pilastri sarebbero il diritto assoluto di proprietà e l'affermazione dell'autonomia privata fondata sul nudo consenso. Lo *status* diventa mezzo per risolvere le contraddizioni esistenti tra le definizioni del codice che proclamano le grandi acquisizioni individualiste, soggettiviste, volontariste «moderne» e ciò che concretamente risulta dall'analisi

[46] A.-J. Arnaud, *o.c*, p. 196: «il primo compito del legislatore dell'anno XII è consistito, inconsciamente nello stabilire un certo numero di status nei quali tutti i membri del gruppo, senza eccezione, avrebbero dovuto rientrare (donna sposata, minore sotto tutela, straniero, assente, incapace, etc.)»

[47] M. Brutti, *Alcuni usi del concetto di struttura nella conoscenza giuridica*, cit., p. 787.

[48] A.-J. Arnaud, *o.c.*, p. 201.

[49] A.-J. Arnaud, *o.c.*, p. 202 ss.

[50] N. Bobbio, *Lettera ad Arnaud* del 24 giugno 1973, in A.-J. Arnaud, *o.c.*, p. 14.

della società del 1804 e cioè «la borghesia al potere ordina la società, secondo un'organizzazione statutaria molto stretta, che le assicura la preminenza di fatto»[51]. Il carattere storico-sociologico dell'analisi dà avvio sì all'opera di «smascheramento» dell'ideologia alla base del codice, ma si ferma al livello dello studio della razionalizzazione ed idealizzazione all'interno del *Code* senza mai indagare la sostanza dei «rapporti giuridici reali»[52]. L'analisi di Arnaud si ferma al livello testuale mentre dalla critica marxista del *Code civil* ci si sarebbe aspettati quanto meno un'analisi dei rapporti reali[53]. Ma c'è di più. Se ci si arresta su un livello ideologico e razionalizzante, allora non si potrà fare a meno di rilevare come oggi sia stato posto l'accento sull'astrattezza e sull'incomunicabilità del codice[54]. Il codice ha per protagonisti dei soggetti astratti cui fa capo un fascio di rapporti parimenti astratti[55]. Astrattezza e uguaglianza giuridica sono i principi che reggono il progetto ma inevitabilmente rendono lontano il codice dal mondo dei fatti. Ecco che allora può trovare concretezza la discrasia denunciata da Arnaud «tra la teoria e la pratica». Solo a fine Ottocento, la dimensione socio-economica sarà oggetto d'interesse per il diritto, il codice civile viene affiancato dal Codice privato sociale dove i soggetti sono: padroni e lavoratori, ricchi e poveri, sapienti e ignoranti, uomini, insomma, in carne ed ossa. Sempre a fine Ottocento, ci saranno le prime leggi sociali, che introdurranno per la prima volta elementi solidaristici di tutela dei soggetti economicamente più deboli. Astrattezza e uguaglianza sono principi apparentemente a protezione di tutti, perché, di fatto, attribuendo loro solo carattere formale, diventano strategici per l'affermazione dello Stato Borghese. Il codice è lo strumento di uno Stato monoclasse, accentratore che si esprime in una lingua nazionale, colta, letteraria, volutamente lontana dai mille localismi, gli unici graditi dalla massa popolare[56]. Un testo, dunque, lontano dagli interessi della generalità. Del resto, il *Code* parla alla borghesia realizzando l'aspirazione alla proprietà libera della terra e alla libera circolazione di questa. È «la legge tutelatrice e tranquillizzatrice» del ceto dei proprietari sognante d'investire i propri risparmi in qualche acquisizione fondiaria e

[51] A.-J. Arnaud, *o.c.*, p. 203.

[52] N. Bobbio, *Lettera ad Arnaud*, cit., p. 14.

[53] N. Bobbio, *o.c.*, p. 15.

[54] P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, 3ª ed., Milano, 2007, p. 108.

[55] P. Grossi, *o.c.*, p. 106: «Sono modelli disegnati su calchi preistorici, modelli tutti uguali senza quel greve bagaglio di umana carnalità che la storia inevitabilmente depone sulle spalle di chi agisce nel suo seno».

[56] P. Grossi, *o.c.*, p. 108 ss.

per garantire pienamente la realizzazione del desiderio borghese[57]. L'unica alternativa ammessa, quale legge concorrente, è lo strumento principe dell'autonomia dei privati, il contratto. Sebbene esista la presenza di una legge parallela dei privati, il *Code* rimane un testo «autoritario» non solo nei contenuti[58], ma soprattutto nell'esigenza accentratrice dello Stato borghese, nella mitizzazione del legislatore e della produzione del diritto quale momento di rivelazione della volontà del legislatore che si esaurisce in essa, restando estraneo il momento interpretativo-applicativo[59]. Il procedimento di formazione si riduce al momento in cui la norma viene prodotta, si risolve e si esaurisce escludendo l'incidenza del momento applicativo essenziale per rispondere alla mutevolezza socio-economica in atto. L'idea di una norma che vive oltre la sua produzione ed elasticamente si modifica a seconda del percorso, è fuori dall'ideologia giuridica illuministica. Ne consegue che l'unica interpretazione ammessa è l'esegesi dove la norma va solo spiegata, al massimo ricorrendo alla intenzione politica del legislatore per impedire la discontinuità tra legge e diritto. Il *Code* affronta un lunghissimo periodo di vigenza che lo consegna alla storia giuridica come l'emblema di una nuova epoca e come «il monumento legislativo di maggior successo di tutto il suo secolo»[60]. Le caratteristiche del codice, semplicità, chiarezza, completezza, ma anche vaghezza e genericità che, lungi dall'avere un contenuto negativo, sono state delle vere e proprie risorse, perché hanno permesso alla giurisprudenza con l'aiuto della dottrina di sviluppare quei principi contenuti nel codice e di plasmarli alle nuove esigenze storico-sociali. Fu merito della «scuola della libera ricerca scientifica» guidata da Gény e della «interpretazione storica o evolutiva» di Saleilles di consentire che del *Code*, malgrado fosse con il tempo divenuto un testo cartaceo, si riscoprisse la validità come scrigno prezioso di principi capaci di rispondere ai problemi pratici innescati dall'evoluzione sociale. Gény, pur affermando nettamente il primato della legge su ogni altro formante e che il compito del giurista è quello di interpretare il diritto positivo, sostiene la possibilità di giovarsi, nell'interpretazione, anche di elementi extratestuali come la tradizione o le esigenze storico-economiche mettendo in rilievo che il diritto non è assimilabile alla legge. La conclusione è che il *Code*, non solo

[57] P. Grossi, *o.c.*, p. 109.

[58] V. Zeno-Zencovich, *Il «codice civile europeo», le tradizioni giuridiche nazionali e il neopositivismo*, in *Foro It*., 1998, V, c. 60 ss.

[59] P. Grossi, *o.c.*, p. 110 s.

[60] F. Wieacker, *Storia del diritto privato moderno*, vol. I, Milano, 1980, p. 526 ss.

non va concepito come un *corpus* completo, ma, anzi, come opera aperta, per cui al primato della legge si possono ricollegare altri formanti, a cominciare dalla giurisprudenza[61].

La giurisprudenza francese ha contribuito costantemente ad operare l'aggiornamento del *Code* in moltissimi settori[62]. L'analisi strutturalista sopravvaluta il codice come testo. La necessaria incompletezza del codice era già chiara ai suoi compilatori, per i quali il *Code*, come qualunque altro *corpus* normativo, non avrebbe potuto prevedere qualunque accadimento della vita umana e ciò lasciava spazio all'attività dell'interprete[63]. La completezza era soltanto tendenziale e, nello spirito dei suoi artefici, il *Code civil* doveva dettare una disciplina del diritto civile sistematica e razionale, ricorrendo ad una terminologia chiara e accessibile.

In realtà si farebbe un torto se si vedesse nel *Code civil* soltanto una descrizione sociologica della società del tempo. La sua stessa persistenza testimonia che, quale che siano state le regole del gioco al momento della sua nascita, esso ha rappresentato valori ideali ed etici che hanno

[61] Su Raymond Saleilles v. P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato. Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles*, in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998, p. 191 ss.; Id., *L'Europa del diritto*, Roma e Bari, 2008, pp. 180-186; nonché la recente monografia di M. Sabbioneti, *Democrazia sociale e diritto privato*, Milano, 2010. Su François Gény v. P. Grossi, *Ripensare Gény*, in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 143 ss. e V. Petrucci, *François Gény (L'irriducibile diritto naturale)*, Napoli, 1995.

[62] Lo ricorda G.B. Portale, *Lezioni di diritto privato comparato*, 2ª ed., Torino, 2007, che fa riferimento ad una serie di importanti istituti che hanno inciso sull'impostazione originaria del *Code civil* e che spesso hanno anticipato l'opera del legislatore. Muovendo dall'art. 1384 la giurisprudenza ha dedotto l'esistenza di un principio generale di responsabilità per fatto altrui (o oggettiva) per tutelare le vittime di infortuni sul lavoro. Ha utilizzato un concetto di colpa etica, che può trovare fondamento nel *Code*, per risarcire i danni derivanti dal processo di industrializzazione. Questo concetto, secondo cui il risarcimento aveva luogo se esisteva la colpevolezza del danneggiante, è servito per elaborare un concetto di colpa sociale, una responsabilità non più soggettiva ma oggettiva, dove manca l'elemento soggettivo della colpa e che si è fatta derivare proprio dall'articolo 1384. L'art. 1780 sul contratto di lavoro ha stabilito solo che il lavoratore non può legarsi a vita; tutto il resto, prima dell'avvento della legislazione a protezione dei lavoratori, fu creato dalla giurisprudenza. La figura del divieto di abuso del diritto è stata sviluppata in Francia dalla giurisprudenza, applicata nei settori più svariati settori (società, credito, sciopero, ecc.) e poi esportata in Europa. La disciplina del contratto di assicurazione è stata sviluppata ben oltre le scarne norme codicistiche. Tutta la disciplina generale dell'arricchimento senza causa è stata ricavata dalle norme sulla *condictio indebiti* (art. 1376 ss.). E, per tornare, al diritto di famiglia, prima del legislatore la giurisprudenza ha riconosciuto il diritto agli alimenti al figlio naturale, superando anche l'originario divieto di ricerca della paternità (art. 340).

[63] V. il celeberrimo *Discours préliminaire du premier projet de Code civil* (1801) di Jean-Étienne-Marie Portalis, ad es., alla pagina web http://classiques.uqac.ca/collection_documents/portalis/discours_1er_code_civil/discours.html.

contribuito a plasmare la stessa identità francese. Inoltre al giurista non sfugge che il successo del *Code Napoléon*, quali che ne siano stati o ne siano i contenuti, è la vittoria dell'idea stessa di codice, e quindi del concetto di sistema nel diritto[64]. Qui va rimarcato che se Marx è diffidente verso il costituzionalismo[65], il *Code* non solo è sopravvissuto alle varie costituzioni francesi, ma ha rappresentato «vera costituzione»[66].

Lo stesso Arnaud, quando dopo più di trent'anni è tornato sulla sua opera nella prefazione all'edizione italiana, ha voluto prendere le distanze da Marx, Engels e Althusser, minimizzando l'influenza del loro pensiero soltanto alle conclusioni e sostenendo di non essere «partito dalle premesse del pensiero marxiano o marxista» per effettuare la sua analisi strutturale del *Code Napoléon*[67]. Non stupisce tuttavia che nei passi delle opere di Marx ed Engels riportati nelle conclusioni affiori più o meno esplicitamente un certo determinismo monocausale[68]. Anche se si volesse minimizzare la componente marxista dell'opera di Arnaud, non si può fare a meno di rilevare che, a distanza di diversi decenni, il bilancio generale dello strut-

[64] L. Mengoni, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, in AA.VV., *Il codice civile. Convegno del cinquantenario dedicato a Francesco Santoro-Passarelli* (Roma, 15-16 dicembre 1992), Roma, 1994, p. 254: «L'idea di codice può ridursi, e ormai si è ridotta, a un concetto puramente tecnico, ordinato alla funzione di apprestare un nucleo sistematico di principi e di categorie ordinatorie adeguato alla selezione strutturale dei conflitti di interesse e all'organizzazione delle relative decisioni nell'unità del sistema giuridico, garantendo il primato dell'argomentazione giuridica sulla contingenza delle valutazioni politiche. La forza che l'idea di codice continua a esercitare in tutti i paesi del continente deriva precisamente dal senso profondo della sistematicità del diritto, che assegna ai concetti sistematici una funzione irrinunciabile di guida e di controllo dell'argomentazione giuridica, e quindi di razionalizzazione unificante dell'esperienza giuridica».

[65] C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, [1928], Milano, 1984, p. 64 ss.

[66] Jean Carbonnier, *Le Code civil*, in P. Nora (a cura di), *Les lieux de mémoire*, t. 2, *La Nation*, Paris, 1986, p. 309. V. anche, in occasione del bicentenario del *Code civil*, Y. Gaudemet, *Le Code civil*, «*constitution civile de la France*», AA. VV., *Le code civil - 1804-2004 - un passé, un présent, un avenir*, Paris, 2004, p. 297: «il codice è una costituzione civile perché non è più (più soltanto e più completamente) un codice di diritto civile ma un codice della società civile per strutturarla, rivelarle la sua natura, organizzarla e consolidarla».

[67] A.-J. Arnaud, *Préface a l'Édition Italienne*, cit., p. 11 s.

[68] A.-J. Arnaud, *La regola del gioco nella pace borghese*, cit., p. 198 ss. Ad es., nell'accentuare il paradosso che per i giuristi post-codice «la forma giuridica deve essere tutto, e il contenuto economico niente» (dal *Ludwig Feuerbach*), nel mettere alla berlina i legami dei giuristi con la realtà perché «tali rapporti diventano – nella coscienza – dei concetti; poiché essi non si elevano al di sopra di questi rapporti, i concetti che ne hanno sono nella loro testa dei concetti fissi: il giudice, ad esempio, applica il Codice, e per questo considera la legislazione come il vero motore attivo» (dalla *Ideologia tedesca*) e per concludere che «il giurista immagina di operare per proposizioni *a priori*, laddove queste, tuttavia, non sono che dei riflessi economici» (dalla *Lettera a Conrad Schmidt* del 27 ottobre 1890, di Engels).

turalismo giuridico non è stato molto confortante[69]. *La regola del gioco nella pace borghese* ha rappresentato un tentativo felice, ma isolato, più che l'avvio di una nuova metodologia. O forse l'analisi strutturale non ha potuto essere una metodologia universale per tutte le scienze sociali e la discussione sullo strutturalismo andava vagliata caso per caso, partendo dalla scienza nella aveva avuto origine, dalla linguistica. Non si può fare a meno di ricordare che secondo Paul Ricœur lo strutturalismo poteva affermarsi nei casi in cui esso potesse «a) lavorare su di un *corpus* già costituito, bloccato, chiuso e, in questo senso, morto; b) stabilire gli inventari degli elementi e delle unità; c) collocare questi elementi o unità in rapporti di opposizione, di preferenza o di opposizione binaria; d) di stabilire un'algebra o un modo di combinare questi elementi e queste coppie d'opposizione»[70].

Conclusivamente può farsi una considerazione che non riguarda tanto l'analisi strutturalista, ma più in generale l'idea di spiegare i fenomeni ricorrendo ad un'unica chiave di lettura. Il diritto come scienza sociale può ben prestare ascolto alle sirene di metodologie d'ispirazione marxista, ma non deve restare avvinto nella semplificazione del rapporto struttura-sovrastruttura. Si è già accennato al tentativo di ricostruire la relazione tra struttura e sovrastruttura non in termini puramente deterministici, per superare lo schematismo meccanicistico che si suole attribuire al marxismo[71]. Così al marxismo va dato atto che il diritto e l'economia non possono essere presi a compartimenti stagni, come «fattori contrapposti e totalmente separati». L'economia influisce certamente sul dato giuridico, ma «come ogni teoria monocausale e riduzionistica, il marxismo ha torto quando limita le relazioni tra queste due scienze a una eziologia unica, meccanica e ineluttabile e allorché concepisce l'ordinamento come l'epifenomeno della struttura economica»[72]. Anche lasciando da parte ulteriori fattori eziologici, il rapporto tra diritto ed economia appare molto complesso ed è irriducibile a semplificazioni. Da un lato, non è mancato chi ha considerato il diritto come un presupposto del dato economico[73]. Dall'altro, dall'epoca della rivoluzione industriale in alcuni set-

[69] M.G. Losano, *o.c.*, p. 170.

[70] P. Ricoeur, *La sfida semiologica*, Roma, 1974, p. 202 [in questo libro il capitolo da cui è tratto il passo citato è stato ripreso dal suo *Le conflit des interprétations*, Paris, 1969].

[71] U. Cerroni, *Introduzione*, cit., p. XLIX s.

[72] L.-J. Constantinesco, *Il metodo comparativo*, Torino, 2000 [ed. it. di A. Procida Mirabelli di Lauro e R. Favale basata sulla versione tedesca del 1971, francese del 1972 e spagnola del 1981], p. 206

[73] N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma e Bari, 1998, p. 67, perché il mercato non «è un *locus naturalis*, ma è un *locus artificialis*, ossia un sistema di relazioni governato dal diritto: insomma, non un istituto originario e spontaneo, ma un istituto giuridico».

tori il diritto è stato effettivamente strumentale agli obiettivi economici, tanto da esserne stato conformato nel contenuto[74], si pensi alla tutela della concorrenza. Ma anche qui il giurista non perde la sua autonomia[75].

Sometimes They Come Back[76]. Non so se il libro di Hobsbawn potrà far tornare di moda il marxismo, stavolta come strumento epistemologico, ma è auspicabile che l'esaltazione dei fattori economici non conduca ancora una volta sulla via di un piatto determinismo. Il che sarebbe veramente paradossale, ove si ponga mente al fatto che sarebbero stati proprio dei capitalisti a spingere lo storico inglese a cimentarsi nella sua opera. Il paradosso della vicenda è colto dallo stesso autore, ma si peccherebbe di ipocrisia se non si rilevasse che il marxismo nasce come critica al capitalismo industriale del XIX (e del XX) secolo, che produce merci, ponendo al centro il valore del lavoro. Il capitalismo del XXI secolo va ancora oltre e determina un eccesso di produzione che pregiudica la biosfera; il che rischia di mettere a repentaglio le stesse condizioni di esistenza dell'umanità[77]. Cresce sempre di più l'insofferenza per la retorica che ci ha tormentato negli ultimi trent'anni esaltando «l'ammirazione acritica per mercati liberi da lacci e laccioli, il disprezzo per il settore pubblico, l'illusione di una crescita senza fine»[78]. A quasi centocinquanta dalla pubblicazione del *Capitale* (1867) si possono denunciare le disfunzioni del capitalismo senza evocare un *fantasma*?

[74] L.-J. Constantinesco, *o.c.*, p. 207. In alcune norme «soltanto la loro forma esterna riveste tratti giuridici, mentre il contenuto è puramente economico».

[75] Esattamente O. Sandrock, *Significato e metodo del diritto civile comparato*, [1966], ed. it. a cura di R. Favale, Napoli, 2009, p. 47 s., ricorda che se le nozioni di concorrenza e monopolio non vengono definite in modo esaustivo dalla legge allora si fa riferimento «ad una realtà che necessita della rielaborazione da parte dei giuristi, prima che possa fungere da elemento della fattispecie di una norma giuridica […] la teoria economica deve fornire in questo campo gli strumenti teorici determinanti. Tuttavia questa teoria offre una pluralità, una ricca tavolozza di criteri diversi, dove il giurista dovrà riflettere su quali fra questi diversi criteri deve prendere dalla "cassa degli strumenti" dei teorici dell'economia per poi porli negli elementi della fattispecie della norma sul fenomeno ontico cui fanno riferimento».

[76] È il titolo di un notissimo racconto del popolare scrittore americano Stephen King, pubblicato per la prima volta nella rivista *Cavalier* del marzo 1974.

[77] Per un preoccupante monito sui rischi del capitalismo distruttivo v. P. Bevilacqua, *Il grande saccheggio*, Roma e Bari, 2011. L'a. rileva, tra l'altro, l'attualità del pensiero di Marx sulla speculazione finanziaria con riferimento alla crisi economica globale (p. 62 ss).

[78] T. Judt, *Guasto è il mondo*, [2010], Roma e Bari, 2011, p. 3.

ORIZZONTI

CARMELA AMURA

Nel cognome della madre

"Perché i figli salvano e tengono vivo il nome dei morti… "
(Eschilo, Coefore)

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Genesi del cognome - 2.1 Nomen omen - 2.2 La storia - 2.3 Uso dei cognomi - 3. Una storica discriminazione - 3.1 I "Cahiers de doléances" e la "Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina" - 4. Il diritto al nome nelle convenzioni internazionali - 4.1 La Corte di Giustizia Europea - 4.2 La Corte Europea dei diritti dell'uomo - 4.3 Il diverso approccio delle due corti - 5. Affinità e frammentazione delle discipline europee - 5.1. Il modello spagnolo - 5.2 Il modello tedesco - 5.3 Il modello francese - 5.4 Il modello inglese - 5.5 La disciplina svizzera - 5.6 La disciplina olandese - 5.7 I paesi nordici - 6. Il modello italiano - 6.1 Nel cognome del padre - 6.2 Le norme del regolamento dello stato civile - 6.3 Il cambiamento del cognome - 6.4.1 L'aggiunta del cognome materno - 6.4.2 La correzione del cognome per i nati all'estero - 7. Evoluzione del contenuto del diritto al nome - 8. Il cammino della giurisprudenza - 8.1 Un caso particolare: Nadir Manna - 9. Le proposte di legge - 10. Conclusione - 10.1 Lo scenario per il cambiamento - 10.2 Il difficile approdo della novella

1. *Introduzione*

Il primo elemento che viene in evidenza quando un individuo si presenta in società è il nome. Sin da quando viene alla luce, quando entra in relazione con altri individui o con le istituzioni, è il nome che distingue il singolo soggetto dagli altri suoi simili.

Secondo il dettato costituzionale, nessuno può esserne privato; secondo il codice civile esso è composto dal prenome e dal cognome[1]. E' su quest'ultimo che ci soffermeremo, nel solco di una constatazione di ordine giuridico-sociologico, al fine di evidenziare come il regime di attribuzione del cognome, vigente in Italia, si ponga in posizione anacronistica rispetto alla società, che in quanto entità in continua evoluzione, vede la sua cellula fondamentale, la famiglia, profondamente mutata.

Peraltro, dall'esame delle analoghe normative degli altri Paesi dello spazio europeo, si nota come il legislatore italiano faccia sempre fatica ad allargare la propria visuale, anche quando si tratti di intaccare tradizioni le cui radici affondano in un terreno ormai arido.

Infatti, nel nostro ordinamento, vige tuttora un sistema normativo

[1] *Art. 22 Costituzione; Art. 6 c.c.*

in virtù del quale al figlio viene attribuito il cognome del padre, sia a quello nato all'interno di un rapporto di coniugio, sia a quello naturale, se riconosciuto contestualmente dai genitori.

Tale sistema è stato ormai riconosciuto non più adeguato.

Le enunciazioni poste a livello internazionale insistono sui principi di libertà, di non discriminazione, di parità e di pari opportunità tra uomo e donna, spingendo gli ordinamenti nazionali, in relazione ai rapporti fra i coniugi, verso l'abbandono di concezioni arcaiche fondate sulla posizione di privilegio e di potere del maschio all'interno della famiglia e la conseguente adozione di norme che disciplinino i vari istituti nel rispetto dei nuovi valori eretti a principi fondamentali delle società evolute.

Molta strada è stata fatta, ma restano ancora ampi spazi per antichi retaggi culturali, che il legislatore non trova ancora la volontà di colmare, giacché, nonostante le spinte all'adattamento provenienti dall'Unione europea e le diverse proposte di legge sinora formulate, nonostante le pronunce giurisprudenziali delle più alte Corti, l'Italia è ancora restia a dotarsi di una legge in materia, che rappresenti un concreto segno di parità fra i genitori.

Il cognome è quella parte del nome di una persona che indica a quale famiglia essa appartiene. Ma se ogni individuo che nasce rappresenta la fusione di due identità, un uomo e una donna, ciascuna con il suo bagaglio di geni, tradizioni, beni e legami, il suo cognome, che sarà il suo segno distintivo nella società, che lo individuerà e gli assegnerà una storia anche nel primo giorno della sua venuta al mondo, non dovrebbe se non essere una perfetta sintesi delle due storie distinte che l'hanno generata.

Se a ciò si aggiunge l'odierna crisi dell'istituzione matrimoniale, che fa registrare un aumento esponenziale del numero di separazioni e divorzi, che nella stragrande maggioranza dei casi vede i figli affidati alle cure della madre, anche con la nuova formula dell'affido condiviso, si rende evidente che è sempre più alto il numero delle donne che si trovano a crescere e ad educare, da sole, i loro figli, figli che in Italia portano il solo cognome del padre.

Nelle varie parti del mondo le modalità di attribuzione del cognome si atteggiano in maniera variegata. Alcune tradizioni sono graziosamente particolari, com'è il caso dei Paesi islamici, ad esempio l'Egitto, ove il cognome è formato dal nome del padre, del nonno e del bisnonno, con l'eliminazione dell'ultimo nome a seguito della progressione della discendenza, pur se, in rari casi, viene mantenuto il nome del trisavolo.

Nella Repubblica delle Filippine, il nome completo dei cittadini è

composto da un nome proprio, un cognome e un nome di mezzo, detto *middle name*. Quest'ultimo corrisponde al cognome della madre e viene normalmente indicato dopo il nome proprio.

Una panoramica della normativa attualmente in vigore nei Paesi europei, posta a confronto con quella vigente in Italia, consentirà di operare una sintesi delle varie tradizioni giuridiche al fine di contribuire alla maturazione di un'idea legislativa che valga ad armonizzare le varie interpretazioni dell'esigenza di dare una precisa identità a ciascun essere umano, che sia idonea a collocarlo nello spazio e nel tempo, ma anche ad ancorarlo a tutt'e due le parti che hanno cooperato per la sua nascita, con la garanzia di una precisa individuazione nel mondo giuridico e nella società.

2. *Genesi del cognome*

2. 1 Nomen omen

Il noto brocardo *nomen est omen*, indica come il nome rappresenti un augurio e una predestinazione per colui che lo porta. Tracce di tale conclusione si trovano già nelle Sacre Scritture, dove in più di un passo traspare come l'imposizione di un determinato nome, sia funzionale all'individuazione della *mission* terrena del suo destinatario[2].

È, dunque, un dato ormai incontestabile che il nome, composto dal prenome e dal cognome, costituisca il principale segno distintivo della persona, e, come tale, s'inserisca d'imperio nella schiera dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti[3].

Ciascun individuo si distingue, infatti, attraverso il prenome, dagli altri componenti della sua famiglia, che possiedono lo stesso cognome, diverso da quello di altri consorzi familiari.

Da qui il riconoscimento al cognome di una valenza sociale e di una funzione pubblicistica, connesse all'interesse dell'intera società ad identificare i propri componenti.

Speculare a tale interesse è quello, strettamente personale, ad essere ascritto ad una determinata compagine familiare.

[2] Nel Vangelo secondo Luca si legge dell'Angelo Gabriele che, dopo essersi recato da Zaccaria per annunciargli la nascita di un figlio, che chiamerà Giovanni, fu mandato anche da Maria alla quale disse: « […]Ecco concepirai un figlio, lo darai alla luce e lo chiamerai Gesù [che vuol dire "Colui che salva"].». *Vangelo*, Lc. 1, 26-33.

[3] Artt. 2 e 22 della *Costituzione Italiana*.

2.2 La storia

Aristotele diceva «Anthropos zoon politicon», l' uomo è un animale sociale. Seneca aggiunse che «l'uomo non può restare solo, ma ha bisogno di organizzarsi in comunità con altri uomini».

Da queste affermazioni si evince il seme della nascita della famiglia come aggregato numeroso di persone. L'uomo da animale si evolve in *homo* e l'organizzazione del gruppo che l'istinto di socializzazione porta a formare, impone l'esigenza di identificarne, in maniera univoca, i vari componenti come elementi in esso distinti.

Si comincia prendendo ispirazione dalla natura, con nomi come Lupo, Orso, Sole, Nuvola. Sarà poi la distinzione dei ruoli all'interno del gruppo a comportare l'utilizzo dei vari mestieri come nomi.

Con la nascita del culto per il soprannaturale, si rendono poi disponibili allo scopo anche i nomi o gli attributi degli Dei.

L'uomo è un animale sociale, ma anche curioso. L'*homo* si evolve in *homo sapiens*, caratterizzato dal desiderio di conoscenza che lo spinge ad esplorare, a viaggiare e a scoprire che esistono altri gruppi.

Ciò rende indispensabile identificare il proprio gruppo con un nome comune che definisca l'appartenenza al gruppo stesso.

Nasce così il germe del cognome.

Molti sono i riferimenti per identificarsi: il nome del capofamiglia, il nome della località d'origine, il tipo di mestiere svolto. Unico limite, la fantasia.

La data di nascita del cognome non si può collocare con esattezza. In compenso sappiamo che in Italia è comparso per la prima volta a Venezia[4]. Sappiamo anche che il cognome ha cessato di riprodursi nell'ultima parte del Medioevo, fra l'anno 1000 ed il 1300, quando si è cristallizzato.

Le prime tracce risalgono a diversi secoli prima di Cristo. I primi nella storia a farne uso furono gli Etruschi, seguiti dai Romani.

Questi ultimi, infatti, sentirono l'esigenza di chiamare le persone libere adottando *tria nomina*: *il prenomen* che distingueva l'individuo ed era paragonabile al nome proprio di persona contemporaneo; il *nomen,* detto anche *nomen gentilicium* , che denotava la *gens* di appartenenza, paragonabile all'odierno cognome; il *cognomen,* da *cum* e *nomen,* divenuto indispensabile per evitare omonimie, era la denominazione della famiglia. Seguiva poi, talvolta, l'*agnomen* o soprannome, che serviva a una ancor più

[4] Si fa riferimento in questo caso al cognome inteso come denominazione ereditaria di una famiglia, dalla forma essenzialmente immodificabile.

inequivocabile identificazione della persona[5].

Al di fuori dell'ufficialità, nella vita quotidiana, ognuno era libero di chiamarsi con un solo nome, così come si potevano aumentare i *nomina* a proprio piacimento[6]. Lo stesso Cicerone si firmava ora *Marcus*, ora *Tullius*, ora *Marcus Cicero*, ora *Marcus Tullius Cicero*, a seconda del grado d'intimità con l'interlocutore epistolare.

Significativo, anche per aiutare a capire la condizione della donna all'epoca[7] era il cerimoniale della *lustratio,* eseguito in occasione della nascita di una bambina: trascorsi otto giorni dalla nascita, alla neonata viene dato un nome, tenuto però gelosamente segreto e custodito nell'intimità familiare. Per essere individuata all'esterno dell'ambiente domestico, il nome viene sostituito per i terzi da un *cognomen*, quello della *gens paterna*, con le sole aggiunte utili a distinguere la neonata dalle sorelle secondo l'ordine di nascita: *Maxima, Major, Minor*, oppure secondo l'aspetto: *Rutilia, Murrula, Burra*. Più tardi, nella cerimonia nuziale, nel momento dell'entrata ufficiale nella casa del marito, la sposa affermerà di chiamarsi con lo stesso nome di lui e al precedente *cognomen* gentilizio paterno subentrerà o si aggiungerà, quello dello sposo. E per la seconda volta nella vita la donna continuerà a tacere al pubblico il suo vero nome, che non verrà rivelato talora neppure nella sua epigrafe funeraria.

Con l'avvento del Cristianesimo, le grandi invasioni barbariche e la conseguente caduta dell'Impero Romano, fu travolto anche il sistema onomastico dei latini.

La religione, infatti, con la sua nuova ideologia egualitaria, il nuovo spirito d'umiltà e l'istituzione del nome di battesimo, demolisce il sistema antroponimico romano, che permane, in parte, solo presso alcune famiglie nobili.

Inoltre, dal 212, con la *Constitutio Antoniniana* concessa da Caracalla, la cittadinanza romana viene estesa a tutti gli uomini liberi dell'Impero, facendo perdere alla formula dei tre nomi, il suo valore e prestigio di "simbolo di classe".

[5] In Caio Giulio Cesare, Caio era il *praenomen,* Giulio il nome gentilizio o *gens* di appartenenza e Cesare era il *cognomen,* cioè l'identificativo della persona all'interno della *Gens Giulia. Gens* è qualcosa di più che famiglia come la intendiamo noi oggi, è piuttosto il *clan*, cioè l'insieme di tutti quanti discendono da una stessa origine comune.

[6] Nell'antichità, come in parte ancora oggi, l'avere parecchi nomi era considerato un segno di distinzione. Cosi, nel 72 d.C., troviamo il console *L. Pompeius Vopiscus C. Arruntius Celer Aquila*, mentre un altro console, in un'iscrizione onoraria tiburtina del 169 d. C., sfoggia non meno di 38 nomi!

[7] Le donne dell'età romana erano considerate inferiori agli uomini, seppure godessero di una posizione migliore rispetto alle donne greche.

Tra i nomi unici, diffusissimi sono quelli dei santi, non solo per devozione, ma anche per invocarne la protezione.

Tra il X e l'XI secolo, si registrò una grande crescita demografica in Europa, che rese sempre più complicato distinguere un individuo da un altro con il solo nome personale. Si ritornò, così, nelle famiglie più ricche, ad affiancare al semplice nome, quello del padre o della madre nella forma genitiva *de, di*, com'era in uso presso le popolazioni barbare, per le quali l'identificativo per eccellenza, era costituito dal nome del padre o della madre con un suffisso patronimico o matronimico[8].

Nacque così il cognome moderno, che poteva essere originato da una caratteristica peculiare delle persone, come la loro occupazione, il luogo d'origine, lo stato sociale o semplicemente il nome dei genitori.

"Rossi", il cognome più diffuso in Italia, potrebbe far riferimento al colorito della carnagione o dei capelli di qualche antenato. I "Fiorentino" probabilmente provengono originariamente da Firenze, mentre "Di Francesco" potrebbe significare "figlio di Francesco".

Agli inizi dell'anno Mille, si assiste ad una vera e propria transizione fra due epoche: si organizza definitivamente il regime feudale. I nobili fanno seguire il nome da quello della loro terra, elemento geografico più caratteristico e più durevole[9].

Molti servi rurali fuggivano dai feudi per andare a vivere in città. Essi si registravano nelle corporazioni municipali fornendo il nome e la provenienza, come Montanaro o Dal Bosco; oppure un pregio o difetto fisico, quale Gobbo, Rosso, Mancino; oppure ancora un mestiere come Sellaio, Ferraro o Marangon. Dopo un anno solare il feudatario perdeva il diritto di riportare al feudo il fuggitivo.

Il cognome, quindi si diffonde man mano che le persone cominciano a trasferirsi dalle campagne alle città e la società diventa più complessa, stratificata e organizzata e comincia a ruotare irreversibilmente su tre fattori: l'individuo, la famiglia e lo Stato, struttura sociale che sorge in Italia col Comune.

Nell'Italia settentrionale i cognomi si diffusero a Venezia prima che

[8] Pensiamo ai britannici terminanti per *–son,* come *Johnson,* alle popolazioni nordiche con i cognomi terminanti per *–sen* o *–son*, come *Johanssen* o *Petterson,* o quello dei popoli slavi terminanti per *–vic, -ic o –cic,* come *Ivancic* o *Petrovic,* o ancora ai popoli di ceppo russo terminanti per *–ov* come *Stefanov*, tutti suffissi che stanno per *figlio di*.

[9] A. DAUZAT, *Les noms de personnes, origine et evolution,* Paris, Delagrave, *1925*, p. 37.

in ogni altro luogo, poiché Venezia, prima delle altre città, cominciò a reggersi da sé[10].

Nei documenti (veneziani) fin dall'anno 819 molti individui portavano un secondo distintivo oltre al nome proprio[11]. Nel corso del 1200, si rileva una formula *trimembre*, diffusa in ogni strato della popolazione, composta da nome, cognome e soprannome, anch'esso ereditario, utile a dare un'ulteriore specificazione a famiglie dallo stesso cognome.

Nel Comune l'individuo da sé conta poco, non ha valore in quanto singola persona, bensì come rappresentante di una categoria professionale: "notaio", "mercante" o "fabbro", facilmente riconoscibile dagli abiti, dalle insegne, dagli attrezzi e dal cognome che la categoria rispecchia[12].

Dal 1500 in poi, il collegamento fra il cognome e la famiglia è ormai un fatto universalmente e definitivamente acquisito. Esso, come le insegne (stemmi araldici e marchi di fabbrica), si trasmette di generazione in generazione *iure sanguinis*.

Nel processo di cristallizzazione, il ruolo più incisivo lo ebbe ancora la Chiesa. Nel 1563, con il Concilio di Trento, fu sancito l'obbligo di tenere regolarmente i registri di battesimo, nei quali, dal quel momento, si cominciò a registrare non solo il nome della persona, ma anche quello della sua famiglia, per evitare matrimoni tra consanguinei.

Dalla seconda metà del XVIII secolo il cognome cessa di essere declinato per genere e numero, cristallizzandosi anche nella sua forma.

2.3 Uso dei cognomi

I cognomi non sono universalmente in uso. I Tibetani e gli abitanti dell'isola di Giava spesso non ne utilizzano. Inoltre, molte famiglie reali non usano cognomi[13]. In Islanda, poi, in luogo del cognome è in uso il patronimico. Ogni persona assume come cognome il nome del padre se-

[10] A. GAUDENZI, *Sulla storia del cognome a Bologna nel secolo XIII,* in "Bollettino dell'Istituto storico italiano", XIX [1898], p. 28.

[11] E. SPAGNESI, in "*Enciclopedia del diritto*", Milano, Giuffrè, , 1978, vol. 28, voce *Nome*, p. 293.

[12] Questo modo di vedere, secondo il quale la persona era considerata non come singolo, ma come componente di un gruppo, ha lasciato una traccia nella terminazione in -i dei cognomi*: Rossi, Bianchi, Moretti.*

[13]Quante persone saprebbero dire qual è quello della regina Elisabetta d'Inghilterra (all'anagrafe *Elizabeth Alexandra Mary Windsor*; Londra, 21 aprile 1926). Nel 1960 ella decise che i membri della famiglia reale portassero il nome di *Mountbatten - Windsor* nel caso in cui non avessero titoli di principe o di altezza reale). E che dire di "Emanuele Filiberto", sebbene la monarchia in Italia sia ormai solo un lontano ricordo?

guito dal suffisso *son*, se maschio, *dottir* se femmina. Quindi, solo i fratelli maschi o le sorelle femmine avranno il cognome uguale fra loro, mentre nella stessa linea di fratelli e sorelle ci saranno due cognomi diversi[14].

Alcune nazioni, come la Romania, non permettono che la moglie mantenga un cognome diverso da quello del marito. Altre, come la Svizzera, consentono l'opposto, cioè che il marito possa prendere il cognome della moglie. In Ungheria le donne sposate sono chiamate ufficialmente con il cognome e il nome del marito seguiti dal suffisso *-né*[15]; in Lituania esistono regole simili anche per i figli[16]. Proprio queste usanze sono causa spesso di contenzioso in occasione di esigenze di trascrizione nei registri delle anagrafi di Stati che non prevedono tali modifiche.

3. Una storica discriminazione

La questione che riguarda l'attribuzione del cognome ed i problemi derivanti dall'impossibilità, che residua in taluni ordinamenti, tra cui il nostro, di poter attribuire al figlio il cognome della madre, si ricollega alla storica discriminazione operata nei confronti delle donne, legittimata da norme di legge vigenti ancora all'indomani dell'adozione della Costituzione italiana, che invece dà ampio riconoscimento al diritto all'uguaglianza.

Sono state necessarie faticose lotte condotte da donne per far affermare e concretizzare il diritto all'uguaglianza senza distinzione di sesso ed il divieto di discriminazione in base al sesso, nonché per la riforma del diritto di famiglia, che tali principi non rispecchiava affatto.

Ricordiamo, a proposito, che l'ultima riforma del diritto di famiglia risale appena al 1975 e che fino ad allora, con i codici del 1865 e del 1942, il *pater familias* aveva potere prevalente. La trasmissione dell'eredità materiale, il patrimonio di famiglia, era veicolata dall'eredità simbolica, il nome, appunto, poiché si propendeva a lasciare intatto l'asse ereditario, per passarlo al figlio primogenito maschio secondo le antiche tradizioni[17].

[14] In questo Paese, unico in Europa, l'elenco del telefono è compilato in ordine del nome di battesimo.

[15] Ad esempio, la moglie di un uomo di nome *János Szabó* (o *SzabóJános*, nell'ordine ungherese che pone prima il cognome) è chiamata *Szabó Jánosné*.

[16] Un uomo il cui cognome è *Danilevicius*, passerà ai figli maschi il cognome *Danilevicius* e alle figlie il cognome *Danileviciuté*; la moglie invece dopo il matrimonio assumerà il cognome *Danileviciené*.

[17] A questo proposito è utile ricordare quante figlie sono state relegate nei conventi, al fine di lasciare l'intero patrimonio all'erede figlio maschio. Per tutte rammentiamo al lettore la più famosa vicenda della Monaca di Monza, narrata dal Manzoni ne *"I Promessi Sposi"*.

3.1 I "Cahiers de doléances" e la "Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina"

È stato detto che «se gli uomini hanno preso la Bastiglia, sono state le donne a prendere la monarchia»[18]. In effetti, le donne hanno svolto un ruolo di rilievo soprattutto nella prima fase della Rivoluzione francese, momento per eccellenza di rottura storica.

E sarà la critica di una donna, *Olympe de Gouges*[19] a far rilevare che nella "*Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino*"[20], documento che si autodefinisce universale, è invece contenuta la disuguaglianza che continua a dividere in due blocchi il genere umano: quello maschile e quello femminile.

L'acquisizione di una coscienza di genere, tuttavia, non sarebbe stata possibile se la stessa rivoluzione non fosse stata annunciata da un evento inedito, per la Francia e per tutta l'Europa dell'epoca: l'invito rivolto da Luigi XVI a tutti i sudditi ad esprimere liberamente le loro "lamentele", da consegnare ai deputati alla vigilia degli Stati Generali, indetti per il 5 maggio 1789 a Versailles[21].

Una buona parte dei trentamila "*Cahiers de dolèances*" sono stati scritti da donne.

Le principali lagnanze femminili riguardano l'esclusione dal patrimonio e la mancanza di un'adeguata istruzione. Richieste che vanno ad intaccare anche il piano simbolico del dominio maschile. Infatti, la trasmissione del patrimonio serve innanzitutto per "*portare avanti*" il nome di famiglia.

La richiesta inclusione delle donne nell'asse ereditario avrebbe comportato una riduzione del controllo sociale su di esse, in quanto non più "*migranti*"[22], nullatenenti, in balia dei detentori della ricchezza, ma an-

[18] P.M. DUHET (a cura di), *Cahiers de doléans*, *Donne e Rivoluzione francese*, Palermo, La Luna, 1989, p. 57.

[19] Olympe DE GOUGES, Montauban, 7 maggio1748 – Parigi, 3 novembre1793, drammaturga e giornalista francese che visse durante la Rivoluzione e lottò affinché le donne ottenessero gli stessi diritti degli uomini.

[20] *Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino*, Parigi, 26 agosto 1789, consultabile sul sito web http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/normativa/file/dirUomoCitt.html.

[21] Il 15 aprile 1789, su ordinanza del *Bureau de la Ville*, viene collocata nel salone di ogni municipio, una scatola chiusa a chiave, dove i cittadini possono deporre ogni giorno, tutte le memorie, osservazioni e proposte da utilizzare per la compilazione dei "*Cahiers*", famosi ai contemporanei con il nome di "*Cahiers de dolèances*". L'uso dei cahiers risale al XIV secolo anche se i quaderni più famosi restano quelli del 1789.

[22] M. PALAZZI, *Diritti, proprietà, lavori: sistemi patrilineari in trasformazione*. *Donne sole. Storia dell'altra faccia dell'Italia tra antico regime e società contemporanea,* Milano, Mondadori, 1997, pp. 40-44.

ch'esse intestatarie di beni e dunque non più in posizione di completa subordinazione, almeno economica.

L'eredità materiale è strumento del perpetuarsi dell'eredità simbolica da sempre negata alle donne.

In un passo della "*Petizione delle donne del Terzo Stato*" si legge:

«…e molte, per il solo fatto di nascere donne, vengono disdegnate dai genitori che si rifiutano di dare loro una dote per conservare intatto il patrimonio ad un figlio destinato a perpetuare il cognome nella capitale; è bene infatti che sappia Sua Maestà che anche noi abbiamo dei nomi da conservare…».

Anche *Olympe de Gouges* mette in discussione il campo simbolico nella trasmissione ereditaria: il nome da trasmettere al figlio. Ella si batte per la "*recherche de la paternité*", con lo scopo di tutelare le madri-nubili dalla miseria della loro condizione, responsabilizzando il padre per obbligarlo a contribuire al mantenimento del figlio naturale, ed impedire che le madri fossero costrette ad abbandonare i figli.

Nei "*Cahiers*" successivi, in particolare in quello di un'anonima *Madame B.B. de Caux*[23], vi è la richiesta di annessione delle donne agli Stati Generali. Ella scrive:

«reclamate, sollecitate l'abolizione di una legge che vi riduce in miseria nel momento in cui venite al mondo, per dare al maggiore dei vostri fratelli quasi tutta la fortuna dei vostri padri, …».

Tale sollecitazione pone in discussione la patrilinearità della discendenza[24]. In realtà, al di là del richiamo universalista, l'*individu absolu* concepito dai rivoluzionari nella "*Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino*", altro non è che il maschio, bianco, proprietario e fedele alla causa della rivoluzione[25].

Olympe suggerisce una nuova chiave di lettura: la maternità non può

[23] Uno dei *pamphlets* più importanti di questi esordi femministi fu il *Cahier des doléances et réclamations des femmes, par M.me B.B.* L'anonima autrice iniziava manifestando il suo stupore per il fatto che le donne sembravano restie a cogliere l'opportunità di farsi sentire e si chiedeva se gli uomini avrebbero continuato a fare delle donne le vittime del loro orgoglio e dell'ingiustizia in un'epoca in cui la gente di tutti i ceti si apprestava ad affermare i propri diritti politici e perfino ai neri era concessa la libertà.

[24] Madame B.B. sostiene che alle donne deve essere dato il diritto di votare i propri rappresentanti, perché solo una donna può rappresentare un'altra donna, in ciò connettendo il suo ragionamento alle riflessioni dell'Abate Sieyès, secondo le quali il Terzo Stato non poteva venir rappresentato da nobili.

[25] Infatti, secondo le leggi per le elezioni legislative del dicembre 1789 e per la Costituzione del 1791, è considerato cittadino attivo solo chi appartiene alla Guardia Nazionale, quindi: maschio, bianco, proprietario e anche, almeno in potenza, soldato. Dunque,

più essere un pretesto di esclusione delle donne dalla partecipazione attiva alla politica, al contrario deve essere oggetto di legittimazione per una cittadinanza femminile. Riflessioni ancora, purtroppo, attualmente valide[26].

L'interesse della *de Gouges*, si focalizza anche sul matrimonio, che definisce «tomba della confidenza e dell'amore»[27].

In "*Forme du contract social de l'Homme et de la Femme*", utilizzando il modello di contratto politico di Rousseau, ella auspica, per il futuro, un'equa ripartizione del patrimonio familiare, il quale dovrebbe appartenere ad entrambi i coniugi e poter essere lasciato in eredità ai figli, tanto legittimi che illegittimi.

Inoltre, a suo avviso, i figli dovrebbero poter scegliere fra il cognome del padre e quello della madre, consentendo non solo la trasmissione materiale dei beni, ma anche di quella simbolica, evitando così la perdita dell'ascendenza femminile per secoli consumata.

Per ironia della sorte, proprio il giorno in cui comparirà dinanzi al tribunale rivoluzionario, il 12 Brumaio dell'anno II (2 novembre 1793), si realizzerà ciò per cui da tempo si batteva: i figli illegittimi potranno ricevere il cognome del padre e in alcuni casi anche ereditarne il patrimonio[28].

4. *Il diritto al nome nelle convenzioni internazionali*

L'accento posto sul legame tra nome e identità personale, ha in par-

l'universalità dei diritti si rivela una chimera, che si scontra con la realtà dei fatti: l'esclusione pressoché totale delle donne dalla Dichiarazione del 1789. Tale "inganno" viene smascherato e reso pubblico nel settembre del 1791 con la redazione della "Dichiarazione dei Diritti della Donna e della Cittadina" di Olympe de Gouges. Olympe capisce come il termine *homme,* usato dai rivoluzionari e dai redattori della dichiarazione del 1789, sia volontariamente lasciato all'ambiguità dei sessi. La parola *homme*, infatti, non è utilizzata nel suo più ampio significato di essere umano, ma sottintende il solo sesso maschile, quando addirittura non prevede restrizioni pure all'interno di questo ultimo.

[26] Ancora ai nostri giorni, nei quali la parità tra i generi è formalmente affermata, è senza soluzione il problema della scarsa rappresentatività delle donne nelle sedi istituzionali, che comporta la conquista dell'agenda soltanto dei temi ritenuti meritevoli di giungervi, a parere di organismi decisionali a maggioranza maschile, che non intende rinunciare, volontariamente, a uno degli ultimi simboli della predominanza sulle donne.

[27] *Cahiers de doléance*, *cit*., p. 131.

[28] *Olympe De Gouges* fu condotta sul patibolo per essere giustiziata il 3 novembre 1793, seconda donna dopo la Regina Maria Antonietta, alla quale è dedicata la sua "*Dichiarazione dei Diritti della Donna e della Cittadina*".

Le sue colpe furono: «*aver dimenticato le virtù che convengono al suo sesso*» e «*aver voluto essere uomo di Stato*», e ancora per essere «*nata con una fervida immaginazione*». M. R. CUTRUFELLI, *La feuille du Salut Public*, p. 329, ne "*La donna che visse per un sogno*", Frassinelli, 2004.

te offuscato due profili tradizionalmente considerati tipici: la funzione di strumento che consente allo Stato di identificare i soggetti, come un'etichetta amministrativa, definita "funzione pubblicistica" e la sua idoneità a manifestare il legame tra l'individuo e il gruppo familiare cui appartiene.

Il dibattito sul tema si situa al crocevia delle discipline del diritto internazionale, ove si afferma l'esigenza di assicurare l'uniformità di regolamento e quindi la certezza del diritto[29] nei vari Paesi.

Per questo si contano numerose convenzioni di diritto internazionale e internazionale privato[30], concluse nell'ambito della Commissione Internazionale dello Stato Civile[31] ed il diritto al nome è oggetto di protezione in alcuni strumenti internazionali di tutela dei diritti fondamentali che ne mettono in rilievo la dimensione di attributo essenziale della persona.

In essi si riconosce anzitutto il diritto di ogni persona a vedersi attribuito un nome e a poter preservare la propria identità così costituita.

Rilevante in tal senso l'affermazione che il minore ha diritto al nome e ad essere registrato allo Stato Civile sin dalla nascita .

Fondamentale anche l'art. 16 della *Convenzione ONU* del 18 dicembre 1979[32], sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti della donna, che impegna gli Stati contraenti ad assicurare gli stessi diritti al marito e alla moglie, citando espressamente tra tali diritti, la scelta del cognome.

Determinante si rivela l'evoluzione giurisprudenziale della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, le cui pronunce in merito alle questioni concernenti il nome dei cittadini dell'Unione, hanno costituito l'*input* privilegiato per la modifica degli atteggiamenti di immobilismo e di attaccamento alle rispettive tradizioni, di quegli ordinamenti, che in qualche caso hanno modificato la propria legislazione in materia, come la Francia, ovvero hanno modificato alcune prassi amministrative, come nel caso dell'Italia.

Rilevante anche l'opera che, in maniera meno incisiva, viene com-

[29] M.E. CORRAO, *Il nome nel diritto internazionale privato*, Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Civile, XII, Torino, 1995, p. 146.

[30] *Convenzione di Istanbul* del 4 settembre 1958, relativa ai cambiamenti di nomi e cognomi; *Convenzione di Berna* del 13 settembre 1973, relativa all'indicazione dei nomi e cognomi nei Registri di Stato Civile; *Convenzione di Monaco di Baviera* del 5 settembre 1980, sulla legge applicabile ai nomi e prenomi; *Convenzione dell'Aja* dell'8 settembre 1982 relativa al rilascio di un certificato di diversità di nomi di famiglia; *Convenzione di Antalya* del 16 settembre 2005, sul riconoscimento dei nomi.

[31] *Commissione Internazionale dello Stato Civile* - C.I.E.C. –http://www.ciec1.org/CadrEtudeCEDH.htm.

[32] In www.onuitalia.it.

piuta dalla Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, mediante l'elaborazione interpretativa dell'omonima convenzione, come "*living instrument*".

Rimane tuttavia necessaria l'interazione tra il principio generale di riconoscimento dei nomi e le regole elaborate al riguardo dai singoli ordinamenti, che all'uopo utilizzano le norme di diritto internazionale privato, quali ambiti giuridici in cui gli Stati mostrano ancora di voler mantenere l'esclusiva potestà d'imperio.

Lo stesso *Trattato di Lisbona*, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, non ha portato sostanziali modifiche al precedente quadro normativo. Le istituzioni europee, infatti, non disponevano di una base giuridica idonea a regolare in via diretta il diritto al nome. Tuttavia l'UE ha avuto modo di manifestare la propria potestà normativa, vietando normative nazionali che si pongano in contrasto con gli scopi e le finalità dei trattati.

L'art. 2 del nuovo *Trattato*, ribadisce che l'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, in una società caratterizzata dalla parità tra donne e uomini, affermata anche nell'art. 23 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, che all'art. 21 pone, altresì, il divieto di qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza.

Anche il Consiglio d'Europa, con la risoluzione del Comitato dei Ministri del 27 settembre 1978, n. 376, e successivamente con le raccomandazioni del 28 aprile 1995, n. 1271 e del 18 marzo 1998, n. 1362, ha affermato l'incompatibilità delle discriminazioni di genere, nella scelta del nome di famiglia, con il principio di eguaglianza e ha raccomandato agli Stati inadempienti di realizzare la piena eguaglianza tra madre e padre nell'attribuzione del cognome ai loro figli, nonché di eliminare ogni discriminazione esistente nel sistema legale, tenuto anche conto dell'indirizzo proveniente dagli organi giurisdizionali internazionali, sollecitando altresì, gli Stati membri ad indicare entro quale termine adotteranno le misure antidiscriminatorie.

4.1 La Corte di Giustizia Europea

La prima sentenza adottata in materia di cognome[33], riguardava il caso di una cittadina belga, la signora *Weber* ed uno spagnolo, il signor *Garcia Avello*, i quali, convolati a nozze in Belgio, davano alla luce due

[33] *CGCE*, 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello* c. Belgio. Tutte le sentenze della *CtEDU* sono consultabili all'indirizzo www.echr.coe.int.

figli, Esmeralda e Diego, ai quali veniva attribuito il cognome del padre, composto, in conformità alla legge e all'uso spagnoli, dal primo elemento del cognome del padre e dal primo elemento del cognome della madre.

Successivamente i genitori avevano chiesto alle autorità belghe di ottenere il cambiamento del cognome dei figli, in possesso della doppia cittadinanza belga e spagnola, da *Garcia Avello* a *Garcia Weber*, in modo che lo stesso rispecchiasse il modello spagnolo e comprendesse il primo elemento del cognome del padre seguito dal cognome da nubile della madre degli stessi. In questo modo, infatti, i due figli erano stati registrati presso la sezione consolare dell'Ambasciata di Spagna in Belgio.

Tale domanda veniva respinta in quanto contraria alla prassi vigente in Belgio, ove i figli portano il cognome del padre, ed in alternativa si proponeva la registrazione con il solo cognome Garcia, proposta rifiutata dai genitori.

Il *Conseil d'État* belga, sollevava quindi una questione pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia, per sapere se i principi di diritto comunitario in materia di cittadinanza dell'Unione europea e di libera circolazione delle persone, ostavano a tale rifiuto.

La Corte di Giustizia, accertata l'incompatibilità del regime nazionale con il diritto comunitario, ha innanzitutto rilevato che la controversia richiedeva l'applicazione di tale diritto, essendo in discussione l'esercizio del diritto di cittadinanza dei due figli, cittadini di uno Stato membro, i quali soggiornano legalmente sul territorio di un altro Stato membro, di cui pure possiedono la cittadinanza.

Il giudice di Lussemburgo ha quindi ritenuto che la prassi riscontrata nell'ordinamento belga, è in contrasto con gli articoli 12 e 17 del *Trattato UE*, poiché determina una discriminazione in ragione della cittadinanza, con riferimento alle norme che disciplinano il cognome dei genitori.

La Corte ricorda che il divieto di discriminazione impone di non trattare situazioni analoghe in maniera diversa e situazioni diverse in maniera analoga, chiarendo altresì, che un trattamento discriminatorio può essere giustificato solo se fondato su considerazioni oggettive, indipendenti dalla cittadinanza delle persone interessate e commisurate allo scopo legittimamente perseguito.

Nella fattispecie concreta era risultato che i belgi dotati anche di cittadinanza spagnola, vengono trattati allo stesso modo dei cittadini belgi, ai quali viene attribuito il solo cognome del padre, mentre essi nel Paese di origine, avrebbero goduto del regime del doppio cognome.

Né la dedotta immutabilità del cognome come principio fondante dell'ordinamento belga, derogabile solo dal Re in casi eccezionali, è sta-

ta ritenuta idonea a giustificare il diniego opposto.

La Corte non perde occasione per precisare che lo *status* di cittadino dell'Unione è destinato ad essere la condizione fondamentale dei cittadini degli Stati membri.

Tale interpretazione viene confermata anche nelle successive pronunce. Ad esempio nel giudizio scaturito nel caso n. C 353/06, *Stefan Grunkin* e *Dorothee Regina Paul*, culminato nella sentenza del 14 ottobre 2008, la quale costituisce un ulteriore importante tassello nella definizione dello «*Statuto del cognome*» dei cittadini europei.

Nella fattispecie il minore tedesco *Leonhard Matthias*, nato in Danimarca da genitori tedeschi ed ivi residente fin dalla nascita, era stato iscritto nei registri di stato civile danesi e sul certificato di riconoscimento del nome, *navnebevis* danese, con il cognome composto "*Grunkin-Paul*" attribuito in conformità al diritto danese, applicabile in forza delle norme di conflitto di quel Paese, che in materia utilizzano il criterio di collegamento della residenza. Le autorità tedesche rifiutavano di trascrivere tale cognome, in forza dell'art. 10 dell'*EGBGB*, *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, secondo il quale il cognome della persona è disciplinato dalla legge dello Stato di cui essa possiede la cittadinanza, rimandando quindi all'articolo 1617 del *cc tedesco*, il quale non consente la trascrizione di cognomi composti.

Approdato il caso alla Corte, questa ha ritenuto che il diritto di libera circolazione del cittadino dell'Unione, sancito dall'articolo 18 *CE*, oggi 21 *TFUE*, osti a che le autorità dello Stato di cittadinanza di un minore, in applicazione delle proprie norme di conflitto, rifiutino il riconoscimento del cognome attribuito secondo le norme di conflitto dello Stato di nascita e di residenza e trascritto nei registri di stato civile. La discrepanza tra il nome iscritto nel passaporto rilasciato dall'autorità tedesca e quello che figura sul certificato di nascita danese, causerebbe di certo problemi nella vita personale e professionale dell'interessato.

La Corte ha poi vagliato la sussistenza di esigenze imperative d'interesse generale, idonee a giustificare il comportamento tedesco, ma non ne ha trovate, non ritenendo sufficienti le argomentazioni dedotte, secondo le quali la normativa tedesca non permette l'attribuzione del doppio cognome per limitarne la lunghezza, nonché per evitare che la generazione successiva debba rinunciare a una parte del cognome.

La Corte di Giustizia ha dunque delineato un diritto del cittadino europeo a conservare il proprio nome attraverso le frontiere.

Per giungere a tale conclusione, essa ha ricostruito tale diritto, dapprima come corollario del divieto di discriminazione in base alla cittadinanza e poi del principio della libertà di circolazione.

Peraltro, già in precedenza, nel caso *Konstantinidis*, la Corte aveva collegato il diritto al nome all'esercizio del diritto di stabilimento, di cui all'articolo 52 *CEE*, ora 49 *TFUE*[34].

Si può dunque concludere, che almeno nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, il diritto al nome, nello spazio dell'Unione, si arricchisce di due significati: il diritto alla continuità transnazionale ed il diritto alla scelta della legge regolatrice del cognome.

4.2 La Corte Europea dei diritti dell'uomo

Entrata in vigore nel 1953, la "*Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*", sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950, rappresenta una sorta di *Magna Charta* a livello europeo, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; un *living instrument*, perché oggetto di interpretazioni evolutive da parte dell'omonima Corte, ed arricchita di Protocolli addizionali.

In particolare, qui interessa il VII, firmato a Strasburgo il 22 novembre 1984, il cui art. 5 è intitolato: "*Uguaglianza degli sposi*", nel quale si afferma che essi godono dell'uguaglianza di diritti e di responsabilità di carattere civile, tra di essi e nelle loro relazioni con i loro figli riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e in caso di suo scioglimento.

Spesso investita dell'esame di casi controversi nella questione del nome, la Corte, pur disponendo di una base giuridica adeguata e più pertinente di quella utilizzata dalla Corte di Lussemburgo, sembra esitante a riconoscere uno specifico diritto al nome, quale espressione e strumento di identità personale.

Nell'ambito di una giurisprudenza ormai cospicua, non sono molte le sentenze in cui sia stato riconosciuto il diritto dell'individuo a portare un nome che esprima la propria identità, dichiarando in conseguenza illegittima la disciplina nazionale.

La norma di riferimento è l'art. 8 della *Convenzione europea dei diritti umani* , che sul piano letterale tutela il rispetto della vita privata e della vita familiare, oltre che del domicilio e della corrispondenza, ed è stato più volte interpretato dalla Corte europea, nel senso di includere, nel proprio ambito di applicazione, anche la tutela del diritto al nome e all'identità personale[35].

[34] *CGCE*, 30 marzo 1993, causa C. 168/91, *Christos Konstantinidis* c/Repubblica Federale di Germania.

[35] Così, con affermazione poi ricorrente a partire dalla sentenza 22 febbraio 1994, n. 16123/90, *Burghartz c. Suisse*. Reperibile in *http://cmiskp.echr.coe.int/*.

Così nel caso *Burghartz*, la Corte ha reputato discriminatorio, in riferimento al sesso, il rifiuto dell'autorità svizzera di consentire – questa volta al marito (!) – di aggiungere al cognome della moglie, scelto come nome della famiglia, anche il proprio, dal momento che il diritto svizzero accorda tale possibilità nel caso in cui sia invece il cognome del marito ad esser scelto.

Nel caso *Ünal* ha giudicato parimenti discriminatoria, sulla base del sesso, la normativa che in seguito al matrimonio, imponeva alla donna la perdita dell'"esclusività" del cognome d'origine, consentendone solo l'aggiunta a quello del marito[36].

In questi casi, la personale aspirazione al mantenimento del proprio cognome, segno e simbolo della personalità individuale, è stato ritenuto prevalente rispetto ad interessi di ordine pubblicistico dedotti, come l'interesse dello Stato a regolamentarne l'utilizzo nel caso *Burghartz* o l'esigenza di salvaguardare l'unità familiare nel caso *Ünal*.

Tuttavia, in generale si osserva che il consesso, pur sottolineando il carattere fondamentale del diritto al nome, nega che l'art. 8 *CEDU* garantisca un diritto positivo a cambiare il nome di famiglia o a scegliere in piena libertà il nome di battesimo per i propri figli[37].

Anche la giurisprudenza in materia di cambiamento del cognome è alquanto restrittiva.

La Corte ha infatti affermato che mentre l'imposizione di un cambiamento di cognome da parte delle autorità nazionali, costituirebbe *tout court*, un'ingerenza nella vita privata e familiare dell'individuo, il rifiuto di modificare il cognome, a richiesta dell'interessato, non concreta necessariamente siffatta ingerenza.

Peraltro, la Corte ritiene che, in entrambi i casi, lo Stato sia chiamato ad effettuare un bilanciamento tra istanze individuali e interessi collettivi.

4.3 Il diverso approccio delle due corti

Pur avendo le due Corti un diverso approccio rispetto alle controversie concernenti la questione del nome, si deve evidenziare un aspetto comune: nessuna di esse sostiene la non trasmissibilità ai figli del cognome della madre, ovvero la tesi secondo la quale l'unità della famiglia,

[36] *CEDU*, 16 febbraio 2005, req. n. 29865/96, *Affaire Ünal Tekeli c. Turquie*.

[37] Solo in un'occasione la Corte europea ha riconosciuto esservi stata una violazione dell'art. 8 CEDU, nel caso 6 settembre 2007, n. 10163/02, *Johansson* c. Finlandia. In tutti gli altri procedimenti il ricorso è stato ritenuto inammissibile o è stato rigettato.

come nel nostro ordinamento, possa essere realizzata tramite l'unità del nome di famiglia. E' evidente che questo valore può essere preservato e tutelato anche nel caso in cui una coppia scelga di non portare affatto un cognome comune .

Una volta privata di consistenza giuridica l'eguaglianza: unità del nome = unità della famiglia, è inevitabile osservare come invece essa venga ancora utilizzata per negare la trasmissione del cognome della madre ai figli, tra chi sostiene *lo status quo*.

Diversa è la valutazione delle ragioni addotte dagli Stati a giustificazione delle norme nazionali restrittive in relazione alla scelta del cognome. La Corte europea tende a ritenerle oggettive e proporzionali, viceversa, la Corte di Giustizia ha considerato irrilevanti le medesime considerazioni amministrative, ovvero, le ha ritenute legittime ma non proporzionate.

Anche l'esigenza di tutela delle particolarità grammaticali, fonetiche o grafiche, della propria lingua nazionale, ha portato spesso gli Stati dinanzi alle Corti.

In particolare la Lettonia, che ricorre ad una traslitterazione molto rigorosa dei nomi stranieri. Nel caso *Mentzen alias Mencena* c. Lettonia, simile al caso *Konstantinidis* deciso dalla Corte di Giustizia, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che la traslitterazione obbligatoria del cognome maritale da *Mentzen* a *Mencena*, fosse giustificata dall'esigenza di preservare le caratteristiche della lingua lettone, la cui sopravvivenza era stata messa in pericolo durante il regime sovietico.

Dunque, una situazione di antinomia, se non di vero e proprio contrasto, che incide non solo sui giudicati finali, ma sulla stessa valutazione operata nei due ordinamenti rispetto al medesimo diritto.

Tuttavia, entrambe le Corti danno rilievo alle conseguenze della violazione del diritto al nome, ovvero al pregiudizio che ne conseguirebbe.

Il diritto al nome viene, di conseguenza, ad essere inquadrato in un più generale principio di unicità di *status* del cittadino europeo o principio del reciproco riconoscimento di stati personali o familiari[38].

Il principio in parola, fondato sulla cittadinanza dell'Unione, sulla libertà di circolazione e sull'obbligo di leale collaborazione tra Stati membri, imporrebbe agli stessi un obbligo, non assoluto, di riconoscere gli status per-

[38] CAFARI PANICO, *Considerazioni sulla nuova adozione internazionale*, in "Rivista Diritto Internazionale Privato", 2001, pp. 885-920; *ivi*, *Divorzi stranieri tra riconoscimento e trascrizione*, 2002, spec. pp. 16-18; PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 213 e ss.

sonali e familiari acquisiti dal cittadino dell'Unione in base al diritto di uno Stato membro, cosiddetto di origine, in modo che possa circolare nello spazio europeo portando con sé un solo fascio di status, come il nome, lo *status* di coniuge, partner o convivente, ovunque riconosciuti[39].

La restrizione sarà dunque ammissibile solo se giustificata da motivi imperativi d'interesse generale, perseguiti in modo non discriminatorio, proporzionato e conforme ai diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento comunitario.

5. *Affinità e frammentazione delle discipline europee*

All'affacciarsi del XIX secolo vi era ancora una forte disuguaglianza nella condizione giuridica dei coniugi, in ragione del sesso di appartenenza, nel perpetuarsi dell'impostazione del diritto romano, tradizione giuridica comune a diversi Paesi europei, ove la posizione della donna era inficiata da un diffuso pregiudizio di inferiorità, poi ratificato a livello giuridico, per cui in virtù di una naturale *infirmitas* o *imbecillitas mentis*, ella non poteva prendere decisioni senza l'ausilio di un tutore legale, maschio, adulto e cittadino.

Nella società europea il diritto di famiglia contemporaneo ha preso forma nel corso del '900, parallelamente al verificarsi di mutamenti sociali e di costume che hanno determinato l'avvio di radicali riforme legislative nella seconda metà del secolo, già anticipate dai Paesi Scandinavi sin dal 1909.

Per secoli, dunque, il diritto di famiglia ha assegnato una posizione di favore al marito, titolare di autorità e poteri rilevanti nei confronti della moglie e dei figli, anche se al tempo stesso, vincolato da regole coercitive, poste a tutela di un centro di interesse distinto e superiore: l'integrità della famiglia.

Con le riforme, ma prima ancora nel tessuto sociale, i rapporti di autorità si sono riequilibrati con l'acquisizione, da parte delle donne, di poteri paritari a quelli del marito, ai figli sono stati riconosciuti diritti analoghi a quelli dei genitori, anche se concepiti al di fuori del matrimonio.

Tutto ciò è avvenuto emulando le trasformazioni che hanno avuto luogo nella sfera pubblicistica, ove si è diffusa la democrazia come sistema di governo.

[39] La questione riveste particolare rilievo, in relazione all'eccezione di ordine pubblico, quando si presenti il caso di riconoscimento di *status* familiari non esistenti nello Stato ospitante, come ad esempio lo *status* di *partner* registrato o di coniuge dello stesso sesso.

Ad un primo sommario sguardo d'insieme, gli ordinamenti giuridici dell'Europa occidentale, appaiono condividere una disciplina dei rapporti di famiglia aventi caratteri molto simili: la raggiunta parità dei coniugi, l'uguaglianza dei figli e delle figlie, indipendentemente dall'ordine di nascita e dalla procreazione al di fuori o dentro il vincolo matrimoniale, il ricorso al divorzio in caso di fallimento di un progetto di vita comune, la tendenza ad attribuire un carattere laico al diritto di famiglia, l'esistenza di una cornice di norme legislative per il governo della famiglia.

L'affinità appare ancora più marcata, quando la si confronti con le regole e gli istituti vigenti in altri sistemi giuridici, come l'Islam, gli ordinamenti del lontano Oriente o i diritti statunitensi, questi ultimi caratterizzati dalla contrattualizzazione dei rapporti di coppia e dagli ampi spazi di autonomia normativa lasciati ai *partners*[40].

Ad un esame più approfondito, però, l'apparente uniformità delle normative europee si frantuma. Si pensi ad esempio alla convivenza, agli accordi paramatrimoniali, al matrimonio fra persone dello stesso sesso, agli effetti della nullità canonica ed infine, ma non ultima, alla disciplina del cognome.

Ancor più evidente, poi, apparirebbe la divaricazione fra gli ordinamenti europei, se prendessimo in considerazione gli aspetti più concreti e quotidiani della vita di coppia, come la questione dei tempi del lavoro domestico e la sua ripartizione fra i *partners*, ovvero a quelli psicologici, come il modo in cui viene percepita la vita dopo il divorzio.

In un auspicato diritto di famiglia europeo[41], occorrerebbe superare le diverse tradizioni esistenti, la frammentazione delle regole *juris* più specifiche e le diversità di natura sociologica, ciò che non si prevede possa avvenire in un futuro prossimo, giacché si tratta di norme troppo radicate nelle tradizioni nazionali. Tuttavia, finora, gli ordinamenti dell'Europa occidentale, pur agendo in maniera indipendente hanno compiuto scelte di principio che si sono rivelate, per la maggior parte, molto simili, procedendo dalla certezza verso la flessibilità nella «"liquida" società postmoderna»[42].

[40] Negli Stati Uniti, tra l'altro, il diritto di famiglia è materia di competenza degli Stati e non della Federazione, così ognuno di essi pone la propria disciplina in piena autonomia, fatto salvo quanto previsto dalla Costituzione.

[41] Il 1° settembre 2001 si è insediata la *European Commission on Family Law*, con lo scopo di arrivare a formulare dei principi di diritto di famiglia utili per l'armonizzazione. Sito web http://www2.law.uu.nl/priv/cefl.html.

[42] Riferimento a Z. BAUMANN, *Modernità liquida*, traduzione italiana di S. MINICUCCI, Roma-Bari, 2002.

È vero infatti che l'odierna società è caratterizzata ormai da evidente globalizzazione, nonché da notevoli flussi migratori che muovono dai Paesi meno ricchi verso quelli più sviluppati, alla ricerca di migliori condizioni di vita, ciò che comporta che i vari ordinamenti vengano sempre più in contatto e, spesso, in collisione.

Certamente, il migrare dei popoli da un Paese all'altro, che si traduce nell'esercizio di quel fondamentale diritto alla libertà di circolazione, posto alla base dell'ideale europeo, sin dagli esordi del 1957, avrebbe dovuto far sì, come naturale conseguenza, che l'individuo potesse portare con sé, in ogni luogo, la sua personalissima ed immutabile identità, conservando il medesimo prenome ed il medesimo cognome.

Questo invece non è sempre vero. Come si è evidenziato, l'evoluzione dei singoli ordinamenti si sviluppa in maniera autonoma, seguendo linee spesso simili, ma non parallele.

Così, come spesso accade nel panorama europeo e comunitario, «mentre Roma discute, Sagunto finisce espugnata»[43]. Infatti, le tendenze degli ultimi anni alla eliminazione di ogni tipo di discriminazione in ragione del sesso, hanno condotto la maggior parte degli ordinamenti dell'area comunitaria a ribaltare il precedente modello, pressoché uniforme, con le eccezioni di Spagna e Portogallo, che vedeva rispettata la consuetudine della trasmissione ai figli del cognome paterno.

Motore principale della spinta riformatrice, che conduce anche la Spagna a mutare le *rationes* della sua particolare disciplina, è l'esigenza antidiscriminatoria, più volte affermata negli strumenti convenzionali, speculari ad una maturazione, in senso evolutivo, del sentire giuridico e sociologico.

Gli ordinamenti afferenti all'Unione, almeno per la maggior parte, adempiono, a partire dalla fine degli anni '80, all'impegno assunto.

Così, al modello precedente, se ne sostituiscono tre.

L'uno, quello spagnolo, che assegna ai figli entrambi i cognomi e disciplina la scelta di quello da tramandare alle successive generazioni; l'altro, quello tedesco, che attribuisce ai figli un solo cognome, denominato familiare, scelto tra quelli dei genitori; a metà strada si situa il modello più recente, quello francese, che consente ai genitori di attribuire ai figli il cognome del padre, quello della madre o entrambi, nell'ordine da essi stessi scelto.

Sarà forse proprio per l'imbarazzo provocato dall'ampia scelta di modelli giuridici disponibili, che l'Italia, in compagnia del Belgio, si sta ancora faticosamente trastullando in un atteggiamento di inadempienza.

[43] *Dum Romae consulitur, Saguntum expugnatur*, Tito Livio, Storie, XXI, 7.

5.1. Il modello spagnolo

Il primo modello che viene in evidenza, proprio per essere quello di più antica tradizione, è il modello spagnolo, che utilizza il sistema del doppio cognome, analogamente applicato in Portogallo ed in alcuni Paesi del Sudamerica, come il Brasile.

Nell'originaria impostazione del *Código Civil* spagnolo del 1889, all'art. 109, il doppio cognome da attribuire al nuovo nato, era composto dalla prima parte del cognome paterno, cosiddetto *primer apellido* e dalla prima parte di quello materno. Quest'ultimo aveva però un carattere, per così dire, recessivo, dal momento che si poteva poi trasmettere solo la prima parte del proprio cognome e, quindi, il patronimico.

Al fine di temperare questa regola, in forza della quale il cognome della madre, pur se trasmesso al figlio, era inesorabilmente destinato a sparire nella seconda generazione, vanificando il tentativo di non discriminazione, con la prima legge di riforma del diritto di famiglia, *Ley* del 13 maggio 1981, n. 11 e la *Ley* 40/99 *de 5 de noviembre*[44], «Sobre nombre y apellidos y orden de los mismos», attualmente vigente, la scelta dell'ordine dei cognomi è stata rimessa ai coniugi, lasciando però una reminiscenza del vecchio sistema, giacché in caso di disaccordo, si applica la disciplina della legge generale, che prevede la precedenza del cognome paterno su quello materno. In entrambi i casi, il figlio ha la possibilità di modificare l'ordine dei cognomi al raggiungimento della maggiore età.

Si può dunque osservare, che nonostante la modifica, l'art. 109 continua ad essere discriminatorio nei confronti delle donne, che non potranno mai trasmettere il proprio cognome alle generazioni successive in assenza di un accordo con il marito o compagno o di una successiva scelta del figlio maggiorenne.

L'art. 108 del *Código Civil*, pone, inoltre, l'equiparazione a tutti gli effetti, della "filiazione matrimoniale" alla filiazione "fuori dal matrimonio", nonché all'adozione.

Si può constatare come in un lasso di tempo molto breve, non più di due o tre decenni, l'evoluzione dell'ordinamento giuridico spagnolo abbia compiuto un indiscutibile progresso, modificando il contesto normativo ancora ispirato al carattere patriarcale della famiglia e alla discriminazione fra figli legittimi e naturali.

[44] V. CARFI (a cura di), *Abbandono del patronimico: Corte di Cassazione vs Corte Costituzionale*, in C. HONORATI, *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, Milano, Giuffrè Editore, 2010, pp. 60 e ss.

La novellata *Costituzione spagnola*, sancisce l'assoluta parità tra i coniugi, stabilendo, all'art. 32, c. 1, che «l'uomo e la donna hanno il diritto di contrarre matrimonio in condizione di totale uguaglianza giuridica».

Con la riforma, il governo *Zapatero*, ha preferito privilegiare la sostanza piuttosto che la forma, con l'obiettivo di recuperare così i decenni di ritardo ormai maturati dalla Spagna, rispetto agli altri Paesi europei[45]. Non così era, però, per la normativa sul cognome, ove il Paese può vantare un primato.

Con una notazione frivola, si vuole evidenziare che se la Spagna non avesse avuto questa antica tradizione, il mondo non avrebbe mai avuto un *Picasso*, ma un meno originale *Pablo Ruiz.*

5.2 Il modello tedesco

Il secondo modello è quello tedesco del "cognome di famiglia", *Familienname*.

Già nella sua formulazione originaria, il *BurgherlichesGesetzBuch*, prevedeva che la moglie ed i figli assumessero il cognome del marito-padre, così che la famiglia fosse identificata con un unico cognome.

Tale sistema venne modificato al fine di garantire il rispetto del principio di uguaglianza dei coniugi e così in Germania, già con la *EhereformG* del 14 giugno 1976, il § 1355 del *BGB* imponeva ai coniugi di scegliere, tra i loro cognomi, quello destinato ad essere il nome familiare comune, indicandolo al momento della celebrazione del matrimonio, all'ufficiale di stato civile.

In mancanza di un accordo era però prevista la prevalenza del cognome paterno per i figli comuni, mentre ai coniugi veniva lasciata la possibilità di aggiungere o di posporre al cognome comune, quello proprio di nascita.

Tale disciplina veniva travolta da una nota sentenza del 5 marzo 1991 del *BundesVerfassungsGericht*, la Corte Costituzionale tedesca, che dichiarava l'incostituzionalità del § 1355, per incompatibilità con l'art. 3, c. 2 del *Grundgesetz*, nella parte in cui, in mancanza di accordo, imponeva il cognome del marito, intravedendo in tale regola un *vulnus* al divieto di discriminazione.

Il giudice costituzionale collega la questione alla esistenza di un *Grundrecht*, che ha per contenuto il cognome, come riflesso della personalità

[45] C. LASARTE ALVAREZ, *Il diritto di famiglia spagnolo: linee della riforma*, in "Familia", 2006, p. 545 e ss.

e dell'identità personale, il quale, nella nuova visione della Corte, prevale sulla garanzia dell'unità familiare, imposta dall'art. 6 *GG*, poiché integra un diritto della personalità fondato direttamente sull'art. 2 *GG*.

La Corte, peraltro, come previsto in quell'ordinamento, dettava una disciplina transitoria, in attesa di un intervento legislativo che colmasse la lacuna creata dal suo intervento: in caso di inerzia dei coniugi nella scelta del cognome di famiglia, ciascuno avrebbe mantenuto il proprio, mentre i figli avrebbero acquistato il doppio cognome nell'ordine deciso dalla sorte, eliminando così in radice qualsiasi elemento di disuguaglianza tra le posizioni dei coniugi. Tale sistema ha avuto vita breve.

Con legge del 16 dicembre 1993, entrata in vigore il 1° aprile 1994, è stato modificato, fra gli altri, il § 1616 del *BGB*.

La nuova disciplina impone ai coniugi di concordare il nome familiare e di sceglierlo tra il cognome di nascita del marito e quello della moglie. Essi possono, comunque, mantenere il proprio cognome, eventualmente anteponendo o aggiungendo quello familiare.

Ove, entro un mese dalla nascita del figlio, i genitori non abbiano compiuto la scelta, il *Familiengericht* trasferisce ogni potere decisionale in capo ad uno soltanto di essi e, trascorso inutilmente il termine fissato per l'esercizio del diritto di scelta, il figlio acquista il cognome del genitore al quale tale diritto era stato trasferito.

L'evoluzione giurisprudenziale in materia, nell'esperienza tedesca, sembra segnalare l'emersione di una conflittualità soprattutto in due ambiti: quello che vede l'interesse dell'ex coniuge di conservare il cognome dell'altro, eletto a cognome familiare e quello che tutela l'interesse del figlio di assumere il cognome familiare del genitore affidatario che abbia contratto, dopo il divorzio o l'annullamento, un nuovo matrimonio[46].

[46] Basta scorrere i repertori per rendersi conto che il profilo maggiormente affrontato dalle Corti risulta essere quello concernente la possibilità, per il coniuge divorziato, di utilizzare, in un nuovo rapporto coniugale, il cognome di famiglia del precedente rapporto, corrispondente al cognome di nascita dell'ex coniuge. Su questo argomento si registra un capovolgimento interpretativo del *BundesVerfassungGericht*, che con una sentenza del 18 febbraio 2004, ha ritenuto che la previsione secondo la quale «il cognome familiare può essere conservato dai coniugi anche dopo lo scioglimento del vincolo, purché e fino a che non si passi a nuove nozze», deve ritenersi in contrasto con l'art. 2, c. 1, *GG*, letto in combinato disposto con l'art. 1 della stessa *Legge Fondamentale*, nella parte in cui esclude che il coniuge possa definire, quale cognome coniugale, anche quello acquisito come *Familienname*, con il precedente matrimonio». Afferma la Corte che la tutela del nome scelto ed acquisito con il matrimonio non è limitata alla durata del rapporto matrimoniale, giacché esso entra nel diritto della personalità del titolare; pertanto la tutela è «ultrattiva» rispetto al matrimonio, non potendosi ritenere il cognome acquisito una sorta di cognome di rango inferiore rispetto a quello originario. Pur tenendo conto delle riserve del coniu-

Il legislatore è stato quindi indotto ad armonizzare le disposizioni legislative con la *Costituzione,* nel termine perentorio del 31 marzo 2005 ed a mutare il disposto del § 1355, c. 2, *BGB*, che ora recita: «I coniugi possono indicare come cognome coniugale, mediante dichiarazione all'ufficiale di stato civile, o il cognome di nascita del marito o della moglie, oppure il cognome portato da uno di essi al momento della dichiarazione di scelta del cognome coniugale».

Per quanto concerne i figli, varie sono le situazioni portate all'attenzione delle corti.

Un primo profilo concerne la possibilità, per il coniuge affidatario, di scegliere da solo il cognome del figlio, senza cioè dover avere il consenso dell'altro genitore. Sul tema si rilevano decisioni contrastanti.

Per la giurisprudenza in base all'art. 10, c. 3, *EGBGB* il diritto di scelta del nome non costituisce un diritto del genitore *quia tales*, indipendente dalla disciplina dell'affidamento.

Un'importante disposizione in materia di *Familienname*, è quella contenuta al §1618 *BGB*: il genitore che contrae matrimonio ed a cui spetta, da solo o insieme all'altro, l'affidamento del figlio nato fuori del matrimonio, ed il coniuge di questi, che non sia genitore del figlio, se lo accolgono sotto il comune tetto *GemeinsamenHaushalt*, possono attribuirgli il proprio cognome coniugale, che può anche essere anteposto o aggiunto a quello portato dal figlio di uno dei due. Tuttavia, è necessario il consenso dell'altro genitore, quando questi è coaffidatario, oppure quando il figlio ne porta il cognome. Se questi ha compiuto cinque anni, è necessario anche il suo consenso. Infine, il c. 4, dispone che il giudice competente può sostituirsi al consenso dell'altro genitore, allorquando l'attribuzione o l'aggiunta del cognome, risponde all'interesse del bambino, *Kindeswohl*. Deve però ravvisarsi una necessità, non una mera utilità per l'interesse del figlio, perché il giudice possa decidere di sacrificare l'interesse, in via di principio, di pari rango dell'altro genitore al mantenimento dell'unità del cognome familiare. Occorrerà quindi verificare se l'attribuzione del nuovo cognome possa "destabilizzare" il minore, facendolo sentire "figlio di due genitori", ovvero se egli sente l'esigenza

ge divorziato e dei suoi discendenti, i quali possono percepire come offensivo che il loro cognome diventi comune ad una nuova coppia, i giudici sostengono che la *Costituzione* non sancisce un diritto all'esclusività del nome, pertanto, costituirebbe un'indebita disparità di trattamento il fatto che il coniuge che già ha rinunziato al proprio cognome, perda anche quello acquisito, in caso di nuove nozze. Per di più, siffatta discriminazione, opera a danno soprattutto della donna, dal momento che, in concreto, la scelta del cognome familiare ricade quasi sempre sul cognome del marito.

di entrare a far parte del nuovo nucleo familiare, per non sentirsi diverso dai fratelli acquisiti.

Il contenzioso sembra invece essere scarso, per quanto concerne la scelta e l'uso del cognome in costanza di rapporto di coniugio[47].

5.3 Il modello francese

Il terzo modello è quello fornito dall'ordinamento francese, che fino al 1985 ha conosciuto la regola, peraltro inespressa anche nel *Code Napoléon*, secondo cui il figlio prendeva il cognome del padre.

Nella versione originaria del *Code*, questi esercitava la patria potestà sui figli e godeva dell'usufrutto dei loro beni, fino al raggiungimento della maggiore età.

D'altra parte, gli erano imposti doveri di garanzia di un'educazione democratica e patriottica alla prole, per assicurare l'ordine sociale fondato sulla dignità, stabilità ed unità della famiglia.

Un eventuale non raggiungimento di questi obiettivi, autorizzava lo Stato a sostituirsi al padre con una disciplina inderogabile.

I figli naturali, erano destinatari di un trattamento fortemente sfavorevole, nella prospettiva di dover tutelare e garantire la stabilità e la dignità della famiglia legittima.

Quest'ultima era fondata ovviamente sul matrimonio, per il quale erano previsti due riti: quello religioso e quello civile, che doveva necessariamente precedere.

Il primo tentativo di temperare il *favor* nei confronti del patronimico, è stato introdotto dall'art. 43 della l. 23 dicembre 1985, n. 1372, con la quale, nel tentativo di creare un sistema più flessibile ed aderente ai desideri dei privati, il legislatore ha ammesso che i maggiorenni potessero aggiungere al proprio cognome, quello della madre che non lo aveva trasmesso, ma ciò esclusivamente *à titre d'usage*, e quindi, senza alterazione alcuna della regola della trasmissione patrilineare.

Il legislatore d'Oltralpe è nuovamente intervenuto per la riforma della materia, prima con la l. n. 2002/304 del 4 marzo 2002, «*Loi relative au*

[47] Simile a quella tedesca ante-riforma, è la disciplina austriaca. Secondo l'art. 93 *ABGB*, gli sposi devono portare un cognome familiare comune, da concordare prima o durante il matrimonio, che può essere quello dello sposo o quello della sposa, ma non la combinazione dei due cognomi. Qualora non venga operata alcuna scelta, il cognome del marito diventa, *ex lege*, quello comune di famiglia, come ultimo bastione del patriarcato e viene attribuito ai figli legittimi. In Austria si applica il principio dell'acquisizione del cognome al momento della nascita, ai sensi di legge. Ciò significa che eventuali cambiamenti del cognome dei genitori non avranno alcuna influenza sul cognome del bambino.

nom de famille», e successivamente con la l. n. 2003/516 del 18 giugno 2003.

In vigore dal 1° gennaio 2005, la nuova legge ha subito ulteriori ritocchi con l'*Ordonnance* n. 2005/759, in vigore dal 1° luglio 2006[48].

Con la nuova normativa i francesi hanno abrogato la legge del 6 Fruttidoro dell'anno II, il 1793, che stabiliva l' assegnazione automatica del cognome paterno alla discendenza.

«Lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de ses deux parents au plus tard le jour de la déclaration de sa naissance ou par la suite mais simultanément, ces derniers choisissent le nom de famille qui lui est dévolu: soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux. En l'absence de déclaration conjointe à l'officier de l'état civil mentionnant le choix du nom de l'enfant, celui-ci prend le nom de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie en premier lieu et le nom de son père si sa filiation est établie simultanément à l'égard de l'un et de l'autre».

Questa la formulazione, attualmente in vigore, del novellato art. 311, *1er alinéa*, la quale consente ai genitori che effettuano la dichiarazione di nascita contemporaneamente, di poter scegliere di attribuire al proprio figlio sia il cognome paterno che quello materno, sia i loro due cognomi posti nell'ordine scelto da loro, nel limite di un cognome per ciascuno[49]. In mancanza di scelta o in caso di disaccordo, la regola è quella dichiarata incostituzionale dalla Corte Costituzionale tedesca nel 1999: il figlio assume il cognome del padre qualora riconosciuto contestualmente dai genitori. Il cognome attribuito al primo figlio con le suddette modalità, *ex art. 311-21, 3^alinéa code civil*, si estende obbligatoriamente a tutti i figli cadetti.

Dal tenore delle predette disposizioni, si evince la completa parificazione tra figli legittimi e figli naturali, rispetto alla questione del cognome.

In Francia, la possibilità di modificare il proprio cognome, si lega all'esistenza di un interesse meritevole di tutela. La domanda in questione può essere supportata anche dal desiderio di evitare l'estinzione del co-

[48] In http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=1E9A90E3426B655760881AA2874B45DF.tpdjo08v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006150015&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20090526.

[49] Soluzione analoga è stata adottata dal legislatore del Lussemburgo, che nel 2005 ha approvato la nuova legge sul nome dei figli, prevedendo la possibilità per i genitori di scegliere se attribuire al figlio il cognome dell'uno, dell'altro o di entrambi, nell'ordine preferito o nell'ordine stabilito dalla sorte in caso di disaccordo.

gnome portato da un ascendente o da un collaterale, non oltre il 4° grado.

Ciò che desta maggiore interesse è la disposizione secondo la quale il cambiamento del cognome ha pieno effetto nei confronti dei figli del beneficiario, che abbiano meno di tredici anni.

Sembrerebbe, dunque, che il cambiamento del cognome in seguito ad un'azione di contestazione di stato sia automatica, salvo che per i maggiorenni.

Ma contro questa regola si è espressa la *Cour de Paris, 12 janv. 2006*, che ha concesso ad un'adolescente, protagonista di un'azione di contestazione del riconoscimento, di mantenere lo stesso cognome, grazie al consenso unanime dei genitori "putativi". Il superiore interesse del minore, ha portato i giudici a forzare il dettato della legge, sicché la dottrina ha già ipotizzato che la rigidità dell'art. 61-3 sarà mitigata dalla giurisprudenza, fino ad ammettere che in presenza dell'accordo dei soggetti interessati, il cambiamento del cognome non sia più una conseguenza automatica dei cambiamenti di stato.

Infine, per il coniuge il cui cognome non sia stato scelto come *nom de famille*, il legislatore francese predispone une *petite solution*: egli potrà aggiungere o anteporre al proprio il cognome dell'altro, ma solamente à *titre d'usage*.

5.4 Il modello inglese

E' interessante dare uno sguardo alla disciplina adottata nell'area di *Common Law.*

Non esistono, in Gran Bretagna, gli estratti di stato civile né altri registri equivalenti. Nemmeno vi sono regole specifiche concernenti l'attribuzione del cognome ai figli, pertanto, vige nell'ambito un'ampia libertà, rimessa all'autonomia dei genitori, investiti della *parental responsability*.

Il cognome del figlio può essere scelto fra quello materno e quello paterno o possono essere attribuiti entrambi, ovvero, addirittura, si può scegliere un cognome diverso da quello dei genitori. E' tuttavia prevalente l'attribuzione del cognome del padre.

Si desume, pertanto, che in via generale, nei Paesi anglosassoni, il problema della scelta del cognome viene affrontato con estrema elasticità. È riconosciuta, altresì, un'ampia libertà, a ciascun individuo, di modificare il proprio cognome, una volta raggiunta la maggiore età, purché non si rechi pregiudizio a terzi.

Il nuovo nome è valido ai fini dell'identità giuridica, si può utilizzare nei documenti ufficiali e figura nelle liste elettorali. Detta libertà non si è però tradotta, finora, in un gran numero di richieste di cambiamen-

to, tuttavia, si registra un aumento negli ultimi anni.

Esiste addirittura un servizio *on-line*, il *Deed poll service*, che per poche sterline è pronto a dar corso ad ogni tipo di richiesta. È sufficiente che i nuovi nomi siano pronunciabili, non siano numeri, né simboli e non sottintendano il possesso di titoli.

Al *Deed pool service* si rivolgono molti immigrati interessati ad anglicizzare prenomi e cognomi, per rendersi più socialmente accettabili.

Il *Times*, sulla scia di questo orientamento, ha pubblicato un curioso libro dei nomi per meglio indirizzare la scelta.

5.5 La disciplina svizzera

In Svizzera, l'art. 160 del *codice civile*, stabilisce che il cognome coniugale è quello del marito e che la sposa può dichiarare all'ufficiale di stato civile, di voler mantenere il proprio cognome, anteponendolo a quello coniugale. Ai sensi del successivo art. 270, se i genitori sono uniti in matrimonio, il figlio assumerà il cognome coniugale, in caso contrario porterà il cognome della madre.

Una particolarità di questo ordinamento è integrata dall'art. 30, c. 2, il quale prevede che i coniugi possano richiedere al governo cantonale, con istanza motivata, l'autorizzazione a portare il cognome della sposa. Tale istanza deve essere accolta se giustificata da motivi degni di rispetto[50].

5.6 La disciplina olandese

In Olanda la modalità di attribuzione del cognome fa maggior riferimento al legame individuale del minore con il contesto in cui vive, essendo previste varie forme legali di convivenza, anche fra *partners* dello stesso sesso.

Per sopperire alla mancanza di legami di filiazione fra il genitore sociale e il figlio del *partner*, la legge 30 ottobre 1997, ha adottato una decisione salomonica, consistente nel dissociare l'esercizio della potestà dalla qualità di genitore. In tal modo, il partner del genitore, che sia genitore di fatto o "sociale" rispetto al minore, può essere ammesso ad esercitare la potestà congiuntamente con il genitore. E' quindi previsto che si possa attribuire al minore il cognome del soggetto che, essendo con esso in stretta relazione, esercita la potestà, pur non essendo il genitore biologico.

[50] *XV Legislatura, Disegni di legge AA.SS. nn. 19, 26, 580*, in "Schede di lettura", Servizio studi del Senato, settembre 2006, n. 32. In www.senato.it.

Tuttavia, in una legislazione improntata alla più ampia libertà di forme di convivenza, ove l'attribuzione del cognome ai figli è fondata sul consenso, stupisce poi scoprire, che in caso di mancanza dello stesso, prevalga il cognome del padre, così azzerando, seppure nel caso specifico, l'avanguardia giuridica prima conquistata.

5.7 I paesi nordici

Da segnalare, tra le normative conosciute durante questa ricerca, un Paese in cui la legge prevede, invece, l'attribuzione del cognome della madre, in caso di mancanza di scelta di quello da attribuire al figlio.

Si tratta della Svezia, ove anche sono contemplate diverse forme di rapporti di coppia. In caso di matrimonio, non oltre la cerimonia, i coniugi devono comunicare alla stessa Autorità che l'ha celebrata, se abbiano deciso di mantenere ciascuno il proprio cognome, oppure se abbiano scelto uno dei due cognomi per entrambi.

Anche in Svezia e negli altri Paesi nordici, come Norvegia, Danimarca e Finlandia, vige il principio del perseguimento del superiore interesse del bambino, in qualsiasi decisione e sono state abolite le distinzioni tra figli legittimi e illegittimi, compresi gli stessi termini, per cui si parla solo di genitori e di figli.

Per le coppie unite in matrimonio, la paternità del marito è presunta ed entrambi esercitano la potestà. Chi ha la potestà sui figli, ha la facoltà ed il dovere di deciderne il nome, entro tre mesi dalla nascita. Se i genitori sono sposati ed hanno lo stesso cognome, questo viene automaticamente passato al figlio. Se invece essi hanno mantenuto i cognomi propri, oppure non sono sposati, il nuovo nato prende il cognome del fratello o sorella, nati prima di lui, altrimenti i genitori sceglieranno quale dei loro cognomi attribuire. La scelta deve essere notificata all'Autorità tributaria entro tre mesi dalla nascita del figlio. Se ciò non avviene, ed ecco l'eccezionalità della norma, si presume che il bambino abbia acquisito il cognome della madre[51].

6. *Il modello italiano*

6.1. Nel cognome del padre

L'Italia, insieme al Belgio, si distingue nel panorama giuridico europeo,

[51] E. BARTOLINI, *Svezia e Paesi nordici*, in *Il diritto di famiglia nell'Unione europea, Formazione, vita e crisi della coppia*, in *Collana Unione europea e diritto applicato*, diretta da M. LUPOI, Padova, Cedam, 2005, p. 455.

per essere fanalino di coda in ordine all'aggiornamento della legislazione concernente l'attribuzione del cognome alla nascita del proprio cittadino.

Infatti, il nostro sistema giuridico, prevede ancora l'attribuzione del cognome paterno al figlio nato in costanza di matrimonio, vale a dire, al figlio legittimo, ma anche al figlio naturale riconosciuto da entrambi i genitori[52].

La regola può essere considerata uno degli ultimi simulacri del previgente diritto di famiglia.

Si vuole *in primis* far notare, che non esiste nel nostro ordinamento una norma che imponga espressamente l'attribuzione del cognome paterno al figlio nato da un rapporto di coniugio.

La fonte della prassi secondo la quale ai nuovi nati è attribuito il cognome del padre, va dunque individuata nella lettura sistematica delle norme sulla filiazione, tenendo particolare conto del fatto che prima della riforma del diritto di famiglia , la donna perdeva il suo cognome nel momento in cui contraeva matrimonio, per assumere quello del marito, che diveniva, senza alcun dubbio, quello che identificava la famiglia. Con la riforma la posizione della donna in seno alla famiglia, è stata giuridicamente equiparata a quella dell'uomo. La moglie non è più in una posizione di inferiorità rispetto al marito, pertanto, il grande contenuto simbolico del quale il nome si faceva carico, post-riforma sembra non aver più ragion d'essere, poiché ne sono stati cancellati i presupposti.

Il legislatore ha abolito l'obbligo di assunzione, da parte della moglie, del cognome del marito, ma ne ha disposto, però, l'aggiunta al proprio. La donna coniugata, quindi, muta il proprio cognome, ampliandolo, secondo il disposto dell'art. 143 *bis*, *cc.*

La norma è rafforzata dall'art. 156 *bis*, il quale considera la possibilità che la moglie separata venga autorizzata dal giudice a non portare il cognome del marito.

In altri casi, invece, viene ritenuto lecito, anche dopo il divorzio, l'uso di tale cognome, quando con esso, nel campo professionale o nella vita di relazione, la donna abbia raggiunto un certo grado di notorietà[53].

[52] Il 29 novembre 2010 è stato approvato e presentato in Parlamento, il disegno di legge delega n. C. 3915, "Delega al Governo per la revisione della normativa in materia di filiazione", con il quale viene eliminata la distinzione, anche sul piano lessicale, tra figlio legittimo e figlio naturale, per giungere all'univoca definizione di "figlio". Il disegno di legge prevede anche l'eliminazione delle residue disparità prima vigenti sul piano successorio e dei legami parentali.

[53] A.C. JEMOLO, *Conservazione del cognome del marito nella donna divorziata*, in "Rivista Diritto Civile", 1979, II, p. 243; R. MOCCIA, *Uso ed abuso del cognome maritale dopo il divorzio*, osservazioni a Tribunale di Roma, 25 maggio 1985, caso *Marina Lante Della Rovere*, in "Foro italiano", 1986, I, c. 2321.

La regola è dunque da considerarsi una norma di sistema, anche se viene spesso definita, sebbene impropriamente, norma consuetudinaria.

Ma se la consuetudine è quella regola non scritta, dalla generalità dei consociati seguita, nella convinzione di osservare un precetto di legge, ebbene questa di cui ci occupiamo, non può essere considerata tale, giacché essa è imposta, per il tramite degli ufficiali di stato civile, senza che i singoli, che abbiano una diversa volontà, possano opporsi.

Una siffatta consuetudine sarebbe *contra legem*, in considerazione del fatto che il legislatore della riforma del diritto di famiglia ha delineato il nuovo modello di coppia su basi paritarie, in linea con il dettato costituzionale che fonda il matrimonio sull'uguaglianza dei coniugi.

Dobbiamo invece concludere che si tratti di una norma che si fa ancora discendere dal sistema giuridico vigente nel nostro Paese, poiché la "trasmissione" del cognome del padre è espressamente stabilita in alcune norme del *codice civile*, come l'art. 262, c. 1, che in materia di riconoscimento contestuale da parte dei genitori, dispone che il figlio naturale assuma il cognome del padre, in ragione di una evidente equiparazione della prole naturale riconosciuta alla prole legittima; mentre il c. 2 del medesimo articolo, dispone che in caso di riconoscimento successivo da parte del padre o di accertamento giudiziale di paternità, il figlio *può* assumere il cognome del padre, aggiungendolo o sostituendolo a quello della madre; l'art. 299, in tema di adozione di maggiorenne, prevede al terzo comma, che se l'adozione è compiuta da coniugi, l'adottato assume il cognome del marito; l'art. 237, c. 2, sul possesso di stato, pone tra gli elementi costitutivi, l'avere sempre portato il cognome del padre che si pretende di avere.

Citiamo, poi, la disposizione di cui all'articolo 72, c. 1, del *R.D.* 9 luglio 1939, n. 1238, che recava l'*Ordinamento dello Stato Civile*, il quale vietava di imporre al bambino lo stesso prenome del padre vivente, all'evidente scopo di evitare omonimie per avere essi già il medesimo cognome.

Infine, è necessario ricordare gli articoli 33, n. 1 e 34, n. 1, del *D.P.R.* 3 novembre 2000, n. 396, *Nuovo Regolamento dello Stato Civile*, che sostituisce interamente la precedente normativa, con i quali si dispone l'attribuzione al figlio legittimato del cognome del padre, salva l'opzione esercitabile dal soggetto maggiorenne, successivamente riconosciuto o legittimato, entro un anno dal mutamento.

Ecco che dal combinato disposto delle norme citate, si determina l'imposizione di una regola che pur non trovando corpo in una disposizione espressa, è tuttavia presente nell'ordinamento, in virtù della quale il cognome si estende *ipso jure* dal padre al figlio.

Per l'immanenza della regola così profondamente radicata nella so-

cietà, nessun legislatore ha mai sentito l'esigenza di formularla in una norma in maniera diretta ed esplicita, né mai ha ritenuto neppure necessario stabilire espressamente l'intrasmissibilità del cognome materno ai figli legittimi.

È anche possibile fornire un'ulteriore interpretazione della negligenza del legislatore, giacché, se la tradizione fosse stata trasposta in una norma, all'indomani dell'avvento costituzionale, questa sarebbe palesemente in contrasto con il principio di uguaglianza e con quello di parità fra i coniugi. Pertanto, la volontà di mantenere lo *status quo* non può che tradursi in un "non fare" del legislatore che denota, comunque, una precisa volontà.

La regola allora si configura come una sopravvivenza dell'istituto della potestà maritale, in ossequio ad una antica tradizione giuridica che trova origine nel diritto di famiglia romanistico, fondata sulla *agnatio*, un sistema di rapporti personali, familiari e successori che individuava nel *pater familias* l'unico soggetto di diritti e il signore assoluto dei beni dei membri della famiglia, incontrastato sovrano di quel piccolo organismo che era sostanzialmente la famiglia *agnatizia* romana[54].

L'impianto si pone in una condizione di incompatibilità con il principio di uguaglianza, formale e sostanziale, sancita dall'art. 3 della *Costituzione italiana*, ma anche dal successivo art. 29, che fonda il matrimonio sull'uguaglianza dei coniugi.

Uguaglianza sostenuta e continuamente riaffermata nelle *Convenzioni* e nei *Trattati internazionali*, di cui l'Italia è sottoscrittrice.

La questione dell'eredità simbolica continua, quindi, a essere un tassello mancante per il raggiungimento di una concreta e sostanziale parità di genere.

Tuttora il cognome rappresenta l'identità sociale dell'individuo e continua ad essere un simbolo di distinzione sociale.

Ma mentre in passato la distinzione riguardava prevalentemente lo *status* di figlio, legittimo o naturale, oggi che entrambi sono stati equiparati dal diritto positivo sotto tale profilo, la distinzione si sposta a monte, fra coniugi.

Infatti, se da un lato la donna acquista il diritto alla conservazione della propria identità sociale, dall'altro lato, continua a venirle negata il la possibilità di trasmettere la propria ascendenza e perpetrare la trac-

[54] L. DI GAETANO, *Attribuzione del cognome della madre al figlio legittimo. Un intervento del legislatore ormai improcrastinabile*, in "Giustizia Civile", Anno LVII, Fasc. 5, Milano, Giuffrè Editore, 2007, secondo la quale il *pater familias* esercitava lo *jus ac necis* e *lo jus vendendi* nell'ambito familiare, alla stregua di un sovrano.

cia di sé, pur generando ella stessa la discendenza.

Ciò si pone in evidente contrasto con il citato art. 2 della *Costituzione*, che si caratterizza come norma a fattispecie aperta, diretta a recepire e garantire le esigenze di tutela della persona, sottolineando il diritto all'identità personale, del quale il diritto al nome è il primo e più immediato elemento caratterizzante.

6.2 Le norme del regolamento dello stato civile

Il nome viene attribuito alla nascita, la quale costituisce il primo degli eventi fondamentali della vita, che, insieme al matrimonio, alla cittadinanza e alla morte, sono per legge annotati nei Registri dello Stato civile, tenuti in ogni Comune della Repubblica, a norma dell'art. 1, c. 1, dal *D.P.R.* 3 novembre 2000, n. 396.

Lo *status* del neonato viene determinato dalla formazione dell'atto di nascita: è figlio legittimo il bambino nato da genitori uniti fra loro in matrimonio valido agli effetti civili, è figlio naturale il bambino nato da genitori non coniugati fra loro.

In tale ultimo caso, il riconoscimento può avvenire ad opera dell'uno o dell'altro dei genitori o di entrambi, ovvero non avvenire affatto.

Secondo un sistema di presunzioni legali assolute e relative, dettate dagli artt. 231 e 232 del *cc,* si presume che il marito sia il padre del figlio nato nel periodo dal 180° giorno dopo la celebrazione del matrimonio al 300° giorno dopo lo scioglimento, annullamento o cessazione degli effetti civili, ciò che conduce alla filiazione legittima e quindi all'attribuzione del cognome del padre.

Pur non trattandosi di una verità incontrovertibile, la norma pone una realtà giuridica: «il marito è padre del figlio concepito durante il matrimonio», che può essere modificata in sede giudiziaria mediante azione di disconoscimento di paternità.

Quando il riconoscimento del padre avviene in un momento successivo rispetto a quello della madre, di cui dunque ha assunto il cognome, il figlio, se maggiorenne, potrà decidere se conservare il cognome materno o assumere quello paterno, aggiungendolo o sostituendolo. Se il figlio è minore di età, sarà il Tribunale per i Minorenni a stabilirne il cognome.

Nel caso di figlio naturale non riconosciuto, il cognome viene attribuito dall'Ufficiale dello Stato Civile ai sensi dell'art. 29, c. 5, dell'*Ordinamento*.

Una problematica particolare riguarda la possibilità di riconoscimento di un figlio naturale da parte di una donna coniugata.

Secondo un orientamento giurisprudenziale relativamente recente, lo *status* di figlio legittimo si acquisisce con la formazione dell'atto di

nascita nel quale viene dichiarato tale. Se nella formazione dell'atto, viene dichiarato naturale, questo diviene il suo *status* anche se la madre è in costanza di matrimonio.

Con ciò è stato affermato il superamento del principio della legittimazione a vantaggio della verità.

6.3 Il cambiamento del cognome

Seppure riconosciuto immutabile ed indisponibile, vi sono casi, previsti dall'ordinamento, in cui è possibile procedere al cambiamento o all'aggiunta del prenome e del cognome.

Proprio perché l'identità di una persona ne costituisce l'"abito" più importante, che s'indossa ogni giorno per tutta la vita e si esibisce in ogni occasione di relazione sociale, professionale o familiare, il portatore dovrebbe con esso sentirsi a proprio agio, proprio come in un vestito fatto su misura.

Sarebbe un disagio psicologico enorme se si fosse costretti a portare un cognome che il soggetto riconosca come ridicolo, senza alcuna possibilità di poterlo cambiare.

Ecco che l'ordinamento riconosce questa esigenza come meritevole di tutela ed appresta il rimedio dettandone le regole.

Si tratta tuttavia, di previsioni di carattere eccezionale, proprio a sottolineare il significato del prenome e del cognome quali elementi fondanti e fondamentali dell'identità personale di un individuo.

I cambiamenti, dunque, possono essere ammessi solo in presenza di situazioni oggettivamente rilevanti, supportate da adeguata documentazione e da solide e significative motivazioni e non semplicemente per motivi di gradimento.

L'istanza per il cambiamento del prenome o per l'aggiunta al proprio di un altro prenome, ovvero per il cambiamento del cognome perché ridicolo, vergognoso o perché rileva origine illegittima, va inoltrata alla Prefettura. E' prevista una procedura che ha come conclusione l'emanazione di un decreto che diviene definitivo in assenza di opposizioni.

6.3.1 L'aggiunta del cognome materno

Per le richieste di cambiamento del solo cognome per motivazioni diverse da quelle suindicate, ovvero di aggiunta al proprio di altro cognome, competente a pronunciarsi, è il Ministero dell'Interno. E' opportuno rilevare che il maggior numero di tali istanze, circa millecinquecento l'anno, riguardano proprio l'aggiunta del cognome materno. Queste, per lungo tempo, sono state valutate favorevolmente solo nel caso di sus-

sistenza di valide motivazioni di carattere morale o materiale.

Oggi l'orientamento del Ministero dell'Interno va verso la favorevole definizione di tali procedimenti, che si determinano *de plan*, proprio per aver rilevato che l'esigenza di aggiungere al proprio il cognome della madre, è ormai assolutamente diffusa .

Il direttore della Direzione Centrale per i Servizi Demografici, sentito in Commissione II Giustizia il 7 luglio 2009, nell'ambito dell'esame, in sede refente, delle proposte di legge C 36 ed altre abbinate, recanti disposizioni in materia di cognome dei figli, ha espresso parere positivo per la modifica delle legge.

Anche la giurisprudenza, chiamata ad esprimersi sul corretto esercizio del potere della pubblica amministrazione, ha annullato un provvedimento di diniego dell'aggiunta del cognome materno , richiesto per ragioni affettive dal figlio quindicenne, con il consenso del padre, da tempo separato dalla madre.

I giudici, tuttavia, distinguono tra aggiunta e sostituzione del cognome. Mentre alla prima soluzione viene attribuita valenza positiva, in quanto tende ad introdurre un ulteriore elemento identificativo, la seconda ha invece un'accezione negativa, perché diretta all'eliminazione di un segno distintivo.

Pertanto, viene dato il giusto peso, all'interesse della madre a veder identificato il figlio anche con il proprio cognome, insieme a quello paterno.

6.3.2 La correzione del cognome per i nati all'estero

La problematica del cognome comprende anche quella della correzione del cognome per i nati all'estero, quando si tratta di atti di nascita stilati in Paesi che adottano una normativa diversa dalla nostra, di soggetti con doppia cittadinanza oppure di matrimoni tra cittadini di stati diversi.

L'art. 98, c. 2, del *DPR* 396/2000, prescrive che l'ufficiale di stato civile che riceve per la registrazione un atto di nascita relativo ad un cittadino italiano nato all'estero, al quale sia stato imposto un cognome diverso da quello spettante per la legge italiana, provvede, d'ufficio o su istanza di chiunque ne abbia interesse, alla correzione dell'atto, dandone immediata comunicazione al Prefetto, al Procuratore della Repubblica e agli interessati.

L'applicazione di questa norma anche ai cittadini muniti della doppia cittadinanza, è stata definitivamente superata a seguito del notevole contenzioso sviluppatosi sul tema. Soprattutto, a determinare finalmente la modifica della testarda interpretazione del Ministero dell'Interno, è stata la famosa sentenza *Garcia Avello* della Corte di Giustizia europea,

la quale, pur avendo ribadito che le norme che disciplinano il cognome rientrano nella competenza degli Stati membri, ha statuito che l'ordinamento interno deve consentire all'interessato la possibilità di richiedere alle autorità amministrative competenti un provvedimento che permetta di conservare il cognome acquisito al momento della nascita.

La problematica concernente gli stranieri ha provocato l'acceso intervento dell'*ASGI*, Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione, che ha preso posizione contro la prassi seguita dal Ministero dell'Interno in sede di adozione del decreto di concessione della cittadinanza italiana.

L'*ASGI* rappresenta una casistica rilevante di correzioni del cognome, poiché diversi ordinamenti stranieri differiscono da quello italiano rispetto alla relativa attribuzione. L'Associazione, nel ritenere la prassi seguita non conforme ai principi costituzionali, alle norme internazionali e alle norme di diritto internazionale privato, richiama il contenuto del diritto al nome, come affermatosi negli anni recenti, proponendo al Ministero una lettura combinata e costituzionalmente orientata delle norme ed afferma che la modifica coattiva del cognome, a prescindere dalla volontà dell'interessato, non possa essere consentita.

Opportuna la precisazione in merito all'art. 1, c. 2 della *Convenzione di Monaco* del 1958, posta a fondamento del contestato operato, secondo il quale, in caso di cambiamento della nazionalità, viene applicata la legge dello Stato di nuova cittadinanza. In realtà, come più volte indicato dalla giurisprudenza di merito, «il cambiamento di nazionalità cui fa riferimento il c. 2 dell'art. 1 della *Convenzione* [di Monaco] deve essere inteso solo per il futuro, ovvero solo per quelle vicende che si verificano dopo l'acquisizione della nuova cittadinanza, mentre non può autorizzare a modificare arbitrariamente e retroattivamente il nome del nuovo cittadino».

La tesi è condivisibile, poiché la legge italiana diviene "nuova legge nazionale del soggetto" nel momento in cui il decreto di concessione della cittadinanza diviene efficace e cioè nel momento in cui il soggetto presta giuramento, quindi dopo che il provvedimento concessorio è stato formato.

Fino a tale momento la legge nazionale del soggetto è ancora quella dello stato di origine[55].

[55] Una delle tante testimonianze delle difficoltà conseguenti al mutamento di generalità, in cui sono incorsi tanti neo-cittadini italiani, è quella di Leonardo Barcelò, Consigliere del Comune di Bologna, di origine cilena, che nel suo Paese si chiamava Leonardo Barcelò Lizana. In "*Stranieri e anagrafe, parte da Bologna la guerra dei cognomi*", Superabile.it, 12 maggio 2009, su http://www.cognomix.it/articolo_leggi_59.php.

7. Evoluzione del contenuto del diritto al nome

Il nome, una volta attribuito, entra nel patrimonio giuridico del soggetto, lo denota e lo colloca nel complesso dell'umanità. È un bene immateriale che, di norma, gli appartiene nella vita, ma nella morte gli sopravvive; per la tutela che l'ordinamento gli appresta, è anche suscettibile di essere quantizzato economicamente, a seguito, per esempio, di azione di risarcimento dei danni per usurpazione[56].

Nell'ordinamento italiano, il diritto al nome viene considerato e tutelato, a norma della *Costituzione*, quale diritto irrinunciabile ed inviolabile del quale nessuno può essere privo o privato.

La dottrina prevalente considera il nome, tranne i casi per i quali la legge consente il cambiamento, immutabile.

Tale immutabilità è protetta non soltanto nell'interesse pubblico, ma anche nell'interesse individuale nei confronti dello Stato.

Invero, il diritto al nome emerge in tempi alquanto recenti ed è frutto di una lenta evoluzione.

Da una lettura "pubblicistica", che lo proteggeva come strumento per tutelare l'ordine pubblico, attraverso l'esatta individuazione dei suoi consociati, si è passati ad una lettura "sociale" del nome, inteso come segno distintivo della comunità elementare costituita dalla famiglia, ove esso denota verso l'esterno l'appartenenza al medesimo nucleo familiare.

Solo in tempi relativamente recenti la giurisprudenza ha seguito la

[56] Tuttavia, la composizione del nome è indipendente dalla volontà del titolare. La scelta del prenome è, infatti, appannaggio dei genitori, Non a caso, nella tradizione italiana, si parla di "imposizione" del nome, prima espressione della potestà sui figli che la legge attribuisce ai genitori fino alla maggiore età. La scelta dei genitori vede solo pochi limiti: è vietato imporre al neonato lo stesso nome del padre, di un fratello o di una sorella viventi, di un cognome come nome, nomi ridicoli o vergognosi, ma se il dichiarante insiste nel voler attribuire uno dei nomi in violazione dei predetti divieti, l'ufficiale di stato civile dovrà comunque accettare la dichiarazione e formare l'atto di nascita, salvo darne immediata comunicazione al Procuratore della Repubblica, affinché promuova il giudizio di rettificazione. Il prenome può essere composto di non più di tre elementi che costituiscono, comunque, un solo prenome, da indicare in tutti i documenti e deve corrispondere al sesso, in maniera da non creare equivoci alla luce della tradizione e dell'uso in Italia, con talune eccezioni. Il legislatore ha inteso che l'interesse pubblico prevalga su quello dei genitori alla libera scelta. Il caso più eclatante è quello relativo al prenome Andrea, che in Italia ha valenza maschile, mentre in altri paesi è usato come prenome femminile. Al fine di contemperare gli interessi il Ministero dell'Interno ha disposto che in aderenza alla prassi già consolidata relativa al nome Maria, che viene imposto anche a minori di sesso maschile, purché sia preceduto da un primo elemento onomastico chiaramente maschile, ad esempio: Enrico Maria, si possa ritenere che nulla osti a che un nome tradizionalmente maschile possa essere imposto ad una bambina, purché dopo un elemento onomastico chiaramente femminile, ad esempio: Francesca Andrea.

dottrina nell'affermazione che, accanto alla funzione di natura pubblicistica ed a quella sociale, il diritto al nome rientra nel più ampio ed eterogeneo novero dei diritti della personalità.

Il primo riconoscimento esplicito in questo senso, da parte della Corte Costituzionale, si ha con una sentenza del 1994[57], nella quale si afferma che il nome svolge anche la funzione di strumento identificativo della persona e che, in quanto tale, costituisce parte essenziale ed irretrattabile della sua personalità.

La suprema Corte, nella sentenza *de qua,* sottolinea come nel nostro ordinamento l'attribuzione del cognome e' ordinariamente conseguente al possesso di uno *status familiae*. Infatti, quando l'art. 6 del *cc* dispone: «Ogni persona ha diritto al nome che le è per legge attribuito», non rinvia a norme che disciplinano direttamente l'acquisto del nome, bensì a norme che regolano in genere il riconoscimento di uno *status* e che prendono in esame tutte le possibili vicende in tema di filiazione legittima, naturale, legittimazione e adozione.

Nel caso di specie la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 165 del *RD* 9 luglio 1939, n. 1238, recante l'*Ordinamento dello stato civile*, nella parte in cui non prevede che, quando la rettifica degli atti dello stato civile, intervenuta per ragioni indipendenti dal soggetto cui si riferisce, comporti il cambiamento del cognome, il soggetto stesso possa ottenere dal giudice il riconoscimento del diritto a mantenere il cognome originariamente attribuitogli, ove questo sia ormai da ritenersi autonomo segno distintivo della sua identità personale.

La Corte riflette sulla gravissima confusione e sull'incertezza dei rapporti giuridici che un cambiamento di cognome in età avanzata sarebbe suscettibile di generare, sì da rendersi immediatamente conto della coincidenza, sotto tale profilo, tra l'interesse generale alla certa e costante identificazione delle persone e quello individuale al mantenimento di un cognome, ormai divenuto irreversibile segno distintivo dell'identità personale.

Il nome, dunque, non è soltanto strumento di identificazione, ma è un bene inerente l'identità della persona. Esso è espressione dell'intera, complessa personalità morale, intellettuale e sociale di chi lo porta tanto da esserne considerato parte e non si dubita che sia uno dei diritti fondamentali della persona, coperto dalla garanzia dell'art. 2 della *Costituzione*.

Si tratta, come efficacemente e' stato osservato, del diritto ad essere se stesso, inteso come rispetto dell'immagine di partecipe alla vita as-

[57] *Corte Costituzionale*, sentenza del 3 febbraio 1994, n. 13, consultabile sul sito web http://www.giurcost.it/.

sociata, con le acquisizioni di idee ed esperienze, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano, ed al tempo stesso qualificano, l'individuo.

Nel cognome si condensa la "fama" della persona, poiché attraverso di esso ogni soggetto diviene partecipe della posizione sociale e della tradizione del proprio ceppo di appartenenza, garantendosi così il complesso della corrispondente reputazione familiare[58].

Nello stesso senso la giurisprudenza ritiene che il diritto di ciascuna persona al nome sia personalissimo e intrasmissibile e, come tale, rientra nella categoria dei diritti soggettivi assoluti, correlati ad attributi essenziali della personalità.

Proprio perché per disposizione di legge il nome non può mai mancare, esso rientra nei diritti irrinunciabili e necessari. Ecco che il diritto al nome è qualificato anche come indisponibile.

Può verificarsi che ci siano individui talmente poveri ed indigenti da non avere, talvolta, alcun diritto su beni materiali o verso altre persone, ma questi potranno sempre vantare il diritto al nome.

Le norme, tuttavia, mentre fortemente affermano tutela e garanzia, nulla statuiscono sulle modalità di attribuzione, anzi, da esse si rileva che il momento attributivo è preliminare al sorgere del diritto al nome.

Tale diritto si acquista con la nascita. La sua titolarità è riconosciuta anche alle persone giuridiche, ciò che assume notevole importanza nel diritto commerciale, giacché consente di individuare l'identità e la natura dei vari operatori, ma anche nel diritto pubblico, in ragione della riconoscibilità di ogni singolo ente.

8. *Il cammino della giurisprudenza*

Ormai da tempo dai singoli giunge una spinta notevole verso il cambiamento della patrilinearità della famiglia, anche in conseguenza delle forti interferenze che giungono dagli ordinamenti stranieri, facilitate dal movimento dei popoli.

Poiché il legislatore mostra di non avere sufficiente sensibilità nei confronti del problema, è la giurisprudenza che diventa il registro naturale del cambiamento che avviene nella società civile, diventando volano intermedio con le istituzioni politiche. Sono dunque i cittadini, che eser-

[58] Ciò può anche verificarsi in senso negativo, qualora la reputazione portata dal cognome non sia affatto positiva. Causa l'immutabilità del cognome, il soggetto si troverà, sin dalla nascita, ad essere individuato *in malus* in seno alla collettività di appartenenza.

citando la loro azione, singola o di coppia, provocano le decisioni delle corti, che spingono a riaprire la questione.

Innumerevoli sono ormai le pronunce dei giudici di ogni ordine e grado, ma l'ultimo intervento della Corte Costituzionale ha minato le fondamenta del principio applicato in Italia in ordine all'attribuzione del cognome, tale da far pensare che il legislatore non potesse più procrastinare oltre il suo intervento.

Così non è stato. La sentenza cui si fa riferimento, la n. 61, risale ormai al 16 febbraio 2006.

In realtà, la questione di legittimità, sollevata in riferimento agli articoli 2, 3 e 29, c. 2 della *Costituzione*, degli art. 143 *bis*, 236, 237 c. 2, 262, 299 c. 3 del *cc* e degli articoli 33 e 34 del *DPR* 396/2000, che impongono che il figlio legittimo acquisti automaticamente il cognome del padre, anche quando vi sia una diversa volontà dei coniugi legittimamente manifestata, è stata dichiarata inammissibile «a ragione della pluralità delle opzioni prospettabili, la scelta tra le quali non può che essere rimessa al legislatore».

Ciononostante, la Corte ha rimarcato che «l'attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna» ed ha ancora una volta ribadito la necessità di un intervento legislativo, posto che «l'intervento che si invoca con l'ordinanza di remissione richiede un'operazione manipolativa esorbitante dai poteri della Corte».

Nella sentenza vengono, altresì, richiamati i vincoli, che non possono essere obliterati, che derivano all'Italia dalle fonti internazionali e dalle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, ai quali i maggiori Paesi europei si sono già adeguati, che impongono la piena realizzazione dell' uguaglianza tra padre e madre, anche nell'attribuzione del cognome.

Può sostenersi che la Corte, con l'ordinanza di che trattasi, abbia tracciato un solco, affermando a chiare note che taluni principi appaiono oggi disarmonici, in una società che ha subito mutamenti radicali e ha riconosciuto implicitamente la non conformità dell'attuale disciplina ai valori costituzionali.

La Corte Costituzionale ha rigettato la questione di legittimità postale, non tanto perché non ne abbia ravvisato la fondatezza, che invece pare ampiamente riconosciuta, ma solo perché l'accoglimento avrebbe comportato un vuoto normativo in un ambito così delicato, com'è quel-

lo dell'identità personale, ed in considerazione che le possibili alternative allo *status quo* presentano un ventaglio di scelte che possono essere operate solo dal legislatore.

Il giudizio di legittimità costituzionale era stato provocato dalla Corte di Cassazione, in seguito al ricorso di una coppia che si era vista negare la possibilità di trasmettere alla propria figlia il cognome materno, sia dal Tribunale di Milano[59] che dalla Corte d'Appello.

Con sentenza n. 13298 del 17 luglio 2004, la Cassazione riconosce discriminatorio non consentire l'attribuzione del cognome materno e che la maturazione «di una diversa sensibilità nella collettività e di diversi valori di riferimento, connessi alle profonde trasformazioni sociali intervenute, nonché gli impegni imposti da convenzioni internazionali e le sollecitazioni provenienti dalle istituzioni comunitarie, richiedono una rinnovata valutazione della conformità» di tutte le norme del codice civile che presumono l'imposizione del cognome paterno.

Secondo i giudici della Cassazione, l'art. 2 della *Costituzione* dovrebbe essere interpretato «nella duplice direzione del diritto della madre di trasmettere il proprio cognome al figlio e di quello del figlio di acquisire segni di identificazione rispetto ad entrambi i genitori e di testimoniare la continuità della sua storia familiare anche con riferimento alla linea materna», ciò in quanto il privilegio concesso al cognome paterno contrasta anche con l'art. 3, concretizzando una vera e propria discriminazione.

Anche per la Cassazione sono oltremodo maturi i tempi per un intervento legislativo in materia[60].

[59] G. CASSANO, *Il cognome di mammà fra dato letterale ed inconscio freudiano* (a proposito di Tribunale di Milano, 2 febbraio 2000), in " Diritto e Famiglia", 2001, p. 767.

[60] Ma l'inizio del cammino giurisprudenziale è ormai datato. L'evoluzione inizia con una sentenza di merito, emanata dal Tribunale di Lucca nel 1984, che con una decisione di rottura afferma che le novità introdotte dalla riforma del diritto di famiglia, sono tali che «i genitori hanno diritto di ottenere dal tribunale, con il procedimento di rettificazione degli atti di stato civile, l'aggiunta del cognome materno a quello paterno, attribuito ai propri figli legittimi». Altri giudici di merito hanno sollevato questione di legittimità costituzionale, provocando due pronunce della Corte Costituzionale, che nel 1988, di fronte alla regola che attribuisce ai figli il cognome paterno, ha escluso che ci sia violazione del diritto all'identità personale in quanto oggetto del diritto al nome non è la scelta del nome, ma «il nome per legge attribuito». Essa ha confermato, altresì, il principio secondo il quale la sancita parità dei coniugi debba fare un passo indietro in virtù dell'altro principio dell'unità della famiglia, che l'ordinamento ritiene prevalente, il quale si manifesta mediante l'attribuzione di un unico cognome, che è quello paterno. Già in queste sentenze la Corte sostiene che la sostituzione del criterio vigente con uno più rispettoso dell'autonomia dei coniugi è competenza esclusiva del *conditor juris.* In tutti i casi viene affermato il principio della prevalenza del diritto all'identità personale, sulla funzione del cognome di identificazione della discendenza familiare o peggio di semplice etichetta amministrativa.

L'ultimo, ma certo non definitivo atto, è l'ordinanza della Corte di Cassazione del 22 settembre 2008, n. 23934[61], ancora una volta concernente una richiesta congiunta dei genitori esercenti la patria potestà, diretta ad ottenere l'attribuzione al figlio del cognome materno, già respinta dal tribunale di Milano e dalla Corte d'Appello, all'indomani della sentenza 61/2006 della Corte Costituzionale.

Anche la Cassazione, in verità, nella sentenza del 14 luglio 2006, n. 16093[62], giusta la decisione appena pronunciata dal giudice delle leggi, aveva dovuto ritenere insormontabile la norma di sistema, tuttavia, nella circostanza in discussione nel 2008, il Collegio ha ritenuto di poter riesaminare la questione alla luce di alcune circostanze sopravvenute e, dopo aver richiamato le norme sovranazionali, quelle convenzionali, le pronunce della Corte di Strasburgo relative al patronimico, come il caso *Unal Tekeli c. Turchia, Stjerna c. Finlandia, Bourghartz c. Svizzera* e il caso *Garcia Avello c. Belgio*, trattato dalla Corte di Giustizia europea, richiama, altresì, le sentenze n. 348 e n. 349 del 24 ottobre 2007 della Corte Costituzionale.

Queste ultime pronunce affermano che alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione, le norme convenzionali sono da considerarsi norme interposte e quindi, la norma nazionale incompatibile con quella convenzionale viola l'art. 117, c. 1 della *Costituzione*.

Osserva il collegio, che la sottoscrizione del *Trattato di Lisbona*, che afferma con maggior forza il divieto di discriminazione ed il principio di uguaglianza in relazione al sesso, stabilisce che i diritti fondamentali garantiti dalla *CEDU*, a cui il trattato aderisce e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli stessi membri, costituiscono principi generali del diritto dell'Unione.

Ciò dovrebbe aprire la strada dell'applicazione diretta delle relative norme e di quelle alle quali il *Trattato* fa rinvio[63].

[61] Corte di Cassazione, 22 settembre 2008, n. 23934, in "Famiglia e diritto", con nota di BUGETTI, *Attribuzione del cognome ai figli e principi costituzionali: un nuovo intervento della Suprema Corte,* ; 2008, p. 1093; in "Famiglia persone e successioni", con nota di FANTETTI, *La prevalenza del patronimico ed il valore costituzionale dell'eguaglianza tra i generi,* 2008, p. 881.

[62] Corte di Cassazione, 14 luglio 2006, n. 16093, in "Famiglia e diritto", con nota di Carbone, *I conflitti sul cognome del minore in carenza di un intervento legislativo e l'emergere del diritto all'identità personale*, 2006,p. 469.

[63] Nella fattispecie concreta i genitori sono concordi nell'attribuire al figlio il cognome materno, per cui la soluzione appare «a rima obbligata», poiché si tratta solo di ammettere o escludere la possibilità di deroga alla norma di sistema, mentre continuerebbe ad applicarsi la predetta norma implicita.

La Cassazione ha rimesso gli atti al primo Presidente per l'eventuale remissione alle

Intanto qualche positivo risultato arriva dai giudici di primo grado. Con sentenza del 25 gennaio 2010 il Tribunale di Lamezia Terme ha accolto il ricorso di una coppia, di cui il marito italiano e la moglie brasiliana, che chiedevano l'attribuzione del doppio cognome alla bambina nata dalla loro unione, secondo la legge brasiliana, di cui la piccola aveva la cittadinanza unitamente a quella italiana.

Nello stesso senso già si era pronunciato il Tribunale di Roma, in un caso giudicato perfettamente analogo al caso *Garcia Avello*, con decisione del 18 novembre 2005[64], ove è stata ordinata l'espunzione della correzione del doppio cognome dall'atto di nascita «in quanto prevista da norma interna italiana in contrasto con il diritto comunitario e quindi non applicabile», affermando altresì, che «qualsiasi giudice nazionale, adito nell'ambito di sua competenza, ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando (*rectius* non applicando) le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria», senza doverne attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale.

Il collegio sottolinea come sia ormai *jus receptum*, il principio di prevalenza della norma comunitaria su quella interna incompatibile[65].

Anche il giudice amministrativo ha affrontato le problematiche relative all'attribuzione del cognome.

In una sentenza del 2004, il Consiglio di Stato, sostiene che la sostituzione del cognome paterno con quello materno, non rientra tra i divieti espressamente previsti dall'art. 89, c. 3, del *DPR* 396/2000.

Tale sostituzione, pertanto, non può essere negata con la sola motivazione di un'asserita compromissione dello *status* di figlio legittimo e dei valori della famiglia fondata sul matrimonio.

Il Supremo giudice amministrativo, si esprime per un «ampio rico-

Sezioni Unite «per valutare se alla luce della mutata giurisprudenza costituzionale e del probabile mutamento delle norme comunitarie, possa essere adottata, nel caso di specie, un'interpretazione costituzionalmente orientata, ovvero se la questione possa essere rimessa nuovamente alla Corte Costituzionale».

È evidente che il richiamo è fatto al legislatore, che i giudici hanno voluto mettere in mora. giacché questi «pur avendo affrontato il tema da quasi un trentennio (proposta di legge n. 832 del 30 ottobre 1979), non è ancora pervenuto a soluzioni concrete».

[64] A. CIERVO, *Il diritto al doppio cognome del minore*, 2006, in www.associazionedeicostituzionalisti.it. Nel caso descritto il patrocinio dei ricorrenti era affidato al Prof. Avv. Federico PERNAZZA.

[65] Sulla scorta di tale pronuncia, anche Tribunale di Napoli, 19 marzo 2008. Reperibile in "Foro Italiano", 2008, I, pp. 2322-2325.

noscimento della facoltà di cambiare il proprio cognome, assumendo quello della madre, a fronte della quale la sfera di discrezionalità riservata alla Pubblica Amministrazione, deve intendersi circoscritta alla individuazione di puntuali ragioni di pubblico interesse che giustifichino il sacrificio dell'interesse privato del soggetto al cambiamento del proprio cognome, ritenuto anch'esso meritevole di tutela dell'ordinamento».

8.1 Un caso particolare: Nadir Manna

Si richiama ora l'attenzione del lettore sulla formulazione dell'art. 262 del *cc*, il quale al c. 2 recita: «Se la filiazione nei confronti del padre è stata accertata o riconosciuta successivamente al riconoscimento da parte della madre, il figlio naturale **può**[66] assumere il cognome del padre aggiungendolo o sostituendolo a quello della madre».

L'uso del verbo *può*, caratterizza l'atteggiarsi della norma quando il legislatore vuole porre non già un preciso obbligo, bensì una facoltà.

Su questo tecnicismo si fonda il caso deciso dal Tribunale dei Minori di Milano l'11 gennaio del 2000, in seguito al ricorso di una coppia di fatto, nel quale si dispone il mantenimento del solo cognome materno per il figlio Nadir.

Si tratta del primo caso in Italia, ma esso rappresenta anche il coronamento di una battaglia privata che riesce a trovare vasta risonanza e consensi presso l'opinione pubblica.

In quanto coppia non sposata, per Francesca Manna e Franco Perini la trasmissione del cognome paterno non era l'unica alternativa possibile, poiché è previsto che il figlio assuma il cognome del genitore che per primo lo riconosce. Qualora invece il riconoscimento del padre avvenga in un momento successivo a quello della madre, si apre una gamma di possibilità che non sono praticabili nel caso di una coppia sposata.

Giocando, quindi, sulla possibilità di un riconoscimento paterno successivo, la coppia può trasmettere il cognome materno in prima battuta.

Al momento del riconoscimento paterno, dinanzi all'ufficiale di stato civile, le alternative presentate alla coppia sono due: aggiungere il cognome del padre a quello della madre, oppure sostituire quello materno con quello paterno. La coppia, però, prospetta una terza possibilità, esprimendo la volontà di mantenere il cognome della madre, sottolineando che l'art. 262 del *cc*, non prescrive una regola, ma indica una possibilità nella dizione "può".

[66] Grassetto e sottolineatura dell'autrice.

A questo punto si verifica un fatto ad alto contenuto simbolico: l'ufficiale di stato civile, incredulo, verifica il testo del codice civile e non può che accettare l'eccezione formulata. La modulistica contenente la richiesta del cognome da dare al figlio, viene modificata a mano, prima di essere inviata al Tribunale dei Minori di Milano.

In seguito alla vicenda i moduli prestampati vengono modificati, con l'aggiunta della terza opzione: il mantenimento del solo cognome materno, in caso di riconoscimento paterno successivo.

Una conquista ed un passo avanti per le coppie non sposate, non più ritrattabile.

La coppia, dopo il successo ottenuto, rende pubblica la questione tramite un sito internet, divenuto utile punto di riferimento sull'argomento, e, con il riconoscimento del secondo figlio Sem, richiama l'attenzione della stampa e della Rai, anche per la fondazione del Comitato promotore "*Col Cognome delle Madri*", che ha l'intento di svolgere azione di pressione per la modifica della legge presso i rappresentanti della politica.

Da segnalare, a proposito, due recentissime sentenze della Corte di Cassazione, proprio su casi analoghi.

Nella pronuncia n. 2644 del 3 febbraio 2011, la Corte afferma che il criterio di riferimento è unicamente l'interesse del minore con esclusione di qualsiasi automaticità, sia riguardo alla prima attribuzione, essendo inconfigurabile una regola di prevalenza del criterio del *prior in tempore*, sia riguardo al patronimico, per il quale altrettanto non sussiste alcun *favo*r in sé. Pertanto, la *SC* ha confermato la decisione impugnata, che aveva ritenuto di sostituire il patronimico al cognome materno per primo attribuito. Diversamente, nelle sentenze n. 12893 del 5 giugno 2009 ed altre, si conferma l'attribuzione del cognome paterno in aggiunta a quello materno, confermando l'orientamento che è quello della valutazione del caso concreto, tenuto conto del diverso grado di maturazione dell'identità personale del minore.

9. *Le proposte di legge*

Sono passati oltre trent'anni dalla prima proposta di legge concernente la disciplina dell'attribuzione del cognome. Essa risale, infatti, al 30 ottobre 1979, all'indomani della riforma del diritto di famiglia, che non si pronunciava al riguardo.

Da allora innumerevoli sono state le iniziative intraprese, ma nessuna è giunta al termine dell'iter di approvazione, anzi, molte di esse non sono mai andate neppure in discussione.

L'ostacolo principale, prestigiosamente confermato dalla Corte

Costituzionale, è quello di superare una concezione arcaica ed ormai anacronistica della famiglia, ancora intesa in senso patriarcale.

Pertanto, il legislatore non ha ancora ritenuto preminente la questione rispetto ad altre all'attenzione della politica.

L'altra motivazione a supporto del mantenimento dello *status quo*, è quella concernente l'asserita difficoltà di trovare una soluzione che riesca a risolvere il problema di contemperare il diritto all'uguaglianza dei coniugi, sancito dall'art. 29 della *Costituzione*, laddove al secondo comma, lo stesso articolo fissa il principio dell'unità familiare. Quest'ultimo è stato sin qui ritenuto prevalente rispetto a quello dell'uguaglianza.

Da segnalare un progetto di legge definito "progetto bandiera", presentato dall'On. Giuliano Pisapia, di Rifondazione Comunista nel 1996, con il quale si proponeva il ribaltamento del sistema mediante l'attribuzione del solo cognome materno, che ha avuto vasta eco sulla stampa e in tv.

La soluzione, che voleva essere una provocazione ed una forte critica, non aveva alcuna speranza di approvazione ed avrebbe comportato uno spostamento della discriminazione. Tuttavia, è da dire che se si vuol considerare solo lo *status familiae* dell'individuo, allora questo emergerebbe in maniera più veritiera attraverso il cognome materno, in grado di certificare la verità biologica della filiazione, attraverso la proiezione esterna della persona che dà la vita ad una specifica identità sociale.

Dopo i richiami della Corte Costituzionale e i vincoli derivanti dal diritto internazionale, si registrano ventiquattro progetti di legge.

Nell'attuale legislatura, la XVI, ne giacciono ben sette, mentre sei sono quelli presentati nella precedente[67].

Le proposte provengono sia da parlamentari di maggioranza che di opposizione, e si atteggiano in maniera diversa. La sinistra si preoccupa di dare attuazione al principio di pari dignità sociale e di garantire la maggiore libertà di autodeterminazione possibile all'interno della coppia. La destra, invece, conserva un atteggiamento più restrittivo o almeno preferisce limitare la scelta ad una sola alternativa: il doppio cognome, assumendo un atteggiamento paternalistico nei confronti del cittadino.

La regola del doppio cognome rappresenta il minimo comune denominatore di tutte le proposte legislative, tra le quali possiamo distinguere quelle che non pongono regole sull'ordine delle due parti che lo compongono, quelle che prevedono l'ordine scelto dai coniugi e che ri-

[67] L'elenco dei progetti è disponibile sui siti istituzionali www.camera.it e www.senato.it.

solvono l'eventuale conflitto mediante il meccanismo del sorteggio o dell'ordine alfabetico, ovvero mediante l'automatica preferenza per il cognome paterno; recessiva è invece la soluzione del "cognome di famiglia" così come quella dell'attribuzione del cognome materno.

Inoltre, tutte le proposte di legge mostrano di essere maggiormente in linea con il sistema spagnolo, nella sua attuale e quindi più evoluta formulazione, anzi, la proposta n. *C1712* dell'On. Bindi, sembra sopravanzare il modello, perseguendo la via della piena eguaglianza tra i coniugi. In essa si prevede l'attribuzione del doppio cognome, materno e paterno, secondo l'ordine scelto d'intesa fra i coniugi nell'atto di matrimonio. In mancanza di accordo provvede l'ufficiale di stato civile utilizzando il meccanismo del sorteggio. Tale sistema ha una sua *ratio* pienamente condivisibile.

In primis si differenzia da quello francese e spagnolo, che nel caso analogo ritornano al privilegio paterno, rendendo l'equiparazione dei coniugi di nuovo effimera. Inoltre, cosa non trascurabile, il meccanismo del sorteggio consente, diversamente dall'ordine alfabetico, di evitare che certi cognomi siano automaticamente destinati all'estinzione, trovandosi sempre posposti. Affidandosi alla sorte, è garantita anche l'eliminazione di quest'altra ipotesi discriminatoria.

L'interesse alla conservazione dell'unità familiare è salvaguardato dalla previsione secondo la quale il cognome dei figli è prestabilito sin dal momento dello scambio delle dichiarazioni di volontà, ove i nubendi scelgono anche il regime patrimoniale della famiglia e si mantiene uguale per tutti i figli comuni della coppia, sia nati nel matrimonio che fuori da esso.

Per questo motivo, la norma verrebbe inserita dopo l'art. 107 del *cc*, con l'art. 107 *bis*: «Scelta dell'ordine dei cognomi».

Da segnalare un'altra proposta di legge giacente, frutto dell'unificazione di varie proposte sul tema, ad opera del presidente della Commissione Giustizia On. Giulia Bongiorno. In essa si prevede l'inserimento dell'art. 6 *bis*, al codice civile, opportunamente dopo la norma che sancisce il diritto al nome, e con l'art. 143 *bis* 1 si stabilisce che ai figli si attribuisce il cognome di entrambi i genitori, secondo l'ordine da essi stabilito. In caso di disaccordo sarà seguito l'ordine alfabetico. Ciò che richiama le osservazioni già formulate in merito all'estinzione di quei cognomi che sarebbero sempre posposti. Tale rischio sarebbe però, in parte compensato dalla previsione che il figlio trasmette un cognome soltanto, a sua scelta. Pertanto, quest'ultima, potrebbe ricadere anche su quello indicato come secondo.

Altre proposte sembrano maggiormente attributive di autodeterminazione, prevedendo la possibilità di adottare l'uno, l'altro o ambedue

i cognomi.

Duole riferire, che da quanto si rileva sul sito istituzionale della Camera dei Deputati, l'ultima seduta della Commissione in sede referente, per l'esame delle proposte di legge di cui sopra, risale al 23 settembre 2009, ove, tra l'altro, non vi è stata alcuna richiesta di intervento da parte dei componenti e la seduta è stata aggiornata.

Del resto, occorre sottolineare che le proposte di legge giacenti, contenevano anche l'introduzione della modifica lessicale riguardo ai figli naturali, introducendo la diversa definizione di "figli nati nel matrimonio" e "figli nati fuori del matrimonio". Quest'ultima statuizione è stata nei mesi scorsi, approvata dal Consiglio dei Ministri, estrapolata dunque, dai predetti testi, a testimonianza di una reiterata dimostrazione di scarso interesse alla questione del cognome[68].

Per il momento la convergenza verte solo sulla restituzione alla moglie del diritto di mantenere il suo cognome di nascita anche dopo il matrimonio, pertanto, nell'attesa che le proposte si tramutino in norme vincolanti, i bambini continueranno ad acquistare il cognome paterno, con buona pace del principio di uguaglianza.

10. *Conclusione*

10.1 Lo scenario per il cambiamento

E' ormai indiscutibile che il nome della persona, composto dal prenome e dal cognome, al di là della sua funzione tipica di contrassegno del singolo nella, più o meno vasta, comunità in cui opera, è assurto a centro di riferimento delle sue qualità materiali e morali, fino ad identificarsi con essa[69].

Il nome è segno di identificazione non solo sul piano fisico e su quel-

[68] Una scorsa ai resoconti dello scarno dibattito in Commissione, rivela la contrarietà espressa dai parlamentari alla modifica del sistema vigente. L'On. Di Pietro, ad esempio, afferma che l'intento posto alla base delle proposte in discussione «sia distruttivo dell'unità della famiglia specialmente laddove il principio del doppio cognome assuma il carattere della obbligatorietà» e, soprattutto «sono bel altre le priorità e le urgenze che la Commissione Giustizia dovrebbe affrontare».

Non vi è dubbio che il Paese sta attraversando un periodo che definire difficile è oltremodo ottimistico, tuttavia anche il problema del cognome, che investe l'intera vita del cittadino ed implica una relazione tra passato e futuro, necessita di soluzione.

[69] Così Corte Costituzionale, 24 gennaio-3 febbraio 1994, n. 13, cit., la quale ha ritenuto che fosse più importante conservare al soggetto il nome con cui aveva sviluppato la sua identità personale, piuttosto che la veridicità del nome stesso.

lo dell'appartenenza familiare, ma sul piano morale e sociale, del modo di essere della persona nella società[70].

Non vi è più dubbio, altresì, che ogni individuo abbia diritto, sin dalla nascita, all'attribuzione di un nome, che tuttavia non viene in esistenza contemporaneamente alla persona, così com'è invece per altri diritti della personalità[71].

L'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, ruota intorno al presupposto dell'interesse pubblico alla immutabilità del nome ed al confliggere di tale interesse con quello dell'individuo ad avere, nel senso di conservare o assumere, il nome che più gli si addice, secondo il suo personale sentire.

Se però la funzione del diritto non è quella di imporre dei modelli, esso probabilmente deve fungere da strumento di coesistenza fra valori diversi, poiché «la pura delegittimazione di tutte le posizioni in campo, rispetto alla sola giuridicamente imposta, rischia infatti di moltiplicare e rendere permanenti proprio i conflitti»[72].

La possibilità di affermazione del diritto al nome della persona è, inoltre, in stretta connessione con l'evoluzione del diritto di famiglia, il quale, a sua volta, è strettamente collegato ai mutamenti del tessuto sociale.

Va ricordato, al riguardo, che fino alla riforma del diritto di famiglia, di cui alla *legge* del 19 maggio 1975, n. 151, la materia era regolata dall'articolo 144 del *cc*, intitolato «*potestà maritale*», il quale recitava: «il marito è il capo della famiglia; la moglie segue la condizione civile di lui, ne assume il cognome ed è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli crede opportuno di fissare la sua residenza».

La perdita del cognome da parte della moglie, rappresentava una specificazione della soggezione di quest'ultima alla potestà del marito, che non è stata del tutto eliminata, con la novella del 1975, lasciando permanere la disparità.

Tuttavia, un punto pare ormai pacifico, quello che concerne la modifica dell'articolo 143 *bis* del *cc*, che, di fatto, è già stato modificato dal diritto vivente.

Difficilmente, infatti, nella vita professionale e di relazione, le donne coniugate oggi utilizzano il doppio cognome.

Vi è anche da aggiungere, che ormai per tutte le finalità di legge, am-

[70] L. LENTI, *Nome e cognome*, Digesto Discipline Privatistiche, Sez. Civ., Agg. II, F-Z, Torino, 2003, p. 928-929.

[71] Così la dottrina prevalente. Per tutti A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU e MESSINEO, IV, Milano, 1982, p. 430.

[72] Così S. RODOTA', T*ecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 147,

ministrative, fiscali, previdenziali, sanitarie e giudiziarie, il cognome originario della moglie, è l'unico che rileva ai fini della identificazione della persona, soprattutto in conseguenza dell'introduzione, nel nostro ordinamento, del codice fiscale, che, com'è noto, non cambia con il matrimonio e si è affermato in tutti i campi come strumento principe per l'identificazione dei soggetti di atti o fatti giuridicamente rilevanti.

A questo punto, la problematica che maggiormente impegna, allo stato, la dottrina e la giurisprudenza, è quella che riguarda l'attribuzione del cognome materno ai figli, la cui impossibilità procrastina la disparità.

Disparità di portata pratica modesta, ma molto rilevante sul piano simbolico, in quanto mantiene in capo al padre, una delle funzioni tipiche della genitorialità, quella di costruire il lignaggio[73].

Il diritto al nome trova riconoscimento a livello costituzionale, all'art. 22, secondo il quale «nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza e del nome», da leggere in combinazione con l'art. 2, che riconosce e garantisce, in via generale, i diritti inviolabili dell'uomo, tra i quali è pacificamente annoverato il diritto all'identità personale, così definito dalla Corte Costituzionale*:*« Si tratta del diritto ad essere sé stesso, inteso come rispetto dell'immagine di partecipe alla vita associata, con le acquisizioni di idee ed esperienze, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano, ed al tempo stesso qualificano, l'individuo. L'identità personale costituisce quindi un bene per sé medesima, indipendentemente dalla condizione personale e sociale, dai pregi e dai difetti del soggetto, di guisa che a ciascuno è riconosciuto il diritto a che la sua individualità sia preservata. … occorre riconoscere che il cognome stesso, in alcune ipotesi già gode di una distinta tutela, anche nella sua funzione di strumento identificativo della persona, e che, in quanto tale, costituisce parte essenziale ed irrinunciabile della personalità»[74].

La Corte di Cassazione, nella nota sentenza n. 13298/2004, afferma: «l'attribuzione automatica ed indefettibile ai figli del cognome del marito si risolve in una discriminazione ed in una violazione del principio fondamentale di eguaglianza e di pari dignità, che nella legge di riforma del diritto di famiglia trova espressione e sostanza» e ancora *:*«E' d'altro canto evidente che un sistema normativo nel quale sia consentita l'attribuzione al figlio (anche) del cognome della madre, vale a realizzare il

[73] L. MORMILE, *Trasmissione del cognome paterno: la tradizione al vaglio della giurisprudenza tra funzione certificativa del nome, diritto all'identità personale e valutazione di compatibilità con il diritto comunitario*, in "Europa e diritto privato", 2005, pp. 829- 845.

[74] Corte costituzionale, sentenza 24 gennaio - 3 febbraio 1994, n. 13, cit.

principio di eguaglianza non solo dei coniugi tra loro, ma anche rispetto alla prole, esprimendosi l'unità della famiglia, quale comunità di eguali, non solo nella sua dimensione orizzontale, ma anche nel rapporto che lega genitori e figli.» *P*er quanto riguarda l'esigenza di tutela dell'unità familiare, cui è riconosciuta copertura costituzionale, la Cassazione ricorda come la Corte Costituzionale ha avuto occasione di affermare già nella remota sentenza n. 133 del 1970, con riferimento ai rapporti patrimoniali tra i coniugi:«… è proprio la diseguaglianza a mettere in pericolo l'unità familiare[75], che al contrario si rafforza nella misura in cui i rapporti tra i coniugi siano governati dalla solidarietà e dalla parità. Appare pertanto da rifiutare una lettura dell'art. 29, c. 2, Cost. tesa a contrapporre l'esigenza di tutela dell'unità familiare alla piena espansione del principio di eguaglianza tra i coniugi».

È proprio la disuguaglianza, dunque, a mettere in pericolo l'unità familiare.

Com'è stato giustamente osservato[76] «ai fini di dimostrare all'esterno l'unità della famiglia, è assolutamente indifferente che il cognome sia quello del marito, della moglie o di entrambi», essendosi ormai maturata, nella sensibilità sociale odierna, la rottura di un ordine simbolico tradizionale.

In particolare, appare più incisivo e più coerente con il principio di parità morale e giuridica dei coniugi, proprio l'uso del doppio cognome, senza alcun ordine gerarchico, in quanto indicativo di un rapporto instaurato tra gli stessi all'interno della famiglia, in un clima di solidarietà, nel pieno rispetto della dignità di entrambi.

Si deve anche opinare, a giusta ragione, che il limite dell'unità familiare, non può invocarsi nel caso di riconoscimento di figlio naturale, non essendovi tra i genitori il vincolo matrimoniale, ciò che rende incostituzionale l'art. 262 del cc, laddove stabilisce l'acquisizione del cognome paterno per il figlio naturale, riconosciuto contestualmente o successivamente anche dal padre.

Peraltro, la famiglia, in quanto comunità fondata su principi democratici e meritevole di tutela e protezione da parte dell'ordinamento, non può essere considerata una «zona franca» dell'ordinamento, nella quale siano sospesi, limitati o disattesi, i principi basici su cui si regge l'intera collettività, sebbene non si possa non ricordare *Jemolo*, secondo il qua-

[75] Sottolineatura dell'autrice.

[76] DE CICCO, *La normativa sul cognome e l'uguaglianza tra genitori*, in "Rassegna Diritto Civile", 1985, p. 966.

le: «la famiglia è un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto, lasciando al suo interno liberi di dispiegarsi i rapporti di forza»[77]. Ma proprio in forza di tale autorevole riflessione, il diritto deve intervenire svolgendo la sua funzione pedagogica.

10.2 Il difficile approdo della novella

Com'è stato illustrato le proposte di legge di modifica del sistema vigente non mancano. E' lecito, quindi, domandarsi come mai l'Italia preferisca rimanere inadempiente alle sollecitazioni sovranazionali, piuttosto che adottare una delle soluzioni prospettate.

Torna, dunque, il discorso della tradizione.

Nel momento in cui l'uomo dà il proprio cognome al figlio, sottrae alla donna l'atto del far nascere attraverso il proprio corpo, nel senso biologico di "dare alla luce", in quanto il padre, attraverso l'estensione del suo cognome al figlio, ne determina la ri-nascita civile.

È anche vero, che tale imposizione, ha forse rappresentato, e tuttora rappresenta, almeno nel nostro Paese, una sorta di cordone ombelicale virtuale che lega il padre al figlio, posto che quello della madre, seppure fisicamente reciso alla nascita, rimane segno indelebile di un legame, che in realtà non sarà mai sciolto.

Il meccanismo della "trasmissione" del cognome del padre al figlio, dunque, dovrebbe fungere da compensazione all'apparente estraneità dell'uomo alla gravidanza e al parto, vissuti pubblicamente dalla donna, mentre il momento del concepimento, seppure indispensabile alla procreazione, rimane circoscritto all'intimità della coppia.

Il padre, attribuendo il suo cognome al figlio, si inserisce nella nuova inscindibile e riconoscibile coppia composta dalla madre e dal bambino, ove altrimenti egli si sentirebbe a questa estranea.

Quale potrebbe essere, quindi, una formulazione che sia rispettosa di tutti gli interessi in gioco?

Muovendo dalla specificazione del diritto al nome, quale attributo della personalità dell'individuo, si ritiene che esso debba essere tutelato anche dal punto di vista dell'individuo medesimo.

Ciò significa, che oltre a tener conto dell'interesse dei genitori a trasmettere ai propri figli l'eredità simbolica delle proprie origini familiari, speculare a quello dei figli di vedersi attribuire tale eredità, occorre tener conto anche del diritto al nome, quale diritto della persona che lo por-

[77] A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, 1957, riportato in AA. VV., «*Verso la terra dei figli*», Milano, 1994, p. 69.

ta e che con lo stesso si identifica.

Il momento attributivo, coincide con la nascita, quando l'individuo non possiede la capacità di scegliere autonomamente il proprio segno distintivo.

È necessario, allora, l'intervento della legge, che definisca come il nome debba essere individuato.

In questo modo, esso viene ad essere, necessariamente, un attributo scelto da altri.

La giurisprudenza, sovranazionale e nazionale, ha riconosciuto come la persona abbia diritto di mantenere il nome che ha portato e che sia divenuto parte di sé e segno di identificazione, anche quando non coincida con quello che, secondo la legge, gli spetti.

Sarebbe, pertanto, opportuno, che si giunga ad una formulazione legislativa che, oltre a porre regole che siano rispettose dell'uguaglianza e pari dignità dei genitori, dai quali deriva in ogni caso il nome al figlio, secondo la legge, nel momento in cui egli viene alla luce nella società in cui vivrà e si esplicherà la sua personalità, possa anche prevedere la possibilità, per il soggetto, di darsi l'identità nella quale maggiormente si riconosca, qualora quella attribuitagli d'imperio, non possieda tali caratteristiche.

Sarebbe auspicabile, quindi, una legislazione che ricalchi quanto avviene nel Regno Unito, ove è abbastanza semplice cambiare la propria identità anagrafica.

Né si potrebbe opporre, a tale soluzione, l'esigenza di natura pubblicistica, di individuare in maniera univoca il cittadino, dal che si sostiene l'immutabilità del nome.

Nell'epoca dell'informatizzazione e di *internet*, del villaggio globale, della società virtuale, il cambiamento del prenome o del cognome o di entrambi, non potrebbe impedire alla Pubblica Amministrazione di individuare il suo cittadino, per le varie esigenze amministrative.

Si ritiene, dunque, che il contenuto del diritto al nome, che fa parte del patrimonio irretrattabile della persona e costituisce il suo primo e più immediato elemento caratterizzante, in quanto espressione emblematica dell'identità della persona, postuli, per ciò stesso, il riconoscimento all'individuo del diritto di scegliere se mantenere il nome che gli è stato attribuito alla nascita, ovvero se operare direttamente la scelta, una volta raggiunta la maggiore età, che corrisponde, infine, al diritto di agire per sé stesso.

Sarebbe, una tale opzione, veramente innovativa nel nostro ordinamento e rispettosa della libertà individuale.

Con questa ipotesi legislativa, si propone la tesi della distinzione, nel diritto al nome, come delineato dall'ordinamento, di quello indivi-

duale all'identità personale. Due sfaccettature dello stesso diritto, che possono sovrapporsi o confliggere.

Se ciò di cui abbiamo sinora disquisito corrisponde al reale sentire, allora l'individuo sceglierà, quasi sempre, di mantenere l'identità che ha assunto con la nascita, che rappresenta le sue origini, con la quale è cresciuto, maturato e si è affermato in società, esprimendo un esercizio del diritto al nome, nella sfaccettatura di identificativo della discendenza familiare.

Ma se così non fosse, se quelle origini fossero spiacevoli o difficili da sostenere ogni giorno, allora l'ordinamento, in virtù del riconoscimento del diritto al nome nella sua *altra* connotazione di diritto all'identità "della persona" come entità a sé stante, dovrebbe apprestare gli strumenti per consentire la libera scelta del proprio cognome.

Si vuol qui sostenere che, qualora vi sia contrapposizione fra l'identità del soggetto, quale elemento identificativo della discendenza familiare e il diritto al nome, nella sua funzione di strumento identificativo della persona, quest'ultima debba essere considerata prevalente.

Il diritto al nome si prospetta, dunque, come un diritto il cui contenuto è in divenire, poiché nasce come segno di appartenenza e "diviene" segno distintivo, introiettando, nel suo maturare, lo *status* familiare, che in ogni caso discende dall'unificazione di due entità.

Intanto, in attesa che la debole navicella giunga in porto, l'unica possibilità per attribuire il cognome materno, è quella di avere un figlio fuori del matrimonio ed effettuare il riconoscimento paterno in un momento successivo, come ha fatto la coppia di Milano.

Anche la via amministrativa, com'è stato descritto, consente di raggiungere il risultato, ma soltanto mediante l'aggiunta del cognome materno a quello paterno.

Tuttavia, sebbene il Ministero dell'Interno ormai assicuri l'accoglimento di tali istanze, si può ipotizzare che tale strada sarebbe percorsa da un numero marginale di interessati, non essendo a tutti noto tale indirizzo, tra l'altro, di recente applicazione. Inoltre, c'è sempre la possibilità di eventuale opposizione da parte del padre, ad esempio nel caso di coniugi separati.

Un'ulteriore considerazione, che si ritiene degna di nota, è rappresentata dal fatto che, alla luce degli orientamenti pervenuti dalle Istituzioni comunitarie, i cittadini italiani si trovano in una situazione di disagio, rispetto a quelli di altra nazionalità, residenti in Italia, ai quali è consentito attribuire il doppio cognome ai figli, in virtù della propria legge nazionale.

Sarebbe, dunque, auspicabile, che l'ordinamento riconosca, infine, il diritto delle madri a veder traslato nei figli, il proprio cognome, così

come quello dei figli di potersi riconoscere anche nella linea materna. Diritto che è stato affermato ai massimi livelli delle nostre Corti di giustizia ed in quelle sovranazionali.

È giunta l'ora di un intervento legislativo che metta alfine ordine in una normativa assolutamente obsoleta, che tollera ancor oggi la sussistenza di norme in cui i principi di parità e dignità sociale, vengono mortificati.

L'introduzione di una normativa più rispettosa dei diritti di entrambi i coniugi, potrà contribuire a una migliore integrazione con la cittadinanza europea e all'adeguamento con gli altri Paesi dell'Unione, che già prevedono l'attribuzione del cognome della madre e del padre, in regime di parità e di eguaglianza.

Inoltre, di non poco conto, la notazione che l'auspicata modifica, contribuirebbe a consolidare, piuttosto che a minare, l'unione dei coniugi, i quali vedrebbero concretizzata, " nel cognome del figlio", la loro stessa sintesi.

Nell'attesa che il nostro legislatore decida il da farsi, i bambini continueranno a nascere dalle madri "*nel cognome del padre*".

ANTONIO DI CHIRO

L'ethos della scienza. Su Wissenschaft als Beruf di Max Weber

SOMMARIO: 0. Premessa. - 1. In tempore belli. - 2. Beruf: vocazione/professione. - 3. La scienza e la modernità: «un'epoca senza dèi e senza profeti». - 4. Le peculiarità e i compiti della scienza. - 5. Le soluzioni weberiane. - 6. La scienza, il prospettivismo e l'avalutatività. - 7. Il paradosso della razionalità.

0. *Premessa*

Il 7 novembre 1917 Max Weber, su invito della Lega studenti liberi bavaresi, tenne a Monaco, una conferenza, pubblicata poi nel marzo del 1919 con il titolo *Wissenschaft als Beruf*.

In essa Weber tratta in *primis* dell'*ethos* della scienza, ovvero del comportamento dello studioso in relazione ai mezzi, ai fini e ai moventi della scienza, dei doveri riguardanti il lavoro dello scienziato e del ricercatore. E quindi tratta del problema del "valore" della scienza, del suo senso e significato, sulla base della consapevolezza che, nel mondo moderno, nessun risultato scientifico può garantire più un senso unitario e definitivo alla realtà[1], e soprattutto del fatto che di fronte a tutte le febbrili attese palingenetiche di redenzione e di rinnovamento, la scienza moderna non riesce più a rispondere alle domande fondamentali dell'uomo.

In questo lavoro, cercheremo di mostrare come la conferenza di Weber, che costituisce una sorta di suo testamento spirituale, rappresenti nel clima di eccitazione prodotto dalla guerra e dalla rivoluzione russa, una lucida e disincantata disamina dello spirito dell'epoca e un duro atto d'accusa contro quelli che Weber definisce i «profeti in cattedra», e soprattutto un atto di fedeltà e di dedizione nei confronti della scienza intesa come onestà e obiettività intellettuale.

[1] Questa convinzione si fonda sull'accettazione da parte di Weber della diagnosi nietzschiana della "morte di Dio" quale aspetto fondante della modernità. Tale diagnosi con la riflessione del sociologo tedesco finisce per uscire dall'ambito filosofico, e attraverso una rigorosa indagine storico-sociologica sulle caratteristiche specifiche del processo di razionalizzazione della realtà da cui è sorto il mondo occidentale odierno, diventa un oggetto centrale delle scienze sociali.

1. *In tempore belli*

Qualche settimana dopo la conferenza di Weber, a Monaco scoppiò la guerra civile e venne proclamata una Repubblica dei Soviet, in cui a controllare la scena furono autori come Toller e Mühsam, che pretendevano di istituire presunti regni della luce, della bellezza e della ragione[2]. Per Max Weber tutto ciò era indice di arrivismo e dilettantismo politico proclamato da mercenari e fanatici della politica. Una lucida testimonianza della conferenza di Weber, ci è offerta da Karl Löwith, che presente alla conferenza, descrisse il modo in cui la figura di Weber si avviò «al palco pallida e affaticata», a «passi rapidi attraverso la sala affollatissima»[3]. Max Weber, squarciò, secondo Karl Löwith,

> tutti i veli al mondo dei desideri, eppure ciascuno di noi finiva col sentire che al cuore di questo lucido intelletto c'era un senso di umanità profondissimo. Dopo gli infiniti discorsi degli attivisti rivoluzionari, la parola di Max Weber era come una liberazione[4].

Weber tenta di rispondere alla domanda su come sia ancora possibile realizzare, nel guscio d'acciaio della moderna civilizzazione razionalizzata, l'esigenza di una vita sensata. La sua risposta è la seguente: la scienza, che con le sue ripercussioni tecniche ha modificato in maniera radicale la nostra vita quotidiana e che nella guerra ha dolorosamente mostrato tutto il suo potenziale distruttivo, questa scienza è diventata un destino, e tuttavia essa ci abbandona di fronte alla domanda sul senso, in quanto non ci risponde alla domanda su come dobbiamo vivere. La scienza è capace di analizzare l'adeguatezza dei mezzi rispetto a determinate finalità, fondate a loro volta su scelte di valori. Essa è in grado di esaminare la contraddittorietà interna e la conciliabilità con altre decisioni sul valore. E, quindi, è in grado di offrire un contributo all'autoriflessione, ma non può privarci della decisione su come vogliamo vivere. Questa apertura della decisione personale sui valori potrebbe essere avvertita come un'emancipazione da qualsiasi responsabilità e controllo. E quindi il fatto che la scienza non sia capace di prendere decisioni sul senso e

[2] Per una ricostruzione del contesto storico culturale in cui si colloca la conferenza di Weber cfr. Safranski R., *Ein Meister aus Deutschland* (1994), trad. it. *Heidegger e il suo tempo. Una biografia filosofica*, Milano, 2001, pp. 112-116.

[3] Löwith K., *Mein Leben in Deutschland vor und nach 1933. Ein Bericht*, trad. it. *La mia vita in Germania prima e dopo il 1933*, Milano, 1988, p. 37.

[4] *Ibidem*.

sul valore non rappresenterebbe allora alcun problema, quanto invece un'opportunità. Ma le cose non stanno così. Infatti, la nostra civiltà, per Weber, è entrata così a fondo nello spirito della razionalizzazione da logorare la fiducia del singolo nella propria competenza e capacità decisionale. Anche nelle proprie decisioni sul valore il singolo vuole avere quella certezza e garanzia oggettiva cui si è normalmente abituati nel mondo tecnicizzato. E così anche nella sfera delle decisioni sul senso e sul valore, invece che ricorrere alla libertà si vuole invocare anche qui l'oggettività della scienza. In tal modo si giunge alla congiuntura delle ideologie che tentano di aumentare la loro reputazione dipingendosi e ammantandosi di scienza. Questo è il lavoro di quelli che Weber chiama i «profeti in cattedra», ovvero di coloro che si oppongono alla mancanza di misteri di un mondo disincantato dalla razionalizzazione, razionalizzando in maniera scorretta, l'ultimo mistero rimasto, quello della personalità e della sua libertà. Invece di lasciar stare il mistero là dove esso ancora sussiste, cioè nell'anima del singolo, i «profeti in cattedra» immergono il mondo disincantato nella penombra di un nuovo incantamento.[5]

Weber esorta ad una precisa distinzione: da una parte il sicuro dominio del mondo, dall'altra il rispetto del mistero della persona, anche se questa talvolta tende a liberarsi dal peso della libertà, evitando, inoltre, di ricorrere all'inganno e all'illusione di confondere e mescolare in maniera confusa fede, scienza e politica.

Tuttavia, le esortazioni di Weber non ebbero seguito, specialmente nell'intricato e convulso groviglio di profezie, visioni, dottrine salvifiche e ideologie che si stavano affermando nella Germania del tempo. Infatti nei primi anni della Repubblica di Weimar ci fu un proliferare di «profeti in cattedra» e di «santi dell'inflazione che volevano redimere la Germania e il mondo comparendo per strada, nei boschi, nelle piazze del mercato, nelle tende da circo e nei fumosi retrobottega delle bettole»[6]. I diversi vati di quegli anni avevano tutti un tono millenaristico e apocalittico, ed erano «i profeti erranti delle eccitazioni rivoluzionarie di fine guerra, i decisionisti del rinnovamento del mondo, i metafisici diventati selvaggi e affaristi alla fiere delle ideologie e delle religioni succedanee»[7], tutti intenti a fornire mille interpretazioni dello *zeitgeist*, del mon-

[5] Cfr. Safranski R., *Heidegger e il suo tempo. Una biografia filosofica*, cit., 114.

[6] Ivi, p. 115.

[7] Ivi, p. 116. Per una lucida diagnosi sugli accenti mistici, apocalittici e rivoluzionari dei primi decenni del ventesimo secolo cfr. Musil R., *Der Mann ohneigenschaften*, trad. it. *L'uomo senza qualità*, Einaudi, Torino, 1957, vol. I, pp. 49-50: «…era insorta improvvisamente in tutta l'Europa una febbre vivificante. Nessuno sapeva bene cosa stesse nascendo; nes-

do nello spirito del tempo della fine e del ricominciamento radicale, dell'«altro inizio», come ebbe a dire, qualche anno dopo, Martin Heidegger[8]. Questo spirito febbrile si diffuse in tutti gli ambienti, e presso le scienze umane e sociali l'esortazione di Weber a guardarsi dalle ideologie trovò poca udienza.

2. *Beruf: vocazione/professione*

Prima di addentrarci verso il nucleo della conferenza di Weber, e di concentrarci sull'analisi dei suoi temi salienti, sono opportune una serie di puntualizzazioni terminologiche, in *primis* sul concetto di *Beruf*. La parola "professione" e la parola "vocazione" sono designate da Weber entrambe col termine tedesco *Beruf*, che egli riprende dalla traduzione luterana della Bibbia[9]. I passi biblici cui Weber si riferisce, per quanto riguarda il concetto di *Beruf*, sono due: a) I Cor. 7, 20, in cui Lutero traduce con *Beruf* il termine κλήσις; ma in tal caso solo nel senso della chiamata eterna da parte di Dio, e dunque come *vocazione* nel senso rigorosamente religioso del termine, vale a dire senza alcun rapporto con le "professioni" mondane nel loro senso attuale[10]; b) Sir. 11, 20-21, in cui Lutero traduce invece con *Beruf* sia ἔργον sia πόνος, i due termini presenti nella versione detta *Septuaginta*; è questo il «primo caso in cui la parola tedesca *Beruf* sia stata usata in tutto e per tutto nel suo odierno senso *puramente* mondano», laddove le Bibbie tedesche anteriori a Lutero tradu-

suno avrebbe potuto dire se sarebbe stata una nuova arte, un uomo nuovo, una nuova morale o magari un nuovo ordinamento della società. Perciò ognuno ne diceva quel che voleva. Ma dappertutto si levavano uomini a combattere contro il passato. In ogni luogo compariva improvvisamente l'uomo che ci voleva; e cosa assai importante, uomini pieni d'intraprendenza pratica s'incontravano con uomini pieni di intraprendenza spirituale. Fiorivano ingegni che prima erano stati soffocati o non avevano mai partecipato alla vita pubblica. […] Certo erano contraddizioni e gridi di guerra molto antitetici, ma avevano un afflato comune; chi avesse voluto scomporre e analizzare quel periodo avrebbe trovato un nonsenso, qualcosa come un circolo quadrato fatto di ferro ligneo, ma in realtà tutto si era amalgamato e aveva un senso baluginante».

[8] Sull'espressione «altro inizio» (*anderer Anfang*) in Martin Heidegger ci permettiamo di rinviare a Di Chiro A., *La dissoluzione del pensiero. Sulla cibernetica in Martin Heidegger*, in *Filosofia sociale*, scritti raccolti da M. Pasquazi e L. Scillitani, Milano, 2007, pp. 51-82, e in particolare pp. 70-75.

[9] Sul concetto weberiano di *Beruf* cfr. Monceri F., *Dalla scienza alla vita. Dilthey, Nietzsche, Simmel, Weber,* Pisa, 1999, p. 154 e sgg.

[10] Weber M., *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie* (1920), 3 Bode, Tübingen, 1988, trad. it. *Sociologia della Religione*, 2 voll., Milano, 1982, vol. I, p. 63 (d'ora in avanti GARS, seguito dal numero di pagina dell'edizione italiana).

cono i suddetti termini con *Werk* (opera)[11]. Grazie a questo concetto Weber riesce ad instaurare un rapporto diretto tra «ascesi calvinista e genesi della cultura occidentale moderna, la ricostruzione della cui specificità costituisce il tema centrale del suo pensiero anche negli studi di sociologia delle religioni»[12]. Il transito verso la modernità avviene nel momento in cui il concetto di *Beruf*, dall'ambito della sfera etico-religiosa, «nella quale indica l'atto con il quale Dio chiama il credente all'azione morale, assume un significato anche all'interno del mondo, dove indica la nobilitazione dell'opera umana di trasformazione e di dominio del medesimo, tramite l'esercizio della propria *professione*, intesa come pratica quotidiana della vocazione»[13]. Infatti «uno degli elementi costitutivi dello spirito capitalistico moderno (e non soltanto di questo, ma della civiltà moderna), ossia la condotta razionale della vita sul fondamento dell'*idea di vocazione*, è nato […] dallo spirito dell'*ascesi cristiana*»[14].

Ma, nel momento in cui l'ascesi diventa intramondana, inizia anche la conversione del concetto di *Beruf* in concetto mondano, ed esso viene lentamente ma inevitabilmente denudato di tutte le sue prerogative etico-religiose, fino a denotare la semplice professione e non più la "vocazione alla professione". Weber indica in un determinato aspetto dell'etica protestante l'elemento che sta alla base del sorgere dello spirito del capitalismo: il profitto del lavoro assume in questo specifico indirizzo della fede cristiana la veste di una conferma della grazia divina necessaria per poter accedere alla salvezza, dato che la tradizione protestante mette in discussione la possibilità di arrivare alla salvezza attraverso le opere. In tal modo, con la trasformazione del *Beruf* da vocazione in professione, il successo nell'attività economica viene visto come il segno della grazia e dell'elezione divina, ovvero come il *medium* privilegiato per assicurarsi e garantirsi la salvezza.

Mentre l'originaria vocazione si è trasformata in una pratica quotidiana della professione, e man mano che l'ordinamento economico ha cominciato ad ottenere risultati positivi e a espandersi, si è smarrito però, per Weber, il significato originario del rapporto esistente tra le due sfere, e il successo economico si è trasformato nel centro di una sfera economica autonoma e conflittuale rispetto a quella religiosa, i cui valori dovevano sembrarle illogici:

[11] *Ibidem*.
[12] Monceri F., *Dalla scienza alla vita. Dilthey, Nietzsche, Simmel, Weber,* cit., p. 154.
[13] Ivi, pp. 154-155.
[14] GARS, I, p. 190.

> Secondo l'opinione di Richard Baxter, la cura per i beni esteriori doveva avvolgere le spalle dei suoi santi soltanto come un "sottile mantello che si possa gettar via in un qualsiasi momento". Ma il destino fece del mantello una gabbia d'acciaio. Mentre l'ascesi intraprendeva lo sforzo di trasformare il mondo e di esercitare la sua influenza sul mondo, i beni esteriori di questo mondo acquistavano un potere crescente e, alla fine, ineluttabile sull'uomo, come mai prima nella storia. Oggi il suo spirito – chissà se per sempre – è fuggito da questa gabbia[15].

Alla luce di questo processo riguardante la sfera religiosa, l'indagine sulla genesi della cultura occidentale in Weber «si trasforma in analisi della modernità: la sociologia della religione trapassa nella sociologia della cultura»[16]. E il concetto di *Beruf* acquista un'importanza fondamentale. Soprattutto nella conferenza che andremo ora ad analizzare.

3. *La scienza e la modernità: «un'epoca senza dèi e senza profeti»*

Il compito che Weber assegna alla scienza, sorge in maniera diretta dalla diagnosi della moderna civiltà, contraddistinta dall'emergere di un'irreversibile «politeismo dei valori»:

> Le antiche e molteplici divinità, spogliate del loro fascino e ridotte sotto forma di antiche potenze impersonali, sorgono dalle loro tombe, aspirano a dominare sulla nostra vita e ricominciano quindi la loro eterna lotta. Ma ciò che per l'uomo moderno è appunto tanto difficile, e più che mai per la nuova generazione, è il saper far fronte ad una siffatta *quotidianità*. Tutto quell'affannarsi alla ricerca di un' "esperienza vissuta" deriva proprio da questa fragilità. Giacché proprio di questo si tratta, quando non si è in grado di sostenere la vista di ciò che il nostro tempo, con il suo volto severo, ci costringe ineluttabilmente a sostenere[17].

[15] GARS, I, p. 192.

[16] MONCERI F., *Dalla scienza alla vita. Dilthey, Nietzsche, Simmel, Weber,* cit., p. 157.

[17] WEBER M., *Wissenschaft als Beruf* (1917), trad. it. *Scienza come vocazione*, in *Scienza come vocazione e altri testi di etica e scienza sociale*, Milano, 1996, p. 65 (d'ora in avanti WB, seguito dal numero di pagina dell'edizione italiana).

Weber riprende l'espressione "politeismo dei valori" dalla filosofia di John Stuart Mill. Per Weber il politeismo dei valori sorge dal processo di razionalizzazione cui è stata sottoposta in Occidente la sfera religiosa, e in ciò egli mostra una notevole affinità con il pensiero nietzschiano (sul rapporto tra Weber e Nietzsche cfr. HENNIS W., *Le tracce di Nietzsche nell'opera di Max Weber*, in LOSITO M. e SCHIERA P. (a cura di) *Max We-*

Con l'espressione «politeismo dei valori» Weber intende il conflitto che viene a determinarsi in epoca moderna tra i diversi valori, una volta venuta meno la possibilità di fondare su basi oggettive una gerarchia tra essi. Infatti, in assenza di una gerarchia oggettiva, tutti i valori avanzano uguali pretese di assolutezza, che danno origine ad una lotta inevitabile e senza possibilità di conciliazione tra di essi: il prevalere dell'uno rispetto all'altro dipende esclusivamente da una scelta soggettiva, attraverso la quale ogni individuo sceglie tra diversi valori, in perenne conflitto tra di loro. E questo comporta, per Weber, l'affermazione di un «moderno romanticismo intellettualistico dell'irrazionale»[18], per mezzo del quale si cerca di fuggire dal dovere di scegliere ricorrendo all'irraziona-

ber e le scienze sociali del suo tempo, Bologna, 1988, pp. 241-277). Infatti anche secondo Nietzsche la trasformazione del valore da fatto morale in interpretazione in senso morale di fatti di per sé indifferenti (NIETZSCHE F., *Jenseits von Gut und Böse* (1886), trad. it. *Al di là del bene e del male*, Milano, 1990, §108, p. 75: «Non esistono affatto fenomeni morali, ma soltanto un'interpretazione morale dei fenomeni»), è il risultato dell'atteggiamento nichilistico, ovvero dell'istinto della negazione, introdotto dal cristianesimo nella cultura occidentale ed è responsabile anche della progressiva uccisione di Dio e della decadenza che ne deriva.

[18] WB, p. 59. Sul «romanticismo politico» si esprimerà nel 1932 Paul Tillich. Tale romanticismo si basa sul fatto che la potenza della decisione non ha altro fondamento se non la volontà di potenza; al posto della legittimazione vi è l'intensità di un attimo dotato di potenza originaria. Tale teoria della decisione che scaturisce normativamente dal nulla, per Tillich contiene in sé l'esigenza di «creare la madre a partire dal figlio e di chiamare il padre dal nulla» (cfr. TILLICH P., *Die sozialistische Entscheidung*, in *Werke*, vol. 2, Stuttgart, 1962, p. 252). Il corrispettivo in politica di questo romanticismo è dato da Carl Schmitt, per il quale lo Stato è una condizione permanente di eccezionalità luminosa: l'attimo sacro che per lui si è fatto Stato è la sovranità. E la pungente definizione di quest'ultima è: «Sovrano è chi decide nello stato d'eccezione» (cfr. SCHMITT C., *Politische Romantik*, 1925, trad. it. *Romanticismo Politico*, Milano, 1981, p. 33). Alla base del «romanticismo politico» vi è l'infatuazione e la curiosità febbrile, nonché la voglia di sperimentazioni metafisiche nella Germania degli anni '20. I progetti filosofici che si proponevano di rompere in maniera radicale con il proprio tempo, dal «buio dell'attimo vissuto» di Ernst Bloch fino all'«attimo della decisone» di Carl Schmitt, dal «terrore improvviso» di Ernst Jünger al «*Kairos*» di Paul Tillich, si riferiscono tutti all'«attimo», che aveva cominciato la sua vita filosofica nel pensiero di Kierkegaard. L'«attimo», per Kierkegaard, è il momento in cui Dio fa irruzione nella vita e il singolo si sente chiamato alla decisione di osare il salto nella fede. «A partire da Kierkegaard l' "attimo" diventa il faro dei virtuosi antiborghesi della religione, del tipo di Carl Schmitt, che si perde con la sua mistica dell'attimo nella sfera politica e del diritto pubblico, o di Ernst Jünger, che con esso diventa un guerriero e un surrealista. Alla piattezza della stabilità borghese si contrappone il sapore forte di una radicale infinitezza vissuta nell'attimo. Così inteso, l'attimo promette di intrattenere una relazione con il «totalmente altro», ha il senso di un'altra esperienza del tempo, e dell'esperienza di un altro tempo. Esso promette svolte e trasformazioni improvvise, forse addirittura approdo e redenzione, ma in ogni caso costringe alla decisione» (SAFRANSKI R., *Heidegger e il suo tempo*, cit., p. 212).

lità del "vissuto" (*Erlebnis*)[19].

Il punto di partenza invece, per Weber, di qualsiasi ricostruzione di un senso per l'agire individuale nella modernità deve risiedere nella lucida consapevolezza di essere «condannati dal destino a vivere in un'epoca senza dèi e senza profeti»[20].

A questa diagnosi della modernità non sfugge la scienza, e colui che intende dedicarsi al lavoro intellettuale deve avere consapevolezza del fatto che «la vita, nella misura in cui si fonda su nient'altro che su se stessa ed in quanto tale viene compresa, conosce soltanto la lotta senza fine tra divinità contrapposte – ossia, per parlare in modo meno immaginifico, l'inconciliabilità irresolubile delle posizioni ultime *possibili* nei riguardi della vita, e la necessità invece di decidere per l'una o per l'altra»[21]. Questo comporta che accettare la scienza come una

> "vocazione" capace di conferire senso al suo esercizio quotidiano come "professione" dipende in ultima analisi da una presa di posizione ultima nei confronti del mondo, ossia da un presupposto di valore, e Weber pare ben consapevole che a fondamento della sua presa di posizione a favore della scienza come professione sta una risposta affermativa alla domanda sulla capacità della scienza intesa come "vocazione", di conferire un senso al mondo e alla vita individuale in misura superiore a ogni altra sfera culturale[22].

Per Weber, nel mondo moderno l'atteggiamento odierno verso la scienza è contraddistinto da un radicale rifiuto, e questo avviene in particolar modo tra le giovani generazioni, poiché «i prodotti del pensiero scientifico sono un mondo posticcio di astrazioni artificiali che con le loro mani scarne cercano di cogliere, senza mai riuscirvi, il sangue e la linfa della vita reale»[23]. Per il sociologo tedesco questo accade in quanto, nel passato, la fede nel valore della verità permetteva di ritenere possibile un avvicinamento progressivo alla sua comprensione, invece, nel mondo moderno, la razionalità non è più lo strumento attraverso cui pervenire ad una «progressiva conoscenza generale delle condizioni di vita in cui siamo inseriti»[24]. In-

[19] Per una ricostruzione della genesi e della storia del concetto di "vissuto" (*Erlebnis*), soprattutto nell'ambito della distinzione tra *Geistwissenschaften* e *Naturwissenschaften*, cfr. De Agostini F., *Breve storia della filosofia nel Novecento*, Torino, 1999, pp. 83-85.

[20] WB, p. 69.

[21] WB, p. 68.

[22] Monceri F., *Dalla scienza alla vita. Dilthey, Nietzsche, Simmel, Weber,* cit., p. 174.

[23] WB, p. 57.

[24] WB, p. 55.

fatti, per Weber, il processo di razionalizzazione che ha riguardato l'Occidente, ha prodotto come risultato il «disincantamento del mondo»[25], ovvero una fase di secolarizzazione, che tende ad eliminare la dimensione religiosa da tutti gli ambiti della vita. Nello sviluppo e nell'estensione del processo di razionalizzazione dell'Occidente, la religione, che pure ha fornito ad esso un notevole contributo, diventa un elemento irrazionale che nei fatti tende a svanire dall'orizzonte. Tra le diverse cause di questo processo, per Weber, un ruolo fondamentale è quello giocato dalla scienza moderna. Essa, infatti, si forma e si sviluppa, proprio compiendo il «disincantamento del mondo» attraverso una sempre maggiore spiegazione razionale degli eventi. Questo forse può essere considerato un progresso, in quanto l'uomo non è costretto più ad adoperare strumenti magici per dominare il mondo, ma non significa necessariamente una conoscenza maggiore dei meccanismi della realtà[26]. E soprattutto, la sostituzione dell'ordine etico della religione con un ordine meramente fisico e razionale crea le condizioni per un mondo oggettivo privo di senso etico, ovvero di quel senso che la religione ha voluto costruire come congruente e compatibile con la sofferenza dell'uomo, rimandando a forme di compensazione della sofferenza in un'altra vita. In tal modo la razionalizzazione e il dominio del sapere scientifico finiscono per togliere senso al mondo e per rendere gli uomini consapevoli di vivere in un mondo privato di senso. E quindi la scienza si trova ad essere incapace di fornire alcuna risposta al problema del senso del mondo. Anzi, essa come

[25] Con l'espressione «disincantamento del mondo» (*Entzauberung der Welt*), Weber vuole indicare il processo storico-religioso di demagificazione del mondo che, iniziato con la profezia ebraica antica e proseguito con il pensiero scientifico greco, portò a rifiutare la magia come mezzo e strumento di salvezza, anche «nella forma sublimata dei sacramenti e dei simboli», come nel protestantesimo ascetico. «Il puritano rigoroso faceva sotterrare senza formalità perfino le salme dei suoi cari, soltanto per recidere ogni fonte di "superstizione", vale a dire di ogni fiducia in manipolazioni di carattere magico. *Solamente* qui il *disincantamento del mondo* è stato attuato in modo completo in tutte le sue conseguenze» (cfr. Weber M., GARS, I, p. 601).

[26] WB, p. 55: «La progressiva intellettualizzazione e razionalizzazione non comporta quindi una progressiva conoscenza generale delle condizioni di vita nelle quali siamo inseriti. Essa significa invece qualcosa di diverso: la consapevolezza o la fiducia che l'uomo, basta che lo voglia, può sempre rendersi conto, in linea di principio, di non avere davanti alcuna forza misteriosa o imprevedibile, e di poter invece *dominare* – in linea di massima – tutte le cose attraverso il calcolo. Il che significa: il disincantamento del mondo. L'uomo non deve più quindi servirsi di mezzi magici per dominare o ingraziarsi gli spiriti allo stesso modo del selvaggio per il quale simili potenze hanno peso. Infatti a ciò fanno fronte i mezzi tecnici e la ragione calcolante. Ecco cosa significa l'intellettualizzazione in se stessa».

aveva già detto Tolstoj «è priva di senso, poiché non offre alcuna risposta alla domanda per noi più importante: che cosa dobbiamo fare? Come dobbiamo vivere?»[27].

Per Weber il fatto che la scienza «non offra alcuna risposta è assolutamente incontestabile. Si tratta solo di domandarsi in che senso essa non dia alcuna risposta, e se invece, in luogo di questa, essa possa fornire qualche aiuto a chi si ponga correttamente la domanda»[28]. Dunque, se la scienza non può fornire un senso al mondo deve rappresentare almeno il punto di partenza dal quale muovere per rinnovare la sua capacità di edificare una coerente condotta di vita, per mezzo della quale l'individuo sia capace di affrontare il proprio destino. È in questione, allora, non solo «la vocazione *per* la scienza, cioè cosa significhi la scienza come professione per colui che vi si dedica, ma anche: a che cosa *è chiamata la scienza* nella vita dell'umanità? E qual è il suo valore?»[29].

4. *Le peculiarità e i compiti della scienza*

Dopo aver affrontato questi presupposti, Weber enuclea e analizza le caratteristiche della scienza concepita come condotta di vita, sottolineando come, chi abbia intenzione di fare della scienza la propria *vocazione* debba prestare attenzione alle peculiarità della scienza moderna. Che sono:

a) L'elevato grado di specializzazione cui essa è giunta nell'epoca moderna. Per Weber questo specialismo si rivela essere una condizione necessaria della scienza moderna che lo studioso deve inevitabilmente accettare, e soprattutto, all'interno di tale condizione, il lavoro dello stesso studioso finisce per configurarsi come una mera parte di un'insie-

[27] WB, p, 59. Qui, solo per un momento, e solo in maniera asintotica, paiono incrociarsi e toccarsi due prospettive, forse non troppo lontane. L'atteggiamento di Weber nei confronti della scienza sembra ritornare, a distanza di pochissimi anni, nel *Tractatus logico-philosophicus* di Wittgenstein, ed esattamente nelle sue battute conclusive: «Noi sentiamo che, anche una volta che tutte le *possibili* domande scientifiche hanno avuto risposta, i nostri problemi vitali non sono ancora neppure toccati. Certo allora non resta più alcuna domanda; e appunto questa è la risposta» (WITTGENSTEIN L., *Tractatus logico-philosophicus*, (1922), trad. it. *Tractatus logico-philosophicus*, Torino, Einaudi, 1964, p. 81, prop. 6.52). Del resto è ampiamente riconosciuto dagli studiosi l'influenza del pensiero di Tolstoj su Wittgenstein, soprattutto nel periodo bellico, tanto da far sì che Wittgenstein fosse chiamato dai commilitoni "l'uomo dei vangeli". Su quest'ultimo punto cfr. MONK R., *Ludwig Wittgenstein. The duty of genius* (1990), trad. it. *Wittgenstein. Il dovere del genio*, Milano, 1991, p. 121.

[28] WB, p. 59.

[29] WB, p. 56.

me più vasto, di cui lo stesso studioso non riesce ad afferrare il senso complessivo.

b) Il fatto che il lavoro scientifico, in parte come conseguenza del carattere specialistico della ricerca, è «inserito nel flusso del progresso», e che quindi non è destinato a durare, anzi esso è destinato ad essere continuamente ed inevitabilmente superato, al contrario di un'opera d'arte, che «non verrà mai superata, non invecchia mai».[30] Per Weber chi «voglia servire la scienza deve fare i conti con questo fatto. Senza dubbio, vi sono opere scientifiche che possono prolungare nel tempo la loro importanza, ed essere "godibili" per le loro qualità artistiche, o come strumenti didattici. Comunque essere superati sul piano scientifico è – conviene ripeterlo – *non solo il nostro destino, ma il nostro obiettivo*»[31].

c) Infine, la scienza implica e presuppone l'elemento dell'ispirazione, ovvero una sorta di dote e predisposizione naturale che non si può ottenere attraverso l'esercizio dell'attività scientifica. Questa questione, quella del dono (*Gabe*), come specifica caratteristica della figura dello scienziato, pone notevoli difficoltà all'esercizio della scienza come professione, soprattutto nel caso in cui essa sia rivolta all'insegnamento. Infatti la polemica incessante di Weber contro i «profeti in cattedra», nasce dall'esigenza di differenziare la sfera della conoscenza da quella della propaganda. Soprattutto il fatto che l'ispirazione possa essere concepita e definita come un "dono di natura" «è fra i motivi principali di un atteggiamento […] di subordinazione ad alcuni idoli, il cui volto vediamo oggi diffondersi sempre più»[32]. E la consapevolezza di vivere in un'epoca contrassegnata dalla morte di Dio e dalla totale mancanza di senso del mondo, accresce la necessità e l'urgenza di trovare, e questo accade soprattutto nelle nuove generazioni, una via d'uscita al razionalismo, tramite la fede in due nuovi idoli: la *personalità* e l'*esperienza vissuta* (*Erlebnis*).

La convinzione moderna secondo cui la personalità si consegue tramite l'*Erlebnis*, ovvero attraverso un rapporto immediato con la realtà della vita, non tiene conto del fatto, che il termine «*Erlebnis* una volta in tedesco si indicava con *Sensation*» e che allora si aveva un concetto più preciso «di quel che fosse e significasse il termine "personalità"»[33]. Il culto della personalità non si rende conto che essa non può essere forgiata solo

[30] WB, pp. 53-54.
[31] WB, p. 54 (corsivo nostro).
[32] WB, p. 52.
[33] WB, p. 53.

attraverso il legame con la sfera emotiva-sentimentale, né che «una "personalità" nel campo scientifico l'ha solo chi si dedica *in maniera assoluta al proprio oggetto*»[34]. Per Weber lo scienziato può modellare la sua personalità solo attraverso «l'intima dedizione al proprio compito», che sola «può innalzarlo all'altezza e alla dignità dell'oggetto cui egli pretende di dedicarsi»[35]. In questo modo Weber rigetta il ruolo di capo per l'individuo che scelga di fare della scienza la propria vocazione e di esercitarla professionalmente: assumendo il ruolo del capo, l'uomo di scienza tradisce il presupposto del lavoro scientifico, poiché cerca all'interno del proprio e limitato ambito di conferire un senso totale al mondo imprimendovi il sigillo della verità scientifica. Per il sociologo tedesco, dallo scienziato è lecito «esigere solo la probità intellettuale, ossia la capacità di rendersi conto che la verifica dei fatti e il controllo delle congruenze matematiche e logiche o dell'interna struttura dei fatti culturali da un lato, e dall'altro la risposta relativa al *valore* della cultura e dei suoi specifici contenuti […] costituiscono due problemi assolutamente *eterogenei*»[36].

Una volta enucleate le peculiarità della scienza, Weber espone i compiti di essa nella società contemporanea. Che sono:

a) La scienza è capace di fornire all'uomo conoscenze che gli consentano di «governare la sua vita grazie ai calcoli ed alle previsioni relativamente agli oggetti ed allo stesso agire»[37].

b) La scienza è in grado di fornire a chiunque «un metodo di riflessione e la preparazione e gli strumenti relativi»[38], in quanto, pur senza pronunciarsi in alcun modo sui mezzi e sullo scopo, nel determinare i mezzi più adeguati a raggiungere un determinato scopo essa sottopone questo a critica indiretta, quando appaia privo di senso «in base al configurarsi dei rapporti dati»[39]. Inoltre la scienza può stabilire, data la possibilità di raggiungere lo scopo prefissato, «le *conseguenze* che avrebbe l'impiego dei mezzi richiesti *accanto* all'eventuale attuazione dello scopo proposto»[40]; in tal modo essa rende possibile una riflessione sui costi dell'agire, tenendo conto dei costi imprevisti dell'azione. Ma questa critica deve limitarsi ad avere carattere tecnico, senza pronunciarsi sull'opportunità che l'azione venga portata o meno a compimento.

[34] *Ibidem*.
[35] *Ibidem*.
[36] WB, p. 62.
[37] WB, p. 67.
[38] *Ibidem*.
[39] WB, p. 59.
[40] *Ibidem*.

c) Il terzo compito riguarda il problema della «chiarezza» *(Klarheit)*:

> Riguardo al problema del valore, col quale abbiamo sempre a che fare […] si possono assumere dal punto di vista pratico posizioni diverse. A seconda della posizione assunta, si devono applicare i *mezzi* che l'esperienza scientifica consiglia per la loro realizzazione pratica. Ora, questi mezzi possono essere di per sé tali che voi crederete di doverli respingere. Ecco allora che bisogna proprio scegliere tra il fine ed i mezzi inevitabili. Il fine"giustifica" o no quei mezzi? L'insegnante può solo mostrarvi la necessità di questa scelta, ma non può fare di più, se vuol rimanere un'insegnante e non trasformarsi in un demagogo[41].

Nel momento in cui la scienza tenta di chiarire la questione del rapporto tra mezzi e scopo, esse deve analizzare le differenti posizioni di valore in base alle quali il singolo individuo si propone di raggiungere uno scopo specifico attraverso l'utilizzo dei mezzi più opportuni che spetta alla scienza consigliare. E quindi, la scienza può rendere l'individuo consapevole che la determinazione dello scopo dipende da una presa di posizione ultima nei confronti del mondo, ossia da un giudizio di valore che lo pone in contrasto con posizioni ultime. Così la scienza può rendere il singolo cosciente che l'accettazione di un criterio ultimo di valore implica la necessità di applicare mezzi coerenti con quel fine, e che nel caso che egli non possa accettare di applicare quei mezzi dovrebbe anche rinunciare a quel valore, per evitare che la propria posizione divenga autocontraddittoria.

d) L'ultimo compito della scienza, che è in particolare qui «la filosofia come disciplina specialistica»[42], consiste nell'esame sui vari sistemi di valore che supportano l'agire pratico dell'uomo nel mondo, al fine di «recare alla *coscienza* questi criteri ultimi, che si manifestano nei concreti giudizi di valore». E a questo compito la scienza può dedicarsi in maniera legittima, senza però invadere abusivamente l'ambito della speculazione. L'insieme dei compiti della scienza ha il fine «di costringere o almeno aiutare l'individuo *a rendersi conto del senso ultimo del suo proprio operare*»[43], ma non può minimamente sovrapporsi alla questione della scelta individuale fra i criteri ultimi di valore.

[41] WB, p. 67.
[42] WB, p. 68.
[43] *Ibidem.*

5. *Le soluzioni weberiane*

Alla fine della conferenza Weber propone due possibili conclusioni e soluzioni per fronteggiare il destino della modernità:

a) Da una parte, infatti,

> A chi non è in grado di sostenere, da vero uomo, questo destino della nostra epoca, si deve dire: torni in silenzio, senza abbandonarsi alle usuali pubbliche dichiarazioni da convertito, ma semplicemente e modestamente, nelle ampie chiese[44].

Ma, in questo caso egli dovrà essere consapevole che il rifiuto di affrontare il proprio destino, comporta un «sacrifico dell'intelletto»[45], necessario e fondamentale per conferire un nuovo senso all'esperienza religiosa. Tale scelta sarebbe comunque «da un punto di vista etico, qualcosa di certamente diverso da quel volere eludere ciò che impone una genuina onestà intellettuale, nel momento in cui, non avendo il coraggio di render chiara a se stesso la propria posizione ultima, l'uomo si sgrava di quel dovere rifugiandosi in una fragile relativizzazione»[46]. Questa è la posizione di coloro che ritengono possibile trasformarsi da maestri in capi e in profeti della cattedra, mentre, in realtà, tra «le pareti dell'aula nessun'altra virtù è da ritenersi appropriata all'infuori della semplice probità intellettuale»[47].

b) Weber sceglie proprio quest'ultima soluzione. Per lui l'onestà intellettuale diventa il nucleo di una moderna interpretazione della condotta di vita calvinista. La scienza deve diventare la vocazione dell'uomo moderno, come una volta lo era l'etica protestante per il puritano, e trasformarsi nell'esercizio e nella verifica della propria vocazione all'interno degli ordinamenti del mondo. In tal modo, «la vocazione *alla* scienza si trasforma nella professione *della* scienza»[48], il cui valore centrale è rappresentato dallo svolgimento costante del proprio compito, rifiutando di aspettare «nuovi profeti o redentori»[49]:

> Desiderare ardentemente ed attendere di per sé non è sufficiente, bisogna fare altrimenti: dedicarci al nostro lavoro ed assolvere il

[44] WB, p. 72.
[45] WB, p. 71.
[46] WB, p. 72.
[47] *Ibidem*.
[48] Monceri F., *Dalla scienza alla vita. Dilthey, Nietzsche, Simmel, Weber,* cit., p. 185.
[49] *Ibidem*.

> nostro "compito quotidiano" - in modo responsabile e professionale. Il che è semplice e facile, allorché ognuno abbia scoperto e deciso di prestare ascolto al *daimon* che regge i fili della *sua* vita[50].

6. *La scienza, il prospettivismo e l'avalutatività*

L'indagine sul metodo delle scienze sociali, e soprattutto il concetto di scienza proposto da Weber risente del dibattito sulla filosofia dei valori vivo in una delle maggiori scuole neokantiane, quella del Baden, sorta ad Heidelberg, e quindi della riflessione, pur con tutte le dovute e opportune distinzioni, di Windelband, di Rickert, dello storicismo di Dilthey, e dell'influenza della *Lebensphilosophie*. Ma soprattutto, il concetto di scienza avanzato da Weber presuppone la teoria nietzschiana del "prospettivismo", per la quale «l'intelletto umano non può fare a meno di vedere se stesso sotto le sue forme prospettiche e di vedere *soltanto* in esse»[51]. Per Nietzsche, la scienza deve avere consapevolezza del proprio carattere prospettico, ovvero deve riconoscere di non essere capace di rappresentare il reale, ma solo di interpretarlo. E questo è una diretta conseguenza, per Nietzsche, del fatto che

> […] fino a che punto si estenda il carattere prospettico dell'esistenza, […] tutto questo, com'è giusto, non può essere deciso nemmeno attraverso la più diligente e la più penosamente coscienziosa analisi e autoindagine dell'intelletto; infatti, in questa analisi, l'intelletto umano non può fare a meno di vedere se stesso sotto le sue forme prospettiche e di vedere *soltanto* in esse. […] Ma io penso che oggi per lo meno siamo lontani dalla ridicola presunzione di decretare dal nostro angolo che solo a partire da questo angolo *si possono* avere prospettive. Il mondo è piuttosto divenuto per noi ancora una volta "infinito": in quanto non possiamo sottrarci alla possibilità che esso *racchiuda in sé interpretazioni infinite*[52].

Ne *L'«oggettività conoscitiva» della scienza sociale e della politica sociale* del 1904, Weber tratteggia le caratteristiche di un modello di scienza che accoglie la teoria di Nietzsche del prospettivismo. In tale opera Weber, nel delineare le peculiarità delle "scienze della cultura" (*Kulturwis-*

[50] WB, p. 73.

[51] Nietzsche F., *Die fröhliche Wissenschaft* (1882), trad. it. *La gaia scienza*, Milano, 1989, p. 253.

[52] Ivi, p. 240.

senschaften), afferma che «la "cultura" è una sezione finita dall'infinità priva di senso del divenire del mondo, alla quale è attribuito senso e significato dal punto di vista dell'*uomo*»[53] e che quindi «ogni conoscenza della realtà culturale è sempre […] una conoscenza da *particolari punti di vista*»[54]. Il percorso conoscitivo si configura, allora, come un percorso alla fine del quale si arriva non alla raffigurazione di una realtà, ma solo all'interpretazione di una realtà in sé priva di senso, che a partire da una particolare prospettiva e da un determinato punto di vista diventa significativa e dotata di senso per il soggetto che apprende. Dunque, «ciò che si conosce diventa oggetto dell'indagine, ed in quale misura questa si estenda nell'infinità delle connessioni causali, è determinato soltanto dalle idee di valore che dirigono il ricercatore e la sua epoca», così come «nel metodo della ricerca […] il "punto di vista" a cui si ispira è determinante per l'elaborazione degli strumenti concettuali che egli impiega»[55]. In tal modo i risultati scientifici, condizionati ed inficiati da punti di vista soggettivi, non possono aspirare all'oggettività e alla verità: «verità scientifica è soltanto ciò che *esige* di valere per tutti coloro che *vogliono* la verità»[56]. Pertanto la metodologia weberiana si presenta come una riflessione sull'*ethos* della scienza: una riflessione sui problemi ultimi della scienza, e soprattutto sul problema del suo "valore", sulla base dell'imperativo dell'onestà intellettuale, ovvero sulla base della consapevolezza che, nel mondo moderno, nessun successo scientifico possa più assicurare un senso unitario e risolutivo alla realtà[57].

[53] Weber M., *Die «Objektivität» sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis* (1904), trad. it. *L'«oggettività» conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale*, in id., *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, 1974, p. 96 (d'ora in avanti OE, seguito dal numero di pagina dell'edizione italiana).

[54] OE, p. 97.

[55] OE, p. 100.

[56] *Ibidem*.

[57] Sull'ethos della scienza una posizione antitetica a quella di Weber è quella di Husserl. Nella prima parte introduttiva della *Crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale*, Edmund Husserl afferma che i filosofi sono i «funzionari dell'umanità» (Husserl E., *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendentale Phänomenologie* (1959), trad. it. *La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale*, Milano, 1997, p. 46). Subito dopo aver formulato questa definizione Husserl aggiunge che la «nostra responsabilità personale per il nostro vero essere di filosofi, nella nostra vocazione interiore personale, include anche la responsabilità per il vero essere dell'umanità, che è tale soltanto attraverso la filosofia» (*ibidem*). La posizione di Husserl sembra dunque antitetica a quella di Weber, per il quale la scienza moderna è avalutativa, ossia non è in grado di giustificare i valori in base ai quali gli uomini agiscono. Per Weber, dunque, la scienza non può pronunciarsi in merito al «vero essere dell'umanità». Essa si occupa solo di fatti empirici, e il

Weber difende la possibilità dell'oggettività delle scienze sociali, mettendo in evidenza i principali caratteri di un atteggiamento scientifico che voglia raggiungere risultati obiettivi: da un lato è indispensabile mante-

«vero essere dell'umanità» non è un fatto empirico, è semmai un valore che guida la prassi. E i valori, secondo Weber, possono solo essere scelti, non giustificati scientificamente. Weber e Husserl assumono dunque posizioni diametralmente opposte. Essi hanno in comune, pero, l'identità del problema sollevato. Infatti entrambi considerano la scienza una professione, e quindi, un'attività umana regolata da determinati vincoli etici. Che lo scienziato debba assumere e mantenere un atteggiamento avalutativo è, per Weber, un imperativo comandato dalla professione di scienziato, più in particolare dall'aspirazione, propria di ogni conoscenza scientifica, all'oggettività. Per mantenere un atteggiamento scientificamente oggettivo, occorre rimanere rigorosamente imparziali, astenersi cioè dal prendere posizione. Il vincolo dell'avalutatività è imposto dunque dall'*ethos* della scienza, ovvero dall'insieme di quei costumi, regole e imperativi che definiscono il modo di vita proprio di chi svolge professionalmente il mestiere di ricerca scientifica. Lo scienziato è responsabile, obbedisce ai principi etici della propria professione se non si pronuncia su quello che Husserl chiama «vero essere dell'umanità». La differenza tra la posizione di Husserl e quella di Weber è una conseguenza, allora, della loro diversa interpretazione dell'origine dell'*ethos* scientifico. Per Weber la scienza moderna affonda le sue radici nei processi di razionalizzazione tecnica della vita umana scaturiti dall'insorgere del capitalismo. E, la razionalizzazione tecnica e «lo spirito del capitalismo» di cui la scienza è espressione hanno un'origine religiosa. Weber sottolinea l'originaria motivazione religiosa della scienza moderna usando per designare l'attività dello scienziato l'espressione Beruf, "professione", termine che nella lingua tedesca, come abbiamo già sottolineato, significa anche "vocazione", "chiamata". Nell'interpretazione weberiana la scienza moderna eredita dalla religione il sentimento del mistero e dell'inconoscibilità del tutto. E l'inconoscibilità dei valori in epoca moderna è l'equivalente di quella che per i protestanti era l'imperscrutabilità della volontà divina. Per Husserl, invece, la scienza moderna ha un'origine diversa, in quanto non ha nulla a che vedere con la religione, anzi, essa segna la rottura radicale con ogni atteggiamento che si basava sulla fede in divinità trascendenti. Nella *Crisi delle scienze europee*, infatti, Husserl individua la nascita della scienza moderna nel Rinascimento e, più precisamente, nel rinnovamento dell'antica idea greca di scienza come epistème, ovvero di una scienza capace di trasformare in senso razionale l'intera prassi umana. Per comprendere cosa intenda Husserl bisogna ricordare l'utopia platonica della repubblica dei filosofi, ossia di una società umana che pensa e agisce in base a verità puramente razionali. Husserl è ovviamente consapevole del fatto che l'utopia platonica di un'umanità totalmente razionale non si è realizzata in nessun luogo, che da nessuna parte nel mondo gli uomini agiscono in base a verità puramente razionali. Ne è tal punto consapevole da individuare l'origine della crisi delle scienze europee proprio nell'abbandono o oblio di quell'utopia, o come Husserl la chiama, «idea teleologica». Tuttavia, benché accantonata, l'idea teleologica di un'umanità totalmente razionale, affrancata dal mito e dai pregiudizi, continua ad essere, secondo Husserl, uno dei fondamentali «motivi di senso» di ogni attività scientifica. Con l'espressione «motivi di senso» Husserl indica i costumi, le regole e gli imperativi che formano l'*ethos* di una determinata attività umana. In tal senso l'affermazione che i filosofi sono i «funzionari dell'umanità» significa, allora, che, essendo l'utopia dell'umanità razionale un momento fondamentale dell'*ethos* professionale del filosofo, ciascun filosofo (e ciascun scienziato) agisce e pensa in nome di questa idea teleologica ed è quindi responsabile nei suoi confronti.

nere distinti i giudizi di valore dai giudizi di fatto, senza arrogarsi la pretesa e il diritto di derivare i primi dai secondi; dall'altro, la scienza deve utilizzare spiegazioni di tipo causale. Ma soprattutto, la scienza, nel confronto con i valori, è limitata, in quanto non può dare risposte e soluzioni nei casi in cui vi sia un conflitto tra valori, pur se è essenziale la sua funzione di chiarimento per la comprensione del significato dei valori. Il compito della scienza è di farci conoscere la realtà, di fornire una spiegazione razionale degli eventi e dei fenomeni, ma è essa stessa fondata su valori per i quali non è possibile nessuna giustificazione razionale.

Allora per assicurare oggettività ai risultati scientifici, ovvero per garantire loro una validità, anche se limitata, è fondamentale, per Weber, che essi siano esenti da presupposti di valore. Inoltre l'oggettività dei risultati scientifici non può più fondarsi nemmeno sull'uso di strumenti metodologici unanimemente riconosciuti come validi, in quanto anch'essi dipendono dai valori scelti dal ricercatore[58]. Nell'applicazione di tali strumenti, della cui convenzionalità il ricercatore deve essere lucidamente e perfettamente consapevole, a settori d'indagine scelti in base a un interesse soggettivo, la scienza deve escludere in maniera netta il ricorso a giudizi di valore. E questo è fondamentale in quanto il valore deriva unicamente dalla visione del mondo del singolo individuo, che interpreta e giudica la realtà sulla base della sua prospettiva, personale e limitata.

Allora l'avalutatività, che non significa certo il divieto di dare ed esprimere giudizi di valore, esclude questi dal settore scientifico, per far si che, in tal modo, si possa avere il confronto tra diverse e opposte visioni e posizioni, da cui può emergere, infine, un ampliamento della prospettiva capace di migliorare il punto di vista da cui considerare scientificamente il mondo:

> Ogni lavoro delle scienze della cultura in un'epoca di specializzazione, dopo essersi diretto in base a determinate impostazioni problematiche a considerare una determinata materia, e dopo essersi creato i suoi principi metodici, riterrà l'analisi di questo materiale come uno scopo a sé, senza controllare di continuo in maniera consapevole il valore conoscitivo dei fatti particolari in riferimento alle ultime idee di valore, ed anche senza rimanere consapevole del proprio legame con queste. E va bene così. Ma ad un certo momento muta il colore: il significato dei punti di vista impiegati in maniera non riflessa diventa incerto, e la strada si perde nel crepuscolo. La luce dei grandi problemi culturali è di nuo-

[58] Sul tema dell'oggettività in Weber cfr. Veca S., *Il metodo e le condizioni dell'oggettività*, in Rossi P. (a cura di), *Max Weber e l'analisi del mondo moderno*, cit., pp. 3-26.

> vo spuntata. Allora anche la scienza si appresta a mutare la propria impostazione e il proprio apparato concettuale, e a guardare nella corrente del divenire dall'alto del pensiero[59].

7. *Il paradosso della razionalità*

Per Weber, come già detto, alle origini del razionalismo occidentale vi è un'etica religiosa e se vogliamo capire come e perché il nostro mondo è così dominato dalla razionalizzazione e dal disincantamento bisogna risalire alla forma specifica di ascesi legata all'etica calvinista. «Ora ciò che è importante nell'analisi di Weber è proprio questa fondazione paradossale della razionalità, questa origine religiosa (incantata!) del disincanto. Dobbiamo sapere da un lato che la nostra forma di civiltà non è per nulla "naturale", non è il modo "naturale" di vivere, ma solo *una* delle civiltà possibili, dall'altro lato che ciò di cui essa più è orgogliosa è il risultato preterintenzionale di un comportamento che aveva nella *grazia*, nella *salvezza* e nella *predestinazione* i suoi movimenti fondamentali»[60]. Weber intravede la relazione tra l'affermarsi della scienza e l'ascesi intramondana in una pagina centrale di *Wissenschaft als Beruf*:

> Se rammenterete il detto di Swammerdamm: "Io vi do qui la prova della provvidenza di Dio nell'anatomia di un pidocchio", capirete ciò che l'attività scientifica, sotto l'influsso (indiretto) del protestantesimo e del puritanesimo, considerasse allora come proprio compito: la via per giungere a Dio[61].

Quindi Weber riconosce all'interno del lavoro scientifico un'etica nella quale rimane una forza propulsiva che non è interamente razionalizzabile, nella quale vi è ancora la traccia del *Beruf*:

> Solo grazie ad una una rigorosa specializzazione l'uomo di scienza può giungere ad affermare con sicura coscienza, una sola volta e forse mai più nella vita: stavolta ho fatto qualcosa che è destinato a *durare*. E affinché si abbia oggi un lavoro notevole e insuperabile, bisogna che esso sia specialistico. Al contrario, riman-

[59] OE, p. 136.

[60] CASSANO F., *Nichilismo e sociologia*, in LOSITO M. e SCHIERA P. (a cura di) *Max Weber e le scienze sociali del suo tempo*, cit., p. 337.

[61] WB, p. 58.

> ga lontano dalla scienza chi non è capace di mettersi una buona volta, per così dire, i paraocchi e di convincersi che il destino della propria anima dipende per l'appunto dall'esattezza di quella congettura, proprio di quella, riguardo a quel passo di quel manoscritto. Altrimenti egli non avrà mai provato ciò che può dirsi "l'esperienza vissuta" della scienza. Senza questa strana ebbrezza, irrisa dai non iniziati, senza questa passione, senza questo "dovevano passare millenni prima che tu venissi alla vita, ed alti millenni attendono in silenzio" - e tutto per il successo della tua congettura, *non* si ha vocazione e bisogna cambiare strada. Infatti, per l'uomo come tale niente ha valore di ciò che non *può fare* con *passione*[62].

Il coraggio necessario a intraprendere e fare il lavoro di scienziato deriva da una forma particolare di passione che passa attraverso una rigorosa disciplina, dalla quale bisogna imparare che in ambito scientifico ha una sua personalità solo chi serve puramente il proprio oggetto, ovvero chi è capace di comprendere che la scienza, essendo inserita nella grande corrente del progresso, rende rapidamente antiquati i propri risultati e che quindi essere superati sul piano scientifico è il destino e lo scopo di ogni ricercatore[63]. In tale rapporto strettissimo tra scienza e ascesi religiosa è importante l'esplicita assunzione della razionalità scientifica e del razionalismo occidentale come basati su assunti di valore che non possono essere avvalorati con la logica di quella razionalità e di quel razionalismo:

> Presupposto di qualsiasi lavoro scientifico è sempre la validità dei principi logici e metodologici: che sono poi i fondamenti generali del nostro orientamento nel mondo. Ora tali presupposti, per lo meno, in relazione alla nostra specifica questione, non costituiscono assolutamente un problema. Un ulteriore presupposto è che il risultato del lavoro scientifico sia *importante,* ossia "degno di esser conosciuto". E qui evidentemente hanno origine tutti i nostri problemi. Infatti questo presupposto non può essere a sua volta dimostrato con i mezzi della scienza[64].

Questo brano richiama alla mente un aforisma di Nietzsche, ed esattamente il § 344 della *Gaia scienza*, in cui Nietzsche insiste sul fatto che all'origine della scienza c'è una forma specifica di volontà:

[62] WB, pp. 50-51.
[63] Cfr. WB, pp. 53-54.
[64] WB, pp. 59-60.

> *In che senso noi siamo ancora devoti*. Nella scienza le convinzioni non hanno alcun diritto di cittadinanza, così si dice a giusta ragione; soltanto quando esse si risolvono ad abbassarsi alla modestia di una ipotesi, a un provvisorio punto di vista sperimentale, a una finzione regolativa, può essere loro accordato l'accesso e perfino un certo valore entro il regno della conoscenza. […] Si vede che anche la scienza riposa su una fede, che non esiste affatto una scienza "scevra di presupposti". La domanda se sia necessaria la *verità*, non soltanto deve aver avuto già in precedenza risposta affermativa, ma deve averla avuta in grado tale da mettere quivi in evidenza il principio, la fede, la convinzione che "*niente* è *più* necessario della verità e che in rapporto a essa tutto il resto ha soltanto un valore di secondo piano". Questa incondizionata volontà di verità, che cos'è dunque? È la volontà di *non lasciarsi ingannare*? È la volontà di *non ingannare?* […] Ebbene, si sarà compreso dove voglio arrivare, vale a dire che è pur sempre una *fede metafisica* quella su cui riposa la nostra fede nella scienza[65].

Allora per Weber al fondo del razionalismo occidentale vi sono orientamenti di valore la cui attendibilità non è assolutamente superiore a quella propria di altri orientamenti di valore, ad esempio «di quelli che stanno a fondamento delle religioni che non hanno avuto incidenza sullo sviluppo di quel "razionalismo"»[66]. Qui Weber, però si distacca da Nietzsche. Weber esorta a scegliere il proprio demone, quello che tiene i fili della propria vita e, in quanto scienziato, sa che la notte è ancora lunga: bisogna mettersi al lavoro adempiendo il nostro «compito quotidiano»[67]. Mentre Nietzsche deriva dal nichilismo una spinta euforica che lo vede creatore di una coscienza superiore rispetto agli altri uomini, Weber predilige una atteggiamento diverso: *Wissenschaft als Beruf* si chiude con la metafora della notte e del buio, che dureranno ancora a lungo e che occorre saper accettare, e non «desiderare ardentemente»[68]. Weber «sceglie la virile accettazione della limitatezza e non l'ebbrezza di una nuova "Rivelazione". E per certi versi è difficile dargli torto: come non vedere un'acuta contraddizione tra il Nietzsche critico della "metafisica della verità", come nerbo di quella tradizione occidentale che occorre mettersi alle spalle e le pagine di *Ecce homo*, in cui con tono commosso riflette sul proprio

[65] NIETZSCHE F. *La gaia scienza*, cit., § 344, pp. 195-197.

[66] CASSANO F., *nichilismo e sociologia*, in LOSITO M. e P. SCHIERA (a cura di) *Max Weber e le scienze sociali del suo tempo*, cit., p. 341.

[67] WB, pp. 73.

[68] *Ibidem*.

destino?»[69]. In Nietzsche v'è quindi la consapevolezza del carattere esplosivo del nichilismo, «ma tutto ciò viene senza alcuna ironia detto in nome di una nuova *verità*, per la quale non sembrano eccessivi i termini propri di una *rivelazione* religiosa»[70].

Con la sua accettazione della limitatezza Weber rimane, invece, al di qua del salto compiuto da Nietzsche in preda all'ebbrezza dionisiaca. Ma anche in questo caso si ha l'impressione di una coerenza limitata: il «politeismo» è l'estremo risultato del disincantamento, ma esso non è a sua volta uno degli dei? E la scelta che conduce il singolo individuo a scegliersi un demone sarà ricordata come scelta una volta che quel demone abbia preso a tenere i fili della nostra vita?[71]

Weber ci chiede di continuare a fare lavoro scientifico e di accettare la limitatezza di questo lavoro come un dovere religioso, un lavoro a «*sovranità limitata*»[72], ovvero un lavoro che deve continuare sulla base di certe rimozioni sul proprio significato che è da accettare solo per fede.

[69] CASSANO F., *Nichilismo e sociologia*, in LOSITO M. e SCHIERA P. (a cura di) *Max Weber e le scienze sociali del suo tempo*, cit., pp. 342-343. E cfr. NIETZSCHE F., *Ecce homo. Wie man wird, was man ist*, trad. it., *Ecce homo. Come si diventa ciò che si è*, Milano, 1981, p. 127: «Conosco la mia sorte. Un giorno sarà legato al mio nome il ricordo di qualcosa di enorme – una crisi, quale mai si era vista sulla terra, la più profonda collisione della coscienza, una decisione evocata *contro* tutto ciò che finora è stato creduto, preteso, consacrato. Io non sono un uomo, sono dinamite».

[70] CASSANO F., *Nichilismo e sociologia*, cit., p. 343. E cfr. NIETZSCHE F., *Ecce homo*, cit., p. 136: «Chi può far luce su di essa, quegli è una *force majeure*, un destino – spacca in due la storia dell'umanità. Si può vivere *prima* di lui o *dopo* di lui. Il fulmine della verità ha colpito proprio ciò che stava in cima a tutto: chi comprende *che cosa* esso abbia distrutto, guardi se gli resta ancora qualcosa tra le mani. Tutto ciò che fino a oggi si chiamava "verità" viene riconosciuto come la forma più dannosa, più maligna, più sotterranea della menzogna».

[71] Cfr. CASSANO F., *Nichilismo e sociologia*, cit., p. 343.

[72] *Ibidem*.

ELENA DI MARIA

Gli studi su diritto e letteratura*

Il diritto, inteso come fenomeno sociale, nascente dal bisogno di regolare il normale andamento della vita comunitaria e risolvere la conflittualità insita nella socialità umana, non può essere considerato avulso dal contesto in cui si origina. La scienza giuridica, di conseguenza, deve dialogare con altre discipline, quali l'economia, la sociologia, l'antropologia, la psicologia, la filosofia e, non ultima, la letteratura.

In particolare, la letteratura, riuscendo a cogliere, con immediatezza, gli aspetti interiori dell'animo umano – spesso oscuri anche per le più attente analisi scientifiche – è in grado di svelare i retroscena del diritto e mostrare i reali effetti che i meccanismi giuridici producono sugli uomini. Pertanto, oltre a porsi come innovativo strumento metodologico per l'insegnamento e la diffusione della cultura giuridica, la letteratura risulta capace di corrodere la dogmatica del diritto e riportare il giuridico alla sua dimensione essenziale, che è quella – Capograssi insegna – dell'esperienza comune[1].

La nascita del filone di studi denominato *Diritto e Letteratura*, ormai autonomo àmbito disciplinare che tende a raccordare in maniera proficua i due saperi, si fa risalire, convenzionalmente, agli inizi del Novecento, quando sia in Europa che in America sono apparse le prime trattazioni organiche sul tema.

Inizialmente, gli studi si sono rivolti, per lo più (anche se non esclusivamente), alla ricerca di singoli elementi e tematiche giuridiche in testi letterari, configurando il filone definito *diritto nella letteratura*, mentre, successivamente, le analisi si sono orientate verso le caratteristiche letterarie del diritto stesso, dando vita al filone della *letteratura nel dirit-*

* Questa rassegna è tratta dalla mia tesi di laurea in Filosofia del diritto, dal titolo "Diritto e letteratura. Shakespeare, Dostoevskij, Camus" (relatore Prof. Valentino Petrucci), discussa presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Ateneo molisano, nel marzo 2011.

[1] Il rapporto dell'uomo con le istituzioni giuridiche è, spesso, intriso di difficoltà, soprattutto per l'elevato grado di astrazione che tali costruzioni raggiungono, risultando estranee all'uomo stesso, tanto che, ancor oggi, il diritto appare come «un oggetto di grande mole e di spaventosa tecnicità, che tende a respingere i non addetti» (L. M. FRIEDMAN, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, trad. it. di Giovanni Tarello, Bologna, Il Mulino, 1978, p. 32).

to, in cui rientra la stilistica giuridica.

Tra i primi ad occuparsi di questa duplice direzione di indagine – *Law in Literature* e *Law as Literature* – gli studiosi nordamericani John H. Wigmore[2] e Benjamin Cardozo[3]. Nel suo saggio, che può essere ricondotto al primo filone di studi (*Law in Literature*), Wigmore sottolinea l'opportunità che il giurista conosca la letteratura, per una maggiore completezza della sua formazione personale e professionale[4].

Cardozo incentra la ricerca sulle qualità letterarie del diritto (*Law as Literature*), in particolare sulle potenzialità delle sentenze di essere *arte*, veri e propri esempi di letteratura, capaci di ricostruire fatti reali in termini chiari e con modalità argomentative orientate a fondare logicamente (e persuasivamente) la decisione giudiziaria. Per Cardozo, il diritto è vita e muta in base ai bisogni e alle esigenze della società (tesi favorita dal ruolo centrale del giudice nei sistemi di *Common Law*, come interprete dell'esperienza umana).

La distinzione tra *diritto nella letteratura* e *letteratura nel diritto* trova sistematizzazione in due saggi di Hans Fehr, significativamente intitolati *Das Recht in der Dichtung* e *Die Dichtung im Recht*[5], in cui l'Autore evidenzia come la letteratura sia di ausilio al diritto perché fonte, a volte unica (si pensi all'età antica o medievale), di conoscenza degli ordinamenti giuridici del passato, nonché possibile punto di partenza per la critica alle istituzioni giuridiche moderne e contemporanee[6].

In Italia compaiono, nella prima metà del secolo scorso, sia scritti che analizzano la presenza di tematiche giuridiche nella produzione di singoli autori, che studi di contenuto più generale sui rapporti tra diritto e letteratura[7]. Tra

[2] J. H. Wigmore, *A List of Legal Novels*, "Illinois Law Review", n. 2, 1908, pp. 574 ss.

[3] B. N. Cardozo, *Law and Literature*, "Yale Review", 14, 1925, pp. 699-706, comparso successivamente in *Law and Literature and Other Essays and Addresses*, New York, Harcourt Brace, 1931.

[4] È questo l'obiettivo di tutte le *Lists of Legal Novels* che sono state compilate fino ad oggi, di cui si ha un esempio italiano nel recente saggio di R. Danovi, *Tra fantasia e diritto. List of Novels*, Milano, Giuffrè, 2004.

[5] H. Fehr, *Das Recht in der Dichtung*, Bern, A. Francke AG. Verlag, 1931 e Id., *Die Dichtung im Recht*, Bern, A. Francke AG. Verlag, 1936.

[6] Relativamente all'ambiente culturale tedesco, il tema dei rapporti tra diritto e letteratura è stato, inoltre, affrontato dalla *Scuola storica del diritto*. Si veda, in tema G. Radbruch, *Psicologia del sentimento giuridico dei popoli*, "Rivista internazionale di Filosofia del diritto", fasc. III, maggio-giugno 1938, pp. 241-251 (pubblicazione posteriore alla data di redazione del testo in lingua tedesca).

[7] F. Pergolesi, *Il diritto nella letteratura*, "Archivio giuridico", vol. XCVII, fasc. 1, Modena, 1927, pp. 1277-1278; A. Ascoli e C. Levi, *Il diritto privato nel teatro contemporaneo francese e italiano*, "Rivista di diritto civile", fasc. VI, 1914, pp. 145-203; L. Tumiati, *La poesia nel diritto*, "Rivista internazionale di filosofia del diritto", fasc. III, maggio-giugno 1927, pp. 261-272.

questi lavori, di notevole rilevanza è l'opera di Antonio D'Amato, *La letteratura e la vita del diritto*[8], pubblicata nel 1936, in cui l'Autore indaga i significativi, vicendevoli apporti tra diritto e letteratura. D'Amato sottolinea come la letteratura si ponga al servizio della formazione e dell'evoluzione del diritto, in quanto, rispecchiando la coscienza collettiva, riesce ad esprimere la necessità del cambiamento, qualora le istituzioni non siano più in grado di rappresentare le esigenze sociali.

Altrettanto importante è il contributo di Ferruccio Pergolesi, il quale nel saggio *Diritto e giustizia nella letteratura moderna narrativa e teatrale*[9] analizza diversi testi letterari sotto un profilo filosofico-giuridico e sociologico-giuridico. Per Pergolesi, la letteratura, prendendo spunto dalla vita reale, contiene molto materiale giuridico[10]; in particolare, essa pone in luce il diritto *pratico*, come, cioè, viene percepito ed interiorizzato dai popoli e dai singoli individui[11]; inoltre, la letteratura è lo strumento per andare oltre la legge e concepire quei valori universali – quali la dignità, la libertà, la socialità e l'amore – difficili da ingabbiare in norme prestabilite.

Tra i contributi italiani[12] maggiormente rappresentativi degli anni Novanta[13], è da segnalare il lavoro di Mario A. Cattaneo, *Suggestioni penalistiche in testi letterari*[14], nel quale emerge, quale elemento comune ai tanti autori esaminati, la preoccupazione per la difesa della dignità umana, nonché un atteggiamento di critica verso il sistema giuridico ed una

[8] A. D'AMATO, *La letteratura e la vita del diritto*, Milano, Ubezzi & Dones, 1936.

[9] F. PERGOLESI, *Diritto e giustizia nella letteratura moderna narrativa e teatrale*, Bologna, Zuffi editore, 1949.

[10] Secondo Ferruccio Pergolesi si fa «continuamente del diritto anche senza accorgersene», *ivi*, p. 14.

[11] Cfr., *ivi*, p. 15. Il rapporto tra l'individuo e il diritto diventa di fondamentale importanza nella costruzione e nell'evoluzione del diritto, se si considera che il singolo individuo non solo recepisce le norme giuridiche, ma *interagisce* con esse. Si veda, in tema, L. M. FRIEDMAN, *op. cit.*, p. 39.

[12] Per un elenco degli autori che hanno contribuito alla crescita del filone *Diritto e Letteratura* in Italia, si veda il testo di A. SANSONE, *Diritto e letteratura. Un'introduzione generale*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 48-55.

[13] A partire dagli anni Novanta, il campo di indagine si amplia, includendo il rapporto tra cultura, diritto e società, come dimostra l'esperienza francese del *Laboratorio di analisi critica delle pratiche giuridiche* dell'Università di Parigi, che, nell'aprile del 1991, ha organizzato una tavola rotonda sul tema *Le droit saisi par la pluridisciplinarité*. Si vedano, in tema: G. ALPA, *Law & Literature: un inventario di questioni*, "La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata", 1997, II, pp. 175 ss., e P. MALAURIE, *Droit et Littérature. Une Anthologie*, Paris, Editions Cujas, 1997.

[14] M. A. CATTANEO, *Suggestioni penalistiche in testi letterari*, Milano, Giuffrè, 1992.

profonda volontà di riforma. Secondo Cattaneo, «l'insegnamento che molti letterati possono dare ai giuristi consiste nell'indicazione che troppo spesso le istituzioni giuridiche ottengono il risultato opposto a quello che si prefiggono, che la difesa della certezza del diritto e della dignità dell'uomo deve essere oggetto di una continua e gelosa attenzione, e che è cosa assai difficile costruire il diritto – soprattutto il diritto penale – in modo che sia realmente a misura d'uomo»[15].

Attualmente, nella prospettiva italiana della Sociologia del diritto, il movimento culturale *Law and Literature* è considerato di grande interesse per gli studi socio-giuridici, dal momento che la letteratura offre un proficuo assortimento di «documenti sul diritto»[16] e si configura come innovativo strumento metodologico di ricerca[17].

L'esperienza americana in tema di *Diritto e Letteratura* può essere ricondotta alla «prospettiva multiculturale e postmoderna»[18], alla base dei diversi movimenti di "*Law and…*", diretti ad indagare il diritto nella sua complessità e nei suoi rapporti con altri complementari universi cognitivi: dall'economia, alla sociologia, alla filosofia, alla letteratura, alle arti figurative, alla musica[19].

La consacrazione ufficiale della rinascita degli studi di *Law and Literature* si ha con l'opera di James B. White, *The Legal Imagination: Studies in the Nature of the Legal Thought and Expression*, del 1973[20], in cui l'Autore riconduce ad unità le due visioni, diritto e letteratura e diritto come forma letteraria. Per White, il diritto è un sistema culturale, ricco e complesso a livello di contenuti e di forme, che esprime il proprio potere nel linguaggio e nell'uso della retorica[21].

Dagli anni Settanta, la corrente culturale del *Law and Literature* è pronta per acquistare rilievo di campo di studio autonomo nelle forme del *Law*

[15] *Ivi*, p. XV.

[16] V. Ferrari, *Prima lezione di sociologia del diritto*, Roma - Bari, Laterza, 2010, p. 114.

[17] «Le fonti letterarie […] spesso anticipano anche largamente la riflessione scientifica», *ivi*, p. 116.

[18] G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 276.

[19] Per l'analisi dello sviluppo del *Law and Art*, cfr., A. Di Robilant, *Non soltanto parole. In margine ad alcuni itinerari in «Law and Art»*, "Materiali per una storia della cultura giuridica", n. 2, dicembre 2001, pp. 483-513.

[20] J. B. White, *The Legal Imagination: Studies in the Nature of the Legal Thought and Expression*, Boston Mass., Little, Brown and Co., 1973.

[21] Gli studi di James B. White si inseriscono nel filone dell'ermeneutica giuridica, partendo dal presupposto che diritto e letteratura, dipendendo ambedue dal linguaggio, comportano pratiche esegetiche simili.

and Literature Movement, vera e propria scuola, come afferma Richard Posner[22], il quale ponendosi in modo critico nei confronti del 'vecchio' *Law and Literature* (che cercava nelle opere letterarie una qualche riproduzione o spiegazione del fenomeno giuridico), si interessa maggiormente alla rappresentazione letteraria del diritto e al valore della narrazione in campo giuridico, capace di sviluppare empatia e ampliare lo strumentario concettuale e lessicale di avvocati e giudici[23].

Attualmente, il principale esponente del *Law in Literature* è Richard H. Weisberg, il quale considera sia il diritto che la letteratura come tentativi formalizzati «di strutturare la realtà attraverso il linguaggio»[24], nel senso che entrambi affrontano temi esistenziali, da punti di vista molteplici (etico, antropologico, sociologico, filosofico)[25]. In aggiunta, lo studio interdisciplinare diritto-letteratura presenta esso stesso un profilo etico, essendo il testo letterario il campo per fondare l'etica giuridica sulle nozioni di libertà ed uguaglianza[26]: l'avvicinarsi alle lettere dona, infatti, una diversa e più acuta sensibilità nell'affrontare i problemi sociali, morali e giuridici del vivere quotidiano, consentendo agli uomini di legge di tornare a fare un uso 'virtuoso' del loro linguaggio e del loro intelletto.

Recentemente, il movimento *Diritto e Letteratura*, oltre ad una vasta bibliografia, si è arricchito di nuove esperienze, quali: insegnamenti universitari, riviste specializzate, istituzione di enti ed associazioni che si dedicano all'organizzazione di iniziative, convegni ed incontri tematici[27].

Tra gli Atenei italiani che hanno introdotto l'insegnamento di *Diritto e Letteratura* si segnalano:

- l'Università degli studi di Trento, Facoltà di Giurisprudenza, che dall' a.a. 2005-2006, ha attivato il suddetto insegnamento afferente all'area di "Storia del diritto medievale e moderno" e, dal 2008, seminari su "Diritto e Cinema"[28];

[22] Cfr., R. A. Posner, *Law and Literature. Revised and enlarged edition*, Cambridge, England, Harvard University Press, 1998, pp. 7-8.

[23] Cfr., *ivi*, p. 8.

[24] R. H. Weisberg, *voce* "Diritto e letteratura", in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, vol. III (1993), pp. 107 – 113. La citazione riportata è a p. 107.

[25] *Ibidem*.

[26] Cfr., R. H. Weisberg, *Poetics and other Strategies of Law and Literature*, New York, Columbia University Press, 1992.

[27] Per una panoramica delle attività dal 2000 al 2008, si veda M. P. Mittica, *Diritto e Letteratura in Italia. Stato dell'arte e riflessioni sul metodo*, "Materiali per una storia della cultura giuridica", n. 1, giugno 2009, pp. 273-300.

[28] Informazioni sui corsi e sui relativi programmi sono disponibili sul sito www.unitn.it.

- l'Università degli studi "Roma Tre", Facoltà di Giurisprudenza, che dall' a.a. 2007-2008, ha tra le sue materie di insegnamento "*Law and Humanities*", nell'àmbito disciplinare di "Storia del diritto medievale e moderno"[29];

- l'Università degli studi del Sannio (Benevento), Facoltà di Giurisprudenza, che dall'a.a. 2008-2009, ha attivato l'insegnamento "Diritto e Letteratura", nell'àmbito del settore scientifico di "Diritto privato comparato"[30];

- l'Università dell'Insubria, con sedi a Varese e Como, Facoltà di Giurisprudenza, corso di laurea in Scienze della mediazione interlinguistica e interculturale, che ha avviato, dall'a.a. 2009-2010, l'insegnamento "*Law and Humanities*", e il seminario permanente "*Law and Cinema*"[31];

- l'Università di Torino, Facoltà di Giurisprudenza, che ha attivato, dall'a.a. 2009-2010, l'insegnamento "Diritto e Letteratura"[32] all'interno del settore scientifico di "Diritto privato comparato";

l'Università degli studi di Urbino "Carlo Bo", Facoltà di Sociologia, corso di laurea magistrale in Sociologia della multiculturalità, che pre-

[29] L'approfondimento delle tematiche avviene, oltre che attraverso i tradizionali metodi di insegnamento, mediante l'utilizzo di una piattaforma telematica, in cui professori e studenti possono riportare le proprie riflessioni e mettere a disposizione degli utenti i risultati delle ricerche svolte. La piattaforma è consultabile dal sito internet dell'Università (www.giur.uniroma3.it), accedendo a specifici *blog* degli anni 2008, 2009, 2010.

[30] L'Università, inoltre, è stata promotrice di iniziative correlate al suddetto àmbito culturale, quali la presentazione del volume *Diritto di parola: saggi di diritto e letteratura*, a cura di F. Casucci, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, tenutasi il 13 gennaio 2010; il dibattito intitolato "Il silenzio significativo tra diritto e letteratura", svoltosi, a Benevento, il 18 giugno 2010; il seminario di studi dal titolo "Matrimonio, mogli e mariti nel Settecento tra diritto e letteratura", svoltosi il 23 febbraio 2011; il ciclo di incontri su "Il padre spodestato. L'autorità paterna dalla antichità ad oggi" e "Nozze di sangue. Storia della violenza coniugale", svoltisi nei giorni 22-23 giugno 2011.

[31] Le modalità di svolgimento dei corsi e i relativi programmi sono consultabili sul sito www.uninsubria.it. Inoltre, nell'àmbito della ricerca scientifica di Ateneo, sono stati realizzati alcuni progetti orientati ad indagare le relazioni tra diritto e materie umanistiche: *Law and Literature* (che si occupa dell'apporto che la letteratura può offrire allo studio del diritto, al fine di una migliore comprensione dei fenomeni giuridici nella loro dimensione storica e contemporanea); *Law and Cinema* (che mira a fornire nuovi strumenti didattici, come le pellicole cinematografiche, per la comprensione dei fenomeni giuridici e sociali); *Law and Language* (relativo alla terminologia giuridica nel contesto europeo); *Law and Religion* (finalizzato ad individuare le modalità con cui le prassi religiose si integrano o entrano in conflitto con i sistemi normativi statali).

[32] Ulteriori informazioni sul corso e sui programmi didattici sono disponibili sul sito www.giurisprudenza.unito.it. Inoltre, l'Ateneo ha organizzato una Giornata Internazionale di Studi sul tema "Diritto, letteratura e mezzi di comunicazione: conoscenza e tutela", svoltasi il 20 maggio 2010, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

vede, dall'a.a. 2009-2010, l'insegnamento "Diritto e Letteratura" nell'àmbito della cattedra di "Antropologia giuridica"[33].

Altri Atenei, pur non prevedendo un autonomo insegnamento di *Diritto e Letteratura*, si sono mostrati sensibili al tema, promuovendo seminari, convegni ed altre attività. Alcuni esempi:

- il Dipartimento di lingue e letterature straniere dell'Università degli studi di Verona, ha promosso, dal 2008 al 2010, una serie di progetti incentrati sul rapporto diritto-letteratura[34] e la Facoltà di Giurisprudenza della stessa Università ha organizzato, in collaborazione con la Società letteraria di Verona, il convegno dal titolo "Diritto e Letteratura"[35], tenutosi il 16 marzo 2010;

- presso l'Università degli studi "Suor Orsola Benincasa" di Napoli, viene organizzato annualmente il ciclo di seminari dal titolo "Cinema Letteratura Diritto. Davanti alla legge. Immaginare il diritto"[36], giunto, nell'a.a. 2010-2011, alla quinta edizione. L'iniziativa mira a fornire al giurista un approccio diretto, innovativo e proficuo, al mondo del diritto, attraverso l'analisi di prospettive letterarie, cinematografiche, artistiche e musicali;

- l'Università degli studi di Milano ha dato continuità al lavoro del prof. Bruno Cavallone – il quale, alla fine degli anni Novanta, nell'àmbito del "Diritto Processuale Civile", ha introdotto una serie di seminari sul rapporto tra processo e letteratura[37] – organizzando diverse inizia-

[33] Maggiori dettagli relativi alle modalità di svolgimento del corso e ai programmi didattici sono disponibili sul sito www.uniurb.it. L'Ateneo si è fatto promotore, inoltre, del Seminario di studi dal titolo "Immaginare il diritto. Narrazioni plurali e costituzionalismo", svoltosi l'11 maggio 2010, dedicato al volume di R. COVER, *Nomos e narrazione. Una concezione ebraica del diritto*, a cura di M. GOLDONI, Torino, Giappichelli, 2008.

[34] I progetti, consultabili sul sito www.univr.it, sono i seguenti: "Equità: intersezioni letterarie e legali", vòlto ad analizzare il significato di equità, come sinonimo di giustizia ideale, nei testi letterari; "Diritto e immagine in letteratura", inteso a rivelare il rapporto tra legge e arte, attraverso l'analisi di testi della letteratura inglese; "Prospettive legali nel teatro elisabettiano", con l'obiettivo di analizzare i testi teatrali dell'età elisabettiana per individuarne i contenuti legali; "Shakespeare e la legge", al fine di esaminare i contenuti filosofico-giuridici dei testi shakespeariani.

[35] Gli atti del convegno non sono stati pubblicati, ma è disponibile, presso la presidenza della Società letteraria di Verona, la registrazione audiovisiva. Le informazioni riguardanti la Società sono disponibili su www.societaletteraria.it.

[36] Le informazioni relative alla programmazione cinematografica e agli eventi complementari previsti dall'iniziativa sono consultabili sul sito www.unisob.na.it.

[37] Per il resoconto di questa esperienza, si veda, B. CAVALLONE, *Il processo che non c'è (una inconsueta esperienza didattica)*, "Rivista di diritto processuale civile", 1998, 53/3, pp. 849-857.

tive, tra le quali l'incontro sul tema "*Diritto e narrativa*" con lo scrittore israeliano Abraham Yehoshua, svoltosi il 26 giugno 2008[38];

- nell'àmbito dei Seminari interdisciplinari organizzati, nell'a.a. 2008-2009, dal prof. Francesco Saverio Nisio, titolare della cattedra di "Filosofia del diritto" della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Foggia[39], sono stati analizzati testi su *Diritto e Letteratura*, quali: *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel processo* di Flora Di Donato[40]; *Il processo della verità. Le radici del film politico-indiziario italiano* di Anton Giulio Mancino[41]; *Cantori di nostoi. Strutture giuridiche e politiche delle comunità omeriche* di Maria Paola Mittica[42];

- il "Centro di studi storico-letterari Natalino Sapegno" ha promosso ad Aosta, dal 14 al 18 settembre 2009, un seminario dal titolo "Giustizia e Letteratura"[43], nel quale si è discusso sulle riflessioni giuridiche di alcuni autori come Dante, Goldoni, Manzoni, Kafka e Sciascia;

- i corsi di "Sociologia del diritto" e di "Filosofie della pena" della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova, e il *Goethe-Institut Genua*, con il patrocinio della *Italian Society for Law and Literature*, hanno organizzato un seminario dal titolo "Diritto e castigo. Immagini della giustizia penale nella letteratura tedesca e italiana"[44], svoltosi il 26 novembre 2009. Gli studiosi intervenuti hanno illustrato, attraverso alcuni classici della letteratura tedesca ed italiana, i momenti in cui diritto e vita si confrontano su temi come "verità", "responsabilità", "delitto", "pena", rappresentate in letteratura da scene processuali, indagini giudiziarie, considerazioni degli imputati e disposizioni delle autorità;

- l'Università di Trieste, Facoltà di Scienze della formazione, ha organizzato una tavola rotonda sul tema "Diritto e costruzione narrativa. La connessione fra diritto e letteratura"[45], tenutasi il 30 novembre 2009;

[38] Il testo dell'incontro dal titolo "Viaggio alla fine del millennio. Diritto e letteratura nell'opera di Abraham Yehoshua" non è stato ancora pubblicato.

[39] Le informazioni relative al ciclo seminariale sono state rinvenute sulla pagina web dell'Ateneo, www.unifg.it.

[40] Milano, Franco Angeli, 2008.

[41] Torino, Kaplan, 2008.

[42] Roma, Aracne, 2007.

[43] Del seminario "Giustizia e letteratura" non è prevista la pubblicazione degli atti; le registrazioni audio dell'evento sono disponibili presso la sede della Fondazione, il cui indirizzo è consultabile sulla pagina web www.sapegno.it.

[44] Gli atti relativi al seminario non sono stati editi; è possibile consultare la relazione del prof. Realino Marra, dal titolo *Gadda e la cognizione del delitto*, su www.lawandliterature.org, nella sezione dedicata ai saggi.

[45] I contributi presentati alla Tavola rotonda su "Diritto e costruzione narrativa. La connessione fra diritto e letteratura" sono stati pubblicati sul primo numero del 2010 di "Ti-

- il "Centro studi Federico Stella sulla giustizia penale e la politica criminale" (centro di ricerca nato all'interno dell'Università Cattolica del Sacro Cuore), a partire dall'a.a. 2009-2010, organizza annualmente il ciclo di seminari "Giustizia e letteratura"[46], al quale collaborano anche le Facoltà di Giurisprudenza e di Scienze linguistiche e Letterature straniere dell'Università Cattolica di Milano. Il ciclo seminariale si articola in più incontri in cui scrittori, critici letterari e giuristi si confrontano su temi giuridici presenti nella letteratura, con l'obiettivo di valorizzare il dialogo interdisciplinare;

- l'Accademia Nazionale di Scienze, Lettere e Arti di Modena ha organizzato, il 23 febbraio 2010, una conferenza a cura di Maria Donata Panforti dal titolo "Sostanziosi affetti. Il mutamento dell'istituto matrimoniale in una prospettiva di *Diritto e Letteratura*" [47], che ha ripercorso l'evoluzione dell'istituto giuridico e sociale del matrimonio da realtà eminentemente economica a momento affettivo, attraverso esempi letterari contenuti in opere italiane dell'Ottocento;

- presso la Facoltà di Lettere e Filosofia dell'Università "Tor Vergata" di Roma, all'interno del corso di Estetica, il 23 marzo 2010, Alfonso Malinconico, autore del volume *Diritto e letteratura: Manzoni e Pirandello*[48], ha tenuto una relazione dal titolo "Diritto e letteratura";

- il Polo Universitario della provincia di Agrigento ha predisposto un Seminario in quattro incontri, a partire dall'11 maggio 2010, dedicato a *Diritto e Letteratura*, curato dal dott. Vivacqua, integrativo dell'inse-

gor. Rivista di scienze della comunicazione". La rivista, curata dalla Facoltà di Scienze della formazione dell'Università degli studi di Trieste, è consultabile *on line* sul sito www.rivistatigor.scfor.units.it.

[46] Nell'anno 2009, il ciclo di seminari è stato suddiviso in sei incontri, incentrati sull'analisi di autori come William Shakespeare, Fëdor Dostoevskij, Carlo Emilio Gadda e Roberto Cazzola, mentre il programma dei seminari dell'anno 2010-2011 prevedeva la discussione sulle seguenti tematiche: il caso Dreyfus e le risonanze letterarie francesi tra il 1896 e il 1930; la giustizia e i giustizieri nell'opera di Friedrich Dürrenmatt; Defoe, la letteratura criminale e il mondo della malavita nell'Inghilterra sei-settecentesca; il problema della responsabilità nelle opere di Robert Musil e Hugo von Hofmannsthal; il tema della giustizia nelle canzoni di Bob Dylan. Il convegno conclusivo, dal titolo: "Narrazioni della giustizia, giustizia della narrazione", si è svolto presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore, il 12 maggio 2011. Ulteriori dettagli sul progetto "Giustizia e Letteratura" sono consultabili sul sito www.csgp.unicatt.it

[47] Tale intervento è in corso di pubblicazione in un libro curato dal prof. Giovanni Comandè ed intitolato *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, che sarà pubblicato nella collana "Quaderni della Rivista di diritto civile", CEDAM. L'informazione è stata gentilmente fornita dall'Autrice.

[48] A. Malinconico, *Diritto e letteratura: Manzoni e Pirandello*, Roma, Empiria, 2008. In questo lavoro, l'Autore inserisce uno studio sulla *Storia della colonna infame*, già edito in "Nuovi Annali della Facoltà di Magistero dell'Università di Messina", 12, 1994.

gnamento di "Filosofia del diritto" della Facoltà di Giurisprudenza[49];

- temi relativi all'àmbito di ricerca degli studi di *Diritto e Letteratura* sono stati trattati nel programma previsto dall'insegnamento di "Profili di teoria generale del diritto", affidato al prof. Carlandrea Cremonini, all'interno del corso di Scienze dell'educazione e dei processi formativi dell'Università di Parma[50];

- il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli studi di Trento, unitamente al CERMEG (Centro di Ricerche sulla Metodologia Giuridica), ha organizzato un Seminario dal titolo "Tre liriche sul Diritto. L'esperienza giuridica in *Tristano e Isotta* e *La Walchiria* di Wagner, e nel *Don Carlos* di Verdi", tenutosi il 10 dicembre 2010[51].

- le cattedre di "Diritto pubblico comparato" e "Storia della giustizia" della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Napoli "Federico II" hanno organizzato, a partire dal 15 febbraio 2011, un ciclo di seminari intitolato "Tra diritto e letteratura", con l'intento di favorire il confronto tra esponenti delle professioni legali e romanzieri[52].

Al di fuori dell'àmbito universitario, si ricordano:

- i lavori dedicati a *Diritto e Letteratura* all'interno del XXVII Congresso della Società Italiana di Filosofia del Diritto, svoltosi dal 16 al 18 settembre 2010 a Copanello di Staletti (Catanzaro), dal titolo "Diritto e politica. Le nuove dimensioni del potere"[53];

- il seminario di *Diritto e Letteratura*, svoltosi a Genova l'8 Febbraio 2011, organizzato dall'Ordine degli Avvocati in collaborazione con De Ferrari Editore, all'interno del quale è stato presentato il testo *Il diritto allo specchio della letteratura: materiali di lettura per giuristi e non* di Roberto Negro e Michele Marchesiello[54].

[49] Informazioni relative al ciclo di seminari sono disponibili sul sito www.uniag.it.

[50] Il programma svolto nell'a.a. 2009-2010, intitolato "L'idea di giustizia nella scienza giuridica e nel mondo delle lettere", si è proposto di definire il concetto di giustizia, partendo dalla nozione classica di diritto naturale, di cui si trovano esempi nella letteratura greca e latina, sino ad arrivare a quella propria dei sistemi di *civil law* e di *common law*, trasfusa negli odierni scenari giuridici. Informazioni disponibili sul sito www.unipr.it.

[51] Il seminario è stato registrato e trasmesso in diretta internet sul sito www.jus.unitn.it, dove è ancora visionabile.

[52] La locandina del primo incontro, "Le stagioni del Commissario Ricciardi", incentrato sui racconti gialli di Maurizio de Giovanni, è consultabile su www.giurisprudenza.unina.it".

[53] Le relazioni di: Carla Faralli, "Diritto e politica nella letteratura"; Maurizio Manzin, "L'universale nel particolare. Politica, giustizia e provvidenza ne *Il cavallo rosso* di Eugenio Corti"; Alberto Scerbo, "*I Miserabili* come paradigma del volto oscuro della legge", sono disponibili alla pagina web www.dirittoepolitica.it, nella sezione documentazione *on line*.

[54] Genova, De Ferrari & Devega, 2011.

L'interesse per il tema in oggetto ha favorito la pubblicazione di collane editoriali dedicate a *Diritto e Letteratura*, come la collana delle Edizioni Scientifiche Italiane di Napoli, diretta da Felice Casucci[55].

Alcune riviste, inoltre, hanno dedicato ampio spazio ai contributi in materia:

- "Materiali per una storia della cultura giuridica" dal 2000 dedica una sezione a *Diritto e Letteratura*[56];

- "Teoria del diritto e dello Stato. Rivista europea di cultura e scienza giuridica" presenta una sezione dedicata a *Letteratura e Diritto*, in cui sono stati pubblicati diversi contributi, vòlti a ricercare temi e materiale giuridico in opere letterarie;

- "Pólemos. Rivista semestrale di diritto, politica e cultura" ha dedicato il suo primo numero, nel 2007, a *Law and Literature*[57];

"*Laboratoire italien: Politique, littérature et société*"[58], la rivista bilingue italo-francese, nata dal concerto delle attività del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Trento e dell'*Ecole Normale Supérieure* di Lyon, ha dedicato il numero 5 del 2004, pubblicato nel mese di settembre, a *Diritto e letteratura*.

- "*Intersexiones*", rivista nata nel 2009 nell'ambito del Dipartimento di Filosofia del diritto della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Vigo, in Spagna, presenta un profilo interdisciplinare, spaziando su varie tematiche delle scienze umane, compreso il rapporto tra diritto e arte.

Infine, si menziona – per la sua rilevanza – l'intervento di Claudio Magris apparso sul "Corriere della Sera" del 16 aprile 2006, intitolato *Let-*

[55] Si ricorda, inoltre, la nascita della collana *Law and Literature* diretta da Daniela Carpi e Klaus Stierstorfer, presso la casa editrice De Gryuter di Berlino e New York.

[56] Tra gli ultimi contributi pubblicati, si ricordano: M. P. Mittica, *Diritto e letteratura in Italia….*, cit.; F. Colao, *Il dolente regno delle pene. Storie della varietà della idea fondamentale del giure punitivo tra Ottocento e Novecento*, "Materiali per una storia della cultura giuridica", 1, giugno 2010, pp. 129-156; R. Marra, *La cognizione del delitto. Reato e macchina della giustizia nel Pasticciaccio di Gadda*, *ivi*, pp. 157-186.

[57] Si riportano gli articoli pubblicati: P. G. Monateri, *L'ambiguità sovrana. Da Amleto a Benjamin via Eliot e Schmitt*, "Pólemos. Rivista semestrale di diritto, politica e cultura ", I, 2007, pp. 9-22; C. Douzinas, *Law's Aesthetics*, *ivi*, pp. 23-50; D. Carpi, *Diritto e letteratura*, *ivi*, pp. 51- 72; C. Battisti, *Diritto e immagine in epoca postmoderna*, *ivi*, pp. 73-104; M. R. Marella, *Diritto e donne*, *ivi*, pp. 105-122; A. Somma, *La rappresentazione artistica del diritto. Dal diritto come arte all'arte come diritto*, *ivi*, pp. 123-140; F. Cortese, *Diritto e religione*, *ivi*, pp. 141-168; C. Costantini, *The Literature of Temple Bar*, *ivi*, pp. 169-200.

[58] La rivista è pubblicata e diffusa in Europa da ENS éditions e consultabile anche in via telematica dalle pagine del Dipartimento di Scienze giuridiche, www.jus.unitn.it/labo/home.html.

teratura e diritto. Una battaglia tra due libertà[59], in cui si esaminano i rapporti tra diritto e letteratura, con particolare riferimento alla Germania dell'età romantica. Tale materia è stata, anche, oggetto della *lectio magistralis* tenuta da Magris in occasione della laurea *honoris causa*, conferitagli dall' Università Complutense di Madrid, il 24 febbraio 2006.

Tra le Istituzioni che si occupano di *Diritto e Letteratura* si segnalano:

AIDEL - Associazione Italiana Diritto e Letteratura[60], con sede a Torino, fondata nel 2008 dalla prof.ssa Daniela Carpi, attuale Presidente (ordinario di Letteratura inglese nell'Università di Verona e coordinatore del Dottorato di ricerca in Anglofonia), e dal prof. Pier Giuseppe Monateri (ordinario di Diritto civile nell'Università di Torino, membro dell'*International Academy of Comparative Law* di New York e presidente dell'*Associazione italiana di Diritto comparato*).

L'Associazione nasce con l'intento di promuovere gli studi italiani su *Diritto e Letteratura*; di potenziare i rapporti tra ricercatori italiani e stranieri, in modo da coordinarne le ricerche; di assicurare la partecipazione italiana agli incontri internazionali sul tema. Cura, inoltre, la rivista *Pólemos*, di cui si è detto.

ISLL - Italian Society Law and Literature (o *SIDL - Società Italiana di Diritto e Letteratura*[61]), fondata nel 2008 presso il Centro interdipartimentale di ricerca in Storia del diritto, Filosofia e Sociologia del diritto e Informatica giuridica (CIRSFID) dell'Università di Bologna. La Società, presieduta dalla prof.ssa Carla Faralli, promuove lo studio delle interazioni tra arte e diritto; segnatamente, ha come tematiche *Diritto e Letteratura*, *Diritto e Cinema*, *Diritto e Arte*, *Diritto e Musica*. Tra gli obiettivi istituzionali vi è quello di favorire la diffusione delle conoscenze e confrontare i risultati delle ricerche a livello internazionale.

La Società ha organizzato diversi incontri[62], tra i quali si ricordano tre convegni nazionali, di cui due svoltisi a Bologna, il primo nei giorni

[59] Dello stesso autore, *Davanti alla legge. Due saggi*, Trieste, EUT, 2006.

[60] Si veda il sito web www.aidel.it.

[61] Gli organi, le iniziative e le attività della Società Italiana di Diritto e Letteratura sono consultabili sul sito www.lawandliterature.org.

[62] Tra gli eventi più recenti, un incontro svoltosi il 3 maggio 2011, presso l'Università di Bologna, nel quale è intervenuto Remo Danovi sul tema "Deontologia forense e produzione cinematografica". Il seminario, organizzato dal corso di "Etica applicata: bioetica ed etica delle professioni", rientra nel XXVI ciclo del dottorato di ricerca in Diritto e Nuove Tecnologie, sezione Bioetica. La locandina è consultabile sul sito www.cirsfid.unibo.it, nella sezione dedicata agli eventi del 2011.

27-28 maggio 2009, dal titolo "Diritto e Letteratura. Prospettive di ricerca"[63], il secondo nei giorni 3-4 giugno 2010, dal titolo "Diritto e narrazioni. Temi di diritto, letteratura e altre arti"[64] e l'ultimo svoltosi a Roma, presso l'Università degli Studi "Tor Vergata", nei giorni 16 e 17 giugno 2011, dal titolo "Arte e limite. La misura del diritto"[65].

[63] Gli atti sono stati pubblicati in *Diritto e letteratura. Prospettive di ricerca*, a cura di C. Faralli e M. P. Mittica, Roma, Aracne, 2010.

[64] I relativi atti sono pubblicati sul sito web www.lawandliterature.org, nella sezione dedicata ai saggi.

[65] Il programma del convegno è consultabile alla pagina web www.lawandliterature.org, nella sezione eventi 2011.

CORINNA DE CARO

La circolazione della prova nell'Unione Europea

SOMMARIO: 1. La progressiva opera di ravvicinamento delle regole che fondano il diritto delle prove. - 2. Il principio del mutuo riconoscimento. - 3. Le diverse tipologie di prove. - 4. Il mandato europeo di ricerca della prova. - 5. Il libro Verde sulla ricerca delle prove in materia penale tra Stati Membri e sulla garanzia della loro ammissibilità. - 6. Conclusioni.

1. *La progressiva opera di ravvicinamento delle regole che fondano il diritto delle prove*

Il problema della prova ha, da sempre, rappresentato il "centro motore" del sistema processuale penale, nazionale ed internazionale.

Anche il tema della raccolta e della circolazione delle prove nello spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia rappresenta uno degli aspetti più delicati della costituenda procedura penale europea, ad elevato tasso di complessità, ma al tempo stesso argomento fondamentale sul quale appare senza dubbio necessario (ed urgente) un intervento normativo da parte degli organi dell'Unione.

Il modello tradizionale della cooperazione giudiziaria internazionale, sostanzialmente basato sulle forme classiche del cd. diritto convenzionale "rogatoriale", è attualmente soggetto ad un processo di profonda trasformazione, soprattutto per effetto delle prime applicazioni del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie ai settori più disparati della cooperazione penale[1].

Si tratta di un mutamento percepibile sin dagli anni 2001- 2002, allorquando le istituzioni comunitarie avviarono un radicale processo di modifica degli istituti della cooperazione, prendendo le mosse dal principio enunciato nella conclusione n. 36 del Consiglio europeo di Tampè-

[1] In generale, sul tema, v., di recente, CHIAVARIO, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale a livello europeo,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2005, p. 974 e ss.; BARGIS, *Costituzione per l'Europa e cooperazione giudiziaria in materia penale,* ivi, 2005, p. 160 e ss.; LATTANZI, *Prospettive di un sistema di giustizia penale europeo,* in *La Magistratura,* 2008, n. 1, p. 138 s.; MARCHETTI, *L' assistenza giudiziaria internazionale,* Milano, 2005, p. 13 e ss.; CIAMPI, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale,* Padova, 2003, p. 47 e ss.

re del 15 ottobre 1999, secondo cui *"le prove legalmente raccolte dalle autorità di uno Stato membro dovrebbero essere ammissibili dinanzi ai tribunali degli altri Stati membri, tenuto conto delle norme ivi applicabili"*.

Si enucleava già, in tal modo, una fondamentale idea-guida per la successiva attività di elaborazione normativa degli organismi comunitari, combinando il principio della ammissibilità della prova legalmente acquisita e "circolante" sul territorio dell'Unione Europea, con quello della sua "compatibilità" rispetto alle regole interne in materia di diritto delle prove.

Il *Corpus Juris* (redatto da un gruppo di esperti, presieduto dalla prof.ssa Delmas Marthy, varato nel 1997 ed integrato nel 2000 con la c.d. 'versione di Firenze')[2] , poi, dava attuazione ad un vecchio progetto di istituire uno "spazio giudiziario europeo", anche se limitatamente alla repressione penale delle frodi comunitarie. In base all'art. 18, comma 1, «*l'insieme dei territori degli Stati membri costituisce uno spazio giudiziario unico*». In esso operavano le disposizioni incriminatrici comuni, l'uniforme applicazione delle quali doveva essere garantita nel processo penale.

Lo strumento per attuare lo "spazio giudiziario europeo" era così individuato nella organizzazione di un ufficio unitario del pubblico ministero[3], competente a perseguire le frodi comunitarie. La predisposizione di tale ufficio era sembrata indispensabile per vari motivi: gli operatori mettevano in evidenza che gli strumenti delle rogatorie e dell'estradizione erano lenti e provocavano ritardi. Ma se anche esse fossero sta-

[2] Il *Corpus Juris* prevede l'istituzione della figura del Pubblico ministero europeo, costituito da un ufficio centrale, con sede a Bruxelles e facente capo ad un procuratore generale europeo con poteri di avocazione, e da una serie di uffici periferici, siti nelle capitali degli Stati membri dell'Unione, in cui operano altrettanti procuratori europei cui il procuratore generale può delegare le sue funzioni. Si tratta di un organo competente su tutto il territorio dell'Unione europea, verso il quale i pubblici ministeri nazionali sono tenuti ad un obbligo di assistenza. L'istituzione della Procura europea è, poi, prevista espressamente dall'art. III-175, poi divenuto III-274, del Trattato che adotta la Costituzione per l'Europa che ne stabilisce la definitiva costituzione solo a seguito di un'apposita legge europea adottata all'unanimità dal Consiglio dell'Unione, previa approvazione da parte del Parlamento Europeo. Per una panoramica sul tema, cfr. PERRODET, *Quante figure di pubblico ministero*, in *Procedure penali d'Europa*, a cura di Chiavario, Padova, 2001, pp. 393-406; ALLEGREZZA, *Pubblico ministero e azione penale: stato dell'arte e prospettive di sviluppo*, in AA.VV., *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, Torino, 2005, p. 217.

[3] Su tali profili, in generale, cfr. GREVI, *Linee di cooperazione giudiziaria in materia penale nella Costituzione europea,* in *Studi in onore di G. Marinucci,* Milano, 2006, p. 2783 e ss.; GRASSO, *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea,* ivi, p. 359 e ss.; RUGGERI, *Il pubblico ministero europeo,* in RAFARACI, *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia,* Milano, 2007, p. 551 e ss.

te rapidissime, restava il fatto che due o più magistrati nazionali avrebbero avuto una conoscenza frazionata delle investigazioni e delle prove, mentre le più gravi frodi transnazionali sarebbero state gestite da criminali organizzati.

Dunque, la tematica dell'ammissibilità reciproca della prova fra gli Stati membri è esplicitamente inserita dal legislatore comunitario fra i settori che necessitano di armonizzazione, tanto che è sempre maggiore l'interesse per l'emanazione di una legge quadro europea in cui si stabiliscano norme minime, seppur nel rispetto delle tradizioni nazionali.

Per inciso, va ricordato che la Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha avuto modo di chiarire di recente come le decisioni quadro siano "vincolanti" per gli Stati membri "*quanto al risultato da raggiungere, salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi*" (cfr. C. Giust., 16 giugno 2005, causa C-105/03 in proc. Pupino). Cosicché, "*nell'applicare il diritto interno, il giudice nazionale è tenuto a farlo per quanto possibile alla luce della lettera e dello scopo della Decisone Quadro al fine di conseguire il risultato perseguito da questa*".

Nel Programma di misure per l'attuazione del principio del mutuo riconoscimento[4] in materia penale, adottato dal Consiglio dell'U.E. il 29 novembre 2000, si è rinnovata la volontà di elaborare uno strumento sul riconoscimento delle *decisioni di blocco degli elementi di prova,* al fine di impedire la dispersione delle prove che si trovano nel territorio di un altro Stato membro (misura, questa, successivamente attuata con l'adozione della Decisione quadro del 22 luglio 2003 sull'esecuzione dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio nell'U.E.).

Pur all'interno di un quadro politico e normativo connotato dal continuo alternarsi di luci ed ombre, quella fondamentale linea di indirizzo programmatico, tracciata nell'arco del biennio 1999-2000, è stata successivamente portata avanti dagli organismi comunitari e confermata nel Programma dell'Aia del 4-5 novembre 2004, il cui punto 3.1 viene sostanzialmente ad inglobare nella prospettiva del mutuo riconoscimento le diverse problematiche inerenti al tema della raccolta ed ammissibilità dei mezzi di prova. Nel correlativo Piano d'azione, adottato nel novembre 2005, è stata esplicitamente prevista infatti, oltre all'elaborazione di una

[4] Sul principio del mutuo riconoscimento delle decisioni penali v., da ultimo, le riflessioni di Amalfitano, *Spazio giudiziario europeo e libera circolazione delle decisioni penali,* in Carbone e Chiavario, *Cooperazione giudiziaria civile e penale nel diritto dell'Unione europea,* Torino, 2008, p. 1 e ss., nonché di Mazza, *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea,* in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 398 e ss.

Proposta volta a completare il mandato europeo di raccolta delle prove, l'esigenza di un ravvicinamento normativo attraverso la predisposizione di un'ulteriore Proposta su *"norme minime relative all'assunzione delle prove nella prospettiva della reciproca ammissibilità"*.

Fondandosi sul principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, sancito dal Consiglio europeo di Tampére nell'ottobre 1999, la proposta di decisione quadro relativa al mandato europeo di ricerca delle prove, presentata dalla Commissione europea già in data 14.11.2003 (COM/2003/270), intendeva istituire un nuovo strumento diretto all'acquisizione di prove (documenti, oggetti o dati) che si trovassero in un altro Stato membro ai fini della loro utilizzazione probatoria nei procedimenti penali in corso nello Stato richiedente. Il c.d. "mandato europeo di ricerca delle prove" avrebbe consentito – si disse - di rendere più rapida ed efficace la cooperazione giudiziaria in materia penale. I protocolli addizionali del 1978 e del 2001, infatti, avevano sicuramente dato una scossa, ma la procedura della cooperazione giudiziaria volta alla ricerca delle prove continuava ad essere poco efficace e particolarmente lenta.

Nella stessa prospettiva, d'altra parte, si colloca il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, i cui artt. 67, par. 3 e 82, parr. 1 e 2, lett. *a), b) e d)*, prevedono che, quando sia necessario per facilitare il reciproco riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi una dimensione transnazionale, l'U.E. possa stabilire, attraverso direttive da adottare con la procedura di codecisione (che coinvolge il Parlamento europeo), "*norme minime*" aventi ad oggetto, tra l'altro, *"l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri*", nonché "*i diritti della persona nella procedura penale*" e "*altri elementi specifici della procedura penale*", individuati dal Consiglio in via preliminare mediante una decisione (deliberata all'unanimità dal Consiglio stesso, previa approvazione del Parlamento europeo)[5].

Nello stesso solco, successivamente, si è inserita la decisione-quadro n. 2008/978/GAI del Consiglio (18 dicembre 2008, entrata in vigo-

[5] Sul punto v. CHIAVARIO, *Giustizia europea e processo penale: nuovi scenari e nuovi problemi,* in *LP,* 2008, p. 468, che individua in tale disposizione le premesse per la costruzione di un quadro di *"regole intermedie"* tra i grandi principi fissati nelle diverse Carte dei diritti fondamentali della persona umana e le regole procedurali di maggior dettaglio, giustamente da lasciare alle legislazioni nazionali; regole intermedie, senza le quali rischierebbe di rimanere solo un "miraggio" quel livello adeguato di armonizzazione che è "indispensabile per una reciproca fiducia non solo di facciata".

re il 19.01.2009; termine ultimo per il recepimento negli Stati membri 19.01.2011) relativa al mandato europeo di ricerca delle prove che ha descritto, tuttavia, una previsione che presenta taluni aspetti problematici legati ai criteri di ammissibilità del materiale probatorio ed agli effetti del nuovo regime di circolazione e del trasferimento.

La progressiva opera di ravvicinamento delle regole che fondano il diritto delle prove costituisce, pertanto, una condizione indispensabile per aumentare e rafforzare quella fiducia reciproca tra i diversi sistemi, che è alla base del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie penali. Si tratta di un'attività armonizzatrice che il legislatore europeo vuole ben "bilanciare" fra esigenze "eurounitarie" e di rispetto delle peculiarità delle legislazioni nazionali, laddove espressamente prevede (*ex* art. 82, parr. 2 e 3) che le norme minime contenute nelle direttive debbano tener conto delle *"differenze"* tuttora esistenti fra le *"tradizioni giuridiche"* e gli *"ordinamenti giuridici"* degli Stati membri dell'Unione europea: non si spiegherebbe altrimenti, entro tale prospettiva, la possibilità di attivare lo specifico meccanismo di sospensione della procedura legislativa ordinaria che l'art. 82, par. 3, consente nell'ipotesi in cui un membro del Consiglio ritenga che un progetto di direttiva "*incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale*"[6] .

2. *Il principio del mutuo riconoscimento*

Il principio del mutuo riconoscimento e la libera circolazione degli atti processuali penali rappresentano l'asse portante dell'edificio comunitario. Entrambi si nutrono della reciproca fiducia fra gli Stati membri per divenire principi effettivi della cooperazione giudiziaria e tale fiducia si deve basare sull'armonizzazione dei vari sistemi nazionali. Gli Stati membri dell'Unione europea presentano, *ex adverso,* sistemi giudiziari eterogenei che non sono in grado di trattare singole questioni in modo uguale. L'estrema varietà riguardo ai criteri di ammissibilità delle prove di ciascun sistema nazionale, potrebbe costituire un rilevante ostacolo al momento dell'attuazione degli strumenti comuni di cooperazione, rendendo particolarmente complesso risolvere il problema dell'utilizzo

[6] De amicis, *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova,* in AA.VV., *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di Grasso – Picotti – Sicurella, Torino, 2011 (Atti del Convegno svoltosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania, 27 – 28 maggio 2010).

in giudizio di elementi probatori raccolti in un altro Stato.

In tale contesto, l'obiettivo della libera circolazione della prova è risultato di indubbia importanza nell'ottica di facilitare l'accertamento della responsabilità penale nei casi di crimini di natura transnazionale.

La prova penale si differenzia dalle merci e dai servizi, settori nei quali pure si è sviluppato il principio della libera circolazione in ambito comunitario e del mutuo riconoscimento: la prova – intesa quale risultato probatorio –, infatti, è il prodotto di una fattispecie processuale molto più complessa.

Il procedimento probatorio è un momento processuale retto da specifiche garanzie poste a tutela dei diritti fondamentali e da regole dettagliate che sono traduzione di canoni epistemologici dai quali dipende la qualità del risultato.

L'inserimento delle regole del giusto processo nell'art. 111 Cost. (per effetto della l. cost. 23 novembre 1999 n. 2) ha modificato il quadro di riferimento della giustizia italiana: i principi del "giusto processo" sono stati posti in posizione gerarchicamente sovraordinata rispetto alle altre norme sul processo penale aventi forza di legge ordinaria.

Specificamente, la duplice presunzione (di non colpevolezza e di innocenza) assieme all'affermazione esplicita della terzietà e imparzialità del giudice, che mantiene soltanto un'iniziativa probatoria integrativa e residuale (artt. 422, 507, 603 c.p.p.), obbligano il pubblico ministero a ricercare, prima, e ad esibire al giudice, poi, le prove che invalidano la iniziale presunzione di favore per l'imputato, al quale è riconosciuto, non solo, il diritto di confutare dialetticamente le prove d'accusa, ma anche quello di ottenere da parte del giudice l'acquisizione della c.d. controprova, nonché quello di attivarsi autonomamente per il compimento di indagini difensive.

In questo contesto, si pone come fulcro il principio di contraddittorio nella formazione della prova, che, ancora prima di essere un diritto riconosciuto all'imputato, si presenta quale canone metodologico che "informa" il processo penale.

Attesa, invece, l'odierna politica criminale dell'Unione europea – improntata alla traduzione normativa del principio del mutuo riconoscimento (completamente avulsa dall'opera di omogeneizzazione dei sistemi processuali) – il timore è, dunque, che prevalga quel pragmatismo tipico delle politiche dell'Unione europea che porta alla prevalenza del risultato finale – in questo caso, la libera circolazione della prova – anche a costo di sacrifici in termini di diritti fondamentali della persona sottoposta alle indagini e di qualità dell'accertamento.

La tendenza alla semplificazione delle forme, in particolare, potrebbe comportare un arretramento delle garanzie previste dall'ordinamen-

to nazionale[7].

Ciascuna di queste problematiche assume lineamenti ancor più marcati, laddove si consideri che non è dato riscontrare nella decisione-quadro un'enunciazione generica dei diritti della difesa e neppure un sistema di rimedi atti ad impedire l'utilizzabilità di elementi probatori raccolti in violazione di legge.

Il procedimento delineato dalla decisione-quadro prevede, infatti, la figura dell'autorità inquirente, la figura del giudice, ma non quella dell'indagato: in altri termini, non è dato intravedere spazi di contraddittorio, di oralità e di immediatezza nella formazione e nella raccolta della prova.

Il problema consiste nel fatto che lo strumento unico di cui si ritiene opportuna l'applicazione deve essere basato sul principio del mutuo riconoscimento. Tale principio però, per quanto opportuno, non può essere generalizzato: in ambito probatorio necessita di opportuni adeguamenti, considerate le differenze procedurali esistenti nei vari Stati Membri.

In tale ambito, non è certo agevole far prevalere il pragmatismo che in genere caratterizza le politiche europee fondate sull'esaltazione del mutuo riconoscimento: ove, cioè, quel che conta è il risultato finale, anche a discapito di evidenti sacrifici sul piano della qualità dell'accertamento.

Se si vuole creare una "prova europea", che sia utilizzabile in tutti gli Stati dell'Unione, occorre prevedere il massimo di garanzie, in modo da soddisfare lo Stato "più esigente".

Queste garanzie hanno lo scopo di far sì che, ove rispettate, si realizzi la massima circolabilità della prova.

Utili elementi di riferimento, in tal senso, possono cogliersi, ad esempio, negli artt. 31 ss. del *Corpus iuris* 2000[8], che individuano comuni cri-

[7] Le prove acquisite inizialmente ai soli fini di un procedimento interno sono, come ovvio, formate secondo la legge del luogo di quel procedimento e sono pertanto sottratte alla disciplina diretta a facilitare la compatibilità della raccolta probatoria con la legge dello Stato di emissione, prevista per i casi nei quali il mandato sia precedente alla raccolta delle prove che si richiedono. In tali casi, il sistema nazionale, costretto a dare applicazione ad un provvedimento estero che sente estraneo non per la provenienza ma per le regole che ne hanno retto la genesi, si troverà nella condizione di doverlo rifiutare oppure – circostanza, questa ancora più preoccupante – nella condizione di dovere, in forza dell'imposizione proveniente dall'organismo sopranazionale, accoglierlo anche se privo di quelle garanzie richieste dall'ordinamento nazionale per un atto analogo. In questa ultima ipotesi, la libera circolazione delle prove porterebbe con sé una duplice conseguenza negativa: non garantire la qualità del prodotto su scala europea e, nel contempo, abbassare gli *standards* qualitativi che il singolo Stato importatore si è dato.

[8] Il testo è pubblicato in *Il Corpus iuris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, a cura di Grasso e Sicurella, Milano, 2003, pp. 349 e ss. In generale, sui criteri che orientano il vaglio di ammissibilità nelle legislazioni dei più importanti Paesi eu-

teri di ammissione di singoli mezzi di prova (testimonianze, interrogatori, documenti, ecc.), stabilendo anche dei criteri generali di esclusione delle prove illegittimamente ottenute[9].

Le garanzie devono essere di due tipi:

- garanzia giurisdizionale: la prova deve essere formata con il contributo del giudice, quale garante della sua legalità e genuinità. Non è sufficiente la presenza del pubblico ministero che, essendo parte e, in alcuni paesi (come ad esempio la Francia), funzionalmente dipendente dall'esecutivo, non può garantire l'indipendenza propria dell'organo giurisdizionale strettamente inteso;

- garanzia difensiva: si deve prevedere una necessaria forma di coinvolgimento della difesa nel procedimento probatorio. In particolare, è ineludibile il diritto di difesa inteso nella sua duplice accezione:

• *diritto di difesa personale* – inteso come il complesso delle attività attraverso le quali il soggetto accusato partecipa personalmente alla ricostruzione del fatto, nel quale rientrano le seguenti garanzie:

- il diritto all'informazione tempestiva, riservata, in una lingua conosciuta ed in maniera dettagliata, della natura e dei motivi dell'accusa;

- il riconoscimento del principio *nemo tenetur se detegere*, concernente gli aspetti tanto del diritto al silenzio quanto del diritto a non autoincriminarsi;

- la predisposizione di tempi e condizioni necessarie per la preparazione della propria difesa con riferimento sia alla previsione di termini ragionevoli sia alla conoscenza degli atti processuali sia alla possibi-

ropei e sulle rilevanti divergenze riscontrabili nelle relative discipline nazionali in tema di divieti probatori, v. l'analisi di VICOLI, *Ammissione della prova e divieti probatori*, in ILLUMINATI, *Prova penale e Unione europea,* Bologna, 2009, p. 24 e ss.

[9] In tema di diritti di difesa dell'imputato, il *Corpus Juris* da un lato fa un rinvio generale a quelli che sono riconosciuti dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo (art. 6) e dal Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 10), dall'altro, contiene l'espressa regolamentazione del momento dal quale una persona inizia a godere di determinati diritti (art. 29). Il fine perseguito dalla norma è scevro da possibili interpretazioni: si vogliono assicurare garanzie minime in tutta l'Unione, fermo restando la possibilità per i singoli Stati di accordare maggiori diritti all'imputato. Il momento in cui una persona acquista i diritti riservati all'imputato combacia con la formazione di un «qualsiasi atto che constati, denunci o riveli l'esistenza di indizi di colpevolezza a suo carico gravi e concordanti»; l'assunzione della qualità di imputato deve verificarsi, al più tardi, «al momento del primo interrogatorio da parte di un'autorità a conoscenza dell'esistenza di tali indizi» (art. 29, comma 2). Gli ulteriori diritti dell'imputato scattano nel momento in cui egli viene interrogato (art. 29, comma 3). Il diritto di conoscere «il contenuto degli indizi a suo carico» significa che deve essere assicurata la contestazione degli elementi di prova che sono stati acquisiti. Il diritto di essere «assistito da un difensore di (propria) scelta» fa riferimento al solo difensore di fiducia, mentre nulla si dice sulla nomina di un difensore d'ufficio.

lità di comunicazione con il proprio difensore;

- il diritto di farsi assistere da un **interprete** durante il procedimento, di ottenere la traduzione dei documenti essenziali e di aver conoscenza, mediante informazioni scritte in una lingua che sia in grado di comprendere, dei suoi diritti fondamentali e dell' imputazione a suo carico.

• *diritto di difesa tecnica* – cioè l'assistenza giuridica fornita al soggetto accusato da un difensore tecnico, connesso ad una serie di garanzie:

- il diritto all'informazione del diritto in capo all'accusato a nominare un difensore;

- il diritto alla nomina di un difensore d'ufficio, qualora l'accusato sia privo di difensore;

- la tutela difensiva dei soggetti non abbienti;

- la garanzia di libertà di comunicazioni tra l'accusato e coloro che lo assistono;

- la previsione di disposizioni che consentano l'effettivo coordinamento difensivo nei procedimenti transnazionali;

- la verbalizzazione degli atti;

- la previsione della sanzione di inutilizzabilità delle prove illegittimamente acquisite.

Nella prospettiva di rendere reale la presenza del difensore durante le attività di acquisizione/assunzione della prova, si è finanche prospettata l'istituzione di un "difensore europeo": il 28 aprile 2004, la Commissione ha presentato una proposta di decisione-quadro (proposta di decisione-quadro del Consiglio in ordine a determinati diritti procedurali concessi in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea [COM(2004)32], che verte sul diritto degli indagati e imputati all'assistenza di un avvocato; sulla possibilità per gli imputati di origine straniera ai servizi di un interprete e di un traduttore; sulla protezione delle persone che non sono in grado di comprendere o seguire la procedura; sui diritti dei detenuti a comunicare.

E' stata prevista anche la creazione di albi specializzati, presenti in ogni Stato Membro, il cui accesso sia subordinato a particolari requisiti inerenti la formazione e la specializzazione degli iscritti (in ordine alla competenza penalistica ed alla buona conoscenza di almeno due lingue degli Stati Membri). I difensori potrebbero essere investiti dell'ufficio secondo meccanismi automatici analoghi a quelli previsti in Italia per la nomina del difensore d'ufficio, fatta ovviamente salva la possibilità di scegliere un difensore di fiducia. A questo proposito si potrebbe anche configurare la possibilità di scegliere un difensore di fiducia "nazionale" non iscritto all'albo dei difensori europei da affiancare comunque a quello europeo.

Il problema della salvaguardia e della concreta incidenza delle garanzie difensive, infatti, rimane in ombra all'interno dei tradizionali meccanismi di cooperazione intergovernativi, ma riemerge in modo prepotente dal progressivo delinearsi del nuovo assetto normativo europeo[10].

Il tema delle garanzie investe aspetti differenti, che attengono anche alla raccolta degli elementi investigativi in ambito extraterritoriale. L'acquisizione anche unilaterale di un elemento investigativo, infatti, deve necessariamente consentire un controllo sulle modalità di acquisizione utile a verificare la correttezza (e la certezza del dato). L'effettuazione di attività investigative all'estero generalmente segue le regole previste dal diritto interno dello stato richiesto, con evidenti problemi di utilizzabilità nello stato richiedente quando le regole probatorie sono difformi rispetto a principi giuridici essenziali. I problemi si amplificano se si pensa alle necessità difensive e alla difficoltà di un controllo su attività investigative eccentriche rispetto alle dinamiche interne[11].

I problemi, poi, aumentano di spessore se si pensa alla concreta impossibilità di effettuare investigazioni difensive all'estero e alla difficoltà di utilizzare appieno il contraddittorio - inteso quale strumento atto ad acquisire al dibattimento un dato probatorio assunto all'estero.

3. *Le diverse tipologie di prove.*

La distinzione fra tipologie di prove è un elemento di gran lunga rilevante: occorre declinare lo strumento di ricerca delle prove basato sul "mutuo riconoscimento condizionato", con riferimento al tipo di prova che si intende acquisire. Non si ritiene, infatti, che il reciproco riconoscimento possa operare allo stesso modo, nella ricerca di prove ontologicamente differenti.

La stessa Commissione Europea distingue fra prove esistenti (per-

[10] A tale riguardo, è opportuno rilevare che il 30 novembre 2009 il Consiglio GAI ha adottato una tabella di marcia (cd. "*roadmap*") per il rafforzamento dei diritti processuali di indagati o imputati nell'ambito dei procedimenti penali, in cui chiede l'adozione di cinque misure relative ai più importanti diritti azionabili in sede processuale (*G.U.U.E.*, C 295/1 s., del 4 dicembre 2009); la tabella di marcia si basa, infatti, su un approccio "per tappe", invitando la Commissione europea a presentare le proposte necessarie a tal fine. Il Consiglio, a sua volta, non ha mancato di riconoscere che, finora, a livello europeo non è stato fatto abbastanza per salvaguardare i diritti fondamentali della persona coinvolta nei procedimenti penali.

[11] Sul tema, cfr. De caro, *Garanzia dei diritti della difesa*, in *La circolazione della prova nell'Unione Europea e la tutela degli interessi finanziari*, a cura di Bana e Camaldo, (Atti del Convegno di Milano del 27-28-29 gennaio 2011, VII convegno di studi), Forlì, 2011, pp. 381 e ss.

ché magari già acquisite ed utilizzate in un procedimento penale o di altro tipo del paese a cui vengono richieste) e prove non ancora esistenti, in quanto "non direttamente disponibili senza ulteriori indagini o esami", perché probabilmente non di interesse per lo Stato richiesto, ma solo in esso rinvenibili e utili a fini investigativi e/o processuali per lo Stato richiedente. La distinzione fra "prove esistenti" e "prove non esistenti" consente un'ulteriore riflessione.

Se, infatti, con riferimento alle prime, l'Unione Europea si è già dotata di strumenti che ne disciplinano le modalità di acquisizione/assunzione e di circolazione, con riguardo alle seconde si rileva una lacuna normativa, che abbisogna di essere colmata.

Come è noto, il MERP serve per acquisire oggetti, documenti e dati già in possesso di un altro Stato Membro[12]; non può, perciò, essere emesso per chiedere ad un altro Stato Membro l'esecuzione di intercettazioni telefoniche oppure l'audizione dei testimoni. In simili circostanze, infatti, è necessario ricorrere al tradizionale strumento delle rogatorie.

Anche la decisione sul Trattato di Prum serve a far circolare prove già esistenti nelle banche dati tramite accesso diretto alle banche nazionali. Non vi sono strumenti normativi, condivisi a livello europeo, che disciplinano le attività di acquisizione di elementi probatori (tradizionali o atipici), vale a dire le prove "costituende" (come, ad esempio, la prova dichiarativa non ancora raccolta).

[12] Il riconoscimento o l'esecuzione del MERP può essere rifiutato nello Stato di esecuzione entro 30 giorni dalla ricezione:

- qualora la sua esecuzione sia contraria al principio *ne bis in idem*;
- qualora, in taluni casi indicati nella decisione quadro, gli atti non costituiscano reato a norma della legislazione dello Stato di esecuzione;
- qualora non sia possibile eseguire il MER con qualsiasi delle misure a disposizione dell'autorità di esecuzione nel caso specifico;
- qualora il diritto dello Stato di esecuzione preveda immunità o privilegi che rendono impossibile l'esecuzione dello stesso;
- qualora il MER non sia stato convalidato da un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero nello Stato di emissione, se richiesto;
- qualora il MER si riferisca a reati che sono stati commessi nel territorio dello Stato di esecuzione o al di fuori dello Stato di emissione quando la legislazione dello Stato di esecuzione non consente l'azione penale;
- qualora la sua esecuzione leda gli interessi riguardanti la sicurezza nazionale;
- qualora il formulario sia incompleto o incorretto.

Il riconoscimento o l'esecuzione del MER può essere subordinato alla verifica della doppia incriminazione, se per la sua esecuzione è richiesta una perquisizione o un sequestro e se non è legato all'elenco di reati riportato nella decisione quadro. Lo Stato di esecuzione deve prendere possesso delle prove entro 60 giorni dalla ricezione del MERP, salvo qualora sussistano motivi di rinvio.

Alla luce di queste differenze, si vede con occhi favorevoli l'introduzione di uno strumento unico e condiviso da tutti gli Stati Membri da adottare nella ricerca delle prove, ma che non sia sottoposto a regole generali valide per tutte le tipologie di prove[13].

Così, ad esempio, relativamente alle problematiche inerenti alla definizione di un nucleo comune di regole condivise in tema di acquisizione della prova dichiarativa, si è osservato in dottrina[14] che proprio le sensibili divergenze registrabili tra i modelli seguiti dai vari ordinamenti potrebbero indurre a ritenere sufficiente un'armonizzazione basata sul riferimento ad un "minimo comune denominatore"[15].

Una volta superata la valutazione sulla legittimità dell'assunzione, la prova è ammissibile in tutti gli Stati dell'Unione[16].

[13] Il *Corpus Juris* si era proposto di ridurre le "disparità più problematiche" formulando regole unitarie di ammissione e acquisizione delle prove, creando una nuova categoria giuridica: la *prova europea*. Questa è idonea ad essere ammessa sia, ovviamente, se è stata assunta nel Paese nel quale si svolge il giudizio, sia se è stata assunta in un qualsiasi altro Paese dell'Unione.

[14] Cfr., al riguardo, gli spunti offerti dall'indagine comparatistica svolta da AIMONETTO, *L'acquisizione della prova dichiarativa: un parallelo tra gli ordinamenti di Francia, Germania, Spagna, Italia e Regno Unito,* in *Cass. pen.*, 2008, p. 4806 ss. Sul tema v, inoltre, la recente analisi di MANGIARACINA, *La circolazione della prova dichiarativa in ambito nazionale ed europeo*, in *GP,* 2010, III, c. 427 ss.

[15] DE AMICIS, *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, in AA.VV., *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, cit.

[16] Art. 32 (*Le prove ammesse*): "Negli Stati membri dell'Unione europea sono ammesse le seguenti prove: **a)** le testimonianze sia dirette, sia presentate all'udienza tramite collegamento audiovisivo, sia raccolte dal P.M.E. sotto forma di un «verbale europeo di audizione» che implica che l'audizione sia effettuata dinnanzi ad un giudice, che la difesa sia presente e che le sia accordata la possibilità di porre domande; infine, che l'operazione sia videoregistrata; **b)** gli interrogatori della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, sia diretti sia raccolti dal P.M.E. sotto forma di un «verbale europeo di interrogatorio» che implica che l'interrogatorio sia effettuato dinnanzi ad un giudice, che la persona sottoposta alle indagini o l'imputato siano assistiti da un difensore di propria scelta che ha avuto comunicazione del fascicolo in tempo utile e al più tardi quarantotto ore prima dell'interrogatorio e, all'occorrenza, di un interprete; infine che l'operazione sia videoregistrata; **c)** le dichiarazioni della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, indipendentemente da ogni interrogatorio, dal momento che esse sono state effettuate dinnanzi all'autorità competente (autorità amministrativa, P.M.E. o giudice), che la persona sottoposta alle indagini o l'imputato sono state precedentemente avvertite del proprio diritto di tacere e di beneficiare dell'assistenza di un difensore di propria scelta e che le dichiarazioni sono state registrate con qualsiasi mezzo secondo le vie legali; **d)** i documenti presentati da un perito designato dal giudice competente fra le persone fisiche o giuridiche che figurano in una lista europea approvata dagli Stati membri su proposta del P.M.E., nel corso della fase preliminare o all'inizio della fase del giudizio; **e)** i documenti esistenti che l'imputato è stato obbligato a produrre in un'indagine preliminare amministrativa o durante le indagini penali, così come i documenti prodotti da terzi (§ 1). Le presenti disposizioni non escludono l'utilizzabilità di altri mezzi di prova considerati ammissibili dal diritto nazionale in vigore nello Stato da cui dipende il giudice del dibattimento" (§ 2).

La considerazione delle garanzie applicabili in fase istruttoria non può, inoltre, prescindere dal rapporto prova-tipologia di reato. Nel caso in cui si proceda per reati di maggior gravità (criminalità organizzata, terrorismo, traffico di sostanze stupefacenti, pedofilia telematica ecc.) nell'effettuare il bilanciamento fra esigenze di accertamento e rispetto delle garanzie, si è prospettata l'opportunità di procedere ad un loro ridimensionamento, per assicurare la massima effettività degli strumenti di indagine impiegati nella repressione di questo genere di reati a carattere transnazionale.

In questa direzione sembra orientarsi la Risoluzione adottata al XVIII Convegno Mondiale di diritto penale, tenutosi ad Istanbul il 20-27 settembre 2009, che propone di effettuare, con riferimento ai soli reati di criminalità organizzata e di terrorismo, le c.d. indagini "*proactive*" che hanno natura preventiva. Sono investigazioni finalizzate a far conoscere alle autorità competenti la struttura della potenziale organizzazione criminale e a raccogliere elementi (notizie reato) per attivare le indagini penali. Tali investigazioni sono "preventive" poiché si svolgono in assenza di una notizia di reato o di una persona sospettata.

Nel caso di reati di maggior gravità è indispensabile tutelare la segretezza dei contenuti del materiale probatorio raccolto e limitarne la circolazione, in modo da consentire che restino informazioni completamente riservate.

4. *Il mandato europeo di ricerca della prova.*

La Decisione quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove, adottata dal Consiglio G.A.I. dell'U.E. il 18 dicembre 2008 all'esito di un lungo e complesso negoziato[17], ha costituito un passo importante verso

[17] La Decisione quadro citata nel testo è pubblicata in *GUUE,* L 350, del 30 dicembre 2008, p. 72 e ss. Il raggiungimento dell'accordo è stato possibile solo a seguito della possibilità concessa a taluni Stati membri (in particolare, Germania ed Olanda) di formulare delle riserve in relazione alla mancanza di una chiara definizione nel testo normativo di crimini come il razzismo, il terrorismo o la criminalità informatica (la Germania), ed alle differenze esistenti tra le legislazioni degli Stati membri relativamente alla disciplina delle sostanze stupefacenti (Olanda). Sul punto, cfr., Melillo, *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova,* in *CP,* 2006, p. 265 s.; De amicis, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale,* Milano, 2007, p. 156 e ss.; ID., *Il mandato europeo di ricerca delle prove: un'introduzione,* in *Cass. pen.,* 2008, p. 3033 e ss.; Allegrezza, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo,* in Rafaraci, *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia,* Milano, 2007, p. 691 e ss.

la realizzazione dell'obiettivo di sostituire progressivamente, anche nella delicata materia della ricerca ed acquisizione delle fonti di prova, gli strumenti tradizionali dell'assistenza giudiziaria con le forme del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie.

I presupposti su cui si fonda il nuovo sistema di collaborazione tendono a delineare una nuova forma di assistenza *"non rogatoriale"*, direttamente instaurabile tra le diverse autorità giudiziarie interessate, con la tendenziale scomparsa del ruolo di "filtro" delle autorità centrali, che viene limitato ad una funzione di mero supporto tecnico-amministrativo.

In tal senso, l'art. 8, par. 2, della Decisione quadro affianca all'ordinaria modalità di trasmissione diretta del mandato (ossia, direttamente tra l'autorità di emissione e quella di esecuzione, con ogni mezzo che consenta di conservare una traccia scritta in modo da stabilirne l'autenticità) la possibilità di affidare alle rispettive autorità centrali – se necessario, alla luce del tipo di organizzazione dell'ordinamento giudiziario interno – le attività di trasmissione e ricezione amministrativa del mandato e della relativa corrispondenza ufficiale.

Il principio del mutuo riconoscimento, infatti, quale nuovo "ordine categoriale" suscettibile di essere applicato a tutti i settori della cooperazione giudiziaria penale, può ricomprendere nella sua *vis attractiva* ogni tipo di provvedimento, *in personam* o *in rem*, definitivo o provvisorio, cautelare o finale, emesso dalle competenti autorità giudiziarie degli Stati membri interessati.

Logico corollario di tale principio – per la prima volta "codificato" nel Trattato costituzionale europeo firmato a Roma il 29 ottobre 2004[18] e, successivamente, riproposto quale fondamento della nuova cooperazione giudiziaria negli artt. 67 e 82 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 – è lo strumento della cd. *"eurordinanza"*, che consente la circolazione dei provvedimenti nazionali nell'ambito dello spazio giudiziario europeo e la loro diretta esecuzione, senza *exequatur* o altre procedure di conversione.

In astratto, paiono configurabili tre diverse tipologie di modelli di assunzione della prova penale all'estero, ossia:

a) semplice trasferimento probatorio, ai sensi dell'art. 78, disp. att., c.p.p., con la possibilità di utilizzare una prova autonomamente formata all'interno di un procedimento estero, mediante una formale rogato-

[18] Cfr., sul tema, De amicis e Iuzzolino, *Lo spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia nelle disposizioni penali del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa,* in *Cass. pen.,* 2004, p. 3067 e ss.

ria, all'autorità giudiziaria di un altro Stato (fatto salvo, peraltro, il rispetto delle rigide condizioni espressamente previste nel comma 2 della disposizione sopra citata, per gli atti non ripetibili compiuti dalla polizia straniera, e nell'art. 238 c.p.p., cui espressamente rinvia il primo comma dell'art. 78 disp. att., per l'acquisizione della documentazione di atti compiuti dall'autorità giudiziaria straniera);

b) raccolta delle prove in una dimensione internazionale – europea od extraeuropea – attraverso il ricorso ai tradizionali strumenti di collaborazione previsti dalle convenzioni di assistenza giudiziaria penale;

c) circolazione transnazionale delle fonti di prova sulla base dell'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, in modo da conferire efficacia ad un provvedimento giurisdizionale emesso nello Stato d'origine, da eseguire poi nel territorio di un altro Stato membro entro limiti temporali ristretti ed oggettivamente definiti.

L'autorità competente per l'emissione è stata individuata nelle figure del giudice, del pubblico ministero, ovvero di qualsiasi altra autorità giudiziaria che agisca quale autorità inquirente nei procedimenti penali ed in tale veste sia competente ad ordinare l'acquisizione di mezzi di prova sulla base della pertinente legislazione nazionale.

Condizioni generali per l'adozione di un mandato europeo di ricerca delle prove , ai sensi dell'art. 7 della decisione quadro, sono la "proporzionalità" del tipo di prova richiesta nell'ambito dei procedimenti per i quali essa si rende necessaria ai fini dell'azione penale, e un'analoga possibilità di acquisizione del mezzo di prova secondo le regole proprie della legislazione dello Stato di emissione (qualora il dato, l'oggetto o il documento richiesti fossero disponibili sul suo territorio).

Spetta comunque soltanto all'autorità di emissione garantire il rispetto di tali condizioni di ordine generale, poiché al catalogo dei motivi di rifiuto appare estranea la considerazione di tali materie.

Qualora non vengano rispettate le regole base poste a tutela delle garanzie minime, le prove dovrebbero essere colpite dall'**inutilizzabilità:** alle prove acquisite in violazione di tali norme, dovrebbe essere impedito alle prove di circolare da uno Stato ad un altro ai fini della decisione.

A livello interno, ovviamente, ciascuno Stato resta libero di organizzare il proprio sistema giudiziario come più ritiene opportuno.

In una prospettiva sovranazionale, si potrebbe invece anche pensare all'istituzione di un' "autorità di garanzia" nella formazione della prova, che assicuri il rispetto delle garanzie minime previste dal principio del "mutuo riconoscimento condizionato" e dei protocolli "non legislativi", che dovrebbero essere condivisi.

5. *Il libro Verde sulla ricerca delle prove in materia penale tra Stati Membri e sulla garanzia della loro ammissibilità*

La coesistenza di strumenti e meccanismi di collaborazione sorti in fasi storiche diverse e basati su principi e presupposti quanto meno disomogenei, se non addirittura agli antipodi, ha spinto la Commissione europea a proporre - nel *Libro Verde* dell'11 novembre 2009 avente ad oggetto la ricerca delle prove in materia penale tra Stati membri e la garanzia della loro ammissibilità - la sostituzione dell'attuale disciplina normativa con un unico strumento basato sul principio del reciproco riconoscimento ed esteso a tutti i tipi di prova.

L'osservatorio Europeo dell'Unione delle Camere Penali Italiane, rispondendo ai quesiti del libro verde sulla ricerca delle prove in materia penale tra Stati membri e sulla garanzia della loro ammissibilità (COM (2009)624) dell'11 novembre 2009 ha proposto come potrebbero essere oggetto di ulteriore specificazione normativa:

- la prova testimoniale, in ordine alla quale, attesa la sua intrinseca rilevanza probatoria, si dovrebbe prevedere una puntuale disciplina che individui obblighi in capo alla persona che viene sentita quale testimone, divieti probatori ed esenzioni dal dovere di deporre e che regolamenti la testimonianza indiretta e la testimonianza anonima;

- **l'intercettazione di conversazioni e comunicazioni**, in ordine alla quale, attesa la sua evidente incidenza sulla sfera personale del soggetto (rappresentata dal diritto alla libertà ed alla segretezza di comunicazione), si dovrebbe prevedere una puntuale disciplina che individui i presupposti per la sua ammissibilità, descriva le forme del procedimento (durata; metodo di registrazione; deposito; trascrizioni …) e disciplini l'utilizzo di quanto intercettato, anche prescrivendo eventuali divieti di utilizzazione;

- l'ispezione, la perquisizione ed il sequestro, in ordine alle quali, attesa, anche in questo caso, la evidente incidenza sulla sfera personale del soggetto (rappresentata dal diritto alla libertà personale e di domicilio), si dovrebbe prevedere una puntuale disciplina che individui i casi nei quali poter disporre tale mezzo di ricerca della prova, disciplini il relativo procedimento e preveda mezzi di impugnazione, nonché di inutilizzabilità di quanto acquisito a seguito di una perquisizione o ispezione illegittimamente svolta;

- strumenti investigativi innominati e prova atipica: considerando l'evoluzione tecnologica e la nascita di forme nuove di criminalità, non è oggettivamente possibile prevedere tutti i tipi di prova che potranno essere utilizzati in ogni procedimento, né le modalità della loro acquisi-

zione. Anche in tali casi devono certamente essere rispettati gli *standards* minimi di garanzie processuali e procedurali indicati per le altre prove, facendo riferimento in particolare al grado di invasività e di lesività dei diritti fondamentali, costituzionalmente previsti e garantiti in ogni Stato dell'UE. Si ritiene, inoltre, utile introdurre delle "*guidelines*" per creare in certi settori (dati DNA, acquisizione di dati informatici etc.) protocolli di azione condivisi, di fonte non legislativa, che le autorità procedenti devono seguire nel procedimento di acquisizione di particolari prove. Tali protocolli devono coordinarsi con gli atti normativi che, a livello europeo, già disciplinano questi ambiti.

6. Conclusioni

La materia probatoria rivela l'improrogabile necessità di riformulare i principi della cooperazione giudiziaria, dando la precedenza all'armonizzazione ed iniziando a prevedere e ad adottare un sistema comune di norme e di principi volto a garantire i diritti processuali dell'accusato; e ciò in quanto le posizioni raggiunte nella salvaguardia dei diritti fondamentali dei soggetti sottoposti al procedimento penale devono rappresentare i pilastri sui quali fondare il nuovo processo penale europeo.

L'armonizzazione normativa, in questo settore, è un'opera molto complessa poiché tocca da vicino le tradizioni giuridiche nazionali e spaventa gli Stati, gelosi della loro originalità normativa. Si tratta, sostanzialmente, di conciliare la peculiarità delle legislazioni nazionali con l'esigenza di dotarsi a livello europeo di regole comuni che, facilitando il reciproco riconoscimento giuridico, consentano una più alta efficacia repressiva del fenomeno criminale.

Il *Corpus Juris* ha fissato dei principi cardine al fine di elaborare una normativa comune in materia penale e processuale penale. Uno di questi è il "principio del contraddittorio" che prevede un nucleo fondamentale di garanzie processuali comuni ed ha comunque assolto ad una funzione: lanciare un dibattito pubblico riguardante il ruolo del diritto penale e della procedura penale nell'integrazione europea.

L'impostazione con la quale l'Unione europea ha sinora affrontato la questione della circolazione probatoria nel territorio europeo – in particolare, ponendosi in un'ottica unicamente repressiva (come dimostra la presenza quali soggetti processuali attivi nella scena del mandato europeo di ricerca delle prove solo dell'autorità inquirente e del giudice) – non può, dunque, non suscitare perplessità in ordine alla possibile predisposizione di un unico strumento basato sul reciproco riconoscimento valido per tutti i tipi di prova.

L'armonizzazione, dunque, non sembra ormai più procrastinabile, soprattutto con riferimento alla materia delle prove: troppo importante, infatti, è che le prove raccolte in uno Stato possano valere in un altro Stato. A fronte di questa esigenza di armonizzazione, le iniziative sono ancora frammentarie. Quando vengono avviate, poi, scontano la mancanza di studi cui fare riferimento per delineare le prospettive possibili della convergenza tra legislazioni.

MICHELE DI STEFANO[1]

I diversi volti dell'interposizione nelle prestazioni di lavoro

SOMMARIO: 1. Introduzione: la ciclicità dell'interposizione nelle prestazioni di lavoro. - 2. Alle origini del divieto: i disegni di legge Storti e Maglietta. - 3. Il divieto assoluto di interposizione. - 4. La nuova definizione di appalto genuino nella giurisprudenza della Cassazione. - 5. Sul protagonista della "compravendita di lavoro" non ricade alcuna responsabilità civile. - 6. L'interposizione regolamentata: una forma di reperimento dell'energia lavoro. - 7. Lo pseudo appalto nell'interpretazione sistematica. - 8. La storia si ripete: il caporalato del XXI sec.

1. *Introduzione: la ciclicità dell'interposizione nelle prestazioni di lavoro*

L'istituto dell'interposizione nelle prestazioni di lavoro costituisce oggetto di studio dei giuslavoristi fin dai primi anni del novecento. E' una forma di utilizzo indiretto della mano d'opera che si realizza quando il datore di lavoro (utilizzatore) anziché assumere direttamente il personale necessario per lo svolgimento della propria attività si serve di un soggetto (cd. interposto) che lo assume direttamente, lo retribuisce e lo fornisce al soggetto utilizzatore. Una tipica forma di interposizione è il caporalato, fenomeno che si sedimenta negli agri della nostra penisola, fin dai primi anni del XX secolo e mediante il quale, i proprietari terrieri, per abbassare i costi del lavoro (oneri contributivi, retributivi, di sicurezza), si servono del caporale, che recluta "le braccia", le vende al beneficiario dell'energia lavoro e specula sull'operazione.

Il monitoraggio di questa forma di dumping sociale, attuato dal parlamento alla fine degli anni cinquanta, attraverso la costituzione di una apposita commissione[2], si conclude con l'emanazione della legge n° 1369/1960, disciplinante il divieto assoluto di utilizzo indiretto della forza lavoro. Il corpo normativo - che disegna i confini tra l'appalto cd. genuino ex articolo 1655 c.c. e il divieto di interposizione, in linea con il modello economico-produttivo dell'epoca, caratterizzato dalla struttura verticale dell'impresa,

[1] Dottore in Giurisprudenza.

[2] La cd. commissione L. Rubinacci; relazioni della commissione parlamentare d'inchiesta sulle condizioni di lavoro in Italia, SEGRETARIATI GENERALI DALLA CAMERA DEI DEPUTATI E DEL SENATO DELLA REPUBBLICA, Roma, 1959.

nel cui perimetro si svolgono le fasi determinanti della produzione - inizia a mostrarsi anacronistico già negli anni settanta. Il progressivo superamento del Fordismo e la propensione degli imprenditori ad organizzare il ciclo produttivo sui pilastri della esternalizzazione e della smaterializzazione dell'impresa[3], insieme all'espansione della economia dei servizi[4], inducono, prima la giurisprudenza e la dottrina, a riformulare la definizione di pseudo-appalto contenuta nell'articolo 1 comma 3 l. n° 1369 e poi, il Legislatore, ad allentare le maglie del divieto assoluto di fornitura di lavoro, attraverso l'introduzione di strumenti normativi capaci di far conciliare l'esigenza occupazionale della popolazione attiva con quella imprenditoriale del fisiologico decentramento della produzione[5] su scala globale.

Nell'ambito di queste dinamiche si colloca l'istituto della legale interposizione, prima introdotto dal cd. Pacchetto Treu nel corpo del lavoro interinale (articoli 1-11 L. 196/1997), poi ampliato e ribattezzato con il nome di somministrazione regolare di lavoro dal D. Lgs. n° 276/2003, dotato di sanzioni civili e penali irrogabili a seguito del suo utilizzo improprio. Se la legittimazione di forme di utilizzazione indiretta della mano d'opera e più in generale, la necessità di ricorrere alla segmentazione specializzata della produzione, sono i riflessi giuridici dell'evoluzione dell'economia nel tempo ci si chiede se il complesso normativo modellato sulla sagoma dell'attuale assetto economico-produttivo ha gli strumenti idonei a governare gli odierni meccanismi illegali di mediazione tra domanda e offerta di prestazioni lavorative ed, in particolar modo, il caporalato del XXI secolo, la "frusta moderna" che segna indelebilmente la mente ed il corpo degli schiavi di nuova generazione. L'elaborazione di specifici spunti di riflessone in commento sarà il momento ultimo di questo lavoro, che dedicherà la prima parte ai mutamenti che hanno segnato la storia della progressiva legittimazione del rapporto interpositorio e la seconda all'apparato sanzionatorio civile e penale ora vigente in caso di somministrazione contraria alla legge e appalto illecito. Infine, verrà esaminata la bozza di proposta di legge della CGIL, confluita, nell'estate 2011, nel D. L. n° 138 che ha codificato il nuovo reato di caporalato.

[3] De Luca Tamajo R., "Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione", *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I, p.p. 169 e s.s.; Corazza L., L'autsourcing negli Stati Uniti D'America. Spunti di comparazione alla luce dell'analisi economica del diritto, *I processi di esternalizzazione, opportunità e vincoli giuridici*, EDIZIONI SCENTIFICHE ITALIANE, Napoli, 2002; p. 183.

[4] Ichino P., "Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa", *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1999, p. 205.

[5] Mazzotta O., Diritto del lavoro, GIUFFRE', 2008, p. 213.

2. *Alle origini del divieto: i disegni di legge Storti e Maglietta*

Il meccanismo dell'interposizione affonda le sue radici in tempi lontani. Nel corso degli anni cinquanta, in Italia, si assiste ad una forte espansione della piccola impresa a causa del costo eccessivo della grande industria, strettamente collegato alle rivendicazioni sindacali. Si diffondono, così, forme di riorganizzazione aziendale basate sul decentramento produttivo. Ad una miriade di micro imprese sono trasferite tutte quelle lavorazioni che possono essere tecnicamente svolte fuori dal ciclo produttivo, perché non richiedenti macchinari sofisticati per l'adempimento. Questa "tecnica" consente agli imprenditori di sfuggire al controllo dei sindacati e di sottrarsi, quindi, a tutta una serie di oneri, quali, a titolo esemplificativo, il rispetto del carico delle contribuzioni previdenziali e sociali, delle tariffe dei contratti collettivi di lavoro, la garanzia del trattamento normativo e della sicurezza nei luoghi di lavoro. E' in questa realtà produttiva che proliferano i contratti di pseudo appalto o gli appalti di mere prestazioni lavorative, in cui l'appaltatore, si limita a fornire forza lavoro, senza alcuna "organizzazione dei mezzi necessari" e "gestione del rischio", requisiti questi, indispensabili, per la stipula di appalti "genuini", ex articolo 1655 c.c. Allo stesso modo, nella compagine agricola, i braccianti non instaurano un rapporto di lavoro con i datori-proprietari terrieri ma con i caporali che, dopo averli avvicinati e selezionati, li trasportano nelle campagne per fornirli agli effettivi padroni. L'utilizzo, per fini fraudolenti, del rapporto trilatero è ben evidenziato nei lavori della commissione L. Rubinacci (sulle condizioni di lavoro in Italia alla fine degli anni '50) che, unitamente alle richieste formulate a partire dalla metà degli anni '50, delle maggiori centrali sindacali[6], di adeguata legificazione in materia, animano l'emanazione di due progetti di legge, Storti e Maglietta[7], dalla cui fusione deriva la legge n° 1369/1960. Il primo disegno vieta l'appalto di mere prestazioni di lavoro, e, nei "veri" appalti, obbliga l'appaltatore a corrispondere ai propri dipendenti un trattamento uguale a quello dei lavoratori dell'impresa appaltante, che risponde in solido dei crediti dei dipendenti in appalto. Questi ultimi consistono nel compimento di opere e nella fornitura di servizi rientranti nella normale attività produttiva dell'azienda ed eseguiti al suo interno[8]. Il

[6] Ichino P., "Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa", cit., 1999, p. 223.

[7] I progetti di legge hanno dei precedenti nelle Proposte n. 1609 e n. 2334, presentate rispettivamente dai deputati Pastore ed altri e Di Vittorio ed altri nel corso della seconda legislatura, mai giunte in sede di discussione parlamentare.

[8] Al concetto di <interno all'azienda> nel corso degli anni è stato attribuito prima

secondo disegno di legge oltre a vietare l'appalto di mera mano d'opera, considera illegali tutti quelli che, anche se integranti la normale attività dell'azienda, vengono posti in essere non per rispondere a specifiche esigenze di specializzazione, di genuina riduzione dei costi del lavoro ma con l'esclusivo intento di affievolirne le tutele.

3. *Il divieto assoluto di interposizione*

La legge 23 ottobre 1960 n° 1369, all'articolo 1 comma 1, vieta l'interposizione nelle prestazioni di lavoro, cioè impedisce all'imprenditore-committente di stipulare contratti di appalto di mera mano d'opera in cui, egli, ha come contraente lo pseudo appaltatore, soggetto che, contrariamente al dettato dell'articolo 1655 c.c., non dispone del capitale adeguato rispetto all'opera o servizio da realizzare, è sfornito di una organizzazione aziendale, è condizionato in misura determinante dal potere decisionale della controparte contrattuale e si limita a fornire lavoratori[9].

Il comma 2 dello stesso articolo abroga l'articolo 2127 c.c. e amplia la portata del divieto di interposizione nel cottimo[10].

Il successivo comma 3, avvalendosi di una presunzione assoluta, definisce contrario alla legge l'appalto in cui l'appaltatore utilizza le macchine, le attrezzature e i capitali del committente[11], ritenendosi che se l'appaltante possiede tutte le risorse necessarie al compimento dell'opera o servizio commissionati e, comunque, ricorre all'appalto, è animato dall'esclusivo intento di reperire braccia. La disposizione, che deroga all'articolo 1658 c.c., è opportuna perché crea uno scudo protettivo dalle elusioni del divieto in esame, attuabili, ad es., attraverso il fittizio noleggio delle attrezzature. Nell'analisi della fattispecie concreta, un valido criterio di identificazione dello pseudo appalto è quello della "prevalenza", consistente nell'accertamento del carattere di accessorietà o meno degli strumenti forniti dal committente. Ne consegue che è da collocare nel-

una definizione di carattere topografico, poi sostituita da quella di tipo funzionale, Cf. Carinci M.T., *La fornitura di lavoro altrui*, GIUFFRE', Milano, 2000, p.p. 490 e s.s. .

[9] L'interposizione è lo strumento con cui l'interponente, anziché esporsi personalmente nell'attività negoziale dà incarico all'interposto di concludere il contratto di lavoro in nome proprio e nell'interesse dell'interponente e di trasferirne gli effetti ad altri; Vallebona A., *Istituzioni di diritto del lavoro, p. II, Il rapporto di lavoro,* GIAPPICHELLI, 2005, p. 595.

[10] Cf. commento dell'art. 2127 c.c. in Cendon P., *Commentario al codice civile*, 2011, p. 1465.

[11] La circolare del Ministero del lavoro n° 22 del 7/11/1961 precisa che la presunzione assoluta opera solo quando il committente fornisce tutti i fattori della produzione - macchine, capitali e attrezzature -.

l'area del divieto l'ipotetica situazione in cui l'appaltatore si limita a fornire modici beni materiali quali ed es. chiodi e filo di ferro, mentre l'appaltante offre la disponibilità di camion e gru. Qui l'apporto del committente è tale da rendere marginale o insignificante il contributo organizzativo dell'appaltatore[12]. La violazione del disposto dei commi precedenti comporta, ex articolo 1 comma 5, la diretta costituzione del rapporto di lavoro tra il beneficiario delle prestazioni e la mano d'opera, in virtù dell'operare dell'istituto, di diritto civile, della surrogazione soggettiva[13]. Al verificarsi della fattispecie vietata - causata della violazione da parte dell'autonomia dei privati dei diritti costituzionalmente garantiti dell'uomo e del suo lavoro (art. 35-36.41.2 Cost.) - l'ordinamento reagisce mantenendo in vita il rapporto di impiego che viene, però, imputato a colui che ne trae concreti vantaggi[14]. In ambito penale l'articolo 2, sanziona la "testa di paglia" e l'utilizzatore con l'irrogazione di un'ammenda di ammontare proporzionale al numero dei lavoratori irregolarmente occupati ed ai giorni di occupazione. Nulla dice la legge, invece, sulla grado di responsabilità civile da attribuire all'interposto, soggetto che nella "compravendita di manodopera" ha un ruolo non di secondaria importanza. E bene fin da ora precisare che il trascorrere del tempo e l'evoluzione di cui è il conduttore sferrano seri colpi alla indicata logica matematica rappresentata nell'articolo 1 comma 3 della legge n° 1369 e che il vuoto sanzionatorio dell'ultimo comma dello stesso articolo è presto riempito dalle plurime elaborazioni dei giudici e dei cultori del diritto.

4. *La nuova definizione di appalto genuino nella giurisprudenza della Cassazione*

A partire dalla fine degli anni '70, il modello economico produttivo italiano sposta il proprio baricentro dalla società industriale verso il settore dei servizi, a cui viene dedicato un interesse progressivamente crescente[15]. Gli imprenditori, nell'ambito di un processo di segmentazione

[12] Cass. civ., sez. lav., 19/11/2010 n° 23495, *Guida al lavoro*, 2011, I, p.p. 36 e s.s.; Cass. civ., sez. lav., 31/12/1993 n° 13015, *Diritto e pratica del lavoro*, 1994, p. 813, Del Punta R., Appalto di mano d'opera e subordinazione, *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1995, p.p. 635 e s.s. .

[13] Benedetti G., Profili civilistici dell'interposizione nel rapporto di lavoro, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1965, p. 1525.

[14] Guarnieri A., La posizione dell'interposto nell'appalto di mano d'opera, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1988, I, p. 122.

[15] Ichino P., "Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa", cit., 1999, p.p. 205 e s.s.

specializzata del ciclo produttivo, sovente ricorrono ad appalti di servizi informatici, di pubblicità, di marketing, di manutenzione e pulizia degli impianti. L'innovativo modo di fare impresa colloca accanto al tradizionale appalto d'opera quello cd. di servizi e l'evoluzione induce la giurisprudenza a rivisitare l'ormai obsoleta presunzione assoluta di pseudo appalto contenuta nell'articolo 1 comma 3 della l. n° 1369/1960. Il primo intervento dei giudici in tal senso si ha con una nota sentenza del 1990[16], che conia nel diritto vivente e tra gli indici d'identificazione di trasparenza del contratto ex articolo 1655 c.c. la definizione di know how[17]. Il know how è un bene immateriale costituente il necessario valore aggiunto, il quid pluris, per il compimento del risultato economico richiesto dal committente. Esempio tipico è la stipula del contratto di manutenzione dei software, in cui la prestazione intellettuale degli ingegneri informatici, da svolgersi sugli elaboratori elettronici del committente, è garantita dall'appaltatore, che offre lavoro specializzato e organizzato. Nella mutata fisionomia dell'impresa, anche la semplice organizzazione di prestazioni di lavoro manuale, caratterizzante gli appalti labour intensive, è indice di genuinità dell'appalto. E allora, premesso che l'ordinamento giuridico non impone come condizione necessaria alla acquisizione della qualità descritta nell'articolo 2082 c.c. la titolarità di una impresa a struttura materiale[18], l'attività dell'imprenditore può incentrarsi sulla sola predisposizione di procedure, regole, standard operativi, servizi, sovente tecnologicamente avanzati ma anche, più semplicemente, nella organizzazione di prestazioni lavorative a carattere meccanico[19]. Da questo momento in poi al giudice del caso concreto non è più sufficiente, ai fini dell'accertamento dell'interposizione vietata, la lettura congiunta dei commi 1 e 3 dell'articolo 1 della legge n° 1369 ma, al contrario, gli si richiede un'accurata analisi nel merito della controversia sottoposta alla propria attenzione.

[16] Cass. Sez. Un. 19/10/1990 n° 10183, Scalpelli F. Interposizione e appalti di servizi informatici: un interessante obiter dictum della Cassazione sul ruolo dei know how di impresa in *Foro Italiano*, 1992, I, p. 524; Si v. anche Cass. 30/10/2002 n° 15337 in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2003, II, 254; Cass. 12/12/2001 n° 15665, *deaprofessionale.it*; Del Punta R., *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, cit., p. 166.

[17] Per la definizione comunitaria di Know How si rinvia ai regolamenti CEE n° 240/96 e CE n° 772/2004. Si v. anche Sent. Cass. 15/1/1981 n° 3931; 25/2/1985 n° 1699; 20/6/2001 n° 25008.

[18] Campobasso G., *Diritto commerciale I, Diritto dell'impresa,* UTET, Torino, ultima edizione.

[19] Ad es. appalti di facchinaggio e di pulizia.

5. *Sul protagonista della "compravendita di lavoro" non ricade alcuna responsabilità civile*

Comprendere se all'estromissione dal rapporto di lavoro dell'interposto consegue la sua liberazione da ogni responsabilità verso i lavoratori è un problema dalla cui soluzione dipende il grado di tutela ad essi garantito. Nel caso concreto l'accertamento giudiziale dell'interposizione vietata potrebbe aver luogo quando l'interponente è ormai divenuto insolvente e l'interposto è, invece, solido economicamente. Se quest'ultimo viene esonerato da ogni forma di responsabilità il comma 5 dell'articolo 1 si risolve in un danno per i lavoratori perché li priva di un soggetto solvibile in cambio di uno insolvente.

La tematica ha generato la creazione di teorie pro e contro la responsabilità dell'interposto: l'esenzione da ogni responsabilità dell'interposto, sarebbe da leggersi nel principio *ubi lex voluit dixit*, per cui è il silenzio della legge che lo esonera da responsabilità[20]. Ma se la norma tace sul punto non esprime né orientamenti a favore, né contro la sua responsabilità. Inoltre, se la n° 1369 nasce con il preciso intento di garantire ai lavoratori standard inderogabili si tutela (giusta retribuzione, adempimento degli oneri contributivi, retributivi, di sicurezza) il loro perseguimento prevale sull'interesse dell'interposto a rimanere indenne. Ancora, è incoerente sanzionare penalmente interponente ed interposto (articolo 2 l. n° 1369) e poi escludere la civile responsabilità di quest'ultimo.

Ragioni di giustizia sostanziale fanno pendere l'ago della bilancia nella direzione della congiunta responsabilità civile dei protagonisti del rapporto interpositorio. A fondamento di queste si collocano plurime teorie: la responsabilità civile del procacciatore di uomini deriva dall'esercizio di una attività illecita a danno del lavoratore, ex articolo 2043 c.c. (responsabilità aquiliana[21]). Il ragionamento si espone alla critica che la responsabilità extracontrattuale presuppone un nesso di causa tra condotta ed evento, che non c'è incondizionatamente nel nostro rapporto perché il lavoratore è tutelato dall'ultimo comma dell'articolo 1. Egli può su-

[20] Napoletano D., Divieto di intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro e la nuova disciplina dell'impiego della mano d'opera egli appalti, *Rivista giuridica del lavoro*, 1961, p.p. 17 e s.s.; Asquini A., Somministrazione di prestazioni di lavoro e appalti di servizi, *Rivista giuridica del lavoro*, 1962, p.p. 278 s.s.; L'unicità del datore di lavoro - quale parte del contratto di lavoro, creditore della prestazione è titolare di tutte le posizioni di diritto, potere obbligo ad esse connesse - è regola generale dell'ordinamento giuslavoristico, *Argomenti di diritto del lavoro*, 4-5/2007, p. 1013.

[21] Ragionamento fermamente criticato da Carinci M.T., L'unicità del datore di lavoro, cit., p. 1014.

bire danni patrimoniali solo se lo pseudo appaltante è insolvente, situazione questa evidentemente non in rapporto di causa-effetto con la conclusione del contratto di lavoro con l'interposto.

Partendo dall'istituto della cessione del contratto per cui il suo effetto automatico è la liberazione del cedente dalle obbligazioni assunte verso il ceduto, salvo che questi non dichiari di volerla escludere, si è giunti alla conclusione che la domanda risarcitoria del lavoratore all'interposto, rappresenta la volontà di non liberarlo e la fonte della sua responsabilità. Si obietta che mentre nel primo caso invocato si intendono tutelare le ragioni de contraente ceduto, nell'interposizione si vuole impedire la vendita di lavoro[22].

Cade anche la teoria dell'affidamento dei terzi in buona fede - secondo cui un individuo che volontariamente genera una situazione apparente a se sfavorevole non può, successivamente, opporre il vero stato di fatto e di diritto a chi in buona fede ha confidato nella situazione apparente - perché diretta a tutelare la certezza del traffico giuridico, non a regolare l'interposizione[23].

Sembra utile, a questo punto, una riflessione sul combinato disposto degli articoli 1 comma 5 e articolo 3 della n° 1369. L'articolo 3 disciplina la responsabilità solidale del committente, a titolo di garanzia, a favore dei lavoratori in appalto che svolgono la prestazione lavorativa all'interno[24] della sua azienda (azienda del committente). Se la responsabilità solidale governa la tutela dei lavoratori dell'appaltatore per il solo fatto dello svolgersi dell'appalto nel complesso produttivo del committente, essa deve essere garantita anche a quelli che sono vittime dei capibastone o caporali, che traggono ricchezza dallo sfruttamento altrui. La conclusione è che alla violazione del divieto di interposizione consegue la responsabilità solidale, a titolo di garanzia, del datore di lavoro formale quando, il datore di lavoro sostanziale è insolvente. La riflessione risponde all'istituto della novazione oggettiva[25] che determina la sostituzione dell'obbligazione originaria con una nuova obbligazione con oggetto o titolo diversi (accade che l'interponente diventa il datore di lavoro ex articolo 1 comma 5, e se insolvente, l'interposto garante delle obbli-

[22] Guarnieri A., La posizione dell'interposto nell'appalto di manodopera, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1988, p. 90.

[23] Carinci M.T., L'unicità del datore di lavoro, cit., p. 1013.

[24] Si g. nota n° 8 per il concetto di interno.

[25] Accolta dalla dottrina indicata in Rescigno, v. novazione, *nuovissimo digesto italiano*, 1965. La novazione è definita un puro e semplice effetto giuridico che può derivare da qualunque negozio in conseguenza dell'incompatibilità del nuovo rapporto con il vecchio.

gazioni contributive e retributive). La novazione è la conseguenza del mutamento degli interessi delle parti, al cui verificarsi, il regolamento posto in essere per risolvere il conflitto originario tra di esse non è più idoneo a garantire la soluzione del secondo conflitto. L'originaria obbligazione dovuta a titolo di retribuzione si trasforma in una obbligazione a titolo di garanzia del medesimo contenuto di quella originaria, che scatta a carico dell'interposto solo se l'interponente è insolvente. La testa di paglia, soddisfatti i lavoratori, gode del diritto di rivalsa verso il committente[26].

Il ragionamento svolto è stato scartato dai giudici Supremi nel 2006 nel sentenziare su una tipica ipotesi di interposizione nelle prestazioni di lavoro, verificatasi nella vigenza della legge 1369/1960. Essi nel valutare se la sanzione contenuta nell'articolo 1 comma 5 è fonte di responsabilità civile - di carattere solidale ed a titolo di garanzia dei lavoratori insoddisfatti dall'interponente inadempiente - dell'interposto, con una netta pronuncia, rigettano ogni interpretazione in precedenza elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza sulla sua responsabilità e, sgomberando il campo da dubbi, lo liberano dalla responsabilità civile[27]: "è da considerare datore di lavoro solo colui su cui, in concreto, fa carico il rischio economico dell'impresa, nonché l'organizzazione produttiva nella quale è di fatto inserito con carattere di subordinazione il lavoratore e l'interesse soddisfatto in concreto dalle prestazioni di quest'ultimo[28]". Per i Giudicanti il soggetto interposto è patrimonialmente incapace di offrire ai lavoratori garanzie superiori rispetto a quelle assicuratigli, con la sanzione dell'assunzione diretta, dall' ultimo comma dell'articolo 1. l. n° 1369.

[26] Cf. Cass. 22/03/1984 n° 1398; Cass. 10/06/1999 n° 5721; Cass. 24/03/2004 n° 5915.

[27]La Corte, a differenza del passato (si cf. nota n° 24), da una diversa definizione della novazione e non la ritiene applicabile al caso concreto: "La novazione oltre a richiedere l'esistenza di una nuova obbligazione, diversa da quella precedente (aliquid novi), presuppone anche la volontà delle parti di estinguere la precedente obbligazione e sostituirla con una nuova. Si nota l'esistenza di due diverse definizioni di novazione, diretta espressione di due diverse correnti di pensiero che non esistono allo stato puro, dato che, i rispettivi sostenitori, dopo averne enunciato i principi, vi apportano temperamenti tali da rendere esile la distinzione e riconducibile la definizione a quella della sostituzione di una obbligazione originaria con una nuova obbligazione con oggetto o titolo diverso, in Rescigno, v. novazione, *nuovissimo digesto italiano*, 1965; Per il commento della sentenza si v. Corazza L., La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore, *wp c.s.d.l.e. Massimo D'Antona*, 93/2009, p. 14.

[28] Sentenza n° 22110/2006 Corte di Cassazione a Sezioni Unite. Pronuncia condivisa da Carinci M.T., L'unicità del datore di lavoro, cit., p. 1013. Nello stesso senso Cass. 5/06/2008 n° 14924, Cass. civ. 15/01/2008 n° 657.

Il ragionamento scaturente dell'analisi della ormai abrogata legge del '60 è destinato a riproporsi oggi, nella valutazione del carico di responsabilità civile da imputare all'irregolare fornitore di forza lavoro, e appare condivisibile quando l'interposto si identifica in un caporale o capo bastone (in edilizia), finto appaltatore, che per procurarsi reddito nell'ambito di un mercato del lavoro irregolare, quotidianamente si reca, dotato di un mezzo di trasporto di proprietà, nella piazza del paese o nel cd. smorzo per selezionare e prelevare manovali e braccianti che attendono di essere scelti per lo svolgimento di una giornata di lavoro.

I fatti sono e richiedono una diversa analisi giuridica quando, invece, a mediare tra la domanda e l'offerta di lavoro è un esponente della criminalità organizzata, che opera in un contesto di mala vita internazionale e che mette a dura prova i fondamentali diritti della persona. L'odierno mercato occupazionale irregolare, rappresentato dai fatti di cronaca contemporanea, è duramente colpito da un fenomeno di "sui generis interposizione vietata nelle prestazioni di lavoro" dove, è il caso di dirlo, la fa da padrone il nuovo caporale, un uomo spesso di origine straniera, che recluta l'energia lavoro nei paesi dell'est d'Europa, la conduce nei cantieri e nei campi delle regioni prevalentemente del sud Italia[29], la costringe a vivere in casolari diroccati o barraccopoli costruiti alla meglio e controllati militarmente e a lavorare in condizioni disumane, spesso senza alcun guadagno[30].

Di fronte a questo nuovo caporalato[31], che corrode la vita dei bisognosi ed ha generato una nuova forma di schiavitù, sconosciuta alle definizioni di diritto penale, l'indicata sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n° 22910 e l'apparato sanzionatorio civile e penale applicabile alla odierna interposizione vietata "pura[32]" (somministrazione irregolare e appalto difforme al combinato disposto degli articoli 1655 c.c. e 29 D. Lgs n° 276/2003), oggetto di analisi nei paragrafi 6 e 7, non offrono soluzioni utili.

[29] Secondo le stime della CGIL sono all'incirca 550.000 i lavoratori nelle mani dei caporali, si cf. la lettera inviata ai gruppi parlamentari dai segretari della Fillea e Flai in http//www.Stopcaporalato.it.

[30] Per la descrizione dell'agghiacciante fenomeno del nuovo caporalato si legga Leogrande A., *Uomini e caporali, Viaggio tra i nuovi schiavi delle campagne del sud*, MONDADORI, 2008.

[31] Corazza L., Il nuovo caporalato e il mercato del lavoro degli immigrati, in corso di pubblicazione in *Agricoltura Istituzioni, Mercati*, FRANCO ANGELI, 2011.

[32] In cui il fornitore di mano d'opera si limita a reclutare ed a fornire la forza lavoro senza svolgere su di essa alcuna forma di violenza fisica e psichica.

Adeguati strumenti limitativi del fenomeno sono stati messi recentemente in campo da una apposita commissione parlamentare[33] e dalla CGIL (esaminati nel paragrafo 8). Alcuni di essi sono stati fatti propri fatti propri dal Legislatore nel D. L. n° 138/2011.

6. *L'interposizione regolamentata: una forma di reperimento dell'energia lavoro*

Nel corso degli anni '90, il governo, le parti sociali e la giurisprudenza comunitaria[34] si confrontano sulla opportunità di aprire le porte alla regolare fornitura di lavoro, mediante la previsione di appropriate regole. Per la prima volta, il concetto di lavoro interinale, già noto in Europa[35], compare in Italia nel D.L. 5/01/1993 n° 1 il quale non vede mai la luce a causa delle forti opposizioni dei sindacati che, successivamente, inaugurano la strada che conduce alla legge n° 196/1997 (anche nota come Pacchetto Treu), prima con l'Accordo Tripartito del 1993 e poi, in sede di approvazione del patto per il lavoro del 1996[36]. Il pacchetto Treu introduce una deroga al generale divieto di interposizione, che al di fuori di essa resta valido ed efficace[37], e con una tecnica cd. a tenaglia, indica i casi ed i limiti entro i quali è consentito alle società di fornitura di la-

[33] Indagine conoscitiva Camera dei deputati sul lavoro nero, caporalato e sfruttamento di mano d'opera straniera (seduta 26 maggio 2010). Il documento si inserisce nell'ambito di politiche di recepimento delle indicazioni di contrasto del lavoro sommerso ed ai suoi fenomeni distorsivi connessi, evidenziate nel libro verde del 2006 e nella Strategia di Lisbona 2008-2010, Valeriana De Virgilio T., Lotta al lavoro nero, caporalato e sfruttamento della mano d'opera straniera, 12 /7/2010, *www. Adapt.it*.

[34] Sent. Job centre coop Corte di Giustizia Europea 11/12/1997 n° 55/96 in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1998, II, p.p. 22 e s.s.

[35] Bonardi O., I progetti di legge sul lavoro interinale nella XII legislatura, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1996, III, p. 195; Direttiva 91/383/Cee (sulla sicurezza e la salute dei lavoratori a termine o a tempo indeterminato) che così definisce rapporto di lavoro temporaneo: "è quello intercorrente tra un'agenzia di lavoro temporaneo - datore di lavoro - e il lavoratore collocato a disposizione di una impresa e/o uno stabilimento utilizzatori".

[36] Roccella M., I rapporti di lavoro atipici in Italia dall'accordo tripartito del 23 luglio 1993 alla legge 196/1997, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1998, p.p. 3 e s.s.

[37] Ichino P., "Il lavoro interinale e gli altri varchi nel muro del divieto di interposizione", *giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1997, III, p.p. 503-518; Speziale V., La struttura del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo nella legge n° 196/1997, *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, II, p. 289, Carinci M.T., L'unicità del datore di lavoro, cit., p. 1015; Corazza L., La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore, cit., 2009, p. 8. Mazzotta O., *Diritto del lavoro,* GIUFFRE', Milano, 2008, p. 213 e s.s.; Cass. pen. 23/12/1998 n° 13599 in *Diritto e pratica del lavoro,* Milano, 1995, V, p.p. 324 e s.s., Cass. Pen 11/12/1998 n° 12943 in *La riforma del lavoro nella giurisprudenza*, Milano, 2007.

voro[38] la somministrazione di lavoratori, oltre i quali, ex articolo 10 l. n° 196, si applica l'articolo 1 comma 5 della l. del 1960.

Successivamente, il D. Lgs. n° 276/2003, nell'ambito di un ambizioso progetto di riforma del mercato del lavoro, in termini di trasparenza, efficienza ed ammodernamento, abroga, all'art. 85, la legge 1369, i primi 11 articoli della 196 e sostituisce il lavoro interinale col nuovo istituto della somministrazione di lavoro, a termine e a tempo indeterminato[39] (staff leasing)[40], guardato con particolare favore dal Legislatore comunitario, che lo considera un valoroso strumento di assunzione e ne preclude il ricorso solo a garanzia di ragioni di interesse generale, del corretto funzionamento del mercato del lavoro e della prevenzione di abusi[41]. L'utilizzo improprio della somministrazione è fonte dell'applicazione di sanzioni penali (articoli 18-28 D. Lgs. n° 276/2003) e civili (articolo 27 D. Lgs. n° 276/2003). La previsione di una architettura sanzionatoria è la prova che il ricorso alla utilizzazione indiretta di lavoratori non è ammesso indiscriminatamente ma solo nelle ipotesi, di ampio respiro, espressamente previste, perciò, se su un lato della "medaglia della interposizione" è dettagliatamente disegnata quella legittima, sull'altro volto non può che essere coniata quella contraria alla legge.

La tesi è avvalorata dalla giurisprudenza e dottrina dominanti quando spiegano che il precedente reato di interposizione illecita[42], contenuto nella abrogata legge n° 1369/1960, in ragione dell'operare del modello della abrogazio sine abolizione[43], continua a vivere, in spazi eviden-

[38] La circolare del Ministero del lavoro n° 141/1997 indica i requisiti di cui deve essere in possesso una società di fornitura di lavoro.

[39] Per una completa analisi dell'istituto si cf. Mazzotta O., *Il diritto del lavoro*, GIUFFRE', Milano, 2011; Corazza L., Somministrazione e appalti, *Diritto del processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro pubblico e privato*, IPSOA, Milano, 2009.

[40] Lo staff leasing viene abrogato dall'art. 1.46 della legge 247/2007 e reintrodotto con l'art. 2 c. 143 legge 191/2009, *Circolare della fondazione studi consulenti del lavoro*, 1/2/2010, n° 2.

[41] Art. 4. 1 direttiva 2008/104/CE; Pantano F., Il lavoro tramite agenzia interinale nell'ordinamento comunitario. Prime osservazioni in merito alla direttiva 2008/104/CE e dal suo impatto sull'ordinamento interno, *wp c.s.d.l.e. Massimo D'Antona. Int.-72/2009*, p. 6.

[42] Sent. Cass. civ. 23/1/2004 n° 2583; 24/2/2004 n° 7762; 1/4/2005 n° 6820; Ichino P., "Il lavoro interinale e gli altri varchi nel muro del divieto di interposizione", cit., p.p. 503-518; Speziale V., La struttura del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo nella legge n° 196/1997, cit., p. 289, Carinci M.T., L'unicità del datore di lavoro, cit., p. 1015; Corazza L., La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore, cit., 2009, p. 8. Mazzotta O., *Diritto del lavoro*, GIUFFRE', Milano, 2008, p. 213 e s.s. ; circolare Ministero del lavoro 11/2/2011 n° 5; Direttiva sui servizi ispettivi e attività di vigilanza 18/9/2008.

[43] Non si tratta di abolizione del reato ma di successioni di legge affiancata dall'abrogazione parziale della fattispecie previgente.

temente minori, nella nuova denominazione di somministrazione irregolare. Ai sensi dell'articolo 18 l'esercizio non autorizzato e l'utilizzo nei casi non consentiti della somministrazione di lavoro è punibile con la sanzione dell'ammenta di €50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giorno di occupazione. E' un reato plurisoggettivo, che consta nella forma attiva della condotta e nella messa in pericolo del bene giuridico, identificabile nella tutela della vita e del lavoro, che si consuma al momento della conclusione dell'accordo (pactum temporis), a prescindere dall'effettivo sfruttamento del lavoratore[44]. In caso di sfruttamento dei minori[45] si aggiunge la circostanza aggravante speciale[46] dell'arresto fino a 18 mesi e dell'aumento fino al sestuplo dell'ammenda. L'imputazione della circostanza aggravante presuppone la conoscenza o la conoscibilità della minore età al momento della commissione del fatto. Essendo l'applicazione della pena di carattere proporzionale, risultante dalla moltiplicazione di un coefficiente fisso predeterminato dal Legislatore (€50) per un moltiplicatore variabile (lavoratoti occupati e giorni di occupazione), vi è il congelamento dei coefficienti di graduazione del reato dell'articolo 133 c. p., quali la gravità del fatto ed il momento psicologico e perciò, è indifferente l'agire colposo o doloso dei rei. In altri termini il giudice, nel calcolare la pena, deve eseguire un procedimento matematico indipendentemente dalla gravità con cui il reato è consumato. A ciò si aggiunge sempre la confisca del mezzo di trasporto con cui si esegue il fatto penalmente rilevante, in deroga all'articolo 240 comma 1 c.p. che disciplina la facoltatività di questa misura di sicurezza a carattere patrimoniale. Le stesse pene, ai sensi dell'articolo 18 comma 5 bis, sono previste in caso di pseudo appalto[47] ovvero di appalto non conforme al dettato dell'articolo 29 D. Lgs. n° 276/2003 (come sarà spiegato nel paragrafo successivo). Quando la somministrazione è conclusa con il preciso intento di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo è fraudolenta e i rei sono puniti con una ammenda di €20 per ogni lavoratore coin-

[44] Per una completa analisi dalla struttura del reato si rinvia a C. Fiore - S. Fiore, *Diritto Penale*, UTET, ultima edizione.

[45] E una circostanza automoma. Sono autonome le circostanze per cui la legge stabilisce una pena di specie diversa, ovvero determina per il reato circostanziato una diversa cornice edittale indipendente da quella prevista per il reato base. C. Fiore - S. Fiore, *Diritto Penale*, cit. .

[46] Previste dalla legge per gruppi di reati o singoli reati; C. Fiore - S. Fiore, Diritto Penale, cit. .

[47] Rivellini F., Appalto non genuino: riconoscimento e conseguenze, *Diritto e pratica del lavoro*, IX, p.p. 559-570.

volto e ciascun giorno di somministrazione. Non è chiaro se la norma è una fattispecie autonoma dall'articolo 18 oppure una circostanza aggravante[48]. Ex articolo 27, quando la somministrazione avviene al di fuori dei limiti e delle condizioni previste negli articoli 20 e 21.1 lettere da a) a e) del D. Lgs. n° 276 scatta il diritto del lavoratore di agire in giudizio per chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro con l'utilizzatore, con effetto dall'inizio della somministrazione, sanzione non molto diversa da quella contenuta nell'articolo 1 comma 5 della legge del 1960.

7. *Lo pseudo appalto nell'interpretazione sistematica*

Ai sensi della disciplina codicistica (articolo 1655 c.c.) l'appalto è un contratto[49] con il quale l'appaltatore - che organizza i mezzi necessari alla sua esecuzione e si assume il rischio d'impresa - si obbliga a compiere un'opera o a prestare un servizio per l'appaltante, verso un corrispettivo. Il legislatore del 2003, all'articolo 29.1 D. Lgs. n° 276, dopo aver definito il contratto d'appalto con un rinvio all'articolo 1655 c.c. e la distinzione con la disciplina della somministrazione, specifica che l'organizzazione dei mezzi necessari, in relazione all'esigenza dell'opera o del servizio dedotti in contratto, può consistere anche nell'esercizio del solo potere organizzativo e direttivo verso i lavoratori utilizzati nell'appalto. Con questa precisazione, la norma non introduce un concetto nuovo ma si limita a codificare le consolidate interpretazioni giurisprudenziali sollecitate dalle nuove questioni poste dal decentramento produttivo che entrano, fin dagli anni '90, nelle aule dei tribunali[50] (cf. paragrafo n° 4). All'interno della "aggiornata" categoria dei mezzi di produzione, accanto alle tradizionali macchine, capitali e attrezzature, si collocano l'esercizio del potere direttivo, disciplinare e di controllo. Il tutto consente di collocare nell'insieme "appalti genuini" sia quelli tradizionali - capital intensive - facenti leva sulla proprietà e sulla organizzazione dell'appaltatore dei beni materiali, sia quelli ad alta densità di lavoro - labour intensive - nei quali l'appaltatore, invece, organizza i propri dipendenti, magari altamente specializzati[51]. L'ampliamento degli orizzonti evita una ce-

[48] Corazza L., Somministrazione di lavoro e appalti, cit., 2009.

[49] Cf. commento dell'art. 2127 c.c. in Cendon P., Commentario al codice civile, cit. .

[50] Si v. Corazza L., La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore, cit., 2009, p. 5 e la giurisprudenza dall'autrice segnalata; nello stesso senso Rausei P., Appalto: requisiti normativi, giurisprudenza e sanzioni, cit., 2010, p. 2241.

[51] Circolare Ministero del lavoro n° 48/2004.

sura col passato, che avrebbe luogo qualora si escludesse la rilevanza giuridica del coordinamento dei tradizionali strumenti di produzione.

La lettura dell'articolo 29 offre degli elementi di riflessione: Se il comma 1 spiega che "l'appalto si distingue dalla somministrazione regolare di lavoro…", il rapporto trilatero che non risiede né nella disciplina derivante dal combinato disposto degli articoli 1655 c.c. e 29 D. Lgs. n° 276 né in quella degli articoli 20 e s.s. D. Lgs. 276/2003 è un negozio di illegale interposizione nelle prestazioni di lavoro[52]. Il ragionamento trova conforto nel comma 3 bis dell'articolo 29 che sanziona l'appalto illecito con la diretta costituzione del rapporto di lavoro tra utilizzatore e mano d'opera impiegata. Si nota che mentre nella vigenza della legge n° 1369 l'appalto di mano d'opera, la fornitura di mano d'opera, la somministrazione di mano d'opera sono sempre negozi illeciti è perciò, ci si esprime in termini assoluti del divieto, le predette evoluzioni normative creano delle precise (staff leasing) ed estese (somministrazione a tempo determinato) aree di regolare fornitura di lavoro, restringendo, così, la portata del divieto che, abrogato nella forma, vive nell'interpretazione sistematica del diritto del lavoro. Fermo restando che oggi, il contratto di lavoro subordinato è solo uno degli strumenti mediante i quali è consentito al datore di procurarsi prestazioni lavorative[53], l'odierno sistema non è molto diverso da quello archiviato nella parte in cui il titolare della organizzazione della produzione può esternare fasi della lavorazione solo mediante rapporti di genuino decentramento. A seguito della riforma del mercato del lavoro "non è mutata la macrogeografia delle esternalizzazioni, semmai la microgeografia: gli istituti dell'appalto, della somministrazione, del divieto di interposizione, sono rimasti intatti pur occupando porzioni diverse rispetto a prima, risultando ristretto lo spazio dedicato al divieto di interposizione a vantaggio dell'appalto e della somministrazione[54]". Ag-

[52] In questo senso Carinci M.T., L'unicità del datore di lavoro, cit., 2007,p. 1015; Del Punta R., Le molte vite del divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro, p. 512 s.s. ; cit. 2008; Corazza L., La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche d tutela del lavoratore; cit., 2009, p. 8; Rausei P., Appalto: requisiti normativi, giurisprudenza e sanzioni, cit., 2010; circolare Ministero del lavoro 11/2/2011 n° 5; Direttiva sui servizi ispettivi e attività di vigilanza 18/9/2008. Per lo studio della dottrina contraria all'attuale esistenza del divieto di interposizione si cf. Corazza L., La nuova nozione d'appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore, cit., 2009, p. 7.

[53] Corazza L., Il modello statunitense dello staff leasing e la somministrazione di mano d'opera: qualche appunto in prospettiva di una riforma, *Diritto delle relazioni industriali*, 2002, IV, p.p. 552-564.

[54] La frase è di Carinci M. T. in Romei R., L'elisir di lunga vita del divieto di interposizione, *Rivista Italiana di diritto del lavoro*, 2005, III, p. 726.

giungerei che nella mutata microgeografia si scorge una radice malata di interposizione vietata che si intreccia con quelle dei reati di riduzione in schiavitù e di tratta di esseri umani richiedente un' intervento mirato ed articolato di estirpazione.

8. *La storia si ripete: il caporalato del XXI secolo*

Da quanto esposto nel paragrafi precedenti emerge che l'equazione "appalto di mere prestazione di lavoro o somministrazione irregolare = applicazione degli articoli 18-27-28-29.3 bis D. Lgs. n° 276/2003" trova un riscontro soddisfacente nell'ambito della "pura" interposizione vietata, dove il protagonista della fornitura di mano d'opera si limita a mediare tra la domanda e l'offerta di lavoro. Quando, al contrario, l'interposto è il nuovo caporale che consuma la mercificazione del lavoro nell'ambito di un disegno criminoso più ampio, l'espressa formula matematica rappresenta "la montagna che partorisce il topolino". Utili idee di prevenzione e repressione del fenomeno risiedono nella bozza di proposta di legge articolata dalla CGIL, volta ad introdurre nell'ordinamento il reato di caporalato. L'articolato inviato al parlamento lo scorso 7 febbraio dai segretari generali della FLAI-CGIL e FILLEA-CGIL, nell'ambito di una più ampia campagna informativa sulle condizioni di regolare occupazione, mira a contrastare quella particolare forma di interposizione nelle prestazioni di lavoro basata sullo "*sfruttamento dello stato di bisogno e di necessità dei lavoratori interessati o svolta esercitando sugli stessi violenza, minaccia o inganno*[55]".

Il nuovo delitto a dolo specifico di violenza contro le persone è caratterizzato dalla precisa volontà dei rei (trattasi di un reato plurisoggettivo) di approfittare delle condizioni precarie in cui versano soggetti economicamente fragili - disoccupati di lunga durata, immigrati e svantaggiati in genere - ovvero di esercitare nei loro confronti raggi e comportamenti intimidatori. Alla commissione del reato consegue, in capo agli autori (caporale e utilizzatore della energia lavoro), l'applicazione delle pene della detenzione e della multa nel calcolo delle quali rileva l'eventuale esistenza delle circostanze aggravanti del reclutamento di minori, di un numero di lavoratori superiore a tre e della sottoposizione della forza lavoro a prestazioni pericolose o a trattamenti personali degradanti. A carico dei destinatari di una sentenza penale di condanna passata in

[55] Per il testo della proposta si v. http://www.Stopcaporalato.it.

giudicato, di applicazione della pena su richiesta di parte ex art. 444 c.p.p., di un decreto penale di condanna per aver commesso il fatto tipico del caporalato, grava l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, la risoluzione di un rapporto di appalto eventualmente in corso, l'interdizione dall'affidamento di subappalti, dalla stipula dei relativi contratti oltre che alla esclusione dei benefici, contributi o agevolazioni concessi dallo Stato e dagli altri enti pubblici, alla confisca del denaro, dei beni e delle altre utilità di cui i condannati non possono giustificare la provenienza e di cui risultano titolari, a qualsiasi titolo in valore sproporzionato rispetto al reddito dichiarato. Infine la bozza, mediante un rinvio al D. Lgs. n° 231/2001 (responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, società ed associazioni non riconosciute), prevede la responsabilità amministrativa dell'ente in aggiunta a quella penale della persona fisica che ha materializzato l'illecito a vantaggio o nell'interesse dell'organizzazione, pur in assenza di un vantaggio concreto. Ad esso si applicherà una sanzione pecuniaria corrispondente ad un numero di quote da calcolare in base al numero di anni di reclusione che nel caso di specie sono inflitti al reo[56], oltre che quelle interdittive ai sensi degli articoli 9.2 e 16.3 D. Lgs. n° 231/2001. A prevenzione del moderno fenomeno di "compravendita della forza lavoro" - che riscontra nella "merce" oggetto di scambio, prevalentemente uomini stranieri, socialmente deboli - la bozza prevede, accanto alla deterrente norma di diritto penale, l'attuazione di progetti di reintegrazione sociale - da attuare mediante la stipula di protocolli d'intesa tra stato, regioni ed enti territoriali, organizzazioni imprenditoriali e sindacali - finalizzati ad avviare sperimentazioni, su base locale o settoriale, divulganti buone prassi e meccanismi incentivanti per le imprese virtuose. Il tutto è coronato dalla predisposizione di corsi di lingua italiana e percorsi informativi sulle modalità di esercizio legale del lavoro - a carico del Ministero del lavoro e delle politiche sociali in collaborazione con i centri per l'impiego - idonei a fornire ai partecipanti quel

[56] Per una migliore comprensione si cita a titolo di es. L'art. 8 c. 1 lett. a) articolato CGIL: "se il delitto di caporalato determina in capo al reo l'applicazione della pena della reclusione fino a 6 anni, si applica all'ente, nel cui interesse ha agito, la sanzione pecuniaria da 200 a 700 quote". Le sanzioni pecuniarie si applicano per quote in num. non inferiore a 200, non superiore a 1000 e l'importo di ciascuna quota va da €258 a €25.800. La valutazione dell'ammontare di ogni quota, nel caso concreto, è affidata al giudice che nel calcolarla tiene conto della gravità del fatto, del grado di responsabilità dell'ente, dell'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti, le condizioni economiche e patrimoniali dell'ente.

minimo di informazione necessaria a distinguere il lavoro regolare dallo sfruttamento.

L'elaborato messo in cantiere dalla CGIL sembra centrare il cuore del problema - concretantesi nell'ampia presenza nella penisola italiana di un elevato numero di lavoratori stranieri irregolari, spesso clandestini, chiamati a svolgere prestazioni lavorative al limite della fatica e degli standard retributivi e contributivi[57] - ed essere dotato di degli strumenti idonei a limitare il propagarsi del caporalato evoluto[58], quando si concentra, nell'articolo 3, sulla necessità dell'adozione di politiche di reintegrazione sociale capaci di colmare le carenze linguistiche, formative ed informative dei "nuovi schiavi".

Il cuore penale della bozza ed in particolar modo il bene giuridico leso dal reato, la disciplina delle circostanze aggravanti, delle pene e della responsabilità amministrativa a carico delle persone giuridiche, società ed associazioni anche prive di personalità giuridica, sono stati recentemente recepiti dal Legislatore, nel D.L. 13 agosto 2011 n° 138, convertito in legge il 14 settembre scorso, che ha coniato, all'art. 12, il nuovo reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro. La norma inserisce all'interno del Libro II, Titolo XII, Capo III del codice penale gli artt. 603 bis e 603 ter. Il primo, che colpisce con la pena detentiva e pecuniaria "*chiunque svolga un'attività organizzata di intermediazione* (forse sarebbe stato più opportuno parlare di interposizione), *reclutando mano d'opera o organizzandone l'attività lavorativa, caratterizzata da sfruttamento, mediante violenza, minaccia, o intimidazione, approfittando dello stato di bisogno o di necessità dei lavoratori*", sembra aver abbondonato la logica dell'essere plurisoggettivo del reato nella parte in cui riferisce la fattispecie esclusivamente a "*colui che svolge…*" e non anche a colui che trae beneficio dal lavoro. Altro elemento di novità della nuova disposizione rispetto alla sua fonte ispiratrice è l'elencazione degli indici di sfruttamento, identificati nella violazione della normativa in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro che espone il lavoratore a pericoli per la propria salute, sicurezza e l'incolumità, nel suo impiego in luoghi insalubri e degradanti e nell'erogazione della retribuzione in misura inferiore alla soglia minima garantita dall'art. 36 Cost.

Ai sensi dell'art. 603 ter c.p., la condanna per il delitto di caporala-

[57] Secondo le stime della CGIL i lavoratori in nero sono oltre 880.000, si cf. la lettera inviata ai gruppi parlamentari dai segretari della Fillea e Flai in http//www.Stopcaporalato.it.

[58] Indagine conoscitiva Camera dei deputati sul lavoro nero, caporalato e sfruttamento di mano d'opera straniera, cit., relazione CNEL p. 15.

to e di riduzione o mantenimento in schiavitù, ex art. 600 c.p., quando lo sfruttamento ha ad oggetto prestazioni lavorative, determina l'irrogazione, a carico dell'autore, delle pene accessorie dell'interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche o delle imprese, dell'impossibilità di stipulare o condurre a compimento contratti di appalto, subappalto, di fornitura di opere, beni e servizi, con la p.a. oltre che l'esclusione per un periodo di 2 anni, elevato a 5, in caso di recidiva, dai finanziamenti, contributi e agevolazioni erogati a livello nazionale e comunitario.

Nulla ha precisato il parlamento in merito a quei percorsi di reintegrazione sociale, formativi, d'istruzione, di cui alla proposta CGIL, essenziali ai fini della prevenzione del degradante fenomeno oggetto del presente lavoro.

Le considerazioni svolte permettono di affermare che, negli ultimi tempi, sulla nuova forma di schiavitù del XXI sec. si sono accesi i riflettori dei mass-media, delle organizzazioni dei lavoratori e del Legislatore. Tuttavia lo strumento penale da solo non è sufficiente a governare la portata del fenomeno e, al suo fianco, si auspica l'introduzione di politiche volte a ridurre la pressione fiscale e contributiva, allo scopo di rendere maggiormente concorrenziale il lavoro regolare rispetto a quello sommerso, a snellire le procedure ed accelerare i tempi di smaltimento delle richieste di autorizzazione all'assunzione di mano d'opera straniera, insieme ad un efficace monitoraggio del territorio - con particolare attenzione agli agri, ai cantieri, ai luoghi di ristorazione e al settore dei servizi domestici[59] - tale da garantire, mediante la massiccia presenza sui luoghi degli ispettori del lavoro e le forze dell'ordine, l'accertamento della corretta applicazione della legge[60]. Potrebbe rilevarsi producente l'emanazione di norme aventi ad oggetto la responsabilità civile del caporale all'uopo di garantire serio ristoro ai danni patrimoniali, fisici e morali subiti dai lavoratori, l'estensione dell'applicazione dell'art. 18 del T.U. sull'immigrazione (permesso di soggiorno per protezione sociale) anche ai casi di grave sfruttamento della mano d'opera[61], la previsione di disposizioni subordinanti l'accesso degli imprenditori agricoli ai preziosi fondi comunitari, nazionali ed internazionali, alla prova dell'applicazione ai propri dipendenti dei contratti collettivi di categoria, attraverso l'an-

[59] Indagine conoscitiva Camera dei deputati sul lavoro nero, caporalato e sfruttamento di mano d'opera straniera, cit., relazione ISTAT, p. 14.

[60] Indagine conoscitiva Camera dei deputati sul lavoro nero, caporalato e sfruttamento di mano d'opera straniera, cit., relazione CONFAGRICOLTURA, p. 19.

[61] Indagine conoscitiva Camera dei deputati sul lavoro nero, caporalato e sfruttamento di mano d'opera straniera, cit., relazione CISL, p. 17.

nuale esibizione all'ispettorato del lavoro dei registri di paga e delle fatture di consegna delle merci, libri da cui leggere la trasparenza delle condotte, mediante l'incrocio dei dati relativi agli utili d'esercizio e al costo del lavoro, pena la restituzione dei benefici conseguiti in passato e l'interdizione dal ricevimento di benefici futuri.

Da una interpretazione letterale dell'articolato e dell'art. 12 del D.L. n° 138 non si comprende se torna ad operare la disciplina generale, prevista dall'argomentato complesso sanzionatorio, quando il caporalato non viene attuato nella forma dello sfruttamento dello stato di bisogno e di necessità dei lavoratori interessati. Dubbio è il rapporto esistente tra le pene previste per il nuovo reato e l'articolo 4 della l. 4/11/2010 n° 183 (cd. collegato al lavoro[62]), contenente le sanzioni irrogabili al datore che fa uso di dipendenti irregolari e, rispetto al quale, si prospetta il cumulo della cd. maxi sanzione dell'articolo 4 e quelle del prima indicato D. L..

Soltanto l'operare congiunto delle misure elencate, codificate e non, può generare la forza necessaria a garantire il contenere dell'espandersi, e magari, a lungo termine, il riempimento, della voragine esistente tra il lavoro e la legge. Non c'è altra strada da percorrere per restituire alla persona lavoratrice la dignità che le è dovuta e l'effettività di principi conscacrati prima che nella carta giuridica nell'altezza del diritto naturale.

[62] Garofalo D., Le misure contro il lavoro sommerso nel collegato lavoro 2010, *Il lavoro nella giurisprudenza*, 1/2011, p. 71.

LUANA FIERRO

L'assicurabilità del danno ambientale nel contesto comunitario: dal *Libro Bianco sulla responsabilità ambientale* ad oggi

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il Libro Bianco sulla responsabilità per danno ambientale: l'attuazione del principio di prevenzione tra carenze ed amnesie. - 3. L'assicurabilità del danno ambientale: la giusta soluzione per la tutela delle piccole e medie imprese. - 4. Impedimenti allo sviluppo di un efficiente sistema assicurativo. - 5. La responsabilità per danno ambientale e la Direttiva 2004/35/CE. - 6. La copertura assicurativa dei danni ambientali nella Direttiva sulla responsabilità ambientale. - 7. Conclusioni

1. *Introduzione*

La tutela dell'ambiente e lo sfruttamento sostenibile delle risorse sono necessità sempre più sentite dalle aziende che oggi si dirigono consapevolmente verso l'adozione di politiche di riduzione dell'impatto ambientale[1], e si interessano "in modo fattivo" all'efficienza energetica, ma anche al sostegno ed all'attuazione di azioni di riciclo dei materiali[2].

I comparti produttivi, rispetto agli anni passati, sono oggi predisposti verso uno sforzo supplementare che va oltre la mera riduzione delle emissioni nell'ambiente, e sono sempre di più le aziende che ricorrono agli strumenti offerti dalle compagnie di assicurazione[3] per disporre di meccanismi idonei a tutelare realmente l'ambiente ed a soddisfare i soggetti danneggiati[4]. In questo modo, al fianco delle norme coercitive e sanzionatorie emanate dagli or-

[1] Sul punto v. il contributo di M. LO CASCIO, R. VIRDIS, *Il danno economico all'ambiente*, in *Lo studio di impatto ambientale: elementi per un manuale*, a cura di M. PAZIENTI, Milano, FrancoAngeli, 1991.

[2] M. L. COHEN, *Crescita economica e crescita demografica,* in R. MOLESTI, *Economia dell'ambiente e bioeconomia*, Milano, FrancoAngeli, 2003, pp. 69 ss..

[3] Cfr. C. SALVI, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, Milano, 1979, 219 ss.; V. SCALISI, *Immissioni di rumore e tutela della salute*, in "Riv. dir. civ.", 1982, I, 127 ss.; 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; M.R. MAUGERI, *Le immissioni*, Padova 1999, p. 307 ss.;C. SALVI, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, Milano, 1979, 219 ss.

[4] Sul punto cfr. O. PIERONI, T. ROMITA (a cura di), *Viaggiare, conoscere e rispettare l'ambiente*, Soveria Mannelli (CZ), Rubbettino Editore srl, 2003, pp. 127-132; D. SICURELLI, *Divisi dall'ambiente*, Milano, Vita e Pensiero, 2007.

gani predisposti per la tutela ambientale si collocano le azioni adottate dalle aziende, idonee a creare una sinergia di intenti che si concretizza in azioni, anche di natura preventiva, mirate alla tutela del patrimonio ambientale ed alla diretta attribuzione delle responsabilità per le attività dannose generate.

Ma gli effetti di una condotta dannosa non sempre restano circoscritti al luogo in cui si è sprigionata la fonte di pericolo, anzi molto spesso gli effetti di un'azione non solo non si limitano alla diffusione sul territorio nazionale ma, come nei casi delle attività nucleari e dell'inquinamento atmosferico e marino, vanno a produrre un rischio significativo per tutti gli Stati sottoposti al raggio d'azione della minaccia liberata, e producono danni talmente ampi che per ripararli è necessario mobilitare somme esorbitanti (cd. inquinamento transfrontaliero).

Quindi, nonostante le imprese siano in grado di contribuire autonomamente al raggiungimento degli obiettivi di tutela ambientale sanciti a livello nazionale ed internazionale, attuando la promozione di una produzione più pulita e di un'imprenditorialità responsabile[5], è opportuno che le stesse, per far fronte ad eventi imprevisti e fortemente invasivi, si dotino di strumenti e tecniche adeguati alle esigenze. Per esempio le attività aziendali possono proteggersi dalle conseguenze economiche mediante la stipula di polizze assicurative[6], che consentono di far fronte alla gestione di eventuali rilasci inquinanti diffusi nell'ambiente, idonei a causare lesioni personali a terzi, oppure danni materiali a beni di proprietà oltre che all'habitat naturale circostante[7].

[5] Cfr. G. Visintini, *Il divieto di immissioni e il diritto alla salute nella giurisprudenza odierna e nei rapporti con le recenti leggi ecologiche*, in "Riv. dir. civ.", 1980, II, 252 ss.; M. Bin, *Gruppi di imprese e diritto commerciale*, in AA.VV., *Gruppi di imprese e nuove regole*, a cura di P. Zanelli, Milano, 1991, p. 70 ss.; B. Pozzo, *Modelli proprietari e tutela dell'ambiente*, in "Riv. crit. dir. priv.", 1997, 133; B. Finkenstädt, H. Rootzén, *Extreme values in finance, telecommunications, and the environment. Volume 99 di Monographs on statistics and applied probability*, United States of America, CRC Press, 2004.

[6] Il mercato assicurativo ha elaborato e perfezionato polizze specifiche per l'assicurazione dei rischi ambientali, ponendo al fianco della *Responsabilità Civile Generale delle Imprese* (RC imprese) la *Responsabilità Civile da Inquinamento* (RC inquinamento). La *polizza RC imprese* assicura l'ipotesi del danno da inquinamento accidentale ma esclude, solitamente, i pregiudizi conseguenti ad inquinamento dell'aria, dell'acqua e del suolo: questi ultimi possono assicurarsi con specifica condizione aggiuntiva al contratto. Il massimale di tale condizione aggiuntiva è comunque molto basso Tramite la polizza RC inquinamento (RCI) sono coperti i costi che l'assicurato è chiamato a sostenere per i danni involontariamente cagionati a terzi, in conseguenza.

[7] Si veda sul tema M. Mandò, *L'assicurazione per i danni da inquinamento ambientale dopo l'art. 18 della legge n. 349/86*, in "Rivista critica del diritto privato", 1988, p. 799; G. Mulè, *Nell'industria di processo nuovi spazi per l'assicurazione*, in *L'impresa ambiente*, 1992, n. 3, p. 31; W. Pfennigstorf, *L'assicurazione r. c. danni da inquinamento*, in "Assicurazioni", 1991, p. 48; D. De Strobel, *L'assicurazione di responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1998; S. Landini, *Assicurazione e responsabilità*,- Milano, Giuffrè, 2004.

2. *Il Libro Bianco sulla responsabilità per danno ambientale: l'attuazione del principio di prevenzione tra carenze ed amnesie*

Nell'intento di analizzare il percorso tracciato dall'ordinamento comunitario all'interno del settore dell'assicurabilità del danno ambientale, è opportuno prendere le mosse dal Libro Bianco sulla responsabilità ambientale COM (2000) 66 def. 9 febbraio 2000 con il quale la Commissione Europea immaginava un regime europeo di responsabilità per danni ambientali che prevedesse la responsabilità oggettiva dell'inquinatore per ogni danno conseguente ad attività pericolose.

Nello specifico, la Commissione proponeva l'introduzione di una responsabilità oggettiva per i danni causati da attività pericolose, e di una responsabilità per colpa per i danni alla biodiversità causati da attività non pericolose.

Tra l'altro, questo documento consente alla Commissione Europea di dare alla politica comunitaria una nuova impronta e muove nella necessità di comprendere come, in seguito all'adozione di un sistema normativo omogeneo nel settore della responsabilità per danni ambientali, verrebbero ad essere introdotte all'interno dei singoli ordinamenti comunitari[8] le novità sino ad allora individuate. Infatti, prima di lanciare una riforma è importante comprendere non solo i cambiamenti evidenti che farebbero seguito alle nuove disposizioni, ma anche le trasformazioni celate ed ulteriori che andrebbero a mutare le strutture degli ordinamenti.

Così, nell'intento di individuare il regime di responsabilità per danni all'ambiente più confacente agli scopi comunitari, tramite il Libro Bianco sulla responsabilità per danni all'ambiente furono condotte complesse analisi ed ipotizzate differenti soluzioni. Nello specifico, il documento cercò di individuare le modalità idonee a migliorare l'applicazione dei principi del trattato CE in materia di ambiente, principi già acquisiti dal diritto ambientale comunitario, e si tentò di individuare quei cambiamenti che avrebbero potuto tracciare un nuovo scenario, in fondo già sedimentato nel sistema fino ad allora in vigore[9].

La scelta finale fu quella di elaborare un sistema di responsabilità che tendesse ad incentivare le imprese ad un comportamento più responsabile, oltre che ad esercitare un effetto preventivo, difficilmente otteni-

[8] Più approfonditamente A. Boggia, *Tutela della biodiversità tra affermazione politica e valutazione economica*, Milano, F. Angeli, 2002, pp. 67 ss..

[9] Edward H. P. Brans, *Liability for Damage to Public Natural Resources,* The Netherlands, Kluwer Law International, 2001, pp. 177 ss.; M. Faure, S. Ying, *China and International Environmental Liability,* Cheltenham –UK, Edward Elgar, 2008.

bile mediante il comune senso di responsabilità. Pertanto si decise di proporre un sistema di responsabilità per danni all'ambiente[10] basato sull'applicazione del principio *chi inquina paga*, che però si mostrava valido e funzionante esclusivamente nei casi più comuni, e non in quelli ad ampio raggio, quali incidenti industriali ed inquinamenti graduali dovuti al rilascio di inquinanti nell'ambiente, e neppure in quelle rare fattispecie in cui l'applicazione del *principio chi inquina paga* è di dubbia o difficoltosa applicazione[11].

In effetti il problema è complesso e sin da subito nell'applicazione del principio *chi inquina paga (Polluter pays principle)* erano emerse difficoltà di non poco conto, soprattutto in quei casi in cui non risultava possibile usufruire di precise e dettagliate informazioni scientifiche relative ai danni e ai costi per la riparazione dei danni all'ambiente, oltre che in tutte quelle ipotesi in cui lo stato delle conoscenze tecniche e scientifiche non risultava in grado di fornire tali elementi. Infatti, qualora non si dispone altro che di dati idonei a suggerire l'associazione tra un soggetto agente ed un danno, è impossibile ricorrere a tale principio e tanto meno all'applicazione delle sanzioni che lo stesso potrebbe comportare, perché sono necessarie informazioni dettagliate per definire con certezza una causalità[12].

Ma questi ultimi casi che, come si può facilmente immaginare, potrebbero verificarsi con un'altissima probabilità, nel Libro Bianco del 2000 non sono stati affatto analizzati, né in modo esplicito né implicito, ed è stato aprioristicamente lasciato irrisolto il problema di capire se la riparazione del danno, in tali casi, avrebbe dovuto essere riconosciuta solo a favore delle vittime dirette o anche di altri soggetti. Si consideri, inoltre, che oltre a non affrontare queste ipotesi il documento non analizza neppure gli effetti diffusi su vasta scala, causati da una pluralità di soggetti o addirittura dalla comunità intera, come le piogge acide ed i cambiamenti climatici dovuti alle emissioni di CO^2.

[10] Sul punto v. M. Bowman, A. E. Boyle, *Environmental Damage in International and Comparative Law,* Oxford, Oxford University Press, 2002 pp. 73 ss..

[11] L'inquinamento graduale è rappresentato dalla progressiva contaminazione dell'acqua, dell'aria o del suolo, da parte di una determinata sostanza inquinante che determina l'accumulo progressivo di residui tossici e/o azioni inquinanti atti a manifestarsi in modo lento e progressivo.

[12] Le leggi scientifiche che permettono di stabilire il nesso di causalità possono essere sia leggi universali che leggi statistiche. Le prime consentono di affermare, allo stato dell'attuale conoscenza, che ad un certo atto corrisponde con certezza un certo evento, diversamente le statistiche, munite di una minore certezza scientifica, consentono di affermare che, in una certa percentuale di casi, la realizzazione di un atto è seguita dal verificarsi di un evento.

Infine, tra i problemi e le omissioni non sfugga l'ennesima omissione del documento, non si sa se intenzionale o involontaria, relativa ad un elemento la cui presenza potrebbe essere considerata indispensabile all'attuazione del principio *chi inquina paga* a livello comunitario. Trattasi della determinazione di criteri coerenti e standardizzati necessari alla valutazione dei danni, che sono indispensabili per realizzare un sistema, quale quello proposto dal più volte citato Libro Bianco sulla responsabilita` per danni all'ambiente, che presenti caratteristiche di omogeneità tali da giustificarne l'applicazione sistematica all'interno di tutti i Paesi della Comunità[13].

Eppure, nonostante le innumerevoli falle del legislatore, molteplici furono i vantaggi ed i risvolti positivi che fecero seguito al provvedimento, rinvenibili negli effetti derivati susseguenti alle analisi allora condotte dalla Commissione Europea. E' stato poi dimostrato che un sistema così delineato andava ad incentivare l'adozione di comportamenti maggiormente responsabili da parte delle imprese, e consentiva di costruire un sistema di responsabilità il cui fulcro fosse rappresentato dall'effetto preventivo[14]. E questo ben si conciliava con l'esigenza di predisporre normative intese a prevenire i danni che varie condotte avrebbero potuto cagionare all'ambiente, all'essere umano, ed altresì i danni che le stesse imprese avrebbero potuto subire in caso di corresponsione, a titolo di risarcimento, di indennizzi particolarmente elevati.

L'affermarsi, quindi, di un regime di responsabilità che ben lega con il principio di prevenzione, uno dei principi fondamentali in materia ambientale[15], ha dato ampio spazio allo strumento delll'assicurabilità del dan-

[13] Si vedano le considerazioni di C. A. Zagaski, *Environmental risk and insurance,* United States of America, CRC Press, 1991; W. Pfennigstorf, *L'assicurazione r. c. danni da inquinamento*, in "Assicurazioni", 1991; G. Pesaro, *L'impresa e la responsabilità per il danno ambientale*, in *Economia delle fonti di energia e dell'ambiente*, 1994, p. 165 ss.; M. Wilde, *Civil Liability for Environmental Damage,* The Netherlands, Kluwer Law International, 2002, pp. 5 ss.; S. Labatt, R. R. White, *Environmental finance: a guide to environmental risk assessment and financial products*, United States of America, John Wiley and Sons, 2002;.

[14]Si veda sul tema G. Alpa, *Pubblico e privato nel danno ambientale*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 685; M. Wilde, op. cit., pp. 163 ss.; L. Barbiera, *Qualificazione del danno ambientale nella sistematica generale del danno*, in *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, a cura di Perlingieri P., 1991, Edizioni scientifiche italiane, Napoli; C. A. Ghersi, *Responsabilidad: Problemática moderna*, Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1997; A. Moroncini, *Stratégie environnementale des entreprises: contexte, typologie et mise en œuvre*, Lausanne, PPUR presses polytechniques, 1998.

[15] Secondo l'articolo 174, paragrafo 2, del trattato CE: «La politica della Comunità in materia ambientale (…) è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, anzitutto alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio "Chi inquina paga"».

no, il quale non è solo un valido dispositivo di prevenzione del danno ambientale, ma è anche un utile meccanismo per l'internalizzazione dei costi ambientali[16].

Il sistema assicurativo si rivela un efficace strumento di salvaguardia ambientale (e, come è stato più volte osservato dalla dottrina[17], il sistema ambientale è particolarmente sensibile a tale strumento), in quanto l'assicurato pur di evitare l'incremento di una polizza assicurativa è pronto ad adottare comportamenti prudenti e responsabili, idonei ad evitare l'addebito di ulteriori costi sul bilancio dell'impresa, che potrebbe essere colpita in modo irrimediabile ed irreparabile dagli incrementi delle polizze assicurative[18] conseguenti ad un danno commesso.

E come meglio vedremo oltre, quando osserveremo più dettagliatamente il sistema normativo proposto nel 2004 nel contesto comunitario, con le scelte effettuate nell'ambito comunitario, è stato determinato un sistema normativo nel quale operano due strumenti diversi che però lavorano nella medesima direzione, e quindi nell'ottica della prevenzione, perché entrambi sono idonei a rendere concretamente operativo il principio di prevenzione, ampiamente sostenuto all'interno di innumerevoli dichiarazioni e convenzioni internazionali e nel Trattato UE[19]. Da un

[16] Quando si parla di precauzione è opportuno scindere due momenti operativi diversi, in quanto da una parte abbiamo l'approccio precauzionale che fa parte della fase di analisi del rischio, che concerne quindi l'approccio scientifico ai dati, ed è improntato sulla prudenza, dall'altro il Principio di Precauzione considerato una componente fondamentale della fase definita di gestione del rischio, prettamente politica.

[17] D. De Strobel, *L'assicurazione della responsabilità civile danni da inquinamento*, in *La parabola del danno ambientale*, 1994, Giuffrè editore, Milano; P. Sands, *Principles of International Environmental Law,* Cambridge, 2003; M. La Rosa, L. Morri, *Etica economica e sociale,* Milano, Franco Angeli, 2005, pp. 235 ss.

[18] Il mercato assicurativo ha elaborato e perfezionato polizze specifiche per l'assicurazione dei rischi ambientali, ponendo al fianco della *Responsabilità Civile Generale delle Imprese* (RC imprese) la *Responsabilità Civile da Inquinamento* (RC inquinamento). La *polizza RC imprese* assicura l'ipotesi del danno da inquinamento accidentale ma esclude, solitamente, i pregiudizi conseguenti ad inquinamento dell'aria, dell'acqua e del suolo: questi ultimi possono assicurarsi con specifica condizione aggiuntiva al contratto. Il massimale di tale condizione aggiuntiva è comunque molto basso. Tramite la polizza RC inquinamento (RCI) sono coperti i costi che l'assicurato è chiamato a sostenere per i danni involontariamente cagionati a terzi, in conseguenza dell'inquinamento c.d. graduale e/o accidentale arrecato all'ambiente nell'esercizio della propria attività d'impresa.

[19] Non solo è indicato nella Dichiarazione di Rio de Janeiro del 1992, ma anche nella Dichiarazione Generale al principio 15, nelle Convenzioni sulla Diversità Biologica e sui Cambiamenti Climatici; sempre nel 1992 a Parigi nella Convenzione per la Protezione dell'Ambiente Marino Nord-orientale e nel Protocollo sulla Biosicurezza firmato recentemente a Nairobi, nell'ambito della Convenzione sulla Biodiversità, in merito agli OGM.

lato si prospetta un apparato normativo sanzionatorio che porta a carico dei soggetti responsabili l'obbligo di pagare gli interventi di ripristino o il risarcimento dei danni che hanno causato[20], e dall'altro si spinge verso l'adozione di una copertura assicurativa[21] idonea a favorire l'adozione di comportamenti prudenti e responsabili.

In buona sostanza, dunque, il Libro Bianco del 2000 pur riconoscendo uguale importanza ai principi vigenti in materia ambientale (il principio *chi inquina paga* ed i principi di prevenzione e precauzione[22]) assegna un ruolo di primo piano al principio di prevenzione[23].

3. L'assicurabilità del danno ambientale: la giusta soluzione per la tutela delle piccole e medie imprese

Nell'intento di scegliere il sistema di responsabilità più adatto a garantire la tutela del patrimonio ambientale, è stato però necessario individuare sin dall'inizio quelle che erano le lacune e le incongruenze dei diversi sistemi di responsabilità proponibili, che in modi diversi erano già stati sperimentati all'interno di quegli stati che avevano affrontato la responsabilità per danno ambientale ancor prima che la stessa fosse affrontata dalle Comunità Europee.

Con l'utilizzo di analisi già condotte in tal senso sarebbe stato possibile evitare a priori errori inutili, e quindi inutili dispendi di energie e risorse, conoscere anticipatamente le possibili difficoltà, ed utilizzare le soluzioni già sperimentate da altri.

Così, il Libro Bianco sulla responsabilità per danno ambientale, che

[20] G. Alpa, *La natura giuridica del danno ambientale*, in *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.

[21] A. Verheij, M. Faure, T. vanden Borre, *Shifts in Compensation for Environmental Damage,* Vienna, Springer, 2007, pp. 106 ss.

[22] Prevede la Commissione Europea che il principio di precauzione possa essere invocato solo in caso di un rischio potenziale, e che non può in nessun caso giustificare una presa di decisione arbitraria. Ne consegue giustificazione all'applicazione del principio in analisi nel solo caso in cui dovesse rilevarsi la presenza di tre condizioni: l'identificazione degli effetti potenzialmente negativi, la valutazione dei dati scientifici disponibili e l'ampiezza dell'incertezza scientifica. Qualora agire senza attendere maggiori informazioni scientifiche dovesse sembrare la risposta appropriata ad un rischio, in virtù dell'applicazione del principio di precauzione, sarà, inoltre, necessario determinare la forma che deve prendere questa azione.

[23] *Principles of International Environmental Law,* P. Sands, op. cit., pp. 869 ss.; D. De Strobel, *Dalle compagnie assicurative gli strumenti per la prevenzione*, in *L'impresa ambiente*, 1992, n. 3, p. 20; N. Lagoni, International Max Planck Research School for Maritime Affairs, *The Liability of Classification Societies,* Springer, 2007.

opera seguendo la scelta appena indicata, al punto 3.6, ha richiamato espressamente il caso della legislazione *Superfund* degli USA[24], che aveva già mostrato le debolezze di un sistema di responsabilità basato sul principio *chi inquina paga*[25], ma nel contempo anche le possibili soluzioni al problema che era insorto in conseguenza, quello del trasferimento fittizio da parte delle imprese più competitive di quelle pericolose attività che sono la maggior fonte di danni, a favore di imprese che non dispongono di risorse finanziarie tali da poter essere adempienti in caso di danni rilevanti.

Infine, per rispondere a questo problema e per sfuggire a tutti i vizi emersi all'interno di altri ordinamenti giuridici che avevano già sperimentato l'adozione di un sistema di responsabilità per danni ambientali, tramite il Libro Bianco del 2000, la Commissione Europea decise di proporre un proprio sistema di responsabilità, che puntava nella direzione degli strumenti assicurativi[26].

Con lo strumento dell'assicurabilità del danno non solo appariva possibile proteggere l'ambiente, ma nel contempo si prospettava come realizzabile la tutela delle imprese che, legittimate a trasferire il peso dei danni cagionati sulle compagnie di assicurazione tramite le polizze assicurative, non avrebbero più fatto ricorso asiffat-

[24] La legge conosciuta come Superfund (in realtà denominata CERCLA = Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act) e' la legge degli Stati Uniti sui siti contaminati, istituita nel dicembre 1980, ed emendata nel 1986, al fine di evitare che i costi di imponenti bonifiche ambientali ricadessero sui contribuenti. Estremamente rilevante è la sua clausola severa e retroattiva che definisce le responsabilità legali ed economiche di colui che inquina. Essa impone una tassa alle industrie che operano nel settore chimico e del petrolio, e convoglia i proventi di questa tassa in un fondo (Super Fund = SF) destinato alla bonifica di siti fortemente inquinati, nel caso in cui non si riesca ad identificare il responsabile della contaminazione. Inoltre determina l'attribuzione della responsabilità della copertura dei costi a colui che ha inquinato, pur se la contaminazione fosse avvenuta molto indietro nel tempo.

Sul punto cfr. A. D. Candian, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, EGEA, 1993; T. Treves, *Aspetti internazionali della responsabilità civile per danni all'ambiente*, in "Rivista giuridica dell'ambiente", 1994, p. 105.

[25] Sulle responsabilità oggettive: L. Ferroni, *Saggi di diritto civile*, Fano, ES@, 2003, pp. 105 ss.; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Les Obligations*, Paris, Defrénois – E.J.A., 2005; J. Gordley, A. Taylor von Mehren, *An Introduction to the Comparative Study of Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 373 ss.; R. Zuccaio, *Attività pericolose* in (a cura di) V. Cuffaro, *Responsabilità civile,* Wolters Kluwer Italia, 2007, pp. 245 ss.

[26] Si veda sul tema G. Mulè, *Nell'industria di processo nuovi spazi per l'assicurazione*, in "L'impresa ambiente", 1992, n. 3, p. 31; F. Pavesi, *Ma la "polizza verde" non entusiasma le imprese*, in *L'impresa ambiente*, 1992, n. 3, p. 27; J. Morand-Deviller, *Droit de l'environnement,* Paris, Estem, 2000, R. Miccichè, *Nuova Direttiva europea in materia di responsabilità ambientale,* in "Rivista giuridica dell' ambiente", 2003, p. 917 ss.;.

ti espedienti truffaldini[27].

E' infatti necessario, in caso di danno ambientale, proteggere i potenziali dannegiati e l'ambiente, ma anche quelle imprese che hanno la maggior probabilità di essere insolventi in caso di danno ambientale. Sono queste le più numerose, quelle più piccole, che a ragione del loro volume di affari non sono generalmente in grado di sostenere gli altissimi costi necessari per la costruzione di un apparato idoneo alla gestione ed alla prevenzione dei grandi rischi (punto 4.9 del Libro Bianco). Infatti, proprio il soggetto che ha la maggior probabilità di causare gravissimi danni ambientali è quello che solitamente non si dimostra in grado di risarcirli, né tanto meno di ripristinare la situazione ex-ante.

Per tutti questi motivi, e nell'intento di garantire un'equa soddisfazione degli interessi perseguiti, la Commissione Europea ha optato per la previsione, a carico di tutte le imprese, di un obbligo di copertura assicurativa o di adeguati strumenti finanziari approntati per fornire i mezzi economici necessari per far fronte ad eventuali obblighi di indennizzo e di risarcimento[28].

4. *Impedimenti allo sviluppo di un efficiente sistema assicurativo*

Quanto fin qui detto ci ha mostrato uno scenario in cui la Commissione Europea, in un'ottica di armonizzazione, dopo aver stabilito che la responsabilità per danni all'ambiente appare finalizzata ad obbligare chi causa danni all'ambiente a pagare per rimediare ai danni causati, dopo aver riconosciuto l'obbligo per il responsabile di riparare il danno o di pagare

[27] La legge Superfund istituisce un fondo finanziato inizialmente dalle industrie chimiche e petrolifere, che nel 1986 viene esteso a tutte le aziende produttrici di rifiuti speciali e pericolosi, in percentuale all'utile, determinando, per tutte le aziende che superano un certo fatturato, l'obbligo di pagare una determinata quota per il fondo, che diviene maggiore per le aziende petrolifere e chimiche.

[28] Il punto 7 del Libro Bianco sulla responsabilità ambientale, in modo chiaro ed espresso, afferma che proprio le PMI producono, molto spesso, danni all'ambiente di entità notevolmente superiore rispetto a quanto potrebbe far presumere la loro dimensione, e la causa molto probabilmente è da attribuire alla loro mancanza di risorse.

Sul punto cfr. M. Presso, *Ambiente e attività produttive*, Milano, FrancoAngeli, 1992; L. Francario, *Il risarcimento del danno all'ambiente dopo la legge 349 del 1986*, in "Rivista critica del diritto privato", 1987, p. 479 ss.; D. De Strobel, *Problemi di assicurazione del danno ambientale*, in "L'impresa ambiente", 1990, n. 4, p. 109; N. Gunningham, P. N. Grabosky, D. Sinclair, *Smart regulation: designing environmental policy*, Oxford, Oxford University Press, 1998; G. Querini, *La tutela dell'ambiente nell'Unione Europea. Un'analisi critica,* Milano, Franco Angeli, 2007 pp. 35 ss.

un indennizzo per il valore perduto del bene danneggiato, ha infine previsto degli obblighi che concernono gli Stati membri, ed ha inoltre valutato la possibilità di imporre l'obbligo di avere una garanzia finanziaria.

Chiaramente, se ci focalizziamo sulle informazioni raccolte fino a quel momento, non possiamo non evidenziare come sia proprio questo il documento che riconosce per la prima volta in ambito comunitario l'importanza dell'assicurabilità del danno ambientale, che appare imprescindibile per il raggiungimento degli obiettivi di tutela di un sistema di responsabilità per danni all'ambiente che muove sulla linea di stampo preventivo[29].

Deve tuttavia essere ben chiaro che ciò non significa che l'assicurazione sia stata presentata come l'unico mezzo idoneo a garantire il raggiungimento degli obiettivi perseguiti, perché la stessa rappresenta solo uno dei modi da seguire per ottenere un'adeguata garanzia finanziaria. La stessa Commissione, nell'affrontare la tematica in analisi, parla sia di assicurazione che di altri mezzi, quali potrebbero essere le garanzie bancarie, le riserve interne alle imprese, o i sistemi di fondi comuni ad un settore.

Il problema è che non solo allora, ma ancora oggi, nonostante l'utilità di tali strumenti, ben pochi sono i potenziali responsabili che cercano di proteggersi tramite uno strumento di tutela idoneo, quale la stipula di un contratto assicurativo o la predisposizione di un altro strumento.

Comunque, è ben chiaro come, al termine delle indagini, la Commissione Europea avesse deciso di operare nell'intento di proteggere sia il bene ambientale che le imprese[30], e quindi il legislatore comunitario non avrebbe potuto che iniziare ad incoraggiare l'uso di strumenti assicurativi e riassicurativi, che integrano la variabile ambientale nelle operazioni di routine, favorendo lo sviluppo sostenibile e la tutela dell'ambien-

[29] Più diffusamente C. M. Wood, *Environmental Impact Assessment: A comparative review*, 2a ed., Prentice Hall, Harlow, 2003.

[30] Cfr. C. Gini, *L'ammontare e la composizione della ricchezza delle nazioni,* Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1962; M. Libertini, *La nuova disciplina del danno ambientale e i problemi generali del diritto dell'ambiente,* in "Riv. crit. dir. priv.", 1987, 547 ss.; C. M. Cipolla, *Storia economica dell'Europa pre-industriale*, Il Mulino, 1980; EF. Novarese, *La responsabilità civile per danno ambientale: differenti tesi per diverse ideologie*, in "Rivista giuridica dell'ambiente", 1988, p. 13; Minervini, *Danno ambientale e responsabilità "individuale"*, in *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1991; S. Meneghini, *Risorse naturali e ambiente. Strumenti di valutazione*, Milano, FrancoAngeli, 2006; P. Fimiani, *Le nuove norme sul danno ambientale,* Milano, Il sole-24 ore, 2006; G. Boccone, *Responsabilità e risarcimento per danno ambientale: aggiornato al D. lgs. 3 aprile 2006, n. 152*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2006; F. Anile, *Danno ambientale: le nuove norme,* Milano, Ambiente, 2007.

te. E nel frattempo sponsorizzano un sistema produttivo idoneo a concorrere attivamente alla protezione ed al miglioramento della qualità dell'ambiente, alla tutela della salute dei cittadini e ad un uso razionale le risorse naturali[31].

Ma l'assicurabilità del danno all'ambiente, nonostante i suoi innumerevoli vantaggi, non è esente da difetti. Lo dimostrano i dati emersi in quei lunghi dibattiti che sono sorti nei sistemi in cui l'emergenza ambientale si è verificata in un momento storico precedente quello comunitario, come ad esempio gli Stati Uniti, che hanno affrontato molto prima dell'Europa un lungo confronto sulla funzione e sui vantaggi dell'assicurazione in campo ambientale[32]. E proprio nell'ambito di quegli studi e delle analisi destinate a vagliare quelli che erano i migliori strumenti con cui operare nel settore delle assicurazioni per danno ambientale, è venuto fuori un mercato assicurativo in grande crisi, che sempre più spesso ha difficoltà nel supportare le esigenze di molteplici settori dell'attività economica. Infatti ci sono situazioni in cui, in virtù degli alti rischi che ricadono sugli assicuratori, è addirittura negata la copertura assicurativa[33].

[31] Sul punto cfr. F. Carbone, D. Romano, *La valutazione economica dei benefici ambientali: un confronto fra approcci non di mercato*, in "Rivista di economia agraria", 1993, p. 19; G. Bognetti, E. Moretti, L. Rimini, *La valutazione economica del danno ambientale: profili teorici ed aspetti empirici*, in *Per una riforma delle responsabilità civile per danno all'ambiente*, a cura di P.Trimarchi, Milano, Giuffrè, 1996; M. García Vázques, *Teoría y práctica de los seguros y fianzas ambientales,* Instituto Nacional de Ecología, 2003; OECD - Organisation for Economic Co-operation and Development, *Riesgos ambientales y seguros: Un análisis comparativo del papel de los seguros en la gestión de riesgos relacionados con el medio ambiente*, OECD Publishing, 2008.

[32] Si veda sul tema C.A. Adams, W.-Y. Hill and C.B. Roberts, *Corporate social reporting practices in Western Europe: legitimising corporate behaviour?,*in "British Accounting Review" 30 1 (1998), pp. 1–21; N. Brown and C. Deegan, *The public disclosure of environmental performance information—a dual test of media agenda setting theory and legitimacy theory,* in *Accounting and Business Research* 29 1 (1998), pp. 21 ss.; D. Campbell, *A longitudinal and cross-sectional analysis of environmental disclosure in UK companies*, in "The British Accounting Review", Volume 36, Issue 1, March 2004, Elsevier, Pages 107 ss., 2003; Á. Manuel Moreno Molina, *Responsabilidad patrimonial por daño ambiental: propuestas de reforma legal,* Fundación Alternativas, 2005.

[33] Cfr. W. Pfennigstorf, *L'assicurazione r. c. danni da inquinamento*, in "Assicurazioni", 1991, p. 48; C. A. Zagaski, *Environmental risk and insurance,* United States of America, CRC Press, 1991; G. Pesaro, *L'impresa e la responsabilità per il danno ambientale*, in "Economia delle fonti di energia e dell'ambiente", 1994, p. 165; E. N. Zoli, *Environmental Insurance Products: Innovative Solutions to Environmental Risks : a "nuts & Bolts" Guide to Obtaining Cost-effective Environmental Insurance*, MCLE (Massachusetts Continuing Legal Education), 1998; M. Wilde; *Civil Liability for Environmental Damage,* The Netherlands, Kluwer Law International, 2002; S. Labatt, R. R. White, *Environmental finance: a guide to environmental risk assessment and financial products*, United States of America, John Wiley and Sons, 2002; M. G. Faure, J. Boyd, European Centre of Tort and Insurance Law, *Deterrence, insurability, and compensation in environmental liability: future developments in the European Union,* Austria, Springer, 2003.

In realtà, le ricerche svolte hanno dimostrato che la maggior parte dei problemi del settore è legata alla carenza di informazioni che in questo settore si manifesta a diversi livelli[34]. Nello specifico trattasi di quelle impossibilità di calcolo che si incontrano in virtù della mancanza di informazioni sui dati che sono necessari, sia all'assicurato che all'assicuratore, per effettuare un calcolo di convenienza sull'entità e sulla frequenza dei danni in questione, e quindi sulla sua prevedibilità. Ad esempio ci sono considerevoli problemi legati alla mancanza di dati relativi alla tossicità di determinate sostanze, alla pericolosità di determinati procedimenti chimici, o di determinati impianti[35], che non consentono all'assicuratore di valutare la convenienza o meno di una polizza assicurativa.

5. *La responsabilità per danno ambientale e la Direttiva 2004/35/CE*

Al termine delle analisi condotte nel Libro Bianco la Commissione decise di optare per l'elaborazione di una direttiva quadro comunitaria in materia di responsabilità per danni all'ambiente, direttiva che sarebbe stata basata sulla responsabilità oggettiva (che ammetta eccezioni) per i danni tradizionali ed i danni all'ambiente quali quelli causati da attività pericolose regolamentate a livello CE, e sulla responsabilità per colpa per i danni alla biodiversità causati da attività non pericolose[36]. Nell'anno seguente, le valutazioni acquisite nel Libro Bianco furono utilizzate dal Direttore Generale per l'Ambiente della Commissione europea nella Commissione per la consultazione pubblica, che nel luglio 2001 presentò un "documento di lavoro" nel quale furono sommariamente esposti i principi che avrebbero dovuto influenzare la redazione della successiva proposta legislativa.

[34] Sul punto si rinvia più diffusamente alle osservazioni di J. J. EDNEY, C. HARPER, *The effects of information in a resource management problem: a social trap analog,* in *Human Environ*, 6, pp. 387 ss., 1978; B. GIANNATALE, *Informazione e tutela dell'ambiente nel mondo globalizzato. I primi effetti di una rivoluzione giuridico-culturale* in Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza, 2004, fasc. 8, pagg. 922 ss..

[35] C. WILSON, *A Model of Insurance Market with Incomplete Information*, in *Journal of Economic Theory*, 16, pp. 167 ss., 1977; Isvap (1999), Il margine di solvibilità delle imprese di assicurazione: confronto tra i sistemi europeo ed americano, quaderno n.6 (www.isvap.it).

[36] M. POMPILY, *L'esigenza di una adeguata garanzia assicurativa del danno ambientale*, in *La parabola del danno ambientale*, Milano, Giuffrè, 1994; B. POZZO, *Verso una responsabilità civile per danni all'ambiente in Europa: il nuovo Libro Bianco della Commissione delle Comunità europee,* in "Riv. giur. Amb.", 2000, p. 623 ss.; S. POLI, *I "modelli" italiano e tedesco sul danno ambientale in una prospettiva europea,* in "Contr. e impr. Europa", 2000, p. 165 ss.; A. J. CANDIAN, *La resp. civile per danno ambientale e assicurazione*, in *La parabola del danno ambientale*, in "Quad. dir. ed ec. dell'assic.", 1994, Milano; S. POLI, *Gli accordi volontari nel diritto comunitario: un nuovo strumento per la tutela dell'ambiente*, in "Rivista giuridica dell'ambiente", 1998, p. 391.

Così, proprio partendo da questo documento, nel febbraio 2002[37] la Commissione Europea potè approdare alla successiva fase del processo normativo, quella che avrebbe poi condotto all'emanazione della prima Direttiva dell'Unione Europea sulla responsabilità ambientale[38].

Finalmente il 21 aprile 2004 fu adottata, da parte del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea, la Direttiva 2004/35/CE per istituire un quadro di responsabilità ambientale basato sul principio *chi inquina paga*, indispensabile per prevenire e riparare i danni ambientali, ma anche incoraggiare gli operatori a munirsi di una copertura assicurativa appropriata o di altre forme di garanzia finanziaria. In questo sarebbe poi stato fondamentale l'operato degli Stati membri, che avrebbero dovuto gestire lo sviluppo di strumenti e mercati finanziari, e nell'insieme imporre alle imprese industriali italiane e dell'Unione europea il ripensamento delle proprie strategie organizzative e gestionali[39].

6. *La copertura assicurativa dei danni ambientali nella Direttiva sulla responsabilità ambientale*

Tramite la Direttiva 2004/35/CE la responsabilità ambientale si presenta come uno strumento fondamentale, con cui si impone che sia chi inquina (e non la collettività in generale) a pagare per i danni ambien-

[37] Cfr. S. Maglia - M. Taina, *Nuovi orientamenti in materia di responsabilità per danno ambientale*, in "Riv. amb. e lav.", 2004, 5 e *La nuova Direttiva CE sul danno ambientale. Responsabilità nuove anche nella gestione dei rifiuti?*, in *www.amblav.it*, nonché F. Giampietro, *Dal danno ambientale alla disciplina dei siti contaminati. Confronto con la proposta di Direttiva comunitaria del 2002*, in *Danno e resp*., 2003, 16, in cui, come si evince dal titolo, il raffronto ha ad oggetto la normativa italiana, da un lato, e la proposta di Direttiva in tema di responsabilità ambientale, dall'altro.

[38] B. Pozzo, *La proposta di nuova Direttiva sulla prevenzione e il risarcimento del danno all'ambiente*, in *Danno e resp.*, 2002, p. 11 ss..

[39] Più diffusamente: Eur-Lex - http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=32004L0035&lg=it per analizzare la *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*, [30 dicembre 2008]; C. Rapisarda Sassoon, *Verso la riforma delle norme sul danno ambientale*, in "L'impresa ambiente", 1991, n. 2, p. 110.

H. Descamps, R. Slabbinck, H. Bocken, *International Documents on Environmental Liability,* Belgium, Springer, 2008, pp. 3 ss.; Pirotte, *A Brief Overview of Directive 2004/35/CE on Environmental Liability*, Eagle International Associates Inc., http://www.eagle-law.com/papers/brussels2004_en-06.pdf [2 ottobre 2008]; J. Young, *Assessing the impact of the EU directive on Environmental Liability on UK environmental legislation, policy and protection,* The University of Dundee, http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/html/CAR9_ARTICLE5.pdf.

tali direttamente procurati e con cui si incentiva indirettamente l'adozione di idonee misure preventive, che impegnano gli operatori e le aziende verso lo sviluppo della prevenzione[40].

Nello specifico, la direttiva sulla responsabilità ambientale parte da due obiettivi principali, i quali consistono nell'istituzione di una disciplina comune per la prevenzione e riparazione del danno ambientale, e nella prevenzione e riparazione del danno ambientale tramite il principio *chi inquina paga*, oltre che nel favorire l'applicazione del principio di precauzione, che se pur presente come principio guida della riforma, non compare tra quelli esplicitati.

Inoltre, il nuovo documento, seguendo quanto indicato nelle analisi precedenti l'emanazione del documento, e soprattutto le proposte formulate all'interno del Libro Bianco sulla responsabilità ambientale, tende all'attuazione del principio di prevenzione ed all'obbligo di riparazione del danno ambientale connette il dovere di stipulare un'adeguata polizza assicurativa e l'onere di ricorrere ad adeguati strumenti finanziari.

Di conseguenza è stato esplicitamente previsto, nel sistema strutturato dal legislatore comunitario, un vero e proprio obbligo a carico degli stati membri, che richiede di sostenere l'introduzione di una copertura assicurativa del danno ambientale idonea a garantire la responsabilità finanziaria dell'operatore responsabile individuato dalla direttiva[41].

Non è stato però immaginato un sistema omogeneo a livello europeo, perché l'esigenza avvertita dal Parlamenteo Europeo e dalla Commissione Europea è stata solamente quella di imporre un sistema obbligatorio, lasciando agli stati membri la facoltà di scegliere il sistema coercitivo più adatto. Basti leggere l'articolo 14 della direttiva nel quale si statuisce che: "*Gli Stati membri adottano misure per incoraggiare lo sviluppo, da parte di operatori economici e finanziari appropriati, di strumenti e mer-*

[40] Sul punto si rinvia più diffusamente alle osservazioni di M. FAURE, S. YING, *China and international environmental liability: legal remedies for transboundary pollution. New horizons in environmental law series,*UK, Edward Elgar Publishing, 2008; A. VERHEIJ, M. FAURE, T. VANDEN BORRE, *Shifts in compensation for environmental damage.Volume 21 di Tort and insurance law,*Germany, Springer, 2007.

[41] Sulle normative italiane e degli Stati membri in materia di assicurazioni contro i danni ambientali cfr. A. MONTI, *Environmental Risk: a Comparative Law and Economics Approach to liability and Insurance*, in *ERPL*, 2001, 1, pp. 51 ss. Si confronti, inoltre, J.H. WANSINK, *Environmental Liability Insurance: Tour d'Orizon in Europe*, in R.P. KRÖNER, *Transnational Environmental liability and Insurance*, Londra, 1993; B. POZZO, *L'assicurazione del danno ambientale*, in *Danno ambientale e imputazione delle responsabilità. Esperienze giuridiche a confronto*, Milano, 1996.

cati di copertura finanziaria, compresi meccanismi finanziari in caso di insolvenza, per consentire agli operatori di usare garanzie finanziarie per assolvere alle responsabilità ad essi incombenti ai sensi della direttiva", e nulla si dice in merito alle possibili scelte da compiere.

Orbene, se questo ha consentito l'audizione degli assicuratori europei affinché gli stessi si pronunciassero sulla concreta fattibilità di una copertura assicurativa dei danni ambientali, nel contempo la genericità delle indicazioni fornite ha portato non pochi problemi. Agli Stati membri non sono state fornite nè linee guida nè indicazioni di carattere generale in merito alle modalità da seguire per la concreta attuazione del sistema proposto, ed agli assicuratori non sono state date istruzioni da seguire per la quantificazione del rischio da assicurare e, dunque, la previsione di un adeguato sistema di assicurazione del danno ambientale risulta da subito particolarmente vaga e complessa[42].

Occorre tener presente, inoltre, che fin dai primi anni '90 le polizze assicurative sulle responsabilità per danno ambientale prevedevano l'esclusiva copertura dell'inquinamento "*improvviso ed accidentale*", mentre nessuna attenzione riservavano alle responsabilità per "*property damage, bodily injury, nuisance, trespass and obstruction*" come risultato di un'inquinamento graduale[43] e progressivo, ragion per cui infinite erano le questioni che insorgevano nel momento in cui bisognava distinguere un caso di inquinamento "improvviso e accidentale" da uno "graduale"[44]. Si guardi ad esempio il caso Bartoline v. Royal and SunAlliance del 2006, che mostrò come i costi necessari per la pulizia del terreno in cui l'inquinamento era migrato (e quindi del terreno circostante e dei corsi d'acqua coinvolti dalla produzione dell'inquinamento principale) restassero esclusi dalla copertura delle polizze assicurative[45]. La Bartoline dimostrò che così le polizze assicu-

[42] Sull'analisi delle diverse funzioni dello strumento assicurativo in campo ambientale cfr. H. Kunreuther-P. Freeman, *Insurability and Environmental Risks*, in A. Heyes (a cura di), *The Law and Economics of the Environment*, Edward Elgar, 1997; D. Porrini, *Financial Internalization of Environmental Damage: legal Framework for Economic Solutions*, Simple, 9, 2003; H. Kunreuther-P. Freeman, *Managing Environmental Risk Through Insurance*, in H. Folmer-T. Tietenberg (a cura di), *International Yearbook of Environmental and Resource Economics*, Edward Elgar Publishing Ltd., Ch. 4, 2003, pp. 159 ss.

[43] Sul punto cfr. M. Power, L. S. McCarty, *Risk-cost trade-offs in environmental risk management decision-making* in *Environmental Science & Policy*, Volume 3, Issue 1, 1 February 2000, pp. 31 ss.

[44] M. Adams, P. Hardwick, H. Zou, *Reinsurance and corporate taxation in the United Kingdom life insurance industry* in *Journal of Banking & Finance*, Volume 32, Issue 1, January 2008, pp. 101 ss.

[45] Si veda sul tema I. Vince, *Major accidents to the environment: a practical guide to the Seveso II directive and COMAH regulations - Academic Press,* United Kingdom, Butterworth-Heinemann, 2008; Karl J. Russek, W. P. Hazelton, *Going Global - Emerging International Issues for Environmental Programs,* in *ACE Progress Report*, Vol. 22, No. 3, Fall 2008.

rative sulla responsabilità per danni ambientali non coprivano le spese per la copertura dei costi di pulizia e ripristino dell'ambiente sostenuti dall'Environment Agency (che aveva agito nell'esercizio dei poteri che le erano stati riconosciuti dal proprio statuto) nè i costi sostenuti dall'assicurato per i lavori realizzati al fine di aderire alle richieste dell'Agenzia.

Infatti, le prime polizze a tutela della proprietà, che sembra coprissero esclusivamente i casi in cui l'inquinamento fosse il risultato di un pericolo assicurabile, quali gli incendi e le inondazioni intese come eventi improvvisi ed accidentali, avrebbero potuto anche non ricomprendere i costi relativi alla rimozione di un terreno contaminato, che tipicamente costituiscono una delle spese più ingenti nei casi di inquinamento ambientale.

E tutto questo sta a dimostrare che le imprese non hanno mai potuto contare su polizze assicurative destinate a coprire integralmente i costi dell'inquinamento.

Si aggiunga poi, alle qui accennate problematiche, che le polizze assicurative sono tradizionalmente costose e difficili da ottenere, e sempre più spesso si preferisce ricorrere a nuovi prodotti, meno costosi, meno complessi e comunque idonei a coprire le spese imposte dalle nuove norme in capo ai soggetti responsabili[46].

Tali strumenti, dal punto di vista della catalogazione, sono racchiudibili in tre categorie principali: le *Operational Pollution cover,* le *Historical Pollution cover*, e le *Contractors Pollution cover*.

La prima categoria è riservata ad operatori che pongono in essere operazioni idonee a dar luogo a fenomeni di inquinamento che potrebbero verificarsi in futuro. Queste polizze coprono l'eventuale inquinamento improvviso, accidentale e progressivo, i costi per il ripristino che interessano i beni di proprietà dell'assicurato ed i luoghi dei terzi imposti da un'autorità competente, ma anche crediti per lesioni personali[47], danni alla proprietà e costi di ripristino sostenuti da parte di terzi, oltre che i costi legati all'interruzione di eventuali attività economiche.

Ci sono poi le *Historical Pollution cover*, che interessano le operazioni dell'operatore che hanno generato un inquinamento attuale sulla propria proprietà, quando la fonte dell'inquinamento è legata ad attività correnti o precedenti sul luogo. Tale inquinamento potrebbe creare passività per il proprietario del sito in un secondo momento, anche se lo stes-

[46] J. Thornton, *The year's hottest cases: Part 2*, in *Environmental Law & Management*, 2007 (consultabile anche su *www.lawtext.com)*; J. Thornton, *The Journal of Water Law*, 2007-Vol.18 (No.3).

[47] A. Leeds, J. Robinson, *Medio ambiente y salud en inglés*, en Cuadernos de Pedagogía, 1997 MAY; (258), pp. 22 ss.

so non è colui che ha causato il problema in primo luogo. Coprire un inquinamento storico significa offrire al cliente la tranquillità di sapere che ogni futuro problema legato a quell'inquinamento sarà coperto dalla polizza, e questo risulta particolarmente vantaggioso nel momento in cui si deve comprare o vendere una proprietà.

Ultima categoria è quella dei *Contractors Pollution cover,* che garantiscono una copertura assicurativa destinata a proteggere i contraenti dalle proprie responsabilità nei confronti di terzi, riconoscendo la risarcibilità sia di danni fisici che di danni alla proprietà, oltre che dalle spese di ripristino per l'inquinamento prodotto in conseguenza della loro attività[48]. Nello specifico trattasi di una polizza che può essere acquistata *"one off basis"* per un singolo contratto o su base annua per coprire tutti i contratti o progetti che potrebbero essere interessati. Il piano della polizza potrebbe essere scritto come parte di un programma di assicurazione controllata dal proprietario, e potrebbe comprendere una copertura per tutte le parti interessate, compresi i finanziatori[49].

7. *Conclusioni*

Abbiamo sin'ora visto la genesi degli obblighi di assicurabilità del danno ambientale, seguendo brevemente le tappe che hanno strutturato il sistema sino alla sua odierna forma, che risultano utilissimi per l'effettiva tutela dell'ambiente, ed è così emerso come anche gli assicuratori necessitino di certezze per valutare la economicità dei contratti che stipulano, tanto in relazione alla valutazione del rischio ambientale quanto in relazione all'ammontare del premio da richiedere.

C'è infatti da osservare un forte problema informativo il quale determina, in capo ai soggetti del rapporto assicurativo, una forte asimmetria informativa che è fonte di potenziali danni per gli assicuratori, i quali alla stipula del contratto non riescono a valutare con adeguata obiettività la posizione del loro cliente. Loro sicuramente dispongono di meno informazioni di quante ne possiedano coloro che intendono assicurarsi[50],

[48] Così P. A. Henry, K.J. Russek, *Insurance Response to Pollution: Past, Present, and Future*, in *The Jone Liner Review*, Vol. 18 No. 1, Spring 2004.

[49] W. J. Palmer, J. M. Maloney, J. L. Heffron, *Construction insurance, bonding, and risk management*, New York, McGraw-Hill Professional, 1996; Cpcu Karin a Fleischhaker, *The Savvy Businessperson's Guide to Property & Casualty Insurance: Applications and Practices,* AuthorHouse, 2008.

[50] P. Sabbatini, *Asimmetrie informative e concorrenza nelle assicurazioni*, Finanza, Imprese e Mercati, 1993.

ed inoltre non possono neppure sapere se gli assicurati, una volta coperti da assicurazione intendano diminuire le proprie difese contro il verificarsi dei danni, dando luogo al fenomeno del moral hazard[51], una delle cause primarie del malfunzionamento di alcuni mercati assicurativi[52].

Venendo poi al modo con cui gli assicuratori devono affrontare e gestire le incertezze del settore, è opportuno evidenziare come gli stessi sin dall'inizio si siano trovati costretti ad elaborare strumenti che potessero essere astrattamente idonei a spingere l'assicurato verso l'impedimento del verificarsi del danno, come le franchigie che, qualunque sia l'ammontare del danno verificatosi, obbligano l'assicurato a sopportare una percentuale fissa del danno cagionato. Sulla stessa idea si muovono anche le tecniche premiali come quella di *bonus malus* per la quale al momento del rinnovo del contratto l'assicuratore[53], dopo aver valutato la sinistrosità dell'assicurato durante uno specifico periodo e quindi il numero di incidenti verificatisi in seno all'impianto, decide se far scattare un aumento o una diminuzione del premio assicurativo[54]. Infine, ci sono le fissazioni di tetti massimi, oltre i quali le assicurazioni non pagano il risarcimento del danno.

[51] Cfr. M. V. Pauly, *The Economics of Moral Hazard: Comment*, in The American Economic Review, Vol. 58, No. 3, Part 1. (Jun., 1968), pp. 531 ss.; W. P. Rogerson, *Repeated Moral Hazard*, "Econometrica", Journal of the Econometric Society, 53(1):69{76, 1985; P. Zweifel, W. G. Manning, *Moral hazard and consumer incentives in health care* in A. J. Culyer & J. P. Newhouse, *Handbook of Health Economics*, , chapter 08, pp. 409 ss., 2000.

[52] Sul punto v. W.R. Emerson, *Insurance Claims Fraud Problems and Remedies*, University of Miami Law Review, vol. 46, 1992, pp. 907 ss.; A. Silvestri, *La pianificazione finanziaria nelle imprese di assicurazione. Un approccio integrato alla gestione del portafoglio*, Franco Angeli, 2008.

[53] Più approfonditamente cfr. M.T. Katzman, *Pollution liability insurance and catastrophic environmental risk,* in *The Journal of Risk and Insurance*, 1988; A. Frignani, *Il bonus-malus dopo la riforma Bersani alla luce del diritto comunitario* (Relazione svolta al Convegno AIDA, sezione Piemonte-Valle d'Aosta, Saint Vincent, 8-9 novembre 2007), in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2008, fasc. 1, pp. 21 ss.

[54] Sul punto si rinvia più diffusamente alle osservazioni di Monti, *L'assicurabilità del rischio ambientale in prospettiva europea*, in *La nuova responsabilità civile per danno all'ambiente: le problematiche italiane alla luce delle iniziative dell'Unione Europea*, a cura di Pozzo, Milano, 2002, p. 207; Poli, *Assicurazione e danni da inquinamento nelle Convenzioni Internazionali e nella Direttiva Comunitaria*, in "Danno e responsabilità".7, 2005, 701 ss.; B. Pozzo, *Responsabilità per i danni all'ambiente: valutazioni giuridiche ed economiche*, op. cit., pp. 32 ss.

Tratto da Cfr. Monti, op. cit.: "può succedere che a causa delle poche informazioni il premio assicurativo, fissato in base alla media dei rischi, verrà considerato eccessivo per quei soggetti che pongono un rischio inferiore alla media e molto conveniente da chi, rispetto alla media, è più a rischio. Inoltre la mancanza di informazioni durante il contratto assicurativo può far sì che l'assicurato, disincentivato dalla sicurezza derivante dalla copertura, abbassi la guardia nella prevenzione dei danni (*moral hazard*)."

Ed è proprio tramite questi meccanismi che lo strumento dell'assicurazione, sfruttando gli schemi della responsabilità civile, riesce ad operare non solo come strumento di tipo protettivo, ma anche come strumento di *prevenzione* o di *deterrence* internalizzando i costi dei premi assicurativi, che vengono ad essere posti all'interno dei costi di produzione.

Inoltre, al fine di disporre di un'appropriata copertura finanziaria, che sia adatta a coprire ogni eventuale onere per danno all'ambiente, destinato a ricadere sull'impresa, secondo le disposizioni contenute nella Direttiva 35/2004/CE è possibile ricorrere ad ulteriori strumenti che possono ben affiancare o sostituire le polizze assicurative. Un esempio sono le garanzie bancarie, i sistemi di fondi comuni ad un settore, e le riserve interne alle imprese, rappresentate da accantonamenti di utili (nel passivo dello Stato Patrimoniale del Bilancio d'esercizio) non distribuiti, che consentono di disporre, in qualsiasi momento, di risorse necessarie a fronteggiare ogni eventuale situazione di danno[55].

In conclusione, possiamo allora dire che dalla Direttiva in poi se da un lato è stato opportuno iniziare ad operare da subito per aumentare la consapevolezza e la sensibilità verso il rispetto dell'ambiente, dall'altro è stato necessario iniziare ad intervenire a favore della protezione delle imprese, sospinte da disposizioni che hanno portato a loro carico l'obbligo di garantire l'attuazione dei principi di prevenzione, precauzione, correzione e *chi inquina paga*. Così, in ragione di queste norme le imprese si sono dirette verso l'adozione di comportamenti responsabili, che si sostanziano in condotte prudenti, nella stipula di idonei contratti assicurativi e nell'adozione di strumenti finanziari idonei a coprire le spese legate ad eventuali danni ambientali.

E' difatti importante che le aziende si tutelino nella gestione del rischio ambientale generato da un'attività industriale, tramite un'ottimizzazione delle tecniche produttive e tramite strumenti utilizzabili a fronte di un danno prodotto, che consentono alle stesse di "sopportare" senza troppi traumi l'applicazione del principio *chi inquina paga* e di conseguenziali costi relativi alla responsabilità economica gravante sulle imprese industriali[56]. In

[55] Sul punto cfr. A. J. Lennon, *Legal Liabilities and Insurance Aspects of Contaminated Land*, in R. E. Hester, R. M. Harrison, Royal Society of Chemistry *Assessment and Reclamation of Contaminated Land*, Manchester, Royal Society of Chemistry, 2001, pp. 141 ss.; L. Domínguez Villalobos, *México: empresa e innovación ambiental*, México, UNAM, 2006; E. Bolaños Llanos, *Responsabilidad extracontractual por daño ambiental y otras consideraciones*, INAPMAS, 1998.

[56] Sul tema si veda T. Lewis, D.M. Sappington , *How Liable Should a Lender Be? The Case of Judgment-Proof Firms and Environmental Risk: Comment*, in *American Economic Review*, 91, 3, 2001, pp. 724-730.

questo modo, da una parte le aziende sono obbligate ad assicurare un elevato controllo per il rispetto dell'ambiente e dall'altra sono costrette ad adottare idonee cautele rispetto ad un eventuale risarcimento da danno ambientale[57].

[57] Più approfonditamente cfr. A. Lans Bovenberg, L. H. Goulder, M. R. Jacobsen, *Industry compensation and the costs of alternative environmental policy instruments*, Cambridge, MA : National Bureau of Economic Research, 2007; L. Kramer, *Focus on European environmental law,* London : Sweet and Maxwell, 1992; Porrini D., *Economia ed etica: la responsabilità delle imprese in campo ambientale ed il ruolo delle istituzioni finanziarie*, Sixth International Conference on Ethics and Environmental Policies, Padova, 23-25 October 2008.

FIORE FONTANAROSA

Il *contrat de mariage* e la comunione convenzionale: appunti comparatistici in tema di regime patrimoniale della famiglia

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. *Contrat de mariage*: origine e sviluppi storici. - 3. Il *contrat de mariage* nel moderno diritto francese. - 4. La comunione convenzionale nel diritto di famiglia italiano: disciplina e limiti. - 5. Rilievi comparatistici in tema di convenzioni matrimoniali. - 6. Conclusioni.

1. *Premessa*

Il *contrat de mariage* può essere definito, in via di prima approssimazione, come quel contratto mediante il quale i futuri sposi stabiliscono, prima della celebrazione del matrimonio, il loro regime patrimoniale[1].

Al fine di meglio comprendere la natura giuridica del *contrat de mariage* è necessario preliminarmente osservare come, a differenza di quanto avviene nel nostro sistema, nell'ordinamento giuridico francese il regime patrimoniale della famiglia è intimamente connesso al diritto dei contratti[2]. Secondo la dottrina francese, infatti, la libertà concessa ai nubendi nella stipula di una convenzione matrimoniale non è altro che un'applicazione concreta (effettiva) del principio di autonomia negoziale[3].

Da quanto sin qui detto è possibile già operare un primo importante rilievo comparatistico assumendo, quale (sistema) oggetto di comparazione, il nostro ordinamento giuridico. Tradizionalmente, infatti, si ritiene che proprio nella materia del diritto di famiglia il potere negoziale subisca notevoli e penetranti limitazioni, per una serie di considerazioni (giustificazioni), su tutte la necessità di tutelare interessi di carattere superindividuale, di rilevanza pubblicistica, quali l'unità della famiglia, piuttosto che il benessere dei figli[4]. A confermare tale asserzione, del

[1] La definizione è di P. DUPONT DELESTRAINT, *Contrat de mariage et régimes matrimoniaux, successions, libéralités*, Paris, 1988, p. 15.

[2] In tal senso G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, 1989, p. 192, nonché F. TERRÉ-P. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, 1989, p. 139.

[3] M. DASSIO, *Autonomia privata e convenzioni matrimoniali: l'esperienza francese a confronto con quella italiana*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1996, p. 839.

[4] G. PALMERI, *Il contenuto atipico dei negozi familiari*, Milano, 2001, p. 31.

resto, soccorre il dettato legislativo, nella fondamentale norma scolpita nell'art. 160 c.c.[5] (sulla cui esegesi si tornerà nel prosieguo della trattazione), nonostante nelle più recenti analisi operate dagli studiosi della materia (del diritto di famiglia), venga ripetutamente posto l'accento sul crescente potere negoziale attribuito ai coniugi nella autoregolamentazione dei rapporti familiari[6]. Non si è mancato di sottolineare, infatti, come l'inderogabilità della normativa dettata nell'ambito dei rapporti familiari e l'indisponibilità tipica dei relativi diritti non costituisca più la nota caratterizzante della materia *de qua*, residuando pochi precetti ed obblighi aventi (ancora) carattere inderogabile[7]: l'accostamento tra contratto e (diritto di) famiglia sarebbe dunque fattibile.

Al fine di verificare le ultime elaborazioni dottrinali in tema di (operatività della) libertà contrattuale nella materia *de qua*, pare utile procedere ad una analisi (comparata con l'ordinamento giuridico francese) delle convenzioni matrimoniali, in particolare dell'istituto della comunione convenzionale. Invero, l'analisi dei poteri (e dei limiti) attribuiti ai nubendi nella scelta del regime patrimoniale rappresenta, a nostro avviso, uno dei terreni d'elezione per verificare concretamente l'asserita autonomia privata dei coniugi nella autoregolamentazione dei propri rapporti (familiari), fungendo da *tertium comparationis*, nell'ambito dell'analisi comparata dell'istituto francese del *contrat de mariage* (dal quale prenderemo le mosse) con la comunione convenzionale.

2. Contrat de mariage*: origine e sviluppi storici*

Giova preliminarmente osservare come le vicende storico-giuridiche riguardanti il *contrat de mariage* siano strettamente dipendenti dall'evolversi (e susseguirsi) delle fonti del diritto vigenti nel paese transalpino. Invero, in una prima fase, nella quale dominavano le regole di matrice consuetudinaria dei popoli situati a nord della Francia, l'autonomia negoziale dei coniugi era massima potendo, il contratto di matrimonio, essere riempito, non solo di pattuizioni inerenti al regime patrimoniale del-

[5] G. Palmeri, *op. loc. cit.*, secondo la quale la definizione, operata dal legislatore, di un modello di famiglia, osterebbe alla possibilità, per i singoli, di incidere sugli effetti tipici degli atti che essi hanno posto in essere.

[6] L'osservazione è di G. Palmeri, *op. loc. cit.*, la quale conclude per un notevole ridimensionamento dei limiti, nonché dei divieti fissati in materia, argomentando, sia in base ad una ricognizione della disciplina posta dal legislatore ordinario e costituzionale, sia in base ad una analisi dei principi consacrati dal formante giurisprudenziale.

[7] La constatazione è di G. Palmeri, *op. loc. cit.*

la famiglia in senso stretto, ma altresì di accordi aventi ad oggetto altri istituti giuridici, si pensi alle donazioni obnuziali[8]. La situazione, tuttavia, muta nel XIII secolo, allorquando vengono redatte, per iscritto, le *coutumes* francesi, destinate a porre le regole di disciplina dei rapporti coniugali[9]. Nel periodo storico che va dal XIII al XVI secolo, grazie all'affermazione della *primauté* della legge, il *contrat de mariage* assume dunque una funzione derogatoria di talune regole consuetudinarie: si pensi alla possibilità, per i nubendi (e le loro famiglie), di fissare l'entità della dote in una misura diversa da quella determinata in via legislativa, piuttosto che alla facoltà, prevista in favore dei coniugi, di modificare le norme sull'amministrazione o lo scioglimento della comunione oppure di "trattare" come personali beni generalmente considerati acquisti comuni[10].

A partire dal secolo XVI i nubendi hanno la possibilità di scegliere, mediante il *contrat de mariage*, il regime patrimoniale; è proprio in tale periodo, del resto, che viene proclamata la libertà delle convenzioni matrimoniali[11]. Invero, i coniugi possono scegliere un regime convenzionale comunitario oppure un regime dotale; in caso di mancata opzione in favore del contratto di matrimonio i coniugi sono, *ex lege*, soggetti al regime dotale, nei paesi di tradizione romanistica ed al regime di comunione, nei paesi di diritto consuetudinario[12]. In realtà, già a partire dal 1400 Jean Lecoq aveva affermato (e sostenuto) tale libertà, ritenendo necessario rispettare le convenzioni consacrate in un *contrat de mariage*, in quanto si trattava di accordi che rappresentavano spesso proprio la condizione senza la quale il matrimonio non avrebbe avuto luogo[13]. Tale *faveur* nei riguardi dell'istituto in discorso si spinse sino a far riconoscere la validità di convenzioni che sarebbero state nulle ove inserite in un altro atto; vietate perché considerate alla stregua di veri e propri patti su una successione futura[14]. In

[8] M. Dassio, *op. cit*., p. 840.

[9] M. Dassio, *op. loc. cit.*

[10] M. Dassio, *op. loc. cit.*

[11] J.P. Lévy-A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Paris, 2002, p. 1401.

[12] M. Dassio, *op. loc. cit.*, il quale individua le ragioni di tale "liberalizzazione" nella particolarità del periodo storico, nonché nelle relative condizioni sociali. Le persone, invero, non si consideravano più ancorate al loro pezzo di terra, dunque in uno stato di soggezione assoluta rispetto alle loro consuetudini, secondo un sistema a base statutaria, tipicamente medievale. Le famiglie erano più "mobili" e di conseguenza anche i trasferimenti erano indubbiamente facilitati rispetto al passato. La criticità di una tale situazione era costituita dal fatto che spesso i nubendi erano originari di regioni diverse, con conseguente (possibile) conflitto tra i relativi ordinamenti giuridici.

[13] La sottolineatura è di J.P. Lévy-A. Castaldo, *op. loc. cit.*

[14] In tal senso J.P. Lévy-A. Castaldo, *op. loc. cit.*

ogni caso, pare utile sottolineare come tale libertà non fosse sconfinata (illimitata), in quanto non era comunque permesso, ad es., di "*porter atteinte*" alla potestà maritale: si pensi alle clausole che avrebbero dispensato la moglie dall'autorizzazione maritale per tutti gli atti che non poteva compiere da sola[15].

Si è già accennato, in premessa, che nell'ordinamento francese il tema delle convenzioni matrimoniali risulta strettamente collegato (sicuramente in misura maggiore rispetto al nostro ordinamento) al principio di autonomia privata. L'importanza del citato principio era ben sottolineata già dalla tradizione precodicistica francese, la quale rimarcava la piena riconducibilità di tali pattuizioni alla categoria negoziale (contrattuale)[16].

L'autonomia negoziale attribuita ai coniugi in *subiecta materia* era indubbiamente notevole se il Domat giunse a sostenere una sostanziale assimilazione dei *contrats de mariage* con i normali contratti, rinvenendo l'elemento discretivo tra le due fattispecie nella (sola) condizione (implicita) rappresentata dalla celebrazione del matrimonio[17]. Giova dunque sottolineare il favore offerto, nell'*Ancien régime*, al *contrat de mariage* ma, al contempo, la distinzione di tale figura nei riguardi dei contratti di diritto privato (civile), in quanto l'istituto in discorso aveva, paradossalmente, un contenuto più ampio (rispetto ai normali contratti), tale da permettere (ai nubendi) anche l'inclusione (previsione) in esso di patti altrimenti vietati (sanzionati) dal legislatore francese. Gli Autori dell'epoca e talune consuetudini locali confermano che l'oggetto di tali pattuizioni era estremamente ampio, in quanto quest'ultime potevano contenere qualsivoglia stipulazione in favore dei coniugi (e dei loro discendenti), con l'unico limite rappresentato dal rispetto del buon costume[18]. L'autonomia riconosciuta ai nubendi, in tema di *contrat de mariage*, si estrinsecava in una molteplicità di clausole contrattuali. La dottrina francese ci ricorda, ad es.,

[15] J.P. Lévy-A. Castaldo, *op. loc. cit.*

[16] L'osservazione è di G. Oberto, *I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali*, in *Dir. famiglia*, 2003, p. 536 e p. 536, nt. 4, il quale ritiene opportuno specificare come i soggetti titolari di tale (ampia) autonomia fossero (normalmente) le famiglie dei nubendi, piuttosto che quest'ultimi, in quanto gli accordi in discorso, unitamente agli istituti del fedecommesso, nonché del maggiorascato, costituirono i cc.dd. *pactes de famille*, particolarmente nei matrimoni tra persone appartenenti a famiglie nobili o comunque dell'alta borghesia. I patti da ultimo citati assunsero la veste di veri e propri "trattati d'alleanza" conclusi direttamente dai capifamiglia (dei nubendi).

[17] Il pensiero del Domat riguardo alla natura giuridica del *contrat de mariage* è ripreso da G. Oberto, *op. cit.*, p. 538.

[18] Sul punto v. G. Oberto, *op. cit.*, p. 537, il quale richiama in proposito la dottrina francese dell'epoca.

l'esclusione del regime di *communauté* nelle regioni nelle quali esso era previsto come legale dalle *coutumes*; oppure la stipula di tale regime nelle regioni di diritto scritto nelle quali, al contrario, non era contemplato; o, ancora, le convenzioni riduttive del regime legale, considerate valide anche in ipotesi di attribuzione alla sposa di una quota inferiore alla metà degli acquisti effettuati in costanza di matrimonio[19]. Più in generale, secondo l'opinione del Bourjon, era in realtà ammissibile qualsivoglia deroga alle disposizioni, sia del diritto scritto, che di quello di matrice consuetudinaria, da esercitarsi mediante la scelta di una *coutume* diversa da quella destinata (in base alle comuni regole) a disciplinare il rapporto negoziale[20].

Acclarata l'immanenza del principio di autonomia negoziale nel campo delle convenzioni matrimoniali, giova ora dar conto della notevole pervasività del principio appena citato anche nel campo del diritto successorio, in quanto dotato di una tale forza giuridica da derogare ai divieti (di matrice romanista) dell'istituzione contrattuale d'erede e dell'anticipata rinunzia all'eredità[21]. Invero, la deroga ai principi ed alle regole del diritto successorio era indubbiamente vistosa ed obbligava i giuristi dell'epoca a ricercare le più svariate motivazioni e giustificazioni, ravvisate nel *favor matrimonii*, piuttosto che nell'indissolubilità del vincolo coniugale o, ancora, nel rilievo pubblicistico (o, talvolta, privatistico) degli interessi in gioco[22]. In realtà, per comprendere appieno la *ratio* sotte-

[19] In tal senso G. Oberto, *op. cit.*, pp. 543 e s., il quale sottolinea l'ampia autonomia dei nubendi nella redazione di un *contrat de mariage* che giungeva sino alla possibilità di pattuire una futura liquidazione forfettaria alla moglie dei diritti derivanti dalla comunione, o legare l'instaurarsi del regime comunitario alla condizione che la moglie sopravvivesse al marito e avesse dei figli, piuttosto che a quella di prestabilire il carattere personale di determinati beni, al di là delle eventuali norme consuetudinarie sul punto.

[20] G. Oberto, *op. cit.*, pp. 544 e s., il quale non manca di sottolineare come la stessa giurisprudenza (nella fattispecie il Parlamento di Parigi) permetteva ai coniugi residenti in Normandia di dar vita al regime comunitario rispetto a beni situati in tale regione (ove la *communauté* era vietata dalla *coutume* locale), purché il matrimonio fosse stato contratto nella capitale francese.

[21] Un famoso arresto del Parlamento di Parigi del 18 marzo 1625 ritenne valida la clausola di un *contrat de mariage*, in virtù del quale i coniugi avevano stabilito che, in caso di premorienza della moglie, i suoi eredi non avrebbero potuto accampare pretese sulla *communauté*, con evidente pregiudizio nei riguardi dei figli.

[22] In tal senso G. Oberto, *op. cit.*, p. 548 e p. 548, nt. 45, il quale ricorda il pensiero della dottrina francese sul punto, segnatamente l'opinione del Renusson, secondo il quale il *contrat de mariage* rappresentava il più solenne ed al contempo il più "*favorable*" di tutti i contratti della società civile, trovando un diretto fondamento nel diritto naturale (e nel diritto delle genti, nonché in quello civile).

sa alla deroga del divieto dei patti successori (nelle sue due varianti di pattuizioni istitutive e rinunciative), è necessario sottolineare come, in materia successoria, l'obiettivo principale (del legislatore) fosse rappresentato dalla conservazione dei beni alle famiglie; da tale postulato, la cui importanza è stata opportunamente messa in evidenza dalla dottrina francese dell'epoca, discendeva, quale logico corollario giuridico, la compressione della facoltà di testare[23]. Tuttavia, pare che proprio l'esistenza del citato principio favorì la nascita (e diffusione) di svariate clausole che giungevano ad ammettere l'istituzione di persone non ancora nate, piuttosto che attribuzioni patrimoniali a titolo gratuito che non necessitavano dell'accettazione o, ancora, patti successori (sia istitutivi che rinunciativi) o, infine, liberalità tra i nubendi (sempreché effettuate antecedentemente al matrimonio)[24]. Le citate deroghe, operanti in materia successoria, si imposero anche con riguardo all'istituto delle donazioni; in particolare, le donazioni compiute per *contrat de mariage* in favore dei congiunti o dei loro discendenti, così come dai collaterali o da persone estranee, erano considerate pienamente valide; in tal modo costituendo una evidente deroga al divieto, previsto per il donante, di disporre di beni non suoi al momento dell'atto di liberalità[25].

In un'ottica sincro-diacronica, ovvero in un'analisi comparatistica di un'esperienza giuridica passata, posta in relazione con altra esperienza giuridica del medesimo periodo storico, è possibile svolgere almeno un paio di riflessioni, scaturenti dall'analisi dell'istituto del *contrat de mariage*. *In primis*, pare utile sottolineare come il *favor* nei riguardi della regolamentazione preventiva dei rapporti *mortis causa* in sede di contratto di matrimonio, non fosse tipico ed esclusivo della Francia, bensì diffuso in tutta l'Europa prerivoluzionaria; le giustificazioni di tale atteggiamento, giuridicamente "indulgente", furono, invero, rinvenute nelle fonti romane nonostante queste, in realtà, non facessero riferimento,

[23] Così proclamava il La Preste nelle sue *Questions notables,* le cui affermazioni sono riprese da G. Oberto, *op. cit.*, pp. 548 e s.

[24] G. Oberto, *op. cit.*, pp. 549 e s., il quale rammenta, al fine di avvalorare tale tesi, gli esempi riportati dal Pothier: si tratta del caso di una rinunzia all'eredità fatta dalla figlia nei riguardi dei genitori che le avevano costituito una dote in contratto di matrimonio.

[25] Così G. Oberto, *op. cit.*, pp. 550 e s., il quale ricorda come tali deroghe fossero "legittimate" da una *ordonnance* emanata in materia (di donazioni) da Luigi XV nel febbraio del 1731. Questo provvedimento reale prevedeva che tali atti potessero comprendere, sia i beni futuri, che quelli presenti, in tutto o in parte, estendendosi sino ad abbracciare effetti *mortis causa*. I commentatori ritennero allora che i contratti di matrimonio avessero una "doppia" natura giuridica ovvero, sia quella tipica degli atti tra vivi, sia quella di (vere e proprie) disposizioni testamentarie.

quantomeno in via immediata, ai negozi *mortis causa*[26]. Ma tant'è, non solo in Francia, il contratto di matrimonio assunse il ruolo di una vera e propria successione anticipata sul patrimonio familiare della figlia che passava a nuove nozze[27]. Il principio di libertà contrattuale operante nei *contrats de mariage* era anche dotato di una notevole "forza passiva", in quanto ebbe la "capacità" di "resistere" all'abrogazione dei fedecommessi, dei maggiorascati e della trasmissione patrilineare indivisibile dei patrimoni[28].

In secondo luogo, è interessante osservare come il *favor legis* nei riguardi della autodisciplina dei rapporti patrimoniali dei coniugi si riscontrasse anche al di là del Reno. Invero, sia in Sassonia che in Prussia, era addirittura pacifica la natura contrattuale delle convenzioni matrimoniali (contratti matrimoniali)[29]; da tale postulato derivava la naturale eseguibilità delle citate pattuizioni sempreché, beninteso, non fossero contrarie alla legge o al buon costume[30]. Nel diritto comune tedesco, l'autonomia negoziale attribuita ai coniugi nella stipula dei contratti di matrimonio era talmente pregnante che, anche successivamente alla conclusione delle convenzioni matrimoniali, era possibile aggiungere pattuizioni particolari a tali intese[31].

3. *Il* contrat de mariage *nel moderno diritto francese*

Dopo questo *excursus* storico, è possibile passare ad esaminare il *contrat de mariage*, per come oggi è disciplinato dal legislatore e considerato dalla (moderna) dottrina francese. Invero, il *Code civil* non contiene una

[26] G. Oberto, *op. cit.*, pp. 551 e s., il quale sottolinea l'esigenza, fortemente avvertita in quel periodo, di conciliare il regime patrimoniale dell'unione coniugale con eventuali fedecommessi o maggiorascati rilevando, al contempo, la mancanza di una previsione legislativa che consentisse la successione *ex lege* del coniuge superstite e (spesso) della prole di sesso femminile, dall'altro coniuge.

[27] L'osservazione è di P. Vaccari, *Dote* (voce), *dir. intermedio*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. IV, Torino, 1960, p. 261.

[28] G. Oberto, *op. cit.*, pp. 553 e s., il quale rileva come di ciò vi sia sicura traccia nei lavori preparatori del *Code civil*.

[29] In tal senso una costituzione dell'Elettore Augusto di Sassonia del 1752.

[30] In tal senso il Progetto del c.d. Codice Federico di Samuel von Cocceji il quale ammetteva anche la possibilità di aggiungere, ai contratti di matrimonio, patti o convenzioni particolari, sia *in continenti* che *ex intervallo*. Su tale punto v. G. Oberto, *op. cit.*, p. 541, il quale sottolinea come l'ALR del 1794 recepì *in toto* tali regole.

[31] G. Oberto, *op. cit.*, pp. 541 e s., il quale riporta il pensiero del Neubauer. È comunque indubbio che tale facoltà, offerta ai coniugi, si discostasse, in modo evidente, dalla disciplina romanistica imperniata, piuttosto, su svariate limitazioni, imposte ai coniugi nella disciplina dei reciproci rapporti economici

definizione di tale contratto; ciononostante, vi è sostanziale concordia, sia da parte del formante dottrinale, che di quello giurisprudenziale, in merito alla delimitazione dei contorni giuridici dell'istituto *de quo*[32].

Si è già detto, in premessa, che il *contrat de mariage* è definito, dalla dottrina francese, come l'atto negoziale in virtù del quale i futuri coniugi determinano il regime giuridico dei loro beni presenti e futuri, altrimenti detto regime patrimoniale della famiglia, per tutta la durata del matrimonio. Al di là di tale definizione, da un punto di vista fattuale, quindi pratico-operativo, il *contrat de mariage* può avere un contenuto molto ampio. Invero, in tale schema (negoziale) ben possono essere ricompresi accordi (purché dotati di connotazioni patrimoniali) "connessi" con quelli che determinano il regime patrimoniale della famiglia: si pensi alle donazioni tra i coniugi[33]. Tali ulteriori (e diverse) previsioni, sebbene non abbiano lo scopo tipico di regolare la sorte dei beni coniugali acquistano, in conseguenza del loro inserimento nel *contrat de mariage*, la natura di convenzioni matrimoniali restando, dunque, sottoposte alla disciplina per esse dettate[34].

Nell'ordinamento giuridico francese, la disciplina generale delle convenzioni matrimoniali è contenuta negli artt. 1387 e ss. del *Code civil*. Invero, la materia è stata rivisitata in occasione della l. 13 luglio 1965, n. 570, intervenuta in materia di rapporti matrimoniali familiari, ispirata, in linea generale, ad una maggiore tutela ed emancipazione della donna coniugata, nonché all'attuazione (concreta) del principio di uguaglianza tra coniugi; ciononostante, dal punto di vista strutturale, lo schema delle convenzioni matrimoniali è rimasto sostanzialmente inalterato[35].

Affinché un accordo possa qualificarsi come convenzione matrimoniale, è necessaria l'esistenza di due requisiti. *In primis*, esso deve essere stipulato in vista del matrimonio[36]; tale requisito può dirsi integrato allorquando una disposizione sia volta a determinare il regime patrimoniale, oppure nel caso in cui una clausola tenda a favorire uno dei coniugi, nella prospettiva di una ripartizione diseguale, in sede di liquidazione, dei beni della comunione[37].

[32] Il rilievo è di M. Dassio, *op. cit.*, p. 847.

[33] M. Dassio, *op. cit.*, p. 848.

[34] M. Dassio, *op. loc. cit.*

[35] M. Dassio, *op. cit.*, p. 847.

[36] Sul punto v. J.P. Lévy-A. Castaldo, *op. loc. cit.*, i quali evidenziano come il *contrat de mariage* debba essere stipulato prima del matrimonio; si tratta del c.d. principio dell'immutabilità delle convenzioni matrimoniali.

[37] M. Dassio, *op. cit.*, p. 848. Tale seconda ipotesi configura l'istituto del c.d. vantaggio matrimoniale, disciplinato dall'art. 1527 *Code civil*, il quale appartiene sempre al *genus*

Il secondo requisito ha carattere formale e riguarda il necessario inserimento dell'accordo in un contratto di matrimonio, il quale costituisce un atto solenne da stipulare innanzi ad un notaio, alla presenza e con il consenso di tutti coloro che sono parti, secondo quanto statuito dall'art. 1394 *Cod. Nap*[38]. Si è dunque parlato, nella dottrina francese, di una prevalenza della forma sul consenso, con il fine di sottolineare come la presenza della causa costituisca requisito necessario, ma non sufficiente per qualificare un patto in termini di convenzione matrimoniale, essendo pur sempre richiesta l'inclusione dell'accordo nel *contrat de mariage*[39].

In ogni caso, prima della celebrazione del matrimonio, ai sensi dell'art. 1396, all. 1 e 2, del *Code civil*, i futuri sposi possono modificare le convenzioni matrimoniali, mediante un atto chiamato "*contre-lettre*", il quale deve rivestire la stessa forma del *contrat de mariage* (quindi deve essere redatto innanzi ad un notaio) ed alla cui stipulazione devono essere necessariamente presenti (al fine di esprimere il loro consenso) tutte le persone che sono state parti del (precedente) *contrat de mariage*[40].

Per quanto concerne la natura giuridica del *contrat de mariage*, esso costituisce un vero e proprio contratto sinallagmatico, a titolo oneroso, mediante il quale i coniugi assumono obbligazioni reciproche, regolate dalla norme generali dettate in tema di contratti ed obbligazioni (contenute nel titolo III del libro III del *Code*)[41]. Ciononostante, il *contrat de mariage*, sebbene costituisca un contratto, afferisce comunque al regime patrimoniale familiare e dunque pur deve "scontare" qualche "deviazione", ovvero qualche differenza di disciplina rispetto allo schema contrattuale vero e proprio. Per il *contrat de mariage* si è allora "scomodata" l'espressione "patto di famiglia", locuzione che, di primo acchito, richiama l'arcaico patto tra le famiglie dei nubendi, ma che oggi, tuttavia, deve essere piuttosto inteso quale strumento che fissa lo statuto patrimonia-

delle convenzioni matrimoniali. Con questa locuzione si fa riferimento ad una situazione maggiormente favorevole per un coniuge rispetto all'altro, derivante dall'inserzione di determinate clausole in una comunione convenzionale.

[38] Secondo J.P. Lévy-A. Castaldo, *op. loc. cit.*, infatti, solo l'intervento del notaio può permettere di ottenere i privilegi e l'ipoteca risultanti dall'atto; inoltre, in ipotesi di donazione inserita nel *contrat de mariage* l'atto, sotto pena di nullità, deve, del pari, essere stipulato innanzi ad un notaio. Invero, nell'*ancien droit* non vi era alcuna disposizione che obbligasse le parti alla stipula del negozio *de quo* innanzi ad un notaio, sebbene quest'ultime preferissero non rinunciare al suo intervento. Il *Code civil*, con la previsione scolpita nell'art. 1394, ha poi reso obbligatoria la stipulazione solenne.

[39] In tal senso F. Terré-P. Simler, *op. cit.*, p. 145.

[40] P. Dupont Delestraint, *op. cit.*, pp. 21 e s.

[41] P. Dupont Delestraint, *op. cit.*, p. 15.

le della famiglia generatasi dal matrimonio[42].

Da quanto sin qui detto, emerge chiaramente come la caratteristica fondamentale del *contrat de mariage* sia la sua accessorietà (al matrimonio), in quanto negozio giuridico non idoneo a produrre effetti in ipotesi di mancata celebrazione delle nozze[43]. Proprio tale connotato giustificherebbe le (evidenti) deroghe alla disciplina contrattuale ordinaria: la libertà negoziale nella stipula delle convenzioni matrimoniali ed il principio di immutabilità delle stesse, seppur (quest'ultimo) affievolito dalla riforma del 1965[44].

È necessario analizzare partitamente i due aspetti appena citati che caratterizzano l'istituto *de quo*. Per quanto riguarda la prima delle citate deroghe alla disciplina di diritto comune, giova rilevare come l'ampia autonomia (e dunque il potere) riconosciuto ai coniugi nel forgiare e modellare il contenuto del *contrat de mariage*, costituisca un indubbio ostacolo alla esatta configurazione e delimitazione dei contorni giuridici dell'istituto in discorso, tagliando esso trasversalmente più settori del diritto privato: famiglia, successioni (e donazioni), contratti. Invero, il *contrat de mariage* è stato talvolta definito come "atto-regolamento", rappresentando la fonte primaria per disciplinare la sorte degli atti compiuti dai coniugi; atti destinati, del resto, a produrre effetti pure nei riguardi dei terzi[45]. Qualche Autore, dunque, ha preferito "rimanere" sul terreno contrattuale, piuttosto che su quello delle obbligazioni, ragionando in termini di contratto speciale, discorrendo di un atto di società che inaugura il periodo costitutivo della società coniugale[46]; si è parlato quindi di un atto statutario che, oltre a produrre obbligazioni a carico dei nubendi, istituirebbe un vero e proprio statuto (come quello societario), disciplinante la condizione dei beni presenti e futuri dei coniugi, i rispettivi poteri su tali beni, nonché la sorte di quest'ultimi alla dissoluzione del matrimonio[47]. In realtà, non sono mancate, in ambito dottrinale, delle critiche alla posizione ermeneutica appena citata, ritenendosi inammissibile una equiparazione *tout court* tra *affectio societatis* ed *animus conjugalis*, non potendo comunque il regime di separazione essere paragonato (assimilato) ad uno statuto societario[48].

[42] La doverosa precisazione è di M. Dassio, *op. cit*., p. 850.

[43] In tal senso, ma la posizione pare pacifica nella dottrina d'Oltralpe, P. Dupont Delestraint, *op. loc. cit.*

[44] M. Dassio, *op. cit*., p. 851.

[45] M. Dassio, *op. loc. cit.*

[46] Si tratta della tesi sostenuta da G. Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, 1989, p. 224.

[47] Così P. Dupont Delestraint, *op. loc. cit.* p. 15.

[48] P. Malaurie-L. Aynés, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, 1988, p. 95.

Altra deviazione rispetto alla disciplina ordinaria concerne, invece, il principio di immutabilità delle convenzioni matrimoniali, il quale è stato oggetto di forti critiche, cominciate peraltro già all'indomani dell'emanazione del *Code civil* del 1804. La preoccupazione maggiore, espressa dalla dottrina francese, riguardava l'eventuale necessità, per i coniugi, di alienare beni oggetto della convenzione (matrimoniale), al fine di far fronte ai bisogni della famiglia. La legge 13 luglio del 1965 è dunque intervenuta a riformare la materia. Partendo dall'analisi del dettato legislativo, giova sottolineare come l'art. 1396, al comma 3, statuisce che «dopo la celebrazione del matrimonio non può essere recato alcun cambiamento al regime patrimoniale della famiglia, se non per effetto di un giudizio». L'analisi esegetica della norma citata ha portato comunque al formarsi di due opzioni ermeneutiche contrapposte, le quali si sono particolarmente appuntate sulla esatta delimitazione della portata da attribuire all'innovazione legislativa, indagando in quale misura quest'ultima abbia "scalfito" la regola della immutabilità delle convenzioni matrimoniali, *rectius* del regime patrimoniale familiare (secondo la dizione letterale della norma)[49]. In realtà, la portata dell'innovazione legislativa non deve essere sopravvalutata in quanto concordiamo con quella dottrina che considera il principio di immutabilità ancora presente (vigente), ravvisando l'essenza del *novum* legislativo nell'insufficienza del (solo) consenso dei coniugi a modificare gli accordi *de quibus*[50].

Le giustificazioni al principio di immutabilità delle convenzioni matrimoniali sono state ravvisate, dalla dottrina d'Oltralpe, sia nell'esigenza di assicurare la pace e la concordia nell'ambito del *ménage* familiare, così evitando discussioni tra i coniugi[51]; sia nella necessità di tutelare i terzi che, dal cambiamento di regime patrimoniale, potrebbero essere dan-

[49] M. Dassio, *op. cit.*, p. 866, il quale sottolinea come alla stregua di una prima lettura ermeneutica operata dalla dottrina d'Oltralpe, la riforma avrebbe semplicemente "attenuato" l'originario principio; secondo una diversa opzione interpretativa, invece, l'intervento del legislatore avrebbe invece introdotto, nel panorama del regime patrimoniale familiare, un principio di mutabilità "controllata" o "condizionata". A sostegno della prima ricostruzione, peraltro avallata dalla giurisprudenza, vengono richiamati l'interesse della famiglia, nonché la tutela dei terzi.

[50] M. Dassio, *op. loc. cit.*, il quale in proposito richiama la tesi del Mazeaud.

[51] Secondo P. Dupont Delestraint, *op. cit.*, p. 21, la *ratio* del principio in discorso deve essere ravvisata nella necessità di evitare che un coniuge eserciti un'influenza sull'altro al fine di determinarlo ad accettare una modifica delle disposizioni in senso pregiudizievole al regime patrimoniale scelto dai nubendi, nonché nell'esigenza di rispettare la volontà dei terzi che hanno concorso alla conclusione del contratto, soprattutto di quelli che hanno posto in essere delle donazioni proprio in considerazione del regime adottato dai coniugi.

neggiati, quantomeno perché tale mutamento potrebbe avvenire a loro insaputa[52]: in altri termini, i terzi hanno interesse a conoscere il regime dei coniugi con i quali entrano in contatto[53].

Dopo aver analizzato il principio di "im-mutabilità" delle convenzioni matrimoniali, così come disciplinato dal *Code civil* e modificato dalla novella del 1965, è possibile passare ad esaminare l'altra norma, contenuta nel *Code Napoléon*, dedicata alla modificazione delle convenzioni, stipulate antecedentemente alla celebrazione del matrimonio. L'art. 1397, comma 1, del codice civile francese, statuisce che «dopo due anni di applicazione del regime patrimoniale, convenzionale o legale, i coniugi potranno decidere nell'interesse della famiglia di modificarlo, o di cambiarlo interamente attraverso un atto redatto da un notaio, che dovrà essere omologato dal tribunale»; inoltre, per la validità di tale modificazione è necessaria la presenza all'istanza di omologazione di tutti coloro che furono parti nel contratto di matrimonio (comma 2). Già la sola enunciazione della formulazione legislativa risulta sufficiente a mettere in evidenza le divergenze di regole operative riscontrabili rispetto al modello accolto dal legislatore italiano. Invero, il dato discriminante risulta essere quello temporale, nel senso che, a differenza del nostro sistema giuridico ove vige il principio della mutabilità delle convenzioni matrimoniali in ogni tempo, nell'ordinamento giuridico d'Oltralpe è necessario, al fine di legittimare una modifica del regime patrimoniale, che quest'ultimo sia stato applicato per almeno due anni. Tale condizione dovrebbe permettere ai coniugi francesi una adeguata ponderazione della scelta modificativa del regime patrimoniale che pure essi hanno liberamente scelto[54].

4. *La comunione convenzionale nel diritto di famiglia italiano: disciplina e limiti*

La comparazione sincronica dell'istituto francese del *contrat de mariage* con il diritto (di famiglia) italiano richiede l'individuazione di un istituto omologo da comparare; quest'ultimo può essere individuato, a nostro avviso, nella fattispecie delle convenzioni matrimoniali.

L'analisi di tale istituto comporta, invero, taluni problemi, *in primis* quello definitorio, in quanto la dottrina è concorde nel constatare l'assenza, nel codice civile attuale (come del resto nella legislazione previgen-

[52] J.P. Lévy-A. Castaldo, *op. cit.*, p. 1401.
[53] P. Dupont Delestraint, *op. loc. cit.*
[54] M. Dassio, *op. cit.*, p. 867.

te) di una chiara definizione della fattispecie *de qua*[55]. In base ad una definizione risalente, sebbene ancora attuale, la convenzione matrimoniale può essere definita «come l'accordo tra due o più parti diretto a regolare più o meno compiutamente, la situazione patrimoniale di un determinato matrimonio»[56]. Secondo una definizione più attuale, invece, «la comunione convenzionale (art. 210) è una comunione legale modificata dai coniugi mediante convenzione matrimoniale stipulata ai sensi dell'art. 162, ferma, però, l'inderogabilità degli artt. 161, 180, 194»[57].

In realtà, le difficoltà che si riscontrano nel pervenire ad una corretta ed esauriente definizione della fattispecie giuridica *de qua* ben possono essere superate, *rectius* compensate da un approccio allo studio dell'istituto che focalizzi la propria attenzione sull'individuazione della disciplina applicabile a quest'ultimo[58].

Sempre restando sul piano terminologico, giova operare un rilievo di carattere sistematico, ancor prima che semantico, tra il contratto di matrimonio, espressione utilizzata dal legislatore codicista (artt. 166, 774, comma 1, c.c.) e le convenzioni matrimoniali vere e proprie; sul punto, la dottrina è sostanzialmente pacifica nel ritenere che il primo istituto costituisce il *vestimentum*, ossia il documento negoziale contenente gli accordi conclusi in occasione (o in previsione) di un determinato matrimonio, tra i quali (accordi) vi rientrano (pure) le convenzioni matrimoniali, ovvero le pattuizioni destinate a disciplinare il regime patrimoniale della famiglia, oltre ad altri eventuali patti[59]. La necessità di operare una tale distinzione concettuale (che ha importanti risvolti pratici), del resto, è stata pure avvertita dalla dottrina francese dell'*Ancien régime*[60], come si è avuto modo di

[55] G. Oberto, *L'autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi (non in crisi)*, in *Familia*, 2003, p. 618.

[56] La definizione è di F.D. Busnelli, *Convenzione matrimoniale* (voce), in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962, p. 513, il quale conclude comunque per la impossibilità di rinvenire un criterio unitario ai fini dell'individuazione delle convenzioni matrimoniali suggerendo, piuttosto, di individuare, in base al dato positivo, alcuni indici parziali, la cui ricorrenza permetterebbe di contraddistinguere le convenzioni medesime.

[57] La definizione è di F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, p. 386.

[58] Su tale punto v. le considerazioni espresse da M. Ieva, *Le convenzioni matrimoniali* (a cura di F. Anelli-M. Sesta), vol. III, in Aa.Vv., *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, Milano, 2002, p. 28.

[59] G. Oberto, *op. ult. cit.*, pp. 627 e s.

[60] L'osservazione è di G. Oberto, *op. ult. cit.*, p. 628, il quale non manca tuttavia di precisare come il termine "convenzione matrimoniale" esprima attualmente (solo) l'atto che si pone quale fonte di un regime patrimoniale diverso da quello legale. L'Autore, inoltre, sottolinea come il legame, indubbiamente stretto, ravvisabile tra la convenzione matrimoniale ed i regimi patrimoniali cc.dd. eccezionali, presenti comunque talune contraddizioni e perplessità.

accennare in precedenza.

Al fine di delimitare l'ambito di operatività dell'istituto *de quo*, conviene pure dar conto della distinzione di quest'ultimo dai cc.dd. patti prematrimoniali, mediante i quali vengono disciplinate le obbligazioni che i futuri coniugi assumeranno al fine di disciplinare, sia la loro vita coniugale, sia il possibile fallimento del rapporto matrimoniale[61].

Fatte tali necessarie precisazioni, è possibile introdurre il tema del regime patrimoniale della famiglia nell'ambito del quale la redazione delle convenzioni matrimoniali, ad opera dei coniugi, costituirebbe espressione dell'autonomia privata[62]. Quest'ultime si porrebbero, dunque, alla stregua dell'art. 159 c.c., quali atti costitutivi di un regime patrimoniale alternativo a quello legale della comunione dei beni, potendo esse fissare i criteri per la distribuzione tra i coniugi della ricchezza acquisita durante il matrimonio, in base a parametri diversi da quelli fissati dal regime della comunione legale[63]. Più in particolare, i regimi patrimoniali convenzionali si inquadrano nell'ambito dell'attività negoziale di carattere patrimoniale propria dei coniugi; in altri termini, un regime patrimoniale convenzionale potrebbe derivare esclusivamente da una convenzione matrimoniale[64].

Questione spinosa, perché ampiamente controversa in dottrina, è quella concernente la natura giuridica della convenzione matrimoniale, dibattito che, seppur vede prevalere la tesi della natura contrattuale[65], registra anche opinioni di segno contrario le quali, invero, non mancano di rimarcare l'esistenza di talune importanti divergenze rispetto al paradigma contrattuale vero e proprio[66].

Dopo aver delineato i caratteri fondamentali dell'istituto delle con-

[61] La distinzione è operata da G. Bonilini, *Manuale di diritto di famiglia*, Torino, 2005, p. 106, il quale sottolinea come tali accordi vengano spesso redatti mediante scrittura privata. Tali pattuizioni, attenendo a diritti indisponibili, sono normalmente colpite dalla sanzione della nullità, pur presentando comunque un'utilità, costituendo una remora per i coniugi, oltre a permettere di trarre utili indicazioni ed indizi rispetto al futuro, eventuale, giudizio di separazione o di divorzio.

[62] V. per tutti E. Russo, *Il regime patrimoniale convenzionale. Le convenzioni di separazione dei beni*, in *Dir. famiglia*, 2006, p. 224.

[63] E. Russo, *op. loc. cit*.

[64] La sottolineatura è di E. Russo, *op. cit*., p. 221.

[65] In tal senso F. Galgano, *Le convenzioni matrimoniali*, in *Trattato di diritto civile*, vol. I, Padova, 2009, p. 652.

[66] Una ampia ed esaustiva ricognizione delle opinioni dottrinali in merito alla natura della convenzione matrimoniale si rinviene in G. Oberto, *op. ult. cit*., pp. 619 e ss., nonché in M. Paladini, *La comunione convenzionale*, in Aa.Vv., *Il diritto di famiglia*, t. 2, in *Trattato di diritto privato*, vol. IV, diretto da M. Bessone, Torino, 1999, pp. 460 e s.

venzioni matrimoniali, è possibile introdurre la *quaestio iuris* concernente il loro contenuto, la cui analisi, invero, risulta maggiormente utile, se non addirittura necessaria, qualora si voglia effettuare una comparazione (sincronica) con il *contrat de mariage*; è possibile già anticipare, infatti, come le maggiori divergenze tra i due istituti in discorso riguardino proprio il loro (diverso) oggetto.

Giova, in primo luogo, prendere le mosse dall'analisi della disciplina dettata dal legislatore in tema di regime patrimoniale della famiglia[67]. Invero, in quest'ambito si distingue tradizionalmente tra regime patrimoniale primario (costituito dalle regole di carattere patrimoniale di cui agli artt. 143 e ss. c.c.) e regime patrimoniale secondario (costituito dalla comunione legale). Tale distinzione rileva, ai fini che ci occupano, con riferimento al diverso atteggiarsi dell'attività negoziale, in quanto le convenzioni matrimoniali (afferenti ovviamente al regime patrimoniale secondario) operano nel campo della "libera disponibilità" delle parti, ove vigono norme dispositive (si pensi a quelle concernenti la comunione legale); con la doverosa precisazione, tuttavia, che le convenzioni matrimoniali sono pur sempre dotate di una funzione *lato sensu* "determinativa" del rapporto matrimoniale, sebbene tale funzione debba comunque essere intesa in senso ampio, come correlativa a quei rapporti patrimoniali dei quali le parti possono pienamente disporre[68].

Al fine di meglio indagare l'istituto delle convenzioni matrimoniali in ottica comparata (con il *contrat de mariage*), pare utile procedere ad una analisi del problema contenutistico "in negativo", tentando di individuare *in primis* ciò che non rientra nell'ambito di tali intese. Invero, non possono essere ricondotte all'istituto in discorso le donazioni obnuziali, né tutti quegli atti che sebbene obnuziali (si pensi ai mandati o ai contratti sociali) non hanno quale oggetto la scelta di un regime patrimoniale della famiglia, riferendosi solo a determinati beni o rapporti[69], né quegli atti mediante i quali i coniugi decidono di immettere (o di estromettere) dalla comunione legale singoli beni determinati[70]; analoghe consi-

[67] Secondo E. Russo, *op. cit.*, p. 217, l'espressione regime patrimoniale della famiglia oscilla tra un significato generico, che evoca semplicemente un complesso di regole ed un significato tecnico preciso che, invece, indica la peculiarità delle regole che vengono introdotte rispetto alle regole ed ai principi generali. In particolare, secondo l'Autore il raffronto tra la rubrica del Capo VI, "Del regime patrimoniale della famiglia" e la rubrica dell'art. 159 c.c., "Del regime patrimoniale legale tra i coniugi", sarebbe particolarmente significativo al riguardo.

[68] In tal senso E. Russo, *op. cit.*, p. 219.

[69] Così G. Oberto, *op. ult. cit.*, p. 629.

[70] G. Oberto, *op. ult. loc. cit.*

derazioni debbono poi essere espresse con riguardo alle donazioni non obnuziali, nonché con riferimento a qualsivoglia contratto a titolo gratuito o oneroso[71]. I negozi appena citati i quali, giova ribadire, non costituiscono convenzioni matrimoniali, ben possono essere inseriti nel "contratto di matrimonio" ma seguono, con riferimento alla loro disciplina, le regole proprie dei vari tipi di contratti posti in essere[72]. Il diverso trattamento giuridico che riceve il "contenuto secondario" delle pattuizioni in esame costituisce una importante divergenza rispetto all'istituto francese del *contrat de mariage*, le cui "pattuizioni accessorie", come si è avuto modo di sottolineare in precedenza, seguono, sostanzialmente, il regime giuridico del "contratto principale".

Sempre restando sul piano contenutistico, è indubbio che le convenzioni matrimoniali costituiscano negozi tipici (perché menzionati espressamente dalla legge)[73]: si tratta del fondo patrimoniale, della comunione convenzionale e della separazione dei beni. Ovviamente, la tipicità delle convenzioni matrimoniali non riguarda il loro contenuto, che non è minimamente enucleato dal legislatore[74]. Ci si è in chiesti allora in dottrina se i coniugi, nell'ambito del regime patrimoniale della famiglia, possano "pattuire" un regime "atipico" (rispetto a quelli della comunione e della separazione dei beni). Invero, la dottrina maggioritaria sostiene la atipicità delle convenzioni matrimoniali[75] "scomodando", al fine di motivare tale posizione, la norma per eccellenza dettata in tema di autonomia (libertà) contrattuale[76], ovvero l'art. 1322, comma 2, c.c., ritenuto applicabile alla materia in oggetto in considerazione della (asserita) natura contrattuale delle convenzioni (matrimoniali): la convenzione matrimoniale costituirebbe, dunque, uno strumento utile per perseguire interessi meritevoli di tutela[77]. Del resto, non si è mancato di sottolineare come la materia *de qua* rientri nel campo del diritto privato, ove il principio di

[71] G. Oberto, *op. ult. cit.*, p. 630.

[72] G. Oberto, *op. ult. cit.*, pp. 629 e s.

[73] In tal senso E. Russo, *op. cit.*, p. 224, il quale sottolinea opportunamente come le convenzioni matrimoniali siano dotate di una efficacia "forte", perchè insensibili alle sopravvenienze, in quanto le stesse verrebbero stipulate proprio al fine di dettare le regole ad esse applicabili.

[74] E. Russo, *op. cit.*, p. 225.

[75] La posizione è sostenuta da G. Oberto, *op. ult. cit.*, p. 638, il quale richiama in causa l'art. 159 c.c., norma che, ponendo uno stretto legame tra le convenzioni ed i regimi patrimoniali della famiglia, non vieterebbe, in alcun modo, di stipulare convenzioni atipiche.

[76] In tema di autonomia negoziale dei coniugi v. F.R. Fantetti, *I contratti matrimoniali*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2010, pp. 539 e s.

[77] In tal senso G. Ferrando, *Manuale di diritto di famiglia*, Roma-Bari, 2005, p. 84.

autonomia negoziale rappresenta la regola e non l'eccezione[78]. Più in generale, si è fatto notare come manchi, nel codice civile, una norma che, *expressis verbis*, vieti la stipulazione di convenzioni atipiche[79], in quanto la norma fondamentale in materia, ovvero l'art. 159 c.c., ponendo uno stretto legame tra le convenzioni matrimoniali ed i regimi patrimoniali della famiglia, non restringerebbe la libertà negoziale dei coniugi alle (sole) convenzioni tipiche[80]. La libertà dei coniugi, dunque, non riguarderebbe solo la scelta del regime patrimoniale (tra più modelli), bensì (anche) la possibilità di integrare il regime-base della comunione legale, ricomprendendo beni che il legislatore non aveva previsto come appartenenti al patrimonio comune (convenzioni ampliative), oppure mediante l'esclusione di beni facenti parte, *rectius* che avrebbero fatto parte della comunione legale (convenzioni riduttive)[81].

Nonostante siano state opportunamente sottolineate le ragioni a sostegno della possibilità di stipulare convenzioni atipiche[82], non vi è tuttavia chi non veda come il riconoscimento di siffatta autonomia non possa comportare comunque l'attribuzione ai nubendi di una libertà sconfinata rispetto al contenuto di un (eventualmente ammissibile) regime atipico[83]. Del resto, a perimetrare le scelte dei coniugi interverrebbe già il dettato legislativo, *sub specie* degli artt. 160, 161, 162, comma 3, 166-*bis* c.c., in funzione di limite al contenuto di qualsivoglia convenzione matrimoniale. L'analisi delle norme appena citate mette in luce, in ipotesi di "creazione" di un regime patrimoniale atipico, l'obbligo, per i coniugi, di ri-

[78] G. Oberto, *op. ult. loc. cit.*, il quale, al fine di giustificare tale posizione, sottolinea come il divieto di costituzione di dote *ex* art. 166-*bis*, confermerebbe, *a contrario*, che la facoltà di liberamente conformare il contenuto di tali convenzioni costituisce la regola. L'Autore, inoltre, richiama l'art. 29 Cost., il quale giustificherebbe, in *subiecta materia*, il principio di autonomia contrattuale *ex* art. 1322, comma 2, c.c. e ricorda, ad ulteriore conferma della tesi propugnata, l'abrogazione del divieto di donazioni tra coniugi *ex* art. 781 c.c.

[79] In tal senso B. Valignani, *I limiti all'autonomia dei coniugi nell'assetto dei loro rapporti patrimoniali*, in *Familia*, 2001, p. 384, secondo la quale, allorquando il legislatore ha voluto impedire ad un gruppo di organizzare i propri rapporti ricorrendo a schemi diversi da quelli codificati, lo ha fatto espressamente, come nel caso dell'art. 2249 c.c. L'Autrice rammenta, in proposito, la mancata approvazione, in sede di lavori di riforma, dell'emendamento Morbidi, il quale prevedeva la nullità per le convenzioni matrimoniali diverse da quelle espressamente contemplate.

[80] Così F.R. Fantetti, *op. cit.*, p. 538.

[81] E. Andreola, *Autonomia negoziale dei coniugi e regime patrimoniale legale. Riducibilità della comunione e rifiuto del coacquisto ex lege*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, pt. I, pp. 56 e s.

[82] G. Oberto, *op. ult. cit.*, pp. 636 e ss.

[83] A. Zaccaria, *Possono i coniugi optare per un regime patrimoniale «atipico»?*, in *Studium iuris*, 2000, p. 947.

spettare i limiti posti dagli artt. 143 e 148 c.c. (implicitamente richiamati dall'art. 160 c.c.) i quali pongono il c.d. "regime primario", così come quest'ultimi dovranno enunciare concretamente il contenuto dei patti attraverso i quali intendono regolare i rapporti patrimoniali (art. 161 c.c.)[84]. In merito all'origine storica di quest'ultima norma, autorevole dottrina comparatistica ha opportunamente rimarcato come fu proprio il legislatore francese del 1804 ad introdurre tale previsione normativa, temendo che i cittadini francesi optassero, in massa, per il diritto consuetudinario[85]. Al fine di scongiurare la subordinazione della legge, fu introdotto l'art. 1390, una norma che (come, del resto, un po' tutto l'impianto del *Code*) fu recepita da altre esperienze giuridiche europee, fungendo da base per il "nostro" art. 161 codice civile[86].

Sempre in tema di limiti imposti ai coniugi, giova ricordare che qualora quest'ultimi abbiano (in precedenza) vissuto in regime di comunione legale, non potranno escludere, con efficacia *ex tunc*, l'applicazione del regime legale (art. 162, comma 3, c.c.); infine, essi non possono pattuire accordi volti a costituire beni in dote (in tal senso depone l'art. 166-*bis* c.c.)[87]. Altro limite invalicabile è posto dall'art. 161, comma 2, c.c., il quale fa divieto di estensione della comunione ai beni di cui alle lett. c), d) ed e) dell'art. 179; tale limite è indiscutibilmente posto nell'interesse (e a tutela) del coniuge, il quale deve comunque poter godere di una sfera minima di autonomia patrimoniale[88].

È possibile, a questo punto della trattazione, rispondere positivamente al quesito relativo alla configurabilità di un regime atipico di comunione degli incrementi, c.d. comunione differita, la cui disciplina ben potrebbe essere articolata dai coniugi, pur col rispetto, si badi bene, dei limiti appena citati.

La situazione tuttavia si complica ove debba ritenersi ammissibile un regime di comunione attuale atipico, ovvero disciplinato in maniera diversa rispetto al modello della comunione legale. La risposta è indub-

[84] A. Zaccaria, *op. cit.*, pp. 947 e s.

[85] R. Sacco, *Del regime patrimoniale della famiglia*, in *Comm. al diritto italiano della famiglia*, t. III, diretto da G. Cian-G. Oppo-A. Trabucchi, Padova, 1992, p. 20.

[86] R. Sacco, *op. loc. cit.*, il quale sottolinea come la giustificazione odierna di tale norma vada rinvenuta nella necessità di evitare che i nubendi possano sottrarsi alle formalità previste dall'art. 162 codice civile adottando, *per relationem*, norme e regole di cui il notaio non potrebbe dar loro lettura; ma anche nell'esigenza di evitare al giudice una difficoltosa ricerca del diritto straniero o degli usi.

[87] A. Zaccaria, *op. cit.*, p. 948.

[88] A. Zaccaria, *op. loc. cit.*, il quale sottolinea come tale limite debba essere rispettato, sia con riferimento alla comunione attuale, che con riguardo a quella differita.

biamente condizionata dalla soluzione che intenda darsi rispetto alla *quaestio iuris* rappresentata dalla natura giuridica della comunione convenzionale. Invero, ove si acceda alla tesi che ravvisa in tale fattispecie un autonomo regime tipico di comunione, la risposta non potrebbe che essere negativa[89]. L'ostacolo giuridico sarebbe costituito dai limiti imposti dalle norme scolpite negli artt. 210 e ss. c.c., le quali segnerebbero i confini entro i quali può essere delineato un regime di comunione (attuale) alternativo rispetto a quello legale[90]. Una soluzione positiva alla configurabilità di una comunione atipica attuale, deve allora far leva sulla tesi che considera lo schema della comunione convenzionale quale "semplice" ipotesi di comunione legale, seppur modificata e non un *tertium genus* di regime patrimoniale tipico, che verrebbe ad affiancarsi a quelli "classici" della comunione e della separazione dei beni, codificati dal legislatore[91]. Tale ricostruzione ermeneutica farebbe dunque salva la possibilità, per i coniugi, di pattuire un diverso regime di comunione attuale, col "solo" limite del rispetto dei limiti inderogabili vigenti per qualsivoglia convenzione matrimoniale, ma con l'esclusione di quelli inerenti alle regole dell'amministrazione dei beni, nonché all'eguaglianza delle quote[92].

Indipendentemente da quale tesi si voglia abbracciare, da quanto sin qui detto emerge, comunque, una autonomia "vincolata" dei coniugi, perché limitata alla scelta tra modelli già "confezionati" dal legislatore, ovvero quelli della separazione dei beni e della comunione convenzionale, con la possibilità, nell'ambito di quest'ultima, di apportare le (sole) modifiche consentite dalla legge[93]. Se così è, l'autonomia contrattuale dei coniugi sarebbe fortemente ridimensionata, essendosi in presenza di una "non scelta" (in senso negoziale), in quanto la comunione dei beni, che giova ribadirlo costituisce il regime patrimoniale legale[94], ha titolo nel-

[89] A. Zaccaria, *op. loc. cit*.

[90] A. Zaccaria, *op. loc. cit*.

[91] A. Zaccaria, *op. cit*., p. 949.

[92] A. Zaccaria, *op. loc. cit*., secondo il quale non è ipotizzabile estendere i limiti citati (anche) ai regimi di comunione attuale diversi da quello legale

[93] Tale posizione è sostenuta da S. Patti, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata* (a cura di F. Anelli-M. Sesta), vol. III, in Aa.Vv., *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, Milano, 2002, p. 8.

[94] Sul punto v., per tutti, F.R. Fantetti, *Il regime patrimoniale europeo della famiglia*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2011, p. 140, la quale rileva come l'introduzione del regime di comunione (legale) dei beni abbia costituito la risposta alle moderne esigenze della famiglia italiana. In particolare, tale scelta legislativa si giustifica con l'esigenza di modernizzare il sistema dei rapporti patrimoniali della famiglia, così attuando concretamente il principio di eguaglianza, morale e giuridica, dei coniugi.

la legge e non nella volontà (libertà) negoziale delle parti[95].

Nonostante quindi sia stata più volte affermata questa (notevole) "libertà" (contrattuale) di cui godrebbero i coniugi nella stipula delle convenzioni matrimoniali (ovviamente diverse da quelle tipiche), abbastanza incerti risultano, tuttavia, i confini ed i limiti di tale asserita autonomia (negoziale); analoghi dubbi ed incertezze, del resto, sono pure emersi in altri ordinamenti giuridici europei[96].

A nostro avviso, il problema non è tanto quello relativo alla configurabilità di convenzioni atipiche, la cui ammissibilità pur è stata giustificata con svariate motivazioni, come si è avuto modo di dire in precedenza, quanto l'esatta delimitazione dei poteri attribuiti ai coniugi nel forgiare tali "pattuizioni". Invero, scendendo sul terreno pratico-operativo, risulta interessante registrare la scarsa diffusione della comunione convenzionale[97], le cui ragioni sono state talora individuate nella (sempre) maggiore duttilità del modello legale, talaltra in motivazioni di carattere squisitamente fiscale[98]. Ciò perché la disciplina della comunione convenzionale, contenuta negli artt. 210 e 211 c.c., non pare sufficiente a configurare un regime patrimoniale compiuto, in grado di porsi in funzione alternativa rispetto a quello della comunione legale; in altri termini, dall'analisi delle norme citate emergerebbe una *voluntas legis* intesa a delineare (solo) quegli aspetti della comunione legale suscettibili di integrazione (o modificazione) per effetto della volontà delle parti[99]. Del resto, si è correttamente osservato come nella prassi i coniugi sembrino ignorare l'autonomia di cui pure in teoria godrebbero, evitando di utilizzare schemi dai contorni poco chiari e preferendo il ricorso, quale modello alternativo (a quello della comunione), al regime di separazione dei beni[100].

A questo punto della trattazione, riteniamo che un chiarimento

[95] L'importante osservazione è di S. PATTI, *op. loc. cit*.

[96] In tal senso S. PATTI, *op. cit.*, p. 5.

[97] Per rendersi conto di ciò è sufficiente sfogliare un qualsiasi codice civile annotato con la giurisprudenza. Sotto l'art. 162 vi si ritrovano pochissime pronunce le quali, peraltro, hanno quasi esclusivamente ad oggetto il fondo patrimoniale.

[98] In tal senso M. PALADINI, *op. cit.*, p. 463, il quale rammenta come la l. 154/1989, prevedendo che i proventi separati di ciascun coniuge siano a lui imputati in ogni caso per l'intero ammontare, abbia fatto venir meno la convenienza dell'inclusione in comunione convenzionale dei proventi medesimi, al fine di conseguire l'imputabilità di essi per metà a ciascun coniuge, ai sensi dell'art. 4, l. 114/1977.

[99] È la tesi sostenuta da M. PALADINI, *op. cit.*, pp. 461 e s.

[100] In tal senso B. VALIGNANI, *op. cit.*, p. 387.

semantico, riguardante la scelta del legislatore di utilizzare la locuzione "convenzione", possa aiutare a delimitare l'esatto contenuto delle "pattuizioni" in discorso, nel senso di far emergere la reale volontà del legislatore, "nascosta" dietro il dettato legislativo. Invero, il termine "convenzione" acquista, nell'ambito del diritto di famiglia, una accentuazione di carattere patrimoniale rispetto ad es. alla nozione di accordo, normalmente utilizzata dal legislatore allorquando aspetti di ordine patrimoniale (derivanti ad es. dalla fissazione dell'indirizzo della vita familiare) non sono stati ritenuti tali da connotare in misura essenziale l'accordo[101]. Del resto, le ragioni sottese all'opzione legislativa in favore del termine "convenzione" sono perfettamente coerenti con la scelta, operata dal legislatore del '42, sulla scia della codificazione tedesca, di regolare la materia familiare in un libro autonomo (il II), avente caratteristiche specifiche, in ciò discostandosi dalla scelta del codificatore francese (dal quale pure il legislatore italiano, sia quello del 1865, che quello del 1942 ha attinto a "piene mani"), che aveva invece preferito inserire la disciplina del diritto di famiglia, non soltanto nel libro delle persone, bensì anche in quello che regola i modi di acquisto della proprietà[102].

Tale constatazione, seppur di carattere sistematico, si salda perfettamente al discorso che si sta svolgendo in merito alla ammissibilità di convenzioni matrimoniali atipiche in quanto, seppur quest'ultime fanno riferimento ad un rapporto che presenta indubbi connotati di rilevanza economica, non possono comunque essere equiparate *tout court* ai rapporti di natura patrimoniale regolati nel libro IV del codice civile[103]. In altri termini, gli istituti familiari (e dunque non solo le convenzioni matrimoniali) debbono restare fuori dalla nozione di autonomia contrattuale (vera e propria) [104]. Invero, lo stesso utilizzo, nella materia *de qua*, della locuzione "autonomia privata", intesa quale potere attribuito al singolo per la disciplina dei propri interessi, è stata, da taluno, ritenuta insufficiente ed inappropriata[105]. In proposito, se è possibile disquisire di autonomia privata (pure) nel diritto di fa-

[101] In tal senso P. Rescigno, *Consenso, accordo, convenzione, patto (la terminologia legislativa nella materia dei contratti)*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, pt. I, p. 7.

[102] L'interessante osservazione comparatistica è di S. Patti, *op. cit.*, p. 10.

[103] S. Patti, *op. loc. cit.*

[104] La tesi è sostenuta da P. Rescigno, *op. cit.*, p. 15.

[105] In tal senso F.M. Sirolli-M. Pulieri, *Autonomia privata e diritto della famiglia «in crisi»*, in *Arch. civ.*, 2004, p. 581.

miglia, sia nella fase patologica (crisi del matrimonio), sia in quella (che qui ci occupa) fisiologica dello svolgimento (ordinario) del rapporto matrimoniale, purtuttavia è necessario tenere in debito conto le peculiarità che i negozi familiari presentano, sotto il profilo funzionale, ma anche sotto quello strutturale[106]. In altri termini, se è vero che il diritto dei contratti ha ormai varcato la "soglia domestica", restano comunque da chiarire quali siano gli (effettivi) spazi dominabili dal diritto comune e quali, invece, quelli "lasciati" alla disciplina delle regole speciali giusfamiliari[107].

A nostro avviso è preferibile, in un discorso che verte sul tema del regime patrimoniale della famiglia, tener ben distinti i concetti di libertà di scelta e di libertà (autonomia) negoziale vera e propria. Invero, un conto è la possibilità, pure riconosciuta dalla legge, di scegliere tra più modelli che, tuttavia sono già stati in astratto tipizzati dal legislatore, altro è la facoltà, per i coniugi, di determinare, mediante un regime "atipico", la disciplina dei loro rapporti patrimoniali[108]. La presenza in tale materia di innumerevoli e penetranti limitazioni esclude *in nuce*, a nostro avviso, la configurabilità di una reale autonomia contrattuale[109], quantomeno per come questa si atteggia nella sua "sede naturale", ovvero nell'ambito del diritto contrattuale (e delle obbligazioni).

5. *Rilievi comparatistici in tema di convenzioni matrimoniali*

Dopo aver compiuto una analisi esegetica del dettato legislativo, è possibile evidenziare e sottolineare talune importanti ed evidenti divergenze esistenti, in tema di convenzioni matrimoniali, tra l'ordinamento italiano e quello d'Oltralpe, su tutte la diversità di oggetto che caratterizza i due istituti giuridici. Quest'ultimo, infatti, risulta essere estremamente ampio per il *contrat de mariage* il quale, come si è già anticipato nel corso della trattazione, costituisce un atto complesso, composto da svariate e numerose clausole[110]. Li-

[106] Così F.M. SIROLLI-M. PULIERI, *op. loc. cit.*, i quali sottolineano come i negozi giuridici familiari risultino contraddistinti da una causa non riconducibile ai due connotati della liberalità o della onerosità, tanto che si è pure discorso di negozi aventi una causa da ravvisarsi in un interesse familiare.

[107] L'osservazione è di G. FERRANDO, *Autonomia privata e rapporti familiari (note a margine del libro di Giuseppa Palmeri)*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 2003, pp. 652 e s.

[108] Sul punto v. le considerazioni espresse da S. PATTI, *op. cit.*, p. 9.

[109] In tal senso M. DASSIO, *op. cit.*, p. 873.

[110] Tale rilievo, di carattere comparatistico, è ben messo in evidenza da M. DASSIO, *op. cit.*, p. 849.

miti all'autonomia contrattuale dei coniugi, del resto, vengono individuati unicamente nel rispetto delle norme inderogabili afferenti ai diritti e ai doveri che nascono dal matrimonio ed in quelli di ordine pubblico; il dato positivo conferma appieno tale conclusione, come emerge dalla lettura della norma contenuta nell'art. 1387 *Code civil*.

Invero, in qualsivoglia indagine comparatistica che mette a confronto istituti civilistici presenti (e disciplinati) nell'ordinamento italiano ed in quello d'Oltralpe, viene sottolineata l'influenza che il diritto francese, nella fattispecie il *Code civil*, considerato il prototipo e l'archetipo delle moderne codificazioni, ha esercitato sul legislatore italiano, prima con il codice civile previgente (1865) e poi con l'attuale (1942)[111]. Anche il principio di libertà negoziale, per come emerge dalla disciplina contenuta nelle norme che regolano la stipulazione delle convenzioni matrimoniali, non pare sfuggire a tale processo (fenomeno), individuato dalla comunità dei comparatisti con l'espressione "circolazione di modello giuridico"[112]. Al fine di spiegare meglio tale fenomeno è necessario prendere le mosse dalla norma fondamentale dettata in materia dal codice civile francese, ovvero quella contenuta nell'art. 1387, a tenore del quale la legge regola, quanto ai beni, "*l'association conjugale*", in mancanza di convenzioni speciali, che gli sposi possono stipulare, sempreché queste non siano contrarie al buon costume ed alle disposizioni del *Code*[113]. Tale articolo fu sostanzialmente recepito dai codici italiani preunitari, per poi confluire nell'art. 1378 c.c. del 1865[114], secondo il quale «La società coniugale relativamente ai beni è regolata dalle convenzioni delle parti e dalle legge». La norma appena citata esprimeva, dunque, il principio di libertà contrattuale in materia di convenzioni matrimoniali, estrinsecantesi nella supremazia della regolamentazione convenzionale rispetto alla disciplina legale dei rapporti patrimoniali tra i coniugi, alla quale era affidato un ruolo meramen-

[111] R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, Torino, 2005, pp. 256 e ss.

[112] In merito al fenomeno della circolazione dei modelli giuridici v. le osservazioni di G. Benacchio, *Diritto privato della Comunità europea*, Padova, 2008, p. 140.

[113] G. Oberto, *I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali*, cit., p. 554, secondo il quale venne riprodotta, nel codice civile francese, una regola ormai consacrata dalla tradizione, come del resto ben messo in evidenza dal Laurent.

[114] Si noti la "vicinanza numerica" dei due articoli contenuti nel *Code civil* e nel codice civile italiano del 1865 (ma anche in quello del 1942), a testimonianza di una vera e propria imitazione (recezione) del codice civile francese da parte del legislatore italiano, che va al di là di un semplice fenomeno di "influenza" che pure un modello giuridico è in grado di esercitare nei riguardi degli altri diritti nazionali. Sul fenomeno dell'imitazione dei modelli giuridici v. R. Sacco, *op. ult. cit.*, pp. 152 e ss.

te suppletivo[115].

In realtà, anche un'altra norma cardine in tema di regime patrimoniale della famiglia, ovvero l'art. 160 c.c., a tenore del quale «Gli sposi non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio» (sulla cui esegesi ci si è già soffermati *supra*), trova le sue radici storiche e giuridiche nella codificazione napoleonica (art. 1388 *Cod*. *Nap*.); tale norma fu introdotta con lo scopo di porre un freno alla (notevole) libertà negoziale che caratterizzava i contratti di matrimonio evitando, in ultima analisi, che i coniugi potessero prevedere una stipulazione tale da rendere la moglie il capo della "*société conjugale*", così privando il marito del diritto di essere, di tale unione, il padrone ed il capo[116]. In effetti, già i primi commentatori del *Code civil* avevano provveduto a sottolineare come, nelle convenzioni matrimoniali, la libertà negoziale fosse (paradossalmente) più ampia rispetto a quella di diritto comune[117].

Nonostante quindi l'influenza che, anche nel campo del diritto di famiglia, *sub specie* di convenzioni matrimoniali, il *Code civil* ha esercitato sul legislatore italiano, v'è pure da sottolineare l'esistenza di importanti divergenze emergenti dalla comparazione tra i due modelli in discorso. Giova ricordare come quest'ultime non vadano tanto individuate nel fatto che, nel nostro ordinamento giuridico l'oggetto delle convenzioni matrimoniali attiene esclusivamente al momento distributivo della ricchezza dei coniugi, mentre nel sistema francese le pattuizioni contenute nel *contrat de mariage* riguardano (anche) il momento contributivo, logicamente antecedente (dal punto di vista temporale) allo scioglimento del vincolo coniugale[118]. Le differenze, profonde e caratterizzanti, sarebbero piuttosto da ricercare sul piano concettuale nel senso che, mentre nel diritto italiano le convenzioni matrimoniali costituiscono accordi tra i coniugi volti a determinare il regime giuridico dei loro beni futuri, nel paese transalpino queste sono considerate alla stregua di contratti speciali, soggetti a particolari vincoli di forma e di pubblicità[119]. In quest'ultimo ordinamento, le convenzioni matrimoniali, in considerazione dell'ampia autonomia riconosciuta ai coniugi, possono regolare qualsivoglia aspetto della vita di relazione coniugale (familiare), sia di natura patrimoniale (si pensi alle questioni successorie), che extrapatri-

[115] G. Oberto, *op. ult. cit.*, p. 559, il quale non manca di sottolineare come il contratto di matrimonio comparisse al primo posto tra i contratti tipici.

[116] G. Oberto, *op. ult. cit.*, p. 554.

[117] G. Oberto, *op. ult. cit.*, pp. 555 e s.

[118] M. Dassio, *op. cit.*, p. 858.

[119] M. Dassio, *op. loc. cit.*

moniale (con i soli limiti sanciti dalle norme inderogabili)[120]. Le ragioni di tali divergenze normative debbono allora essere ricercate nel diverso fine perseguito dai due legislatori; invero, quello francese aveva l'obiettivo di favorire la celebrazione dei matrimoni; il legislatore italiano, segnatamente quello della riforma del diritto di famiglia del '75, al contrario, perseguiva la realizzazione del principio, di carattere costituzionale, della parità ed eguaglianza dei coniugi[121]. Una comparazione tra i due ordinamenti mette inoltre in evidenza un (progressivo) ridimensionamento dello strumento delle convenzioni matrimoniali in Italia, un processo culminato, per il nostro diritto di famiglia, con la l. 142/1981[122]. Altro aspetto che differenzia le convenzioni matrimoniali nei due sistemi giuridici in comparazione, concerne l'eventuale possibilità, per i coniugi, di modificare il contenuto di tali intese. Invero, la riforma del diritto di famiglia (italiano) del 1975 ha introdotto il principio della modificabilità "in ogni tempo" di tali accordi, seguendo una evoluzione che ha visto progressivamente eroso il principio di immutabilità delle convenzioni matrimoniali (consacrato nel codice civile previgente del 1865); un processo cominciato con l'emanazione dell'attuale codice (1942)[123]; il legislatore francese, invece, è rimasto "sostanzialmente" fedele alla regola dell'immutabilità.

6. *Conclusioni*

Si parla, ormai sempre più diffusamente nell'ambito della dottrina, della maggiore autonomia (rispetto al passato) attribuita ai coniugi nella disciplina dei loro rapporti personali e patrimoniali; si discorre anche di "contrattualizzazione" delle relazioni familiari[124] e di (aumentata) neutralità del diritto rispetto al concreto atteggiarsi delle relazioni coniugali[125]. Tutto ciò avrebbe modificato il sistema delle relazioni familiari, ora caratterizzato dall'accordo quale regola di governo dei rapporti coniu-

[120] M. Dassio, *op. loc. cit.*

[121] M. Dassio, *op. loc. cit.*, il quale opportunamente precisa come il principio da ultimo citato è stato comunque tenuto in debito conto dal legislatore francese se solo si pensi alla riforma del 1965, nonché alla novella del 1985.

[122] M. Dassio, *op. cit.*, p. 872.

[123] M. Dassio, *op. cit.*, p. 864.

[124] G. Palmeri, *op. cit.*, p. 26, la quale dopo aver osservato che tali relazioni trovano il principale fondamento nel matrimonio, ritiene opportuno sottolineare come non esista nella materia *de qua* una perfetta coincidenza tra negozi familiari e contratto.

[125] In tal senso S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, pp. 150 e ss.

gali[126]. A noi preme tuttavia rilevare come, quantomeno con riferimento al tema delle convenzioni matrimoniali, al fine di realizzare concretamente ed effettivamente gli obiettivi delineati dalla Costituzione, il legislatore italiano abbia piuttosto "dovuto" sacrificare l'autonomia negoziale dei coniugi, stravolgendo e snaturando l'istituto citato, così sminuendo, in ultima analisi, l'autonomia negoziale; del che è testimonianza l'esiguo numero di *dicta* giurisprudenziali in materia[127]. Più tradizionalista, sul punto, è invece il legislatore francese che continua, pur nel segno di una inevitabile ed innegabile evoluzione delle regole operative del *contrat de mariage* (riforma del 1965) ad attribuire ai coniugi una notevole libertà di azione e di negoziazione nel campo dei contratti matrimoniali[128]. Del resto, gli interventi legislativi in *subiecta materia*, tesi a rimodellare l'istituto del *contrat de mariage*, sono sempre stati controbilanciati da un ampliamento dell'autonomia negoziale dei coniugi[129].

Per quanto concerne l'aspetto applicativo, si è già detto della scarsa diffusione (utilizzazione) delle convenzioni matrimoniali nell'ordinamento giuridico italiano rispetto al paese transalpino, sebbene attenta dottrina non abbia mancato di sottolineare un paradosso, rappresentato dalla notevole diffusione dei *contrats de mariage* nei secoli addietro, quantomeno sino alla fine del 1700, nonostante l'esistenza di patrimoni limitati[130]. Nel periodo storico attuale, caratterizzato invece da una indubbia ricchezza di beni e quindi dalla conseguente necessità di regolamentare la gestione (e destinazione) della massa patrimoniale che si viene a creare in seguito all'unione coniugale, i *contrats de mariage* risultano meno frequenti (rispetto al passato)[131], come pure testimoniato da ricerche sociologiche[132].

Con particolare riferimento al nostro ordinamento, giova rilevare come la funzione delle convenzioni matrimoniali sia indubbiamente mutata nel corso degli anni, in quanto secondo autorevole dottrina queste non rappresentano più i negozi mediante i quali un terzo o un coniuge pone a proprio carico una quota dei pesi del matrimonio perché le assunzioni di carichi saranno soggette alle norme sulle conven-

[126] Così G. Ferrando, *op. ult. cit.*, p. 651.
[127] M. Dassio, *op. cit.*, p. 873.
[128] M. Dassio, *op. cit.*, p. 874.
[129] M. Dassio, *op. loc. cit.*
[130] J.P. Lévy-A. Castaldo, *op. cit.*, p. 1400.
[131] J.P. Lévy-A. Castaldo, *op. loc. cit.*
[132] M. Dassio, *op. loc. cit.*

zioni (matrimoniali) solo allorquando siano inserite in un atto che, ad altro titolo, appartiene alla categoria di quest'ultime[133]. Invero, l'odierna (moderna) funzione della convenzione matrimoniale consisterebbe, piuttosto, nel disciplinare la proprietà o l'acquisto dei beni e dei redditi fra i coniugi[134].

Nonostante l'esistenza di molteplici divergenze, legali ed operative, esistenti tra i due istituti giuridici, vi sono pure talune caratteristiche comuni; in particolare, ciò che accomuna la comunione convenzionale al *contrat de mariage* è certamente il carattere della accessorietà, rispetto all'atto di matrimonio[135], avendo entrambi gli istituti natura programmatica, ovvero la funzione di stabilire, per il futuro, il regime di appartenenza dei beni dei coniugi[136].

Ciononostante le differenze tra i due modelli permangono. In particolare, si registra una restrizione della portata delle convenzioni matrimoniali nell'ordinamento italiano ed un ampliamento del contenuto di tali intese nel sistema giuridico d'Oltralpe[137]. Al fine di spiegare tale assunto risulta utile, a nostro avviso, riproporre, anche per l'istituto delle convenzioni matrimoniali, le medesime considerazioni, spesso utilizzate dalla dottrina con riferimento a numerosi istituti di diritto privato i quali, disciplinati dal codice civile del 1942 (e ancor prima da quello del 1865) hanno "dovuto fare i conti" con l'avvento della Costituzione repubblicana del 1948. L'emanazione della Carta Costituzionale, in quanto quest'ultima si pone, nella gerarchia delle fonti del diritto, ad un livello più elevato rispetto al codice civile[138], ha invero posto delicati problemi di compatibilità costituzionale di molteplici istituti civilistici (regolati dal codice civile), così costringendo dottrina e giurisprudenza, particolarmente quella costituzionale, ad una incessante opera di adeguamento di quest'ultimi allo spirito, agli obiettivi ed alle finalità della Carta fondamentale della Repubblica italia-

[133] R. Sacco, *Del regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 22.

[134] R. Sacco, *op. ult. loc. cit.* Secondo G. Ferrando, *Manuale di diritto di famiglia*, Roma-Bari, 2005, p. 83, in passato il contratto di matrimonio aveva la precipua funzione di distribuire tra i coniugi e le rispettive famiglie di appartenenza gli "oneri" del matrimonio esprimendo, dunque, le sue potenzialità proprio in riferimento al momento contributivo; oggi, invece, tale profilo costituisce motivo di "accordo" tra i nubendi (art. 144 c.c.), ma non di convenzione in senso tecnico.

[135] Così G. Ferrando, *op. ult. cit.*, p. 5.

[136] G. Ferrando, *op. ult. cit.*, p. 108.

[137] M. Dassio, *op. cit.*, p. 858.

[138] Cfr. art. 1 Disposizioni sulla legge in generale (approvate, preliminarmente al codice civile, con r.d. 16-3-1942, n. 262).

na. Del resto, l'avvento della Costituzione non ha influenzato (e "determinato") solo i *dicta* della giurisprudenza che, in realtà, ha avuto ben poche occasioni per occuparsi del tema (delle convenzioni matrimoniali), ma ha pure orientato e determinato le scelte del legislatore, chiamato ad intervenire, a più riprese, in *subiecta materia*, in funzione "limitativa" dell'autonomia coniugale[139].

[139] G. PALMERI, *op. cit.*, pp. 19 e s., la quale rimarca tale influenza citando gli esempi della legge sul divorzio del 1970, della legge di riforma del diritto di famiglia del 1975, ma anche degli altri provvedimenti legislativi emananti in quegli anni, come ad es. la legge sulla interruzione volontaria della gravidanza. Tali interventi hanno ribaltato la prospettiva del codice civile, ponendo la persona al centro delle relazioni interpersonali, soprattutto quelle di natura personale-affettiva.

MARIA ANTONELLA GLIATTA*

Is this a matter of principle? Uno strano caso di applicazione diretta della Costituzione: Osservazioni a T.A.R. Campania 1427/2011.

SOMMARIO: 1. I giudici amministrativi e il principio di pari opportunità *ex* art. 51 Cost. - 2. La vicenda del Comune di Ercolano: la Costituzione come "regola" del caso. - 3. Il *parametro* di giudizio: i *principi* e le *regole* costituzionali.

1. *I giudici amministrativi e il principio di pari opportunità* ex *art. 51 Cost.*

Con la sentenza in commento, la n. 1427 del 2011, il T.A.R. Campania, sez. Napoli, annulla il decreto del Sindaco di Ercolano avente ad oggetto la nomina degli assessori e del vicesindaco condividendo, cito testualmente, «la censura di difetto di istruttoria e di motivazione, con la quale parte ricorrente stigmatizza che nel decreto sindacale non si coglie né la necessaria attività istruttoria preordinata ad acquisire disponibilità allo svolgimento di funzioni assessorili da parte di persone di sesso femminile, né una adeguata motivazione sulle ragioni della mancata applicazione del principio di pari opportunità sancito dall'art. 51 della Costituzione».

La ricorrente si rivolgeva al T.A.R. per chiedere l'annullamento del decreto sindacale di nomina dei componenti della Giunta lamentandone l'illegittimità a causa della composizione interamente maschile dell'esecutivo comunale. Nel ricorso veniva denunciata una presunta violazione della disciplina costituzionale, legislativa e statutaria in materia di pari opportunità tra uomo e donna, oltre che una violazione del dovere motivazionale gravante sul Sindaco. Tra i motivi di doglianza si prospettava anche un vizio di eccesso di potere per difetto di istruttoria.

I giudici amministrativi accolgono la domanda di annullamento costituendo in capo al Sindaco l'obbligo giuridico di dare conto dello sforzo profuso per assicurare la rappresentanza femminile in seno all'organo esecutivo regionale, pena una richiesta di integrazione della Giunta *auctoritate iudicis.*

La sentenza qui presa a commento è, in realtà, solo l'ultimo episo-

* Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico e costituzionale dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

dio di una rinnovata attenzione giurisprudenziale verso i temi della rappresentanza femminile e delle pari opportunità. Tuttavia l'apparente omogeneità rispetto ai precedenti si converte subito in evidente distonia[1].

In numerose decisioni, i giudici amministrativi hanno ritenuto sussistente in capo al titolare della funzione esecutiva locale l'obbligo di far fede al programma iscritto in Costituzione nell'art. 51 e di garantire il riequilibrio di genere all'interno degli uffici pubblici e degli organi elettivi. L'identità di risultato cui pervengono le varie decisioni non corrisponde, però, all'identità di mezzi argomentativi impiegati a causa della sostanziale diversità di strumenti normativi a disposizione dei vari giudici.

Difatti, i precedenti che sembrano anticipare la pronuncia in commento colpiscono con l'illegittimità i decreti di nomina delle giunte facendo uso di espresse previsioni statutarie, talora regionali, talaltra locali. Nel caso di specie, invece, nello Statuto del Comune di Ercolano manca con tutta evidenza una previsione in tal senso.

Proviamo un raffronto. Dapprima è il T.A.R. Molise, sez. I, che, con ordinanza del 24 febbraio 2010 n. 51, delimita la discrezionalità politica di cui gode, per configurazione istituzionale, il soggetto titolare delle nomine fiduciarie, ossia il Presidente di Provincia, ai fini di un efficace conseguimento del disegno promozionale previsto in Costituzione. Qui lo sforzo argomentativo dei giudici è alleggerito dalla presenza di un parametro conferente e chiaro, in realtà più d'uno[2], costituito dallo Statuto della provincia di Isernia[3] che traccia il percorso obbligato della mo-

[1] Nel senso, invece, di una omogeneità degli orientamenti giurisprudenziali A. Adamo, *La "promozione" del principio di pari opportunità nella composizione delle giunte negli enti territoriali alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa, Nota a T.A.R. Campania, sez I, sentenza del 10 marzo 2011, n. 1427,* in www.rivistaaic.it, il quale non rileva la eccentricità della pronuncia in commento dovuta all'utilizzo diretto della disposizione costituzionale, in assenza di altra fonte normativa applicabile.

[2] Art. 4 « Attività Amministrativa e Partecipazione Democratica».

L'attività amministrativa della Provincia è informata ai principi della partecipazione democratica, delle pari opportunità, dell'imparzialità e della trasparenza delle decisioni e degli atti, della semplicità delle procedure;

Art.38 (ex art. 42) « Pari Opportunità»

E' garantita la presenza di entrambi i sessi negli organi collegiali della Provincia, nonché negli enti, aziende ed istituzioni dipendenti dalla Provincia stessa.

[3] Articolo 26, comma 5 « Per la composizione della Giunta il Presidente assicura la pari opportunità uomo-donna »; art. 38 « è garantita la presenza di entrambi i sessi negli organi collegiali della provincia, nonché negli enti, aziende ed istituzioni dipendenti dalla provincia stessa»; oltre alla più generale previsione di cui all'art. 4, comma 1 « L'attività amministrativa della Provincia è informata ai principi della partecipazione democratica, delle pari opportunità, dell'imparzialità e della trasparenza delle decisioni e degli atti, della semplicità delle procedure ».

tivazione presidenziale[4].

Ma prima ancora è stato il T.A.R. Puglia, sez. III, ord. 6 luglio 2005, n. 680 ad annullare il decreto con cui il Sindaco del Comune di Veglie aveva nominato la Giunta, nella parte in cui escludeva dall'organo di governo la rappresentanza femminile[5]. Ed anche qui è la normativa statutaria (art. 32) a fungere da parametro.

E, ancora, si veda quanto deciso da T.A.R. Puglia, sez III, sent. 18 dicembre 2008, 2913; i giudici amministrativi, ritenendo che l'art. 37 dello Statuto del Comune di Molfetta «faccia carico al Sindaco di adoperarsi al fine di favorire la rappresentanza di entrambi i sessi all'interno del predetto organo» e «che l'effettiva esplicazione di tale attività del Sindaco, ove non si concretizzi nella nomina di persone di sesso diverso in seno alla Giunta municipale, deve trovare almeno un riscontro effettivo nella motivazione dei provvedimenti di nomina dei vari assessori, la quale deve illustrare le ragioni che impediscono l'attuazione del principio delle pari opportunità», concedevano la misura cautelare richiesta e ordi-

[4] Il T.A.R. accoglie la domanda di sospensione degli effetti del decreto presidenziale di nomina rilevando che « anche alla luce del chiaro disposto normativo dell'art. 38 dello Statuto della provincia di Isernia, l'esigenza di garantire la presenza di entrambi i sessi negli organi collegiali della Provincia, ivi compresa la Giunta, deve ritenersi inderogabile a meno che non ricorrano ragioni di impedimento di carattere oggettivo comunque non rappresentate nel provvedimento di nomina impugnato », « che le valutazioni di carattere politico addotte per giustificare l'esclusione della rappresentanza femminile nella Giunta provinciale devono ritenersi recessive rispetto al precetto costituzionale di cui all'art. 51 ed alle norme di fonte primaria (art. 6 del d.lgs. 267/2000) e sub primaria (art. 38 dello Statuto provinciale) poste a garanzia della rappresentanza femminile cui anche gli accordi di coalizione devono conformarsi ».

[5] Il T.A.R. motiva l'annullamento ritenendo che « i rimedi giurisdizionali sembrano doppiare, in questi casi, quelli politico amministrativi, per un verso presupponendo, come questi ultimi, la medesima funzione di controllo, tipica del Consiglio Comunale, e tuttavia, per altro verso, dagli stessi distinguendosi per il fatto di riguardare i casi di vera e propria illegittimità degli atti e non di mera inopportunità politica latamente intesa »; « che l'accesso alla tutela da parte del giudice completi il ruolo centrale che i componenti del Consiglio rivestono nella vita dell'ente locale, consentendo loro di agire a tutela di interessi che, altrimenti, sarebbero in concreto privi di protezione in sede processuale »; « che la disciplina costituzionale (art. 51), primaria (art. 6 t.u. 267/2000) e secondaria (art. 32 Statuto comunale: « nella composizione della Giunta è garantita la presenza dei rappresentanti di entrambi i sessi ») di riferimento favorisce e/o garantisce una rappresentanza femminile in seno all'organo predetto; » … « che tale previsione vada contemperata, secondo canoni di ragionevolezza con le prerogative riservate al Sindaco nella scelta dei componenti della Giunta »; e in definitiva « che il Sindaco debba procedere, nel corretto esercizio delle proprie attribuzioni, ad una nuova formazione della Giunta Comunale, adoperandosi per assicurarvi una rappresentanza femminile o, nel caso in cui ciò non sia, per ragioni tecnico-politiche, possibile, illustrando con motivazione puntuale, esaustiva e concreta le ragioni che impediscono l'attuazione del c.d. principio delle pari opportunità ».

navano al Sindaco di procedere a nuove nomine[6]. Ma è recentissimo l'annullamento da parte del T.A.R. Lazio delle nomine assessorili nella Giunta della città di Roma. Anche qui i giudici amministrativi ordinano la rinnovazione delle nomine a garanzia della rappresentanza femminile[7].

I medesimi principi, salvo una rilevante eccezione[8], vengono riconfermati riguardo la composizione delle giunte regionali. Valga l'esempio della recente pronuncia del T.A.R. Campania - Napoli[9] che decide della

[6] « il citato articolo 37 deve essere interpretato nel senso che esso impone al Sindaco di porre in essere tutte le attività utili e necessarie affinché l'organo esecutivo del Comune – cioè la Giunta – risulti composto da persone appartenenti ad ambo i sessi, nonché di dare conto, nel provvedimento con il quale designa gli assessori, dell'espletamento delle attività svolte e delle ragioni per le quali esse, eventualmente, non hanno sortito il risultato utile, e cioè di avere la disponibilità di persone di ambo i sessi per la formazione della Giunta. In tal senso è evidente che l'art. 37 dello Statuto indubbiamente limita la discrezionalità di cui il Sindaco gode nella scelta dei propri assessori, scelta che, per tale ragione, non deve necessariamente privilegiare il dato politico».

[7] Della decisione citata si conosce, mentre si scrive, soltanto il dispositivo. E' importante, tuttavia, rilevare fin d'ora che lo Statuto del Comune di Roma prevede, all'art. 5, comma 3, che «Nel nominare i componenti della Giunta Comunale, i responsabili degli uffici e dei servizi nonché nell'attribuire e definire gli incarichi dirigenziali e quelli di collaborazione esterna, il Sindaco assicura una presenza equilibrata di uomini e di donne, motivando le scelte operate con specifico riferimento al principio di pari opportunità».

[8] T.A.R. Lombardia, sez I, 354/2011; qui i ricorrenti impugnavano i decreti di nomina del Presidente della Giunta lombarda deducendo la violazione dell'art. 51 Cost., degli artt. 11 e 25 dello Statuto della Regione Lombardia, approvato con legge regionale 30 agosto 2008, n.1, dell'art. 1 del d.lgs. 11 aprile 2006 n. 198, così come modificato dal d.lgs. 25 gennaio 2010, n.5. Assumevano la violazione dei principi di democrazia paritaria fra uomini e donne nella vita sociale, culturale, economica e politica e dunque anche nell'accesso agli uffici pubblici e alla cariche elettive, nonché delle disposizioni normative poste a garanzia dell'equilibrio tra i sessi tra i componenti degli organi di governo della Regione. *Ad adjuvandum* si deduceva la violazione degli artt. 3, 51 e 117, comma 7, Cost. sotto il profilo della violazione dell'uguaglianza sostanziale ed in particolare del principio di uguaglianza tra i sessi nel conseguimento degli uffici pubblici; si censurava esplicitamente la carenza di motivazione in ordine ai motivi oggettivi che avrebbero impedito nomine equilibrate e non discriminatorie; e, infine, la violazione del principio di parità di trattamento tra uomini e donne derivanti da diritto europeo, direttamente applicabile ai sensi dell'art. 117 Cost. I giudici amministrativi, dopo aver passato in rassegna la giurisprudenza costituzionale sul principio di pari opportunità e quella, controversa, che condanna alla « inefficacia giuridica » le disposizioni programmatiche contenute negli statuti regionali, rigettavano la domanda di annullamento escludendo che le norme costituzionali invocate (artt. 3, 51 e 117), le disposizioni statutarie della Regione Lombardia e l'art. 1 del d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, autorizzassero una dichiarazione di illegittimità dei provvedimenti oggetto dell'impugnazione, anche in considerazione dell'indiscutibile natura fiduciaria delle nomine in questione.

[9] T.A.R. Campania - Napoli, sent. 7 aprile 2011, n. 1985. La sentenza è stata appellata e il Consiglio di Stato, con decreto datato 22 aprile 2011 n. 1805, ha accolto la domanda cautelare proposta dalla Regione Campania sospendendone l'efficacia dato che « nelle more della decisione di merito e fino alla pronuncia collegiale sulla domanda cautelare, sussiste per l'appellante una situazione di estrema gravità ed urgenza, in relazione all'interesse al proficuo funzionamento della Giunta regionale, tale da giustificare una misura cautelare provvisoria».

violazione del principio della parità di genere, sancito dagli artt. 1 e 5 dello Statuto regionale[10] e del corollario della equilibrata presenza di donne e uomini nella formazione degli organi ed uffici regionali, di cui agli artt. 22 (sul Consiglio delle Autonomie Locali), 35 (sulla composizione dell'Ufficio di Presidenza del Consiglio Regionale), 46 (sulla nomina e composizione della Giunta)[11] e 47 (sulle nomine di competenza della Giunta) del medesimo Statuto.

Ritagliato lo spazio a favore della giurisdizione, anche qui i giudici amministrativi hanno avuto gioco facile nel servirsi delle previsioni statutarie e imporre, per questa via, «una equilibrata presenza » del sesso femminile all'interno dell'organo esecutivo regionale[12].

La disamina potrebbe durare ancora a lungo. Sembra, però, chiaro che si presentano i caratteri che li differenziano dal caso in esame.

2. *La vicenda del Comune di Ercolano: la Costituzione come regola del "caso"*

Nella vicenda in esame i giudici annullano i decreti di nomina del Sindaco non già per violazione della disciplina statutaria o legislativa, ma procedendo con l'*applicazione diretta* del principio di pari opportunità di cui all'art. 51 Cost. È qui che si assiste al probabile slittamento di piano. Siamo di fronte ad un'evidente ipotesi di uso diretto della Carta Costituzionale, in assenza di previsioni primarie o sub primarie interponibili.

[10] Art. 1, comma 2 « La regione Campania ispira la propria azione ai principi della democrazia, dello Stato di diritto e della centralità della persona umana, favorendo e garantendo i principi di uguaglianza, solidarietà, libertà, giustizia sociale e pari opportunità tra donne e uomini, salvaguardando la dignità personale ed i diritti umani ed esercitando un sostegno operoso alla pace nel mondo. La Regione contribuisce al mantenimento di tali valori comuni nel rispetto e con il contributo delle diversità e delle minoranze »; art. 5, comma 1 « La Regione riconosce e garantisce i diritti di libertà e di uguaglianza sanciti dalla Costituzione e dalle convenzioni comunitarie ed internazionali ponendoli a fondamento e limite di tutte le proprie attività».

[11] Art. 50 lett. e) « Il Presidente della Giunta regionale effettua le nomine di competenza della Giunta, previa deliberazione della stessa e acquisito il parere del Consiglio regionale ove richiesto, e provvede alle nomine, nel pieno rispetto del principio di una equilibrata presenza di donne e uomini, e alla designazioni che la legge gli attribuisce ».

[12] In quell'occasione i giudici amministrativi negano la natura di atto politico alle nomine *ex* art 122, ult. comma Cost., al fine evidente di ridurre l'area del *non giustiziabile* e garantire un' applicazione estesa dei principi di difesa e di tutela giurisdizionale *ex* art. 113 Cost. Gli atti di nomina assumono, così, le prevedibili sembianze di un atto amministrativo vincolato al rispetto di parametri di legittimità sostanziale e procedimentale, fra cui la previsione di programma di cui all'art. 51 Cost.

I punti da osservare sono, quindi, diversi.

Il T.A.R. accoglie il ricorso per l' annullamento delle nomine sindacali confermando un orientamento consolidato in occasione di una pronuncia, quasi coeva, riguardante questa volta la Giunta del Comune di Benevento (T.A.R. Campania 12668 del 2010) di cui riporta i passaggi argomentativi essenziali.

Come in quell'occasione, il *principio* di pari opportunità è considerato specificazione del più generale principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, secondo comma, Cost. e, per questa via, è in grado di imporre interventi "positivi" volti alla rimozione delle situazioni discriminatorie.

Ma - ed è questa la questione di maggiore rilevanza - accanto alla natura di diritto fondamentale riconosciuta alla previsione contenuta nell'art. 51 Cost., il T.A.R. afferma la *immediata applicabilità del principio*, inteso « quale parametro di legittimità sostanziale di attività amministrative discrezionali rispetto alle quali si pone come limite conformativo».[13] Il giudice campano costruisce, così, il suo sillogismo adoperando come premessa maggiore la disposizione costituzionale invece delle fonti legislative, di cui pure compie una dettagliata ricognizione[14]. Una ricognizione che non soddisfa le esigenze del *caso,* mancando una prescrizione concludente, e in qualche modo direttamente *precettiva,* sia nella disciplina legislativa, che in quella dello Statuto del Comune.[15]

[13] Sul rapporto tra attività della Pubblica Amministrazione e Costituzione, M. Magri, *La legalità costituzionale della Pubblica Amministrazione: ipotesi dottrinali e casistica giurisprudenziale,* Milano 2002, 33 ss.

[14] Anzitutto la legge 125 del 1991 rubricata "azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro" , poi, confluita nel d.lgs. 11 aprile 2006 n. 198, il cd codice delle pari opportunità tra uomo e donna, da ultimo modificato dal d.lgs. 5 del 2010, il cui articolo 1 dispone che « le disposizioni del presente decreto hanno ad oggetto le misure volte ad eliminare ogni distinzione, esclusione o limitazione basata sul sesso, che abbia come conseguenza, o come scopo, di compromettere o di impedire il riconoscimento, il godimento o l'esercizio dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale e civile o in ogni altro campo ». A queste previsioni segue il d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267 il cui articolo 6 dispone che gli statuti comunali e provinciali « stabiliscono norme per assicurare condizioni di pari opportunità tra uomo e donna ai sensi della legge 10 aprile 1991 n. 125 e per promuovere la presenza di entrambi i sessi nelle giunte e negli organi collegiali del Comune e della provincia, nonché degli enti, aziende ed istituzioni da essi dipendenti ».

Il *principio* costituzionale dovrebbe ricevere, così, specificazione anche ad opera delle norme statutarie le quali divengono, nell'argomentazione dei giudici, « nodo di raccordo tra livello costituzionale e fonte subordinata »; affermazione questa che solleva non pochi interrogativi riguardo l'effettiva collocazione degli statuti nel sistema gerarchico delle fonti italiane, sul punto S. Parisi, *Il «posto» delle fonti locali nel sistema,* in *Le Regioni*, 2008, 156 ss.

[15] Lo Statuto del Comune di Ercolano all'art. 4 comma 2 lett. a) si limita ad affermare che l'Ente «garantisce, in armonia con le leggi dello Stato e anche per mezzo di interventi amministrativi, la parità giuridica, sociale ed economica tra uomo e donna».

Difatti, il giudice si trova di fronte a disposizioni subcostituzionali che si articolano in una sorta di catena normativa di principi, ma che non enucleano una regola applicabile nella logica dell' *all or nothing fashion*. La legge alla quale l'art. 51 Cost. rinvia contiene semplici affermazioni di principio. Ed il T.U.E.L., all'art. 6[16] rinvia alle fonti statutarie per la realizzazione dell'equilibrio di genere, ma lo Statuto del Comune si limita a enunciare un principio e, dunque, a riprodurre il dettato costituzionale.

A fronte di tale quadro normativo il giudice amministrativo decide l'annullamento dei decreti di nomina applicando direttamente la previsione costituzionale

Si ripropone la questione dell'ammissibilità di un'applicazione diretta delle disposizioni costituzionali da parte del giudice e del modo in cui un *principio* espresso dalla Costituzione si converte in *regola* del caso.

3. *Il* parametro *di giudizio: I* principi *e le* regole *costituzionali*

Che il giudice comune possa ricavare direttamente dalla Costituzione la *regola* del caso, in assenza di leggi che diano specificazione e attuazione ai principi costituzionali, è affermazione risalente in dottrina[17].

E corrisponde, invero, al più generale riconoscimento in capo ai principi positivizzati in Costituzione di una funzione suppletiva, integrativa e correttiva delle regole[18]. Questi eserciterebbero, infatti, la loro *normatività* anche in funzione di "perfezionamento" dell'ordinamento, colmando lacune, risolvendo dubbi interpretativi e contraddizioni altrimenti insanabili.[19]

[16] « Gli statuti comunali e provinciali stabiliscono norme per assicurare condizioni di pari opportunità tra uomo e donna ai sensi della legge 10 aprile 1991, n. 125, e per promuovere la presenza di entrambi i sessi nelle giunte e negli organi collegiali del comune e della provincia, nonché degli enti, aziende ed istituzioni da essi dipendenti ».

[17] Sulla *normatività* delle disposizioni costituzionali anche cd. programmatiche, insuperato l'insegnamento di V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio,* Milano, 1952.

[18] Contrario alla possibilità di distinguere tra funzione interpretativa, integrativa e parametrica delle norme costituzionali (rispetto alle discipline subcostituzionali), O. Chessa, Drittwirkung *e interpretazione: brevi note su un caso problematico,* in E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione: verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?, op. cit.,* pag 427.

[19] G. Zagrebelsky, *Il diritto mite,* Torino 1992, pag. 158 e ss, per il quale, però, come noto, la suddetta funzione meramente accessoria dei *principi* (costituzionali) rispetto alle *regole* (legislative) è frutto del pregiudizio positivistico per cui « alla fine, le vere norme siano le regole, mentre i principi siano un sovrappiù, qualcosa di cui si sente la necessità solo

Tuttavia è altrettanto diffusa l'affermazione per cui l'utilizzo diretto della Carta Costituzionale corrisponde ad una soluzione limite che presenta un evidente carattere se non patologico, quanto meno eccezionale.

L'applicazione non mediata delle disposizioni costituzionali presuppone, infatti, un'omissione del legislatore e una conseguente espansione del potere giudiziario che sarebbe giustificata solo in vista di un'efficace garanzia del principio di legalità costituzionale, altrimenti evasa nel caso di inerzia legislativa[20]. I caratteri di eccezionalità dell'operazione applicativa in questione, perciò, imporrebbero di tracciare consistenti limiti.

Come si diceva, la *condicio sine qua non* è che non sia stata esercitata la funzione legislativa e che sussista un vuoto normativo. Se così non fosse il giudice non risponderebbe al vincolo di soggezione alla legge di cui all'art. 101 Cost. Che nel caso in esame non ci sia un pieno regolativo ci sembra evidente dal momento che le disposizioni legislative richiamate[21] e quelle dello Statuto del Comune non sembrano offrire molto di più di una mera dichiarazione di *principio*. Ed, infatti, il giudice amministrativo passa in rassegna il materiale normativo non costituzionale che ha a disposizione ritenendolo praticamente infungibile per offrire risposta alla domanda di giustizia.

Fin qui l'operazione giurisprudenziale rientra negli schemi.

Ma la deroga al principio di separazione dei poteri e la legittimazione della supplenza del potere giurisdizionale rispetto a quello legislativo è sostenibile solo ad una ulteriore condizione.

La disposizione costituzionale che, sola, potrebbe direttamente offrire la soluzione del *caso* dovrebbe, infatti, presentare un contenuto tipicamente *regolativo* e non di *principio.*

La distinzione tra *regole* e *principi* è oggetto, però, di un dibattito inesauribile in dottrina che ne rivela appieno la problematicità[22].

come « valvole di sicurezza» dell'ordinamento ». La «doppia portata normativa » dei principi di cui parla Zagrebelsky coincide con la loro incidenza sulla realtà fattuale; con le sue parole « la realtà, posta a contatto con il principio viene, per così dire a vivificarsi acquisendo valore » …. « il valore si incorpora nel fatto e pretende che seguano conformi « prese di posizioni» giuridiche (del legislatore, della giurisprudenza, dell'amministrazione, dei singoli individui e, in generale, degli interpreti del diritto) ».

[20] G. Sorrenti, *La "manifesta infondatezza" delle questioni di legittimità costituzionale e l'applicazione diretta della Costituzione nella prassi giudiziaria. Ovvero: una ricerca empirica su una risalente ipotesi di rinnovata attualità* in E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione: verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?* Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001, in ricordo di Giustino D' Orazio, Torino 2002.

[21] Vedi nota n. 14.

[22] G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale,* Bologna 2010.

Autorevole dottrina sostiene che «le regole ci danno il criterio delle nostre azioni, ci dicono come dobbiamo, non dobbiamo, possiamo agire in determinate, specifiche situazioni previste dalle regole stesse. I principi non ci dicono nulla, direttamente, a questo proposito, ma ci danno criteri per prendere posizione di fronte a situazioni *a priori* indeterminate, quando vengano a determinarsi»[23].

E' intuitivo che la distinzione non può e non deve coincidere con quella tra Costituzione e legge. E, infatti, è pacifico che molte disposizioni superiori contengano una disciplina sufficientemente dettagliata che non chiede semplicemente adesione[24].

Nonostante l'art. 51 Cost. non sia tra quelle norme pacificamente qualificate come *regole* costituzionali, nella parte in cui impone il rispetto del principio di pari opportunità nella composizione degli organi collegiali, ci sembra faccia qualcosa in più di una semplice dichiarazione di *principio,* vincolando non solo il legislatore, ma tutti i soggetti chiamati all'applicazione del diritto.

Pur accettando il compromesso positivistico e limitando la prescrittività della Costituzione solo alla sua parte direttamente regolativa[25], l'operazione compiuta non eccede i limiti tracciati.

Ma le perplessità si palesano se indaghiamo con maggior attenzione lo schema decisorio della pronuncia.

La difficoltà discorsiva della motivazione nasconde, infatti, un parametro più complesso, o forse, è la stessa difficoltà a richiedere l'adozione di uno schema decisorio più articolato.

Il parametro utilizzato sembra, infatti, più complesso rispetto alla puntuale prescrizione contenuta nell'art. 51 Cost. e ciò risulta chiaro quan-

[23] Così e con parole definitive sul punto, G. ZAGREBELSKY, *op. cit*., pag. 149 e ss. ; che occorra, però, andare oltre la distinzione tra " un diritto legislativo fatto di regole" e un "diritto costituzionale fatto di principi", O. CHESSA, Drittwirkung *e interpretazione: brevi note su un caso problematico,* in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione: verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?* , pag. 430, per il quale, ormai, l'attività del giudice comune e l'attività della Corte (nel giudizio incidentale) condividono la stessa natura: elaborare criteri di giudizio del fatto attraverso la "saldatura" di elementi normativi desumibili dai testi subcostituzionali e costituzionali.

[24] E' il caso, per esempio, dell'articolo 111 Cost. che dispone la ricorribilità in Cassazione delle sentenze e dei provvedimenti giurisdizionali in materia di libertà personale, per violazione di legge; dell'art. 36 Cost. che impone limiti minimi alla retribuzione lavorativa; dell' art. 37 Cost. sui pari diritti della donna lavoratrice, e ovviamente della minuziosa disciplina contenuta nell'art. 13 Cost., in materia di libertà personale.

[25] Notoriamente contrari a questa ricostruzione, G. ZAGREBELSKY, *op. cit.* 147 ss., e R. BIN, *Diritti e argomenti,* Milano 1992.

do il T.A.R. scrive « il Sindaco può opporre ragioni politiche alla presenza di una donna nella formazione dell'organo di governo, ma deve trattarsi di una condizione di assoluta impossibilità di attuazione del principio, nel caso di specie in alcun modo dimostrata». Il passaggio argomentativo citato rileva, così, un ampio spazio di valutazione sulla *ragionevolezza* della scelta sindacale riservata al giudice.

In assenza di una prescrizione normativa, legislativa o statutaria, sufficientemente dettagliata non poteva, infatti, che essere quest'ultimo a valutare il legittimo esercizio del potere di nomina rispetto al limite costituzionale.

Siamo evidentemente di fronte ad uno schema di giudizio complesso che applica il *principio di ragionevolezza* nella sua declinazione più classica, ovvero quella del principio di uguaglianza *ex* art. 3, primo comma Cost.[26]

Che questo parametro sia nella piena disponibilità del giudice comune e, *in species*, del giudice amministrativo[27], non ha da discutersi. Ma il suo utilizzo, accompagnato ad un uso *diretto* del dettato costituzionale, assume un significato più pregnante.

Il test di *ragionevolezza*, in una delle sue possibili articolazioni, rappresenta, infatti, un ulteriore strumento di quella che alcuni definiscono «pancostituzionalizzazione» dell'ordinamento[28], ad indicare la crescente possibilità di fare appello ai principi costituzionali in ogni possibile contesto della vita sociale, in ogni possibile conflitto di interessi, riducendo o forse eliminando gli spazi costituzionalmente «vuoti» [29]. E dunque, ove venga usato, come nel nostro caso, congiuntamente ad un'ipotesi di applicazione giudiziale dei diritti costituzionali, finisce per accentuare il ruolo della giurisprudenza ordinaria, già di per sé di prima linea, nella "gestione" dei diritti fondamentali[30].

[26] Sulla ragionevolezza, L. D'Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema,* Milano 2005; 53 ss. sul rapporto tra Corte Costituzionale, giudici comuni e legislatore in tema di ragionevolezza, R. Bin, *Ragionevolezza e divisione dei poteri,* in *Diritto e questioni pubbliche,* n. 2 agosto 2002.

[27] L. D'Andrea, *op. cit.* 127 ss.

[28] G. Pino, *op. cit.,* 121 e ss.

[29] « Pressoché ogni conflitto giuridico si trova in un immaginario spazio giuridico nel quale si sovrappongono le aree di protezione di due o più diritti o interessi costituzionali (…) Qualsiasi conflitto di interessi che non abbia una persuasiva composizione nelle leggi ordinarie ha altissime probabilità di essere tematizzato come conflitto tra interessi costituzionalmente rilevanti», così, R. Bin, *Ragionevolezza e divisione dei poteri, op. cit.*, pag. 123.

[30] E. Lamarque, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali,* in *Quaderni Costituzionali,* 2008, 269 ss.

Rimane, dunque, la sensazione che dell'applicazione diretta della Costituzione ci sia solo il *nomen*: e, infatti, resta inspiegato il motivo per cui il T.A.R. preferisce l'art. 51 Cost. all'art. 6 del T.U.E.L o allo Statuto comunale che ne ripetono il contenuto, *sostanzialmente* a parità di vincolatività. Tutte le disposizioni appena citate, infatti, usano la struttura delle norme di *principio* per imporre una certa composizione agli organi collegiali di governo e, tutte, sarebbero state risolutive allo stesso modo.

Ma gli incerti strumenti argomentativi usati e l'insufficiente motivazione circa la scelta del *parametro* non possono, però, essere occasione di censura del risultato raggiunto.

Il giudice non fa altro che riempire un vuoto legislativo, usare il dettato costituzionale come fondamento di posizioni giuridiche rilevanti e rispondere alla domanda di giustizia, evitando il *non liquet*.

AGOSTINO GUARENTE

La società globale: mercato e postdemocrazia

SOMMARIO: 1. Perché «Postdemocrazia»?. - 2. La fase democratica. - 3. Crisi della democrazia. - 4. Alternative alle politiche elettorali. - 5. I sintomi della postdemocrazia. - 6. Esplorare la postdemocrazia. - 7. L'incoerenza delle altre classi. - 8. Il Partito nella postdemocrazia. - Conclusioni. - Bibliografia

1. *Perché «postdemocrazia»?*

In questo primo decennio del XXI secolo, la democrazia sta vivendo una fase contrassegnata da paradossi notevoli. Gli ultimi venticinque anni poi hanno visto, nell'ordine, dapprima la Penisola iberica, poi in forme più eclatanti l'ex impero sovietico, il Sudafrica, la Corea del Sud ed altre regioni del Sud-est asiatico, infine alcuni Paesi dell'America Latina, adottare almeno una forma fondamentale di elezioni più o meno libere e democratiche. Attualmente, si veda ciò che sta accadendo nei Paesi arabi che si affacciano sul Mediterraneo, il numero degli Stati nazionali che hanno scelto di adottare sistemi democratici è maggiore che nel passato. Secondo i risultati di un progetto di ricerca sulla democrazia globale condotto da Philippe Schmitter, il numero dei Paesi dove si svolgono elezioni ragionevolmente libere è cresciuto dai 147 del 1988 (alla vigilia del crollo dell'Unione Sovietica) ai 164 del 1995, ai 191 del 1999 (Schmitter, comunicazione privata, ottobre 2002). Se adottiamo una definizione più ristretta di libere elezioni, i risultati sono più ambigui: si registra un calo da 65 a 43 tra il 1988 ed il 1995, quindi una crescita a 88 casi.

Contemporaneamente, tuttavia, nelle democrazie consolidate dell'Europa occidentale, del Giappone, degli Stati Uniti d'America ed in altre regioni del mondo industrializzato in cui la democrazia è generalmente considerata come acquisita, e dove occorre impiegare indicatori meno grossolani del suo stato di salute, la situazione è meno ottimistica. Un recente rapporto della Commissione trilaterale - un organismo selezionato di studiosi europei, giapponesi ed americani - giunge alla conclusione che non è tutto rose e fiori nella democrazia di quei Paesi. Gli autori guardano alla questione innanzitutto in termini di diminuita capacità d'azione dei politici a causa della loro legittimità in calo progressivo a seguito della partecipazione sempre più scarsa alle elezioni. Avreb-

bero potuto ampliare la loro analisi prendendo in considerazione anche il problema del pubblico che trova sempre più difficile dare credito ai politici. Naturalmente, come i curatori sottolineano (Pharr, Putnam e Dalton, 2000), si può interpretare la crescente insoddisfazione della persone rispetto alla politica ed ai politici come un segnale di salute della democrazia: ossia, un'opinione pubblica politicamente matura ed esigente ha aspettative maggiori dai suoi statisti rispetto alla generazione precedente, più rispettosa. Oppure, si può argomentare che la gente non si occupa di politica perché è contenta dei risultati di base del governo ed in ogni caso soddisfa la maggior parte dei suoi bisogni grazie al mercato. Sarebbe però un errore fondamentale ritenere che, poiché la maggior parte delle persone ha perso interesse per la politica, in qualche modo il potere politico tenda a svanire e nessuno lo voglia o ne faccia uso.

Trattando dell'argomento della democrazia lo si vuol qui fare in termini dichiaratamente ideali, che servono ad innalzare il livello delle aspettative riguardo alla democrazia. È sempre valido e molto utile considerare la nostra condotta in relazione ad un ideale, così da poterla migliorare. È essenziale assumere questo atteggiamento verso la democrazia piuttosto che quello più comune, che consiste nel ridimensionare le definizioni dell'ideale in modo che si uniformino a ciò che possiamo raggiungere senza particolare fatica: difatti così si alimenta l'autocompiacimento e si annulla l'impegno ad identificare le forme in cui la democrazia viene indebolita. Gli scritti dei politologi americani degli anni Cinquanta adattavano la loro definizione di democrazia in modo da farla corrispondere alla prassi vigente negli Stati Uniti ed in Gran Bretagna, piuttosto che notare qualche difetto nei sistemi politici dei due Paesi (p. es. Almond e Verba, 1963) - un atteggiamento più consono alla ideologia della Guerra fredda che alla analisi scientifica. Un approccio simile domina il pensiero contemporaneo. Ancora una volta, per influsso degli Stati Uniti, la democrazia è sempre più spesso definita come democrazia *liberale*: una forma storica contingente, non un concetto normativo stabilito una volta per tutte (vedi la trattazione critica di questo punto in Dahl, 1989; Schmítter, 2002). La democrazia liberale, insiste sulla partecipazione elettorale come attività politica prevalente per la massa, lascia un largo margine di libertà alle attività delle lobby, con possibilità assai più ampie di coinvolgimento soprattutto a quelle economiche, ed incoraggia una forma di governo che evita interferenze con l'economia capitalista. Si tratta di un modello elitario scarsamente interessato al coinvolgimento di larghi strati di cittadini o al ruolo delle organizzazioni al di fuori dall'ambito economico.

La democrazia prospera, si avvicina al suo modello ideale, quando aumentano per le masse le opportunità di partecipare attivamente, non

solo attraverso il voto ma con la discussione ed attraverso organizzazioni autonome, alla definizione delle priorità della vita pubblica; quando le masse usufruiscono attivamente di queste opportunità; e quando le élíte non sono in grado di controllare e sminuire la maniera in cui si discute di queste cose. È ambizioso pensare che un gran numero di persone partecipi con vivo interesse al dibattito politico vero e proprio e concorra a stabilire i programmi politici, anziché rispondere passivamente ai sondaggi elettorali, e che si impegni consapevolmente nel seguire gli avvenimenti e le questioni politiche. Questa nozione di democrazia è ben più esigente rispetto a quella di democrazia liberale.

L'accontentarsi delle richieste minimali della democrazia liberale produce un certo compiacimento rispetto all'affermarsi di ciò che può chiamarsi «postdemocrazia»[1]. In base a questo modello, anche se le elezioni continuano a svolgersi e condizionare i governi, il dibattito elettorale è uno spettacolo saldamente controllato, condotto da gruppi rivali di professionisti esperti nelle tecniche di persuasione e si esercita su un numero ristretto di questioni selezionate da questi gruppi. La massa dei cittadini svolge un ruolo passivo, acquiescente, persino apatico, limitandosi a reagire ai segnali che riceve. A parte lo spettacolo della lotta elettorale, la politica viene decisa in privato dall'interazione tra i governi eletti e le élite che rappresentano quasi esclusivamente interessi economici. Anche questo modello, come l'ideale opposto, più ambizioso, è di fatto un'esagerazione, ma nella politica contemporanea si possono ritrovare sufficienti elementi perché valga la pena chiedersi dove si collochi la nostra vita politica su una scala che va dal modello minimalista di democrazia a quello più ambizioso; ed in particolare per stabilire in quale direzione sembri muoversi tra questi due poli. Pare purtroppo che ci muoviamo sempre di più verso il polo postdemocratico e questo spiega il diffuso senso di disillusione e disappunto per il livello della partecipazione e per il rapporto tra la classe politica e la massa dei cittadini in molte, forse nella maggior parte, delle democrazie avanzate[2].

Se così è, i fattori che causano questa tendenza servono anche a spiegare un altro aspetto, che sta particolarmente a cuore ai socialdemocratici ed a chi sostiene l'egualitarismo politico. Nelle condizioni in cui la postdemocrazia cede sempre maggior potere alle *lobby* economiche, è scar-

[1] AGNELLI U., L*a sfida globale: appunti di economia per il terzo millennio*, ADN KRONOS Libri, Roma, 2000.

[2] AUGÈ M., *Non luoghi. Introduzione a una antropologia della surmodernità*, Eleuthera, Milano, 1993.

sa la speranza di dare priorità a forti politiche egualitarie che mirino alla redistribuzione del potere e della ricchezza o che mettano limiti agli interessi più potenti.

Inoltre, se la politica sta diventando postdemocratica in questo senso, allora la sinistra ed il centro vivranno una trasformazione che sembra rovesciare molte delle conquiste ottenute nel corso del XX secolo. In quell'epoca, la sinistra ed il centro hanno lottato, in alcune fasi ed in alcuni luoghi in forme graduali ed essenzialmente pacifiche, altrove ed in altre fasi opponendosi a violenze e repressioni, affinché la voce della gente comune fosse presa in considerazione negli affari dello Stato. Queste voci sono destinate ad essere di nuovo strozzate, visto che i poteri economici continuano a sfruttare i loro strumenti per esercitare un'influenza, mentre quelli del *demos* appaiono indeboliti? Questo non comporta un ritorno puro e semplice alla situazione di inizio XX secolo, perché, pur muovendoci nella direzione opposta, siamo in un momento storico diverso e portiamo con noi l'eredità del nostro passato recente.

La democrazia, piuttosto che un percorso circolare ha compiuto una parabola il cui tracciato tocca due volte la stessa altezza, una in fase ascendente e l'altra in fase discendente, dopo aver superato il centro della figura.

Se guardiamo per esempio alla classe operaia britannica vediamo come, nel corso del XX secolo, quella classe sia passata attraverso vari stadi: inizialmente era una forza debole ed esclusa ma sempre più numerosa ed insistente nel bussare alla porta della vita politica; poi ebbe un breve momento saliente nella fase di affermazione del *welfare state*, dei keynesiani al potere e delle relazioni istituzionalizzate fra le parti sociali; infine si è ridotta ad un raggruppamento sempre più scarno e disorganizzato ai margini della vita politica, mentre i traguardi raggiunti a metà del secolo vengono smantellati. L'affermarsi del potere politico della classe operaia in questi Paesi è stato graduale e massiccio, il declino particolarmente repentino. In altri Paesi in cui l'affermazione è stata altrettanto graduale ed estesa - innanzitutto i Paesi scandinavi - il declino è stato meno accentuato. I lavoratori nordamericani hanno ottenuto conquiste meno rilevanti prima di un crollo ancor più profondo. Con qualche eccezione (p. es. Olanda e Svizzera), nella maggior parte dell'Europa occidentale ed in Giappone la fase storica dell'ascesa è stata più turbolenta e segnata da violenze. I Paesi dell'Europa centrale e orientale hanno avuto un percorso diversissimo a causa delle distorsioni e deformazioni arrecate dal comunismo ai movimenti dei lavoratori[3].

[3] BARCELLONA P., *Le passioni negate: globalismo e diritti umani*, Troina, 2001.

Il declino della classe operaia è solo un aspetto, per quanto importante, della parabola democratica. Le due questioni, la crisi dell'egualitarismo e la banalizzazione della democrazia, non coincidono necessariamente. I sostenitori dell'egualitarismo potrebbero dire che per loro non conta quanto un governo manipoli la democrazia, a patto che esso distribuisca in modo più equo la ricchezza ed il potere nella società. Un democratico conservatore farebbe notare che alzando la qualità del dibattito politico non necessariamente si migliorano le politiche distributive. Ma, in un punto cruciale, le due questioni coincidono ed è su questo punto che intendo concentrare l'attenzione. L'idea fondamentale è che mentre le forme della democrazia rimangono pienamente in vigore - ed oggi in qualche misura sono anche rafforzate -, la politica ed i governi cedono progressivamente terreno cadendo in mano alle *élite* privilegiate, come accadeva tipicamente prima dell'avvento della fase democratica; una conseguenza importante di questo processo è la perdita di attrattiva, sempre più accentuata, da parte di argomenti a favore dell'egualitarismo. Vedere i mali della democrazia solo come colpa dei *mass media* e dell'ascesa degli psicoanalisti o degli errori personali dei politici significa ignorare che si stanno verificando processi ben più profondi[4].

2. *La fase democratica*

Una società si avvicina probabilmente all'accezione piena di democrazia, negli anni immediatamente successivi alla sua affermazione o subito dopo una grave crisi del regime, quando l'entusiasmo per la partecipazione politica è massimo; quando molti gruppi ed organizzazioni di base diverse si impegnano insieme a definire delle priorità politiche che corrispondano finalmente ai loro bisogni; quando gli interessi di potere che dominano nelle società non democratiche vengono presi in contropiede e messi sulla difesiva; e fintanto che il sistema politico non ha scoperto come gestire e manipolare i nuovi bisogni. I movimenti politici ed i partiti popolari possono benissimo essere dominati da capi tutt'altro che democratici nel modo di fare; ma quantomeno sono soggetti alla vivace pressione di un movimento popolare, che a sua volta rappresenta in qualche modo le aspirazioni della base[5].

Nella maggior parte dei Paesi dell'Europa occidentale ed in America settentrionale la fase democratica è iniziata attorno alla metà del XX

[4] Beck U., *I rischi della libertà*, Il Mulino, 2002.
[5] Bauman Z., *Modernità liquida*, traduzione di Sergio Minacci, Roma Bari, 2005.

secolo: poco prima della seconda guerra mondiale negli Stati Uniti e nei Paesi scandinavi; subito dopo in molti altri Paesi. A quell'epoca, non solo gli ultimi grandi movimenti di resistenza alla democrazia - fascismo e nazismo - erano stati sconfitti in una guerra globale, era anche il cambiamento politico a procedere di pari passo con un grande sviluppo economico che rese possibile realizzare numerosi obiettivi democratici. Per la prima volta nella storia del capitalismo, la salute generale dell'economia veniva vista in relazione alla prosperità della massa dei salariati. Questa convinzione venne chiaramente espressa nelle politiche economiche associate alla dottrina keynesiana, come pure nella logica del ciclo di produzione di massa e consumo di massa incarnato nei cosiddetti modi di produzione fordisti. Nelle società industriali che non divennero comuniste, venne raggiunto un certo compromesso sociale tra interessi d'impresa del capitalismo e masse lavoratrici[6]. In cambio della sopravvivenza del sistema capitalistico e del generale acquietarsi della protesta contro le diseguaglianze da esso prodotte, gli interessi economici impararono ad accettare certi limiti nell'uso discrezionale del potere. La forza politica democratica concentrata a livello dello Stato nazionale fu in grado di garantire il rispetto di questi limiti, in quanto le aziende erano in gran parte subordinate all'autorità degli Stati nazionali.

Questo modello di sviluppo si è mostrato nella sua forma più pura nei Paesi scandinavi, nei Paesi Bassi ed in Gran Bretagna. Altrove, si notano differenze significative. Anche se gli Stati Uniti iniziarono il processo insieme ai primi con le grandi riforme del *welfare* negli anni Trenta, la diffusa debolezza del movimento dei lavoratori americano portò ad un generale logoramento dei progressi iniziali nel *welfare* e nella politica delle relazioni industriali durante gli anni Cinquanta, benché gli Stati Uniti restassero in linea di massima keynesiani nell'approccio alle politiche economiche fino agli anni Ottanta. La democrazia approssimativa dell'economia americana, basata su produzione di massa e consumo di massa, aveva continuato a riprodursi. La Germania dell'Ovest, viceversa, non si imbarcò in una gestione keynesiana della domanda sino alla fine degli anni Sessanta, ma ebbe relazioni tra le parti sociali fortemente istituzionalizzate e, in pratica, un forte Stato sociale. In Francia ed in Italia il processo fu meno chiaro. Si verificò un'ambigua combinazione tra concessioni alle richieste della classe operaia per rendere meno attraente il comunismo ed esclusione dai governi per i principali partiti dei lavora-

[6] Berlin I., *Two Concepts of Liberty*, in *Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford UP, 1982 (tr. it. in *Quattro saggi sulla libertà*, Feltrinelli, Milano 1989).

tori, poiché erano comunisti. La Spagna, il Portogallo e quasi sempre la Grecia non entrarono affatto nella fase democratica fino agli anni Settanta, quando vennero meno le condizioni che avevano prolungato il modello postbellico.

L'alto grado di impegno politico di massa dei primi anni del dopoguerra fu in parte conseguenza della ricostruzione postbellica, un compito collettivo estremamente importante e, in alcuni Paesi, anche un effetto residuo del carattere collettivo della vita in tempo di guerra. Questa situazione, in quanto tale, non avrebbe potuto durare a lungo: le *élites* appresero presto a manipolarla e a gestirla opportunamente. La gente era delusa, annoiata o presa dagli affari quotidiani. La crescente complessità delle questioni dopo il completamento delle riforme iniziali rese sempre più difficile tenersi informati, fare considerazioni intelligenti e persino capire da che parte si stava[7].

Gli anni postbellici si rivelarono piuttosto ambigui. In molti Paesi la forza inedita della politica democratica fu accompagnata da una recrudescenza del conservatorismo. La facile governabilità di molti popoli negli anni del dopoguerra rafforzò probabilmente nelle *élites*, la convinzione di poter convivere con la democrazia e quindi contribuì ad affermare forme di democrazia che nei decenni precedenti sarebbero state impossibili. Il revival conservatore fu in parte provocato dal comportamento del regime sovietico, che rafforzò le forze anticomuniste negli Stati Uniti, in Francia, Germania, Italia ed altrove; in parte dalla gratitudine popolare per il benessere diffuso dal capitalismo tra le masse, un benessere senza precedenti di cui godettero la maggior parte delle società occidentali negli anni Cinquanta da parte di generazioni che avevano sperimentato in precedenza la guerra, la disoccupazione di massa e, spesso, la dittatura. Gli osservatori politici degli anni Cinquanta non sono propensi a descriverli come un momento di forte impegno democratico di massa, ma parlano piuttosto di apatia, fine dell'ideologia e godimento apolitico del benessere.

Gli effetti di questi "fattori pacificanti", svanirono quando una nuova generazione, più sicura di sé, giunse a maturazione negli anni Sessanta esplodendo nel fenomeno generalmente noto come "il Sessantotto". Tra studenti, lavoratori ed altri soggetti nacque una nuova esigenza di partecipazione ed impegno nella gestione della vita pubblica e del lavoro. Nell'Europa occidentale, negli Stati Uniti ed anche in alcune parti del-

[7] AGNELLI U., *La sfida globale: appunti di economia per il Terzo Millennio*, ADN KRONOS Libri, Roma, 2000.

l'Europa centrale la fase democratica di metà secolo viveva una "nuova stagione". Il crollo della soggezione politica provocato dall'avvento della democrazia di massa era stato dunque rinviato fino ad allora. Vi furono effetti durevoli sullo stile della politica e le modalità di relazione tra dirigenti e masse. Tuttavia nuove profonde ambiguità erano contenute anche in queste risposte, che stavano gradualmente creando il fenomeno della postdemocrazia[8]. Le due crisi petrolifere degli anni Settanta misero fine alla crescita delle aspettative post-sessantottine di una democrazia partecipativa scevra da conflitti e fondata sul benessere, e misero anche a repentaglio la capacità del sistema keynesíano di gestire l'inflazione. Allo stesso tempo, la nascita dell'economia dei servizi ed il declino dell'industria manifatturiera come fonte di occupazione erano destinati a mettere in crisi il ruolo dei lavoratori manuali nel sostenere il ciclo di produzione/consumo e la democrazia di massa.

Gli effetti di queste vicende non furono uniformi nei vari Paesi occidentali. Le implicazioni di quest'ultimo fattore in particolare furono avvertite con molto ritardo in Germania, Austria, Giappone e, in qualche misura, in Italia, dove l'industria ha continuato ad essere solida e ad impiegare un crescente numero di addetti più a lungo che altrove. La situazione era notevolmente diversa in Spagna, Portogallo e Grecia, dove i lavoratori stavano appena iniziando a godere della partecipazione politica che i loro cugini settentrionali avevano sperimentato già da vari decenni. Questo fatto sfociò in un breve periodo in cui la socialdemocrazia sembrò prendersi una vacanza estiva: i Paesi scandinavi e baltici che ne erano stati a lungo la roccaforte si spostarono a destra, mentre la sinistra acquistò un ruolo significativo nei governi di molti Paesi mediterranei. Fu tuttavia un breve interludio. Anche se questi governi nel Sud dell'Europa fecero enormi passi avanti nell'estendere il *welfare*, prima di allora minimo, nei rispettivi Paesi (Maravall, 1997), la socialdemocrazia non riuscì a radicarsi in profondità. La classe operaia non acquistò la forza che aveva accumulato altrove, al culmine del sistema industriale[9].

Le cose andarono anche peggio in Italia, Spagna e Grecia, Paesi i cui governi furono coinvolti in scandali per corruzione politica. Alla fine degli anni Novanta, è divenuto chiaro che la corruzione non era assolutamente limitata ai partiti di destra o ai Paesi meridionali, ma era un aspetto diffusissimo della vita politica (della Porta, 2000; della Porta e Mény, 1995; del-

[8] Boldrini C., *Globalizzazione economica e democrazia,* Bologna, 2002.

[9] Ferrari Bravo L., *Dal fordismo alla globalizzazione*. Cristalli di tempo politico, Manifestolibri, 2001.

la Porta e Vannucci, 1999). In effetti, la corruzione è un indicatore evidente della scarsa salute della democrazia, poiché segnala una classe politica cinica, amorale ed avulsa dal controllo e dal rapporto con il pubblico[10]. Una triste lezione impartita inizialmente dai Paesi dell'Europa meridionale e subito dopo replicata in Belgio, Francia e talvolta in Germania e Regno Unito è stata che i partiti di sinistra non erano assolutamente immuni dal fenomeno che i loro movimenti stigmatizzavano o che avrebbero dovuto stigmatizzare. Alla fine degli anni Ottanta la *deregulation* su scala globale dei mercati finanziari ha spostato il centro della dinamica economica dal consumo di massa alla Borsa. Negli Stati Uniti ed in Gran Bretagna, prima, ma subito dopo anche in altri Paesi, per effetto imitativo, la massimizzazione del valore delle azioni è divenuta il principale indicatore del successo di un'impresa economica (Dore, 2000); mentre il dibattito su un'economia dalla ripartizione più equa procedeva a rilento. La partecipazione al reddito dei lavoratori rispetto al capitale, che era cresciuta costantemente per decenni, cominciò ad arretrare di nuovo ovunque. L'economia democratica era stata addomesticata di pari passo alla politica democratica[11].

Gli Stati Uniti continuavano a godere della reputazione di esempio globale di democrazia e, verso l'inizio degli anni Novanta, divennero di nuovo, come nel periodo postbellico, il modello senza rivali per chi cercava dinamismo e modernità. E, tuttavia, il modello sociale proposto ora dagli Stati Uniti era molto diverso da quello precedente. All'epoca, per la maggior parte degli europei e per i giapponesi rappresentava un compromesso proficuo tra un vigoroso capitalismo con *élítes* molto ricche da una parte e valori egualitari, forti sindacati e stato sociale del New Deal dall'altro. I conservatori europei avevano in sostanza creduto che non vi fosse spazio per uno scambio fruttuoso tra loro e le masse, una convinzione che condusse molti di loro a sostenere l'oppressione ed il terrore fascista e nazista nel periodo tra le due guerre. Quando questo approccio alle sfide popolari crollò con la guerra e l'ignominia, le loro aspirazioni si spostarono potentemente sul compromesso americano fondato sulla produzione di massa. Fu in questo modo, come anche grazie ai successi militari ottenuti durante la guerra, che gli Stati Uniti diedero forma alla legittima pretesa di essere il campione mondiale della democrazia[12].

[10] Bourdieu P., *Contre-feux, Liber, Paris 1998; e P. Bourdie, L. Wacquant, Les ruses de la raison impérialiste*, «Actes de la recherche en sciences sociales», 121-122 (1998).

[11] Giddens A., *Il mondo che cambia. Come la globalizzazione ridisegna la nostra vita*, Il Mulino, 2000.

[12] Girard R., *Le bouc missaire*, Paris, Editions Grasset & Pasquelle, 1982. (tr. it., *Il capro espiatorio*, Adelphi, 1988.

Durante gli anni di Reagan, però, gli Stati Uniti mutarono profondamente. Lo Stato sociale era ridotto al minimo, i sindacati marginalizzati, la distanza tra ricchi e poveri era divenuta più simile a quella di Paesi meno avanzati mettendo in dubbio l'associazione storicamente consueta tra modernizzazione e riduzione dell'ineguaglianza (OECD, 1997). Nel 2001, l'Ocse ha stabilito che la percentuale di nordamericani che vivono in condizioni di povertà endemica è più elevata che in qualsiasi altro Paese dell'Europa occidentale, mentre i soli che si avvicinano a quel livello sono Grecia e Portogallo[13].

Ecco un esempio americano che le *élites* di ogni parte del mondo, comprese quelle che stavano emergendo dal comunismo, potevano accogliere a braccia aperte. Contemporaneamente il concetto americano di democrazia era sempre più simile a quello di un governo limitato entro un'economia capitalista senza restrizioni con la riduzione della componente democratica alle mere elezioni. Quanto le aspettative democratiche si siano ridimensionate si può vedere dal compiacimento per la palese presenza di gravi brogli elettorali in Florida durante le presidenziali del 2000, un risultato determinante per la vittoria di George W. Bush, fratello del governatore della Florida. Il sentimento prevalente sembrò essere che un risultato - qualsiasi risultato - era essenziale per ridare fiducia alle Borse e questo era più importante che stabilire quale fosse il reale verdetto della maggioranza[14].

3. *Crisi della democrazia*

Data la difficoltà di sostenere una qualche forma di democrazia che si avvicini al modello più ambizioso, bisogna accettare come inevitabile il declino della fase democratica, fatte salve nuove fasi di crisi e cambiamento che consentano un nuovo impegno o, il che è più realistico in una società in cui sia stato raggiunto il suffragio universale, l'emergere all'interno del sistema esistente di nuove identità in grado di mutare le forme della partecipazione popolare[15].

Si potrebbe affermare che la democrazia stia attualmente vivendo una delle sue fasi più splendide. Non solo i governi eletti di cui si dice-

[13] Dahrendorf R., *Quadrare il cerchio*, Laterza, 1995.

[14] Ferrari Bravo L., *Dal fordismo alla globalizzazione*. Cristalli di tempo politico, Manifestolibri, 2001.

[15] Cesareo V., *Globalizzazione e contesti locali. Una ricerca sulla realtà italiana*, F.Angeli, 2001.

va all'inizio godono della massima estensione, ma per avvicinarci a casa, nei cosiddetti Paesi avanzati si può chiaramente sostenere che i politici sono meno riveriti che mai e godono del minor tasso di rispetto acritico da parte del pubblico e dei *mass media*. I governi ed i loro segreti sono sempre più spesso messi a nudo di fronte allo sguardo democratico. Vi sono richiami insistenti e spesso ascoltati affinché i governi siano più aperti, vengono perorate riforme costituzionali che li rendano responsabili di fronte al popolo. I politici erano creduti e rispettati da elettori ingenui e deferenti più di quanto meritassero. Da una parte, possiamo dire che i politici odierni manipolano l'opinione, ma da un altro punto di vista, questo indica che i politici sono così preoccupati dalle opinioni di un elettorato complesso ed acuto da dover dedicare enormi risorse alla scoperta di ciò che quell'elettorato pensa con l'ansia di comportarsi di conseguenza. Non è forse un progresso nella qualità della democrazia il fatto che oggi i politici siano più preoccupati rispetto ai loro predecessori nel dare forma ai programmi politici, cercando di prendere spunto da ricerche di mercato e sondaggi d'opinione?[16]

Questa visione ottimistica della democrazia attuale non ha nulla da dire sulla questione fondamentale del potere delle *élites* economiche. Ma c'è una differenza importante tra due concetti di cittadino democratico attivo che sfugge alle teorie più ottimistiche. Nell'accezione positiva si ha cittadinanza attiva quando gruppi ed organizzazioni di persone sviluppano insieme identità collettive, ne percepiscono gli interessi e formulano autonomamente richieste basate su di esse che poi girano al sistema politico. E attivismo nell'accezione negativa, protesta ed accusa, quando lo scopo principale della discussione politica è vedere i politici chiamati a render conto, messi alla gogna e sottoposti ad un esame ravvicinato della loro integrità pubblica e privata. Questa differenza trova un parallelismo stretto in due diverse concezioni dei diritti dei cittadini. I diritti positivi, tendono a sottolineare la capacità dei cittadini di partecipare alla politica: il diritto di voto, il diritto di associarsi ed organizzarsi, quello di essere informati al meglio. I diritti negativi, sono quelli che proteggono l'individuo dagli altri e soprattutto dallo Stato: il diritto di citare in giudizio ed il diritto alla proprietà[17].

La democrazia ha bisogno di entrambi questi approcci alla cittadinanza, ma attualmente quello negativo è molto più al centro dell'atten-

[16] CHOMSKY N., *I cortili dello zio Sam*, Gamberetti, 1996.

[17] FUCECCHI E., *Glob glob: la globalizzazione spiegata ai ragazzi*, Editrice Missionaria Italiana, 2000.

zione. Un dato preoccupante, perché ovviamente è la cittadinanza in positivo a rappresentare le energie creative della democrazia. Il modello negativo, con la sua aggressione contro la classe politica, condivide con l'approccio passivo alla democrazia l'idea che la politica sia essenzialmente un affare che riguarda le *élites*, soggette ad essere accusate ed incolpate da una massa che sta a guardare e si arrabbia quando scopre che hanno commesso qualche errore. Paradossalmente, ogni volta che consideriamo un disastro o un fallimento risolto, in un modo o nell'altro, quando un povero ministro o funzionario è costretto a dimettersi, diventiamo conniventi con un modello che considera il governo e la politica come un affare riservato solamente a piccoli gruppi decisionali.

Infine, potremmo mettere in discussione l'efficacia delle mosse verso il "governo aperto", la trasparenza, l'apertura all'indagine ed alla critica che possono altrimenti essere viste come il contributo al bene generale del neoliberismo nell'ultimo quarto del XX secolo, dato che attualmente quelle mosse sono contrastate dalle misure che rafforzano la sicurezza dello Stato e la segretezza. Questa è la conseguenza di una serie di circostanze. In molti Paesi c'è stato un aumento avvertibile della criminalità e della violenza, l'immigrazione dai Paesi poveri verso i Paesi ricchi e l'arrivo di stranieri in generale hanno destato preoccupazione. Quest'ansia ha trovato un culmine simbolico nell'attentato suicida portato a termine dai terroristi islamici negli Stati Uniti 1'11 settembre 2001. Da allora, negli Stati Uniti come in Europa, si è tornati a giustificare il segreto di Stato ed a rifiutare il diritto di mettere in discussione le attività dello Stato, mentre dall'altra parte è cresciuto il diritto dello stesso a spiare la popolazione e violare i diritti recentemente acquisiti alla *privacy*. È probabile che in futuro molte delle conquiste relative alla trasparenza dei governi fatte negli anni Ottanta e Novanta saranno revocate, tranne quelle che sono essenziali agli interessi finanziari globali[18].

4. *Alternative alle politiche elettorali*

Prove a discapito della tesi secondo cui la democrazia si starebbe indebolendo vengono dal vivace universo dei gruppi di pressione e dell'impegno per qualche causa, che sta crescendo di importanza. Non incarnano forse un'accezione sana e positiva di cittadinanza? C'è il rischio di concentrarsi troppo sulla politica nel senso limitato della lotta di par-

[18] Giddens A., *Le conseguenze della modernità*, Il Mulino, Bologna 1994.

tito ed elettorale, trascurando invece la creatività dei cittadini che si svolge lontano da questa arena nel più vasto ambito dei singoli movimenti che lottano per una causa. Si potrebbe anzi affermare che le organizzazioni a difesa dei diritti umani, dei senzatetto, del Terzo Mondo, dell'ambiente e così via rappresentano una democrazia ben più ricca, poiché ci consentono di orientarci su cause specifiche, mentre la scelta di un partito ci obbliga a sottoscrivere l'intero pacchetto. Inoltre, la gamma degli oggetti d'azione disponibili è molto più estesa del semplice sostenere l'elezione dei politici. I moderni mezzi di comunicazione, come Internet, rendono ancora più facile ed economico organizzare e coordinare nuovi gruppi di interesse[19].

È un argomento molto forte che contiene alcune risposte all'*impasse* attuale. Tuttavia presenta anche dei punti deboli. Dobbiamo innanzitutto distinguere tra l'attivismo che persegue un programma essenzialmente politico, cercando di ottenere dalle istituzioni pubbliche un'azione concreta, un provvedimento legislativo, o un'intervento finanziario, e coloro che invece intervengono in prima persona saltando a pie' pari tutte le questioni tradizionalmente affidate alla politica.

I gruppi di interesse che si contrappongono a quelli dell'impegno politico sono cresciuti considerevolmente negli ultimi tempi. Questo è in parte un riflesso delle difficoltà che sta vivendo la democrazia e del diffuso scetticismo sulle sue capacità. Il fenomeno è tipico degli Stati Uniti, dove il disgusto della sinistra per il monopolio esercitato sulla politica dai potentati economici si unisce al rifiuto di un governo "grosso" da parte della destra, che preferisce celebrare le virtù civili non politiche. Da notare, a questo proposito, la straordinaria popolarità tra i liberali statunitensi del libro di Robert Putnam sulla società civile La *tradizione* civica *nelle regioni* italiane (Putnam, Leonardi e Nanetti, 1993), un resoconto piuttosto idealizzato di come in varie zone d'Italia forti valori e prassi di cooperazione e fiducia all'interno di comunità si siano sviluppati fuori dalla sfera statale. Gli studiosi italiani sottolineano però come Putnam trascuri il ruolo fondamentale dell'attività politica *locale* nel sostenere questo modello (Bagnasco, 1999; Piselli, 1999; Trigilia, 1999).

Anche nel Regno Unito si è assistito ad una crescita rilevante e diversificata di gruppi di *self help*, reti di cooperazione, attività assistenziali di quartiere e volontariato che cercano disperatamente di colmare il vuoto lasciato dallo smantellamento progressivo del *welfare state.* La maggior

[19] WALLERSTEIN I., *Il capitalismo storico. Economia, politica e cultura di un sistema mondo*, Einaudi, Torino, 1983.

parte di questi fenomeni sono interessanti, validi e degni di nota. Tuttavia, proprio perché comportano un allontanamento dalla politica, non possono essere citati come indicatori dello stato di salute della democrazia, un concetto politico per definizione. Tanto è vero che alcune di queste attività possono svilupparsi anche in società non democratiche, dove l'impegno politico è pericoloso o impossibile e dove lo Stato è particolarmente propenso all'indifferenza verso i problemi sociali[20].

Il secondo tipo di organizzazioni è più complesso: campagne e *lobby* con un preciso orientamento politico che, senza cercare di influenzare od organizzare l'elettorato, agiscono direttamente sulla politica governativa. La vitalità di questo tipo di gruppi attesta una società *liberale* forte, che però non coincide con una *democrazia* forte. Dato che siamo ormai abituati all'idea di "democrazia liberale" come un tutt'uno, tendiamo a non vedere che vi sono due elementi in azione. La democrazia richiede una certa eguaglianza di massima nella reale capacità di influire sui risultati politici da parte di tutti i cittadini. Il liberalismo richiede opportunità libere, diversificate e vaste di influire su questi risultati. Queste due condizioni sono correlate ed interdipendenti. Di certo l'ideale più ambizioso di democrazia non può svilupparsi senza un forte liberalismo; ma le due cose sono differenti ed in qualche misura persino in conflitto[21].

La differenza è stata ben compresa nei circoli della borghesia liberale ottocentesca, acutamente consapevoli di una tensione: più si insiste sul criterio dell'eguaglianza di possibilità politiche, più è probabile che vengano create norme e limitazioni per ridurre l'ineguaglianza, mettendo a repentaglio la rivendicazione del liberalismo di modalità di azione molteplici e libere.

Facciamo un esempio semplice ma importante. Se non si pongono restrizioni ai fondi che i partiti ed i loro amici possono usare per promuovere la loro causa e sul tipo di mezzi di comunicazione e pubblicità che possono finanziare, è chiaro che i partiti che godono di maggiori risorse finanziarie avranno maggiori probabilità di vincere le elezioni. Un tale regime favorisce il liberalismo ma danneggia la democrazia, poiché non crea un terreno di competizione uniforme come vorrebbe il criterio egualitario. È il caso della politica statunitense. Viceversa, se lo Stato finanzia i partiti, pone restrizioni alla spesa per la campagna elettorale, impone dei limiti agli spot televisivi, contribuisce a garantire l'eguaglianza di massima e così sostiene la democrazia ma a spese della libertà.

[20] TONNIES F., *Comunità e società*, Comunità, Milano, 1963.
[21] VACCAIO S., *Il pianeta unico. Processi di globalizzazione*, Elèuthera, 1999.

Il mondo dei gruppi di interesse, dei movimenti e delle *lobby* appartiene al campo politico liberale piuttosto che a quello democratico, un campo in cui poche regole governano le modalità per esercitare un'azione politica. Le risorse a disposizione delle varie cause variano enormemente e sistematicamente. Le *lobby* che rappresentano interessi economici sono sempre di gran lunga avvantaggiate, per due diverse ragioni. Primo, come sostenuto in modo convincente da Lindblom (1977), un ex sostenitore del modello americano di pluralismo poi deluso, gli interessi economici sono in grado di minacciare i governi che, se non saranno ascoltati, non avranno successo in quel settore, un fatto che a sua volta mette a repentaglio gli obiettivi di crescita economica sostenuti dal governo stesso. In secondo luogo, possono controllare enormi somme per finanziare la loro stessa attività, non solo perché sono ricchi in partenza, ma anche perché il successo del loro gruppo ne aumenterà i profitti: i costi sostenuti per gestire la *lobby* costituiscono un investimento. Gli interessi non economici di rado possono usare un argomento così potente come il danno alla crescita economica; e il successo della loro attività lobbistica non porterà un vantaggio materiale (il che è vero, per definizione, di un interesse non economico), perciò i loro costi rappresentano una spesa, non un investimento[22].

Coloro che sostengono di poter lavorare meglio per, poniamo, un'alimentazione sana creando un'associazione che faccia pressione sul governo ed ignori la politica elettorale, dovrebbero ricordare che le industrie chimiche ed alimentari muoveranno corazzate contro le loro barchette a remi. Un liberalismo fiorente consente certo ad ogni tipo di causa, buona o cattiva, di cercare uno spazio politico e rende possibile una ricca gamma di forme di partecipazione pubblica alla politica. Ma a meno che non sia compensato da una sana democrazia in senso stretto, si muoverà sempre in modo distorto. Naturalmente, la politica elettorale dei partiti è massacrata anche dalle diseguaglianze nel finanziamento prodotte dalla presenza di interessi economici. Ma questo dipende dal grado di liberalismo cui è consentito di infiltrarsi all'interno della democrazia: quanto più viene garantito un terreno di gioco equilibrato in materia di finanziamento dei partiti ed accesso ai *media*, tanto più è vera democrazia. D'altra parte, più 1e modalità del fare politica liberale si sviluppano mentre la democrazia elettorale si atrofizza, più quest'ultima diviene vulnerabile a distorsioni e diseguaglianze e più si indebolisce la qualità democratica del governo. La vitalità del mondo dell'associazionismo dimostra che esi-

[22] SODA A., *Le organizzazioni intenazionali*, Avvenimenti, 1999.

ste la potenzialità di approssimarsi all'ideale più elevato di democrazia, ma questo aspetto non può essere valutato appieno finché non esaminiamo l'uso che le forze post-democratiche vanno facendo delle opportunità offerte dalla società liberale.

Argomenti analoghi si possono usare per respingere la tesi neo-liberale secondo cui i cittadini moderni non hanno più bisogno dello Stato come i loro predecessori; che sono più autosufficienti e più capaci e desiderosi di raggiungere i loro obiettivi attraverso l'economia di mercato; e che dunque è ragionevole che siano meno interessati alle questioni politiche (p. es. vedi Hardin, 2000). Le *lobby* delle multinazionali non mostrano di disinteressarsi all'uso dello Stato per ottenere vantaggi personali. Come dimostra l'attuale situazione degli Stati Uniti, queste *lobby* insidiano da presso tanto lo Stato non-interventista e neoliberale con spesa pubblica contenuta, quanto il *welfare state* di manica più larga. Insomma, più lo Stato rinuncia ad intervenire sulle vite della gente comune, rendendole indifferenti verso la politica, più fatalmente le multinazionali possono mungere, più o meno indisturbate, la collettività. Il mancato riconoscimento di questo fatto è la principale ingenuità del pensiero neo-liberale[23].

5. *I sintomi della postdemocrazia*

Se usiamo solo due concetti - democrazia e non-democrazia - non possiamo spingerci molto lontano nella discussione sullo stato di salute della democrazia. L'idea di postdemocrazia ci aiuta a descrivere situazioni in cui una condizione di noia, frustrazione e disillusione fa seguito ad una fase democratica; quando gli interessi di una minoranza potente sono divenuti ben più attivi della massa comune nel piegare il sistema politico ai loro scopi. Quando le *élites* politiche hanno appreso a manipolare e guidare i bisogni della gente; quando gli elettori devono essere convinti ad andare a votare da campagne pubblicitarie gestite dall'alto. Non è una situazione di non-democrazia ma la descrizione di una fase in cui ci siamo ritrovati, per così dire, sulla parabola discendente della democrazia. Molti sintomi segnalano che questo sta accadendo nelle società contemporanee avanzate, dimostrando che ci stiamo dunque allontanando dall'ideale più elevato di democrazia per andare verso un modello postdemocratico[24].

[23] SCHILLER D., *Capitalismo digitale: il mercato globale in rete*, Università Bocconi Editore, Milano, 2000.

[24] A.DI PAOLO E F.LONGONI, *Crisi globale e capitale umano*, VENEZIA : MARCIANUM PRESS, 2010

La postdemocrazia può essere considerata in questo modo. Da una parte, i cambiamenti associati ad essa ci portano oltre la democrazia, verso una forma di sensibilità politica più flessibile rispetto alle contrapposizioni che hanno prodotto i pesanti compromessi di metà Novecento. In certa misura, siamo andati oltre l'idea di governo del popolo per sfidare l'idea di governo *tout court*. Questo si riflette nel cambiamento di senso nel concetto di "cittadinanza" di cui abbiamo parlato prima: il crollo della deferenza verso il governo, soprattutto nell'approccio alla politica da parte dei *mass media*; l'insistenza sulla totale apertura da parte dei governi; la riduzione dei politici a qualcosa di più simile a bottegai che legislatori, ansiosi di scoprire cosa vogliono i loro "clienti" per restare a galla[25].

Il mondo politico, quindi, reagisce, a sua volta alla posizione subalterna e scomoda in cui questi cambiamenti minacciano di relegarlo. Incapace di tornare alle precedenti posizioni di autorità e rispetto, incapace di discernere se non a fatica le richieste che arrivano dalla popolazione, ha fatto ricorso alle ben note tecniche contemporanee di manipolazione politica, che gli assicurano la superiorità di conoscere l'opinione del pubblico senza che questo sia in grado di controllare il processo a proprio beneficio. Inoltre, imita i metodi di altri mondi dotati di un'identità più certa e sicura: l'industria dello spettacolo e la commercializzazione dei beni. Da questo emergono i noti paradossi della politica contemporanea: sia le tecniche per manipolare l'opinione pubblica sia i meccanismi per esporre la politica all'esame pubblico diventano sempre più sofisticati, mentre il contenuto dei programmi di partito e le caratteristiche della rivalità tra partiti diventano sempre più vaghi ed insulsi. Non si può definire questo genere di politica non-democratica od antidemocratica, perché proviene in gran parte dalla preoccupazione dei politici verso la relazione con i cittadini. Ma allo stesso tempo è difficile attribuirle l'attributo di democratica, perché moltissimi cittadini sono ridotti ad una partecipazione manipolata, passiva e rarefatta[26].

E in questo contesto che possiamo comprendere le osservazioni di certi esponenti di spicco del partito neo-laburista britannico a proposito dell'esigenza di creare istituzioni democratiche che vadano oltre l'idea dei rappresentanti eletti in Parlamento, citando l'uso dei *focus group* come esempio (Mulgan, 1997). L'idea è assurda. Un *focus group* politico è un pic-

[25] Stiglitz Joseph E., *La globalizzazione e i suoi oppositori*, trad. di Daria Cavallini, Torino, 2002.

[26] Sennett R., *L'uomo flessibile. Le conseguenze del nuovo capitalismo sulla vita personale*, Feltrinelli, 1999.

colo gruppo rappresentativo di un campione sociale del pubblico messo insieme da un istituto che lavora per un'organizzazione, di solito un partito politico od il governo. Al gruppo vengono date questioni da discutere e l'istituto osserva in che modo le opinioni siano influenzate dalla discussione e la portata di certi elementi informativi. Come mezzo per studiare il formarsi di vari punti di vista il processo è molto interessante dal punto di vista accademico. Ma come sistema di formazione dell'opinione democratica è altamente soggetto a manipolazioni. Il programma e le informazioni sono completamente in mano agli organizzatori: sono loro a scegliere i partecipanti, le questioni, il modo in cui devono essere discusse ed il modo di analizzare i risultati.

Tuttavia i politici, in una fase postdemocratica, si confrontano con un pubblico confuso e passivo nell'elaborazione dei propri programmi[27]. In potenza, tutti i componenti formali della democrazia sopravvivono nella postdemocrazia, compatibilmente con la complessità di una fase "post". Tuttavia, dovremmo aspettarci di riscontrare qualche erosione nel lungo periodo, via via che ci allontaniamo, scettici e disillusi, dal modello ideale di democrazia. La reazione dell'opinione pubblica statunitense allo scandalo delle presidenziali del 2000 dimostra che ciò è accaduto. In Gran Bretagna, ci sono prove di un esaurimento della democrazia sia tra i conservatori che tra i neo-laburisti nell'atteggiamento verso i governi locali, le cui funzioni stanno gradualmente scomparendo con scarse reazioni sia nelle istituzioni del governo centrale sia nelle aziende private. Dovremmo aspettarci anche l'eliminazione di alcuni puntelli fondamentali della democrazia e quindi un ritorno ad alcuni elementi caratteristici della fase predemocratica all'interno della parabola di questa esperienza. La globalizzazione degli interessi economici e la frammentazione della restante popolazione producono questo fenomeno, spostando l'asse politico da coloro che cercano di limitare le diseguaglianze di ricchezza e potere a favore di coloro che desiderano riportarle ai livelli predemocratici[28].

Alcune delle reali conseguenze di questo processo sono già verificabili in molti Paesi. Il *welfare state* diventa poco a poco residuale, destinato al povero bisognoso piuttosto che parte dei diritti universali della cittadinanza; i sindacati vengono relegati ai margini della società; torna in auge il ruolo dello Stato come poliziotto e carceriere; cresce il divario

[27] È certamente comprensibile che debbano vedere un *focus group* come una guida più scientifica alle opinioni diffuse, rispetto agli strumenti rozzi ed inadeguati dei loro partiti di massa che affermano di essere la voce del popolo, l'alternativa fornita storicamente dal modello di democrazia dei movimenti dei lavoratori.

[28] STRANGE S., *Chi governa l'economia mondiale?*, Il Mulino, Bologna 1998.

tra ricchi e poveri; la tassazione serve meno alla redistribuzione del reddito; i politici rispondono in prima istanza alle esigenze di un pugno di imprenditori ai quali si consente di tradurre i propri interessi particolari in linee di condotta politica generali; i poveri smettono progressivamente di interessarsi al processo in qualsiasi forma e non vanno neppure a votare, tornando volontariamente alla posizione che erano obbligati ad occupare nella fase predemocratica[29].

Almeno nelle società occidentali, il potere privato non sottoposto a regole era una caratteristica delle società predemocratiche quanto il potere statale non regolamentato[30].

La postdemocrazia dà un contributo specifico anche al carattere della comunicazione politica. Tornando a considerare le diverse forme della discussione politica dei decenni tra le due guerre e del dopoguerra, è sorprendente constatare - almeno nei Paesi anglofoni - quanto fossero simili i linguaggi e gli stili nei documenti governativi, nel giornalismo serio o popolare, nei manifesti dei partiti e nei discorsi dei politici. Certamente si notano differenze di lessico e complessità tra un rapporto ufficiale rivolto alla comunità responsabile delle politiche ed un quotidiano a diffusione di massa, ma paragonate ad oggi sono poca cosa. Oggi il linguaggio dei documenti ufficiali è rimasto più o meno simile a quello di allora, mentre i giornali a larga tiratura ed i programmi di partito sono totalmente diversi: di rado aspirano a una qualche complessità di linguaggio o di argomentazioni. Chi sia abituato a questo stile, dovendo improvvisamente accostarsi ad un documento ufficiale avrebbe serie difficoltà a capirlo. I notiziari televisivi, oscillando faticosamente tra questi due mondi, offrono probabilmente un grosso servigio nell'aiutare la gente a collegare le due cose[31].

Le tribune politiche televisive dell'immediato dopoguerra sembrano comiche se viste oggi; ma lo sono perché quelle persone parlano il lin-

[29] Vi è una profonda ambiguità nella tendenza postdemocratica ad un crescente sospetto nei confronti della politica ed al desiderio di sottoporla a regole ferree, di nuovo evidente soprattutto negli Stati Uniti. Un importante elemento della fase democratica era la richiesta popolare che il potere del governo fosse usato per contestare le concentrazioni di potere privato. Un diffuso cinismo nei confronti della politica e dei politici, scarse aspettative nei confronti dei loro obiettivi, un controllo ferreo del loro campo d'azione e del potere di cui dispongono è dunque consono ai programmi di chi desidera tenere a freno lo Stato attivo sia nella forma di *welfare state* che di Stato keynesiano, proprio per liberare e sottrarre alle regole quel potere privato.

[30] Pianta M., *Globalizzazione dal basso. Economia mondiale e movimenti sociali*, Manifestolibri, 2001.

[31] Ramonet I., *La tirannia della comunicazione*, Asterios, 1999.

guaggio normale delle conversazioni serie con i vezzi e le stranezze che abbiamo tutti. Ci sembra strano perché siamo abituati a sentire i politici parlare non come persone normali ma con la parlantina e le affermazioni levigate caratteristiche della loro categoria. Le chiamiamo "dichiarazioni alla stampa" e, avendole etichettate in tal modo, smettiamo di pensare a quello che succede. Come per il linguaggio dei *tabloid* o della letteratura di partito, questa forma di comunicazione non somiglia né al linguaggio ordinario dell'uomo della strada, né al linguaggio utilizzato nelle discussioni politiche vere e proprie. E pensato per rimanere inattaccabile da parte di queste due grandi forme del discorso democratico.

Ciò solleva diverse questioni. A metà Novecento la popolazione era in media meno istruita di quella attuale: era in grado di comprendere le discussioni politiche? Certamente all'epoca si recava alle urne un maggior numero di persone rispetto alle generazioni successive, in molti Paesi si acquistavano regolarmente giornali scritti in un linguaggio piuttosto formale e per i quali si spendeva più di oggi, in proporzione al reddito.

Ecco quello che è poi successo. Presi di sorpresa dall'esigenza di democrazia e quindi dalla sua realizzazione, i politici nella prima metà del XX secolo si sono dati da fare a cercare strumenti per rivolgersi al nuovo pubblico di massa. Per un po' è sembrato che solo demagoghi manipolatori come Hitler, Mussolini e Stalin avessero scoperto il segreto del potere attraverso la comunicazione di massa. I politici democratici venivano posti su un livello del discorso grosso modo uguale al loro elettorato per la goffaggine dei loro tentativi di rivolgersi alle masse. In seguito l'industria pubblicitaria americana iniziò a sviluppare le proprie capacità grazie soprattutto alla spinta delle emittenti commerciali: era nata la persuasione come mestiere specializzato. A lungo il settore si dedicò soprattutto all'arte di vendere beni ma la politica e altri utenti della persuasione lo tallonavano dappresso, ansiosi di assorbire le innovazioni dell'industria pubblicitaria e di rendere la loro attività il più possibile simile alla vendita, in modo da poter trarre il massimo vantaggio dalle nuove tecniche. Siamo talmente abituati a questo fenomeno da dare per scontato che un programma di partito sia un "prodotto" e che i politici tentino di "venderci" il loro messaggio, ma non è affatto scontato. In teoria erano disponibili altri modelli efficaci di come parlare ad un vasto numero di persone, tra cui le prediche religiose, l'insegnamento scolastico ed il giornalismo popolare serio. Un esempio particolarmente interessante di quest'ultimo è dato dallo scrittore britannico George Orwell, che si sforzò di fare della comunicazione politica di massa una forma d'arte e qualcosa di profondamente serio (per un resoconto particolarmente accurato di ciò vedi Crick, 1980). Tra gli anni Trenta e Cinquanta il model-

lo orwelliano è stato considerevolmente imitato nel giornalismo popolare britannico, ma oggi ne sopravvive ben poco. Il giornalismo popolare, come la politica, iniziò a modellarsi sulla pubblicità: messaggi stringati che richiedono sforzi di concentrazione minimi; l'uso delle parole per formare immagini di alto impatto anziché argomentazioni che facciano appello all'intelligenza. La pubblicità non è una forma di dialogo razionale: non dimostra con delle prove, ma associa i suoi prodotti ad un insieme particolare di immagini. Non consente replica: il suo scopo non è suscitare la discussione, ma indurre all'acquisto. L'adozione dei suoi metodi ha aiutato i politici ad affrontare il problema della comunicazione di massa, ma non è servita alla causa della democrazia.

Un politico potrebbe replicare a questa tesi che il modello pubblicitario lavora semplicemente meglio di altre forme di discorso. Se l'approccio pedagogico o la comunicazione semplice ma intellettuale alla Orwell avessero operato altrettanto bene, si sarebbero affrettati sicuramente ad usarli in alternativa. Ciò che non potremo mai sapere è come si sarebbero sviluppate le capacità di questi altri modelli, se avessero ricevuto l'enorme apporto di risorse e professionalità riservato al modello pubblicitario in virtù del suo peso economico. Sappiamo che, nel XIX secolo, la forma di comunicazione di massa in cui sono state devolute più risorse, specie nei Paesi protestanti, è stata quella religiosa. I politici del XIX secolo e dei primi del XX usavano un tipo di discorso essenzialmente religioso, indipendentemente dal fatto di essere religiosi o laici. Tale forma decadde dall'uso politico quando il discorso religioso stesso perse potere e risorse. Quella che sembra la forma di comunicazione più efficace in un dato momento dipende in parte dal modo in cui le risorse sono state di fatto distribuite, consentendo maggiormente ad alcune forme di perfezionare i loro punti di forza[32].

Un altro aspetto del degrado della comunicazione politica di massa è la crescente personalizzazione della politica elettorale. Campagne elettorali interamente basate sulla personalità dei candidati erano caratteristiche delle dittature e della politica elettorale in società con un sistema partitico poco sviluppato ed un dibattito politico scarso. Con qualche eccezione sporadica (come Konrad Adenauer e Charles de Gaulle), tale personalizzazione è stata molto meno diffusa nella fase democratica; il suo ritorno massiccio di questi ultimi tempi è un altro aspetto della parabola. La promozione delle presunte qualità carismatiche del *leader* del par-

[32] Hallin, Daniel C., *Modelli di giornalismo : mass media e politica nelle democrazie occidentali*, Bari : GLF editori Laterza, 2010

tito, le foto e gli spot della sua persona in pose adeguate e convincenti prendono sempre più il posto del dibattito sulle questioni e gli interessi in conflitto. La politica italiana è stata a lungo immune da questo fenomeno, fino al 2001, quando Silvio Berlusconi ha organizzato l'intera campagna elettorale del centrodestra alle elezioni politiche *attorno al suo personaggio,* disseminando ovunque sue gigantografie opportunamente ringiovanite, in forte contrasto con lo stile assai più partitocentrico che l'Italia aveva adottato dopo la caduta di Mussolini. Invece di usare questo argomento per contrattaccare, l'unica risposta immediata del centrosinistra è stata identificare un individuo abbastanza fotogenico tra i suoi leader allo scopo di imitare il più possibile la campagna di Berlusconi[33].

Ancor più esagerato è stato il ruolo della personalità nella campagna elettorale per le politiche olandesi del 2002, quando Pini Fortuyn non solo ha fondato un nuovo partito esclusivamente attorno alla sua persona, ma l'ha addirittura chiamato col suo nome *(Lijst Pim Fortuyn)*, con un successo così strepitoso da andare avanti nonostante (o grazie al fatto che) sia stato assassinato poco prima delle votazioni. Nel giro di pochi mesi la formazione è più o meno crollata, anche perché i partiti principali hanno assorbito parte del suo programma. Il fenomeno Fortuyn è, allo stesso tempo, un esempio di postdemocrazia ed una specie di tentativo di reagire ad essa. Dimostrare la prima affermazione è facile: si fa uso di una personalità carismatica per sostenere un insieme vago ed incoerente di politiche che non riflettono alcun interesse articolato a parte il disagio per la massa di nuovi immigrati nei Paesi Bassi; ci si rivolge a settori della popolazione che hanno perso il loro senso originario di identità politica senza aiutarli a trovarne una nuova. La società olandese è un caso particolarmente lampante di rapida perdita d'identità politica: non solo, come la maggior parte delle società dell'Europa occidentale, ha subìto una perdita di chiare identità di classe, ma anche un calo brusco dell'importanza delle identità religiose, che, fino agli anni Settanta, svolgevano una funzione estremamente importante nel consentire agli olandesi di individuare la loro specificità culturale oltre che politica all'interno della loro società assai articolata.

Oltre a costituire aspetti della decadenza della discussione politica seria, il ricorso all'industria dello spettacolo quale fonte di idee su come catalizzare l'interesse in politica, la progressiva incapacità dei cittadini di oggi nel dare forma ai loro interessi, la crescente complessità tecnica delle questioni ed il fenomeno della personalità si possono spiegare come

[33] ROBERTSON R., *Globalizzazione. Teoria sociale e cultura globale*, Asterios, 1999.

risposte ad alcuni problemi della postdemocrazia stessa.

Ma campagne elettorali interamente basate sulla personalità dei candidati portano a che la competizione elettorale assuma la forma di una ricerca di individui dotati di carattere ed integrità - ricerca inutile perché un'elezione di massa non fornisce dati su cui basare una verifica di questo tipo. Quel che accade, viceversa, è che i politici promuovano un'immagine della loro rettitudine ed integrità, mentre i loro oppositori scavano ancor più a fondo nella loro vita privata alla ricerca di prove del contrario.

6. *Esplorare la postdemocrazia*

Ci si deve aspettare che la democrazia al livello più elevato generi confusione, ma sorge la questione di cosa emerga per riempire il vuoto politico che si viene a creare. Oggi la forza più evidente in campo è la globalizzazione economica. Le grandi multinazionali hanno spesso superato la capacità di amministrazione di singoli Stati nazionali. Se non apprezzano il regime fiscale o normativo in un Paese, esse minacciano di trasferirsi altrove e gli Stati entrano sempre più in competizione fra loro nella disponibilità di offrire condizioni favorevoli, poiché hanno bisogno di quegli investimenti. Semplicemente la democrazia non ha tenuto il passo con la corsa del capitalismo[34]. Al massimo riesce ad amministrare certi raggruppamenti internazionali di Stati, ma anche quello di gran lunga più importante, l'Unione Europea, è un goffo pigmeo a paragone con gli agili giganti delle multinazionali. E comunque la sua qualità democratica, anche applicando *standard* minimi, è scarsa.

Parallelamente al rafforzamento dell'azienda globale e dell'azienda in generale si è verificato un indebolimento dell'importanza politica dei lavoratori comuni. Il declino dei mestieri all'origine delle organizzazioni del lavoro che guidarono l'ascesa di richieste politiche di massa ci ha lasciato con una popolazione frammentata e politicamente passiva, che non ha creato organizzazioni per dare voce alle sue esigenze. Ancor più, il declino del sistema keynesiano e della produzione di massa ha ridotto l'importanza economica della massa popolare: la parabola della politica legata alla classe operaia[35].

Questi cambiamenti nella posizione politica dei principali gruppi sociali hanno importanti conseguenze per il rapporto fra partiti politici

[34] C. Crouch, *Postdemocrazia*, traduzione di Cristana Paternò, Bari, Laterza, 2009

[35] S. Curreri, *Democrazia e rappresentanza politica : dal divieto di mandato al mandato di partito*, Firenze, Firenze university press, 2004

ed elettorato. Questo è particolarmente rilevante per i partiti di sinistra, che storicamente hanno rappresentato i gruppi ora respinti ai margini dell'interesse politico; ma dato che molti problemi riguardano la massa dell'elettorato in generale, la questione si rivela ben più ampia. Modelli di partito creati per affrontare l'ascesa della democrazia sono stati trasformati gradualmente e impercettibilmente in qualcos'altro.

L'assioma politico contemporaneo sulla sparizione della classe sociale è anch'esso un sintomo di postdemocrazia. Nelle società non democratiche, i privilegi di classe sono sbandierati con orgoglio ed arroganza, ed alle classi subordinate si chiede di riconoscere tale loro condizione; la democrazia sfida i privilegi di classe in nome delle classi subordinate; la postdemocrazia nega l'esistenza di entrambi, privilegi e subordinazione. Anche se questa negazione può essere vigorosamente contestata attraverso l'analisi sociologica, è certamente via via più difficile per chiunque, a parte gli azionisti e la classe manageriale, sempre più sicuri di sé, percepirsi, o essere percepiti, come un gruppo sociale chiaramente definito. Questo fatto, e lo squilibrio che produce, è una causa rilevante dei problemi della democrazia.

Verso la fine del XIX secolo gruppi di operai, molti di quelli specializzati ed anche alcuni di quelli non specializzati, si organizzarono con successo creando i sindacati ed aspirando alla piena partecipazione politica nella gran parte del mondo industrializzato, ma con esperienze molto diverse nei vari Paesi. In Francia, Svizzera e Stati Uniti la conquista della democrazia formale andò a scapito dell'affermazione delle organizzazioni del lavoro - con un paradossale indebolimento degli interessi dei lavoratori autonomamente organizzati in queste nazioni. In alcuni altri casi - come Gran Bretagna e Danimarca - non vi fu un'unica battaglia risolutiva per il suffragio, ma un progresso graduale. In molti altri casi la lotta fu difficile, violenta ed in numerosi Paesi non fu vinta se non dopo periodi più o meno lunghi di fascismo od altre forme di repressione. Nonostante questa estrema diversità sulla strada della democrazia, quasi sempre la classe operaia ha sperimentato qualche forma di esclusione politica. Vi era anche un forte senso di esclusione sociale, poiché la maggior parte dei gruppi di lavoratori non manuali del periodo ritenevano persino gli operai specializzati socialmente inadeguati. Questi fattori erano rafforzati da modelli di segregazione abitativa che producevano comunità di una sola classe nelle periferie di molte città industriali.

Le distinzioni non erano mai nette, ed altre divisioni si dimostrarono spesso più importanti: con l'eccezione della Scandinavia, le differenze tra cattolici e protestanti, o religiosi e laici, o entrambi, contrastavano e spesso oscuravano quelle tra le classi. Tuttavia, l'attività politica

di classe era sufficiente a colpire nel segno. La relativa esclusione sociale dei lavoratori portava a temere il loro malcontento e la miseria di una parte di essi era un preoccupante problema sociale - noto nel dibattito politico in ambito cattolico come la *questione sociale*. Dalla fine del XIX secolo al terzo venticinquennio del XX, la principale preoccupazione in politica interna fu la gestione dell'esistenza di questa classe. Mentre nelle società fortemente cattoliche la crescita di partiti autonomi dei lavoratori, e dunque l'esplosione di un aperto conflitto politico di classe, fu indebolita dalla forza della lealtà religiosa interclassista, i conflitti proseguirono all'interno della Democrazia cristiana stessa (Kersbergen, 1996).

In questo periodo, la classe si accresceva numericamente, e probabilmente anche nel reddito, tanto che cominciò ad incidere sui consumi, nella politica delle relazioni industriali e del benessere sociale. Poteva ragionevolmente essere presentata come la classe del futuro, ed i politici di quasi tutti i partiti sapevano che il loro futuro dipendeva dalla loro capacità di rispondere alle sue richieste. Inoltre, fu solo quando l'economia venne ristrutturata per rendere possibili condizioni di vita favorevoli alla classe lavoratrice, a metà del XX secolo, che decollò il capitalismo della produzione di massa.

Allora, a metà degli anni Sessanta, le dimensioni della classe operaia iniziarono a declinare, prima in America del Nord, Gran Bretagna e Scandinavia, poi gradualmente nel resto del mondo industriale, compresi Paesi come Italia, Francia e Spagna, che stavano ancora sperimentando il declino dell'agricoltura associato all'ascesa dell'industria (Crouch, 1999, cap. 4°). L'aumentata produttività e l'automazione ridussero il numero dei lavoratori necessari ad una data unità produttiva, mentre cresceva costantemente l'impiego nelle attività amministrative di supporto, come nei vari settori del terziario (specie quelli associati al *welfare state).* Il fallimento di molte industrie negli anni Ottanta e le nuove tendenze dell'innovazione tecnologica negli anni Novanta minarono ancor più l'occupazione nel settore industriale. Mentre molte persone, soprattutto uomini, continuavano a svolgere lavori manuali, la classe operaia cessò di essere la classe del futuro.

Verso la fine del XX secolo, gran parte di essa si trova impegnata unicamente in battaglie difensive, protezioniste. Questo fenomeno è più chiaro e drammatico nel Regno Unito, dove un movimento dei lavoratori un tempo potente fu messo a terra da una triplice crisi: una de-industrializzazione particolarmente rapida a seguito della debolezza della base industriale del Paese; un profondo e micidiale conflitto all'interno del Partito laburista; uno sciopero dei minatori organizzato disastrosamente. A livello politico il Partito laburista aveva cominciato a rispondere al rela-

tivo declino della classe operaia almeno a partire dagli anni Sessanta con diversi tentativi di allargare la sua coalizione a vari gruppi emergenti di lavoratori non manuali. Questo tentativo è riuscito in particolare con uomini e donne impiegati nella pubblica amministrazione, una componente di rilievo dell'impiego non manuale all'epoca. La sbandata disperata a sinistra nei primi anni Ottanta, tuttavia, ha spinto a dimenticare il ruolo storico di partito orientato al futuro per tentare di creare coalizioni di esclusi. Nel Nord in via di de-industrializzazione, a Liverpool, il partito fu respinto ad assumere il ruolo di provocatorio baluardo del proletariato - la stessa strategia adottata dal Partito comunista francese per molti anni con esiti disastrosi. Nel Sud cosmopolita e post-moderno, a Londra, vi furono tentativi di forgiare una coalizione arcobaleno non classista degli esclusi, mettendo insieme minoranze etniche ed interessi variegati legati soprattutto a tematiche sessuali - un cammino intrapreso all'epoca anche dai Democratici statunitensi.

Le due strategie, quella di Liverpool e quella di Londra, erano entrambe destinate al fallimento. La classe operaia aveva aperto il secolo col futuro che bussava alla porta, rappresentando l'interesse collettivo in un'epoca minata dall'individualismo: aveva portato il messaggio della cittadinanza universale e le possibilità dei consumi di massa in una società che conosceva solo beni di lusso per i ricchi e beni di sussistenza per i poveri. Alla fine rappresentava i perdenti della storia: il richiamo al *welfare state* prese la forma di appelli speciali alla compassione, anziché di richieste universali di cittadinanza. Nel corso del secolo la classe aveva percorso la sua parabola.

Altrove il modello si rivelò diverso, a volte di gran lunga. Italia, Spagna, Portogallo e Francia sperimentavano lo spostamento verso sinistra, normale conseguenza del declino della società rurale, mentre i loro partiti comunisti, relativamente forti, si liberavano dalla sudditanza al regime sovietico. Temporaneamente questo portò ad un *aumento* di forza del movimento dei lavoratori di cui si parlava prima. In Germania ed Austria l'occupazione nel settore industriale rimase forte assai più a lungo, limitando l'esigenza di un aggiustamento della strategia, anche se, dagli anni Novanta, questo ha avuto l'effetto di rendere i movimenti dei lavoratori in questi Paesi particolarmente restii al cambiamento e scarsamente adattabili. Una base industriale in crisi colpì i movimenti scandinavi erodendo la loro posizione egemonica nelle rispettive società, ma il forte ruolo esercitato nella prima metà del secolo impedì loro di essere emarginati. Tuttavia, verso la fine del XX secolo, un declino serio ed irreversibile in termini numerici toccava in sorte alla classe operaia in tutto il mondo industrializzato. L'esperienza britannica degli anni Ottanta

rimane il caso estremo di marginalizzazione politica, ma non fu un'eccezione[36].

7. *L'incoerenza delle altre classi*

Più difficile raccontare la storia di classe della restante parte - oggi decisamente la maggioranza - della popolazione: i gruppi diversi ed eterogenei di professionisti, amministrativi, impiegati statali ed addetti al commercio, bancari, burocrati e dipendenti dalle organizzazioni del *welfare state.* Storicamente definiti da livelli di istruzione, reddito e condizioni di lavoro superiori rispetto ai lavoratori manuali, la maggior parte di questi gruppi sono stati riluttanti ad allearsi ad interessi ed organizzazioni dei lavoratori, anche se di rado sono riusciti a creare profili politici autonomi[37]. I loro sindacati sono in genere deboli (con l'eccezione rilevante dei professionisti e degli impiegati statali); i comportamenti elettorali sono piuttosto diversificati, mancano le tendenze nette delle classi operaia e borghese[38].

Questo non significa che chi appartiene a questi gruppi sia indifferente alla vita pubblica. Al contrario, questi individui, presi singolarmente, sono spesso membri di organizzazioni e gruppi di interesse, ma si disperdono in uno spettro politico molto ampio, e quindi non sottopongono al sistema politico un programma chiaro di richieste, come fa la risorta classe capitalista e come faceva un tempo la classe operaia. Sono spesso considerati politicamente più vicini al capitale, per il fatto che nei sistemi bipartitici tendono storicamente a votare per formazioni antisocialiste anziché per partiti del lavoro. Ma la loro posizione è più complessa; per esempio sono forti sostenitori dello Stato sociale, specie per quanto riguarda i servizi per la salute, l'istruzione e le pensioni.

Un esame più approfondito ci consente di individuare modelli più definiti all'interno di questa massa media. Esiste, spesso, una divisione pubblico/privato con la sfera pubblica più soggetta ad essere sindacalizzata e - piuttosto ovviamente - coinvolta in organizzazioni e *lobby* per la tutela dei servizi pubblici. La privatizzazione di gran parte del settore pubblico rispondeva ad una logica elettorale negli anni Ottanta e No-

[36] Nazioni Unite: Development Programe, *Lo sviluppo umano 9: i consumi ineguali*, Rosenberg & Sellier, Torino, 1998.

[37] Nazioni Unite: Development Programe, *Lo sviluppo umano 10: la globalizzazione*, Rosenberg & Sellier, 1999.

[38] Padoa-Schioppa T., *Dodici settembre: Il mondo non è al punto zero*, Milano, 2002.

vanta, quando i partiti di centro-destra in alcuni Paesi si sono trovati contro il pubblico impiego in quanto classe ed hanno quindi cercato di ridurne i componenti. (Alla fine del secolo, quando i partiti di centro-sinistra hanno iniziato ad adottare politiche analoghe, si sono trovati in conflitto con una loro componente fondamentale)[39].

Esistono anche distinzioni gerarchiche. Poco o nulla hanno in comune l'impiegato medio ed il dirigente, essendo in genere il reddito ed il livello di istruzione del primo inferiore rispetto a quello di un operaio specializzato. Su questo punto è fondamentale riconoscere il ruolo del genere. In generale, anche se con qualche eccezione, se un lavoratore non manuale è più in basso nella scala gerarchica, ha una paga inferiore e minore istruzione è più probabile che sia una donna. La distinzione di genere costituisce un divario culturale all'interno della scala gerarchica dei lavoratori non manuali del terziario e del commercio almeno altrettanto netto della distinzione manuale/non manuale all'interno della fabbrica.

Se si ritiene che i dirigenti superiori ed i professionisti abbiano buone ragioni per unirsi agli interessi politici del capitale - a meno che non lavorino nel pubblico impiego - il motivo per cui i ranghi inferiori del terziario non abbiano sviluppato una politica autonoma presenta analogie con il motivo per cui le donne non hanno articolato una politica autonoma delle classi non manuali sottoposte, così come invece hanno fatto gli uomini nel caso dei lavoratori specializzati.

Al discorso sulla scarsezza di interessi della piccola borghesia si potrà obiettare che i politici sono addirittura ossessionati da questo gruppo sociale e dal tentativo di soddisfarne le esigenze. Tuttavia queste esigenze vengono affrontate dal sistema politico considerandole un tutt'uno con quelle degli affari. È quello che i partiti di centro-destra hanno fatto, con notevole successo, per molti anni, onde evitare che questi gruppi si alleassero saldamente alla classe operaia. Se formazioni riformiste come i neo-laburisti in Gran Bretagna stanno battendo il centro-destra nel rivolgersi a questa classe, è perché hanno iniziato a fare la stessa cosa e non perché stiano dando voce alle preoccupazioni più vaste di questi gruppi, che potrebbero infastidire le *élites* delle grandi aziende. Si ritiene che non abbiano rimostranze se non sulla qualità dei servizi pubblici - il che viene sempre più interpretato come una richiesta di privatizzarli. Vengono incoraggiati a non cercare strumenti di miglioramento sociale ma limitarsi con deferenza a salire, loro o i loro figli, la scala gerarchica stabilita dalle *élites* industriali. Da questo, deriva l'ossessione della politi-

[39] Revelli M., Tripodi P., *Lo stato della globalizzazione*, Leoncavallo Libri, 1998.

ca contemporanea per l'istruzione, che sembra garantire il più importante mezzo sicuro per la mobilità verso l'alto. Dato che a godere della mobilità sociale è solo una minoranza in competizione con tutti gli altri, è una strana politica offrirla come soluzione generale all'insoddisfazione esistenziale, che può essere risolta temporaneamente a livello politico (ma non nella realtà) spingendo i genitori a dare la colpa dei relativi insuccessi dei propri figli agli insegnanti.

La relazione con la politica delle nuove categorie sociali create nell'ambito dell'economia postindustriale si conforma pienamente, dunque, al modello postdemocratico: è nei loro confronti che la manipolazione politica è usata più spesso; quel gruppo rimane infatti in larga misura passivo e manca di autonomia politica. Ciò non sorprende, essendo questi i gruppi che sono cresciuti numericamente nella fase postdemocratica. È interessante notare che essi non rientrano neppure nella nostra parabola. I lavoratori non manuali non hanno sperimentato un periodo di esclusione politica in passato, in quanto erano troppo pochi nella fase predemocratica; durante la fioritura della democrazia hanno giocato un ruolo passivo, mentre le forze impegnate del grande capitale e dei lavoratori organizzati (soprattutto operai) lottavano per trovare un compromesso sociale. Di conseguenza per loro le cose non cambiano granché con l'avvento della postdemocrazía[40].

8. *Il partito nella postdemocrazia*

I testi di scienze politiche di solito rappresentano la relazione tra i partiti ed il loro elettorato con una serie di cerchi sempre più grandi collegati tra loro: il più piccolo contiene il nucleo dei dirigenti e dei loro consiglieri; poi vengono i rappresentanti parlamentari; quindi i militanti, gente che passa molto del suo tempo a fare attività di partito, come amministratori ed attivisti locali, collaboratori stipendiati; dopo vengono i tesserati ordinari, che fanno poco per il partito ma vogliono mantenere un legame simbolico con esso, ogni tanto danno una mano e pagano regolarmente le quote di iscrizione; oltre ci sono i sostenitori, gli elettori fedeli che non fanno niente per il partito se non votarlo immancabilmente; infine, il cerchio più ampio rappresenta l'elettorato in senso lato, che il partito cerca di convincere a votare per sé.

Nel modello puro di partito democratico questi cerchi sono concentrici: i dirigenti vengono fuori dagli attivisti, che vengono fuori dagli iscrit-

[40] MILL J.S., *Saggio sulla libertà*, Est, 1999.

ti, i quali fanno parte di quella parte dell'elettorato che il partito cerca di rappresentare e ne riflettono preoccupazioni ed interessi. Una importante funzione dei cerchi intermedi è collegare i dirigenti politici all'elettorato in un'interazione reciproca attraverso i vari livelli del partito. Questo modello è particolarmente importante per l'immagine che i partiti dei lavoratori hanno di sé, ma anche per alcuni partiti cristiano-democratici, per i partiti regionalisti e separatisti, per alcuni partiti fascisti: tutti questi sono nati al di fuori del Parlamento come movimenti sociali ed hanno poi sviluppato un'appendice parlamentare[41]. Nei decenni più recenti, tuttavia, questo modello è diventato sempre più importante anche per i partiti più antichi, quelli nati all'interno dell'*élite* politica e che si sono poi dati da fare per crearsi un movimento nazionale, allorché si trovarono spiazzati dalla diffusione dell'era democratica. Per una strana ironia questi partiti tendono a presentarsi più spesso come movimenti proprio nel periodo in cui l'avanzata della postdemocrazia rende più realistico il loro modello precedente di *élite* politica avulsa dal contesto[42].

All'interno di un'organizzazione fondamentalmente simile al modello democratico si verificano sempre delle tensioni quando la dirigenza ha la sensazione che gli attivisti siano un campione fin troppo benevolo dell'elettorato leale al partito. Allora è prevedibile che si useranno altri metodi per conoscere le opinioni degli elettori, un compito difficile sino alla metà del XX secolo ed all'invenzione dei sondaggi d'opinione: fu in questa fase che i membri attivi del partito poterono arrogarsi il diritto di interpretare le posizioni dei votanti. Oggi le cose sono molto cambiate.

Le tensioni sono cresciute ulteriormente quando la dirigenza si è convinta che la base garantita dall'elettorato leale era divenuta troppo ristretta e ha cominciato a guardarsi intorno per cercare voti nel serbatoio elettorale complessivo. Se questo comporta l'avvicinamento a gruppi estranei agli attivisti, assolutamente non concentrici rispetto al partito, si verificheranno dei conflitti. Se si riesce a portare alcuni dei nuovi gruppi all'interno del partito, tra i membri attivi, il conflitto avrà luogo tra i militanti, ma il partito si sarà rinnovato in modo costruttivo; se i nuovi gruppi sono intercettati solo con i sondaggi d'opinione ed altri metodi non legati all'appartenenza, può verificarsi un curioso legame tra il cerchio più

[41] Latouche S., *L'occidentalizzazione del mondo. Saggio sul significato, la portata e i limiti dell'uniformazione planetaria*, Bollati Boringhieri, 1992.

[42] Habermars J., *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Feltrinelli, 2002.

interno e quello più esterno, a spese di tutte le relazioni intermedie.

I recenti cambiamenti, compresi quelli discussi nei capitoli precedenti relativi all'ascesa dell'azienda ed alla confusione delle strutture di classe, hanno avuto importanti implicazioni per il modello concentrico. Un ulteriore cambiamento è stato l'estensione dei cerchi dei consulenti e delle *lobby* attorno alla dirigenza. Pur potendo distinguere tre gruppi - i dirigenti, i consulenti ed i membri delle lobby - in pratica gli individui si muovono tra queste posizioni, che tutte assieme costituiscono la politica di mestiere[43].

Questo processo modifica la forma del nucleo della dirigenza in relazione agli altri cerchi del partito. Inizia dove iniziava prima, con i dirigenti del partito e gli attivisti di professione nel cuore del partito, coloro che cercano o di fare carriera come dirigenti o di trovare una ricompensa psicologica nel successo. Ma ci sono anche quelli che, pur simpatizzando per il partito ed i suoi scopi, lavorano innanzitutto per soldi. Poi vengono i professionisti puri, ingaggiati per svolgere un certo lavoro dal partito senza che necessariamente ne siano sostenitori. Più importante è il fatto che tutti questi gruppi si sovrappongono ed interagiscono con membri di varie lobby che lavorano in aziende che hanno un interesse negli affari del governo per stabilire contatti con i politici. Un partito che oggi è o potrebbe essere al governo sarà pesantemente coinvolto nelle privatizzazioni e negli appalti. I legami con esponenti governativi possono essere vitali per le aziende che cercano di lucrare su ciò. Gli appalti, sono più importanti perché di solito riguardano servizi vicini al cuore della politica e dunque non completamente privatizzabili ma soggetti a contratti rinnovabili periodicamente. Le aziende intenzionate a ritagliarsi una propria fetta in questi affari sanno bene di dover mantenere contatti permanenti con il nucleo decisionale nel partito di governo. Gli esponenti delle aziende diventano consulenti del partito per determinati periodi, mentre i consulenti del partito trovano lavoro come lobbisti nelle aziende. In tal modo, il nucleo interno viene deformato, stiracchiando il cerchio interno del partito sino a farne un'ellissi che sconfina verso l'esterno, superando di molto i ranghi intermedi del partito.

Tutti i partiti sperimentano questa vulnerabilità. Si nasconde dietro molti scandali per corruzione scoppiati in partiti di tutti i colori nelle società avanzate d'oggi. Una volta che il concetto di ciò che rende speciale il servizio pubblico è diventato oggetto di battute ciniche e di scherno, e che la ricerca del profitto personale è stata eletta, a scopo supremo

[43] HANS P. - SCHUMAN H., *La trappola della globalizzazione*, Raetia, 1997.

dell'essere umano, ci si può aspettare soltanto che politici, consulenti, considerino il vendere la loro influenza politica in cambio di vantaggi come un aspetto importante e del tutto legittimo della loro partecipazione alla vita politica. Ma la questione delle *élites* politiche ellittiche presenta difficoltà specifiche per i partiti socialdemocratici, poiché i loro membri ed il loro nucleo elettorale sono molto più lontani dalle *élites* rispetto ai loro omologhi dei partiti di centro e di destra. Particolarmente problematiche si sono rivelate le conseguenze dei mutamenti avvenuti negli anni Ottanta nella struttura di classe, discussi in precedenza. Con il ridimensionamento della classe operaia, i militanti che guardavano in larga misura a quella classe sono divenuti meno funzionali come mediatori tra la dirigenza e l'elettorato nel suo complesso. I dirigenti, ovviamente, hanno cercato di non cadere in questa trappola storica e si sono rivolti sempre più spesso ad esperti per avere consigli sull'opinione pubblica. I procedimenti utilizzati per conoscere le opinioni dei nuovi gruppi erano gerarchici e passivi; ben poco proveniva da una mobilitazione autonoma dei gruppi stessi. Il risultato di questo impiego di esperti è di allontanare ulteriormente la struttura della dirigenza dai cerchi ideali del partito in direzione dell'ellissi.

Il principale valore storico dei militanti per i dirigenti di partito è stato il loro contributo alla raccolta di voti, o direttamente, prestando la propria attività volontaria non retribuita, o indirettamente, attraverso donazioni e raccolte di fondi. Le aziende, che si aggregano sempre di più attorno ai dirigenti di partito, possono offrire denaro che sarà usato nelle campagne elettorali su scala nazionale, soprattutto in televisione, che hanno quasi completamente rimpiazzato l'attività sul territorio per la raccolta di voti[44].

Dal punto di vista di un dirigente di partito, l'informazione funziona meglio, i risultati sono migliori rispetto al vecchio sistema della militanza. Il contributo degli esperti nell'ellissi è molto più utile dell'entusiasmo dilettantesco che è tutto ciò che il normale attivista di partito può offrire. Se ci basiamo sulle tendenze recenti, il classico partito del XXI secolo sarà formato da una *élite* interna che si auto-riproduce, lontana dalla sua base del movimento di massa, ma ben inserita in mezzo ad un certo numero di grandi aziende che, in cambio, finanzieranno l'appalto di sondaggi d'opinione, consulenze esterne e raccolta di voti, a patto di essere ben viste dal partito quando questo sarà al governo.

Giudicare prematuro lo sbarazzarsi dei militanti di partito è quan-

[44] KANT I., *Per la pace perpetua*, Feltrinelli, 1999.

to si ricava anche dall'esperienza del *New Labour*. Il partito ha fatto un grosso sforzo, premiato dal successo, di attrarre fondi dalle grandi aziende per rendersi indipendente dai sindacati e dal tesseramento di massa. Tuttavia, la nuova politica, con la sua dipendenza dalla presenza massiccia nei *mass media* e dai servizi professionali a pagamento, è assai dispendiosa: il partito ha un bisogno disperato di trovare soldi. I milionari non hanno rimpiazzato iscritti e sindacati, perché il *New Labour* non può permettersi di fare a meno di nessuna fonte di finanziamento, ora che le elezioni sono divenute così costose. Ma le attività che possono attrarre nuovi e ricchi donatori dal settore degli affari possono invece demotivare gli altri sostenitori.

Uno dei fattori che sta dietro al recente aumento di scandali dovuti alla corruzione politica in partiti di ogni tipo e in molti Paesi, tra cui Belgio, Francia, Germania, Italia, Giappone e Spagna, è stata questa grande fame di fondi per le campagne elettorali. Sarebbe sconsiderato un partito che volesse allontanarsi dal tesseramento e dai sindacati per dipendere dai gruppi economici, quando invece può prendere soldi da tutti quanti[45] C'è una strana ironia nel fatto che sia proprio il costo della professionalizzazione del sistema elettorale a spingere di nuovo i partiti tra le braccia degli attivisti tradizionali, ma assieme alla tentazione di ricorrere a pratiche assai dubbie. Attualmente tutte queste forze coesistono a fatica e si guardano reciprocamente con sospetto.

Sin qui si è tentato di dimostrare come, la causa fondamentale del declino della democrazia nella politica contemporanea, sia il forte squilibrio tra il ruolo degli interessi delle grandi aziende e quelli di tutti gli altri gruppi, almeno in linea teorica. Questo riporta la politica ad essere una faccenda che riguarda *élites* chiuse, come accadeva in epoca pre-democratica. Le distorsioni operano a numerosi livelli: a volte come pressioni esterne esercitate sui governi, a volte attraverso mutamenti interni alle priorità del governo stesso, a volte all'interno della struttura stessa dei partiti politici.

Questi cambiamenti, sono così potenti e diffusi che è impossibile prevederne un rovesciamento. Tuttavia, è possibile proporre azioni che tentino di allontanare, almeno in parte, la politica contemporanea dall'inesorabile slittamento verso la postdemocrazia, e ciò a tre livelli distinti: politiche che affrontino la crescente preponderanza delle *élites* economiche; politiche volte alla riforma della prassi politica in quanto tale; azioni che riguardino i cittadini stessi. Il crescente potere politico dell'azienda re-

[45] G. Lafay, *Capire la globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 1998.

sta la trasformazione fondamentale alla base dell'avanzamento della postdemocrazia[46]. Tra le prime generazioni di rivoluzionari questa frase sarebbe stata lo spunto per proporre l'abolizione del capitalismo. Questo non è più praticabile. Se l'entusiasmo per il modo di produzione capitalistico ha raggiunto punte parossistiche di recente (come nel caso della privatizzazione delle ferrovie, degli acquedotti e del controllo del traffico aereo), nessuno ha ancora trovato un'alternativa vera e propria all'azienda capitalista per l'innovazione dei procedimenti e dei prodotti e per la responsabilità verso i consumatori in merito a beni e servizi. Occorre, dunque, cercare di conservare il dinamismo e lo spirito intraprendente del capitalismo, evitando però al tempo stesso che le aziende e i loro dirigenti esercitino poteri incompatibili con la democrazia. La risposta che oggi si dà a questa richiesta è che è impossibile: appena iniziamo a regolamentare e limitare il modo di agire del capitalismo, gli sottraiamo il suo dinamismo[47].

Questo è il *bluff* che il mondo politico ha paura venga attuato. In altre epoche e luoghi la democrazia si è fondata sulla capacità dei politici di ridurre il potere politico degli interessi economici (o militari o religiosi), sostenendo al contempo la loro efficacia come forza creatrice di ricchezza (o di difesa o di morale). Occorre trovare questi equilibri se deve prosperare la democrazia. Un tale compromesso è stato operato tra la democrazia ed il capitalismo delle industrie nazionali a metà del XX secolo. Oggi è col capitalismo finanziario globalizzato che bisogna scendere a patti[48].

Ma porre tale richiesta a livello globale, nella situazione attuale, è cosa molto lontana dal potersi realizzare. Le strutture di governo internazionale stabilite attraverso il Wto, l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico, il Fondo monetario internazionale e (per gli europei) l'Unione Europea, si stanno muovendo nella direzione opposta. In teoria tutte le misure per la "riforma" economica su scala internazionale e la liberalizzazione comportano la rottura delle barriere alla libertà dei grandi gruppi industriali. Con un paradosso assolutamente familiare alla storia economica del capitalismo, anche se la teoria portante è il raggiungimento di mercati quasi perfetti, in pratica la liberalizzazione del commercio senza regole favorisce gli interessi delle multina-

[46] F. Vella, *Capitalismo e finanza : il futuro tra rischio e fiducia,* Bologna, Il mulino, 2011

[47] V.Castronovo, *Il capitalismo ibrido : saggio sul mondo multipolare*, Bari : GLF editori Laterza, 2011

[48] P, Hawken, A. Lovins, L. H. Lovins, *Capitalismo naturale : la prossima rivoluzione industriale,* Milano, Edizioni Ambiente, 2011

zionali[49]. Questo crea oligopoli anziché mercati liberi. La maggior parte delle multinazionali hanno origine negli Stati Uniti, l'unica superpotenza mondiale, e quindi possono sommare il governo di quel Paese alla loro forza lobbistica all'interno delle organizzazioni internazionali. E il governo nordamericano è più coinvolto rispetto a molti altri nella libertà delle grandi aziende. Settori della politica un tempo considerati eccezioni dalle linee politiche del libero mercato, come la sanità o gli aiuti ai Paesi poveri, oggi sono messi in discussione dal governo statunitense, come nelle battaglie perdute dall'Unione Europea per proteggere i consumatori europei da vari additivi chimici nella carne americana o per sostenere le promesse fatte ai produttori di banane dei Caraibi.

Durante gli anni Novanta agli europei, ai giapponesi e ad altri è stato detto che il modello angloamericano di governo delle multinazionali e regolamentazione dell'economia era superiore rispetto ai loro modelli. Il suo sistema di regole garantiva la trasparenza dei comportamenti della dirigenza delle grandi aziende, in primo luogo per il ruolo potente giocato dagli interessi degli azionisti in queste economie neo-liberali. Ma ci fu anche detto che tale trasparenza garantiva una maggiore protezione alla collettività rispetto a forme più chiuse di Stato o regole dell'associazionismo diffuse altrove. Insomma, l'interesse degli azionisti poteva essere visto come equivalente all'interesse pubblico. Arrivando al momento in cui un gran numero di persone stavano diventando piccoli azionisti, questo sistema sembrava fornire una risposta definitiva alle critiche della sinistra secondo cui l'economia capitalista necessitava di regole e controlli dall'esterno[50].

Nel 2008, però, l'America delle multinazionali è stata funestata da una serie di scandali che riguardavano i conti di una buona fetta delle aziende più importanti. Naturalmente, tutti i sistemi producono scandali ed abusi, ma qui era significativo il totale fallimento proprio del sistema di regolamentazione che doveva assicurare la trasparenza e che rendeva migliore il modello angloamericano. Come abbiamo già visto, nel modello rilassato e favorevole alle multinazionali di controllo pubblico il compito di controllare l'onestà dei vertici era delegato ad aziende contabili a cui era anche consentito di vendere servizi commerciali a quegli stessi vertici che dovevano monitorare nell'interesse degli azionisti. Le aziende contabili e gli affari con cui esse entravano in relazione sono en-

[49] Z. Bauman, *Capitalismo parassitario*, Bari, GLF editori Laterza, 2011

[50] S.Amin, *La crisi : uscire dalla crisi del capitalismo o uscire dal capitalismo in crisi?*, Milano, Punto Rosso, 2009

trambi al primo posto nel formare le nuove ellissi politiche.

A cosa abbia portato questa mancanza di veri controlli democratici e trasparenti sugli investimenti dei capitali e le operazioni di borsa connesse agli strumenti più rischiosi lo vediamo dal 2009, anno nel quale abbiamo assistito a quella che è stata la prima recessione dell'epoca della globalizzazione (tanto che nell'agenda del nuovo G8 entra di forza il tema della nuova "*regulation*" della finanza). Essa è in parte da associare proprio ai meccanismi di propagazione del ciclo economico in un contesto di aumentata integrazione fra le diverse aree, che ha reso ciascuna di esse meno isolata dalle tendenze del ciclo economico esterno rispetto al passato. Un peso di rilievo è stato assegnato al fatto che la crisi è derivata in tutti i Paesi dalla reazione delle imprese ad uno *shock* comune, costituito dal cambiamento delle condizioni di accesso al credito e dal timore di dovere fronteggiare una fase di inasprimento dei vincoli di liquidità. La rapidità della propagazione della crisi deriverebbe, quindi, proprio dal fatto che essa si è diffusa attraverso i canali di trasmissione della finanza, piuttosto che attraverso quelli degli scambi commerciali, che solitamente si caratterizzano per reazioni più dilatate dal punto di vista temporale. La peculiare intensità dello *shock* determinatosi con il fallimento della banca d'affari Lehman Brothers, avrebbe poi aggravato la situazione, provocando un deterioramento delle aspettative, da cui sarebbe derivata la repentina caduta della domanda delle imprese. Si può quindi evidenziare come la crisi, pur essendo stata innescata dalle difficoltà del settore bancario e dall'inversione di tendenza dei mercati immobiliari, si sia tramutata ben presto in una crisi dell'industria. Non è un caso che la recessione del 2009 si sia caratterizzata per una spiccata connotazione settoriale, con cadute dei livelli produttivi concentrate soprattutto nei settori industriali. Ripercussioni della crisi si registrano sugli investimenti, sulla caduta dei consumi, sulla disoccupazione.

Ma tornando al mercato dell'economia reale ricordiamo che e le sue regole nel corso dello stesso 2002 il governo statunitense ha imposto nuove tariffe ed aliquote sull'importazione dell'acciaio, in netta violazione dei trattati internazionali ed allo scopo di proteggere la produzione interna. Questo ha notevolmente indebolito l'immagine dell'economia statunitense in quanto esempio delle virtù del libero mercato rispetto alla politica industriale.

L'Unione Europea di per se stessa non è certo un esempio brillante di democrazia. Anche se la Comunità economica europea originaria ebbe luce durante il periodo d'oro della democrazia postbellica, venne concepita come un'istituzione tecnocratica. La democrazia interna alla UE si è sviluppata, a partire dagli anni Ottanta, un periodo in cui gli ap-

procci postdemocratici all'amministrazione erano dominanti tra le *élites*. È dunque una democrazia gracile e cauta. Questi elementi, insieme al fatto che la maggior parte dei governi nazionali si è preoccupata di assicurarsi che la democrazia europea non fosse in alcun modo in competizione con quella degli Stati nazionali, ha prodotto strutture parlamentari estremamente deboli, tagliate fuori dalla vita reale di gran parte della popolazione. Questa situazione può migliorare col passare del tempo: quantomeno è stato istituito un Parlamento eletto, e la Commissione Europea sta costruendo relazioni estese con gruppi d'interesse negli Stati nazionali ed a Bruxelles. Tuttavia, il principale ruolo che l'Unione Europea può svolgere nel processo di democratizzazione è ad un altro livello: basta che affermi la sua presenza con chiarezza e cambi atteggiamento su alcune questioni per opporsi al predominio americano, che altrimenti diverrebbe totalmente egemonico eliminando dunque alternative e possibilità di scelta che sono i requisiti minimi di qualsiasi democrazia.

C'è anche spazio per contrattaccare a livello nazionale sul piano economico. La questione più urgente, a questo proposito, è ridurre il predominio schiacciante che gli interessi d'impresa hanno acquisito nei governi attraverso i vari processi già descritti (Infatti, raggiungere questo obiettivo in un gran numero di singoli Stati è condizione preliminare a qualsiasi azione internazionale).

Secondo l'ideologia neoliberale, all'interno della quale oggi operano più o meno tutti i governi, questi problemi si risolvono creando un'economia di mercato appropriata. Si sostiene che tra i governi e gli interessi d'impresa si sia creata una relazione troppo stretta durante la vecchia fase keynesiana e sotto le varie forme assunte dall'economia corporativa della socialdemocrazia. Una volta che il libero mercato si è affermato, il governo riconosce ed accetta per se stesso il ruolo ristretto di chi pone l'impianto legale di base; le aziende, riconoscendo dal canto loro che il governo non interviene più nell'economia, stanno alla larga dalla politica. Se gli ultimi vent'anni ci hanno insegnato qualcosa è che questa formulazione è erronea: non solo perché l'affidamento all'esterno di pubblici servizi - una prassi imposta dall'ideologia - richiede un'interazione stretta e continua tra funzionari del governo ed aziende. Più in generale, e più sottilmente, una volta che si considera il governo essenzialmente incompetente di fronte alle aziende quali uniche competenti, secondo l'ideologia neoliberale, i governi verranno messi alle strette per cedere alle aziende ed ai vertici delle multinazionali un controllo sempre maggiore sugli affari pubblici. Lungi dal chiarire i confini tra governo ed impresa, il neoliberalismo li ha rimescolati in nuove forme molteplici, ma tutte entro il territorio precedentemente riservato al governo.

Affrontare la conseguente confusione di funzioni e le tentazioni di corruzione richiede di avviare un'azione a vari livelli: servono nuove regole per prevenire, o almeno per regolare da vicino, i flussi di denaro e di personale tra partiti, gruppi di consulenti e *lobby* industriali; vanno chiariti e codificati i rapporti tra *sponsor* privati da una parte e funzionari statali, criteri della spesa pubblica e decisionali dall'altra; va ripristinato il concetto di servizio pubblico come campo con un'etica e *scopi sui generis.* È istruttivo notare che l'*élite* vittoriana in Gran Bretagna, per quanto spesso composta da capitalisti tipici, sviluppò ed impose una profonda comprensione della distinzione tra servizio pubblico e ricerca privata del profitto, senza opporsi in alcun modo alle funzioni di quest'ultima. Le regole concrete che concepì richiederanno senz'altro una revisione radicale in un'epoca in cui la comprensione di come operino le grandi organizzazioni è andata ben oltre il modello della burocrazia classica; ma l'ortodossia corrente - che afferma semplicemente che il servizio pubblico ha "molto da imparare" dall'impresa privata - deve essere aggiornata[51].

Occorre riflettere sulle lezioni - positive e negative - che abbiamo tratto da tanti anni di penetrazione del modello privato nei servizi pubblici. Qual è l'equilibrio tra aumento dell'efficienza e scopi distorti? Quello di ripensare la posizione politica dell'azienda e dei suoi dirigenti è un compito che molti possono condividere. Lo stesso si può dire per la formulazione di nuovi codici legali di condotta, al fine di ricondurre il comportamento dell'impresa globale entro un quadro di compromesso con altri interessi e questioni di rilievo sociale[52]. Ma a chi si rivolge tutta questa zelante attività? Ovviamente la risposta più comune sarà: agli organi di governo. Il governo stesso, oggi, è propenso ad affidarsi ad aziende private di consulenza, esse stesse esempi lampanti del problema. Fedele all'immagine di cittadini attivi, positivi, che sono la linfa vitale della democrazia piena, si deve proporre non un richiamo alla classe politica perché migliori la qualità della nostra democrazia, ma chiedersi cosa dovremmo fare noi stessi affinché tali questioni siano inserite al primo posto nei programmi politici concreti.

Da una parte, sembrerebbe che nella società postdemocratica non possiamo più dare per scontato l'impegno di certi partiti su certe cause. Questo porterebbe alla conclusione che dovremmo voltare le spalle alla

[51] A. Giosi, *Teoria classica della burocrazia e dei processi di modernizzazione della Pubblica Amministrazione,* Roma : Aracne, 2007

[52] V.Ballatori, *Terza via : idee per una globalizzazione equa e solidale che abbia come soggetto l'uomo e non il mercato*, Roma, Albatros, 2011

lotta di partito e dedicare le nostre energie a quelle associazioni che sappiamo continueranno a spingere sulle questioni che ci interessano. Dall'altra parte, abbiamo visto anche che la frammentazione dell'azione politica in una congerie di interessi e *lobby* garantisce vantaggi sistematici ai ricchi ed ai potenti assai più di una politica dominata dai partiti, in cui i partiti stanno dalla parte di sostenitori dall'identità sociale relativamente definita. Da questo punto di vista, trascurare il partito per i gruppi di pressione significa solo accelerare il trionfo della postdemocrazia[53]. Tuttavia, ancora una volta, abbarbicarsi al vecchio modello del partito monolitico significa affondare nella nostalgia per un passato irrecuperabile.

Alcuni osservatori interessati alla ricerca di una "terza via", che eviti le ingombranti istituzioni del passato recente, sono assai più ottimisti circa la prospettiva di rimpiazzare le grandi organizzazioni di partito con strutture più flessibili e meno convenzionalmente "politiche". I principali fautori di questa posizione sono Anthony Giddens con *La terza via* (1998) e Geoff Mulgan con *Politics in an Antipolitical Age* (1994). Tuttavia colpisce il fatto che né l'uno né l'altro consideri problematico il capitalismo o ritenga fondamentale, per risolvere i problemi della società contemporanea, limitare seriamente il potere delle multinazionali[54].

Esistono metodi migliori per riconciliare le contraddizioni tra nuovi movimenti flessibili e solidi vecchi partiti rispetto alla pretesa che non esistano più i problemi che possono essere affrontati solo dai secondi. I partiti, rimangono fondamentali per evitare le tendenze antiegualitarie della postdemocrazia. Ma non possiamo accontentarci di lavorare per i nostri scopi politici solamente *attraverso* un partito; dobbiamo anche lavorare su un partito dall'esterno, appoggiando quei gruppi che faranno pressione su di esso. I partiti che non subiscono alcuna pressione resteranno radicati nel mondo postdemocratico delle *lobby* d'impresa; i gruppi di interesse che tentano di agire senza fare riferimento alla costruzione di forti partiti verranno sovrastati dalle *lobby* d'impresa. Abbiamo bisogno di tenere in relazione reciproca queste due forme di azione apparentemente contrastanti, movimenti e partiti.

In molti Paesi i politici sono allarmati per la crescente apatia dei votanti ed il declino dell'adesione ai partiti. Questo è l'interessante paradosso della classe politica: vuole escludere il più possibile la massa dei

[53] L. Nicastro, *Terza via come prassi : nuovo paradigma di socializzazione politica*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2009

[54] C. K. Prahalad, K. Lieberthal, *La fine dell'imperialismo delle multinazionali*, Milano, Strategiqs, Il sole 24 ore, 2009.

cittadini dal coinvolgimento diretto nel sondare i suoi segreti, organizzare attività all'opposizione, disturbare il rigoroso controllo esercitato dall'ellissi politico-affaristica. Ma vuole disperatamente che le offriamo sostegno passivo e teme la possibilità che possiamo perdere interesse nelle sue attività, smettere di votarla, non dare soldi ai partiti che la costituiscono, insomma ignorarla. La soluzione intravista è quella di trovare mezzi per incoraggiare il massimo livello di minima partecipazione. Se è preoccupata dall'apatia dei votanti, pensa ad estendere l'orario di apertura dei seggi od abilitare il voto telefonico o via Internet. Se è preoccupata dal calo degli iscritti, lancia campagne di *marketing* per incoraggiare i sostenitori a sottoscrivere, ma fa ben poco per garantire agli iscritti un'attività interessante e valida.

Il cittadino impegnato e sostenitore dell'egualitarismo considererà da un punto di vista diverso lo stesso paradosso, vedendo la dipendenza dell'*élite* politica da una partecipazione di massa limitata come un'occasione per trovare un massimo di opportunità d'impegno. Philippe Schmitter (2002), ha elaborato una serie di proposte audaci e molto creative per rafforzare la partecipazione sostanziale, toccando la questione in maniera ben più efficace rispetto agli argomenti del ruolo che gli attivisti continuano ad esercitare[55].

Per quanto progredisca la postdemocrazia, è poco probabile che esaurisca la capacità che hanno le nuove identità sociali di formarsi, di acquisire consapevolezza della loro condizione di estraneità nel sistema politico, di avanzare richieste rumorose e articolate per entrare a farne parte, sgretolando il mondo spettacolarizzato e pieno di *slogan* delle tipiche politiche elettorali postdemocratiche. Abbiamo già visto come i movimenti femministi abbiano creato di recente esempi notevoli di questo fenomeno; lo stesso vale per i movimenti ecologisti. La costante ricerca di una nuova creatività dirompente all'interno del *demos* garantisce ai democratici egualitari la principale speranza per il futuro.

Il movimento femminista e quello ecologista hanno seguito entrambi il modello classico della mobilitazione (Pizzorno, *1977*; della Porta e Diani, *1999*; Eder, *1993*). Un'identità nasce e si definisce attraverso diversi gruppi di avanguardia; frustrati dall'esclusione politica, alcuni di essi si estremizzano e possono diventare anche violenti. Ma se la loro causa ha una qualche risonanza presso il grande pubblico, si diffonde; le sue richieste filtrano nel linguaggio e nel pensiero della gente comune che

[55] F. Abbondante, *Democrazia paritaria e partecipazione politica : alla ricerca di un equilibrio fra pari opportunità ed eguaglianza sostanziale*, Napoli, Jovene, 2008

normalmente non si lascia conquistare da una causa; diventa incoerente e contraddittoria al suo interno. Il mondo della politica ufficiale viene preso di sorpresa, giudica il movimento ingestibile e lo attacca in quanto antidemocratico; vengono formulate richieste più articolate; l'*élite* trova mezzi per rispondere a queste richieste; il movimento è entrato in politica ed inizia a sperimentare uno schema misto di vittorie e sconfitte.

Ora, accettare questo aspetto significa invertire la prospettiva consueta adottata dal mondo politico su cosa sia democrazia e cosa la sua negazione. Di fronte a nuove richieste difficili e dirompenti, i politici eletti hanno una sola risposta: sono essi stessi l'incarnazione della scelta democratica; abbiamo la possibilità di fare quella scelta con le elezioni ad intervalli di pochi anni; chiunque crei problemi cercando grandi cambiamenti in altri momenti ed in altre forme sta quindi attaccando la democrazia stessa. Fuori da questa prospettiva, il *demos* problematico ma creativo è una folla antidemocratica.

Ma non tutti i movimenti che si affermano socialmente sono poi democratici. Su questo dobbiamo stare attenti. Attualmente, i gruppi in cerca di attenzione, a parte femministe ed ecologisti, comprendono animalisti, la componente violenta del movimento anticapitalista *no-global*, le organizzazioni razziste e vari movimenti emergenti che incitano al linciaggio contro la criminalità. È un errore rallegrarsi ogni volta che la classe politica raccolga certe istante provenienti dalla società: rientra in questo atteggiamento l'accoglienza assurda e pericolosa che molti sono stati tentati di dare a Jórg Haider in Austria, Pim Fortuyn in Olanda, i loro omologhi populisti e razzisti in Belgio, Francia, Danimarca ed altrove. Dobbiamo sempre fare dei distinguo, a due livelli. In primo luogo, nella scelta se accogliere l'emergere di un nuovo movimento come compatibile con la democrazia, capace di corroborare il senso civico dei cittadini e di evitare la sparizione della politica trasformata in gioco manipolativo tra *élite*. In secondo luogo, dobbiamo decidere se sostenerli personalmente, opporci o rimanere indifferenti ai loro obiettivi.

La politica democratica dunque ha bisogno di un contesto dove i vari gruppi e movimenti facciano sentire le proprie voci in modo energico, caotico e chiassoso: sono loro il vivaio della futura vitalità democratica[56].

In conclusione allora, c'è anche da valutare e considerare, da un lato, le potenzialità dei nuovi movimenti che possono all'inizio sembrare dif-

[56] HELD D., *Democrazia e ordine globale. Dallo stato moderno al governo cosmpolitico*, Asterios, 1999.

ficili da comprendere, poiché possono essere portatori della futura vitalità della democrazia; ma anche, dall'altro, lavorare con le *lobby* delle organizzazioni consolidate e di quelle dedite a nuove cause, perché la politica postdemocratica funziona attraverso le *lobby*[57]. Anche se gli interessi sostenuti dai militanti egualitari sono sempre più deboli di quelli che interessano le grandi aziende, diventano ancor più deboli se rimangono al di fuori dell'apparato lobbistico. E bisogna lavorare, criticamente ponendo delle condizioni, attraverso i partiti, perché nessuno dei loro sostituti postdemocratici può sostituirne la capacità di portare avanti politiche egualitarie.

Conclusioni

Il filo che sembra unire gli aspetti di ciò che si è descritto come "globalizzazione" nei suoi aspetti sembra infine mostrare ciò: l'economia, da quella dei capitali a quella mercati delle merci e materie prime, modella alle sue regole attuali anche gli aspetti giuridici della organizzazione delle comunità, prima nazionali e poi internazionali. La fatica con cui le regole di convivenza e del lavoro seguono (o meglio inseguono) gli assetti che i movimenti della ricchezza e delle risorse assumono vorticosamente, pone da alcuni anni prepotentemente, il problema di trovare un sistema di convivenza pacifica ed ordinata al livello continentale e mondiale[58]. Quel processo, che nella storia ha riguardato le singole nazioni, portandole ad una unione politica, economica, sociale, sta interessando territori sempre più vasti del mondo che cercano, a tale livello esteso, i compromessi che hanno portato gli Stati alla loro attuale identità. Nei Paesi, assurti al rango di nazioni, i passi in avanti compiuti sulla strada della uguaglianza degli individui e delle loro condizioni sociali hanno comportato sistemi di regole per cui il potere decisionale dei pochi capi è stato condiviso con una massa di sudditi; così come per l'esercizio di tale potere sono stati previsti strumenti partecipativi polari; se, in campo economico, si è operata una redistribuzione del reddito tra le fasce sociali; se, insomma, teniamo in considerazione tutte le evoluzioni che hanno portato alle democrazie occidentali, dobbiamo esser consapevoli che nel mondo di oggi questo processo va compiuto tra le Nazioni ed i Popoli del mondo. Le singole Nazioni, da sole, oggi non riescono a garantire più quell'equi-

[57] P. Trupia, *La democrazia degli interessi : lobby e decisione collettiva*, S.l., s.n., 1999

[58] Ultima pubblicazione della Santa Sede per un Ente super nazionale che possa ambire a regolare, compensando, lo stra potere delle multinazionali.

librio e coesione tra i propri cittadini, scavalcate in questo progetto da un'economia che si muove fuori ed al di sopra delle loro sovranità.

Le organizzazioni internazionali, fiorenti nei periodi post bellici quando la loro necessità ed importanza appare agli uomini più evidente, dovrebbero oggi acquisire parte delle stesse prerogative appartenenti ai singoli Stati: soltanto una autorità estesa su di un territorio ed una popolazione significativa per l'intero territorio e popolazione mondiale, potrebbero oggi opporsi efficacemente alle decisioni e strategie che i poteri forti economici assumono al di fuori di ogni sede democratica e che attualmente impongono alle piccole ormai entità Nazionali.

Una tale esigenza balza come necessaria se si guarda alle emergenze ambientali che coinvolgono tutto il pianeta, ai crescenti e massicci flussi migratori di persone disperate ed in cerca di lavoro e sicurezza, alla crisi finanziaria con la conseguente recessione che penetra molte solide economie dell'occidente.

Sedi decisionali, quindi, di livello sovranazionale ma di tipo partecipativo e democratico; sedi, in cui la rappresentanza sia estesa anche ai Paesi poveri o che portino interessi diversi da quelli occidentali e sedi in cui ognuno sia dotato dello stesso peso democratico specifico; sedi in cui le importanti decisioni ad esempio sull'approviggionamento idrico vengano discusse ed adottate tra chi con l'acqua riempie piscine, chi ci si lava chi ne ha bisogno per bere.

Il confronto tra diversi modelli sociali, le diverse esigenze territoriali, in uno con le diverse battaglie politiche su temi specifici e condivisi nell'ambito di organi dotati di strumenti efficaci ad un livello economico e territoriale esteso, difficilmente scavalcabili da parte delle *lobby* internazionali della finanza, modificherebbero col tempo, lo stesso modello consumistico imperante in tutte le sue sfumature nel nostro "povero" mondo occidentale.

Bibliografia

AA. VV., *Che cos'è la globalizzazione*, Asterios, 1999.

Agnelli U., *La sfida globale: appunti di economia per il Terzo Millennio*, ADN KRONOS Libri, Roma, 2000.

Allegretti U., *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina, 2002.

Amin S., *Fermare la Nato. Guerra dei Balcani e globalizzazione, Punto Rosso*, 1999.

Amin S., *Le fiabe del capitale. A cinquant'anni dal Manifesto comunista*, Molfetta, La Meridiana, 1999.

Amin S., *Oltre la mondializzazione*, Edtitori Riuniti, 1999.

Amoroso B., *L'apartheid globale*, Lavoro, 1999.

Ariés P., *I figli di Mc Donald's. La globalizzazione dell'hamburger*, Dedalo, 2000.

Augè M., *Non luoghi. Introduzione a una antropologia della sulla modernità*, Eleuthera, Milano, 1993.

Barcellona P., *Le passioni negate: globalismo e diritti umani*, Troina, 2001.

Beck U., *Che cos'è la globalizzazione*, Carocci, Roma 1999.

Beck U., *Diritti umani e globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Carocci, 1999.

Beck U., *Globalizzazione e lavoro*, Einaudi, 2000.

Beck U., *I rischi della libertà*, Il Mulino, 2002.

Beck U., *Il manifesto cosmopolitico*, a cura di Daniele Archibugi, Trieste, 2000.

Beck U., *La società cosmopolita: prospettive dell'epoca postnazionale*, Bologna, 2003.

Berger S., Dore R., *Differenze nazionali e capitalismo globale*, Il Mulino, 2000.

Berlin I., *Two Concepts of Liberty*, in *Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford UP, 1982 (tr. it. in *Quattro saggi sulla libertà*, Feltrinelli, Milano 1989).

Boff L., *Ethos mondiale. Alla ricerca di un'etica comune nell'era della globalizzazione*, Edizioni Gruppo Abele, 2000.

Boldrini C., *Globalizzazione economica e democrazia*, Bologna, 2002.

Botta F., *Della globalizzazione, dello sviluppo sostenibile e degli altri giochi possibili*, Cacucci, 2001.

Bourdieu P., *Contre-feux*, Liber, Paris 1998; e P. Bourdie, L. Wacquant, *Les ruses de la raison impérialiste*, «Actes de la recherche en sciences sociales», 121-122 (1998).

Bourdieu P., *Controfuochi. Argomenti per resistere all'invasione neoliberista*, Roma, Reset, 1999.

Bové J. – Dufour F., *Il mondo non è in vendita. Agricoltori contro la globalizzazione alimentare*, Feltrinelli, 2001.

CERRONI U., *Globalizzazione e democrazia*, Lecce, 2002.

CESAREO V., *Globalizzazione e contesti locali. Una ricerca sulla realtà italiana*, F.Angeli, 2001.

CHOMSHY N., *La fabbrica del consenso*, Marco Troppa Editore, 1998.

CHOMSKY N. - AMOROSO B., *Il pianeta unico. Processi di globalizzazione*, Eleuthera, 1999.

CHOMSKY N., *I cortili dello zio Sam*, Gamberetti, 1996.

CHOMSKY N., *Il club dei ricchi; interviste ed interventi sul mondo unipolare e lo svuotamento delle istituzioni democratiche*, Gamberetti editrice, 1995.

CHOMSKY N., *La società globale; educazione, mercato e democrazia*, La Piccola editrice, Roma, 1997.

CHOSSUDOVSKY M., *Globalizzazione della povertà e Nuovo ordine mondiale*, Torino, 2003.

CHOSSUDOVSKY M., *La globalizzazione della povertà. L'impatto delle riforme del Fondo Monetario Internazionale*, Edizioni Gruppo Abele, 1998.

COHEN D., *Ricchezza del mondo, povertà delle nazioni*, Edizioni di Comunità, 1994.

COMBA A., *Il neoliberismo internazionale. Strutture giuridiche a dimensione mondiale dagli accordi di Bretton Woods all'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Giuffrè, Milano, 1995.

COMTE A., *Corso di filosofia positiva*, Torino 1967.

COOLEY C. H., *L'organizzazione sociale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977.

DAHRENDORF R., *Quadrare il cerchio*, Laterza, 1995.

FEATEHERSTONE M., *Cultura globale*, Edizioni Seam, Roma, 1996.

FERRARESE M.R., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, 2000.

FERRARI BRAVO L., *Dal fordismo alla globalizzazione*. Cristalli di tempo politico, Manifestolibri, 2001.

FRENCH H., *Ambiente e globalizzazione: le contraddizioni tra neoliberismo e sostenibilità*, Edizioni Ambiente, Milano, 2000.

FRIEDMAN T.L., *Le radici del futuro: la sfida tra la Lexus e l' ulivo. Che cos'è la globalizzazione e quanto conta la tradizione*, Mondadori, Milano, 2000.

FUCECCHI E., *Glob glob: la globalizzazione spiegata ai ragazzi*, Editrice Missionaria Italiana, 2000.

GALLINO L., *Globalizzazione e disuguaglianze*, Laterza, Roma-Bari, 2000.

GIACCARDI - MAGATTI, *La globalizzazione non è un destino. Mutamenti strutturali ed esperienze soggettive nell'età contemporanea*, Laterza, 2001.

GIDDENS A., *Il mondo che cambia. Come la globalizzazione ridisegna la nostra vita*, Il Mulino, 2000.

GIDDENS A., *Le conseguenze della modernità* , Il Mulino, Bologna 1994.

GIRARD R., *Le bouc missaire*, Paris, Editions Grasset & Pasquelle, 1982. (tr. it., *Il capro espiatorio*, Adelphi, Milano, 1987).

Globalizzazione delle resistenze e delle lotte. *L'altro Davos*, EMI, 2000.

Globalizzazione e movimenti sociali, a cura di Donatella della Porta, Lorenzo Mosca, Roma, 2003.

GRAY J., *Alba bugiarda. Il mito del capitalismo globale e il suo fallimento*, Ponte delle grazie, 1998.

HABERMARS J., *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Feltrinelli, 2002.

HANS P. - SCHUMAN H., *La trappola della globalizzazione*, Raetia, 1997.

HAROLD J., *Rambouillet, 15 novembre 1975: la globalizzazione dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1999.

HELD D. [et al.], *Che cos'è la globalizzazione*, Asterios, Trieste, 1999.

HELD D., *Democrazia e ordine globale. Dallo stato moderno al governo cosmpolitico*, Asterios, 1999.

HELD D., MCGREW A., *Globalismo e antiglobalismo*, Il Mulino, Bologna, 2001.

HOFFE O., *Globalizzazione e diritto penale*, Torino, 2001.

HUNTINGTON SAMUEL P., *Lo scontro delle civiltà*, Garzanti, MI, 1997.

ILARDI M., *Negli spazi vuoti della metropoli. Distruzione, disordine, tradimento dell'ultimo uomo*, Bollati Boringhieri, 1999.

JOHNSON C., *Gli ultimi giorni dell'impero americano*, Garzanti, 2001.

KANT I., *Per la pace perpetua*, Feltrinelli, 1999.

KAPSTEIN E.P., *Governare l'economia globale. La finanza internazionale e lo Stato*, Asterios, TS, 1999.

KLEIN N., *No logo: economia globale e nuova contestazione*, Baldini e Castoldi, Milano, 2001.

KUNDERA M., *L'identité*, Milan Kundera, Paris, 1997 (tr. it., *L'identità*, Milano, Adelphi, 1997).

KURZ R., *La fine della politica e l'apoteosi del mercato*, Manifesto, 1997.

LAFAY G., *Capire la globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 1998.

LATOUCHE S. – TORRENZANO A., *Immaginare il nuovo. Mutamenti sociali, globalizzazione, interdipendenza Nord-Sud*, L'Harmattan, Italia, 2000.

LATOUCHE S., *L'economia svelata. Dal bilancio familiare alla globalizzazione*, Dedalo - Bari, 1997.

LATOUCHE S., *L'occidentalizzazione del mondo. Saggio sul significato, la portata e i limiti dell'uniformazione planetaria*, Bollati Boringhieri, 1992.

LATOUCHE S., *La fine del sogno occidentale: saggio sulla americanizzazione del mondo*, Milano, 2002.

LEOPARDI L., *La dimensione sociale della globalizzazione*, Carocci, 2001.

LUNGHINI G., *L'età dello spreco*, Bollati Boringhieri, 1995.

MEZZADRA S. – PETRILLO E.A., *I confini della globalizzazione. Lavoro, culture, cittadinanza*, Manifestolibri, 2000.

MILL J.S., *Saggio sulla libertà*, Est, 1999.

MORIN E. – NAIR S., *Una politica di civiltà*, Associate, 1999.

NAISBITT J., *Il paradosso globale. Più cresce l'economia mondiale, più i piccoli diventano protagonisti*, Angeli, Milano, 1990.

NAZIONI UNITE: DEVELOPMENT PROGRAME, *Lo sviluppo umano 10: la globalizzazione*, Rosenberg & Sellier, 1999.

NAZIONI UNITE: DEVELOPMENT PROGRAME, *Lo sviluppo umano 9: i consumi ineguali*, Rosenberg & Sellier, Torino, 1998.

O'BRIEN R., *Global Financial Integration: The End of Geography*, Chatman House/Printer, London, 1992.

PADOA-SCHIOPPA T., *Dodici settembre: Il mondo non e al punto zero*, Milano, 2002.

PAGGI L., *Un secolo spezzato. La politica e le guerre*, in PAVONE C. (a cura di), *'900. I tempi della storia*, Roma, Donzelli, 1997.

PIANTA M., *Globalizzazione dal basso. Economia mondiale e movimenti sociali*, Manifestolibri, 2001.

RAMONET I., *La tirannia della comunicazione*, Asterios, 1999.

REVELLI M., TRIPODI P., *Lo stato della globalizzazione*, Leoncavallo Libri, 1998.

RIFKIN J., *Economia all'idrogeno: la creazione del Worldwide Energy Web e la redistribuzione del potere sulla terra*, Milano, 2002.

RIFKIN J., *Il secolo Biotech*, Baldini & Castaldi, 1998.

RIFKIN J., *L'era dell'accesso*, Mondadori, 2001.

ROBERTSON R., *Globalizzazione. Teoria sociale e cultura globale*, Asterios, 1999.

SACHS W. (a cura di), *Dizionario dello sviluppo*, Edizioni Gruppo Abele, 1998.

SAVELLI L., *Globalizzazione e crisi della modernità: storia, concetti e assenza di prospettive*, Bolsena, 2001.

SCHILLER D., *Capitalismo digitale: il mercato globale in rete*, Università Bocconi Editore, Milano, 2000.

SCHMIDT H., *Globalizzazione: sfide politiche, economiche e culturali*, Edizioni Lavoro, Roma, 2000.

SENNETT R., *L'uomo flessibile. Le conseguenze del nuovo capitalismo sulla vita personale*, Feltrinelli, 1999.

SODA A., *Le organizzazioni intenazionali*, Avvenimenti, 1999.

SOROS G., *Il rapporto Lugano. La salvaguardia del capitalismo nel XXI secolo*, Asterios, 2000.

SOROS G., *La crisi del capitalismo globale*, Edizioni Ponte alle Grazie, Milano, 1998.

SPYBEY T., *Globalizzazione e società mondiale*, Asterios editore, Trieste, 1997.

STIGLITZ JOSEPH E., *La globalizzazione e i suoi oppositori*, trad. di Daria Cavallini, Torino, 2002.

STRANGE S., *Chi governa l'economia mondiale?*, Il Mulino, Bologna 1998.

TONNIES F., *Comunità e società*, Comunità, Milano, 1963.

VACCAIO S., *Il pianeta unico. Processi di globalizzazione*, Elèuthera, 1999.

VILLANI A., *Globalizzazione, uguaglianze, disuguaglianze*, Milano, 2002.

WALLACH L., *Wto: tutto quello che non vi hanno mai detto sul commercio globale*, prefazione di Ralph Nader, postfazione di Maurizio Meloni, Feltrinelli, Milano, 2000.

WALLERSTEIN I., *Il capitalismo storico. Economia, politica e cultura di un sistema mondo*, Einaudi, Torino, 1983.

MATTEO LARICCIA*

Termine di *stand still*: dalla "direttiva ricorsi" ai primi problemi interpretativo- applicativi

SOMMARIO: 1. Le novità del recepimento della Direttiva ricorsi. - 2. Le sopravvenute perplessità sul dies a quo del termine di stand still. - 3. Necessità di conservare la ratio dell'istituto: una proposta interpretativa.

1. *Le novità del recepimento della Direttiva ricorsi*

Il recepimento della Direttiva 2007/66/CE (cd Direttiva ricorsi), avvenuto con D.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, ha introdotto alcune modifiche al Codice dei contratti pubblici (D.lgs 12 aprile 2006, n. 163)[1]. Tra queste, una rilevante novità riguarda l'art. 11, ove – al comma 10 - è stato pre-

* Dottore di ricerca in Diritto pubblico dell'economia e dell'ambiente presso l'Università del Molise e funzionario dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Le opinioni espresse in questo articolo riflettono unicamente il pensiero dell'autore e non vincolano in alcun modo l'Amministrazione di appartenenza.

[1] La Direttiva 11 dicembre 2007 n. 66 (cd Direttiva ricorsi) ha modificato le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, relative alle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, rispettivamente nei settori ordinari e nei settori speciali. Il recepimento della direttiva nell'ordinamento italiano è stato previsto dalla legge comunitaria per il 2008 (art. 44, l. 7 luglio 2009, n. 88, recante Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee), con la quale è stato delegato il Governo ad adottare uno o piu` decreti legislativi entro il termine del 20 dicembre 2009, data di scadenza del termine comunitario di recepimento. Il recepimento è definitivamente avvenuto con recepimento, da ultimo con D.Lgs. 20 marzo 2010 n. 53. Sulla Direttiva ricorsi, cfr. R. DE NICTOLIS, *Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Roma, EPC Editore, 2010, pp. 111 ss; D. VAIANO, *Commento all'art. 11*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice degli appalti pubblici*, I, IV ed, Molfetta, Nel Diritto ed., 2011, pp. 205 ss; A. DI MARIO, *Clausole standstill nell'attuazione della direttiva 2007/66*, in www.giustizia-amministrativa.it; L. OLIVERI, *La lunga strada verso la stipulazione del contratto dopo il D.lgs 53/2010*, in "Appalti e contratti", 6, Maggioli, 2010, pp. 8 ss; A.P. MAZZUCATO, *L'attestazione di intervenuta efficacia dell'aggiudicazione definitiva negli appalti pubblici*, in "www.filodiritto.it", 2010; M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super- accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, in "www.federalismi.it", 2010; D. ROSATO, *La nuova direttiva comunitaria per l'efficacia dei ricorsi in materia di appalti pubblici ed il suo recepimento nel Codice dei contratti pubblici*, in "www.federalismi.it", 2010; D. GALLI, *Il recepimento della direttiva ricorsi tra nuovi e vecchi problemi*, in "Giornale di diritto amministrativo", 9, 2010, pp. 893- 915.

visto che «*il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'art. 79*» e – ai commi 10 bis e 10 ter – è stata introdotta la previsione di casi di deroga alla sospensione e di casi in cui la medesima può essere prorogata, per un termine, solo eventuale, di ulteriori venti giorni (cd *stand still period* processuale)[2].

L'istituto della sospensione dei termini per la stipula del contratto non era del tutto sconosciuto all'ordinamento italiano. Lo stesso meccanismo, infatti, era già contemplato nella disciplina degli appalti nelle infrastrutture strategiche (art. 14, D.lgs 20 agosto 2002, n. 190). E anche l'ordinamento dei contratti pubblici – già prima del recepimento della Direttiva ricorsi – conteneva una disposizione che prescriveva alle amministrazioni aggiudicatrici di non stipulare il contratto entro il termine di trenta giorni, senza tuttavia prevedere alcun tipo di sanzione in caso di inosservanza del termine[3]. A causa di questa disciplina imperfetta, parte della giurisprudenza amministrativa – non senza evidenti oscillazioni - aveva affermato che «*l'omessa comunicazione entro determinati e stabiliti termini (dal suo espletamento o antecedenti alla conclusione del contratto) è irrilevante sulla legittimità degli atti di aggiudicazione, ed assume invece rilievo solo ai fini della decorrenza dei termini di decadenza per esercitare i consentiti mezzi di tutela giurisdizionale sui risultati della procedura. La tardiva comunicazione, dunque, consente la rituale presentazione del ricorso o l'integrazione dell'impugnazione mediante motivi aggiunti, ma certamente non implica di per sé l'illegittimità dell'aggiudicazione*»[4]. Rispetto alla

[2] Nel caso in cui venga proposto ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante, per almeno venti giorni e comunque fino alla pronuncia di provvedimenti cautelari (cd termine di sospensione automatica). Sul punto, cfr. G. Cumin, *Stand still processuale, provvedimenti cautelari e competenza del giudice amministrativo*, in "www.lexitalia.it", 11, 2010; D. Galli, *ult. op. cit.*, p. 899.

[3] D. Rosato, *op. cit.*, p. 18. Si deve osservare, altresì, che, prima della riforma in parola, il termine era di trenta giorni. Con l'aumento a trentacinque giorni il legislatore ha inteso superare il delicato problema della sincronizzazione tra il termine per la stipulazione del contratto e quello per la proposizione del ricorso, che adesso, a seguito del dimezzamento dei termini per il rito degli appalti, è fissato in trenta giorni, anziché in sessanta. Sul punto, per ulteriori considerazioni, cfr. M. Lipari, *op. cit.*. 2010, p. 17.

[4] Tar Lazio, Roma, III, 14 settembre 2007, n. 8916. Analogamente, cfr. Tar Lazio, Roma, I bis, 6 febbraio 2008, n. 1069. Per l'orientamento opposto, secondo cui il mancato rispetto del termine da considerarsi perentorio rende illegittimo il provvedimento di aggiudicazione e obbliga l'amministrazione all'annullamento, cfr. Tar Lombardia, Milano, I, 21 febbraio 2007, n. 335: "*il collegio ritiene che il legislatore abbia previsto tale obbligo di astensione dalla conclusione del contratto prima di trenta giorni dalla comunicazione ai contro interessati del provvedimento di aggiudicazione proprio per permettere alla stazione appaltante di verificare la proposizione di eventuali impugnazioni degli atti di gara prima dell'insorgenza del vincolo contrattuale*".

previgente versione del termine di *stand still*, una delle più rilevanti novità introdotte dalla direttiva ricorsi consiste nell'aver attribuito alla violazione di tale termine la sanzione della privazione di effetti del contratto altrimenti stipulato (art. 245 bis, D.lgs 163/2006, successivamente trasposto nel Codice del processo amministrativo)[5]. L'esigenza di tale modifica è stata assai chiaramente espressa nella Direttiva ove si afferma che «*La privazione di effetti è il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati delle possibilità di competere*»[6].

Tale istituto - comunemente denominato "*stand still period*", secondo la terminologia di derivazione anglosassone comune nel settore degli appalti o "*termine di stand still*" - dispone l'impedimento temporaneo della stipulazione del contratto per un termine dilatorio, previsto *ex lege*, che deve intercorrere tra il provvedimento di aggiudicazione e la stipulazione del contratto, allo scopo di garantire agli interessati che, nelle more del termine a disposizione per presentare un ricorso, il contratto non venga stipulato tra l'amministrazione e l'aggiudicatario, frustrando le iniziative dei concorrenti non vincitori e, tuttavia, potenziali ricorrenti. La previsione di un termine sospensivo dell'efficacia del provvedimento di aggiudicazione definitiva, infatti, afferma il carattere prioritario della tutela cautelare rispetto alla tutela risarcitoria per equivalente[7]. L'efficacia dell'istituto prescinde dalla proposizione di ricorsi giurisdizionali ed è pensata a garanzia dei potenziali ricorrenti, i quali sono posti nella condizione di poter esaminare il provvedimento di aggiudicazione, valutarne la legittimità ed esperire un eventuale ricorso, senza essere già pregiudicati dalla stipulazione già avvenuta.

La *ratio* del meccanismo di *stand still* si può ricavare dal preambolo della Direttiva ricorsi ove si afferma che «*(f)ra le carenze constatate figura in particolare l'assenza di un termine che consenta un ricorso efficace tra la decisione d'aggiudicazione di un appalto e la stipula del relativo contratto. Ciò induce talvolta le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori desiderosi di rendere irreversibili le conseguenze di una decisione d'aggiudicazione contestata a procedere molto rapidamente alla firma del contratto. Per rimediare a questa carenza, che costituisce un serio ostacolo ad un'effettiva tutela giurisdizionale degli offerenti interessati, vale a dire coloro che non sono stati an-*

[5] Sul trasloco di disciplina dal Codice dei contratti pubblici al Codice del processo amministrativo per effetto della Direttiva ricorsi, cfr. M. Lipari, *op. cit.*, pp. LXXIII ss.

[6] Direttiva 2007/66/CE, XIV considerando.

[7] D. Rosato, *op. cit.*, p. 6.

cora definitivamente esclusi, è opportuno prevedere un termine sospensivo minimo, durante il quale la stipula del contratto in questione è sospesa, indipendentemente dal fatto che quest'ultima avvenga o meno al momento della firma del contratto»[8]. L'istituto dello *stand still* deriva, dunque, dal bilanciamento di due contrapposti interessi: da un lato, quello di tutelare il concorrente post- graduato e potenziale ricorrente dalla cd "corsa" al contratto (*race to signature,* secondo la terminologia inglese della direttiva); dall'altro, quello di consentire all'amministrazione di giungere celermente alla conclusione del procedimento e di sottoscrivere in tempi rapidi e certi l'atto del quale pretendere l'esecuzione. Come efficacemente è stato affermato, nell'istituto in esame si cerca un contemperamento tra l'esigenza di celerità dell'azione amministrativa e quella di garantire la legalità della medesima e la tutela dei soggetti eventualmente lesi dall'azione amministrativa illegittima: ragioni dell'economia (efficienza e profitto) contro ragioni della giustizia (approfondimento e giusta considerazione degli interessi in gioco)[9]. L'amministrazione, infatti, al fine di stipulare il contratto deve assumere la certezza, o almeno la ragionevole conoscenza, della esistenza o meno di contestazioni dell'aggiudicazione[10].

2. *Le sopravvenute perplessità sul dies a quo del termine di stand still*

A seguito della novella, inizialmente in dottrina e successivamente nella prassi applicativa delle amministrazioni aggiudicatrici, sono progressivamente emersi dubbi sulla coerenza sistematica dello *stand still* con il procedimento che disciplina l'aggiudicazione definitiva, previsto dal Codice dei contratti pubblici, al combinato disposto degli artt. 11, commi 8, 9, 10; nonché 48 e 79[11].

Si osserva - infatti - che il D.lgs 163/2006 fissa, da un lato, la decorrenza di un termine massimo ordinatorio di sessanta giorni entro cui va stipulato il contratto a partire dall'intervenuta efficacia dell'aggiudicazione definitiva (art. 11, comma 9 del D.lgs. n. 163/2006); e dall'altro, nell'indicare la decorrenza del termine minimo dilatorio (*stand still)* fa riferimento all'«*invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'art. 79*» (art. 11, comma 10 del D.lgs. n. 163/2006). Con riguardo all'aggiudicazione definitiva, infatti, occorre pre-

[8] Direttiva 2007/66/CE, IV Considerando.
[9] A. Di Mario, *op. cit*, p. 1.
[10] M. Lipari, *op.cit*., 2010, p. 17.
[11] L. Oliveri, *op. cit*, p. 16; D. Galli, *op. cit.*, p. 900.

cisare che essa non produce immediatamente effetti, ma «*diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti*» (art. 11, comma 8 del D.lgs. n. 163/2006), che avviene – come è noto – nel sub procedimento previsto dall'art. 48, comma 2 del D.lgs n. 163/2006, ai sensi del quale, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, le stazioni appaltanti richiedono all'aggiudicatario e al secondo graduato di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, presentando la documentazione indicata nel bando di gara o nella lettera d'invito (fase integrativa dell'efficacia). Ci si domanda, dunque, se per la comunicazione del provvedimento utile al decorso del termine di *stand still* si debba far riferimento all'aggiudicazione definitiva *sic et simpliciter* oppure allo stesso provvedimento divenuto efficace[12].

A sostegno della prima tesi depone prima di tutto l'interpretazione letterale. Si evidenzia, infatti, che il testo della legge fa riferimento al mero provvedimento di aggiudicazione definitiva, senza in alcun modo riferirsi all'intervenuta efficacia. Peraltro, tale argomento pare suffragato dall'orientamento più recente della giurisprudenza, che considera l'aggiudicazione definitiva, ancorché non ancora efficace, già idonea ad incidere sull'interesse del concorrente non aggiudicatario e, dunque, a fondare il presupposto per il ricorso giurisdizionale o amministrativo avverso la medesima[13].

A sostegno della seconda tesi, si argomenta invece che la lesione dell'interesse del partecipante non vincitore emerge solo nel momento in cui, superato il controllo dei requisiti dell'aggiudicatario, l'aggiudicazione definitiva diviene efficace. Richiamando un diverso orientamento giurisprudenziale, ancorché più risalente, si argomenta che appare astrattamente possibile che l'interesse ad impugnare l'aggiudicazione definitiva emerga soltanto a seguito dell'adozione degli atti del controllo medesimo[14].

[12] In particolare, è stato posto il dubbio che detto termine debba decorrere dalla comunicazione ai controinteressati della determinazione dirigenziale di aggiudicazione definitiva divenuta efficace a seguito della verifica del possesso dei requisiti (ex art. 11, comma 8 del D.Lgs. n. 163/2006), ovvero se, diversamente opinando, sia possibile comunicare ai controinteressati la determina di aggiudicazione definitiva priva del requisito dell'efficacia e, quindi, da questa comunicazione far decorrere il termine per la stipula del contratto. Cfr. L. Oliveri, *op. cit.*, p. 16.

[13] TAR Lazio, Roma, Sez. III-ter, 9 dicembre 2010, n. 35816. Quest'ultima giurisprudenza ha ritenuto legittima l'azione della stazione appaltante che ha fatto decorrere il termine di trentacinque giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva e non dall'avvenuta efficacia della stessa.

[14] TAR Lazio, Roma, Sez. III, n. 6899/2008.

Si osserva – inoltre - criticamente che la soluzione della decorrenza dei termini dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva "semplice" imporrebbe a chi intenda contestare gli esiti della graduatoria di gara di presentare un ricorso nonostante la mancanza di un atto con portata vincolante tra le parti[15]. Si deve notare, infatti, che i concorrenti potrebbero avere interesse ad impugnare l'aggiudicazione definitiva, anche o meramente, con riferimento agli atti che ne attestino l'intervenuta efficacia (ad es., da parte del secondo in graduatoria che contesti la legittimità dell'accertamento della sussistenza degli stessi in capo all'aggiudicatario) o l'inefficacia (ad es., da parte dell'aggiudicatario che si veda revocata l'aggiudicazione per la constatata insussistenza dei requisiti) e che in tali specifiche evenienze l'assenza di un termine dilatorio tra l'aggiudicazione definitiva, ormai divenuta efficace, e la stipulazione del contratto verrebbe, di fatto, a frustrare le iniziative dei soggetti lesi in seguito all'adozione degli atti di controllo ex art. 48, comma 2 del D.lgs. n. 163/2006.

3. *Necessità di conservare la ratio dell'istituto: una proposta interpretativa*

I due contrapposti argomenti non paiono aver ricevuto ancora lo scrutinio della giurisprudenza e dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici. Nondimeno, poiché la questione interpella frequentemente le stazioni appaltanti più attente e rigorose, non è solo a fini speculativi che vale la pena di svolgere alcune considerazioni e tentare alcune proposte di soluzione, alla ricerca di un ragionevole contemperamento dei contrapposti interessi.

Nell'economia del bilanciamento di interessi sopra rappresentato, riferire la garanzia realizzata attraverso il termine di *stand still* esclusivamente al momento in cui il contratto sia validamente stipulabile, *i.e.* al momento dell'aggiudicazione divenuta efficace, determina una eccessiva compressione dell'interesse dell'amministrazione (e non solo) alla celerità del procedimento e si scontra con alcune, insuperabili, obiezioni. In primo luogo, l'attesa dell'efficacia del provvedimento di aggiudicazione definitiva, la quale richiede tempi medi di poco inferiori al mese, confligge con la *ratio* di celerità che connota tutto il procedimento di gara. Infatti, pretendere in via generale la previa efficacia del provvedimento di aggiudicazione per il decorso dello *stand*

[15] D. Galli, *op. cit.*, p. 900. Opta pacificamente per questa teoria, S. A. Romano, *L'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, Giuffré, 2011, p. 198.

still provocherebbe un notevole rallentamento del procedimento, fin quasi a raddoppiare la misura dei 35 giorni espressamente prevista dalla legge nell'articolo in esame. In secondo luogo, si può aggiungere che, in tal modo, verrebbe sacrificata l'esigenza di un termine certo che il legislatore comunitario ha inteso introdurre con lo *stand still*, segnando un punto fermo a partire dal quale l'amministrazione può validamente stipulare il contratto, poiché il termine per la stipulazione verrebbe a dipendere – in ultima analisi – dalla maggiore o minore celerità dell'azione amministrativa nell'attività di controllo dei requisiti ex art. 48, comma 2 del D.lgs. n. 163/2006. In terzo luogo, non si può disattendere la constatazione per cui – con riguardo al termine di *stand still* – il legislatore ha previsto che esso decorra «*dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione*» (art. 11, comma 10 del D.lgs. n. 163/2006), senza in alcun modo menzionare l'efficacia. In tal senso, il mero criterio di interpretazione letterale, in omaggio al criterio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, suggerisce che, laddove il legislatore avesse inteso riferirsi al provvedimento efficace di aggiudicazione definitiva, lo avrebbe chiaramente espresso, come peraltro si riscontra nella previsione che detta il termine massimo ordinatorio di sessanta giorni (art. 11, comma 9, D.lgs. n. 163/2006). Detta interpretazione appare, peraltro, in accordo con la disposizione dell'art. 79, co. 5, lett. a), a tenore della quale l'amministrazione è tenuta a comunicare «*l'aggiudicazione definitiva, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni (…)*». Anche in questa disposizione, che concerne il medesimo atto, non si fa riferimento alcuno all'intervenuta efficacia dell'aggiudicazione definitiva; e soprattutto si chiarisce che la comunicazione deve essere tempestiva. Più in generale, va considerato che il termine di *stand still* e quello richiesto per l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva perseguono finalità non coincidenti: lo *stand still* è orientato a garantire la fruttuosità della tutela processuale del ricorrente, mentre l'attesa di efficacia dell'aggiudicazione definitiva attiene a profili procedimentali e serve, prevalentemente, a garantire all'amministrazione che siano integrati tutti i presupposti per la valida sottoscrizione del contratto. Peraltro, non si può trascurare l'*id quod plerumque accidit*, e cioè che la lesione dell'interesse del concorrente post- graduato appare nella maggior parte dei casi già chiara al momento dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva "semplice". In tal senso, sussistono valide ragioni per ritenere che l'interesse a ricorrere sorge, in generale, in conseguenza della aggiudicazione definitiva, fermo restando che – ancor più laddove nel successivo, necessario, provvedimento che dichiara l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva emergano

elementi nuovi per l'impugnazione – l'azione possa essere integrata con atto di motivi aggiunti[16].

Appare, dunque, ragionevole sostenere che, in via generale, il *dies a quo,* dal quale decorre il termine dilatorio di trentacinque giorni, previsto nel novellato meccanismo di *stand still*, coincida con l'ultima delle comunicazioni di cui all'art. 79, comma 5, lett. a), e non già con il diverso provvedimento con il quale viene comunicato l'esaurimento del procedimento di verifica del possesso dei requisiti e, conseguentemente, la intervenuta efficacia del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Tuttavia, è evidente che l'*id quod plerumque accidit* non copre tutto l'arco dei casi che si possono verificare. Ragioni di giustizia sostanziale non possono far trascurare che, nella fase integrativa dell'efficacia, cioè quando la comunicazione potrebbe essere già intervenuta, possa sopravvenire o manifestarsi una lesione dei diritti di un concorrente e il vantaggio di un altro. Ove questo accadesse, va tenuto presente, prima di tutto, che, in ogni caso, l'ordinamento preclude alla stazione appaltante la facoltà di stipulare il contratto con il primo aggiudicatario definitivo, qualora a causa dei riscontri negativi del possesso dei requisiti del primo aggiudicatario l'aggiudicazione non possa essere dichiarata efficace. In adesione a questa cautela già prevista dall'ordinamento, tuttavia, pare coerente che tale riscontro faccia emergere una rinnovata esigenza di evitare la corsa al contratto, che consenta ai nuovi soggetti pretermessi di far valere le loro ragioni in via giurisdizionale. Si deve ritenere, allora, opportuno che la stazione appaltante proceda ad un'ulteriore comunicazione ai medesimi soggetti individuati dal citato art. 79, comma 5, lett. a) e conceda, a partire da quest'ultima comunicazione, un nuovo termine di *stand still* ai potenziali ricorrenti.

La soluzione qui ipotizzata e suggerita, ancorché apparentemente complessa, sembra la più idonea a contemperare le contrapposte esigenze di efficienza e profitto, da un lato, e approfondimento, legalità e garanzia dall'altro. Ciò che permette - in definitiva - di far sì che il difficile bilanciamento individuato dalla direttiva ricorsi possa applicarsi a tutte le fattispecie, anche a quelle meno fisiologiche, che si possono manifestare nel corso di una gara pubblica, quando la stazione appaltante sia giunta all'aggiudicazione definitiva e intenda stipulare il contratto con l'aggiudicatario, nel rispetto delle legittime aspet-

[16] Cfr. L. Oliveri, *op. cit.*, p. 16; D. Galli, *op. cit.*, p. 900.

tative dei soggetti successivamente graduati, potenziali ricorrenti e, soprattutto, nel rispetto dell'erario, al fine di evitare – nei casi qui soltanto in astratto considerati – il prevedibile contenzioso per il risarcimento dei danni[17].

[17] E' stato chiarito dalla giurisprudenza amministrativa che " la violazione della clausola di *stand still*, di cui all'articolo 11, comma 10, del D. lgs. n. 163/2006, in sé considerata, e cioè senza che concorrano vizi propri dell'aggiudicazione, non comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o l'inefficacia del contratto, potendo rilevare ai fini della valutazione delle responsabilità, anche risarcitorie, conseguenti ad una illegittima aggiudicazione. A tale conclusione conduce necessariamente l'esegesi dell'art. 121, lett. "c" del c.p.a., a norma del quale "il giudice che annulla l'aggiudicazione", dichiara obbligatoriamente l'inefficacia del contratto, laddove (e dunque solamente se) la violazione dell'art. 11 comma 10 cit. "abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto" e sempre che tale violazione si aggiunga ai vizi propri dell'aggiudicazione, diminuendo le possibilità del ricorrente di ottenere il bene della vita". Cfr. ex multis, T.A.R. Calabria Reggio Calabria, Sez. I, 20 ottobre 2010, n. 942 e T.A.R. Campania Napoli, Sez. I, 14 luglio 2010, n. 16776. Sul punto, cfr. anche P. PATRITO, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia del contratto di appalto: strumenti di tutela dell'originario aggiudicatario- contraente, prima e dopo il recepimento della direttiva ricorsi*, nota a Trib. Torino, 19/01/2011, sez. I, in "Responsabilità civile e previdenza", Milano, Giuffré, 2011, 7-8, pp. 1616 ss.

SIMONA MELORIO

Camorra: alcune ragioni di un sistema istituzionale stabile

La camorra, per la sua pervasività sul territorio e la sua durata nel tempo, appare ben lungi dal potere essere considerata una semplice organizzazione criminale. Sembra, piuttosto, che sia stata in grado di adattarsi alle nuove sfide della modernità, pur senza abbandonare fondamentali elementi di arcaismo. Tradizione e innovazione hanno garantito un adattamento vincente[1], in senso darwiniano, all'ambiente ed una sua diffusione capillare. Nonostante attività statali repressive nei confronti di tale, per lo più, pulviscolare *societas sceleris*, la camorra non ha abbandonato, fin dalla nascita[2], il proprio criminale campo di azione, riuscendo, invece, a gestire un sempre più ampio volume di affari e a garantirsi riconoscimenti e coperture. Le collusioni con la politica e l'imprenditoria "pulita" rappresentano, peraltro, soltanto un frammento di una estesa zona grigia caratterizzata da una diffusa e trasversale cultura dell'illegalità, certamente favorente la camorra-organizzazione; i confini tra ciò che si dice criminale e ciò che, pur dichiarandosi conforme, risulta essere criminale appaiono sempre più labili.

Una specifica cultura diffusa rinforza e perpetua la camorra. D'altra parte, la cultura è senza dubbio influenzata dalla società circostante, essendo "*un insieme di valori, definizioni della realtà e codici di comportamento condivisi da persone che hanno in comune uno specifico modo di vita*"[3]. Accanto ad una cultura tipica di ciascun sistema camorristico, si è diffusa una "cultura di camorra", non cultura specificamente criminale, ma fertile *humus* per l'agire indisturbato dei "sistemi". La storia ha favorito la pervasività della camorra e la sua presenza fino ai giorni nostri anche grazie a tale *cultura*. In accordo con le teorie di Gabriel Tarde e di Edwin Sutherland si dovrebbe affermare che essa è appresa in relazione con gli al-

[1] Come Charles Darwin ha insegnato, il carattere vincente nella lotta per l'esistenza viene tramandato di generazione in generazione e "*non è improbabile che, dopo una lunga pratica, le tendenze virtuose possano diventare ereditarie*" (*L'origine dell'uomo e la selezione sessuale*, 1871, Newton Compton, Roma, 2003, p. 458). Occorre precisare che quando Darwin utilizza il termine "virtuoso" lo fa riferendosi a qualcosa che è utile per la specie.

[2] F. Barbagallo in *Il potere della camorra* (Einaudi, Torino, 1999) afferma che le origini della camorra possono farsi risalire già al Cinquecento.

[3] N. J. Smelser, *Manuale di sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 37.

tri e, d'altra parte, le nuove ricerche sui "neuroni specchio"[4] vanno a suffragare tali teorie, fornendo un presupposto biologico all'apprendimento di un comportamento per imitazione. Questa spiegazione lascerebbe intendere che ogni aspetto umano è appreso, ma ciò porrebbe in ombra importanti studi della biologia evoluzionistica secondo cui anche la cultura degli uomini si evolve, sulla spinta della selezione naturale e dell'adattamento all'ambiente in senso funzionale all'esistenza [5]. Si potrebbe, coniugando i due orientamenti, considerare la *cultura di camorra*[6] come

[4] Certamente innovativo in tema di criminalità appare lo studio avviato negli anni Ottanta del Novecento da un gruppo di ricercatori italiani dell'Università di Parma (Rizzolati, Fadiga, Fagassi, Gallesi, Pellegrino) autori della scoperta dei cosiddetti "neuroni specchio": i medesimi neuroni attivati dall'esecutore durante l'azione, vengono attivati dall'osservatore dell'azione. Ciò dal punto di vista criminologico, potrebbe spiegare, come afferma Sara Mazzaglia, che vivere in una famiglia violenta provocherebbe l'attivazione di neuroni specchio della violenza vista e subita e determinerebbe la predisposizione ad utilizzare i medesimi neuroni nell'agire, con l'innesco di una vera e propria spirale di violenza che va dal bullismo al suicidio al consumo di droghe e alcool. Si vedano in proposito le due pubblicazioni più significative: G. Rizzolati, C. Sinigaglia, *So quel che fai. Il cervello che agisce e i neuroni specchio*, Cortina, Milano, 2006; S. Mazzaglia, *I neuroni specchio nella violenza sui minori*, Ed. Universitarie Romane, 2010.

[5] La sociobiologia afferma che anche le società umane, come quelle animali, devono essere "adattative", cioè funzionali all'evoluzione e alla sopravvivenza della specie. Le attività cerebrali, secondo Wilson, sono il risultato della selezione naturale che ha agito attraverso il filtro della cultura. I nostri comportamenti diffusi, le nostre emozioni e i nostri stati d'animo nascono da una spinta adattativa per rispondere alle sfide che l'ambiente pone alla capacità di sopravvivenza e di riproduzione di ogni individuo. La teoria dell'evoluzione consiste in una serie di spiegazioni dei mutamenti progressivi intervenuti nei sistemi biologici sulla base della selezione naturale e di quella sessuale. In tale prospettiva, i tratti che hanno mostrato di avere una maggiore correlazione con la sopravvivenza e il successo riproduttivo sono diventati progressivamente tratti caratteristici di una specie; le nostre emozioni si sono selezionate in tempi molto remoti come facilitanti in chi le possedeva; la cultura è un prodotto evolutosi a sostegno di alcuni bisogni fondamentali dell'essere umano. La natura umana, selezionatasi nel corso di milioni di anni di evoluzione, sarebbe caratteristica della nostra specie e sarebbe alla base dei nostri principali comportamenti, ivi compresi quelli violenti o criminali, essendo costituita "*dalle regolarità ereditarie dello sviluppo mentale che spingono l'evoluzione culturale in una direzione e non in un'altra, collegando così i geni alla cultura". "Per migliaia di generazioni la mente si è evoluta in seno a una cultura che andava maturandosi […] Le attività cerebrali […] sono il risultato della selezione naturale che ha agito attraverso il filtro della cultura[…] Anche il cervello può svilupparsi per selezione naturale."* (E. O. Wilson, *Biofilia*, Mondadori, Milano, 1985, p. 20*). "Le nostre emozioni si sono selezionate in tempi molto remoti, a fronte di un ambiente estremamente differente da quello nel quale viviamo; le nostre emozioni hanno accompagnato e favorito lo svilupparsi delle varie forme di aggregazione umana che ci hanno portato alle attuali condizioni di vita sociale."* (M. Marchetti, *Appunti per una criminologia darwiniana*, Cedam, Padova, 2004, p. 12).

[6] Ho già avuto modo di approfondire tale tema in S. Melorio, *Cultura di camorra*, Edizioni Labrys, Benevento, 2010, presupposto del presente lavoro.

frutto di un'evoluzione ereditata in quanto vincente in senso evolutivo, e poi rafforzata dall'apprendimento nell'ambiente di appartenenza.

Il ruolo dell'apprendimento attraverso l'interazione sociale e la socializzazione primaria e secondaria ha certamente grande importanza. Come ricorda Tarde, infatti, "*l'essere sociale è essenzialmente imitatore e l'imitazione svolge nella società un ruolo analogo a quello dell'ereditarietà negli organismi o dell'onda nei corpi bruti*"[7]; lo stesso gruppo sociale, secondo tale lettura, è "*una collezione di esseri in quanto stanno imitandosi tra loro o in quanto, senza attualmente imitarsi, si somigliano, essendo i loro tratti comuni copie autentiche di uno stesso modello*"[8]. Anche l'imitazione è retta dalla necessità di soddisfare dei bisogni. Si imita il comportamento che può risultare utile, quello che meglio risponde ai propri bisogni, quello che, per dirla darwinianamente, può considerarsi vincente per la prosecuzione della specie; si imita una invenzione. La storia non è altro che la "*collezione delle cose più riuscite, cioè delle iniziative più imitate*[9], delle invenzioni più fortunate, di iniziative innovatrici, che, suscitando bisogni nuovi insieme a nuove soddisfazioni, tendono a propagarsi per imitazione forzata o spontanea. La funzione dell'imitazione appare centrale nella sociologia tardiana e Sutherland, convinto assertore dell'apprendimento per associazioni differenziali, afferma che il comportamento di ognuno, anche quello criminale, è strettamente dipendente dall'ambiente circostante.

Se esiste una omogeneità culturale, se si gode dell'appoggio del proprio ambiente, si agisce nella criminalità con normalità, senza essere tormentati da *scrupoli di coscienza*[10], godendo di un generale clima di benevolenza, senza, perciò, utilizzare quelle tecniche di neutralizzazione del proprio comportamento deviante studiate da David Matza[11]. Non si ritiene di aver commesso un atto deviante o criminale, non si ritiene che tale comportamento possa incidere negativamente sulla propria reputazione[12], se la cultura di appartenenza lo "normalizza". Anche quando lo

[7] G. Tarde, *Scritti sociologici*, UTET, Torino, 1976, p. 53. A proposito del pensiero tardiano si legga: V. Petrucci, *Gabriel Tarde. Filosofie penali tra Otto e Novecento*, ESI, Napoli, 1988.

[8] G. Tarde, *ivi*, p. 111.

[9] *Ivi*, p. 182.

[10] E. H. Sutherland, *Il crimine dei colletti bianchi* (1949; versione integrale: 1983), Giuffré, Milano, 1987, p. 294.

[11] Secondo David Matza i criminali neutralizzano i loro comportamenti devianti attraverso la negazione della responsabilità, la negazione del danno, la negazione della vittima, la condanna di chi condanna e il richiamo ad un ordine superiore. Si veda D. Matza, *Come si diventa devianti* (1969), Il Mulino, Bologna, 1976.

[12] Sull'importanza della reputazione nella costruzione di percorsi devianti si veda il testo di N. Emler, S. Reicher, *Adolescenti e devianza,* Il Mulino, Bologna, 2000.

Stato etichetta una condotta come criminale e la persegue[13], se il controllo sociale informale si differenzia da quello formale, prevalendo su di esso, i cittadini si riconosceranno nella loro omogeneità culturale, senza percepire le loro azioni come devianti; tale percezione, poi, può essere acuita dagli atteggiamenti non coerenti di uno Stato che agisca in maniera altalenante, incerta.

Nel caso della camorra, lo Stato spesso si è servito di essa, sia per tenere sotto controllo la popolazione senza dover rischiare l'impopolarità (si pensi alla formazione della Guardia Nazionale Cittadina[14]), sia per risolvere affari "delicati" (si pensi al caso Cirillo[15]); risultati di tali azioni sono stati la sfiducia diffusa nello Stato[16] e le, non così infrequenti, prese di posizione, a favore di affiliati e manovalanza del crimine, contro le operazioni anti-camorra delle forze dell'ordine. Le forze dell'ordine non sono ben viste. Quando non sono giudicate una minaccia o un fastidio, vengono considerate come inefficaci o persino, in qualche caso, conniventi: si palesa con evidenza la citata discrasia tra controllo sociale esterno formale ed informale, nonché un autocontrollo[17] del tutto peculiare.

[13] E. Lemert in *Devianza, problemi sociali e forme di controllo* (Giuffré, Milano, 1981) evidenzia la distinzione tra la devianza primaria, comportamento difforme dalla norma, che viene "normalizzato" (tollerato e non stigmatizzato dalla società) e la devianza secondaria, comportamento deviante ritenuto grave e, pertanto, stigmatizzante. Emblematico il ruolo che l'autore riconosce alla stigmatizzazione: *"La stigmatizzazione dà luogo ad una fissazione della devianza e soggettivamente ad una definizione deviante del sé."* (*Ivi* p. 92)

[14] Liborio Romano, il prefetto di polizia al quale si deve l'annessione di Napoli e del Regno delle Due Sicilie al Regno d'Italia nel 1860, si affidò alla camorra per mantenere l'ordine e gestire il potere, servendosi proprio dei camorristi per l'organizzazione della Guardia Nazionale Cittadina, nella quale gli stessi furono arruolati in numero massiccio per la difesa della città da eventuali rivolte popolari.

[15] Nel 1981 Raffaele Cutolo, noto capo camorrista, fondatore della Nuova Camorra Organizzata, grazie al controllo quasi totale delle carceri, esaudì la richiesta di Flaminio Piccoli e Antonio Gava, rispettivamente segretario e capo della segreteria politica del Partito della Democrazia Cristiana, di trattare con l'ambigua frazione movimentista delle Brigate Rosse di Giovanni Senzani la liberazione di Ciro Cirillo, assessore della Regione Campania. La trattativa per la liberazione di Cirillo trasformò i vicari di Cutolo - Vincenzo Casillo e Corrado Iacolare - in collaboratori ufficiali del Servizio per le Informazioni e la Sicurezza Militare (SISMI) e del Servizio per le Informazioni e la Sicurezza Democratica (SISDE). Per il favore reso, oltre ai tre miliardi spartiti tra Brigate Rosse e Nuova Camorra Organizzata, quest'ultima riceveva una grossa fetta degli appalti per la ricostruzione post-sismica. Sul punto si legga F. Barbagallo, *Il potere della camorra*, op. cit.

[16] Sulla sfiducia alimentata da tali comportamenti si veda D. Gambetta, *Le strategie della fiducia*, Einaudi, Torino, 1989.

[17] T. Hirschi e M. R. Gottfredson, negli anni Novanta del Novecento, elaborano la teoria dell'autocontrollo in *A general theory of crime*, Stanford University Press, 1990. Secondo tale teoria, il controllo sociale interno, costruito attraverso una corretta socializzazione, diventa il principale strumento di deterrenza rispetto al crimine.

In molte zone storicamente "colonizzate" dalla camorra, la socializzazione delle giovani generazioni avviene verso regole riconosciute importanti soltanto in quel particolare territorio o gruppo, quelle regole che vengono fatte rispettare anche dal controllo informale del cittadino sul cittadino, regole spesso differenti da quelle sancite dallo Stato-Italia. In tali luoghi è evidente la presenza di una vera e propria istituzione non statuale, fonte di norme specifiche sentite e rispettate.

La camorra ha rappresentato l'"ordinamento giuridico", per dirla con Santi Romano, spesso più efficace sul territorio campano, l'"istituzione" più riconosciuta. Poiché la camorra-istituzione agisce contro l'istituzione Stato[18], questo potrebbe essere*"motivo perché le si neghi il carattere giuridico o la si consideri addirittura come antigiuridica dall'istituzione, cioè dall'ordinamento contro cui si rivolge e opera come forza disorganizzatrice e antisociale: ma è viceversa un ordinamento giuridico, quando si prescinde da questa relazione e da questo punto di vista e la si considera in sé, in quanto irreggimenta e disciplina i propri elementi."*[19] *"La illiceità delle istituzioni considerate illecite dallo Stato non vale e non può valere se non di fronte all'ordinamento statuale, che potrà perseguirle in tutti i modi in cui dispone e quindi determinarne anche la fine[…]ma finché esse vivono, ciò vuol dire che sono costituite, hanno un'organizzazione interna e un ordinamento che, considerato in sé e per sé, non può non qualificarsi giuridico. L'efficacia di tale ordinamento sarà quella che sarà, quella che risulterà dalla sua costituzione, dai suoi fini, dai suoi mezzi, dalle sue norme e dalle sanzioni di cui potrà disporre: sarà infatti debole, se forte sarà lo Stato; potrà talvolta essere anche così potente da minare l'esistenza dello Stato medesimo."*[20]

La camorra, nata dal basso, da quelle forze sociali che si organizzano[21] con *"una organizzazione si direbbe quasi analoga in piccolo a quella del-*

[18] Non si allude qui all'idea di una camorra vista come antistato. "*La camorra senza lo Stato non potrebbe vivere*" come afferma F. Biondo in "Disobbedienza civile conservativa e neocostituzionalismo: rilevanza e limiti di un dibattito teorico", in *Diritto in trasformazione* a cura di V. Omaggio, Editoriale scientifica, Napoli, 2005, p. 297. La camorra si serve dello Stato, lo utilizza e va a collocarsi proprio laddove esso lascia spazi vuoti. Non un soggetto anti-Stato, dunque, ma certamente un'organizzazione che, benché intervenuta talora a supporto dello Stato quale garante di pace sociale, nel lungo termine ha prodotto e produce tuttora effetti negativi per lo Stato, in termini di fiducia, di ordine e di sicurezza.

[19] S. Romano, *L'ordinamento giuridico* (1946), Giuffré, Milano, 1989, p. 43.

[20] *Ivi*, p. 122.

[21] S. Romano afferma: *"Prima e fuori dall'istituzione non ci può essere il diritto, appunto perché manca l'organizzazione che rende giuridica la norma. Il diritto non può essere soltanto la norma posta dall'organizzazione sociale, come spesso si dice, è l'organizzazione sociale che, fra le sue manifestazioni, pone anche la norma […] il diritto è, anzitutto, posizione, organizzazione, di un ente sociale."*(*Ivi*, p. 51).

lo Stato"[22], con questa chiave di lettura romaniana, risulta essere, in alcuni luoghi, una vera istituzione intesa come "*la prima, originaria ed essenziale manifestazione del diritto*"[23], del diritto obbiettivo "*perché è un ente, un corpo sociale, che ha nel mondo giuridico, un'esistenza effettiva, concreta, obbiettiva.*"[24] Parafrasando la definizione di istituzione di un noto sociologo[25], la camorra ha fornito alla popolazione norme che hanno regolato e prescritto le forme di comportamento e di condotta a seconda delle situazioni, indirizzando fortemente le alternative aperte al soggetto in senso illegale rispetto a quelle astrattamente possibili. I bisogni sociali sono stati soddisfatti da tale istituzione in grado di organizzare la cooperazione tra i cittadini dei quartieri napoletani e di utilizzare le poche risorse di cui disponeva di volta in volta la società, attraverso la famosa, tutta campana, *arte dell'arrangiarsi*. Si sono così create interazioni stabili nell'ambito di buona parte della popolazione, sono stati riconosciuti *status* e ruoli a uomini che, almeno apparentemente, e almeno inizialmente, al di fuori del territorio di riferimento non avevano potere alcuno. Sono nati poteri ed autorità specifici, differenti da quelli legali.[26]

Avere un ruolo, anche se criminale, ha rappresentato un obiettivo di primaria importanza; che il ruolo sia stato delegato alla camorra dallo Stato o che i camorristi stessi se lo siano arrogato, la organizzazione

[22] Secondo S. Romano le istituzioni, quand'anche illecite, *"hanno autorità legislative ed esecutive, tribunali che dirimono controversie e puniscono, agenti che eseguono inesorabilmente le punizioni, statuti elaborati e precisi come le leggi statuali. Esse, dunque, realizzano un proprio ordine come lo Stato e le istituzioni statualmente lecite. Il negare a tale ordine il carattere della giuridicità non può che essere la conseguenza di un apprezzamento etico, in quanto siffatti enti sono spesso delittuosi o immorali […] sennonché tutto ciò deve essere perfettamente indifferente pel giurista il quale non può fare altro, in tali casi, che constatare l'esistenza di ordinamenti obiettivi, istituzionali e perciò giuridici, ciascuno nella propria orbita, che sono, viceversa antigiuridici rispetto al diritto dello Stato che li esclude dalla sua sfera, anzi li combatte"*.(*Ivi*, p. 122).

[23] *Ivi*, p. 43.

[24] *Ivi*, p. 67.

[25] La definizione di istituzione a cui si fa riferimento è quella riportata da L. Gallino nel *Dizionario di sociologia*, Utet, Torino, 1993, p. 389: "*le istituzioni sono complessi normativi che regolano e prescrivono le forme di comportamento e di condotta a seconda delle situazioni, riducendo drasticamente le alternative aperte dal soggetto rispetto a quelle astrattamente possibili*".

[26] "*Il mio modello è il guappo. Io mi ricordo questo unico sogno di bambino: diventare il guappo del quartiere, il capo, colui che stabilisce l'ordine tra i vicoli, che controlla le attività economiche, che dirime le questioni e guida la giustizia, che viene omaggiato e blandito. Il sindaco, ma con molto più potere e con il carisma determinato dalla capacità di terrorizzare, dalla spietatezza in caso di necessità.*" (M. Savio - F. Venditti, *La mala vita*, Mondadori, Milano, 2006, p. 19). "*Adesso sono grande e merito il massimo rispetto. Ho acquisito una mia identità. Posso dimostrare di valere qualcosa, di non essere una persona inutile venuta al mondo senza alcun significato e senza futuro*". (*Ivi*, p. 26).

criminale campana ha potuto svilupparsi sempre più alla luce del sole e sempre più in rapporto con la legalità, rappresentando un vero presidio di potere[27]. Tale potere oggi è dato per scontato da chi quotidianamente si rapporta con esso, in quanto presenta tutti i tradizionali simboli di esso ed è esercitato costantemente e con coerenza[28]. Violenza e soprusi hanno agevolato l'imposizione del potere della camorra-organizzazione che in Campania può vantare, da un lato, il monopolio di fatto della forza fisica, sebbene essa sia, per legge, riconosciuta esclusivamente allo Stato, e, dall'altro, una grande autorità - forma di potere istituzionalizzato e legittimato -, anch'essa caratteristica peculiare dello Stato[29].

Lo Stato in Campania viene depauperato e in parte sostituito dalla camorra nelle sue caratteristiche essenziali: potere, forza e autorità per allocare le risorse e i servizi del sistema sociale. La camorra, quella dalle origini non soltanto plebee, ma clientelari e dell'alta società[30], è stata in grado di imporsi nella società, costruendo un capitale specifico, "*concentrazione di diverse specie di capitale, capitale di forza fisica o di strumenti di coercizione, capitale economico, capitale di cultura o meglio di informazione, capitale simbolico*".[31] Per mezzo della forza fisica e della coercizione mentale è riuscita a diffondere la sua cultura, utilizzando una vasta simbo-

[27] M. Weber in *Economia e società* (Edizioni di Comunità, Milano, 1968, vol. 2, p. 250) scrive; "*per potere deve intendersi il fenomeno per cui una volontà manifestata (comando) del detentore o dei detentori del potere vuole influire sull'agire di altre persone (del dominato o dei dominati) ed influisce effettivamente in modo tale che il loro agire procede, in un grado socialmente rilevante, come se i dominanti avessero, per lo stesso volere assunto il contenuto del comando per massima del loro agire (obbedienza)*".

[28] Sul concetto di potere, in particolare di potere politico, si veda G. M. Chiodi, *La menzogna del potere. La struttura elementare del potere nel sistema politico*, Giuffré, Milano, 1979.

[29] Per Max Weber lo Stato è quella comunità umana la quale, nell'ambito di un determinato territorio, pretende per sé con successo il monopolio della forza fisica legittima. (M. Weber, *Il lavoro intellettuale come professione*, Einaudi, 1948, p. 48).

[30] Come evidenziato dall'inchiesta Saredo, la criminalità mafiosa in Campania non è soltanto riferibile alle fasce sociali più disagiate, ma è caratterizzata da un profondo coinvolgimento dell'alta società: "*In corrispondenza quindi alla bassa camorra originaria, esercitata sulla povera plebe in tempi di abiezione e di servaggio, con diverse forme di prepotenza si vide sorgere un'alta camorra, costituita dai più scaltri ed audaci borghesi. Costoro profittando della ignavia della loro classe e della mancanza in essa di forza di reazione, in gran parte derivante dal disagio economico, ed imponendole la moltitudine prepotente ed ignorante, riuscirono a trarre alimento nei commerci e negli appalti, nelle adunanze politiche e nelle pubbliche amministrazioni, nei circoli, nella stampa*". Regia commissione d'inchiesta per Napoli, "Relazione sulla amministrazione comunale" (1901), Ristampa anastatica a cura di S. Marotta, Prefazione di Luciano Violante, Introduzione di Francesco Barbagallo, Istituto italiano per gli studi filosofici, Vivarium, Napoli, 1998, p. 49.

[31] P. Bordieu, *Ragioni pratiche*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 96.

logia di potere, servendosi di figure carismatiche e creando figure mitologiche. Ha presidiato il territorio, spesso ascoltandone i bisogni, imponendo il proprio volere e le proprie tasse.

Le pratiche estorsive, *"intermittenti soltanto all'inizio, in quanto formalmente illegali […] assumono spesso il carattere di versamento periodico in cambio di determinate prestazioni e specialmente di una garanzia di sicurezza"*[32], diventano regolare prelievo di fondi per sostenere la grande *familia*, garantendo, per questa via, la concentrazione nelle mani dei sistemi camorristici, oltre che della forza, anche delle risorse finanziarie, in analogia con quanto accaduto per la nascita degli Stati nazionali[33]. Il pizzo, inizialmente avversato, frequentemente viene accettato, o non denunciato, e persino richiesto, in qualche caso, quale forma di protezione[34], il che denota con evidenza il riconoscimento e la legittimità della camorra sul territorio[35]. E tale riconoscimento è genericamente diffuso nella collettività e continuamente difeso, soprattutto in alcuni quartieri di Napoli, attraverso l'assunzione a regole di dettami dei vertici dell'organizzazione.

La camorra-istituzione è, così, responsabile delle regole interne ad essa, delle regole che rispettano affiliati e manovalanza, ma è responsabile anche della diffusione di una cultura dell'illegalità, la *cultura di camorra* di cui si è detto, che è testimonianza della maggiore attrazione che

[32] M. Weber, *Economia e società*, op. cit., v. 1, p. 195.

[33] Scrive P. Bordieu in *Ragioni pratiche* (op. cit.): "*gli imperativi della difesa del territorio poco a poco diventano la giustificazione permanente del carattere obbligatorio e regolare di prelievi riscossi senza altro limite di tempo oltre quello che il re assegna loro regolarmente e applicabili direttamente o indirettamente a tutti i gruppi sociali*". (*Ivi*, p. 98) *"L'istituzione dell'imposta (malgrado la resistenza dei contribuenti) è in rapporto di causalità circolare con lo sviluppo delle forze armate, indispensabili per allargare o difendere il territorio controllato e quindi il possibile prelievo di tributi e imposte ma anche per assicurarne il pagamento con la forza […](Norbert Elias osserva giustamente che all'inizio la riscossione si presenta come una specie di racket) solo per gradi si arriva a vederla come un tributo necessario ai bisogni di un destinatario che trascende la persona del re, ossia di quel corpo fittizio che è lo Stato"*. (*Ivi*, p. 99).

[34] Il pizzo è recentemente diventato più "tollerabile" da parte delle vittime per via della nuova tendenza dei clan a non fare richieste eccessive di danaro. Le famiglie camorristiche si garantiscono ugualmente elevati introiti attraverso una estorsione più capillare sul territorio e l'offerta di svariati ed utili "servizi".

[35] In P. Bordieu si legge: "*La concentrazione delle forze armate e delle risorse finanziarie necessarie per mantenerle in vita va di pari passo con la concentrazione di un capitale simbolico di riconoscimento e di legittimità […] Tutti gli studiosi concordano nell'associare il progressivo estendersi del riconoscimento della legittimità del prelievo ufficiale con l'affermazione di una forma di nazionalismo. È probabile che la riscossione generale delle imposte abbia contribuito all'unificazione del territorio o, più esattamente, alla costruzione, nella realtà e nelle rappresentazioni, dello Stato come territorio unitario, entità unificata dalla soggezione agli stessi obblighi a loro volta imposti dalle stesse esigenze di difesa"*. (*Ivi*, p. 100).

essa ha rispetto alle regole dello Stato[36]. Lo Stato non è l'unico sistema del mondo giuridico, non è l'unico produttore di diritto e, talvolta, è espressione di norme che non hanno effettività, perché non sentite come cogenti e considerate fuori dalla realtà. In tali casi il diritto vivente, quello *"cui non fa difetto non solo la vita attuale, ma altresì la vitalità"* [37], prevale sul diritto codificato. "*Il solo diritto sociologicamente rilevante è il diritto efficace, vale a dire il diritto i cui contenuti normativi trovano corrispondenza nella realtà attraverso una diffusa accettazione sostenuta da culture giuridiche esterne, e un adeguato sostegno dagli apparati guidati da culture giuridiche interne*"[38]. "*I 'fatti del diritto', insomma, riflettono un diritto assai più stabile e profondamente radicato nella società del mondo astratto e continuamente variabile delle norme positive e, d'altro lato, rafforzano e consolidano la cultura propria dei diversi gruppi sociali*"[39] . I *folkways*, come evidenziato da Sumner, prevalgono sugli *stateways* in quanto soltanto i primi hanno la forza intrinseca propria della capacità normativa diffusa nella popolazione. "*Si può prevedere una resistenza ad ogni modello di controllo che richieda l'abbandono di valori profondamente sentiti da ampi settori della popolazione*"[40].

Se così nascono le norme giuridiche, così ottengono effettività le regole camorristiche, tanto che la camorra-organizzazione, grazie anche alla *cultura di camorra*, si sostituisce allo Stato in quelle che Weber ha definito le *funzioni fondamentali* dello stesso[41]: legislazione, polizia, giustizia, amministrazione.

Come s'è detto, infatti, la camorra ha creato un diritto alternativo a quello statuale, regole che hanno avuto ed hanno efficacia ed effettività sul territorio controllato, mediante l'utilizzo della violenza, ovvero per

[36] Tale attrazione può avere origine da una maggiore vicinanza della camorra alle esigenze del territorio su cui opera, ma anche dalla scelta della strada più facile: Erickson affermava che la costruzione di un'identità deviante appare ben più semplice della formazione di una identità non deviante per la quale è richiesto più lavoro su se stessi e nella società. Cfr.: E. H. Erickson, *Gioventù e crisi d'identità*, Armando, Roma, 1984.

[37] S. Romano, *Lo stato moderno e la sua crisi. Saggio di diritto costituzionale*, Giuffré, Milano, 1969, p. 97. "*La trasformazione del fatto in uno stato giuridico si fonda sulla sua necessità, sulla sua corrispondenza ai bisogni e alle esigenze sociali*". (Ivi, p. 97).

[38] A. Febbrajo, *Sociologia giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 83.

[39] *Ivi*, p. 41.

[40] E. Lemert, *Devianza, problemi sociali e forme di controllo*, op. cit., p. 155.

[41] M. Weber in *Economia e società*, (vol. 2, p. 207) individua le funzioni fondamentali dello Stato: *"la posizione del diritto (legislazione), la tutela della sicurezza personale e dell'ordine pubblico (polizia), la tutela dei diritti acquisiti (giustizia), la cura degli interessi igienici, pedagogici, politico-sociali e di altri interessi culturali (le varie branche dell'amministrazione) e infine in modo particolare la difesa verso l'esterno con impiego organizzato della violenza (amministrazione militare)".*

la capacità di tale organizzazione criminale di adattarsi ai bisogni dei consociati. Una legislazione non scritta, ma interiormente conosciuta e considerata ovviamente cogente, viene tutelata attraverso l'esercizio della violenza, attraverso azioni di polizia criminale che garantiscono la tutela della sicurezza personale e dell'ordine pubblico in molti quartieri di Napoli. Viene attuata (imitando i meccanismi repressivi del controllo statuale) una politica della tolleranza zero[42] per chi viola fondamentali regole, al fine di conservare un potere che si sente continuamente minacciato da quello legale e da quello degli altri "sistemi" e che, per questo, esige un controllo fermo del territorio attraverso la difesa verso l'esterno con impiego organizzato della violenza e il regolamento di conti con i clan rivali[43]. Ma

[42] Nel 1982 George Kelling e James O. Wilson firmarono un articolo sulla *"Monthly Review"* dal titolo *"Broken windows"*, avanzando l'ipotesi che esistesse un legame tra degrado urbano e criminalità: "se le persone si abituano a vedere una finestra rotta, in seguito si abitueranno anche a vederne rompere altre". Quanto più un ambiente urbano appariva degradato, abbandonato a se stesso, ridotto a territorio di comportamenti devianti anche se non propriamente criminali, tanto più probabile sarebbe stata la manifestazione in quel determinato contesto di forme più gravi di trasgressione. Il degrado, insomma, elevando la soglia di indifferenza della comunità urbana verso varie forme di devianza, andrebbe a consolidare le culture criminali. Per ridurre la criminalità nelle strade delle grandi metropoli, perciò, urgeva attuare nuove strategie di prevenzione del crimine: la polizia si sarebbe dovuta occupare di reprimere anche quei comportamenti che, pur non configurando alcun reato, risultassero molesti, fastidiosi e dessero al cittadino un'immagine degradata della città. La *broken windows theory* ha avuto fortuna negli Stati Uniti, ispirando di fatto una nuova politica penale a partire dagli anni Novanta del 1900 definita *"zero tolerance"*. Con tale espressione si suole indicare quel complesso di strategie volte a ridurre drasticamente la frequenza e la gravità di determinati fenomeni percepiti come socialmente indesiderabili; si tratta di un complesso di strategie di controllo e prevenzione della criminalità rivolte non solo ai recidivi, ma anche agli autori di reati da strada. È a New York che avviene la prima sperimentazione della "*zero tolerance*". Eletto sindaco nel gennaio del 1994, Rudolph Giuliani fa della sicurezza della città l'elemento forte della sua campagna elettorale, proponendosi di ridurre drasticamente criminalità e degrado urbano in una New York che poteva ben annoverarsi tra le città più violente degli Stati Uniti. La *zero tolerance*, per volere del sindaco Giuliani, rese la città molto più sicura di un tempo, facendo registrare un forte calo di omicidi, furti di auto e crimini in generale e diventando fonte di ispirazione di altre città degli USA e di alcuni Stati europei. È, tuttavia, difficile stabilire se tale politica abbia funzionato davvero. La tolleranza zero è stata criticata per varie ragioni; innanzitutto, perché secondo alcuni produrrebbe buoni risultati solo nel breve periodo, giacché richiede impegni finanziari e risorse che sarebbero insostenibili nel lungo periodo; poi, perché si tratterebbe di un approccio sintomatico al crimine che, viceversa, trascura gli aspetti causali di devianza e criminalità; infine, perché la riduzione della criminalità più grave era già in atto in tutti gli Stati Uniti d'America e probabilmente proprio questa circostanza favorì l'impegno della polizia verso la piccola criminalità.

[43] "*Nella consorteria dei Camorristi è pure stabilito un diritto di punire. Le pene stabilite sono: 1. La sospensione temporanea. 2. Lo sfregio. 3. La morte […] Si annoverano, come principali tra i*

la camorra non è soltanto violenza, è anche "politiche di *welfare*", miranti a tutelare i diritti acquisiti all'interno dei sistemi, i diritti delle alte sfere e quelli di coloro che non hanno un ruolo di primaria importanza nel clan, pur essendo parte attiva negli affari degli stessi: piccoli spacciatori, "*foderi*" e faccendieri. *O' sistema* garantisce lavoro e guadagni immediati, sostegno alle famiglie dei "caduti" nelle guerre di mafia e dei "prigionieri" di guerra rinchiusi nelle carceri statali, interventi immediati in caso di necessità in ogni campo del sociale. Le soluzioni ai problemi di volta in volta sorti nel quartiere vengono garantite da rapporti con persone "rispettabili", ma compiacenti o inscritte sul libro paga dei *clan*.

La forza ha garantito la nascita di un potere simile a quello statuale, di un "diritto criminale", di una società di sudditi che stenta a generare cittadini[44]; l'organizzazione, la diffusione e la presenza, anche attraverso la fiscalità, sul territorio favorisce - in qualche modo - la pace sociale, l'ordine, il non conflitto nella società, la legittimazione dell'organizzazione mafiosa[45] ed il consenso. Come ricorda Weber: "*abitudini di comportamento all'inizio puramente effettive vengono sentite come 'vincolanti' in seguito alla 'disposizione' psicologica, e con la coscienza della loro diffusione sopra-individuale, entrano a far parte, elevate al rango di 'consensi', dell'aspettativa (in tutto o in parte) consapevole di un corrispondente agire dotato di senso di altre persone; finalmente a questi 'consensi' viene concessa la garanzia di apparati coercitivi, la quale li differenzia dalle 'convenzioni'*" [46].

Il movimento sociale è andato in direzioni diverse da quelle previste e percepite dallo Stato che non ha saputo adattarsi ai nuovi bisogni dei suoi *cives*. Una scissione tra Paese reale e Paese effettivo è evidente. In questo contesto, il problema della Campania è difficilmente risolvibile se non si interviene prioritariamente sulla cultura.

reati che possono dare luogo all'applicazione di queste pene, i seguenti: 1. La mancanza di rispetto verso i compagni, i capi, la famiglia. 2. La consegna infedele del barattolo 3. L'attentato all'onore alle donne dei soci 4. L'avere accettato da estranei la commissione per uccidere, sfrediare o rubare". (M. Marmo, *Il coltello e il mercato*, L'ancora del mediterraneo, Napoli, 2011, p. 37).

[44] Con la nascita degli Stati nazionali si concretizza il passaggio degli uomini da una condizione di sudditanza, in cui non si aveva voce in capitolo nelle cose comuni, ad una condizione di cittadinanza, laddove si ammette e si richiede la partecipazione della popolazione alle cose dello Stato.

[45] Mauro Calise scrive che le categorie weberiane della politica sono tutte dentro la storia della camorra, applicate in proprio come stato nello Stato: organizzazione, contestato monopolio statale della violenza, modello fiscale. (Le categorie del politico nella criminalità organizzata, in F. Barbagallo (a cura di), *Camorra e criminalità organizzata in Campania*, Napoli, Liguori, 1998.)

[46] M. Weber, *Economia e società*, op. cit., vol. 2, p. 89.

STEFANIA PARISI

Dimenticare l'obiezione di Zagrebelsky? Brevi note su legalità sostanziale e riserva relativa nella sent. n. 115/2011

SOMMARIO: 1. Notazioni preliminari. 2. Il fatto e i concetti. 3. Quale concezione della legalità si evince dai precedenti citati? «Desemantizzazioni» progressive del significato della legalità. 4. Delle due, l'una: legalità sostanziale o riserva relativa?

1. *Notazioni preliminari*

Che molte decisioni della Corte Costituzionale siano dotate di un respiro teorico in grado di elevarle dalla massa dei casi "routinari", credo sia normale. Del resto, i giudici costituzionali sono uomini colti, oltre che professionisti di provata competenza, ed è naturale che supportino le decisioni con argomenti teorici in grado di blindarne la tenuta sistemica.

Tra le decisioni che svelano questo afflato si può, senza molti dubbi, includere la sentenza n. 115/2011, che qui si annota.

La decisione chiama in causa concetti importanti per risolvere in via incidentale la questione di legittimità costituzionale concernente l'art. 54, comma 4, del d.lgs. 267/2000 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), come sostituito dalla legge 125/2008, di conversione del d.l. n. 92/2008, nella parte in cui consente che il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotti provvedimenti normativi a «contenuto normativo ed efficacia a tempo indeterminato», al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano la sicurezza urbana, anche fuori dai casi di contingibilità e urgenza.

Tuttavia, l'importanza dei concetti richiamati – quali il principio di legalità nella sua declinazione sostanziale e l'istituto della riserva relativa di legge - pare, in questo caso, inversamente proporzionale alla *vis* argomentativa della sentenza, che avrebbe potuto intrattenersi su di essi, contribuendo anche a distendere qualche crampo teorico di vecchia data.

Ma procediamo con ordine.

2. *Il fatto e i concetti*

La questione relativa alla legittimità dell'art. 54 del T.U.E.L. a seguito delle modifiche intervenute nel 2008 viene sollevata in via incidentale dal T.A.R. Veneto in riferimento a un lungo elenco di parametri costi-

tuzionali, di varia provenienza (si va dai principi supremi alle libertà fondamentali, dagli artt. 70, 76 e 77 al principio di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione *ex* art. 97 Cost., fino alle norme costituzionali sul riparto di competenze legislative e amministrative tra lo Stato e le Regioni).

La norma indicata, consentendo al sindaco quale ufficiale di Governo, di adottare «con atto motivato provvedimenti, anche contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana», sarebbe illegittima per diverse ragioni: perché istituisce una fonte normativa, libera nel contenuto ed equiparata alla legge, in contrasto con la Costituzione nella parte in cui attribuisce i poteri normativi alle Camere (art. 70) e al Governo (nei casi previsti dagli artt. 76 e 77 Cost.); perché prescinde da situazioni di necessità ed urgenza che, sole, legittimerebbero l'adozione di simili atti[1]; perché, grazie ad essa, il sindaco avrebbe un potere illimitato di conculcare la libertà dei singoli in spregio delle riserve di legge e del principio di legalità sostanziale; perché il potere normativo del sindaco sarebbe esercitabile scavalcando il riparto competenziale tra Stato e Regioni. La complessità della censura giustifica, così, la varietà e ampiezza dei parametri richiamati.

Nel dichiarare la fondatezza della questione, la Corte però procede a una preliminare opera di pulizia interpretativa della disposizione censurata. Nonostante la disposizione sia formulata in modo non esattamente ineccepibile[2], la Corte addiviene comunque alla conclusione per cui essa «*se correttamente interpretata non conferisce ai sindaci alcun potere di emanare ordinanze di ordinaria amministrazione in deroga a norme legislative e regolamentari*» (par. 3.1 considerato in diritto).

Tuttavia, la Corte ammette che i problemi delle ccdd. "ordinanze di

[1] Sulle ordinanze di necessità e urgenza come "zona d'ombra" del sistema delle fonti, cfr. R. Bin – G. Pitruzzella, *Le fonti del diritto*, Torino 2009; sul rapporto tra il potere d'urgenza e la Costituzione cfr. R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano 1990; M. Gnes, *I limiti del potere d'urgenza*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2005, 645 ss. Offre una visione ad ampio spettro del fenomeno, con particolare riguardo al problema della "normalizzazione" dell'emergenza, la monografia di A. Cardone, *La normalizzazione dell'emergenza – Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino 2011.

[2] L'art. 54, comma 4, del d- lgs. 267/2000 recita: «il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta con atto motivato provvedimenti, anche contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana». Il fatto che l'espressione «anche contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento» sia posta fra due virgole indurrebbe a credere che i principi generali dell'ordinamento siano un vincolo solo per le ordinanze contingibili e urgenti e non anche per quelle di ordinaria amministrazione.

ordinaria amministrazione" non consistono solo nel rispetto delle norme legislative e regolamentari vigenti: non è, allora, solo un problema di teoria delle fonti, di rispetto del criterio gerarchico.

La disposizione legislativa, infatti, autorizzando i sindaci a emanare ordinanze di ordinaria amministrazione, pur nei limiti delle disposizioni legislative e regolamentari vigenti, consentirebbe l'esercizio di una discrezionalità quasi illimitata, vincolata solo nel fine: questo impatterebbe con «*l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale posto alla base dello Stato di diritto*». Insomma «*non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa*»[3]. A sostegno di queste affermazioni, la Corte cita alcuni precedenti (le sentt. nn. 150/1982, 307/2003 e 32/2009) che dovrebbero rappresentare validi argomenti per accogliere, nel nostro ordinamento, un'accezione sostanziale della legalità.

Ne discende che nel nostro sistema sarebbe accolta una generalizzata concezione *sostanziale* della legalità e che, pertanto, la legge subirebbe, *ex constitutione*, un vincolo contenutistico poiché avrebbe l'obbligo di predeterminare il contenuto degli atti amministrativi, non solo di individuare il fine degli atti medesimi. I corollari problematici di queste affermazioni sarebbero che: a) è necessario rimodulare il concetto di discrezionalità amministrativa (posto che essa consisterebbe in qualcosa di *più* e di *diverso* rispetto ad un vincolo finalistico della legge[4]); b) bisogna capire *se* e *in che modo* la Corte è in grado di determinare il *quantum*, il contenuto *minimo* della legge in grado di soddisfare il principio di legalità *sostanziale*; c) si deve ripensare al rapporto tra riserva di legge *relativa* e principio di legalità in senso *sostanziale*.

Per la verità, quest'ultimo corollario scaturisce da un altro passaggio, tutt'affatto chiaro, della decisione in commento. Subito dopo il rife-

[3] Questo virgolettato, come il precedente, è contenuto nel par. 4 del considerato in diritto.

[4] Non è qui possibile dar conto del dibattito sviluppatosi sul concetto di "discrezionalità amministrativa": pertanto, il suddetto profilo esulerà da queste brevi note. Tuttavia, nel testo, si fa specifico riferimento a una (risalente) teoria della discrezionalità amministrativa elaborata da P. Virga, *Il provvedimento amministrativo*, Milano 1979, secondo cui essa sarebbe la facoltà di scelta fra più comportamenti giuridicamente leciti per il soddisfacimento dell'interesse pubblico e per il perseguimento di un fine rispondente alla causa del potere esercitato.

rimento al principio di legalità in senso sostanziale, la Corte richiama la riserva di legge relativa di cui all'art. 23 Cost., in base al quale nessuna prestazione, personale o patrimoniale, possa essere imposta, se non in base alla legge: le ordinanze sindacali di ordinaria amministrazione violerebbero questo parametro nella misura in cui «*incidono, per la natura delle loro finalità (...) e per i loro destinatari (...), sulla sfera generale di libertà dei singoli e delle comunità amministrate, ponendo prescrizioni di comportamento, divieti, obblighi di fare e di non fare, che (...) impongono comunque, in maggiore o minore misura, restrizioni ai soggetti considerati*» (par. 5, considerato in diritto).

Il problema sollevato da questo punto della sentenza è allora: il principio di legalità sostanziale si *risolve* senza residui nella riserva relativa di legge? Si tratta, cioè, di concetti indistinguibili tra i quali correrebbe una mera differenza quantitativa[5]?

A queste, si aggiungano le altre domande: quale nozione di legalità è accolta in Costituzione? In base a quali argomenti e in quali sedi la Corte ha ritenuto sussistente un'accezione sostanziale della legalità? Come la concezione della legalità accolta incide sulla nozione di discrezionalità amministrativa? Che rapporto c'è tra legalità sostanziale e riserva di legge relativa?

Questo commento non ha l'ambizione di rispondere a domande di un simile peso; vuole, piuttosto, interrogarsi sulle ragioni per cui la decisione della Corte si è fermata a poche (e quasi apodittiche) considerazioni, perdendo forse l'occasione di scrivere parole decisive su concetti basilari inscritti nella costellazione teorica dello Stato di diritto.

3. *Quale concezione della legalità si evince dai precedenti citati? «Desemantizzazioni» progressive del significato della legalità*

Non è la prima volta che la Corte motiva una propria decisione mantenendo sullo sfondo la vigenza del principio di legalità sostanziale. Il

[5] Per la nozione di differenza quantitativa tra legalità sostanziale e riserva relativa, cfr. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale,* II, 1, Padova, 1993, spec. 65, ove si afferma che il principio di legalità sostanziale e le riserve relative tendono a identificarsi, anche in sistemi in cui la rigidità costituzionale è garantita dal controllo sulle leggi. Ma, verificandosi questa ipotesi, «le riserve "relative" potranno differenziarsi per elementi *quantitativi*, vale a dire per una maggiore determinatezza della disciplina che deve essere dettata dalla legge, rispetto a quella considerata sufficiente affinché sia rispettato il principio di legalità sostanziale» (corsivo testuale).

[6] Si dà per scontato che si conosca tutto il dibattito dottrinario sulla sussistenza di una accezione formale o sostanziale della legalità. Sul tema (e in particolare sulla trasformazione progressiva del significato della legalità), rinvio al mio *Ascesa, declino e mutazioni della gerarchia delle fonti*, Jovene 2011, in corso di pubblicazione.

problema è, piuttosto, in che occasione e con quali argomenti la Corte è giunta a sostenere che la Costituzione accoglie una concezione sostanziale della legalità. E allora, abbandonando pretese ricostruttive di ampio respiro che meritano ben altra sede[6], è opportuno analizzare i precedenti citati già nella sentenza 115/2011.

Il primo precedente citato è la sentenza n. 150/1982.

La notissima decisione pronunciata in occasione di un conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni inaugura una fitta giurisprudenza sulle modalità di esercizio della funzione statale di indirizzo e coordinamento. In essa, la Corte stabilisce che «*non spetta allo Stato esercitare i poteri di indirizzo e coordinamento degli interventi a favore del settore artigiano mediante atto amministrativo senza che l'adozione di tale provvedimento sia consentita da un'apposita previsione legislativa statale*». Pur affermando, infatti, che «*la funzione di indirizzo e coordinamento trova sicuro fondamento in Costituzione*» poiché «*abbraccia istituzionalmente l'intero ambito in cui la Regione esplica i propri poteri amministrativi (...) e comporta l'insorgenza di vincoli giustificati dalle imprescindibili esigenze di carattere unitario che l'intervento dello Stato garantisce*», la Corte, nel contempo, sostiene che «*il ricorso all'atto amministrativo, come si atteggia nella specie* [ossia, quale strumento di indirizzo e coordinamento, *N.d.A*], *è giustificato solo se trova un legittimo ed apposito supporto nella legislazione statale, e concreta il disposto offerto a questo fine dalla previsione normativa, in relazione alle attività regionali che ne formano oggetto*» e che «*l'inosservanza del principio di legalità, sotto il profilo testé precisato, costituisce quindi un assorbente motivo di invalidità dell'atto statale: e di qui, precisamente, discende la violazione della sfera garantita alla Regione*». Tuttavia, la Corte precisa che «*tale conseguenza resta però esclusa nell'opposto caso, in cui l'adozione dell'atto amministrativo, soddisfa, come si è testé avvertito, i requisiti per il corretto esercizio dell'indirizzo e del coordinamento. In quest'ultima evenienza, il vincolo nei confronti dell'attività dell'ente autonomo risale per vero alla norma di legge, dalla quale trae specifico fondamento il provvedimento sub - legislativo che lo configura*».

Accogliendo l'impostazione di chi, prima della decisione, già sosteneva la tesi dell'efficacia vincolante degli atti di esercizio della funzione di indirizzo e coordinamento subordinandola al rispetto della legalità sostanziale[7], la Corte scioglie un nodo importante relativamente alla

[7] Tesi sostenuta da più parti: cfr., ad esempio, S. BARTOLE, *Supremazia e collaborazione nei rapporti fra Stato e regioni*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1971, 84 ss.; L. PALADIN, *Sulle funzioni statali di indirizzo e coordinamento nelle materie di competenza regionale*, in *Giur. cost.*, 1971, 195 ss.; A. BARBERA, *Regioni e interesse nazionale*, Milano 1973, spec. 245 ss.

funzione, ma lo fa «nel senso meno atteso dalle Regioni»[8].

La garanzia della legalità – imposta per l'esercizio della funzione di indirizzo e coordinamento – distrae l'attenzione dal fatto che la Regione *non* è «*esonerata dall'uniformarsi al provvedimento statuale per il semplice fatto di aver dettato norme con esso incompatibili*»[9]. Il vincolo conformativo che scaturisce dall'esercizio della funzione di indirizzo e coordinamento investe non solo l'amministrazione ma soprattutto la legislazione regionale[10]. Ed è qui che si sono appuntate le perplessità di gran parte della dottrina, che non si spiega «come dal fatto del necessario e concreto rispetto di questo principio, in sede di indirizzo e coordinamento, possa farsi derivare l'obbligo, per il legislatore regionale, di uniformarsi a un atto che è e resta amministrativo e che, proprio in virtù di detto principio, rimane subordinato alla legge, statale o regionale che sia»[11]. Al

[8] Lo fa notare M. SCUDIERO, *Legislazione regionale e limite dei principi fondamentali: il difficile problema delle leggi cornice*, in *Le Regioni*, 1983, 7 ss.

[9] Come afferma la stessa Corte nella sent. n. 150/1982, par. 8 del considerato in diritto.

[10] Si può dire, con le parole di G. FALCON, *Intervento* alla Tavola Rotonda *Spunti per una ricerca sull'indirizzo e coordinamento*, in *Le Regioni*, 1985, 57 ss., che «oggetto o ambito della funzione di indirizzo e coordinamento *non è* la potestà amministrativa in quanto contrapposta alla potestà legislativa (...) ma piuttosto *la regione in quanto operante*, a prescindere dalla qualità giuridica degli strumenti che la Regione stessa deve impiegare in tale operare» (i corsivi della citazione sono testuali) e che, dunque, «il potere di indirizzo e coordinamento vincola anche il legislatore regionale». Per affermazioni analoghe, cfr. pure M. PEDETTA, *Funzione di indirizzo e coordinamento esercitata in via amministrativa e sistema delle fonti*, in *Giur. cost*., 1983, 671 ss.

La stessa Corte, peraltro, giungerà ad affermare che solo attraverso il rispetto della legalità sostanziale «può ritenersi rispettato l'ordine complessivo delle fonti normative» (sent. n. 359/1991).

Il concetto di "vincolo" viene poi arricchito nel corso della giurisprudenza: si dirà, in seguito, che le regioni «nell'ambito del loro dovere di uniformarsi a[i] criteri [posti dagli atti di indirizzo e coordinamento] nell'emanazione della propria normativa« possano «introdurre specificazioni che non contrastino con la *ratio* delle disposizioni» statali (sent. n. 1134/1988). Nella giurisprudenza si parla anche del «vincolare teleologicamente», nel senso che le Regioni potrebbero soddisfare il vincolo imposto dall'atto amministrativo di indirizzo e coordinamento «anche mediante il perseguimento di un risultato equivalente» rispetto a quello previsto dall'atto statale (sent. n. 49/1991): se questo filone giurisprudenziale si fosse consolidato, magari il condizionamento delle fonti regionali sarebbe stato meno penetrante. Proposte ricostruttive sull'indirizzo e coordinamento sono in G. FALCON, *Spunti per una nozione della funzione di indirizzo e coordinamento come vincolo di risultato*, in *Le Regioni*, 1989, 1184 ss.

[11] Così, M. PEDETTA, *Funzione di indirizzo e coordinamento esercitata in via amministrativa e sistema delle fonti*, cit., spec. 683. Ma accenti simili pure in C. BOTTARI, *Intervento* alla Tavola Rotonda *Spunti per una ricerca sulla funzione di indirizzo e coordinamento*, in *Le Regioni*, 1985, spec. 79-80, dove afferma che «le Regioni o sono costrette a non legiferare poiché non sono ancora intervenuti gli atti di indirizzo e coordinamento da parte dell'autorità cen-

contrario, consentendo a un atto amministrativo statale – solo perché sostenuto a monte da una legge statale e giustificato da supposte esigenze unitarie – di modificare il riparto di competenze costituzionalmente stabilito e di vincolare la legge regionale, «si viene a mettere in discussione non solo e non tanto la riserva di legge stabilita dall'art. 117, comma 1, Cost., ma, più a fondo, la stessa gerarchia delle fonti del diritto nell'ambito della quale la legge regionale, pur entro limiti costituzionalmente stabiliti, è fonte parallela alla legge statale e ha della legge la "forza" e il "valore"»[12].

Dall'esistenza del vincolo conformativo che un atto amministrativo statale imporrebbe a una legge regionale discende, dunque, la considerazione ulteriore per cui la Corte ritiene valida l'equazione legalità = legalità statale. Il fatto che con un atto amministrativo si incida una legge regionale diventa un problema che la Corte tende a rimuovere, proprio come si fa con un pensiero scomodo.

Quindi, la sent. n. 150/1982 è una decisione dalla sostanza anfibia[13]: da un lato, si preoccupa di enunciare un criterio che consenta di delimitare i confini dell'esercizio in via amministrativa della funzione statale di indirizzo e coordinamento; dall'altro, però, non risolve (e non lo farà per tutta la giurisprudenza successiva) i problemi «relativi al contenuto, all'intensità e quindi al grado di penetrazione con cui tale funzione può incidere sull'esercizio di competenza costituzionalmente riservate

trale (...); oppure sono costrette a legiferare ricalcando pedissequamente disposizioni contenute in atti che –dal punto di vista delle fonti –non hanno valore legislativo, ma che trovano la loro legittimazione e previsione in atti legislativi». Successivamente, si veda il contributo di A. MALTONI, *Un opportuno contributo chiarificatore del giudice delle leggi in tema di funzione di indirizzo e coordinamento nel settore sanitario*, in *Giur. cost.*, 1996, 2696 ss., spec. 2706, che afferma che «il naturale corollario (...) va ravvisato nell'illegittimità sopravvenuta od originaria di tutte quelle leggi regionali –(...)- contenenti prescrizioni in contrasto con le disposizioni degli atti di indirizzo e coordinamento».

[12] Così, ancora, M. PEDETTA, *Funzione di indirizzo e coordinamento esercitata in via amministrativa e sistema delle fonti*, cit., 681, che sottolinea, in tal modo, la tendenza "statocentrica" sviluppatasi in questi anni, volta «a ridimensionare l'autonomia regionale e, in tale ambito, la potestà legislativa regionale che di quell'autonomia è il contrassegno peculiare».

[13] V. ad esempio il giudizio espresso da F. GABRIELE, *L'esercizio in via amministrativa della funzione statali di indirizzo e coordinamento: la Corte scioglie l'«enigma». Le regioni vincono una «battaglia» ma perdono la «guerra»?*, in *Giur. Cost.*, 1983, 620 ss., spec. 638-639, che afferma che la sentenza *de qua* «pur non affrontando talune questioni, pure proposte, relative ad aspetti procedimentali dei decreti, e processuali, per altro di notevole importanza, è di grande rilievo non perché, per la prima volta in questa materia, le Regioni hanno "vinto" (ché, anzi, per certi versi, può parlarsi di una "vittoria di Pirro"), ma perché, come era stato ragionevolmente ipotizzato, con essa uno degli aspetti più enigmatici della funzione riceve finalmente una soluzione»

alla Regione»[14]. Nonostante nella decisione si affermi una visione sostanziale della legalità e nonostante essa venga additata dalla dottrina come la prova più evidente dell'accoglimento in Costituzione della versione sostanziale del principio di legalità, è necessario, pertanto, restituire la sentenza al suo contesto originario.

Persino chi si era fatto portavoce delle esigenze della legalità sostanziale e aveva addotto la sent. 150/1982 proprio come esempio della vigenza di *questa* accezione del principio *de quo* nel sistema, ammette che «la Corte, dunque, in proposito è stata chiarissima. Può essere che quelle limpide affermazioni garantiste avessero un fine non altrettanto limpido, e fossero, cioè, dirette a diminuire l'autonomia regionale»[15].

Insomma, la giurisprudenza costituzionale lentamente, quasi impercettibilmente, inizia ad adoperare l'argomento della legalità in modo da "desemantizzarlo" rispetto al senso originariamente assunto. L'esistenza del principio di legalità viene brandita come arma non solo (anzi, non tanto) con l'intento di difendere il ruolo della legge statale nel sistema, scongiurando possibili derive autoritarie e ampliamenti sconsiderati del potere regolamentare dell'esecutivo oppure per preservare della legge la funzione di garanzia[16]. L'interesse comincia a spostarsi, specie sul finire degli anni '70, dalla forma di governo (ossia dai rapporti tra la legge e il regolamento statale governativo come riflesso dei rapporti Parlamento-Governo) alla forma di stato. Il tutto per porre un argine ai nuovi soggetti che avanzano pretese di riconoscimento: le regioni, naturalmente.

[14] Cfr. L. Carlassare, *Atti governativi di indirizzo e coordinamento tra principio di legalità e riserva di legge*, in *Le Regioni*, 1983, 1190 ss., spec. 1192.

[15] Così L. Carlassare, *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quaderni costituzionali*, 1990, spec. 18.

[16] Sulla sostanziale incertezza semantica che avvolge il principio di legalità nella giurisprudenza (soprattutto quella amministrativa) si veda il lavoro di A. Travi, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 1995, 91 ss. Qui, peraltro, l'A. nota proprio la diversità di sfumature che la giurisprudenza assume nell'uso della legalità, specie negli argomenti della Corte Costituzionale, affermando che «lo stesso significato generale del principio di legalità finisce col risultare incerto, perché è evidente che il significato di un principio è determinato dal suo contenuto e dal suo ambito di applicazione. Inoltre, mentre nella dottrina il dibattito sul principio di legalità si incentra su interpretazioni sostanzialmente unitaria di questo principio, in certa giurisprudenza sembra accolta un'impostazione diversa. *È il caso, per esempio, della giurisprudenza costituzionale, che considera il principio di legalità secondo logiche distinte, in relazione al fatto che esso venga invocato come criterio informatore dei rapporti fra lo Stato e le autonomie regionali, come è nel caso dell'affermazione del principio di legalità 'sostanziale' rispetto al potere di indirizzo e coordinamento del governo* (...)»(92, corsivo aggiunto).

La sentenza n. 150/1982 è, quindi, esemplificativa di un *trend* giurisprudenziale che la Corte osserva costantemente proprio in relazione alla funzione di indirizzo e coordinamento, riproducendone gli argomenti in maniera seriale: la legalità sostanziale è argomento che consente di (legittimare la funzione statale di indirizzo e coordinamento ma soprattutto di) vincolare la legislazione regionale al rispetto di atti sottordinati alla legge.

Parzialmente diverse sono le altre due sentenze citate, peraltro entrambe successive alla riforma del titolo V del 2001.

Con la sent. n. 307/2003, viene decisa una questione di legittimità costituzionale sollevata con ricorso governativo avverso numerose leggi regionali accomunate dal fatto di riguardare una materia identificata, *lato sensu*, come "elettrosmog" e lesive, a dire del ricorrente, della competenza statale in materia di tutela dell'ambiente. Dopo aver affermato che, invece, le discipline regionali attengono a materie variamente identificate e tutte sussumibili sotto etichette di competenza concorrente[17], la Corte esamina le singole censure. Ai fini di questa disamina è interessante dare uno sguardo alle censure rivolte alla legge della Regione Marche: l'art. 3, comma 3, di questa legge prevede che l'installazione degli impianti sia sottoposta "ad opportune procedure di valutazione di impatto ambientale così come previsto dall'articolo 2-*bis* della legge 1° luglio 1997, n. 189". Il successivo comma 4 demanda ad un atto della Giunta la determinazione delle modalità di attuazione. Le due disposizioni, stando al ricorso governativo, ecceder ebbero la competenza regionale, poiché la competenza resterebbe riservata allo Stato in funzione della tutela dell'ambiente. Nel dichiarare infondata la questione concernente il comma 3, la Corte spende, invece, l'argomento della legalità sostanziale a sostegno dell'illegittimità costituzionale del comma 4. Lo fa in modo quasi istintivo, senza fermarsi a lungo sulla questione teorica agitata sullo sfondo e dicendo «*Fondata è invece la questione relativamente al comma 4, per l'assoluta indeterminatezza del potere demandato alla Giun-*

[17] La Corte afferma infatti «*Nel caso delle discipline regionali impugnate, esse attengono essenzialmente agli ambiti materiali - richiamati del resto anche dal ricorrente - della "tutela della salute", minacciata dall'inquinamento elettromagnetico, dell'"ordinamento della comunicazione" (per quanto riguarda gli impianti di telecomunicazione o radiotelevisivi), della "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia" (per quanto riguarda gli elettrodotti), oltre che, più in generale, del "governo del territorio" (che comprende, in linea di principio, tutto ciò che attiene all'uso del territorio e alla localizzazione di impianti o attività): tutti ambiti rientranti nella sfera della potestà legislativa "concorrente" delle Regioni a statuto ordinario, ai sensi dell'art. 117, terzo comma, della Costituzione, e pertanto caratterizzati dal vincolo al rispetto dei (soli) principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato*» (par. 5 considerato in diritto).

ta. Una procedura di valutazione di impatto può di fatto tradursi in un ostacolo ingiustificato alla realizzazione di impianti che sono oggetto di una programmazione nazionale, a seconda del modo in cui venga disciplinata e degli effetti attribuiti alle determinazioni assunte nell'ambito della stessa. La totale libertà attribuita alla Giunta nel dettare tale disciplina, senza l'indicazione di alcun criterio da parte della legge, viola il principio di legalità sostanziale, oltre che consentire l'emanazione di discipline regionali eccedenti l'ambito dei poteri della Regione o contrastanti con i principi fondamentali desumibili dalla legislazione statale: e determina pertanto l'illegittimità costituzionale della disposizione impugnata» (par. 9, in diritto).

Sembra quasi che la preoccupazione della Corte sia quella di evitare che l'attribuzione di un potere illimitato alla Giunta regionale ridondi nella lesione della disciplina statale[18], al punto tale che una parte della dottrina ha indicato proprio questa decisione come sintomatica di «un radicale cambiamento *ontologico*»[19] della nozione di legalità. Nella sent. n. 307/2003[20], infatti, la Corte avrebbe «riaffermato la validità del prin-

[18] La Corte dice chiaramente «*una procedura di valutazione di impatto può di fatto tradursi in un ostacolo ingiustificato alla realizzazione di impianti che sono oggetto di una programmazione nazionale, a seconda del modo in cui venga disciplinata e degli effetti attribuiti alle determinazioni assunte nell'ambito della stessa.*» e che il potere attribuito alla giunta viola la legalità sostanziale «*oltre che consentire l'emanazione di discipline regionali eccedenti l'ambito dei poteri della Regione o contrastanti con i principi fondamentali desumibili dalla legislazione statale*».

[19] L'espressione (corsivo testuale) è adoperata da A. Bertani, *«Legalità sostanziale» e pubblica amministrazione: spunti sui più recenti orientamenti della giurisprudenza costituzionale sul riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Rassegna parlamentare*, 2005, 695 ss., spec. 698.

[20] Per completezza, bisogna ricordare che l'A. citato segnala come *leading case* di questo "uso nuovo" della legalità la sent. n. 282/2002. La decisione è molto nota: riguardava la legittimità costituzionale della legge della Regione Marche n. 26/2001 recante norme relative alla "Sospensione della terapia elettroconvulsivante, della lobotomia prefrontale e transorbitale ed altri simili interventi di psicochirurgia". Lo Stato denunciava l'invasione della propria sfera di competenza da parte della regioni in relazione tale disciplina, violando l'art. 117, secondo comma, lettera l) (ordinamento civile e penale), lettera m) (determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale) e anche gli artt. 2 e 32 Cost. in relazione alla tutela della salute. La Corte, dopo aver premesso che il quadro normativo è interamente mutato, afferma la fondatezza della questione dopo aver premesso che «*il punto di vista più adeguato, dunque, per affrontare la questione è quello che muove dalla constatazione che la disciplina in esame concerne l'ambito materiale della "tutela della salute", che, ai sensi dell'art. 117, terzo comma, della Costituzione, costituisce oggetto della potestà legislativa concorrente delle Regioni, la quale si esplica nel rispetto della competenza riservata allo Stato per la "determinazione dei principi fondamentali". È proprio il contrasto della legge impugnata con i principi fondamentali della materia, a norma dell'art. 117, terzo comma, della Costituzione, ad essere denunciato, in via subordinata, dal ricorrente*». In questa decisione, l'A. già ravvisa un uso della legalità sostanziale in chiave limitativa delle competenze regionali. In realtà, però, più che

cipio di *"legalità sostanziale"*, applicandolo tuttavia come parametro riferito non già alla legge statale di indirizzo e coordinamento, bensì alle norme regionali suscettibili di invadere le attribuzioni legislative statali». Vi si potrebbe leggere, insomma, un rinnovato uso della legalità «inteso come canone ermeneutico per verificare la rispondenza ai criteri di ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni» e come «nuovo strumento volto a tutelare e garantire imprescindibili esigenze di unitarietà dell'ordinamento giuridico nazionale»[21].

Pur se non si condividesse questa chiave di lettura, non si può, però, negare l'eccessiva disinvoltura con cui la Corte fa riferimento alla legalità sostanziale, appena accennata nel motivare l'illegittimità della disposizione.

Da ultimo, nella sent. n. 32/2009, la Corte, chiamata a pronunciarsi incidentalmente sulla *quaestio* sollevata dal T.A.R. Veneto relativa alla legittimità dell'art.3 della l. r. del Veneto n. 11/99 istitutiva del Comune di Cavallino Treporti, dichiara l'infondatezza della questione. Si denunciava la illegittimità della legge perché essa non individuava in maniera soddisfacente i criteri idonei a ripartire in modo razionale il patrimonio del Comune di Venezia, rimettendo questo compito all'esclusivo esercizio del potere discrezionale della Provincia e violando, in tal modo, il principio di legalità sostanziale.

La Corte, dichiarando infondata la questione, sembra accedere a una visione minimale della legalità sostanziale, ampliando, in tal modo, le maglie della discrezionalità amministrativa.

In questa decisione, la legalità viene evocata nel suo significato tradizionale, ossia come rapporto tra legge (regionale, in questo caso) e atto amministrativo (provinciale) e, come è stato detto nella nota di commento alla sentenza, «pare disvelare una concezione "debole" del principio, ritenendo sufficiente per rispettare la legalità sostanziale un grado di vincolatività dell'attività della pubblica amministrazione piuttosto basso»[22].

di un uso estensivo della legalità sostanziale, la decisione è un esempio di uso estensivo del concetto di "principio fondamentale della materia" che la Corte praticava sistematicamente già prima della riforma del titolo V, parte II, Cost. (sul punto, per tutti, cfr. R. Tosi, *"Principi fondamentali" e leggi statali nelle materie di competenza regionale*, Padova 1987. L'argomento della legalità sostanziale è, sì, adombrato, ma dalla regione resistente al fine di ribadire la giurisprudenza costituzionale precedente alla novella del 2001: non v'è traccia esplicita di questo argomento nella parte motiva della decisioni e non sarebbe corretto attribuire alla Corte affermazioni mai pronunciate, nel presupposto che ha detto meno di quanto avrebbe voluto.

[21] Cfr. A. Bertani, op. ult. cit. 702.

[22] Il virgolettato appartiene a A. Baraggia, *Legalità sostanziale e attuale sostanza della legalità*, in *Le Regioni*, 2009, 702 ss., spec. 710.

Quindi, il precedente del 2009 - pur citato *ad adjuvandum* – pare distendere le maglie della legalità sostanziale laddove, invece, la sent. n. 115/2011 le restringe, soprattutto nella parte in cui ritiene insufficiente la mera indicazione finalistica del valore o del bene che la legge intende tutelare.

Netta emerge la difficoltà di enucleare una chiave di lettura univoca e consolidata della giurisprudenza che pretenda di proporsi come regola immutabile e come lente privilegiata per osservare il principio di legalità. Al punto tale che l'uso della giurisprudenza in chiave prescrittiva non sembra un'operazione interpretativa da avallare senza riserve.

4. *Delle due, l'una: legalità sostanziale o riserva relativa?*

La sentenza ha, pertanto, in sé –nel caso trattato - una novità intrinseca che crea una cesura, in un modo o nell'altro, con i precedenti citati. Difatti, delle tre decisioni indicate nel par. 4 del considerato in diritto, la sent. 150/1982 si riferisce a una concezione della legalità preoccupata di difendere le prerogative statali di fronte alle Regioni piuttosto che di tutelare l'istanza democratico-garantista della legge parlamentare di fronte agli atti di provenienza governativa; le altre due, comunque, non sciolgono il problema della legalità sostanziale e del rapporto con la riserva relativa né forniscono *test* in grado di sciogliere il dubbio sul contenuto della legge statale come fondamento positivo e limite negativo degli atti amministrativi. Il caso in questione avrebbe forse potuto rappresentare un'occasione per tornare sul punto, *re melius perpensa*.

Il tassello mancante alla ricostruzione della Corte è proprio rappresentato dalla necessità di dimostrare che la concezione della legalità accolta dalla Costituzione è quella sostanziale e che l'esistenza di specifiche riserve relative è volta a puntellare questa concezione, più che a smentirla.

Ora, è noto che l'esistenza del principio di legalità sostanziale in Costituzione è stato sostenuto, con solidi argomenti teorici, da Lorenza Carlassare[23].

Tuttavia, altra parte della dottrina ha opposto a questa ricostruzione degli argomenti difficilmente controvertibili. L'obiezione più *tranchant* è certamente quella avanzata da Gustavo Zagrebelsky[24]. Nell'accenna-

[23] Il riferimento è, ovviamente, alla tesi centrale del suo *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova 1966.

[24] L'obiezione è contenuta in G. Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale*, *I – Il sistema delle fonti del diritto*, Torino 1987, spec. 53. Ma toni analoghi vengono adoperati anche da E. Cheli, *Ruolo dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare*, in *Quaderni costituzionali*, 1990, 53 ss. spec. 65, laddove afferma che la presenza, in Costituzione, di spe-

re alla tesi secondo cui la vigenza del principio di legalità sostanziale sarebbe il risultato dell'inferenza da una norma costituzionale *particolare* (l'art. 113 Cost.) di un principio *generale*, l'illustre studioso afferma «contro l'accoglimento *in generale*, come principio informatore di tutte le relazioni tra legge e regolamento, della versione sostanziale del principio di legalità, milita tuttavia un argomento decisivo. Essa comporterebbe l'esistenza di una *generale riserva di legge*, nel senso che a questa fonte sarebbe riservata la disciplina (...) di tutte le materie che costituiscono possibili oggetti di regolamentazione giuridica. Ma la costituzione prevede questo (cioè la necessità di tale regolamentazione legislativa) solo in certi casi determinati espressamente»[25]. La conseguenza è che, ritenendo esistente un generale principio di legalità sostanziale «si renderebbe inspiegabile la presenza, *in casi determinati*, di specifiche riserve di legge»; perciò, «fuori di queste (...) appare perfettamente ammissibile un potere regolamentare basato su leggi puramente attributive della relativa competenza».

La Corte, dunque, accede a una concezione sostanziale della legalità, ritenuta una «imprescindibile necessità» (par. 4 considerato in diritto). Poi, però, lega le ordinanze sindacali alla riserva relativa di cui all'art. 23 Cost.[26] (par. 5). E non ci aiuta molto a capire se i due istituti conservino ciascuno la propria autonomia concettuale o non siano, piuttosto, coincidenti, potendo darsi il caso che nell'art. 23 «il principio di legalità sostanziale vale egualmente nell'essenziale, essendosi tradotto nell'istituto della riserva di legge»[27].

Ad ogni modo, anche se l'obiezione fosse ritenuta superabile e si con-

cifiche riserve di legge (relative) sarebbe del tutto ultronea se «tutta l'azione amministrativa (e, nell'ambito di questa, tutta l'attività regolamentare) dovesse sottostare al rispetto di un principio di "legalità sostanziale" (che verrebbe in definitiva a identificarsi con una generale "riserva di legge" di tipo relativo)».

[25] Cfr. G. Zagrebelsky, op. ult. cit., 53-54. Il corsivo è testuale. L'ampia citazione testuale è dettata dall'esigenza di ridurre il più possibile la manipolazione che discenderebbe dalla sintesi personale di questa tesi.

[26] Volendo, anche i confini con cui la Corte ritiene soddisfatta la riserva relativa sono mutevoli, nel senso che non sempre viene adoperato un metro stringente per valutare se la riserva di cui all'art. 23 Cost. sia soddisfatta. Si pensi a quanto la Corte afferma nella sent. n. 190/2007 (pure citata nella sent. 115), ossia che «*secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, configura una riserva di legge di carattere "relativo", nel senso che essa deve ritenersi rispettata anche in assenza di una espressa indicazione legislativa dei criteri, limiti e controlli sufficienti a delimitare l'ambito di discrezionalità dell'amministrazione (sentenza n. 67 del 1973 e n. 507 del 1988) purché la concreta entità della prestazione imposta sia chiaramente desumibile dagli interventi legislativi che riguardano l'attività dell'amministrazione (sentenze n. 507 del 1988, n. 182 del 1994, n. 180 del 1996, n. 105 del 2003)*».

[27] G. Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale*, cit., 54.

tinuasse a sostenere che la concezione della legalità accolta in Costituzione è quella sostanziale e che le riserve relative altro non sono che l'inveramento di questa particolare declinazione del principio, non tutti i problemi sarebbero comunque risolti.

Infatti, quale grado di specificità devono avere le norme generali contenute nella legge affinché si possa ritenere soddisfatto il principio di legalità in senso sostanziale?[28]

Dalle decisioni della Corte non si può estrarre una regola univoca; del resto, già dalla sentenza n. 150/1982 il profilo del *quantum* di disciplina legislativa sufficiente a delimitare e fondare la legittimità di un atto di indirizzo e coordinamento risultava piuttosto problematico[29].

Ciò dimostra, in definitiva, che non basta affermare il necessario rispetto della legalità, anche nella sua accezione più intensa, quella sostanziale. Anzi, il principio di legalità va integrato con altri criteri, primo fra tutti quello di ragionevolezza[30], esibendo, in tal modo, la propria «insufficienza quale unico canone interpretativo»[31]. E allora, dalle pronunce del-

[28] Si tratta di interrogativo antico e particolarmente pressante, già avanzato da S. Fois, voce *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1975, 679 ss. rispetto alle tesi della Carlassare. Ma da ultimo v. pure A. Baraggia, *Legalità sostanziale e (attuale) sostanza della legalità*, in *Le Regioni*, 2009, 702 ss., spec. 710-711, dove si formula un interrogativo analogo, ossia «fino a che punto il legislatore può ed anzi è tenuto a spingersi nella definizione dei poteri e dell'attività della pubblica amministrazione? Fino a che punto il rispetto del principio di legalità nella sua funzione geneticamente garantista rispetto all'arbitrio del potere può incidere sulla ponderazione concreta degli interessi e sulle scelte discrezionali volte al raggiungimento di un risultato efficace (nel quale risiede il compito precipuo dell'amministrazione)?».

[29] Si vedano, ad esempio, le considerazioni di D. Sorace, *Intervento* alla Tavola Rotonda *Spunti per una ricerca sull'indirizzo e coordinamento*, in *Le Regioni*, 1985, spec. 61, il quale afferma che «questa sentenza mi ha suscitato e continua a suscitarmi delle perplessità quando, dopo aver dichiarato la necessità, per gli atti di indirizzo e coordinamento in forma non legislativa, del rigoroso rispetto del principio di legalità, ritiene poi rispettato tale principio dal 3° comma dell'art. 109 [del d. P. R. n. 616/1977, *N. d. A.*], il quale si limita a disporre che "*la determinazione dei tassi minimi di interesse agevolati a carico dei beneficiari è operata ai sensi dell'art. 3 della l. 22 luglio 1975, n. 382*». L'A. vuole, in tal modo, mettere in luce la circostanza per cui la Corte ritiene soddisfatta la legalità sostanziale pure in presenza di una disposizione così generica, che di certo non detta norme che "preorientano" l'attività del Governo nell'esercizio della funzione di indirizzo e coordinamento: dunque, è altamente opinabile, il contenuto che la legge statale deve avere affinché si possa ritenere soddisfatto il principio di legalità in senso sostanziale.

[30] Per una visione "sostanzialistica" della legalità, si veda quanto sostenuto in M. R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino 2003, spec. 273, dove si caldeggia un'interpretazione della legalità che tenga conto della ragionevolezza intrinseca e del giudizio di congruità tra i principi e gli interessi coinvolti e le misure in concreto adottate.

[31] Così G. Caianiello, *Principio di legalità e ruolo della Corte dei Conti*, in *Diritto Pubblico*, 1999, 920.

la Corte non emerge una "dottrina" della legalità sostanziale: il principio viene adoperato in funzione servente rispetto ad altri argomenti con cui si eterointegra. Questo processo argomentativo consente al giudice delle leggi di decidere i casi stabilendo l'interesse da salvaguardare di volta in volta (sia esso quello dello Stato rispetto alla Regione, oppure quello dell'organo assembleare rispetto all'esecutivo).

Quest'ultima notazione induce due corollari: non è possibile estrarre, da singole decisioni, regole valide per ogni latitudine e per qualsiasi contesto; se non vi fosse l'integrazione del principio di legalità sostanziale con altri canoni (come quello di ragionevolezza) si potrebbe correre il rischio di consegnare nelle mani della Corte una discrezionalità ingestibile, obbligandola a individuare i casi in cui la legge soddisfa (o meno) l'accezione sostanziale della legalità.

GIULIO PENNA

Il diritto di famiglia nel Regno d'Italia

SOMMARIO: 1. Il concetto di famiglia nel codice civile del 1865. - 2. Il matrimonio: elemento cardine del sistema giuridico familiare. - 3. Natura giuridica del rapporto matrimoniale. - 4. La patria potestà. - 5. Filizione legittima e filiazione naturale. - 6. L'adozione.

1 - *Il concetto di famiglia nel codice civile del 1865.*

Il diritto di famiglia regolato dal Codice Pisanelli è senza dubbio figlio della disciplina civilistica che lo precede.

Nel dare un nuovo volto agli istituti del diritto familiare, infatti, il legislatore del 1865 aveva avuto la possibilità di ispirarsi a diverse esperienze normative tra cui le più importanti furono: il modello albertino, fondato su una struttura patriarcale ed autoritaria della famiglia; il modello napoletano, che faceva salve le istanze del confessionalismo, pur riconoscendo le garanzie minime di laicità richieste dallo Stato; il modello francese, di ideologia liberale e caratterizzato dalla netta separazione tra le sfere di azione dello Stato e della Chiesa e dalla presenza di istituti giuridici collaudati.

Tenendo conto delle condizioni in cui versava la società italiana dell'epoca, il *Code Napoléon* si presentava come la base più avanzata su cui impostare il futuro diritto civile italiano[1], sebbene fosse fondato ancora su una struttura fortemente gerarchizzata della famiglia.

La scelta di rifarsi al modello francese non impedì comunque ai redattori di adottare una linea autonoma e prudente, nel rispetto di quelle diversità, anche profonde, che caratterizzavano la tradizione giuridica italiana rispetto a quella transalpina.

La famiglia è l'istituto che, più di ogni altro, ha risentito dei muta-

[1] La ricezione di questo nuovo codice fu facilitata dalla consapevolezza del suo legame con la tradizione giuridica romanistica e anche dal radicamento di questo modello nello Stato Sabaudo, poiché il ruolo di guida che il Piemonte ebbe nel movimento di unificazione nazionale comportò la ovvia conseguenza che, una volta costituitosi il Regno d'Italia nel 1861, venissero adottati spontaneamente i modelli vigenti in quello Stato. E' necessario precisare, però, che la codificazione asburgica risultava essere ancora più moderna e avanzata rispetto a quella francese. Il codice austriaco, però, non fu preso in considerazione per motivi di ordine patriottico.

menti politici e storici che si sono avuti nel corso del tempo: sotto l'impero del codice Pisanelli essa si caratterizza per essere una struttura fortemente gerarchizzata al cui vertice si pone la figura del marito che ne assume la direzione, esercitando la piena potestà tanto sui figli quanto sulla moglie.

Sintomatico di questa impostazione, ad esempio, è il controverso art. 134 contenente la norma che prescriveva l'autorizzazione del marito necessaria per il compimento degli atti giuridici posti in essere dalla donna sposata[2].

Nella formulazione del nuovo codice, però, tale autorizzazione risultava limitata ai negozi giuridici più rilevanti, cosicché la moglie, in difetto di autorizzazione, non poteva compiere donazioni, alienare beni immobiliari, contrarre mutui, assumere mandati, prestare fideiussioni, etc.

L'istituto dell'autorizzazione maritale rispecchia comunque la situazione sociale di quegli anni, in cui, di fatto, la donna era praticamente esclusa dalla vita sociale, economica e politica della nazione.

Il diritto familiare disciplinato dal codice civile del 1865 si caratterizza, inoltre, per il fatto che, nel campo dei diritti - doveri tipici del legame familiare, si pone un accento particolare sul momento del dovere, che prevale sull'interesse individuale in base alla convinzione che la famiglia sia un'istituzione dotata di funzioni proprie, anche pubbliche[3].

La famiglia, secondo tale modello, rappresenta un organismo portatore di un interesse superindividuale al quale gli interessi dei singoli vengono subordinati; un organismo che, pur non avendo personalità giuridica, può compararsi agli enti pubblici[4].

A rafforzare tale concezione contribuirono diversi studiosi tra cui uno dei più illustri fu Antonio Cicu, che nei suoi scritti sostenne la tesi secondo cui i rapporti familiari dovevano inquadrarsi negli schemi teorici del potere - soggezione, caratteristici del diritto pubblico[5].

In sostanza, il diritto di famiglia regolato dal codice del Regno d'Italia rappresenta il giusto compromesso tra la difesa dei valori laici e libe-

[2] La nuova legislazione unitaria rappresentò un passo indietro per le donne lombarde e per quelle venete che, grazie al Codice Austriaco, non si erano mai viste applicare l'istituto dell'autorizzazione maritale.

[3] Vedi, ad esempio, l'art. 233 riguardante la patria potestà, l'art. 130 inerente i diritti e doveri nascenti dal matrimonio e l'art. 138 sui diritti e doveri dei coniugi verso la prole.

[4] Cfr., tra gli altri, A. CICU, *Il diritto di famiglia*, Roma, Forni Editore, 1914.

[5] E' da osservare che negli ultimi scritti, il Cicu abbandonò tale tesi a favore di una posizione meno drastica secondo cui le norme del diritto di famiglia, pur non avendo natura esclusivamente privatistica, non erano neppure configurabili come norme di diritto pubblico.

rali derivanti dal diritto francese e il rispetto verso un modo tradizionale di intendere e vivere i rapporti familiari ancora molto radicato nella società italiana.

La struttura di tale codice, in campo familiare, risultava perciò abbastanza rispondente alla realtà sociale del momento.

Forse anche per questa ragione, nell'ambito del diritto di famiglia, per tutto il periodo di vigenza del codice Pisanelli, dal 1865 fino al 1942, mancano quasi completamente interventi legislativi, pur non mancando numerose pronunce giurisprudenziali atte a risolvere i problemi applicativi della disciplina codicistica[6] e le proposte di riforme, anche radicali, provenienti dai diversi corpi sociali.

Non si giunge, quindi, ad approvare delle significative riforme legislative che prendano atto della profonda trasformazione delle strutture familiari ormai irreversibile, tanto che un importante storico del diritto, Paolo Ungari[7], coniò, per questo periodo di storia giuridica italiana, la definizione di "un mezzo secolo senza riforme"[8].

2. *Il matrimonio: elemento cardine del sistema giuridico familiare.*

Il matrimonio è considerato l'istituto fondamentale del diritto di famiglia in quanto rappresenta il presupposto indispensabile per l'instaurazione di ogni altro rapporto familiare.

L'unione fra uomo e donna senza matrimonio è riprovata dal diritto e degrada a mero concubinato, quando addirittura non sfocia nella fattispecie delittuosa dell'adulterio o dell'incesto.

Questa importanza e preminenza dell'istituto, che fa del matrimo-

[6] Un gran numero di sentenze, pronunciate soprattutto dalla Cassazione di Torino e da quella di Palermo, riguardavano l'ambito di applicazione dell'art. 105, norma concernente la possibilità di annullare il matrimonio qualora il consenso non si fosse liberamente determinato o uno degli sposi fosse incorso in errore sulla persona.

Vedi O. ABBAMONTE, *La politica invisibile,* Milano, Giuffrè Editore, 2003.

[7] P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2002.

[8] Se è vero che nel campo del diritto di famiglia non vi furono riforme legislative rilevanti, a partire dagli anni 80 e per tutto il periodo giolittiano, si assistè ad una vivace opera di riforma *extra codicem* i cui capisaldi furono rappresentati dalle leggi del 1886 e del 1907 sul lavoro dei minori e delle donne, sull'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro del 1883, sulla previdenza sociale per la vecchiaia del 1898, sulla mutualità scolastica, etc. Tali leggi furono varate da governi a guida liberale ma comunque sensibili ad istanze sociali particolarmente sentite in quei decenni. La definizione data dall'Ungari ci appare quindi non del tutto precisa soprattutto se consideriamo che nel 1882 prese corpo il codice di commercio, importante testo normativo che negli anni influenzerà moltissimo la vita sociale dell'epoca.

nio il cardine di tutto il sistema giuridico familiare, si rivela e si ripercuote anche al di là del ristretto ambito dei diritti familiari.

Come nella famiglia vi è la prima radice dello Stato, così nel matrimonio, che di quella è la fonte, è riposta la saldezza dello stesso organismo sociale.

Il matrimonio, pertanto, è un istituto non solo giuridico, ma etico, sociale e politico; la sua importanza è tale che la struttura stessa dell'organismo sociale prende spunto dalle sue regole[9].

Il concetto più adeguato del matrimonio è dato dall'idea della "società coniugale": un'unione che non è solo dei corpi ma soprattutto delle anime.

Da questa considerazione deriva che il rapporto matrimoniale non ha come unico scopo la procreazione dei figli, anzi questo si basa soprattutto sulla reciproca assistenza e sui diritti e doveri che hanno i coniugi reciprocamente; tale vincolo ha carattere permanente e dura tutta la vita.

Il matrimonio regolato dal codice civile del 1865 si discosta nettamente dal matrimonio di diritto romano e da quello di diritto canonico che pur ne rappresentano gli antecedenti storici.

Il dibattito più accanito, nella fase dei lavori preparatori del codice, riguardava proprio la disciplina del matrimonio più adeguata per il nuovo Stato.

La discussione era cominciata in concomitanza con i lavori delle prime commissioni per l'emenda dei codici piemontesi tra il 1859 e il 1860 ed era poi proseguita lungo tutto l'iter legislativo della riforma.

Interessante è soprattutto il fatto che tali questioni avevano trovato significativa eco tanto nell' ambiente giuridico quanto nella stessa opinione pubblica, dando vita ad un complesso dialogo a più voci, ad animare il quale erano spesso i più illustri ed attivi esponenti della dottrina giuridica italiana.

Ne sono esempi indicativi i molteplici interventi ai quali si dà costante ed ampio spazio su riviste specializzate molto diffuse negli ambienti forensi e non solo, cominciati già nei primi anni sessanta dell'Ottocento e proseguiti anche nei decenni successivi, nell'evidente tentativo di guidare ed indirizzare una corrente di pensiero favorevole alle riforme.

La "battaglia di civiltà" per secolarizzare il matrimonio esce dunque ben presto dalle aule parlamentari e si ripropone con la stessa vivacità sulle pagine degli attivissimi periodici sorti numerosi nelle città italiane.

Molte pubblicazioni sembrano infatti proporsi come vere e proprie

[9] Cfr. F. DEGNI, *Del matrimonio* (nella coll. *Il dir. Civ. it.*), Napoli, Del Fiore, 1926.

paladine delle nuove idee, incaricandosi della loro più ampia diffusione e fornendo loro un aperto e sentito sostegno.

Durante l'esame dei numerosi progetti di codice civile, colpisce il sostegno fornito alla proposta riguardante il matrimonio civile, argomentato da più parti per riferimento non tanto a questioni giuridiche quanto piuttosto richiamando valori di libertà, progresso e civiltà.

Ogni tentativo di riavvicinare la legislazione ad una impostazione confessionale o di compromesso con la disciplina canonica viene duramente stigmatizzato come retrivo ossequio a pregiudizi di un lontano passato.

Poiché solo allo Stato spetta l'esclusiva potestà di legiferare in materia, i compilatori del codice affermarono con forza il principio del matrimonio civile come unico vincolo rilevante per lo Stato e, quindi, unico matrimonio valido risultava essere quello contratto secondo le leggi civili e celebrato innanzi all'ufficiale dello stato civile[10]: venne così a cadere la giurisdizione ecclesiastica pur rimanendo saldo il principio dell'indissolubilità del vincolo[11].

Corollario di tali principi è l'art. 93 che enuncia: " Il matrimonio deve essere celebrato nella casa comunale e pubblicamente innanzi all'ufficiale dello stato civile del comune, ove uno degli sposi abbia il domicilio o la residenza".

Il matrimonio religioso viene così lasciato sussistere solo come atto di fede, esso é improduttivo di qualsiasi effetto civile poiché lo Stato aveva rifiutato categoricamente di prendere posizione su qualsiasi questione attinente la sfera religiosa[12].

L'andamento dei lavori parlamentari mostra però come nei primi anni sessanta le posizioni contrarie al nuovo istituto fossero tutt'altro che superate.

La proclamata laicità del codice e dei suoi autori, infatti, non impedì di accogliere principi di origine e tradizione cristiana.

L'art. 130 del nuovo codice, ad esempio, nel definire le obbligazio-

[10] R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile. Volume II*, Messina, Ed. Principato, 1930.

[11] Il Senatore Vigliani, relatore del progetto, affermò che l'indissolubilità del vincolo, che per lo spirito religioso deriva dalla santità dell'istituzione, per il legislatore civile è il fondamento della consistenza sociale nella famiglia proprio perché il matrimonio è visto come una grande istituzione sociale, che nasce dalla volontà dei coniugi, ma riceve dalla sola ed immutabile autorità della legge la sua forma, le sue norme e tutti i suoi effetti.

[12] Secondo De Ruggiero questa posizione di indifferenza e incompetenza assunta dallo Stato di fronte al matrimonio religioso non era politicamente la più congrua, poiché in un paese in cui è così radicato il sentimento religioso, non si poteva prescindere dalla comune coscienza che il matrimonio contratto innanzi al sacerdote fosse sufficiente a produrre un legittimo vincolo giuridico.

ni reciproche dei coniugi, presuppone la concezione del matrimonio e della famiglia come un'organizzazione perenne di sacrificio e consacra, nella sua formula, valori di origine cristiana[13].

Il codice accoglie, quindi, quegli istituti e quei principi del matrimonio canonico che non contrastano con i principi del diritto pubblico italiano: laicizzati, questi istituti vengono applicati a tutti i cittadini, indipendentemente da qualsiasi convinzione o fede religiosa, secondo il principio dell'uguaglianza di tutti di fronte alla legge di uno Stato che dichiara espressamente la volontà di rispettare la libertà delle coscienze e il libero esercizio dei culti[14].

3. *Natura giuridica del rapporto matrimoniale.*

La concezione contrattualistica del matrimonio è quella che ha prevalso presso i civilisti francesi ed i compilatori del codice Pisanelli.

E' pur vero che parte della dottrina specifica che il matrimonio non è configurabile come un comune contratto, ma che esso ha caratteristiche proprie e peculiari, tuttavia l'idea dominante è quella del rapporto contrattuale, perché, secondo coloro che aderiscono a questa tesi, è l'accordo degli sposi che crea il vincolo matrimoniale.

Come in ogni altro contratto, nel matrimonio è sufficiente il consenso iniziale e vi è un accordo diretto a costituire e regolare un rapporto giuridico.

Tutte le altre norme, che richiedono autorizzazioni speciali (come l'intervento del pubblico ufficiale o determinate forme di pubblicità e solennità) o che restringono la libertà dei contraenti, non sono che conseguenze della speciale natura di questo istituto che, però, non valgono a sminuire la sua natura contrattuale.

Le teorie innanzi esposte, tuttavia appaiono troppo semplicistiche e autorevole dottrina dell'epoca[15] si oppose a questa diffusa tendenza negando apertamente al matrimonio la natura di contratto.

Tale tesi partiva dall'assunto che un semplice accordo non basta a configurare un contratto e che tutto l'apparato di norme che regolano il matrimonio non permette una libera determinazione della volontà delle parti.

Nella formazione del consenso matrimoniale assistiamo, come si è anticipato, ad una forte riduzione del ruolo della volontà delle parti: il

[13] G. CAPOGRASSI, *Analisi dell'esperienza comune*, in *Opere 2*, Giuffrè, 1959.
[14] Si affermava così il concetto Cavouriano della libera Chiesa nel libero Stato.
[15] Cfr. R. DE RUGGIERO, *op. cit.*, p. 62.

contenuto del vincolo è in tutto e per tutto eteronomo ed esse parti non fruiscono della facoltà corrispondente a quella concessa ai contraenti, ma si limitano a dichiarare di volere contrarre matrimonio; non possono, inoltre, aggiungere patti, né sottoporre l'atto a termine o condizione.

La legge, che nei contratti è solo una fonte di integrazione del contratto, in concorso con la volontà delle parti, qui è la sola fonte regolatrice del vincolo.

Se le parti aggiungono un termine o una condizione, l'ufficiale di stato civile non può procedere alla celebrazione del matrimonio e, se ciò nonostante, il matrimonio è celebrato, il termine e la condizione si hanno per non apposti.

Inoltre, data la rilevanza e l'importanza sociale del vincolo, particolari cautele circondano la manifestazione di volontà delle parti che si concretizza in una netta ritualizzazione delle forme della celebrazione, che si evidenzia non solo nella disciplina delle pubblicazioni, ma nel ruolo particolare attribuito all'ufficiale di stato civile.

Risulta poi del tutto estranea al concetto di contratto la stessa materia su cui cade l'accordo, non potendosi dedurre come oggetto di convenzione rapporti personali e familiari.

In questo contesto risulta interessante riportare la teoria di chi, contro la corrente generale, sostiene addirittura che elemento costitutivo del rapporto matrimoniale sia solo ed esclusivamente l'intervento dell'ufficiale di stato civile sottraendo ogni importanza all'autonomia delle parti; secondo questa concezione di stampo pubblicistico il consenso degli sposi è ridotto ad un mero presupposto[16].

Abbandonando pertanto la concezione contrattualistica, non resta che considerare il matrimonio come un negozio giuridico complesso che viene a costituirsi col concorso della volontà dei privati e della volontà dello Stato.

A sostegno di quest'ultima tesi è ampiamente dimostrato che il matrimonio non può considerarsi come un atto meramente privato stante la totale inefficacia del semplice accordo tra gli sposi; inoltre, che quest'istituto non rappresenti un atto pubblico è provato dall'intrecciarsi e dal combinarsi dell'accordo tra gli sposi con la dichiarazione del pubblico ufficiale rappresentante lo Stato.

Così si spiega anche perché, mentre basta il consenso iniziale, la volontà dei coniugi non sia più capace a sciogliere il vincolo.

L'indissolubilità del matrimonio civile dipende anche dall'interven-

[16] Per ulteriori approfondimenti vedi A. CICU, *ult. op. cit.*

to dello Stato che, avendo costituito il rapporto e avendogli riconosciuto un necessario carattere di perpetuità, lo sottrae alla libera disponibilità degli sposi.

4. *La patria potestà*

Il codice Pisanelli, rappresentava e affermava i contenuti di una società borghese, industriale, laica e libertaria; una società caratterizzata dall'autoritarismo dello Stato e dove, anche nella famiglia, si tende ad imporre una sorta di autoritarismo, esercitato dal marito e padre; il tutto all'insegna della "famiglia forte in uno Stato forte".

Non sorprende, quindi, che l'esercizio della patria potestà nell'ambito dei rapporti familiari risentisse fortemente di questa impostazione. La famiglia, infatti, era dominata dalla patria potestà perpetua, che perdurava fino alla morte del titolare: uomini in età matura, sposati e con figli, vi erano sottoposti, insieme alle loro mogli, ai loro figli e ai loro nipoti. Tutti erano assoggettati ad un medesimo vincolo (implicante l'obbligo della coabitazione e, nella famiglia borghese o contadina, del lavoro nella bottega o nel fondo di famiglia), finchè non fosse morto lo stipite comune, il cui consenso era necessario finanche per le nozze dei figli e nipoti maschi adulti.

Alla potestà dell'avo si poteva essere sottratti con l'emancipazione da lui concessa espressamente o tacitamente, con la prolungata acquiescenza alla separata abitazione ed alla separata economia. Implicavano emancipazione anche l'assunzione di alte cariche politiche oppure i voti religiosi.

Relativamente all'istituto della patria potestà risultarono rilevanti alcune novità introdotte dal codice italiano rispetto al suo diretto ispiratore: il *Code Napoléon*.

In primo luogo si colmò una grossa lacuna presente nel codice francese, cioè la mancanza di qualsiasi sanzione contro il padre di fronte all'abuso del proprio potere, con un primo, necessario, intervento dello Stato nella vita familiare.

Altro importante elemento di novità fu costituito dal riconoscimento, anche se non esplicito, che la patria potestà spettasse anche alla madre[17].

I codici preunitari erano sostanzialmente d'accordo nel riconoscere al solo padre l'esercizio della patria potestà non facendone partecipe la madre; a questa era concessa la semplice tutela dei figli dopo lo scio-

[17] La madre è titolare della patria potestà insieme al padre ma è a quest'ultimo che ne spetta l'esercizio esclusivo. L'esercizio diretto della patria potestà passa alla madre solo in caso di morte o impedimento giuridico del padre.

glimento del matrimonio.

Nell'impianto del nuovo codice, invece, la madre poteva esercitare la patria potestà durante il matrimonio ogni qual volta il padre vi fosse impossibilitato anche solo di fatto e, in caso di scioglimento del matrimonio, questa esercitava la patria potestà e non più la semplice tutela[18].

I diritti spettanti ai genitori sui figli minori venivano suddivisi fondamentalmente in due categorie: quelli concernenti la persona e quelli riguardanti i beni dei figli.

I primi si riferivano, in generale, a tutto ciò che concerneva l'educazione del figlio, come l'avviamento ad una certa professione o a determinati studi, la scelta della religione, le persone da frequentare.

E' importante chiarire che la legge puniva ogni abuso dei mezzi di correzione e ogni trascuratezza nell'istruire ed educare i figli.

Infatti, nel momento in cui il genitore abusava della patria potestà, violandone o trascurandone i doveri, il Tribunale, su istanza di un parente o del Pubblico Ministero, poteva provvedere per la nomina di un tutore alla persona del figlio.

Per quanto riguarda la rappresentanza legale e l'amministrazione del patrimonio del figlio minore, questa veniva sì esercitata dal padre ma con alcune limitazioni.

Il padre, ad esempio, non poteva alienare, ipotecare o dare in pegno i beni del figlio, contrarre a nome di lui mutui o altre obbligazioni eccedenti i limiti dell'ordinaria amministrazione se non per cause di necessità o di evidente utilità del figlio stesso e mediante la necessaria autorizzazione del Tribunale civile.

Per concludere, in caso di conflitto di interessi tra i figli soggetti alla patria potestà o tra essi ed il padre, l'autorità giudiziaria poteva provvedere a nominare un curatore speciale con il compito di risolvere ogni questione che potesse creare pregiudizio.

5. *Filiazione legittima e filiazione naturale*

Nell'ambito familiare, la condizione che determina la più grande massa di rapporti, sia patrimoniali che personali, è lo *status* di figlio legittimo.

Molto importanti, quindi, sono le regole che presiedono alla sua acquisizione e al suo accertamento e la cura minuziosa con cui il codice fissa i requisiti della filiazione legittima, concedendo ora le azioni per re-

[18] Visto il carattere di novità della norma, la Cassazione di Firenze stabilì che la madre acquistava la patria potestà sin dal giorno di pubblicazione del codice.

clamare lo stato di figlio legittimo, ora per contestarlo e disconoscerlo.

La filiazione legittima è determinata dalla procreazione del figlio ad opera di due persone congiunte tra loro in matrimonio.

Affinché il concepito fosse considerato legittimo devono ricorrere tre condizioni fondamentali:

1. un valido matrimonio contratto tra due genitori, che deve essere naturalmente anteriore alla nascita del figlio[19];

2. la maternità, cioè l'essere il figlio nato dalla donna che è considerata sua madre[20];

3. la paternità, cioè l'essere il figlio stato concepito ad opera dell'uomo che è asserto suo padre.

La mancanza di una sola di queste condizioni porta all'illegittimità o alla possibilità di farla dichiarare mediante l'esercizio dell'azione di disconoscimento o dell'azione in contestazione dello stato di figlio legittimo.

Dare la prova del verificarsi delle prime due condizioni risulta semplice ed agevole in quanto bastano dei semplici atti; provare la paternità, invece, è un fatto che presenta non poche difficoltà.

Rispetto al padre, infatti, non ci si può riferire all'evento del concepimento. In questo caso la legge è perciò costretta a ricorrere ad una presunzione derivata dal diritto romano: è considerato padre chi è marito della donna che ha partorito il figlio.

Così concepita, la presunzione risulta però incongrua, in quanto il fatto della nascita in costanza di matrimonio può non corrispondere alla generazione ad opera del marito[21].

Poiché si deve tener conto del concepimento e a questo ricondurre il rapporto generativo, la regola accolta dal diritto è quella contenuta nell'art. 159: " Il marito è padre del figlio concepito durante il matrimonio".

Tuttavia, neppure questa norma basta, perché data la variabile durata della gestazione e non essendo possibile risalire con certezza dalla nascita al concepimento, può sorgere il dubbio se il figlio sia stato concepito prima della celebrazione del matrimonio o dopo il suo scioglimento o annullamento.

La legge fa qui ricorso ad una seconda presunzione da cui scaturisce la regola contenuta nell'art. 160: "Si presume concepito durante il matrimonio il figlio nato non prima di 180 giorni dalla celebrazione di esso né dopo 300 giorni dallo scioglimento o annullamento".

[19] Non è la nascita ma la procreazione in costanza di matrimonio che si richiede per la legittimità.

[20] La prova della maternità è data dall'atto di nascita. Tale atto può essere impugnato provando la supposizione o sostituzione di parto.

[21] Cfr. R. DE RUGGIERO, *op. cit.*

Il figlio nato fuori del periodo predetto, però, non è senz'altro illegittimo, anzi è considerato legittimo fino a che non si impugna il suo stato di legittimità apparente.

Le due presunzioni legali ex artt. 159 e 160 del codice civile sono l'una di sussidio all'altra, ma mentre la prima ammette la prova in contrario, la seconda, circa i termini della gestazione, è assoluta e non ammette prove contrarie, avendo carattere di norma d'ordine pubblico[22].

La filiazione legittima è provata dall'atto di nascita iscritto nei registri dello stato civile; tale atto, per essere valido, deve indicare: le generalità della madre, il giorno e l'ora del parto, la persona cui la donna è legata in matrimonio.

L'atto di nascita, insieme con l'atto di matrimonio dei genitori, costituisce il titolo della legittimità in favore del figlio.

E' importante rilevare che, nel caso di mancanza del titolo, lo status di figlio legittimo può ottenersi grazie al possesso continuo dello stato di figlio legittimo: si tratta cioè di dare allo stato di fatto lo stesso valore che ha quello di diritto costituito dal titolo.

Questo possesso di stato risulta da una serie di fatti che nel loro complesso valgono a dimostrare le relazioni di filiazione e di parentela tra il figlio e la famiglia a cui egli pretende di appartenere.

I principali tra tali fatti sono: l'aver l'individuo portato sempre il cognome del padre che egli pretende di avere; l'averlo il padre trattato come suo figlio e l'aver provveduto in questa qualità al mantenimento e all'educazione; l'essere stato esso costantemente riconosciuto nella società come figlio del presunto padre legittimo.

La filiazione naturale, invece, rappresenta l'antitesi della filiazione legittima. Figli naturali sono considerati coloro che nascono da genitori non sposati tra loro.

Sotto l'impero del codice Pisanelli, non era prevista parità di condizione tra figli naturali e figli legittimi; ciò si evinceva soprattutto nel campo del diritto delle successioni.

In generale, l'ordinamento tendeva a tutelare la dignità della famiglia legittimamente costituita confermando il nesso indissolubile tra *affectio familiaris* e solidità patrimoniale[23].

[22] Il diritto germanico toglieva alla regola sui termini il carattere di presunzione *iuris et de iure*, consentendo la prova contraria.

[23] A tal proposito, una sentenza della Cassazione di Napoli, datata 28 aprile 1877 e riguardante la decisione circa un ricorso in materia di eredità, stabiliva con forza la "necessità di evitare ai discendenti legittimi di dover smembrare il patrimonio avito o privarsi di quanto può esser consacrato alla relazione familiare".

Era, quindi, impensabile che frazioni importanti del patrimonio accumulato nei ranghi della famiglia legittima potessero uscire da questa per trasmettersi ai figli nati fuori del matrimonio.

Il figlio naturale era meno svantaggiato dell'adulterino, al quale non competeva nemmeno l'azione per dimostrare la paternità[24], ma il codice dettava comunque un trattamento successorio discriminatorio, riservandogli, per legge, la metà della quota ereditaria spettante ai figli legittimi.

L'art. 744, inoltre, attribuiva a questi ultimi anche il diritto di scegliere se liquidare tale quota in denaro o mediante assegnazione "a giusta stima", di immobili dell'asse ereditario.

Oltre a ciò, i figli legittimi pretendevano anche scegliere quali immobili assegnare ai figli naturali (evidentemente i peggiori) e, alla reazione dei fratellastri che opponevano l'assenza nel codice di questa facoltà, la Cassazione[25] colmò questa lacuna normativa pronunciandosi a favore delle istanze dei figli legittimi e schierandosi, ancora una volta, dalla parte della famiglia legittima e della conservazione del patrimonio nell'ambito di questa.

6. *L'adozione*

La struttura e i caratteri che l'adozione ha assunto storicamente nelle diverse regolamentazioni positive, variano considerevolmente a seconda del ruolo sociale attribuito dai legislatori all'istituto. Infatti, il carattere "artificiale" del rapporto di filiazione adottiva, cui non corrisponde, almeno di regola, una relazione di discendenza naturale tra le parti, fa sì che questa si presti ad essere utilizzata per scopi assai differenti.

L'adozione regolata dal Codice Civile del 1865, istituto che trovò diffusione nel Regno d'Italia prevalentemente presso la nobiltà e l'alta borghesia di fine ottocento, rappresenta il punto di approdo di una concezione contrattualistica in cui il rapporto di filiazione civile viene concepito come uno strumento di natura negoziale il cui fulcro centrale è un

[24] Data la sua papabile iniquità, tale norma dava luogo a continui contenziosi. In una sentenza emblematica, la Cassazione non aveva mancato di ricordare che nello stabilire il divieto di azione per la prova della filiazione adulterina il legislatore non è stato mosso da un sentimento di ostilità verso i figli illegittimi, ma da considerazioni di moralità conformi ad idee tradizionali e, principalmente, dall'esigenza di impedire gli scandali, assicurare la tranquillità delle famiglie ed evitare le difficoltà di investigazioni per loro stessa natura poco idonee a fornire sicuri accertamenti.

Cfr. Cass., Sez. I, 3 marzo 1928.

[25] Cfr. Cass., Sez. I, 23 luglio 1937.

accordo tra l'adottante e l'adottando.

Effetto principale, se non esclusivo, di tale accordo è, essenzialmente, la trasmissione del nome e del patrimonio.

Condizione essenziale per l'istaurarsi del nuovo rapporto di filiazione è un libero consenso prestato da persone adulte e pienamente capaci di agire[26].

Tale consenso, però, per essere produttivo di effetti giuridici, era sottoposto ad un rigoroso procedimento giurisdizionale atto ad accertare tutti i requisiti previsti dalla legge.

Era, quindi, necessario che l'accordo stipulato in precedenza fra l'adottante e l'adottando, dovesse essere omologato con decreto emesso dalla Corte di Appello competente.

In primo luogo, così come previsto dall'art. 213 del Codice Pisanelli, per esprimere il loro consenso, le parti dovevano presentarsi personalmente innanzi al Presidente della Corte di Appello nel cui distretto risultava domiciliato l'adottante.

Era altresì necessaria la presenza, in persona o per procura, degli altri soggetti tenuti ad assentire a norma del secondo comma dell'articolo 208 e, cioè, il coniuge e i genitori sia dell'adottante che dell'adottando[27].

In via preliminare, il cancelliere della Corte era tenuto a compilare un atto contenente i termini essenziali del consenso prestato dalle parti in causa. E' da rilevare che, nel caso l'adottando avesse meno di ventuno anni e risultasse privo di genitori viventi, la Cancelleria doveva necessariamente richiedere a quest'ultimo un documento comprovante l'approvazione del consiglio di famiglia o di tutela.

Entro il termine di dieci giorni, la parte più diligente doveva presentare tale documento, in copia autenticata, alla Corte per l'omologazione.

A questi adempimenti seguiva poi una fase istruttoria in cui il giu-

[26] La natura di tale rapporto, basandosi essenzialmente sul consenso delle parti munite di capacità di agire, rendeva possibile adottare esclusivamente i soggetti che avessero compiuto il diciottesimo anno di età. L'adozione, per fini assistenziali, di un minore bisognoso o in stato di abbandono, era del tutto estranea alla cultura sociale dell'Italia del diciannovesimo secolo.

[27] Ai compilatori del codice la previsione di tale requisito era sembrata piuttosto eccessiva e ciò è vero se si considera che qui si trattava, tra l'altro, di ottenere il consenso dei genitori di una persona per la quale si richiedeva già, affinché potesse adottare, che avesse compiuto almeno il cinquantesimo anno di età. Tuttavia, la società dell'epoca imponeva la tutela, da un lato, di interessi di ordine patrimoniale (diritti successori, diritto agli alimenti, etc.) e, dall'altro, di esigenze di ordine dinastico poiché, con l'adozione, veniva trasmesso all'adottato anche il nome di famiglia.

Vedi L. CAMPAGNA, *Famiglia legittima e famiglia adottiva*; Giuffrè Editore, 1966.

dice, dopo aver assunto le dovute informazioni riguardanti la moralità delle parti, l'assenza di eventuali impedimenti e l'onestà dei propositi, doveva constatare il verificarsi di tutte le condizioni previste dalla legge in materia di adozione.

In primo luogo vi era un accertamento sull'età delle parti basato essenzialmente sulla consultazione degli atti di nascita. In questo caso doveva concorrere un triplice requisito: l'adottando doveva aver compiuto almeno diciotto anni mentre all'adottante era prescritta un'età minima di cinquant'anni, inoltre, tra i due soggetti in causa doveva intercorrere una differenza di età di almeno diciotto anni[28].

In secondo luogo, avendo ben presente lo scopo dell'adozione, che era quello di supplire alla mancanza di figli, il giudice istruttore doveva accertarsi che l'adottante non avesse figli legittimi o legittimati[29]. A corollario di questa regola, una volta soddisfatta l'esigenza di avere un figlio, seppur non biologico, l'adottante non poteva procedere ad ulteriori adozioni[30].

Inoltre, uno dei punti fondamentali contenuti nella normativa in materia di adozione vietava in maniera tassativa la possibilità che i figli naturali potessero essere adottati dai loro genitori biologici. A tutela di tale norma, un'indagine particolarmente accurata doveva accertare che l'adottante non intendesse adottare eventuali figli nati al di fuori del matrimonio[31].

Tale divieto, contenuto nell'art. 205, tutela la filiazione riconoscibile nata fuori dal matrimonio impedendo che il genitore adotti il figlio al solo scopo di non riconoscerlo o di evitare un'azione di ricerca della paternità.

La prole naturale, infatti, ha diritto a che le venga riconosciuto lo status di figlio e non di adottato.

In caso si proceda all'adozione di un figlio naturale, una parte della dottrina[32] riteneva tale atto nullo in ogni caso, sia che si tratti di figlio

[28] Tale formula riflette un' esigenza etico – sociale avvertita già nel diritto romano e cioè che l'adottato non fosse più anziano dell'adottante così come il figlio generato non può esserlo rispetto al padre naturale. Fu poi Giustiniano ad imporre la regola che l'età di colui che adotta preceda di almeno diciotto anni quella dell'adottando. Siffatta regola, attraverso il diritto comune, ha raggiunto le legislazioni moderne: il codice Pisanelli la recepì dall'art. 188 del codice civile del Regno di Sardegna del 1837.

[29] E' importante sottolineare che, in caso di figli sopravvenuti in seguito alla pronuncia di adozione, questa rimaneva perfettamente valida.

[30] Per aversi più figli adottivi, questi dovevano essere adottati con il medesimo atto.

[31] Tale circostanza era, ovviamente, difficilmente dimostrabile; è probabile, quindi, che in molti casi il procedimento di adozione rappresentasse solo un rimedio atto a eludere le prescrizioni di legge riguardanti il riconoscimento di un figlio naturale.

[32] Vedi A. CICU, *La filiazione*, Utet, 1951.

naturale riconosciuto, non riconosciuto o non riconoscibile; altra dottrina invece riteneva necessario accertare, in via preliminare e attraverso una sentenza dichiarativa dell'autorità giudiziaria, il rapporto di filiazione.

In tale secondo caso, le risultanze derivanti dal riconoscimento e dalla sentenza dichiarativa di paternità o di maternità sono cause di nullità dell'adozione qualora siano preesistenti, anche nel caso in cui il tribunale ne sia venuto a conoscenza prima della dichiarazione di adozione.

Il ricorso per dichiarare nulla l'adozione, in violazione del divieto *ex* art. 205, poteva essere proposto da chiunque ne avesse interesse.

Infine, un'ultima indagine era tesa a verificare la buona fama dell'adottante e se l'adozione risultasse economicamente conveniente per l'adottando[33].

Al termine del procedimento *de quo*, la Corte, sentito il parere del Pubblico Ministero, si riuniva in camera di consiglio e, senza esprimere motivi in merito alla decisione, esprimeva parere favorevole o sfavorevole.

L'adozione ammessa dalla Corte produceva i suoi effetti sin dal giorno dell'atto di consenso, tuttavia, fino alla pronuncia del decreto di omologazione, era data la possibilità alle parti di revocare il loro assenso[34].

Il decreto emesso dalla Corte di Appello doveva essere affisso nei luoghi prescritti e pubblicato sul giornale ufficiale del Regno.

Entro i due mesi successivi alla pronuncia del decreto, l'atto di adozione doveva essere annotato ai margini dell'atto di nascita dell'adottato.

Tale annotazione risultava necessaria al fine di rendere noto ai terzi il nuovo rapporto di filiazione[35].

[33] Per approfondimenti vedi R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, Messina, Ed.Principato, 1930.

[34] In caso di morte dell'adottante, sopravvenuta tra la presentazione dell'atto di consenso e l'omologazione, il procedimento di adozione poteva continuare a svolgersi regolarmente. In quest'ultimo caso, però, agli eredi dell'adottante era data la possibilità, attraverso l'intervento necessario del Pubblico Ministero, di presentare memorie ed osservazioni al fine di dimostrare l'inammissibilità dell'adozione.

[35] Non venendo annotata entro il suddetto termine, l'adozione non aveva effetto nei confronti dei terzi. Tali effetti cominciavano a decorrere dal giorno dell'avvenuta annotazione pur se eseguita oltre il termine di due mesi *ex* art. 219.

Bibliografia

ABBAMONTE O., *La politica invisibile*, Milano, Giuffrè Editore, 2003;

CAMPAGNA L., *Famiglia legittima e famiglia adottiva*, Giuffrè Editore, 1966;

CAPOGRASSI G., *Analisi dell'esperienza comune*, in *Opere 2*, Giuffrè, 1959;

CICU A., *Il diritto di famiglia*, Roma, Forni Editore, 1914;

CICU A., *La filiazione*, Utet, 1951;

DEGNI F., *Adozione*, in *Nuovo digesto italiano*, Utet, 1937;

DE RUGGIERO R., *Istituzioni di diritto civile*, Messina, Principato editore, 1930;

GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, vol. I, Padova. Cedam, 2010;

PICCININI S., *Il genitore e lo status di figlio*, Giuffrè Editore, 1999;

UNGARI P., *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1974.

VINCENZO MARIA SCARANO

Protezione temporanea per esigenze umanitarie e flussi migratori alla luce dei recenti sbarchi di profughi tunisini e libici

SOMMARIO: 1. Gli sbarchi clandestini e la querelle tra Italia e Francia sull'accoglienza dei profughi. - 2. L'istituto della protezione temporanea nel quadro normativo internazionale. - 3. La protezione temporanea nel diritto dell'Unione Europea. - 4. La protezione temporanea per esigenze umanitarie nell'ordinamento italiano. - 5. Conclusioni.

1. *Gli sbarchi clandestini e la* querelle *tra Italia e Francia sull'accoglienza dei profughi*

Dal gennaio 2011 le coste italiane, in particolare l'isola di Lampedusa, sono state teatro di numerosi sbarchi di clandestini provenienti principalmente dalla Tunisia (per fuggire dalla c.d. "guerra del pane") e dalla Libia (a causa dello scoppio della guerra contro il regime di Gheddafi).

Tali eventi hanno costretto il Governo Italiano ad affrontare una vera e propria emergenza umanitaria, determinando altresì numerosi problemi di carattere politico tra i vari Stati dell'Unione europea (in particolare Francia e Germania) e l'Unione stessa in relazione sia al tipo di intervento da attuare, sia al livello di partecipazione alla gestione e risoluzione della crisi da parte di ciascuno Stato e dell'Unione Europea.

Peraltro, una volta raggiunte le coste italiane, gli immigrati – soprattutto quelli di nazionalità tunisina – hanno tentato di fare ingresso nel territorio francese passando per la frontiera ligure, venendo però respinti e rimandati in Italia in forza dell'art. 5 della Convenzione di Schengen (firmata il 19 giugno 1990 ed entrata in vigore nel 1995)[1], in quanto trovati

[1] Ed invero, l'art. 5 dispone che «*1. Per un soggiorno non superiore a tre mesi, l'ingresso nel territorio delle Parti contraenti può essere concesso allo straniero che soddisfi le condizioni seguenti: a. essere in possesso di un documento o di documenti validi che consentano di attraversare la frontiera, quali determinati dal Comitato esecutivo; b. essere in possesso di un visto valido, se richiesto; c. esibire, se necessario, i documenti che giustificano lo scopo e le condizioni del soggiorno previsto e disporre dei mezzi di sussistenza sufficienti, sia per la durata prevista del soggiorno, sia per il ritorno nel paese di provenienza o per il transito verso un terzo Stato nel quale la sua ammissione è garantita, ovvero essere in grado di ottenere legalmente detti mezzi; d. non essere segnalato ai fini della non ammissione; e. non essere considerato pericoloso per l'ordine pubblico, la sicurezza nazionale o le relazioni internazionali di una delle Parti contraenti.*

privi dei documenti necessari per essere ammessi sul suolo francese.

Tale circostanza ha indotto il Governo italiano ad emanare, ai sensi dell'art. 20 T.U. Immigrazione (D.lgs. n. 286/1998 e successive modifiche)[2], un Decreto del Presidente del Consiglio di Ministri (D.P.C.M. 5 aprile 2011) con cui regolarizzare la presenza degli immigrati concedendo loro (*rectius*: coloro che sono approdati sul territorio italiano dal 1 gennaio al 5 aprile 2011) la protezione temporanea per esigenze umanitarie[3].

Tuttavia, l'intervento del Governo sul punto non ha sortito gli effetti sperati (ossia la possibilità per gli immigrati di varcare i confini dell'Italia e poter circolare liberamente in Europa nei limiti del periodo di validità del permesso di soggiorno concesso), poiché la Francia ha nuovamente respinto gli immigrati, sostenendo che il permesso di soggiorno concesso dall'Italia non poteva essere riconosciuto come un documento valido per l'ingresso ai sensi del citato art. 5 della Convenzione di Schengen.

Inoltre, secondo il Governo francese la procedura attuata dall'Italia doveva considerarsi posta in violazione delle disposizioni della Direttiva 2001/55/CE[4] sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi.

2. L'ingresso nel territorio delle Parti contraenti deve essere rifiutato allo straniero che non soddisfi tutte queste condizioni, a meno che una Parte contraente ritenga necessario derogare a detto principio per motivi umanitari o di interesse nazionale ovvero in virtù di obblighi internazionali. In tale caso, l'ammissione sarà limitata al territorio della Parte contraente interessata che dovrà avvertirne le altre Parti contraenti. Tali regole non ostano all'applicazione delle disposizioni particolari relative al diritto di asilo né a quelle dell'articolo 18.

3. È ammesso in transito lo straniero titolare di un'autorizzazione di soggiorno o di un visto di ritorno rilasciato da una delle Parti contraenti o, se necessario, di entrambi i documenti, a meno che egli non figuri nell'elenco nazionale delle persone segnalate dalla Parte contraente alle cui frontiere esterne egli si presenta»

[2] Secondo l'art. 20 «1. *Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottato d'intesa con i Ministri degli affari esteri, dell'interno, per la solidarietà sociale, e con gli altri Ministri eventualmente interessati, sono stabilite, nei limiti delle risorse preordinate allo scopo nell'ambito del Fondo di cui al l'articolo 45, le misure di protezione temporanea da adottarsi, anche in deroga a disposizioni del presente testo unico, per rilevanti esigenze umanitarie, in occasione di conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità in Paesi non appartenenti all'Unione Europea.*

2. *Il Presidente del Consiglio dei Ministri o un Ministro da lui delegato riferiscono annualmente al Parlamento sull'attuazione delle misure adottate. riferiscono annualmente al Parlamento sull'attuazione delle misure adottate*».

[3] Sull'argomento v. G. Palligiano, *La distribuzione del "carico territoriale" rischia di essere la strategia meno efficace*, in "Guida al Diritto", n. 17, Milano, Il Sole 24ore, 2011, p. 98 ss.

[4] In particolare, si vedano gli artt. 3 (protezione temporanea), 5 (accertamento dell'esistenza degli sfollati), 8 (misure necessarie).

Tale controversia è stata, infine, risolta con un incontro bilaterale Italia-Francia ove si è posto l'obiettivo di procedere ad una modifica dell'art. 5 della Convenzione di Schengen nel senso di una maggiore chiarezza della normativa.

2. *L'istituto della protezione temporanea nel quadro normativo internazionale*

La protezione temporanea è «una procedura di carattere eccezionale che garantisce, nei casi di afflusso massiccio o di imminente afflusso massiccio di sfollati provenienti da paesi terzi che non possono rientrare nel loro paese d'origine, una tutela immediata e temporanea alle persone sfollate, in particolare qualora vi sia anche il rischio che il sistema d'asilo non possa far fronte a tale afflusso senza effetti pregiudizievoli per il suo corretto funzionamento, per gli interessi delle persone di cui trattasi e degli altri richiedenti protezione»[5].

Tale istituto, in altri termini, rappresenta l'ipotesi residuale rispetto all'asilo che i profughi o gli sfollati hanno a disposizione per ottenere una tutela sufficiente ad evitare il respingimento nel Paese di provenienza, ove rischiererebbero la persecuzione oppure elevati disagi[6].

[5] Così, art. 2, Direttiva 2001/55/CE in *GUC*, 7 agosto 2001, L212/12.

[6] A tal riguardo, è opportuno sottolineare che l'espressione "Protezione Temporanea" fu utilizzata per la prima volta nell'esodo ungherese, dove gli Stati riceventi ospitavano temporaneamente un gruppo di persone, con la prospettiva di un futuro ristabilimento in un paese terzo. Tale espressione fu anche utilizzata negli anni '70 e '80 durante gli esodi in Asia Meridionale. Ma è stato durante gli anni '80, che la nozione di protezione temporanea è stata sviluppata come mezzo per risolvere il problema dei rifugiati. Nel 1992 l'Alto Commissariato richiese formalmente ai Governi di accordare una protezione temporanea alle persone provenienti dall'ex Jugoslavia, le quali fuggivano a causa del conflitto e delle violazioni dei diritti umani. Gli Stati dovevano garantire che non avrebbero fatto tornare queste persone in un paese dove a loro libertà o vita sarebbero state a rischio, che li avrebbero trattati secondo gli standard internazionali umanitari ed ospitati fino a quando il ritorno non fosse stato possibile. Questa protezione temporanea ha garantito una sicurezza immediata, infatti per ottenerla non erano necessarie le lunghe procedure per il riconoscimento dello status di rifugiato; infatti un accertamento individuale per un numero così consistente di profughi avrebbe necessitato non solo di molto tempo, ma anche di ingenti risorse. Tale sistema garantiva una protezione anche alle persone che non sarebbero state riconosciute rifugiate seguendo l'interpretazione europea della convenzione del 1951, poiché scappando da un conflitto armato non potevano dimostrare il timore individuale di persecuzione. Una delle ragioni per cui i Governi degli Stati Occidentali hanno reso più difficili le pratiche per la concessione dell'asilo, è la percezione che la maggioranza dei rifugiati, una volta insediati, non voglia ritornare in patria, nemmeno quando la situazione in questa lo permetta. La protezione temporanea è stata quindi accolta favorevolmente da questi Paesi, perché garantiva il ritorno in patria di queste persone una volta fi-

In tale quadro, la disciplina di base in materia di protezione temporanea è contenuta nella Convenzione di Ginevra relativa allo *status* dei rifugiati[7], laddove all'art. 9 (Misure provvisorie) afferma che «nessuna disposizione della presente Convenzione impedisce a uno Stato Contraente, in tempo di guerra o in altre circostanze gravi ed eccezionali, di prendere provvisoriamente, rispetto a una persona determinata, le misure che detto Stato considera indispensabili per la sicurezza nazionale, fino al momento in cui lo Stato Contraente di cui si tratta abbia accertato se tale persona è effettivamente un rifugiato e se le misure prese devono essere mantenute in suo confronto nell'interesse della sicurezza nazionale»[8].

La predetta disciplina della Convenzione sullo *status* dei rifugiati del 1951 si colloca come ipotesi residuale per tutte quelle ipotesi, non ancora prevedibili all'epoca della conclusione della citata Convenzione, che

nita la guerra. Non esistendo una Convenzione o dei Principi Guida sulla protezione temporanea, ogni Stato, o Unione di Stati, ha elaborato una propria normativa nella quale sancisce i diritti attribuiti a questi profughi. Si deve notare che generalmente questa protezione differisce da quella concessa ai rifugiati, non solo per la ovvia limitazione temporale, ma anche per diritti garantiti. Gli Stati attraverso la protezione temporanea hanno quindi riconosciuto la necessità di proteggere le persone, che fuggono da conflitti armati o da violazioni dei diritti umani e che non rientrano nella definizione convenzionale di rifugiato; diversamente dalla Convenzione Africana e dalla Dichiarazione di Cartagena, non hanno contribuito all'allargamento del concetto, poiché non hanno parificato i diritti di questi gruppi con quelli dei rifugiati. Sul punto v. G. Carella, *Esodi di massa e diritto internazionale*, in "Riv. dir. int.", 1992, p. 903 ss.; M. Ferrero, *Asilo politico "status" di rifugiato, misure di protezione sussidiaria e protezione temporanea*, in P. Morozzo della Rocca (a cura di), *Immigrazione e cittadinanza: profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, Torino, UTET, 2008, pp. 255-282; N.F. Zucker-N.L. Zuker, *Temporary protected status: a proposed United States policy for vulnerable groups*, in G. Alfredsson-P. Machalisier-Smith-A. Grahl-Madsen, *The living law of nations: essays on refugees, minorities, indigenous people and the human rights of other vulnerable groups*, Kehl, Engel, 1996, pp.133-143; P.M. Martin, *Temporary protected status and the legacy of Santos-Gomez*, in "The George Washington journal of international law and economics", Washington DC, George Washington University, 1991, vol. 25, pp. 227-255.

[7] Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 più Protocollo di New York del 31 gennaio 1967.

[8] A ciò si aggiunga la disciplina dell'art. 31 Conv. Ginevra 1951 (rifugiati che soggiornano irregolarmente nel paese ospitante) a tenore del quale «*1. Gli Stati Contraenti non prenderanno sanzioni penali, a motivo della loro entrata o del loro soggiorno illegali, contro i rifugiati che giungono direttamente da un territorio in cui la loro vita o la loro libertà erano minacciate nel senso dell'articolo 1, per quanto si presentino senza indugio alle autorità e giustifichino con motivi validi la loro entrata o il loro soggiorno irregolari.*

2. Gli Stati Contraenti limitano gli spostamenti di tali rifugiati soltanto nella misura necessaria. Tali limitazioni devono essere mantenute solo fintanto che lo statuto di questi rifugiati nel paese che li ospita sia stato regolato o essi siano riusciti a farsi ammettere in un altro paese. Gli Stati Contraenti concedono a tali rifugiati un termine adeguato e tutte le facilitazioni necessarie affinché possano ottenere il permesso d'entrata in un altro paese».

contemplano situazioni assimilabili a quelle del rifugio, ma che non presentano i requisiti per la concessione dell'asilo.

In tale quadro non espressamente considerato dalla normativa sull'asilo territoriale di cui alla Convenzione del 1951, si colloca pertanto la prassi degli Stati orientata nel senso di garantire un rifugio (inteso nella sua accezione concreta di situazione in cui i profughi o le masse vengono accolti dallo Stato ospitante e non rimandati nel Paese di origine) ed una protezione temporanea (in nome di ragioni umanitarie) a tutti i casi di esodo di masse di persone in fuga da carestie, catastrofi naturali, guerre civili scoppiate nei loro Stati ed ogni altro fenomeno di larga scala che possa compromettere la pacifica esistenza delle popolazioni.

Ne deriva pertanto che «i cc.dd. *temporary protected status* garantiscono l'esigenza umanitaria di proteggere chi, in quel momento, è in difficoltà e, nello stesso tempo, garantiscono il diritto dello Stato di accoglienza di non farsi carico dell'onere sociale, politico ed economico legato all'accoglienza definitiva (al contrario, invece, di quanto avviene per i perseguitati politici cui si concede asilo) di masse così numerose di stranieri»[9].

La protezione, secondo tale prassi e la successiva normativa interna di ogni singolo Stato ospitante, si protrae per tutto il tempo dell'emergenza caratterizzata dalla presenza di sfollati e profughi in esodo dal proprio Paese d'origine.

Venuto meno il motivo dell'esodo, viene meno anche la protezione dello Stato di accoglienza, rimanendo salva, comunque, la diversa scelta politica del medesimo Stato di accogliere (o respingere) chi vuole sul proprio territorio[10].

[9] Sul punto v. A. Sinagra-P. Bargiacchi, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Milano, Giuffré, 2009, p. 521 ss.

[10] La protezione temporanea si applica alla diversa categoria (rispetto a quella dei rifugiati) delle cc.dd. *displaced persons*, ossia «individui che si trovano all'estero e sono bisognosi di protezione perché in fuga da guerre civili, disastri e gravi turbamenti dell'ordine pubblico che affliggono lo Stato di provenienza […] finora la dottrina e la prassi non hanno incluso, generalmente, nella categoria delle *displaced persons* coloro che lasciano il proprio Paese per motivi economici, sia pure limitatamente al caso in cui, a causa del sottosviluppo economico, le condizioni di vita non raggiungono le più elementari possibilità di sopravvivenza»: così G. Carella, *op. cit*. L'ammissione temporanea per ragioni di umanità (al di fuori, quindi, delle categorie logico-giuridiche dell'asilo/rifugio) è consolidata nella prassi a cominciare dalla posizione assunta dalla Thailandia nel 1979 di fronte all'esodo dei profughi cambogiani in fuga dal regime dei Khmer Rossi. La Thailandia affermò che «*mindful of its humanitarian responsibility, the Thai Government had granted temporary refuge to those people until such time as they could return to their homes*». Dal 1990, anche gli Stati Uniti si sono dotati di una normative sui *Temporary Protected Status* che garantisce la permanenza temporanea nel territorio degli Stati Uniti concessa quando non sussistano i requi-

Tuttavia, nelle more della protezione temporanea la prassi ha esteso anche a tale situazione il c.d. divieto di respingimento che l'art. 33 Conv. 1951 impone agli Stati nei confronti dei rifugiati e richiedenti asilo.

In particolare, non solo è vietato respingere chi, nello Stato dove verrebbe respinto, rischia di essere perseguitato (cfr. art. 33 cit.), ma è altresì vietato respingere chi, se respinto, potrebbe patire sofferenze o subire gravi violazioni dei propri diritti per eventi oggettivi (come una guerra civile in corso) non legati alla sua condizione personale.

L'ambito di applicazione di quest'ultima eccezione al diritto dello Stato di non dare ingresso sul proprio territorio agli stranieri è meno ampia di quella concessa dal citato art. 33 e soprattutto molto più rigorosa di quanto possa apparire ad una prima lettura.

Infatti, la norma non va costruita sul piano giuridico «come un generico obbligo di accogliere ed aiutare chiunque sul proprio territorio, ma come lo specifico divieto di respingere qualcuno se, dal respingimento, può derivare un immediato, concreto e grave pericolo di vita per il respinto»[11], fermi restando, comunque, le diverse scelte politiche degli Stati in materia di ingresso degli stranieri e il dominio riservato degli stessi per quanto concerne il generale trattamento degli stranieri.

3. *La protezione temporanea nel diritto dell'Unione Europea*

Con riferimento alla disciplina relativa al trattamento degli stranieri ed in particolare all'ingresso nei territori dell'Unione europea, questa si è indirizzata verso una politica legislativa finalizzata a rendere la normativa il più dettagliata possibile, seppure orientata ai canoni della complementarietà e sussidiarietà con gli ordinamenti interni.

Tale intervento di dettaglio viene in evidenza mediante l'analisi delle norme inserite direttamente nelle fonti primarie in materia di immigrazione ed asilo (TFUE[12]) e soprattutto dall'Accordo di Schengen (14 giugno 1985) e successiva Convenzione (19 giugno 1990) in materia di apertura delle frontiere degli Stati facenti parte di tale accordo.

siti dell'asilo. Per un maggiore approfondimento, v. I. Castrogiovanni, *Sul* refoulement *dei profughi haitiani intercettati in acque internazionali*, in "Riv. dir. int.", 1994, p. 474 ss.; N. Parisi, *Ai confini d'Europa. Politiche migratorie e diritto d'asilo*, in D. Rinoldi (a cura di), *Questioni di diritto delle migrazioni fra diritto europeo, diritto internazionale e diritto interno*, Milano, I.S.U. Università Cattolica del Sacro Cuore, 2007, p. 50 ss.

[11] Cfr. A. Sinagra-P. Bargiacchi, *op. cit.*

[12] Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea, entrato in vigore con il Trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1 dicembre 2009.

A tal riguardo, pertanto, va osservato che il sistema dell'Unione Europea prevede, oltre alla normativa in tema di immigrazione ed asilo, anche l'adozione di norme dirette a garantire la protezione temporanea degli sfollati, cioè di cittadini di Paesi terzi che non possono ritornare nel Paese di origine e delle persone che altrimenti necessitano di protezione internazionale[13].

[13] A questo riguardo cfr. l'art. 78 TFUE il quale statuisce che «*1. L'Unione sviluppa una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, volta a offrire uno status appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento. Detta politica deve essere conforme alla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e al protocollo del 31 gennaio 1967 relativi allo status dei rifugiati, e agli altri trattati pertinenti.*

2. Ai fini del paragrafo 1, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure relative a un sistema europeo comune di asilo che includa: a) uno status uniforme in materia di asilo a favore di cittadini di paesi terzi, valido in tutta l'Unione; b) uno status uniforme in materia di protezione sussidiaria per i cittadini di paesi terzi che, pur senza il beneficio dell'asilo europeo, necessitano di protezione internazionale; c) un sistema comune volto alla protezione temporanea degli sfollati in caso di afflusso massiccio; d) procedure comuni per l'ottenimento e la perdita dello status uniforme in materia di asilo o di protezione sussidiaria; e) criteri e meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo o di protezione sussidiaria; f) norme concernenti le condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo o protezione sussidiaria; g) il partenariato e la cooperazione con paesi terzi per gestire i flussi di richiedenti asilo o protezione sussidiaria o temporanea.

3. Qualora uno o più Stati membri debbano affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare misure temporanee a beneficio dello Stato membro o degli Stati membri interessati. Esso delibera previa consultazione del Parlamento europeo».

Assume rilievo altresì il successivo art. 79 a tenore del quale «*1. L'Unione sviluppa una politica comune dell'immigrazione intesa ad assicurare, in ogni fase, la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi regolarmente soggiornanti negli Stati membri e la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale e della tratta degli esseri umani.*

2. Ai fini del paragrafo 1, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure nei seguenti settori: a) condizioni di ingresso e soggiorno e norme sul rilascio da parte degli Stati membri di visti e di titoli di soggiorno di lunga durata, compresi quelli rilasciati a scopo di ricongiungimento familiare; b) definizione dei diritti dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti in uno Stato membro, comprese le condizioni che disciplinano la libertà di circolazione e di soggiorno negli altri Stati membri; c) immigrazione clandestina e soggiorno irregolare, compresi l'allontanamento e il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare; d) lotta contro la tratta degli esseri umani, in particolare donne e minori.

3. L'Unione può concludere con i paesi terzi accordi ai fini della riammissione, nei paesi di origine o di provenienza, di cittadini di paesi terzi che non soddisfano o non soddisfano più le condizioni per l'ingresso, la presenza o il soggiorno nel territorio di uno degli Stati membri.

4. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire misure volte a incentivare e sostenere l'azione degli Stati membri al fine di favorire l'integrazione dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti nel loro territorio, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri.

5. Il presente articolo non incide sul diritto degli Stati membri di determinare il volume di ingresso nel loro territorio dei cittadini di paesi terzi, provenienti da paesi terzi, allo scopo di cercarvi un lavoro dipendente o autonomo»

Con tale espressione volutamente generica, si tende verosimilmente a designare coloro che, pur non rientrando nella definizione di rifugiato di cui alla Convenzione di Ginevra, siano ritenuti comunque meritevoli di protezione.

La direttiva con cui il Consiglio ed il Parlamento europeo hanno esercitato la propria competenza di cui agli articoli 78 e 79 TFUE[14], prevede che il Consiglio accerti, su proposta della Commissione, l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati, precisando, tra l'altro, quali siano i gruppi di persone a cui si applica la protezione e la data di decorrenza della stessa.

Gli Stati membri devono accogliere coloro che godono della protezione temporanea, provvedendo affinché essi ottengano una protezione adeguata, e devono consentire loro di presentare la domanda di asilo; qualora la domanda sia presentata, è competente ad esaminarla lo Stato nel quale la persona che gode della protezione temporanea è stata accolta.

Il Trattato richiede altresì che sia assicurato «un equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono i rifugiati e gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi»[15].

In particolare, l'art. 67 TFUE stabilisce che l'Unione Europea realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali, nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri; garantisce che non ci siano controlli sulle persone alle frontiere interne e sviluppa una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, fondata sulla solidarietà tra Stati membri ed equa nei confronti dei cittadini di Paesi terzi.

Inoltre, la già citata direttiva n. 2001/55/CE del Consiglio circoscrive in termini rigorosi le ipotesi per il riconoscimento della protezione temporanea, congegnando questa misura come una sorta di anticipazione della protezione internazionale.

Oltre all'afflusso massiccio di sfollati provenienti da Paesi terzi, ovvero l'imminenza dello stesso, la predetta direttiva richiede la coesistenza di altre due condizioni: (i) l'impossibilità per gli sfollati di rientrare

[14] Direttiva 2001/55/CE sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi, in *GUCE*, L 212 del 7 agosto 2001.

[15] Con Decisione del Consiglio 2000/596/CE, in GUCE, L252 del 6 ottobre 2000 e successivamente con Decisione del Consiglio 2004/904 in GUCE, L 381 del 28 dicembre 2004, è stato istituito un Fondo europeo per i rifugiati che si propone di promuovere un'equa ripartizione degli oneri tra gli Stati membri che ricevono i rifugiati.

nel paese d'origine in condizioni di sicurezza e (ii) l'impossibilità, in conseguenza dei tempi tecnici che oggettivamente richiede il relativo riconoscimento, per il sistema di protezione internazionale dei rifugiati (finalizzato alla concessione dell'asilo duraturo) di fronteggiare l'afflusso di massa senza effetti pregiudizievoli per il suo corretto funzionamento, per gli interessi delle persone interessate e degli altri richiedenti la protezione.

La predetta disciplina prevista dal Trattato di funzionamento dell'Unione europea deve essere altresì integrata con la disciplina prevista in materia di apertura delle frontiere dalla Convenzione di Schengen del 1990, che, in forza di un protocollo allegato al Trattato di Amsterdam, è divenuto parte integrante del quadro istituzionale e giuridico dell'Unione Europea.

Con particolare riferimento al caso in esame, è opportuno analizzare il testo del citato art. 5 Conv. Schengen 1990, che, da un lato, riveste un ruolo di riferimento in tema di ingresso nei territori dei singoli Stati facenti parte del c.d. *acquis* di Schengen, e, dall'altro lato, soprattutto al comma 3, detta le linee guida circa la circolazione degli stranieri aventi un permesso di soggiorno rilasciato dallo Stato di frontiera laddove si afferma che «è ammesso in transito lo straniero titolare di un'autorizzazione di soggiorno o di un visto di ritorno rilasciato da una delle Parti contraenti o, se necessario, di entrambi i documenti, a meno che egli non figuri nell'elenco nazionale delle persone segnalate dalla Parte contraente alle cui frontiere esterne egli si presenta».

Tale disposizione trova il suo fondamento sul principio del mutuo riconoscimento in ambito europeo dei provvedimenti nazionali in materia di immigrazione ed ingresso degli stranieri, finalizzato ad evitare ripetuti controlli all'interno di uno spazio frontaliero comune.

L'applicazione di tale principio, tuttavia, ha subito negli ultimi mesi un evidente restringimento sulla base del mancato riconoscimento della validità dei permessi di soggiorno concessi dal Governo Italiano a seguito dell'emanazione del D.P.C.M. 5 aprile 2011.

Invero, l'Unione Europea ed i singoli Stati (in particolare la Francia) hanno ritenuto inefficace la protezione temporanea garantita dal Governo Italiano, in quanto priva dei requisiti richiesti dalla Direttiva 2001/55/CE e pertanto inidonea ed esplicare i suoi effetti su tutto il territorio europeo.

Tale tesi, però, non è stata accolta dal Governo Italiano, il quale ha fondato la propria posizione sul tenore della disposizione del citato comma 3 ove non si fa alcun riferimento a particolari requisiti per l'emanazione del provvedimento nazionale, ma si pone semplicemente un limite al riconoscimento della validità di qualsiasi autorizzazione di soggior-

no rilasciata dagli Organi competenti dello Stato frontaliero.

Sicché, la protezione e successiva autorizzazione di soggiorno concessa dal Governo Italiano ai profughi tunisini e libici è stata ritenuta legittima e pienamente efficace in quanto riconosciuta a seguito di un procedimento amministrativo, e quindi suscettibile di esplicare i suoi effetti in tutto lo spazio comune europeo, agevolando così la libera circolazione in tutta l'Unione Europea dei titolari del permesso concesso ai sensi dell'art. 20 T.U. Immigrazione.

In definitiva, il quadro normativo di riferimento «impone agli Stati di offrire protezione agli stranieri che, se allontanati nei paesi d'origine, potrebbero essere sottoposti a tortura ovvero a pene o trattamenti disumani o degradanti, senza possibilità di bilanciare il diritto dello straniero con altri interessi, pur meritevoli di tutela, configgenti e quindi senza che sia possibile che tale obbligo subisca deroghe, sia pure per esigenze di sicurezza dello Stato»[16].

4. *La protezione temporanea per esigenze umanitarie nell'ordinamento italiano*

Nell'ordinamento italiano il diritto alla protezione umanitaria trova la sua disciplina nel D.lgs. n. 286/1998 (c.d. Testo Unico sull'immigrazione) ed in particolare agli articoli 5, co. 6[17], 19[18] e 20.

[16] V. Cass., SS.UU., 9 settembre 2009, n. 19393, secondo cui «la situazione giuridica dello straniero che richieda il rilascio di permesso per ragioni umanitarie ha consistenza di diritto soggettivo, da annoverare tra i diritti umani fondamentali con la conseguenza che la garanzia apprestata dall'articolo 2 della Costituzione esclude che dette situazioni possano essere degradate a interessi legittimi per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo, al quale può essere affidato solo l'accertamento dei presupposti di fatto che legittimano la protezione umanitaria, nell'esercizio di una mera discrezionalità tecnica, essendo il bilanciamento degli interessi e delle situazioni costituzionalmente tutelate riservate al legislatore». Sul punto, v. M. Piselli, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari non si può rimettere al potere discrezionale della P.A.*, in "Guida al Diritto", n. 41, Milano, Il Sole 24ore, 2009, 93 ss.

[17] L'art. 5 co. 6 recita «*Il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere altresì adottati sulla base di convenzioni o accordi internazionali, resi esecutivi in Italia, quando lo straniero non soddisfi le condizioni di soggiorno applicabili in uno degli Stati contraenti, salvo che ricorrano seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano. Il permesso di soggiorno per motivi umanitari è rilasciato dal questore secondo le modalità previste nel regolamento di attuazione*».

[18] L'art. 19, rubricato "Divieto di respingimento" stabilisce che «*1. In nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni poli-*

In tale contesto, occorre rilevare che il predetto art. 5, co. 6 non definisce i seri motivi di carattere umanitario che limitano il potere di rifiutare o revocare il permesso di soggiorno allo straniero privo dei requisiti previsti da convenzioni o accordi internazionali[19].

A questo riguardo, pertanto, non vi è alcun dubbio che i motivi di carattere umanitario debbano essere identificati facendo riferimento alle fattispecie previste dalle convenzioni di natura universale o regionale che autorizzano o impongono allo Stato italiano di adottare misure di protezione dei diritti umani fondamentali e che trovano espressione e garanzia anche nella Costituzione, non solo per il valore del riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo in forza dell'art. 2 Cost., ma anche perché, al di là della coincidenza dei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nell'interpretazione[20].

Ciò posto, la situazione giuridica soggettiva dello straniero che richieda il permesso di soggiorno per motivi umanitari gode quanto meno della garanzia costituzionale di cui all'art. 2 Cost., sulla base della quale, anche ad ammettere, sul piano generale, la possibilità di bilanciamento con altre situazioni giuridiche costituzionalmente tutelate, si esclude che tale bilanciamento possa essere rimesso al potere discrezionale della pubblica amministrazione, potendo eventualmente essere effettuato solo dal legislatore, nel rispetto dei limiti costituzionali.

Ne deriva, pertanto, che la situazione giuridica soggettiva dello straniero che chieda la concessione della protezione umanitaria sulla base delle norme indicate ha consistenza di diritto soggettivo costituzionalmente protetto, costituendo una delle forme di realizzazione del diritto di asilo previsto dall'art. 10, co. 3, Cost., e avendo natura di diritto umano fon-

tiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinviato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione.

2. Non è consentita l'espulsione, salvo che nei casi previsti dall'articolo 13, comma 1, nei confronti: a) degli stranieri minori di anni diciotto, salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi; b) degli stranieri in possesso della carta di soggiorno, salvo il disposto dell'articolo 9; c) degli stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado o con il coniuge, di nazionalità italiana; d) delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono.

2-bis. Il respingimento o l'esecuzione dell'espulsione di persone affette da disabilità, degli anziani, dei minori, dei componenti di famiglie monoparentali con figli minori nonché dei minori, ovvero delle vittime di gravi violenze psicologiche, fisiche o sessuali sono effettuate con modalità compatibili con le singole situazioni personali, debitamente accertate».

[19] Ci si riferisce in particolare alla Convenzione sullo *status* dei rifugiati di Ginevra del 1951 ed alla Direttiva 2001/55/CE.

[20] Cfr. Corte Costituzionale, n. 388/1999.

damentale, in quanto attiene alla vita e all'incolumità fisica della persona, e come tale oggetto di protezione alla stregua degli obblighi internazionali, sicché l'amministrazione avrebbe solo il potere di accertare la sussistenza dei requisiti obiettivi per la concessione della protezione umanitaria[21].

In definitiva, l'identità di natura giuridica del diritto alla protezione umanitaria, del diritto allo *status* di rifugiato e del diritto costituzionale di asilo, in quanto situazioni tutte riconducibili alla categoria dei diritti umani fondamentali, trova riscontro nell'espressa disciplina contenuta nell'art. 19, co. 1, D.Lgs. n. 286/1998, il quale individua la situazione che impone il divieto di espulsione e respingimento con riferimento alla possibilità che lo straniero subisca persecuzioni per le ragioni indicate dalla norma, con formulazione solo marginalmente diversa da quella utilizzata dalla Convenzione di Ginevra per descrivere i presupposti per la concessione dello *status* di rifugiato.

Inoltre, la disposizione dell'art. 19 dovrebbe essere letta in connessione con il successivo art. 20, il quale prevede, come limite all'apprezzamento del giudice, l'adozione, d'intesa con tutti i ministri interessati, di un Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri con cui prevedere le misure temporanee da adottarsi anche in deroga alla disciplina generale dell'immigrazione nel caso di rilevanti esigenze umanitarie, derivanti da conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità[22].

Le disposizioni del Testo Unico in materia di immigrazione devono essere integrati, nel caso in esame, con la più dettagliata disciplina definita dal D. Lgs. 7 aprile 2003, n. 83 (rubricato "attuazione della direttiva 2001/55/CE relativa alla concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati ed alla cooperazione in ambito comunitario") che pone una normativa specifica per gli sfollati[23].

In tale quadro, infatti, il D. Lgs. n. 85/2003 intende disciplinare la «protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati provenienti da paesi non appartenenti all'Unione Europea che non possono rien-

[21] Sul punto v. A. Cassese, *Art. 10*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione-Principi fondamentali*, Bologna, Zanichelli, 1975, pp. 485 ss.; R. Bin-G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 459

[22] In tal senso, Cass., n. 4725/2007 e Cass., n. 3732/2004. Contra Cass, n. 16471/2007 che ha ritenuto del tutto autonomo l'accertamento della sussistenza del fatto persecutorio, evidenziando così che, da un lato, l'art. 20 riguarda situazioni collettive ed autorizza deroghe all'ordinaria disciplina dell'immigrazione in favore della generalità di soggetti nei cui confronti si siano verificati gli eventi indicati nella disposizione, mentre, dall'altro lato, l'art. 19 ha ad oggetto solo situazioni meramente individuali.

[23] Sul punto v. F. Oberdan, *Con la nascita della procedura straordinaria controllati gli afflussi eccezionali di profughi*, in "Guida al Diritto", n. 24, Milano, Il Sole 24ore, 2003, p. 25 ss.

trare nei paesi di origine» (art. 1).

Il legislatore stesso definisce tale procedura come "eccezionale", applicabile in particolare allorché «sussista il rischio che il sistema d'asilo non possa far fronte a tale afflusso» (art. 2, co. 1, lett. a).

Alla luce degli articoli 1 e 2 del decreto, sembra potersi affermare che oggetto della nuova disciplina e condizioni per la sua applicazione, siano rappresentati: ***a)*** dalla presenza di un "afflusso massiccio": non sono dunque sufficienti fenomeni di immigrazione collettiva (e tantomeno fenomeni singoli), ma occorre che tale afflusso riguardi un "numero considerevole" di sfollati e che la loro provenienza sia da un paese o da una zona determinata. In definitiva, il fenomeno dell'afflusso si caratterizza per la specificità della provenienza di tutti gli sfollati e per il numero considerevole degli stessi; ***b)*** dalla caratteristica "coattiva" dell'abbandono, che questo avvenga spontaneamente, ma come reazione ad una situazione insostenibile, ovvero risponda a un programma di evacuazione; ***c)*** dalla situazione che ha determinato lo sfollamento, che deve essere rappresentata (come si deduce dall'art. 2, co. 1, lett. c), dalla presenza di un conflitto armato o di situazioni di violenza endemica (caratterizzata anche da violazioni sistematiche o generalizzate dei diritti umani) nella zona di provenienza, situazioni tutte che non consentono un rimpatrio in «condizioni sicure e stabili».

Condizioni ostative all'applicazione delle misure in favore degli sfollati sono invece costituite dai precedenti che riguardano singoli soggetti sfollati, debitamente elencati all'art. 4 del Decreto.

Non possono ricevere in ogni caso l'applicazione delle misure a favore gli sfollati (ancorché ricorrano i requisiti oggettivi per l'applicazione della relativa disciplina) coloro che abbiano commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità; che abbiano commesso un reato grave di natura non politica al di fuori del territorio nazionale[24]; che abbiano commesso atti contrari ai principi e alle finalità delle Nazioni Unite; che abbiano riportato condanna in Italia (anche a seguito di patteggiamento) per uno dei reati per i quali il codice di procedura penale prevede l'arresto, o comunque per reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, lo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite, o ancora per motivi di ordine e sicurezza pubblica.

Se tali sono i presupposti per l'applicazione della nuova disciplina

[24] Viene precisato che «le condotte connotate da particolare crudeltà, anche se attuate con finalità politica, sono considerate di natura non politica».

occorre anche aggiungere che la fondamentale caratteristica della stessa è rappresentata dalla sua «temporaneità» (di «tutela immediata e temporanea» parla anche l'art. 2, co. 1, lett. a).

In particolare, l'art. 3 afferma che il periodo di applicazione delle misure ha la durata massima di un anno, prorogabile per una sola volta, e comunque per un periodo non superiore a un anno.

Occorre osservare che l'ordinamento italiano già prevede una disposizione volta a fronteggiare situazioni eccezionali. Infatti, il citato art. 20 T.U. Immigrazione prevede i casi in cui sono possibili misure di protezione temporanea da adottarsi «per rilevanti esigenze umanitarie, in occasione di conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità in paesi non appartenenti all'Unione Europea».

In queste ipotesi, la definizione delle misure, da adottarsi anche in deroga alle disposizioni del testo unico immigrazione, ma nei limiti delle risorse disponibili nel Fondo nazionale per le politiche migratorie, è rimessa a un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato d'intesa con i ministri degli Esteri, dell'Interno e della Solidarietà sociale e degli altri ministri eventualmente interessati.

A differenza di tale disposizione, il decreto legislativo n. 85/2003 inserisce le misure di protezione temporanea in un contesto europeo, come conseguenza dell'individuazione e della specificazione delle situazioni e delle deliberazioni del Consiglio dell'Unione europea.

In altri termini, si predispone una concreta attuazione sul piano nazionale di una politica comune dell'Unione europea, a fronte di eventi di dimensioni e conseguenze sopranazionali, in forza dell'emanazione di una Direttiva avente lo scopo di adeguare gli ordinamenti interni al sistema di diritto dell'Unione europea ed avere così una normativa comune in un tema nevralgico quale può essere quello dell'ingresso e trattamento degli stranieri.

Tuttavia, pur in connessione con le decisioni dell'Unione europea, l'art. 3, co. 1, precisa che il Governo Italiano può preventivamente rilasciare al Consiglio dell'Unione una «dichiarazione di disponibilità a ricevere sfollati», e quindi essere tenuto ad applicare misure di protezione temporanea nei limiti degli impegni assunti a livello comunitario.

A tal particolare riguardo, il citato art. 3 rimette al decreto del Presidente del Consiglio, adottato ai sensi dell'articolo 20 del testo unico, la definizione delle «misure di protezione temporanea per fronteggiare l'afflusso massiccio di sfollati».

Presupposto dell'emanazione di tale decreto è rappresentato dalla previa decisione del Consiglio dell'Unione europea, in ordine all'accertamento della ricorrenza di un caso di afflusso massiccio di sfollati.

L'art. 4 disciplina il contenuto del decreto del Presidente del consiglio, che si caratterizza per una estesa possibilità di deroga alle disposizioni del Testo Unico Immigrazione. In ogni caso, il decreto *ex* art. 4 dovrà individuare la data di decorrenza della protezione temporanea e le categorie di oggetti che vi sono ammessi (anche se tale ultimo aspetto appare mera attuazione di decisioni in sede comunitaria), le procedure (in deroga) per il rilascio agli sfollati del permesso di soggiorno, esteso allo studio e al lavoro, nonché, le procedure da attuarsi nel caso di presentazione di una domanda di asilo.

Tuttavia, tale potere viene attenuato dalle seguenti condizioni. Innanzitutto, in ogni caso, del numero dei permessi di soggiorno rilasciati «si tiene conto nell'adozione del decreto di programmazione annuale» dei flussi di ingresso (art. 4, co. 1, lett. e). Ciò non comporta, ovviamente, che il numero dei permessi concessi è portato in detrazione dal numero dei permessi concedibili, ma solo che il presidente del Consiglio deve tener conto anche della presenza degli sfollati sul territorio nazionale ai fini della programmazione degli ingressi.

In secondo luogo, nel rispetto delle condizioni previste dall'art. 6, è ammesso il ricongiungimento familiare nei confronti della persona ammessa alla protezione temporanea. Infine, l'ammissione alle misure di protezione temporanea «non preclude la presentazione dell'istanza di riconoscimento dello *status* di rifugiato». Peraltro, la disciplina dello *status* di sfollato coincide in molti punti con la disciplina dello *status* di rifugiato, poiché i presupposti che determinano l'allontanamento del singolo dal proprio paese sono simili, se non identici.

Ciò che caratterizza lo *status* di sfollato, in definitiva, non è tanto il contesto che ne determina lo sfollamento, quanto le dimensioni dell'esodo in cui si iscrive il comportamento individuale.

Quanto alla durata della protezione temporanea (massimo di un anno, prorogabile per un periodo di pari durata), appare opportuno interpretare l'art. 3 D.Lgs. n. 83/2003 nel senso che l'eventuale proroga delle misure deve essere preceduta da un nuovo atto di accertamento del Consiglio dell'Unione europea, cui farà seguito un nuovo decreto del Presidente del consiglio.

Ovviamente, anche nel caso in cui il Consiglio ritenga occorrenti misure di durata superiore ad un anno (di proroga), il decreto del Presidente del consiglio dei ministri dovrà rispettare il termine di un anno.

Infine, a tutela delle aspettative, degli interessi e dei diritti dei singoli sfollati, l'art. 9 del decreto legislativo n. 85 prevede, sul piano sostanziale, che tutti i provvedimenti che riguardano la persona protetta temporaneamente, sia di diniego della protezione sia di rigetto delle sue istan-

ze, devono essere motivati e recare l'indicazione dell'autorità presso la quale è possibile presentare ricorso e i termini entro i quali ricorrere[25].

Tuttavia, proprio con riferimento alla motivazione o, più precisamente, agli elementi valutativi di cui l'amministrazione deve tener conto, sorgono alcune perplessità.

Ai fini dell'applicazione della protezione temporanea devono soccorrere alcuni presupposti obiettivi (dei quali occorre dar conto in motivazione) e devono mancare gli elementi ostativi, di cui all'articolo 5.

Tali elementi, peraltro, sono distinti dal legislatore in due categorie. La prima riguarda elementi che «possono» dar luogo ad esclusione (lettere a), b), c), del comma 1 dell'articolo 5); mentre la seconda concerne elementi che danno senz'altro luogo a esclusione («sono esclusi», afferma il comma 2 dell'articolo 5).

Ne deriva che, in forza della distinzione operata dal legislatore, solo ai primi casi, in cui vi è una valutazione discrezionale dell'amministrazione, può trovare applicazione quanto disposto dal comma 3 dell'articolo 5, ove si afferma che la decisione di esclusione è adottata «in base al comportamento personale dell'interessato e sul principio di proporzionalità».

Quanto alla prima categoria, occorre inoltre considerare che l'elemento ostativo alla protezione temporanea contemplato dall'articolo 5, comma 1, lettera b) («reato grave di natura non politica»), appare oltremodo generico. Tale affermazione viene confermata anche dal proseguo della disposizione legislativa secondo cui in tale ipotesi «la valutazione della gravità del reato deve tener conto della gravità del pericolo cui andrebbe incontro lo straniero in caso di rimpatrio».

Infatti, premesso che tale valutazione è riferita dal legislatore solo a uno dei tre elementi che portano al diniego di protezione temporanea, sembra evidente che una valutazione di gravità di un reato commesso (cioè di un fatto già accaduto) non può dipendere dal pericolo di un fatto, di natura diversa, che potrà accadere.

Posta la sussistenza del reato commesso e il giudizio di gravità del medesimo, si evince, in definitiva, la volontà del legislatore di affermare che, ai fini della decisione finale, occorre tener conto dei pericoli derivanti al soggetto da un eventuale rimpatrio. Resta, in ogni caso, il problema della estrema genericità della categoria delineata dal legislatore.

[25] Si tratta, in buona sostanza, di una applicazione al caso di specie delle disposizioni previste in via generale per tutti gli atti amministrativi dall'articolo 3 della legge n. 241/1990.

Quanto alla seconda categoria, si deve rilevare che, a fronte di una serie di elementi di carattere oggettivo, in quanto riferiti a intervenute sentenze di condanna per specifici reati, si aggiunge l'elemento rappresentato da «motivi di ordine o sicurezza pubblica». In definitiva, si rimette a una ampia discrezionalità amministrativa la concessione della protezione temporanea.

Nel dettaglio, l'art. 9 prevede due distinte ipotesi di tutela giurisdizionale. La prima ipotesi è fissata avverso i provvedimenti di diniego di protezione temporanea e gli altri provvedimenti connessi al decreto stesso, è ammesso il ricorso al tribunale amministrativo regionale, ai sensi dell'art. 6, co. 10, del testo unico; la seconda è prevista avverso i provvedimenti di diniego del ricongiungimento familiare, è previsto ricorso al tribunale in composizione monocratica, ai sensi dell'art. 30 co. 6 del testo unico.

Occorre osservare che, nonostante l'ampia dizione dell'articolo 9, co. 1, tra i provvedimenti «connessi» al D.Lgs. n. 85/2003 non possono essere ricompresi quelli relativi al diniego dello *status* di rifugiato (pur considerati dall'articolo 7 del decreto), avverso i quali è ammesso ricorso al tribunale ordinario territorialmente competente, ai sensi dell'articolo 1*quater*, co. 5, del D.L. n. 416/1989 come introdotto dalla legge n. 189/2002.

Invero, l'affinità dello *status* di sfollato con quello di rifugiato induce varie perplessità in ordine alla scelta effettuata dal legislatore.

Come si evince, infatti, dall'attribuzione della giurisdizione, il legislatore ritiene la posizione dell'aspirante al riconoscimento dello *status* di rifugiato alla stregua di un diritto soggettivo, mentre quella dello sfollato aspirante alla protezione temporanea, come un interesse legittimo, ancorché analoghi ne siano i presupposti.

5. *Conclusioni*

Alla luce di quanto analizzato ed affermato nei precedenti paragrafi, è possibile concludere nel senso del riconoscimento ai singoli Stati da parte del diritto internazionale di un ampio potere in materia di trattamento ed ingresso degli stranieri (che rientra nella sfera del c.d. *domaine réservé*). Sicché, tenuto altresì conto delle norme più dettagliate definite dall'ordinamento dell'Unione europea, si evince che lo Stato italiano gode ancora di un potere discrezionale in materia di ingresso degli stranieri, soprattutto con riferimento alle procedure e requisiti da adottare in occasione di concessione di permessi di soggiorno o provvedimenti di protezione internazionale.

Invero, l'obiettivo finale delle garanzie e tutele poste dal diritto internazionale e dal diritto dell'Unione europea consiste nell'imporre ai sin-

goli Stati l'adozione di procedure interne che non violino i diritti umani generalmente riconosciuti, senza intervenire sulle singole modalità di attuazione o sui requisiti richiesti dagli ordinamenti interni.

In definitiva, appare accoglibile la tesi del Governo italiano, il quale ha sostenuto che la concessione agli sfollati tunisini e libici del permesso di soggiorno per ragioni umanitarie e di protezione temporanea non può essere denunciata dalla Francia come una violazione delle norme di diritto dell'Unione Europea, in quanto tale provvedimento è stato emesso sulla base di un procedimento amministrativo disciplinato da norme di diritto interno che attuano o comunque si adeguano alla normativa dell'Unione europea, in virtù del principio di adeguamento delle normative nazionali a quella dell'Unione europea.

Pertanto, in ragione di quanto sopra, gli altri Stati membri dell'Unione Europea, in virtù del più ampio e generale principio del mutuo riconoscimento, dovrebbero riconoscere ed applicare i provvedimenti dello Stato italiano in quanto emanati secondo una legittima procedura interna (oltretutto emanata in osservanza dei principi di diritto internazionale e soprattutto del diritto dell'Unione europea).

FRANCESCA SCUDIERO

La c.d. confisca allargata. Caratteristiche e limiti di configurabilità

SOMMARIO: 1. La confisca in generale: il quadro normativo di riferimento. - 2. La c.d. confisca allargata. - 3. I confini di applicabilità della confisca allargata nei casi in cui operi una causa di estinzione del reato "presupposto": la morte dell'imputato prima della emissione di una sentenza di condanna per uno dei delitti indicati nell'art. 12 *sexies* d.l. n. 306/92. - 4. La confisca di cui all'art. 12 *sexies* d.l. n. 306/92, convertito in l. n. 356/92 e quella di cui all'art. 2 *ter* l. n. 575/65. Analogie e differenze.

1. *La confisca in generale: il quadro normativo di riferimento*

Le disposizioni normative utilizzabili per aggredire e confiscare le ricchezze illegittimamente accumulate dalla criminalità organizzata sono molteplici: il sequestro e la confisca dei patrimoni illeciti possono essere disposti, a seconda dei casi, sia in sede penale, che in sede di prevenzione.

Il codice penale e numerose leggi speciali prevedono, infatti, la confisca dei beni quale misura di sicurezza patrimoniale, nelle ipotesi in cui questi siano direttamente o indirettamente collegati al reato per il quale è stata pronunciata una sentenza di condanna; la l. n. 575/65, e succ. modif., disciplina il sequestro e la confisca dei beni come misura di prevenzione patrimoniale.

Il modello generale di confisca nel nostro ordinamento giuridico è rappresentato dall'art. 240 c.p.; si tratta di una misura di sicurezza patrimoniale che consiste nell'espropriazione in favore dello Stato delle cose attinenti al reato perché *servirono o furono destinate a commetterlo, o perché ne rappresentano il prodotto, il profitto…il prezzo*, o perché *la fabbricazione, l'uso, il porto la detenzione o l'alienazione di esse costituisce reato*. Presupposto è il vincolo di pertinenzialità della cosa rispetto al reato commesso; si distingue in facoltativa, che può essere ordinata dal giudice, nel caso di condanna, per le cose che costituiscono il prodotto o il profitto del reato (art. 240, c. 1, c.p.); e obbligatoria, sempre ordinata dal giudice per le cose che costituiscono il prezzo del reato e per quelle la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituisce reato, anche se non è stata pronunciata sentenza di condanna (art. 240, c. 2, c.p.)[1].

[1] Cfr., sul punto, ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale,* Milano, 1994, 637; GAROFOLI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2006, 947; FIORE, *Manuale di diritto penale.*

Una deroga alla facoltatività della confisca, sancita dall'art. 240, c. 1, c.p., per le cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e per le cose che costituiscono il prodotto o il profitto, è contenuta nell'art. 335 *bis* c.p., il quale dispone che, salvo quanto previsto dall'art. 322 *ter* c.p., nel caso di condanna per delitti previsti dagli artt. da 314 a 335 c.p. è comunque ordinata la confisca anche nelle ipotesi previste dall'art. 240, c. 1, c.p.

La scelta sistematica di collocare l'istituto in parola nel panorama delle misure di sicurezza ha rivelato la debolezza di una disposizione che, nel tempo, non è riuscita a soddisfare le esigenze sanzionatorie e preventive che l'intervento originario di tipo ablativo sui patrimoni doveva soddisfare. Ne è prova che, in seguito, si sono fatte strada soluzioni legislative modellate in base alle nuove forme di criminalità che, però, hanno determinato una frammentazione normativa particolarmente spiccata[2].

Si può parlare, pertanto, di un istituto "camaleontico", nel senso che cambia natura giuridica a seconda del contesto in cui si applica[3].

Nei primi decenni successivi all'entrata in vigore del codice Rocco, era diffusa l'opinione che tutte le misure di sicurezza (e, quindi anche la confisca) fossero sanzioni amministrative ovvero sanzioni "di polizia", considerato che non avevano una finalità retributiva, bensì meramente preventiva.

Scopo delle misure di sicurezza, si opinava, è, infatti, di evitare che il soggetto "pericoloso" possa porre in essere condotte costituenti reato. Tale attività è di competenza dell'autorità amministrativa (di polizia) e non dell'autorità giurisdizionale, la quale è deputata esclusivamente ad irrogare la pena prevista dal legislatore per un determinato fatto-reato già commesso[4].

La tesi è stata superata sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza in quanto le misure di sicurezza, incidendo su diritti fondamentali dell'uomo, possono essere applicate soltanto dall'autorità giurisdizionale con

Parte generale, Torino, 2008, 250; FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, Torino 2001, 792; AULETTA-SERPICO, *La natura giuridica della confisca e l'incidenza della CEDU*, in Innovazione e Diritto, n. 6/2010, 207 ss.

[2] In questi termini, MANCINI, *Il contrasto patrimoniale alla criminalità: strumenti penali, strumenti di prevenzione, problematiche processuali. La recente riforma delle misure di prevenzione: criticità e prospettive di applicazione*, in Atti dell'incontro di studio Corso Rosario Livatino: "Il contrasto patrimoniale alla criminalità organizzata: indagini, prove ed accertamento processuale", 11 marzo 2011.

[3] Così, AULETTA-SERPICO, *La natura giuridica della confisca e l'incidenza della CEDU*, cit. 209.

[4] Si affermava che tali misure non avevano una finalità retributiva, bensì meramente preventiva. Cfr., sul punto, GAROFOLI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, cit., 942.

le garanzie del processo penale (di cognizione) e del processo di sorveglianza, nei soli casi previsti dalla legge. Anche per esse, quindi, vale l'antico brocardo *nulla poena sine lege, nulla poena sine iudicio*[5].

I limiti della disciplina *ex* art. 240 c.p., legata alle strettoie di una duplice confisca – nei termini anzidetti – ed alla necessità di un accertamento positivo del collegamento diretto tra i beni ed il reato, e la rapida evoluzione della compagine criminale, principalmente in campo economico e patrimoniale, hanno indotto il legislatore ad una serie di interventi – spesso emergenziali, non compatti e coordinati – miranti a contrastare l'accumulazione della ricchezza da parte delle associazioni criminali e dei soggetti ad esse legati.

Le nuove fattispecie differiscono notevolmente dal modello disciplinato dall'art. 240 c.p. e si caratterizzano per una decisiva virata verso l'obbligatorietà dell'intervento ablativo e la possibile acquisizione anche per valore equivalente.

Un primo scostamento dallo schema legale generale di cui all'art. 240 c.p. si è avuto con la l. Rognoni-La Torre n. 646/1982, che ha modificato la l. n. 575/1965, ampliando notevolmente la portata e l'operatività della confisca di prevenzione.

Presupposto indefettibile per l'applicazione di tale tipo di misura, sancita dall'art. 416 *bis*, c. 7, c.p. è la condanna dell'imputato per associazione di tipo mafioso, cui consegue la confisca obbligatoria di tutte le cose comunque pertinenti al reato (manca, in questo caso, la tradizionale distinzione tra le ipotesi di confisca obbligatoria e confisca facoltativa, come prevista dall'art. 240 c.p.)

Secondo la dottrina, tale tipologia di confisca sempre obbligatoria va interpretata in chiave generalpreventiva e, quindi, ad efficacia deterrente, così da assimilarla di fatto ad una pena accessoria[6]. Importante novità del settimo comma è l'inedita ipotesi di confisca delle cose che costituiscono l'impiego del prezzo, del prodotto, o del profitto del reato attraverso cui il legislatore ha inteso colpire il riciclaggio degli illeciti profitti in attività formalmente legali[7].

Ulteriore intervento legislativo, volto ad un utilizzo più aggressivo dello strumento di ablazione reale, si è avuto con la l. n. 300/2000, che

[5] Cfr., sul punto, Fornari, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca sanzioni pecuniarie nel diritto "moderno"*. Padova 1997; Manzini, *Trattato di diritto penale*, III, Torino 1982, 393; Massa, *Confisca (diritto e procedura penale),* in enc. dir., VIII, Milano 1961, 983; Melchionda, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di confisca*, in riv. it. dir. proc. pen., 1977.

[6] Spagnolo, *L'associazione di tipo mafioso*, Padova 1993, 189.

[7] Così, Turone, *Il delitto di associazione mafiosa,* Milano 1995, 367 ss.

ha introdotto nel codice penale l'art. 322 *ter*. La norma prescrive la confisca, in caso condanna o di patteggiamento *ex* art. 444 c.p.p., per uno dei delitti previsti dagli artt. 314 a 320 c.p.

A seguito dell'entrata in vigore della l. n. 244/07, la confisca per equivalente è applicabile anche ai reati tributari, ad esclusione del reato di occultamento o distruzione di documenti contabili.

La confisca ha ad oggetto i beni che costituiscono il profitto o il prezzo del reato, ovvero, se essa non è possibile, dei beni nella disponibilità del reo di valore corrispondente a tale profitto. L'art. 640 *quater* c.p. rinvia, inoltre, alla applicabilità della confisca *ex* art. 322 *ter* c.p. per i delitti di truffa previsti dagli artt. 640, c. 2, n. 1, 640 *bis* e 640 *ter* c.p.

La linea evolutiva è proseguita con il dlgs. n. 231/01, relativo alla responsabilità delle persone giuridiche e con il dlgs. n. 61/02, n. 61, contenente la disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali (cfr. l'art. 2641 cc., come modificato dal d.lgs. n. 61/02,: *In caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti per uno dei reati previsti dal presente titolo è ordinata la confisca del prodotto o del profitto del reato e dei beni utilizzati per commetterlo. Quando non è possibile l'individuazione o l'apprensione dei beni indicati nel comma primo, la confisca ha ad oggetto una somma di denaro o beni di valore equivalente. Per quanto non stabilito nei commi precedenti si applicano le disposizioni dell'articolo 240 del codice penale*).

L'art. 301 D.P.R. n. 43/1973 prevede, inoltre, una ipotesi di confisca obbligatoria per il reato di contrabbando. Oggetto di tale confisca sono le cose legate al reato da un vincolo di pertinenzialità.

Per tutti gli altri beni o utilità della persona condannata si applica invece la confisca *ex* art. 12 *sexies* della l. 356/1992.

In materia di stupefacenti, il D.P.R. n. 309/1990 non prevede esplicite ipotesi di confisca obbligatoria per i reati *ex* art 73 (produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti) e 74 (associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope).

Dalla lettura degli artt. 100 e 101 del Testo Unico, che disciplinano la destinazione dei beni sequestrati e confiscati in operazione antidroga, si evince, però, che per questi reati si applica la disciplina generale sulla confisca prevista dall'art. 240 c.p.

Anche in tema di immigrazione clandestina, ai sensi del d.lgs. n. 286/1998 e successive modifiche, è disposta la confisca dei mezzi di trasporto, nonché di ogni altra cosa che costituisca il prezzo o profitto del reato, o che è servita o è stata destinata a commettere il reato.

Pare opportuno sottolineare che l'art. 644, ult. co., c.p. prevede, in caso di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p. per il delitto di usura, oltre la confisca obbligatoria delle cose che costituiscono

il profitto del reato, anche la confisca di somme di denaro, beni e qualsiasi altra utilità, che, pur non trovandosi in relazione diretta con il reato, siano nella disponibilità del reo anche per interposta persona. Tale ipotesi di confisca conosce, però, una limitazione nell'importo che non può superare il valore degli interessi o degli altri vantaggi o compensi usurari accertati con la sentenza di condanna. La norma fa, inoltre, salvo il diritto al risarcimento del danno della persona offesa dal reato, le cui pretese potranno essere soddisfatte sui beni suddetti prima che intervenga la condanna.

Si ricorda, infine, che il codice penale dispone la confisca obbligatoria (art. 600 *septies* c.p.) dei beni che costituiscono il profitto o il prezzo del reato, o, in caso di impossibilità, dei beni di valore equivalente, in caso di condanna o di applicazione della pena *ex* art. 444 c.p.p., per i delitti di: riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.); prostituzione minorile (art. 600 *bis* c.p.); pornografia minorile (art. 600 *ter* c.p.); detenzione di materiale pornografico (art. 600 *quater* c.p.); iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600 *quinquies* c.p.); tratta di persone (art. 601 c.p.); acquisto e alienazione di schiavi (art. 602 c.p.).

Sulla base della tracciata evoluzione normativa, la giurisprudenza ha sottolineato come possa apparire assai arduo, oggi, catalogare l'istituto della confisca nel rigido schema della misura di sicurezza, essendo agevole riconoscere, ad esempio, in quella di valore, i tratti distintivi di una vera e propria sanzione e, in quella "speciale", una natura ambigua, sospesa tra funzione specialpreventiva e vero e proprio intento punitivo.

Con il termine "confisca", in sostanza, al di là del mero aspetto nominalistico, si identificano misure ablative di natura diversa, a seconda del contesto normativo in cui lo stesso termine viene utilizzato[8].

[8] Cfr. C.S.U. 27 marzo 2008, n. 26654, che richiama un risalente orientamento della stessa Corte Costituzionale che, sin dagli anni sessanta (cfr. sentenze 25 maggio 1961 n. 29 e 4 giugno1964 n. 46), avvertiva che "la confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con varia natura giuridica" e che "il suo contenuto...è sempre la privazione di beni economici ma questa può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varie finalità, sì da assumere, volta per volta, natura e funzione di pena o di misura di sicurezza ovvero anche di misura giuridica civile e amministrativa", con l'effetto che viene in rilievo "non una astratta e generica figura di confisca, ma, in concreto, la confisca così come risulta da una determinata legge". La stessa giurisprudenza di legittimità ha successivamente avuto modo di rilevare come l'estensione della regola della retroattività alle ipotesi di confisca per equivalente ad un provvedimento ablatorio patrimoniale a connotazioni sanzionatorie, senza che sia dato riscontrare alcun elemento di "pericolosità" degli specifici beni da sottoporre a confisca, finirebbe per prestare il fianco a seri dubbi di costituzionalità, in ciò richiamandosi alla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo che ha ritenuto in contrasto con i principi sanciti dall'art. 7 della Convenzione proprio una ipotesi di applicazione retroattiva della confisca di beni (v., ad es. Welch c. Gran Bretagna, n. 17440/90, sentenza del 9 febbraio 1995).

Il percorso della confisca è ormai, tirando le somme, deviato rispetto alla formula originaria dell'art. 240 c.p., e non sembra che si possa trattare di una deviazione provvisoria.

È, anzi, probabile che la confisca *ex* art. 240 c.p. si avvii ad estinzione.

Già con l'art. 31 legge n. 34 del 2008 (legge comunitaria 2007), il legislatore aveva delegato il governo a predisporre una norma con cui rendere obbligatoria la confisca del prodotto, del prezzo del reato e del profitto derivato direttamente o indirettamente dal reato e obbligatoria pure la confisca, totale o parziale, su altri beni di valore equivalente a quello delle cose che costituiscono il prezzo, il prodotto o il profitto del reato.

In realtà, le disposizioni di delega erano molteplici: l'art. 29 (*principi e criteri direttivi di attuazione della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato*), l'art. 30 (*principi e criteri direttivi di attuazione della decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio*), l'art. 31 (*principi e criteri direttivi di attuazione della decisione quadro 2005/212/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato*), ma sono rimaste inattuate dal governo.

La prospettiva futura è certamente quella di uno strumento generale obbligatorio, anche nella forma dell'apprensione del valore equivalente.

Sarebbe utile e auspicabile che veda la luce una regolamentazione sistematica del settore, magari con tre schemi generali di confisca: 1) lo schema generale dell'art. 240 c.p. riveduto e corretto; 2) la confisca di prevenzione *ex* art. 2 *ter* l. n. 575/1965; 3) la confisca allargata dell'art. 12 *sexies* d.l. n. 306/1992[9].

2. *La c.d. confisca allargata*

L'art. 12 *sexies* d.l. n. 306/92, convertito in l. n. 356/92, disciplina una tipologia peculiare di confisca, definita "allargata" da dottrina e giurisprudenza, che rappresenta la forma più aggressiva delle misure patrimoniali nei confronti della criminalità organizzata.

È stato introdotto subito dopo l'intervento della Corte Costituzionale, che, con la sentenza n 48 del 17 febbraio 1994, ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'12 *quinquies* d.l. n. 306/1992 perché la nor-

[9] In questi termini, MANCINI, *Il contrasto patrimoniale alla criminalità: strumenti penali, strumenti di prevenzione, problematiche processuali. La recente riforma delle misure di prevenzione: criticità e prospettive di applicazione*, cit.

ma faceva dipendere il presupposto soggettivo del reato dal verificarsi di una condizione futura, incerta ed imprevedibile – l'assunzione della qualità di indagato o di imputato –, in violazione del principio di non colpevolezza, ed in quanto l'inversione dell'onere della prova costituiva violazione del diritto di difesa.

La norma, infatti, sanzionava il fatto di coloro che, essendo sottoposti ad un procedimento penale per l'applicazione di una misura di prevenzione personale, risultassero, anche per interposta persona fisica o giuridica, titolari o avere la disponibilità a qualsiasi titolo di denaro, beni o altre utilità dal valore sproporzionato rispetto al proprio reddito o alla propria attività economica e dei quali non potessero giustificare la legittima provenienza.

A seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale, il Governo ha emanato, qualche giorno prima della pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale, il d.l. n. 123/94, reiterato più volte fino a giungere all'ultimo d.l. n. 399/94, convertito nella legge n. 501/94, con il quale, aggiungendo l'art. 12 *sexies*, ha introdotto una ipotesi speciale di confisca a carattere obbligatorio.

Con la disposizione normativa in commento, il legislatore ha voluto perseguire, ancora più incisivamente, l'obbiettivo strategico di fronteggiare il fenomeno gravissimo della criminalità organizzata anche con un efficace e necessario strumento di contrasto, quale quello rappresentato dalle misure di carattere patrimoniale, idonee, sul piano della repressione e della prevenzione, ad aggredire le ricchezze delle organizzazioni criminali; tentando, in tal modo, di individuare e colpire i patrimoni sproporzionati rispetto alle attività economiche svolte dagli appartenenti alle organizzazioni suddette e alle loro capacità di reddito, e, comunque, illecitamente accumulati e detenuti anche per interposta persona.

La confisca allargata si caratterizza non solo per l'estrema ampiezza del contenuto del provvedimento espropriativo (esteso sino a ricomprendere tutti i beni di valore sproporzionato rispetto al reddito dichiarato, o all'attività svolta dal destinatario della sanzione), ma anche per l'inversione dell'onere della prova sul quale si regge l'accertamento dell'unico elemento significativo della fattispecie, ossia il rapporto di sproporzione, dal momento che il condannato è tenuto a giustificare la provenienza dei beni, rispetto ai quali la stessa legge introduce una mera presunzione di illecita accumulazione[10].

[10] In questi termini, SQUILLACI, *La confisca "allargata" quale fronte avanzato di neutralizzazione dell'allarme criminalità*, in dir. pen. proc., 12/09, 1525 ss.

L'introduzione della confisca allargata ha notevolmente ridotto gli spazi di intervento della confisca di prevenzione quando questa ha come presupposto l'esistenza di indizi per uno dei reati elencati dall'art. 12 *sexies*.

Ed infatti, se nei confronti di un soggetto esistono indizi per uno dei reati presupposto per l'applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale, il pubblico ministero iscrive il soggetto nel registro notizie di reato iniziando le relative indagini preliminari, e, fin da quel momento, se alla condanna per il reato per il quale si svolgono le indagini consegue la confisca dei beni, può richiedere, ai sensi dell'art. 321, c. 2, c.p.p., il sequestro preventivo dei beni medesimi; misura cautelare reale che permane fino alla condanna definitiva dell'imputato e alla conseguente confisca dei beni.

Se, viceversa, l'imputato viene assolto, il sequestro decade e al pubblico ministero non resta che tentare, ovviamente con incerta fortuna, l'applicazione della misura di prevenzione patrimoniale.

In tal caso, in presenza di un sentenza di assoluzione dal reato presupposto, le probabilità che la proposta di applicazione di misura patrimoniale venga accolta sono molto scarse.

Allo stesso modo il sequestro preventivo decade ed al pubblico ministero non resta che seguire, con scarsa probabilità di successo, la strada della misura di prevenzione patrimoniale anche quando il giudice dispone l'archiviazione, o, all'esito dell'udienza preliminare, pronuncia sentenza di non luogo a procedere perché gli elementi acquisiti risultano comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio.

Il pubblico ministero può percorrere fin dall'inizio le due vie: quella della misura di prevenzione e quella delle confische penali, inclusa fra queste quella "allargata"; ma gli effetti del sequestro e della confisca di prevenzione restano sospesi, a norma dell'art. 2 *ter*, c. 10, l. n. 575/65, per tutta la durata del procedimento penale e si estinguono ove venga disposta la confisca degli stessi beni in sede penale.

Mentre appare davvero molto azzardato proporre una misura di prevenzione patrimoniale nei confronti di un soggetto a carico del quale gli indizi di appartenenza ad associazione di tipo mafioso o di commissione di altri reati presupposto della misura di prevenzione sono talmente "fragili" e sfumati da non consentire neppure l'iscrizione del soggetto medesimo nel registro delle notizie di reato.

La giurisprudenza dominante e la dottrina maggioritaria qualificano la confisca allargata come una misura di sicurezza patrimoniale atipica con funzione dissuasiva.

Più precisamente, le Sezioni Unite della Cassazione l'hanno definita una misura di sicurezza atipica, in quanto modellata secondo lo sche-

ma della misura di prevenzione antimafia *ex* l. n. 575/65 e difforme, quanto a struttura e funzioni, rispetto alla confisca sancita dall'art. 240 c.p.[11].

L'inquadramento dell'istituto in esame tra le misure di sicurezza patrimoniali sembra presupporre, più che una valutazione di pericolosità del bene, una presunzione – relativa – di pericolosità della relazione tra il bene oggetto di ablazione ed il soggetto. La disponibilità di un'entità patrimoniale sproporzionata rispetto alla capacità reddituale lecita del soggetto condannato per uno dei delitti sanciti dall'art. 12 *sexies*, costituisce presunzione di una capacità criminale e di pericolosità sociale, di natura mista oggettiva e soggettiva, che legittima la confisca del *surplus* reddituale.

[11] Cfr. S.S.U., 30 maggio 2001, *Derouach*: la confisca allargata costituisce un'ipotesi di confisca obbligatoria in cui anche il prodotto o il profitto dei reati previsti dal comma terzo dell'art. 12 *sexies* assumono tale natura in deroga all'art. 240 c.p. Si tratta di un modello di confisca atipica che si colloca in una linea di confine tra la misura di sicurezza patrimoniale con funzione repressiva e la misura di prevenzione antimafia con funzione di ostacolo preventivo, mutuando da entrambe i principi ispiratori, tesi ad evitare il proliferare di ricchezza di provenienza non giustificata, immessa nel circuito economico.

C.S.U., 17 dicembre 2003, *Montella*: la confisca c.d. "allargata" ha una finalità non solo preventiva, ma anche (e soprattutto) dissuasiva nei confronti del destinatario per evitare che il soggetto interessato sia tentato a commettere i delitti menzionati dall'art.12 *sexies* al fine di accumulare illecitamente ricchezze. La confisca disciplinata dal'art. 240 c.p. richiede un nesso di pertinenzialità tra il bene da espropriare e il reato commesso (relazione che potrebbe rintracciarsi nella nozione di prezzo, prodotto o profitto del reato), nesso che non è richiesto dall'art. 12 *sexies*. Né potrebbe ricondursi tale istituto ad un caso di confisca obbligatoria nelle ipotesi previste dall'art. 240 c.p. di confisca facoltativa, atteso che la confisca obbligatoria nelle ipotesi di confisca facoltativa è già prevista per i reati di matrice mafiosa dall'art.416-bis: l'art. 12*sexies* che prevede, tra l'altro, la confisca in caso di condanna per delitti di criminalità mafiosa, costituirebbe, pertanto un inutile doppione di un istituto già esistente nell'ordinamento. Non potrebbe, inoltre, configurarsi tale confisca come un'ipotesi applicativa della confisca c.d. "per equivalente" giacché, da un lato, l'art. 12 *sexies* non fa menzione del presupposto applicativo dell'istituto de quo (ovvero l'impossibilità di rintracciare nel patrimonio del reo i beni costituenti il prezzo o il profitto del reato), dall'altro, non si comprenderebbe la *ratio* della l. n. 108/96, che nel modificare l'art. 644 c.p., proprio introducendo la confisca per equivalente nel caso di condanna per usura, fa espressamente salva l'applicabilità dell'art. 12 *sexies*. Tale norma, quindi, indica un ulteriore campo applicativo, con possibilità di ulteriori confische su cose diverse dal *tantundem*. Infine, è errato rintracciare nell'art. 12 *sexies* relazioni mediate, indirette, od occasionali del bene "confiscando" con il reato; in caso contrario, sarebbe lasciata alla discrezionalità del giudice la determinazione dei presupposti di applicabilità di tale tipo di confisca, in violazione del principio di legalità.

La giurisprudenza ha successivamente confermato la natura di misura di sicurezza, indicando ulteriori oneri probatori e di allegazione gravanti sull'accusa. Si è, infatti, ritenuto che grava sull'accusa l'onere della prova circa la sproporzione del valore economico dei beni da confiscare rispetto alla capacità reddituale lecita del soggetto. Cfr. Cass., sez. I, 5 giugno 2008, n. 25727

Contrari alla teoria esposta alcuni autori per due motivi.

In primo luogo, né il codice penale vigente, né altre leggi complementari disciplinano, definiscono o fanno menzione di tale categoria giuridica che, quindi, è ignota al legislatore. La misura di sicurezza atipica costituisce, pertanto, un istituto "creato" dal diritto pretorio, probabilmente, per fare in modo che la confisca in questione possa, comunque, rientrare nel *genus* delle misure di sicurezza ed essere così irrogata dal giudice anche per i delitti commessi prima dell'entrata in vigore della norma che la dispone.

In secondo luogo, la definizione della confisca *ex* art. 12 *sexies* come misura di sicurezza, seppur atipica, è in evidente contrasto con quella fornita dalla CEDU. La Corte di Strasburgo, infatti, riconosce alla confisca in parola la natura giuridica di "pena". La CEDU, già da tempo, ormai, nell'attribuire la natura giuridica di "pena" ad una determinata misura, non fa più esclusivamente riferimento ad un dato formale, ma fonda la propria opera ermeneutica su altri e più incisivi parametri, anche di natura sostanziale. In particolare, i criteri che adoperano i giudici di Strasburgo per stabilire se una sanzione assume la natura giuridica di "pena" sono: l'eventuale irrogazione in seguito ad una condanna per un reato, la natura e lo scopo della misura in contestazione, la sua qualificazione in diritto interno, i procedimenti connessi alla sua adozione ed esecuzione, la sua severità, ed altri desunti dal caso sottoposto al suo esame.

In altri termini, la nozione di pena, ai sensi dell'art. 7, primo comma, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, ha una portata autonoma e non ancorata alla qualificazione che di un dato provvedimento attribuisce la norma di diritto interno o la giurisprudenza di uno Stato aderente[12].

Altra parte di dottrina ritiene che la confisca allargata configuri una pena accessoria per un duplice ordine di motivi: la misura consegue non alla pericolosità del condannato, ma esclusivamente alla sua condanna; i beni confiscati non hanno alcun rapporto con il reato accertato in giudizio, ma di essi si sospetta la provenienza illecita[13].

La tesi è stata criticata[14].

La pena accessoria, così come espressamente dispone l'art. 20 c.p., consegue di diritto alla condanna, come effetto penale di essa; e, secon-

[12] AULETTA-SERPICO, *La natura giuridica della confisca e l'incidenza della CEDU*, cit. 217.

[13] Così, MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova 2007, 839. In giurisprudenza, cfr. Cass., sez. VI, 28 febbraio 1995, *Nevi*.

[14] In tal senso, MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un actio in rem?*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, a cura di MAZZA- VIGANÒ, Torino 2008, 44 ss.

do la costante e consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione, per l'applicazione di essa non occorre una statuizione espressa contenuta nella sentenza di condanna, tranne, s'intende, nei casi in cui le modalità di esecuzione della pena accessoria richiedano l'esplicazione di una attività discrezionale da parte del giudice. Ne consegue che la pena accessoria, anche quando sia stata omessa dal giudice che ha pronunciato la sentenza di condanna, può essere applicata d'ufficio in sede esecutiva, purché sia determinata dalla legge nella specie e nella durata.

Ma proprio per questo alla tesi esposta si oppone che la confisca in questione non consegue, al pari della pena accessoria, automaticamente alla condanna, come effetto penale di essa. La condanna, invero, rappresenta soltanto un presupposto per l' applicabilità della confisca, la quale richiede che, con una adeguata giustificazione riguardo alla provenienza legittima dei beni, venga superata la presunzione relativa di pericolosità degli stessi mediante un approfondito giudizio di merito in ordine alla titolarità e alla disponibilità dei beni da parte del condannato, ed al valore degli stessi in misura sproporzionata rispetto al reddito o all'attività svolta dal condannato medesimo.

Se, infine, la confisca *ex* art.12 *sexies* avesse natura di pena accessoria, ad essa si estenderebbe, a norma del vigente art. 166 c.p. come sostituito dall'art. 4 l. n. 19/90, la sospensione condizionale della pena, vanificando, nella sostanza, la *ratio* e la finalità della norma. Ciò tanto più, quando la confisca dovesse seguire all'applicazione della pena su richiesta *ex* art. 444 c.p.p. che spesso è subordinata alla concessione della sospensione condizionale della pena.

Si aggiunga che la misura di sicurezza patrimoniale, a differenza di quella personale, consegue non alla pericolosità del condannato ma, a norma dell'art. 240 c. p., alla pericolosità della cosa, quando essa è prezzo, prodotto o profitto del reato o servì o fu destinata a commettere il reato; e ben può conseguire, come per l'ipotesi prevista dall'art. 12 *sexies*, alla pericolosità della cosa derivante dal fatto che essa, restando nella disponibilità del condannato, possa essere da questi utilizzata per il reimpiego in attività illecite.

Passando ora alla disamina degli elementi costitutivi della misura, presupposto della confisca allargata è la condanna o l'applicazione della pena su richiesta per uno dei seguenti reati: associazione per delinquere finalizzata alla tratta di persone (art. 416, c 6, c.p.), riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù, tratta di persone, acquisto e alienazione di schiavi (artt. 600, 601, 602 c.p.), associazione di tipo mafioso (art. 416 *bis* c.p.), estorsione (art. 629 c.p.), sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.), usura e usura impropria (art. 644 c.p., così come ri-

sulta modificato dall'art. 1, l. n.108/96 che ha abrogato l'art. 644 *bis* c.p.), ricettazione (art. 648, c. 1, c.p.), riciclaggio (art. 648 *bis* c.p.), trasferimento fraudolento di valori (art.12 *quinques*, c. 1, d.l. n. 306/92, convertito, con modificazioni, nella l. n. 356/92); ovvero per taluno dei reati relativi al traffico di sostanze stupefacenti previsti dall'art. 73, escluse le fattispecie di lieve entità, e dall'art. 74 D.P.R. n. 309/90; ed, inoltre, per uno dei delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 *bis* c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo; nonché per il delitto in materia di contrabbando nei casi di cui all'art. 295, c. 2, T.U. D.P.R. n. 43/73, e per delitti in materia di terrorismo.

Con la legge finanziaria 2007 (art. 1, c. 220, l. n. 296/06) sono stati inseriti fra i delitti sopra elencati anche quelli previsti dagli articoli 314, 316, 316 *bis*, 316 *ter*, 317, 318, 319, 319 *ter*, 320, 322, 322 *bis*, 325 c.p. (ossia quasi tutti i delitti contro la pubblica amministrazione).

La confisca si applica in caso di condanna per delitto consumato e tentato[15].

Il fondamentale elemento di novità insito in questa ipotesi di confisca allargata è dato dall'assenza del requisito del nesso di pertinenzialità con il delitto per cui è intervenuta sentenza condanna, poiché i beni e le utilità oggetto di confisca sono svincolati dal fatto reato, anche in via di derivazione pure solo mediata. Infatti, possono essere confiscati anche i beni entrati a far parte del patrimonio dell'imputato in epoca precedente al fatto contestato.

Sotto stretta osservazione, quindi, rientra l'intero patrimonio del soggetto, sempre che l'acquisizione del bene non risalga ad un epoca talmente lontana dal fatto per cui è intervenuta condanna da non valicare la presunzione normativa di illecita acquisizione dei beni.

Affinché questa presunzione sia verificabile e valida, è necessaria la presenza dei requisiti della: disponibilità e/o titolarità dei beni da parte del condannato, anche per il tramite di persone interposte; la sproporzione dei beni o utilità rispetto al reddito dichiarato ai fini delle imposte sul reddito o alla propria attività economica; l'omessa o insufficiente giustificazione fornita circa la legittima provenienza dei beni[16].

[15] Cfr. Cass., sez. I, 20 maggio 2005, n. 22154.

[16] Per un'ampia panoramica sui presupposti per l'applicabilità della confisca allargata, cfr. MANCINI, *Il contrasto patrimoniale alla criminalità: strumenti penali, strumenti di prevenzione, problematiche processuali. La recente riforma delle misure di prevenzione: criticità e prospettive di applicazione*, cit.

Per disponibilità si intende non un rapporto giuridico intercorrente tra il condannato e la *res*, riconducibile al diritto di proprietà o ad altro diritto reale, ma una relazione connotata dall'esercizio di poteri di fatto corrispondenti al diritto di proprietà. La disponibilità coincide, pertanto, con la signoria di fatto sul bene indipendentemente dalle categorie delineate dal diritto privato, riguardo al quale il richiamo più appropriato sembra essere quello riferito al possesso nella definizione che ne dà l'art. 1140 c.c.[17].

Quanto all'ultimo requisito, giova sottolineare che il termine patrimonio non va inteso come un complesso unitario ovvero come l'insieme dei rapporti giuridici, attivi e passivi, aventi contenuto economico, facenti capo ad una persona fisica o giuridica, ma come la somma dei singoli beni acquisiti dal soggetto; la sproporzione, inoltre, non rimanda a qualsiasi difformità tra guadagni e capitalizzazione, ma ad un incongruo squilibrio tra questi.

In altri termini, il confronto va effettuato tra il valore economico dei beni di cui il condannato ha la disponibilità ed il reddito da questi dichiarato o i proventi della sua attività economica.

Tale forma di confisca si basa quindi, su un'insindacabile scelta politico criminale, una presunzione *iuris tantum* d'illecita accumulazione, nel senso che il provvedimento ablatorio incide su tutti i beni di valore economico non proporzionato al reddito o all'attività economica del condannato e dei quali questi non possa giustificare la provenienza, trasferendo sul soggetto, che ha la titolarità o la disponibilità dei beni, l'one-

[17] In questi termini, AULETTA-SERPICO, *La natura giuridica della confisca e l'incidenza della CEDU*, cit. 213.

Nei casi di interposizione di persone, precisa la giurisprudenza che, ai fini dell'applicazione della confisca prevista dall'art. 12*sexies* d.l. n. 306/92, convertito nella l. n. 356/92, nel caso dell'interposizione fittizia di cui al precedente art. 12 *quinquies*, il giudice deve apprezzare la giustificazione della provenienza del danaro, dei beni, o delle altre utilità da confiscare e la sproporzione, rispetto al reddito dichiarato ai fini delle imposte sui redditi o all'attività economica, con riferimento alla persona del sostituito, effettivo titolare, e non del sostituto. Cfr. Cass. sez I, 26 maggio 2010, 24804.

La giurisprudenza appare particolarmente severa nell'estendere anche ai soggetti legati da vincoli familiari nei confronti del soggetto condannato la presunzione di accumulazione illecita di capitali desunta dai requisiti della sproporzione e della mancata giustificazione. Cfr. Cass., sez. II, 26 novembre 2008, n. 1178; Cass., sez. I, 29 aprile 2009, n. 20990, secondo cui la presunzione relativa circa l'illecita accumulazione patrimoniale, prevista nella speciale ipotesi di confisca di cui all'art. 12 *sexies* opera, oltre che in relazione ai beni del condannato, anche in riferimento ai beni intestati al coniuge dello stesso, qualora risulti la sproporzione tra il patrimonio nella titolarità del coniuge e l'attività lavorativa svolta dallo stesso.

re di dare un'esauriente spiegazione in termini economici (e non semplicemente giuridico-formali) della positiva liceità della loro provenienza, con l'allegazione di elementi che, pur senza avere la valenza probatoria civilistica in tema di diritti reali, possessori e obbligazionari, siano idonei a vincere tale presunzione.

Non si richiede, pertanto, la prova del nesso di pertinenzialità tra i beni e il reato oggetto della condanna (in quanto si finirebbe per allargare indefinitamente il *thema decidendum*), né la connessione temporale tra l'acquisizione dei beni e la consumazione del crimine; si conferma la ragionevolezza della presunzione di provenienza illecita dei beni patrimoniali, già affermata dalla Corte costituzionale con ordinanza n. 18 del 1996, valorizzando l'elemento della sproporzione che va accertata attraverso una ricostruzione storica della situazione dei redditi e delle attività economiche del condannato al momento dei singoli acquisti[18].

Dunque, l'art. 12*sexies* impone che la giustificazione circa la lecita provenienza dei beni o delle utilità sia attiva e credibile. La giustificazione che l'interessato ha l'onere di fornire in ordine alla provenienza dei beni suscettibili di confisca consiste nella prova della liceità della loro provenienza e non in quella negativa della loro non provenienza dal reato.

In questo senso, la giustificazione è un parametro che deve essere incrociato con la proporzione ai redditi. Non basta produrre gli atti notarili e le attestazioni dei pagamenti se poi tali atti non sono giustificati dall'elemento proporzionale alle capacità di spesa del soggetto.

Allora, è da ritenersi che il riferimento all'attività economica svolta abbia l'esclusiva funzione di valutare il reddito dichiarato ai fini delle imposte sui redditi nei casi di sopravvalutazione di tale reddito operata al solo fine di giustificare acquisti derivanti da proventi di reato. Sia, cioè, un parametro sussidiario al fine di valutare la congruità del reddi-

[18] Cfr. C.S.U., 17 dicembre, Montella e Cass., sez. I, 13 maggio 2008, n. 21357. La sproporzione sussiste certamente quando l'imputato abbia dichiarato di essere disoccupato o non risultino comunque fonti di reddito o siano talmente esigue da non giustificare la mera sussistenza.

È legittimo il sequestro preventivo funzionale alla confisca ex art. 12 sexies l. n. 356/92 solo se è provata l'esistenza di una sproporzione tra il reddito dichiarato dall'imputato o i proventi della sua attività economica e il valore dei beni da confiscare e, ancora, non risulti una giustificazione credibile circa la loro provenienza. L'onere di dimostrare la provenienza illecita dei beni incombe sull'organo procedente, salvo l'obbligo delle allegazioni gravante sull'imputato e diretto ad elidere le argomentazioni probatorie a suo carico; mentre, ai fini della sproporzione, i termini del raffronto dello squilibrio devono essere fissati con riferimento al reddito o all'attività economica esistenti non al momento dell'applicazione della misura sui beni presenti nel patrimonio ma al momento dei singoli acquisti. Cfr. Cass., sez. VI, 12 gennaio 2010 n. 5452.

to dichiarato, irrilevante nel caso in cui la sottovalutazione sia dovuta ad evasione fiscale e, al contrario, rilevante in caso in cui il reddito risulti gonfiato per celare o riciclare proventi di attività criminose[19].

E' evidente che l'accertamento deve rigorosamente essere effettuato con riferimento a tutto l'arco temporale giudicato rilevante, individuando i redditi del soggetto e del suo nucleo familiare, verificando le spese affrontate per il sostentamento del nucleo familiare e dei beni posseduti in rapporto al tenore di vita praticato, estrapolando l'eventuale quota destinata al risparmio e le risorse utilizzate per eventuali acquisti straordinari, e comparando il tutto con i singoli acquisti effettuati**.**

La legge non richiede alcun limite temporale all'apprensione coattiva e finisce, quindi, con l'imporre un onere probatorio frequentemente inesigibile, in quanto finalizzato a fornire la dimostrazione, in termini positivi, della legittima provenienza di tutte le componenti del patrimonio, il quale costituisce la risultante di una pluralità di operazioni economiche non necessariamente afferenti ad un medesimo periodo storico, anzi spesso molto risalenti nel tempo.

Questo è uno dei motivi per cui parte della dottrina ha avanzato dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 12 *sexies* per contrasto con l'art. 27, c. 1, Cost. ed ha rimarcato il doppio margine di indeterminatezza implicito in una sanzione patrimoniale qualitativamente slegata dal necessario collegamento con il reato presupposto e quantitativamente estesa al di là di un definito arco temporale, in quanto potenzialmente orientata ad aggredire, salva la prova contraria, anche disponibilità economiche acquisite moltissimi anni prima della intervenuta ablazione[20].

[19] Per valutare la sproporzione, il giudice può limitarsi a prendere in considerazione il reddito dichiarato ai fini delle imposte o la propria attività economica, non essendo necessario che, constatata la sproporzione tra il valore dei beni ed uno dei parametri medesimi, passi ad ulteriore valutazione con l'altro parametro. Cfr. Cass. 10 giugno 1994 n. 2860; Cass., 14 ottobre 1996 n. 5202. Appare evidente come la risposta affermativa alla soluzione cumulativa finirebbe per premiare situazioni di elusione fiscale, consentendo al proposto di difendersi affermando (come spesso accade) di aver percepito redditi *in nero* provenienti da evasione fiscale, in contrasto, del resto, con la giurisprudenza di legittimità che nega qualsiasi rilevanza giustificativa a redditi così percepiti, ed in contrasto anche con quella necessità di giustificare la provenienza che, nonostante l'assenza del termine *legittima*, invece presente nel testo dell'art. 12*quinquies* dichiarato incostituzionale, deve sempre ritenersi tale. Cfr. Cass. 2 giugno 1994 n. 2671.

[20] Cfr. CHIARIELLO, *Sequestro preventivo ex art. 321 c.p.p. e art. 12 sexies l. 356 del 1992: misura di prevenzione o provvedimento cautelare?*, in cass. pen. 1996, 1634; DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in cass. pen. 2006, 735 ss.; MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in riv. it. dir. pen. proc., 2007, 470 ss.; SQUILLACI, *La confisca "allargata" quale fronte avanzato di neutralizzazione dell'allarme criminalità*, cit. 1532.

Si evidenzia, più precisamente, che la norma in commento presenta analoghi profili di incostituzionalità dell'art. 12 *quinqies* dichiarato incostituzionale.

La confisca allargata ruota, infatti, intorno al sospetto qualificato in giudizio dalla mancata dimostrazione della origine lecita del patrimonio e, dunque, dalla derivazione, solo eventuale poiché non provata, dei beni medesimi da altri reati che non sono stati nemmeno accertati. La fattispecie normativa si pone, dunque, in contrasto anche con il principio di meritevolezza della sanzione e, su di un piano ancor più generale, con il fondamentale ulteriore principio secondo il quale la validità di un sistema punitivo si stima sulla scorta delle garanzie offerte ai destinatari delle norme e non già con riferimento all' ''agile applicazione delle incriminazioni da esso previste''[21].

Taluni autori hanno evidenziato come l'imposizione del menzionato onere di allegazione releghi il condannato in una posizione di difficoltà, precludendogli la possibilità di difesa costituzionalmente garantito, e si ponga in aperto contrasto con i principi di distribuzione della prova, tipici del nostro sistema costituzionale[22].

La presunzione implicita nello schema legale dei cui all'art. 12 *sexies* tradisce un ulteriore evidente profilo di irrazionalità, ove si consideri la frequente asimmetria tra il bene giuridico tutelato dalle molteplici ed eterogenee fattispecie incriminatrici, la violazione delle quali giustifica la sentenza di condanna, e l'interesse alla certezza ed alla trasparenza dei traffici economici e finanziari che l'art. 12 *sexies* mirerebbe a soddisfare.

La giurisprudenza ha fugato questi dubbi precisando che è improprio far riferimento alla presunzione di cui all'art. 27, comma 1, Cost., atteso che, nella specie, il giudizio non verte sulla colpevolezza del soggetto, ma sulla provenienza illecita di determinati beni[23]; e che grava, in ogni caso, sul pubblico ministero l'onere di dimostrare la sproporzione del valore economico dei beni da confiscare rispetto alla capacità reddituale del soggetto.

Sull'accusa incombe anche l'onere di ricostruire storicamente ed ana-

[21] MAZZACUVA, *Il disvalore dell'evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano 1983, 161.

[22] Per tutti, MAUGERI, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte Costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, in riv. it. dir. proc. pen., 1999, 976.

[23] La Corte Costituzionale ha dichiarato, invece, con la sentenza n. 48/1994, incostituzionale, per contrasto con l'art. 27, c. 1, Cost. l'art. 12 *quinquies*, d.l. n. 306/92, che introduceva, sugli stessi presupposti, una fattispecie di reato.

liticamente i redditi e le attività del condannato al momento delle singole acquisizioni, così come anche la prova dell'effettiva appartenenza al condannato di beni formalmente intestati a terzi; una volta provate tutte queste circostanze, sussiste una presunzione *iuris tantum* di illecita accumulazione di tali beni che può essere superata solo da specifiche e verificate allegazioni del condannato. Con tali allegazioni l'interessato dovrà dimostrare la liceità dell'acquisizione di tali beni e non solo fornire la prova negativa della non provenienza del bene (o dei beni) dal reato per cui vi è stata la condanna. Pertanto, il soggetto dovrà dimostrare, non solo in base a titoli negoziali o, comunque, di natura giuridico -formale, ma, soprattutto, in termini economici, che l'acquisizione dei beni è avvenuta in conformità alle proprie capacità economiche o che discenda, in ogni caso, da attività consentite dall'ordinamento giuridico.

È importante evidenziare come anche la dimostrazione della legittima provenienza dei beni da parte del privato debba fondarsi sull'acquisto di ogni singolo bene e non con riferimento al patrimonio nel suo insieme.

Se l'interessato assolverà a tale onere, sarà, comunque, il pubblico ministero a dover controdedurre e provare l'infondatezza delle allegazioni della difesa.

La Corte Costituzionale ha, inoltre, respinto le obiezioni circa la non conformità dell'art. 12 *sexies* agli articoli 24, c. 2, e 42 Cost., che tutelano, rispettivamente, il diritto di difesa innanzi all'autorità giurisdizionale e il diritto di proprietà.

Con riferimento al diritto di difesa, il Giudice delle leggi, nell'ordinanza n. 18/1996, ha argomentato che la norma impugnata non prevede una imposizione di onere della prova né una "probatio diabolica" in sfavore del condannato. Il legislatore, infatti, si è limitato a disporre una presunzione *iuris tantum* di illecita accumulazione dei beni quando la pubblica accusa abbia dimostrato la sproporzione tra il valore dei beni stessi da un lato e i redditi e le attività economiche dall'altro, al momento dell'acquisto di ogni singolo bene. Tale presunzione legislativa può essere superata con una mera allegazione di titoli, fatti e circostanze che giustifichino la disponibilità di quei beni. Si tratta, pertanto, di un onere di agevole assolvimento.

Con riferimento alla presunta violazione del diritto di proprietà, la medesima pronuncia della Corte Costituzionale, richiamando la sentenza n. 48/1994, ha precisato che l'art. 42 Cost. non tutela la proprietà in modo indiscriminato (come, al contrario, prevedeva lo Statuto Albertino che, all'articolo 29, ne garantiva l'inviolabilità), bensì in modo che ne sia assicurata la funzione sociale (oltre che la libera accessibilità). La presunzione di illecita provenienza dei beni prevista dall'art. 12 *sexies* d.l.

n. 306/92, avendo come fine la prevenzione speciale e la dissuasione del destinatario a commettere i reati previsti da tale norma, assolve appunto allo scopo di garantire a menzionata funzione sociale.

In definitiva, nella prospettiva della applicazione della confisca allargata ex art. 12 *sexies* l. n. 352/92, dovranno convergere tutti i dati necessari a dimostrare lo svolgimento sistematico, reiterato e continuativo nel tempo dell'attività illecita, in direzione, anche oltre lo stretto dettato normativo in considerazione dei criteri di ripartizione dell'onere probatorio e di allegazione secondo l'evoluzione giurisprudenziale e le intrinseche esigenze di garanzia sottese alla natura della misura e alla entità delle conseguenze, della dimostrazione: della sistematicità dei coinvolgimenti criminosi del soggetto delle sue modalità operative; dei profili reddituali dell'illecito, attraverso la piena valorizzazione di tutti i dati probatori utili acquisiti in sede giudiziaria; la collocazione temporale degli illeciti; i soggetti coinvolti nella gestione dei proventi e la loro collocazione rispetto al *dominus*; le forme di riciclaggio/reimpiego; i beni rientranti nella disponibilità del soggetto; i redditi dichiarati nel corso del tempo dal soggetto interessato e dagli intestatari che si reputano fittizi; le eventuali attività lecite svolte nel corso del corso del tempo.

3. *I confini di applicabilità della confisca allargata nei casi in cui operi una causa di estinzione del reato "presupposto": la morte dell'imputato prima della emissione di una sentenza di condanna per uno dei delitti indicati nell'art. 12 sexies d.l. n. 306/92.*

Tematica di assoluto rilievo teorico-pratico concerne i limiti di applicabilità della confisca allargata nell'ipotesi in cui la morte dell'imputato intervenga prima della emissione di una sentenza di condanna per uno dei delitti indicati nell'art. 12 *sexies* d.l. n. 306/92.

La questione è stata già affrontata, ed autorevolmente in parte risolta – con specifico riferimento alla confisca obbligatoria di cui all'art. 240, c. 2, c.p. – dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, ed ancora oggi presenta in maniera lampante le difficoltà di un intero sistema normativo, non più adeguato a reggere il peso di contraddizioni ed insufficienze sempre più evidenti, originate da una produzione normativa incoerente quanto inefficace.

Anche in relazione alla confisca allargata, la giurisprudenza propende per la revoca della misura[24].

[24] Nel senso della impossibilità di applicare la confisca allargata ai casi in cui sia ope-

La soluzione adottata si collega alla sentenza n. 38834/08 della Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite che ha chiarito i termini della questione, affermando l'inapplicabilità della confisca, in presenza di una causa di estinzione del reato, perfino per le cose costituenti il prezzo del reato, di cui all'art. 240, c. 2, n. 1, c.p.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno evidenziato come l'avverbio *sempre* ha la funzione di connotare l'obbligatorietà della confisca, così come avviene frequentemente nella legislazione speciale, dove la confisca è ancorata alla sentenza di condanna, in contrapposizione ai casi in cui essa è facoltativa.

I presupposti per l'applicabilità della confisca, obbligatoria e facoltativa, dunque, sono fissati dall'art. 240 c.p. e non sono intaccati dalla disciplina in deroga prevista dal combinato disposto di cui agli artt. 236 e 210 c.p.

L'avverbio *sempre* non ha la funzione di sganciare la possibilità della confisca dalla condizione della sentenza di condanna prevista dal comma 1, ma quella di escludere, per i casi ivi considerati, ogni discrezionalità del giudice, così contrapponendo, ai casi di confisca obbligatoria, i casi di confisca facoltativa.

Un'opposta interpretazione violerebbe il principio di tassatività, poiché attribuirebbe all'eccezione prevista dall'art. 236 c.p. effetti abrogativi di altre parti della disciplina della confisca non espressamente coinvolte.

Il combinato disposto di cui agli artt. 236 cpv. e 210 c.p. ha la funzione di indicare le regole generali applicabili alla confisca.

Nessuna *interpretatio abrogans*, dunque, dell'art. 236, cpv., c.p., poiché, in assenza di simile disposizione, non sarebbe stato possibile applicare la confisca *in toto* nei casi di proscioglimento e si sarebbe realizzato un effetto preclusivo pure a seguito di amnistia impropria e cause di estinzione della pena.

L'inciso finale dell'art. 240, c. 2 n. 2, c.p., infine, non si riferisce a tutti i casi di confisca obbligatoria, per ragioni di ordine logico e sintattico. Se fosse corretta una diversa tesi, l'innovazione legislativa contenuta nell'art. 322 *ter* c.p. costituirebbe un arretramento rispetto al previgente sistema – in aperto contrasto le ragioni che hanno determinato un intervento legislativo volto a un adeguamento dell'istituto ai più incisivi *standards* internazionali in punto di confisca – siccome aggiungerebbe un requisito, prima non richiesto, costituito dalla sentenza di condanna o di patteggiamento.

rante una causa di estinzione del reato per morte del reo, cfr. *ex multiis*, Cass., sez. V, 25 gennaio 2008, n. 9576; Cass., sez. VI, 20 maggio 2008, n. 27343; Cass., sez. I, 17 febbraio 2010, n. 17716; Cass., sez. II, 4 marzo 2010, n. 12325

Queste le linee guida dettate dalla Suprema Corte nella sentenza menzionata.

Conclusioni condivisibili, poiché euristiche del dettato normativo in tutte le sue articolazioni e coerenti con i tratti sanzionatori che l'istituto della confisca sta assumendo nell'evoluzione del sistema penalistico italiano[25].

Attraverso l'analisi sistematica della normativa vigente in tema di confisca e riprendendo l'*iter* argomentativo seguito dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite nella sentenza n. 38834/08, la giurisprudenza di legittimità è pervenuta alla conclusione secondo cui la confisca allargata è applicabile in tutte le ipotesi in cui sia intervenuta una sentenza di condanna o di patteggiamento per uno dei reati preveduti dall'art. 12 *sexies* – in presenza, ovviamente, anche degli altri presupposti previsti dalla legge – e non anche nei casi in cui intervenga una causa di estinzione del reato prima della emissione della sentenza di condanna o di patteggiamento.

Venendo alla tematica oggetto di trattazione, la morte dell'imputato costituisce una causa di estinzione del reato ed impedisce l'emissione di una sentenza di condanna.

Il principio sancito dalla giurisprudenza, appena richiamato, si applica, dunque, al caso che occupa ed appare condivisibile.

Ai sensi dell'art. 210 c.p., l'estinzione della pena impedisce l'applicazione delle misure di sicurezza personali; tale principio opera anche nei riguardi di quelle patrimoniali, fatta eccezione per la confisca, così disponendo espressamente l'art. 236 c.p.

La morte del reo intervenuta successivamente alla definitività della sentenza di condanna – quale causa di estinzione della pena – non è di ostacolo né alla applicazione della confisca, né alla sua esecuzione, ove l'applicazione sia stata già disposta prima dell'evento estintivo.

In presenza di una causa di estinzione della pena, la quale presuppone una condanna definitiva, i termini di applicabilità della confisca sono quelli fissati dalla singola norma che la discilpina.

L'art. 12 *sexies* d.l. n. 306/92 prevede, quale condizione prima ed imprescindibile, la condanna del proposto per specifiche ipotesi delittuose predeterminate dal legislatore.

Nel caso di morte del reo prima della sentenza di condanna per il c.d. reato presupposto, il menzionato requisito non appare integrato in

[25] Per un approfondito commento della sentenza n. 38834/08 della Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite, cfr. IELO, *Confisca e prescrizione: nuovo vaglio delle Sezioni Unite*, in cass. pen., 2009, 1397 ss.

quanto è stata pronunciata una sentenza di proscioglimento nei confronti del reo.

D'altra parte, la possibilità di applicare la confisca anche a seguito di estinzione della pena vale come principio di carattere generale per l'istituto di cui all'art. 240 c.p., e trova una spiegazione aggiuntiva, con riferimento alla speciale confisca di cui all'art. 12 *sexies*, nel fatto che questa accomuna la funzione repressiva propria di ogni misura di sicurezza patrimoniale con quella, derivata dallo schema della affine misura di prevenzione patrimoniale antimafia, prevista dalla L. n. 575 del 1965, art. 2 *ter*, di ostacolo preventivo teso ad evitare il proliferare di ricchezza di provenienza non giustificata, immessa nel circuito di realtà economiche a forte influenza criminale. Realtà che il legislatore ha inteso neutralizzare colpendo le fonti di un flusso sotterraneo sospetto in rapporto alle capacità reddituali di soggetti condannati per determinati delitti, sintomatici di contiguità "mafiosa". Salva, beninteso, la contraria dimostrazione da parte di costoro della provenienza dell'accumulo che superi la presunzione *iuris tantum*, per il nesso intravisto dal legislatore tra soggetto condannato per determinati delitti e il suo patrimonio ingiustificato.

Il nostro sistema normativo non consente, nel caso di "premorte" della persona interessata, e quindi, di mancanza di accertamento circa la sussistenza del reato contestato e della penale responsabilità dell'imputato, che venga disposta la confisca dei beni che si assumono di provenienza illecita.

La confisca di cui all'art. 12 *sexies* presuppone, dunque, una pronuncia di condanna o di applicazione pena per determinati titoli di reato, divenuta irrevocabile.

Una conferma di tali considerazioni la si ricava, argomentando *a contrario*, da alcune recenti pronunce della Corte di Cassazione, nelle quali si afferma che la confisca allargata è applicabile anche nei confronti degli eredi a seguito della morte della persona condannata con sentenza irrevocabile per il delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p., in quanto gli stessi non rientrano della categoria di "terzi estranei" di cui all'art. 240 c.p. e gli effetti della sentenza di condanna definitiva che vengono inevitabilmente a cessare dopo la morte del condannato sono solo quelli di natura personale e non di natura reale[26].

[26] In questi termini, per tutti, cfr. Cass., sez. VI, 20 maggio 2008, n. 27343. Cfr., inoltre, Cass., sez. II, 4 marzo 2010, secondo cui *la pronuncia n. 9576/08 riguardava un caso diverso, vale a dire il procedimento applicativo della confisca ex cit d.l. art. 12 sexies nei confronti degli eredi di un condannato per il reato di cui all'art. 416 bis c.p., deceduto dopo la condanna definitiva.*

In quella occasione la Corte, riguardando la questione i rapporti tra confisca (non disposta

Del resto, estendere l'applicazione della confisca *de quo* anche alle ipotesi in cui il proposto non sia stato condannato, con sentenza definitiva, per uno dei delitti contemplati dall'art. 12 *sexies* alimenterebbe le polemiche ed i dubbi di legittimità costituzionale per una misura che, per la sua formulazione, presta il fianco a molteplici critiche.

Con la disposizione normativa in esame, infatti, non si pone un problema di responsabilità penale per un fatto di reato; la presunzione ivi prevista non ha ad oggetto la correlativa colpevolezza di alcuno, ma la provenienza illecita di un patrimonio[27].

La sanzione in esame ruota intorno al sospetto qualificato in giudizio dalla mancata dimostrazione della origine lecita del patrimonio e,

in sede di cognizione) e sopravvenuta causa di estinzione della pena, si è limitata a statuire che il principio posto dall'art. 210 c.p., in base al quale l'estinzione della pena impedisce l'applicazione delle misure di sicurezza, opera anche nei riguardi delle misure di sicurezza patrimoniali, fatta eccezione per la confisca, così disponendo espressamente l'art. 236 c.p., comma 2.

Per l'effetto, dopo una condanna definitiva, il sopravvenire di una causa di estinzione della pena di per sè non osta all'applicazione della confisca, il che non significa, peraltro, che essa segua in ogni caso, nel senso che, analogamente a quanto sancito dalle S.U. (v. sentenza n. 5 del 25.3.93, dep. 23.4.93, rv. 193120, Carnea e altri) sul rapporto tra confisca e cause di estinzione del reato, in presenza di una causa di estinzione della pena, la quale presuppone una condanna definitiva, i termini di applicabilità della confisca sono quelli fissati dalla singola norma che la prevede, come il cit. D.L., art. 12 sexies, il cui primo presupposto -prosegue la citata sentenza n. 9576/08 - resta comunque la condanna per uno dei reati indicati dalla norma stessa.

In altre parole, il precedente menzionato dall'impugnata sentenza non contrasta con l'insegnamento di cui alla summenzionata pronuncia n. 5/93 delle S.U., per cui "Anche nel caso di estinzione del reato, astrattamente non incompatibile con la confisca in forza del combinato disposto dell'art. 210 c.p. e art. 236 c.p., comma 2, per stabilire se debba farsi luogo a confisca deve aversi riguardo alle previsioni di cui all'art. 240 c.p. e alle varie disposizioni speciali che prevedono i casi di confisca, potendo conseguentemente questa esser ordinata solo quando alla stregua di tali disposizioni la sua applicazione non presupponga la condanna e possa aver luogo anche in seguito al proscioglimento. (Nella specie, in cui veniva in rilievo il reato di partecipazione a giuoco d'azzardo, la Cassazione ha ritenuto che, essendo detto reato estinto per amnistia, non potesse esser disposta la confisca ex art. 722 c.p. del denaro esposto nel giuoco, presupponendo tale norma la condanna dell'imputato)".

E, per quanto la ratio dell'art. 12 sexies sia, per certi versi, assimilabile a quella dell'art. 240 c.p., comma 1 e comma 2, n. 1 (di cui costituisce una sorta di scorciatoia probatoria realizzata mediante presunzione iuris tantum di illecito arricchimento), nondimeno, come nella fattispecie non è applicabile (e, infatti, non è stata applicata) la norma codicistica (i beni confiscati non sono stati qualificati prezzo, prodotto o profitto del reato nè res extra commercium), così non lo è la norma speciale, ostandovi l'indubbio tenore letterale che postula una sentenza di condanna od applicativa della pena ex art. 444 c.p.p. e non già il mero proscioglimento per estinzione del reato.

[27] In questi termini, Alessandri, voce *Confisca nel diritto penale*, in dig. disc. pen., vol III, Torino 1989, 50; Di Giovine, *Antichi schemi e nuove prospettive nella lotta alla criminalità organizzata. Dall'art. 708 c.p. all'art. 12 sexies d.l. 8 giugno 1992, n. 306*, in riv. it. dir.proc. pen., 1994, 127; Squillaci, *La confisca "allargata" quale fronte avanzato di neutralizzazione dell'allarme criminalità*, cit. 1528.

dunque, dalla derivazione solo eventuale, poiché non provata, dei beni medesimi da altri reati che non sono stati nemmeno accertati[28].

La previsione di cui all'art. 12 *sexies* sembra porsi in contrasto con il principio di meritevolezza della sanzione e, su di un piano ancor più generale, con il principio secondo cui la validità di un sistema punitivo si stima sulla scorta delle garanzie offerte ai destinatari delle norme e non già con riferimento all'agile applicazione delle incriminazioni da esso previste.

La procedura per l'applicazione della confisca allargata si regge su pseudo condanne, alimentando il rischio, per effetto di una vera e propria inversione metodologica, di strumentali imputazioni per i reati di cui all'art. 12 *sexes* allo scopo di colpire quei patrimoni sospetti sui quali non si riuscirebbe ad incidere in altro modo[29].

I rischi delineati sono aggravati dalla possibilità che la confisca in esame consegua anche ad una decisione resa *ex* art. 444 c.p.p. e, quindi, ad una procedura radicalmente anticognitiva, in quanto fondata su di una radicale eliminazione del giudizio necessario ad accertare la responsabilità dell'imputato. In questo caso, infatti, il consenso delle parti si sostanzia in una rinuncia al contraddittorio, non soltanto sulla prova, ma addirittura per la prova, in piena rispondenza ad un modello di giustizia negoziata, divenuto ormai strumento tutt'altro che residuale di composizione dei conflitti[30].

4. *La confisca di cui all'art. 12 sexies d.l. n. 306/92, convertito in l. n. 356/92 e quella di cui all'art. 2 ter l. n. 575/65. Analogie e differenze*

La giurisprudenza si è a lungo occupata di individuare i tratti comuni e quelli differenziali tra le due ipotesi di confisca.

La confisca di prevenzione è disciplinata dall'art 2 *ter*, c. 3, l. n. 575/1965.

Viene disposta dal Tribunale con l'applicazione della misura di prevenzione personale, contestualmente o in epoca successiva, per i beni sequestrati a norma del comma 2 del medesimo articolo, e dei quali non sia stata dimostrata la legittima provenienza.

[28] Moccia, *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano*, in riv. it. dir. proc. pen., 1995, 735.

[29] Squillaci, *La confisca "allargata" quale fronte avanzato di neutralizzazione dell'allarme criminalità*, cit. 1530.

[30] Cfr., sul punto, Amodio, *Giustizia penale negoziata e ragionevole durata del processo*, in cass. pen. 2006, 3406 ss.; Vigoni, *Patteggiamento "allargato": riflessi sul sistema e sulla identità della sentenza*, in cass. pen. 2004, 710 ss.

Condizioni indispensabili ai fini della imposizione di tale tipo di confisca sono: l'applicazione della misura di prevenzione personale a un soggetto indiziato di appartenere a una associazione di tipo mafioso; la disponibilità diretta o indiretta dei beni da parte del soggetto indiziato; il valore degli stessi sproporzionato rispetto al reddito dichiarato o all'attività svolta ovvero quando, sulla base di sufficienti indizi, si ha motivo di ritenere che i beni siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego.

Le differenze con la confisca c.d. allargata concernono: la procedura – procedimento di prevenzione per la confisca prevista dall'art. 2 *ter* l. n.575/65, regolato dalla stessa legge e dalla legge n.1423/56; procedimento penale di cognizione o di esecuzione per la confisca prevista dall'art.12 *sexies* –, i presupposti – mentre per l'applicazione della confisca di prevenzione occorre che il soggetto sia indiziato di appartenenza a una associazione di tipo mafioso e che per tale ragione gli sia stata applicata una misura di prevenzione personale, per l'applicazione della confisca prevista dall'art. 12 *sexies* è necessario che egli sia stato condannato per uno dei reati tassativamente indicati dalla stessa norma – ed i beni oggetto di confisca.

In entrambe le ipotesi di confisca i beni devono trovarsi nella disponibilità diretta o indiretta del soggetto e devono essere di valore sproporzionato rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica svolta dal soggetto. Tuttavia la confisca di prevenzione può essere disposta quando, sulla base di sufficienti indizi acquisiti ovviamente attraverso le indagini svolte, si ha motivo di ritenere che i beni siano frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego; mentre identica formulazione letterale non è contenuta nell'art. 12 *sexies*.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno delineato i confini delle due misure attraverso l'analisi dei contenuti precettivi delle due norme[31] che le disciplinano.

Più precisamente, la Suprema Corte ha osservato come la confisca c.d. allargata si collochi su una linea di confine con la confisca in funzione repressiva propria delle misure di sicurezza patrimoniali.

[31] Cfr. C.S.U., 30 maggio 2001, n. 29022; C.S.U. *Montella* secondo cui l'art. 12 *sexies* configura una misura di sicurezza atipica con funzione anche dissuasiva, parallela all'affine misura di prevenzione antimafia; C.S.U., 3 luglio 1996, n. 18 che riconduce la confisca prevista dalla legge n. 575/1965 ad un *tertium genus costituito da una sanzione amministrativa, equiparabile (quanto al contenuto ed agli effetti) alla misura di sicurezza prevista dall'art. 240 c.p., applicata, per scelta non sindacabile del legislatore, nell'ambito dell'autonomo procedimento di prevenzione previsto e disciplinato dalla legge n. 575/1965 e successive modificazioni*.

Tale aspetto si fonde con la funzione di ostacolo preventivo teso ad evitare il proliferare di ricchezza di provenienza non giustificata, immessa nel circuito di realtà economiche a forte influenza criminale. Realtà che il legislatore ha inteso neutralizzare colpendo le fonti di un flusso sotterraneo sospetto in rapporto alle capacità reddituali di soggetti condannati per determinati delitti, sintomatici di contiguità "mafiosa".

Salva contraria dimostrazione da parte di costoro della provenienza dell'accumulo che superi la presunzione *iuris tantum*, per il nesso intravisto dal legislatore tra soggetto condannato per determinati delitti e il suo patrimonio ingiustificato.

Attese le affinità del contenuto precettivo e della natura giuridica tra le due norme, si è ritenuto che si debba applicare anche alla confisca di prevenzione il medesimo principio dell'irrilevanza del nesso di pertinenzialità tra i beni in sequestro ed il compendio indiziario posto a fondamento della pericolosità sociale, affermato dalla sentenza Montella, con l'ulteriore corollario dell'irrilevanza del rapporto di connessione temporale tra il momento in cui è insorta la pericolosità sociale e l'acquisizione dei beni da sottoporre a provvedimento ablativo.

Una volta riconosciuta l'identica natura giuridica di misura di sicurezza atipica sia alla confisca di prevenzione che a quella ex art. 12 *sexies*, infatti, sembrerebbe ingiustificato far discendere conseguenze diverse in tema di confiscabilità dei beni solo dai differenti presupposti alla base dei due provvedimenti ablatori: la condanna, da un lato, l'accertamento della pericolosità sociale, dall'altro.

Paradossalmente, se si seguisse l'idea minoritaria, che vuole la possibilità della confisca dei beni acquisiti antecedentemente alla commissione del reato solo per la confisca ex art. 12*sexies*, sarebbe proprio tale ipotesi a destare maggiori perplessità in quanto collegata ad un fatto, il reato, che si esaurisce nel segmento temporale della sua consumazione, mentre nel caso della confisca di prevenzione l'accertamento ricomprende un vasto arco temporale e normalmente concerne tutta la vita del proposto.

Se, poi, è identica la *ratio*, quella cioè di togliere dal circuito di realtà economiche a forte influenza criminale ricchezze non giustificate, appare evidente che, in linea con l'orientamento dominante, ciò debba spiegare efficacia in ogni caso[32].

[32] MANCINI, *Il contrasto patrimoniale alla criminalità: strumenti penali, strumenti di prevenzione, problematiche processuali. La recente riforma delle misure di prevenzione: criticità e prospettive di applicazione*, cit.

In giurisprudenza, cfr. Cass., 17 febbraio 2005, n. 10455, secondo cui al procedimen-

to di prevenzione sono applicabili i principi enunciati nella sentenza Montella in quanto la confisca dei beni non è preclusa per il fatto che essi siano stati acquisiti in epoca anteriore alla pericolosità sociale accertata; Cass. 17 febbraio 2005, n. 10456: *la situazione delineata dall'art. 12 sexies d.l. 8.6.1992 n. 306 è del tutto analoga a quella dell'art. 2ter, comma 3°, legge 31.5.1965 n. 575, recante disposizioni contro la mafia*; Cass., 8 aprile 2008, n. 21717: *Nell'art. 2ter della legge 31.05.1965 n. 575 non si rinviene alcun elemento che possa far ritenere che i beni sequestrabili e poi confiscabili debbano essere stati acquisiti nel periodo al quale l'accertata pericolosità del soggetto è riferita…Il Legislatore nell'art. 2 ter, comma 2°, legge 31.05.1965 n. 575 ha solo previsto il sequestro dei beni, dei quali la persona nei cui confronti è iniziato il procedimento – per l'applicazione di una misura di prevenzione personale – risulta poter disporre, direttamente o indirettamente, quando il loro valore risulta sproporzionato rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica svolta. Nel successivo terzo comma è previsto che con l'applicazione della misura di prevenzione sia disposta la confisca dei beni sequestrati dei quali non sia dimostrata la legittima provenienza. Quindi l'unico presupposto che la legge vuole realizzato è l'inizio di un procedimento di applicazione di misura personale nei confronti di una persona pericolosa. Una volta accertata la pericolosità (pericolosità che costituisce la conditio sine qua non per poter accertare la formazione di tanti patrimoni il cui valore risulta sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta) del soggetto,* la legge impone una verifica della legittima acquisizione del suo patrimonio. *In buona sostanza il legislatore ha creato un vincolo di pertinenzialità solo tra i beni – non importa quando acquisiti – di cui non sia provata la legittima provenienza e soggetti portatori di pericolosità sociale. D'altronde la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite del 2004 n. 920 ha riconosciuto la validità di tale principio per la confisca ex art. 12 sexies legge 356/1992, norma questa che, sul punto specifico, è stata strutturata dal legislatore come l'art. 2 ter legge 31.05.1965 n. 575. E' evidente che se un tale principio è stato affermato per la confisca ex art. 12 sexies legge 356/1992, confisca che richiede un collegamento con un reato, a maggior ragione questo principio è applicabile alla parallela e affine confisca deliberata ai sensi dell'art. 2 ter legge 356/1992.*

FERNANDO VERDOLOTTI

Recenti sviluppi in materia di strumenti di indagine sulla criminalità economico-finanziaria[1]

Non si possono comprendere pienamente gli strumenti posti a base della tutela dell'Economia e dei Mercati senza prima cogliere la ratio ultima di tale tutela, i fondamenti su cui la stessa si posa nonché la minaccia che la tutela medesima deve contrastare.

Per tale motivo è opportuno soffermarsi sui concetti di sicurezza economica, di ordine pubblico economico e mercato, nonché sui sottesi fondamenti costituzionali e sulla minaccia rappresentata dai fenomeni di criminalità economica.

Nell'attuale scenario di interdipendenze globali - come è stato autorevolmente sottolineato dalla dottrina giuridica- «la stabilità interna, politica e sociale, assurge ad obiettivo principe di ciascun paese, misurato attraverso la capacità di mantenere, difendere e verosimilmente accrescere la ricchezza domestica (il benessere, in un'accezione più lata) ciò che molti definiscono con il termine di sicurezza economica».

In questo ampio concetto di sicurezza economica, dunque, rientra tutto ciò che garantisce la difesa e lo sviluppo dell'intero sistema economico e, in sostanza, le condizioni e le azioni di generale presidio degli interessi e del benessere della collettività, dei cittadini (in particolare nelle loro vesti di consumatori, risparmiatori, investitori e imprenditori) nonché del mercato in generale.

Alla luce di tali premesse, risulta evidente come la sicurezza economica costituisca parte integrante della sicurezza nazionale e, come, qualsiasi minaccia alla prima necessariamente rappresenti in sé un grave pericolo anche per la seconda.

E' pacifico, infatti, come per minaccia alla sicurezza nazionale si debba intendere qualsiasi situazione in cui una comunità si trovi ad essere ostacolata o impedita nel conseguimento o nella difesa dei propri interessi e/o dei propri valori fondamentali e tale definizione, non escluden-

[1] Il presente scritto riprende, con alcune integrazioni, il testo della relazione presentata in occasione del Convegno sul tema «Il contrasto alla criminalità economica nel quadro delle politiche per la legalità», organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi del Molise e dal Comando Regionale Molise della Guardia di Finanza, svoltosi a Campobasso il 7 aprile 2011.

do di per sé la dimensione militare, consente chiaramente che ad essa se ne affianchino altre, tra le quali, di particolare importanza appare sicuramente, la «dimensione economica».

In effetti, è emerso chiaramente come, a seguito del disfacimento dell'ordine bipolare e l'integrazione delle società post-comuniste nel mercato globale, si siano profondamente modificate le tipologie di minacce alla sicurezza nazionale dei Paesi occidentali accentuandone la multidimensionalità e, in particolare, la rilevanza degli aspetti economici.

In pratica, da un lato, la globalizzazione dell'economia e, dall'altro lato, l'enorme estensione dello spazio reale della sicurezza oggi «rendono sempre più sostanzialmente multipolare il concetto di sicurezza globale nell'ambito della quale occupano un posto rilevante gli aspetti economici».

In considerazione di ciò è ovvia sia l'attenzione che i governi dei Paesi evoluti, compreso il nostro, stanno ponendo su tali aspetti e sulle relative minacce, susseguenti alla ormai diffusa consapevolezza dell'impellente necessità di contrastare efficacemente i più diversi fenomeni di criminalità economica.

Questi fenomeni, infatti - che accrescono la propria complessità, per la difficoltà di individuazione e di contrasto nonché per la potenzialità dannosa enormemente rafforzata dagli effetti della citata globalizzazione - costituiscono un «prepotente fattore di instabilità» non solo dei sistemi economici interni ma, data la loro attuale transnazionalità, anche del «complessivo ordine mondiale».

Chiarito lo stretto rapporto ed il senso dimensionale dei concetti di sicurezza nazionale e sicurezza economica, è opportuno rilevare come aspetto fondamentale della «sicurezza» sia costituito dall'«ordine pubblico generale», cioè - come spiega autorevole dottrina - dall'«ordine completo, interno ed esterno, della collettività, che consente a quest'ultima non solo di vivere, ma anche di prosperare» e che, in sostanza, si fonda su un «insieme di principi inderogabili».

Nell'ambito di tale più ampio concetto di «ordine pubblico generale» - nonostante le tradizionali difficoltà definitorie dovute al fatto che «il concetto di ordine pubblico è di per sé proteiforme, potremo dire, e poco afferrabile sia in termini concettuali che puramente temporali» - possono essere individuate, poi, quali ulteriori specificazioni dello stesso, diverse categorie in ragione della natura e della tipologia degli interessi e dei valori tutelati.

Ci si riferisce, in particolare - oltre al concetto di «ordine pubblico» a cui tradizionalmente si guarda in sede giuspenalistica, inteso sostanzialmente quale «il buon assetto ed il regolare andamento della vita so-

ciale» - al concetto, ancor più puntuale e di specifico rilievo ai fini della presente riflessione, di ordine pubblico economico.

Con quest'ultima espressione non può che intendersi, in sostanza, il buon funzionamento del sistema economico nazionale, in cui si incontrano/scontrano, con i propri eterogenei interessi, i fattori essenziali del sistema medesimo, cioè le imprese, i cittadini consumatori/risparmiatori nonché, nei suoi diversi ruoli e funzioni, lo Stato centrale ed oggi sempre più, i governi locali.

Proprio l'estrema eterogeneità sia degli interessi in gioco sia delle situazioni, che si è cercato costantemente di comprendere nel concetto di ordine pubblico economico, ha determinato non poche perplessità della dottrina, che si è trovata di fronte alla difficoltà di tentare di ricondurre tali interessi e situazioni in un quadro organico su cui costruire nozioni e concetti unitari.

Si è ritenuto, quindi, di definire l'ordine pubblico economico, ora come «il fine che l'azione dei pubblici poteri, nella sfera economica, mira a conseguire ed il limite all'attività economica degli imprenditori», ora come «previsione costituzionale di un insieme di limiti generali all'autonomia dei soggetti privati e di esplicazione delle fondamentali direttive del sistema economico».

Nonostante le predette difficoltà definitorie, comunque, è apparso con immediatezza come la funzione positiva di tale concetto fondamentalmente si esplichi «in interventi ora di "direzione" (ad es. politica del credito, controllo dei prezzi, ecc..), ora di "protezione" (ad es. tutela del contraente più debole, misure in favore del consumatore).

Il complesso di questi più vari interventi di «direzione» e, soprattutto, di «protezione» - con cui si costituisce e si garantisce il buon funzionamento del Sistema Economico Nazionale e, dunque, l'ordine pubblico economico - si pone, come sopra precisato, a fondamento attuativo della summenzionata sicurezza economica.

In sintesi, il perseguimento della Sicurezza Economica attraverso la garanzia di tutela dell'Ordine Pubblico Economico costituisce una naturale conseguenza del principio di Legalità in campo Economico.

La massima espressione del principio di legalità è rappresentata dalla Costituzione nel cui ambito, precisamente negli artt. da 35 a 47 (titolo III), viene assicurata la libertà negoziale, la libertà d'impresa ed il libero mercato.

Veniamo ora ad analizzare come tutto questo si traduce in direttive operative per la Guardia di Finanza e come il Corpo traduce in strumenti di indagine la necessità di assicurare un ordine pubblico economico e, quindi, la sicurezza economica e finanziaria del Paese.

Il presidio della libertà negoziale, della libertà d'impresa e del libero mercato, vale a dire gli assi portanti della nostra costituzione economica, sono l'obiettivo primario della Guardia di Finanza.

Questo obiettivo è oggi molto più chiaro e definito rispetto al passato poiché il Legislatore con il d.lgs. n. 68 del 2001 ha scelto di ampliare le responsabilità operative del Corpo estendendole dalla prioritaria tutela del prelievo a quella più ampia ed ambiziosa della tutela della legalità economico-finanziaria.

La crisi economica dell'ultimo biennio ha rimarcato che l'evasione fiscale, il sommerso d'impresa e di lavoro, le frodi sui finanziamenti pubblici, la criminalità organizzata, il riciclaggio, l'abusivismo finanziario, le truffe ai risparmiatori, la contraffazione sono nell'insieme una grave minaccia alla stabilità del sistema sociale oltreché produttivo in quanto mettono in pericolo contemporaneamente i conti pubblici, le politiche di sviluppo, le prospettive di crescita delle imprese e le fasce più deboli della popolazione.

Questa minaccia richiede una risposta che per essere veramente efficace deve risultare unitaria.

La Guardia di Finanza dispone a tale scopo di tutti gli strumenti necessari per ben operare:

a) un sistema di attività, poteri incisivi e sanzioni esteso a tutti gli illeciti finanziari che coesiste e si integra con funzioni di polizia giudiziaria;

b) una presenza diffusa e qualificata su tutto il territorio in grado di cogliere i segnali di più grave illegalità;

c) una tecnologia avanzata che consente l'effettuazione di analisi e conseguenti controlli;

d) una notevole capacità d'investigare sui flussi finanziari per farne emergere origine e reale natura.

Tutto ciò rende il Corpo consapevole della importanza della missione che gli viene affidata e consapevole delle responsabilità che ne derivano al fine di sostenere la ripresa economica ed al fine di ristabilire un clima di fiducia nel mercato, di affermare il rispetto delle regole, fornendo in definitiva una risposta adeguata alla domanda di Legalità che si leva dalla società.

È in questa ottica che la Guardia di Finanza si propone di riaffermare le regole di leale convivenza economica e i diritti delle imprese oneste, dei risparmiatori e dei consumatori.

Tutto il Corpo è orientato a perseguire tale obiettivo sulla base di direttive politiche.

Accanto all'attività di contrasto all'evasione fiscale, da sempre cavallo di battaglia delle proiezioni operative del Corpo e nel cui ambito

vale la pena sottolineare che il 93% dei rilievi operati dai reparti in campo tributario si trasformano in accertamento di imposta evasa, vengono dati nuovi impulsi alle attività che facciano emergere ampie platee di soggetti che si muovono nei cosiddetti paradisi fiscali e fanno dell'evasione fiscale nazionale ed internazionale una ragione di vita.

In questo campo numerosissimi sono i piani di collaborazione internazionale con Autorità Fiscali di altri Paesi per ottenere input operativi, flussi di dati che poi vengono sviluppati in ambito nazionale per fare emergere posizioni personali e societarie di assoluto rilievo.

Uno dei settori nei quali il Corpo si sta attivamente muovendo riguarda l'approfondimento e ricerca di casi di evasione ed occultamento di capitali in paradisi fiscali mediante l'utilizzo strumentale dei "trusts" ovvero posti in essere attraverso prodotti, strumenti e soluzioni d'investimento espressivi di forme di pianificazione fiscale diciamo così, particolarmente aggressive, promossi o pubblicizzati su siti internet o addirittura in convegni o seminari o eventi organizzati da promotori, consulenti finanziari esperti di fiscalità, operanti nel campo dell'intermediazione finanziaria.

Và sottolineato come le frodi ed il trasferimento illecito di capitali all'estero siano condotte antigiuridiche complesse che possono essere indicative non solo di semplice occultamento di ricchezze all'Erario ma anche e soprattutto di riciclaggio o reinvestimento di proventi illeciti, costituzione di riserve occulte di denaro destinato ad atti corruttivi o concussivi di pubblici ufficiali, ecc.

Fondamentale in questi ambiti per tempistica/modalità operative e capacità repressive, è il rapporto continuo e costante Inpu-Autput con l'autorità giudiziaria competente.

Negli ultimi anni va sottolineata la crescita esponenziale dei crimini economici derivanti dal mercato dei capitali:

a) il riciclaggio;

b) il finanziamento al terrorismo;

c) l'usura e le estorsioni;

d) le frodi in tema di strumenti di pagamento;

d) la tutela dei mercati finanziari e del risparmio.

Per contrastare tali fenomeni la Guardia di Finanza ha spinto molto perché si attui il sistematico sviluppo sotto il profilo finanziario delle indagini di polizia giudiziaria, il tempestivo approfondimento delle segnalazioni di operazioni sospette in campo valutario, la programmazione di numerose ispezioni antiriciclaggio a tutti gli operatori economici soggetti alla vigilanza ispettiva del Corpo, il rafforzamento della vigilanza sui traffici transfrontalieri.

E' stato confermato comunque l'impegno della Guardia di Finanza sia nelle regioni tradizionalmente più esposte all'inquinamento e infiltrazioni nell'economia legale da parte della criminalità economica e organizzata, sia nelle regioni economicamente più avanzate ove il tessuto economico e i relativi flussi finanziari tendono a confondersi con l'economia legale.

Il tutto si traduce in:

a) investigazioni ad ampio raggio sulle fonti di finanziamento delle organizzazioni criminali e sui canali finanziari utilizzati per il collocamento e la successiva trasformazione dei proventi illeciti. E' ritenuto fondamentale in tale contesto, è bene ripeterlo, lo strumento, delle indagini finanziarie anche ai fini degli accertamenti di polizia giudiziaria;

b) aggressione in maniera sistematica e trasversale dei fenomeni collegati al riciclaggio di proventi, in particolare quelli provenienti dall'evasione fiscale nazionale ed internazionale;

c) incentivazione del ricorso sistematico alle proposte di sequestro e confisca di beni dei soggetti responsabili, anche nella forma per equivalente ex art. 648-quater, secondo comma, c.p.

Un cenno particolare, quale strumento del tutto peculiare e di stretta attualità oltre che competenza specifica del Corpo, merita la rilevanza assunta negli ultimi anni delle attività di sviluppo ed approfondimento delle segnalazioni di operazioni sospette, ai sensi del d.lgs 21 novembre 2007, n. 231.

Dopo anni di incomprensibile o forse fin troppo comprensibile mancata attenzione da parte degli operatori finanziari alle operazioni di investimento o disinvestimento di capitali sospetti, finalmente appare essere stata compresa appieno l'importanza di tali comportamenti per una crescita sana dell'economia sana. Fa piacere registrare un sostanziale incremento delle segnalazioni di operazioni sospette nello scorso anno di oltre il 43% in termini percentuali, che in termini assoluti significa oltre 27.000 input operativi. La Guardia di Finanza è impegnata a dare priorità assoluta a questi segnali provenienti dal sistema finanziario.

Lo sviluppo di indagini finanziarie e patrimoniali, già richiamate, è uno dei punti di forza dell'impegno del Corpo, consci del fatto che per la specifica natura della preparazione giuridico-contabile, per professionalità acquisita nel corso del tempo derivante dall'esperienza operativa e dal compito tradizionale del contrasto all'evasione fiscale, deve essere considerato uno dei canali preferenziali di indagine.

Da ciò discende il sistematico impegno assegnato alla responsabilità del Corpo di utilizzare diffusamente tali strumenti nelle indagini:

a) penali (fin dalla fase iniziale, ai fini dell'applicazione dell'art. 12-

sexies del d.l. 8 giugno 1992, n.306, convertito nella legge 7 agosto 1992, n. 356, e progressivamente estese ad un crescente numero di reati, ovviamente primi fra tutti quelli associativi e connessi a questi, e da ultimo vedasi l'estensione ex legge finanziaria per il 2007 (legge n. 296/2006, art 1, comma duecentoventi) ai più gravi reati contro la Pubblica Amministrazione (art. 314 c.p. - peculato - artt. 316 e 316-bis - malversazione a danno dello Stato - art. 317 -concussione - artt. 318 e 319 - corruzione - e art. 319-ter (corruzione in atti giudiziari) ecc. e la legge n. 99/2009 che ha recepito tra i reati presupposto anche taluni delitti di contraffazione;

b) di prevenzione di cui alla legge 575 come da ultimo modificata dalle leggi n. 125/2008 e n. 94/2009.

Sono contesti riferibili ad una vastissima gamma di ipotesi di reato e non solo relativi alla criminalità organizzata.

Un esempio ulteriore di quanto la Guardia di Finanza sia impegnata sul fronte in argomento e sia attiva nel proporre sempre nuovi strumenti di contrasto, è rappresentato dalle modifiche apportate da ultimo agli artt. 25-30-31 della legge n. 646/1982, nota anche come legge Rognoni-Latorre.

Tali modifiche introdotte su specifico impulso del Corpo (vedasi legge n. 136/2010) hanno comportato l'ulteriore affinamento del sistema di controllo degli illeciti arricchimenti dei soggetti condannati o anche solo indiziati di appartenere alle associazioni mafiose e ancora, che abbiano commesso reati tipici di criminalità organizzata ex art 51, comma tre bis, o il delitto di trasferimento fraudolento di valori previsto dall'art 12-quinques del d.l. n. 92/306, ovvero da una qualsiasi misura di prevenzione ex legge n. 575/1965.

Per capire meglio la portata investigativa di tali modifiche si pensi che con il nuovo, art. 25 della legge n. 646/1982 la Guardia di Finanza potrà verificare la posizione fiscale-patrimoniale dei soggetti raggiunti da condanna anche non definitiva o da misure di prevenzione anche non definitive. Ma è l'aspetto oggettivo dei poteri attivati che va ulteriormente rimarcato, infatti col nuovo art 25 si potranno attivare moduli ispettivi che vanno ben oltre l'ambito previsto dall'accertamento tributario, si potrà ricorrere ai poteri previsti dall'art 2-bis della legge n. 575 in tema di misure di prevenzione personali e patrimoniali ed ancora in materia di antiriciclaggio ex d.lgs. n. 231/2007.

La verifica della posizione fiscale ex art. 25 non è più una verifica ex post finalizzata alla regolarità fiscale del patrimonio del soggetto controllato, ma prende le caratteristiche di una misura di prevenzione composita, potendosi adottare anche provvedimenti urgenti nel corso del procedimento tendenti a sottrarre alla disponibilità del soggetto risorse il-

lecitamente acquisite oppure opportuni provvedimenti di natura impositiva ritenuti più confacenti, anche al di fuori del procedimento penale o di prevenzione eventualmente conclusosi.

La finalità antimafia, già implicita per la sua collocazione spaziale, sono state rese ancora più chiare con dalla legge n. 136/2010 laddove si afferma che la verifica della posizione economica patrimoniale e fiscale è rivolta:

a) all'accertamento di illeciti valutari e societari e, comunque, di ogni illecito di natura economica e finanziaria ivi compresi i fenomeni di riciclaggio, reimpiego e trasferimento fraudolento di valori nonché quelli di omessa comunicazione di variazioni patrimoniali;

b) al controllo dell'osservanza della disciplina dei divieti autorizzatori, concessori o abilitativi cui devono soggiacere i soggetti sottoposti a misure antimafia ai sensi dell'art 10 della legge n. 575.

Questo percorso, partito dal concetto di sicurezza economico e finanziaria e sviluppatosi attraverso un concetto nuovo di ordine pubblico nei suoi contenuti economici, trova fondamentale supporto e sviluppo nelle recentissime dinamiche operative messe in campo dalla Guardia di Finanza con l'ultima circolare programmatico-operativa del 18 marzo 2011. Il contenuto della stessa in tutti i suoi aspetti sia generali che prescrittivi, consente di affermare che il concetto di legalità e la sicurezza economica assurgono, per gli appartenenti al Corpo, a vero valore educativo programmatico e dimostrano molto semplicemente, che "chi non rispetta le regole danneggia la collettività dei cittadini e delle imprese, aspetto primario della convivenza civile, tassello fondamentale della cultura della legalità".

RECENSIONI

L'ermeneutica nella scienza giuridica italiana contemporanea.
A proposito di due recenti volumi:
I.W. KORZENIOWSKI, *L'ermeneutica di Emilio Betti*, Città Nuova, Roma, 2010, pp. 81.
AA. VV., *Le idee fanno la loro strada. La teoria generale dell'interpretazione di Emilio Betti cinquant'anni dopo*, a cura di Giuliano Crifò, Istituto Nazionale di Studi Romani, Roma, 2010, pp. 257.

La *Weltanschauung* ermeneutica si caratterizza per il suo non fermarsi all'interpretazione del testo scritto e per il suo andare al di là di esso, proponendosi come momento di studio che privilegia il rapporto degli spiriti tra loro piuttosto che tra lo spirito e la materia. E' ormai opinione diffusa che paghi un grosso debito alla scienza giuridica, la quale permette non di universalizzare il particolare, né di particolarizzare l'universale, ma di portare nel particolare l'universale, secondo la prospettiva neo-ontologica di Nicolai Hartmann[1]. E, nella scienza giuridica, si pone come una ricerca della verità del metodo giuridico, utilizzabile in tutti i campi del sapere, pittosto che strettamente del vero. Ciò rivela una filosofia del diritto che non ha interessi di tipo epistemologico, secondo la quale la verità è il fine dell'interpretare, ma di tipo metodologico-ontologico, poiché cerca il metodo che garantisca e giustifichi non una qualunque conoscenza, ma una conoscenza immediata del caso concreto.
Sul fondamento di tali premesse, sempre più si tende a sostenere l'utilità di evitare che l'ermeneutica giuridica venga confusa con l'interpretazione giuridica, da un lato, e l'ermeneutica filosofica, specie quella tedesca, dall'altro[2]. A questa prospettiva, dando ad essa grande rilievo con dovizia di citazioni[3], si ispira dichiaratamente Ireneusz Korzeniowski, il quale accetta pienamente la tesi secondo la quale l'ermeneutica giuridica è il fondamento teorico dell'ermeneutica filosofica e non è vero il contrario[4]. Tale prospettiva è condivisa ormai comunemente anche nel volume sul cinquantennale della pubblicazione della *Teoria generale dell'interpretazione*[5] di Emilio Betti da autori come Giuliano Crifò, Vincenzo Marinelli, Paolo Mari. E' proprio nel mondo giuridico, infatti, che si definiscono, nell'applicazione di un metodo interpretativo alla realtà concreta e fattuale, i concetti filosofici di precomprensione critica e di circolarità ermeneutica[6].
La ricerca della verità, in continuo disvelamento nello spazio e in rapporto costante con il tempo fisico, garantisce la possibilità adeguativa dell'oggetto interpretato alla storia e ai suoi contenuti linguistici, permettendo di scegliere tra un'ermeneutica ispirata al pensiero debole e un'ermeneutica forte, veritativa , che abbraccia il metodo interpretativo.

Intersecando questo percorso di studi realizzato all'interno della filosofia del diritto con un percorso intrapreso all'interno della filosofia teoretica, Ireneus Korzeniowski perviene alla traccia vichiana. L'ermeneutica è il cammino della conoscenza della verità nella storia da parte dell'uomo attraverso la valorizzazione del *sensus communis*, posto alla base di una concezione veritativa della storia, in quanto il *verum* della storia non è inventato dagli uomini, ma è insegnato alle Nazioni dalla Provvidenza divina[7]. L'interprete, di conseguenza, non detiene la conoscenza dei fatti storici, ma la ricava dalla sua analisi, risalendo, successivamente, ai principi. Ciò comporta, quindi, che all'uomo appartiene l'*iter* ermeneutico della realtà e della storia, procedendo dagli effetti alla cause secondo una comprensione progressiva, mentre alla scienza divina appartiene l'*iter* genetico[8].

Non può non essere riportato alla mente il confronto distintivo, che è stato da molti autori studiato, tra la teoria metodologica bettiana e quella descrittiva gadameriana. Tuttavia, oggi, tra i due studiosi vengono piuttosto ricercate delle analogie che attengono, ad esempio, al tema della tradizione.

Per Betti, si tratta di riconoscere la storicità del soggetto, di riconoscere, cioè, che «*noi moderni non possiamo saltare a piè pari diciassette secoli di tradizione giuridica e immaginarci di uscire fuori dalla nostra mentalità, quale si è formata attraverso questa imponente tradizione*»[9]; di conseguenza la coscienza storica rappresenta un momento nuovo del rapporto dell'uomo con il passato. Per Gadamer, il problema della tradizione non è tanto un problema di conoscenza quanto di adattare il significato del contenuto storico al mutare del tempo. Egli definisce il rapporto con la tradizione e con il passato, «*fusione di orizzonti*»[10], volendo significare che è la continuità della tradizione ad alimentare la ricerca storica. Di conseguenza, l'interprete parteciperà in modo attivo con la propria soggettività, a differenza dello storico o dello scienziato[11] che saranno solo osservatori esterni dell'opera[12]: l'interpretazione è il processo conoscitivo tipico delle scienze spirituali. Il dato fisico non ha una profondità conoscitiva, in quanto basta osservarlo fisicamente, né contribuirà ad arricchire la personalità dell'osservatore, che si limiterà, semplicemente, ad una sua classificazione.

Dal punto di vista metodologico, la precomprensione deriva dalla partecipazione ad un senso comune, diventando il risultato di una catena di interpretazioni precedenti e, formando così, una tradizione comune. Il problema metodologico consiste nell'acquisire tecniche adeguate di controllo razionale della precomprensione utilizzate dall'interprete nell'interagire con il testo, garantendo il dialogo con esso. L'ermeneutica metodologica

di Betti è antropocentrica, cioè, facoltà umana che produce proprie manifestazioni, mentre quella ontologico-gnoseologica gadameriana è ortocentrica, ossia produttiva di senso in quanto tale[13]. Betti sottolineerà più volte che l'interpretazione degli oggetti (un brano musicale, un evento storico o una legge), pur avendo finalità diverse e metodi diversi, si basa sempre e comunque sull'intendere e non sull'*applicatio*, ossia sull'applicazione del senso compreso indipendentemente dal contesto in cui ciò avviene: ciò determina il riconoscere un rapporto tra soggetto e oggetto in cui il soggetto si muove nei confronti dell'oggetto per la determinazione di senso; l'interpretazione bettiana tende a far muovere, invece, l'oggetto verso il soggetto, rendendolo partecipe della sua soggettività e adattandolo al mutare della società. Soggetto e oggetto sono i due termini di ogni processo conoscitivo, ma caratterizzati da particolari qualifiche; non si tratta di un oggetto qualunque ma di un'oggettivazione dello spirito dove il compito del soggetto consiste nel tornare a conoscere, nel riconoscere in quelle oggettivazioni il pensiero animatore. E' un ricondurre e un ricongiungere quelle forme alle interiorità che le hanno generate e dalle quali si sono staccate, un interiorizzarle, trasportandone il contenuto in una soggettività diversa da quella loro originaria. Tale impostazione viene applicata, dal Betti, anche agli studi in tema di diritto costituzionale, studi che analizzano non solo l'aspetto formale (la scrittura della costituzione) e materiale (l'individuazione dei principi), ma anche il ruolo dei canoni interpretativi e dei giudici. L'importanza del testo costituzionale non è data solo ed unicamente dalla sua posizione gerarchica, ma dai valori che essa racchiude e su cui si fonda l'intera società[14], valori che non si ricavano dalle norme giuridiche, ma sono contenuti nei principi fondamentali. E' per questo motivo che il fatto costituzionale non può essere racchiuso nella norma giuridica, ma ha una propria specificità in quanto contiene valori etico- politici, nonché giuridici, intesi come principi fondamentali che, per loro natura, non possono essere interpretati e modificati secondo le regole proprie delle norme giuridiche poiché l'interpretazione della Costituzione non si avvale solo dell'approccio conoscitivo, ma anche e soprattutto di quello volitivo. Ciò implica una visione diacronica, diatopica e assiologica del diritto[15], che non si nega di fronte al tempo, ma si relaziona con esso poiché lo scopo della Costituzione è di regolare la vita all'interno della società e non di provvedere all'organizzazione dello Stato. Tutto ciò è quanto mai attuale alla luce della globalizzazione economico-mondiale, dove i concetti di singolo Stato e di ordinamento interno perdono sempre

più forza lasciando spazio ad una concezione unitaria di Stati, ad una concezione di ordinamento internazionale.

Non può essere data una definizione di Costituzione valida per tutte i tempi e per tutti i Paesi, in quanto essa è parte dell'ordinamento giuridico, di conseguenza oggetto di studio saranno le norme e i principi in essa contenuti considerando la diversità dei contesti umani e sociali in cui è inserita. Tutto ciò porta a dare un maggior peso e una maggiore attenzione ai valori racchiusi nelle norme costituzionali, anziché fermarsi ad una valutazione di validità e conformità del testo normativo. Bisognerà comprendere, quindi, gli orientamenti culturali, i contesti storico- culturali; l'obiettivo è realizzabile solo se i cittadini riconoscono come propri i principi in essa contenuti, in quanto la funzione del diritto non termina nel momento in cui una norma è posta in essere, ma si estende anche al momento della sua comprensione e a quello della sua applicazione. E' proprio in questo contesto che si avverte l'importanza dello studio dei *canoni ermeneutici*, utilizzati dal giurista per realizzare l'esigenza fondamentale dell'integrazione degli ordinamenti giuridici: i canoni ermeneutici non sono precetti, ma strumenti per individuare le regole del caso singolo per poi giungere alla massima di decisione. Quindi utilizzare i canoni ermeneutici nell'interpretazione costituzionale significa non solo riconoscere al giudice precomprendente, ossia la Corte Costituzionale, la possibilità di giudicare gli interessi in concreto tra i soggetti, ma anche la possibilità di controllare e valutare in concreto il giudizio della Corte costituzionale.

La Costituzione non è un insieme di norme e principi immutabili nel tempo, ma una realtà vivente i cui valori dipendono da orientamenti assiologici e politici che rispondono alle esigenze della società e che mutano con essa nel corso del tempo. Questo ragionamento apre la strada alla comparazione tra vari ordinamenti che non può essere posta in essere senza considerare "*l'attrezzatura logica del giurista*"[16] e la diversa formazione storica degli ordinamenti giuridici stessi. La necessità della conoscenza degli ordinamenti giuridici si accompagna allo studio del diritto comparato diventando attività imprescindibile del comparatista: il diritto comparato e le indagini di natura storiografica, complementari e costituenti, formano il substrato storico e giuridico per la formazione di una matura *teoria generale dell'interpretazione*. «*Il diritto comparato è essenzialmente conoscenza storica*»[17]. Esso consente all'interprete di rendersi meglio conto della relatività e storicità dei propri dogmi e concetti, ossia di quelle premesse giuridiche che egli è portato a considerare come dogmi immutabili mentre, in realtà, sono in diretto rapporto con

la struttura degli orientamenti reali del proprio ambiente. L'interpretazione, quindi, non è mai fine a se stessa, ma sempre strumento idoneo a regolare l'agire dell'uomo nella società. L'interprete e il giurista[18] devono comprendere per applicare, ossia devono interpretare e decidere il caso concreto; ciò comporta una circolarità tra soggetto e oggetto tipica del mondo giuridico. Il diritto, in tal modo, non viene inteso solo come fatto, come un insieme di regole i cui significati linguistici sono convenzionalmente fissati, ma come un'impresa interpretativa cui i giuristi partecipano, ognuno con il proprio contributo.

E l'opera interpretativa è essenzialmente creativa non solo perché i giudici e gli interpreti devono trasformare l'astratta norma regolatrice in un caso concreto, ma perché è innegabile la natura creativa di ogni atto spirituale. I giudici non si limitano a dichiarare ciò che, comunque, è già presente nel diritto positivo, ma attribuiscono alla norma interpretata un significato diverso rispetto a quello originariamente attribuitole dal legislatore. L'interpretazione non costituisce una semplice attività conoscitiva dei dati precostituiti, ma un'attività conoscitiva e pratica insieme perché volta ad ordinare e ricostruire un *Corpus iuris* precostituito ai fini della sua applicazione ai casi sempre nuovi e diversi. Il giurista, ricomponendo il divario tra norma giuridica e realtà sociale, con l'obiettivo di assicurare l'unità dell'ordinamento giuridico, crea diritto, anche se le tecniche interpretative cui di volta in volta ricorre sono quelle che derivano dalla tradizione giuridica di un determinato ordinamento giuridico elaborate dalle valutazioni che risultano dalla sensibilità giuridica dell'interprete. L'interpretazione è accrescimento, adattamento, integrazione, opera continua di riformulazione e, quindi, rinnovamento.

A tali conclusione giungono oggi non solo la Corte Costituzionale, ma tutte quelle Corti superiori italiane che con il loro operato finiscono per ricorrere costantemente ad un'ermeneutica correttiva[19] degli atti giuridici.

LAURA AMICO

[1] N. HARTMANN, *La fondazione dell'ontologia*, Fabbri, Milano, 1963.

[2] F. PETRILLO, *La decisione giuridica. Politica, ermeneutica e giurisprudenza nella teoria del diritto di Emilio Betti,* Giappichelli, Torino, 2005.

[3] Cfr. I. W. KORZENIOWSKI, *L'ermeneutica di Emilio Betti,* cit., pp. 30- 34.

[4] *Ibidem,* cit., p. 30.

[5] AA. VV., *Le idee fanno la loro strada. La teoria generale dell'interpretazione di Emilio Betti cinquant'anni dopo*, a cura di G. CRIFO', cit.

[6] V. MARINELLI, *La metodologia ermeneutica di Emilio Betti*, in AA. VV., *Le idee fanno la loro strada. La teoria generale dell'interpretazione di Emilio Betti cinquant'anni dopo*, cit., pp. 200- 208. L'A. pone in raffronto la concezione bettiana di precomprensione con quella elaborata da Heidegger, Bultmann e Gadamer. Per Betti la precomprensione è una qualità del soggetto interpretante, è il suo *habitus* che permette all'interprete di

giungere ad una "oggettività", mentre per Heidegger, Bultmann e Gadamer si tratta di una comprensione originaria, di un pre- giudizio che accompagna l'interprete nella sua attività conoscitiva in quanto condizioni dell'intendere. In merito al concetto di circolarità ermeneutica essa viene intesa da Betti, a differenza di Gadamer, non come rigida contrapposizione tra il soggetto e l'oggetto della conoscenza, come una relazione formale tra le parti e il tutto, ma come una struttura interna al testo alla quale appartiene tanto il soggetto interpretante che l'oggetto interpretato che, a sua volta, diventerà il soggetto dell'interpretazione.

[7] I. W. KORZENIOWSKI, *L'ermeneutica di Emilio Betti*, cit., p. 56. L'A. sostiene che, grazie all'influsso vichiano e alla tradizione storico- giuridica umanistica, si è riusciti a formulare una teoria dell'interpretazione giuridica che si distanzia dall'ermeneutica romantica; l'interpretazione, quindi, è un fatto che si evolve nella storia mantenendo un'intenzionalità di verità scientifica.

[8] Ibidem, cit., p. 60. Cfr. anche G. MURA, *Verità e storia in Vico e Betti*, in AA. VV., *Le idee fanno la loro strada. La teoria generale dell'interpretazione di Emilio Betti cinquant'anni dopo*, cit., p.19. L'A. sottolinea come Betti apprezzi la novità e l'importanza *dell'hermeneutica historiae* di Vico e, soprattutto, precisa come i principi teorici elaborati dal Vico siano fondativi della sua teoria generale dell'interpretazione. Principi che sono racchiusi nell'espressione vhichiana "mondo civile" e "forme rappresentative" nel pensiero del Betti.

[9] Cfr. A. LONGO, *Emilio Betti a confronto con Hans Georg Gadamer*, in AA. VV., *Le idee fanno la loro strada. La teoria generale dell'interpretazione di Emilio Betti cinquant'anni dopo*, cit., p. 96.

[10] Cfr. Ibidem, p. 97 in cui l'A. sottolinea come Betti contrasti la tesi gadameriana in quanto per Gadamer il rapporto con la tradizione non è un problema di conoscenza quanto di adattare il significato del contenuto storico al mutare del tempo. La tradizione diventa produttiva e non semplice contesto in cui si svolge l'attività produttiva. E' proprio il concetto di continuità ad avvicinare Betti a Gadamer, in quanto entrambi giungono alla conclusione che sia "*impossibile prescindere dal proprio orizzonte per trasporsi in altro*".

[11] Cfr. G. BENEDETTI, *L'orizzonte del giurista interprete*, in AA. VV., *Le idee fanno la loro strada. La teoria generale dell'interpretazione di Emilio Betti cinquant'anni dopo*, cit., pp.11- 16. L'A. nota come Betti ponga in essere un parallelismo tra l'interprete e lo storico sostenendo che, mentre per quest'ultimo si ha un intendere fine a se stesso, per l'interprete l'intendere serve alla decisione del caso concreto. Egli attribuisce allo storico la funzione ricognitiva, lasciando all'interprete la funzione normativa poiché il giurista deve considerare la norma dell'ordinamento giuridico con valore attuale regolando, così, la vita sociale.

[12] Cfr. L. VARGIU, *Appunti su Sedlmayr lettore di Betti*, in AA. VV., *Le idee fanno la loro strada. La teoria generale dell'interpretazione di Emilio Betti cinquant'anni dopo*, cit., pp. 43-60. L'A. mette a confronto il pensiero di Betti con quello di Sedlmayr in tema di interpretazione: mentre per Betti l'interprete deve tirare fuori dall'opera quello che è rimasto implicito per l'incapacità dell'autore di farlo poiché ancora non si è distaccato da essa, per Sedlmayr l'interprete deve rimanere in silenzio davanti all'opera e recepire l'appello che da essa proviene per far sì che essa possa coinvolgerlo emotivamente ed evitare, così, di creare fraintendimenti che ostacolino la vera comprensione. Secondo Betti, quindi, l'interprete deve ripercorrere l'*iter* genetico dell'opera, perché solo così può cogliere l'*interpretandum*; per Sedlmayr, invece, si deve ricostruire il risultato.

[13] Cfr. A. LONGO, *Emilio Betti a confronto con Hans Georg Gadamer*, in AA. VV., *Le idee fanno la loro strada. La teoria generale dell'interpretazione di Emilio Betti cinquant'anni dopo*, cit., pp. 87-129, in particolare pp. 124- 125, ove l'A. afferma che l'ottica bettiana è vicina al trascendentalismo kantiano mentre quella gadameriana è di ascendenza hegeliana. Ciò spiega il perché la questione ermeneutica si ponga, nei due autori, in modo differente.

[14] Cfr. A. A. CERVATI, *L'insegnamento di Emi-*

lio Betti e lo studio del diritto costituzionale, in AA. VV., *Le idee fanno la loro strada. La teoria generale dell'interpretazione di Emilio Betti cinquant'anni dopo*, cit., p. 147.

[15] Cfr. Ibidem, p. 148.

[16] E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in < Archivio Giuridico Filippo Serafini>, 1928, vol. XCIX. Interessante è notare come, nel volume sul cinquantennale della *Teoria generale dell'interpretazione* di Emilio Betti, due esimi giuristi come Giuseppe Benedetti e Angelo Antonio Cervati facciano entrambi riferimento ad una nuova dogmatica ermeneutica. Cfr. G. BENEDETTI, *L'orizzonte del giurista interprete* e A.A. CERVATI, *L'insegnamento di Emilio Betti e lo studio del diritto costituzionale*, entrambi in AA.VV., *Le idee fanno la loro strada. La teoria generale dell'interpretazione di Emilio Betti cinquant'anni dopo*, cit., pp. 11-16 e pp. 139-180.

[17] T. ASCARELLI, *Prefazione agli studi di diritto comparato*, in Id., *Saggi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949.

[18] Sul ruolo di una nuova classe di giuristi europei, cfr. F.P. TRAISCI, *Per la formazione di una classe di giuristi europei: spunti di riflessione tratti dalla comparazione e dall'esperienza personale*, in AA. VV. *«diritto privato europeo». Dal mercato interno alla cittadinanza europea*, cit., pp.895- 904.

[19] F. PETRILLO, *Interpretazione degli atti giuridici e correzione ermeneutica,* Giappicchelli, Torino, 2011 (in corso di stampa).

Nicola D'Arcangelo stampatore d'arte, a cura di Giovanna Millevolte. Contributi critici di Enrico Sturani e Massimo Gatta, Cornuda, Tipoteca Italiana Fondazione, 2010, 151 p., ill.

Il recente volume *Nicola D'Arcangelo stampatore d'arte,* a cura di Giovanna Millevolte, rappresenta il felice risultato di una serie di felici, ma non fortuiti, incontri verificatisi fra l'intuito della curatrice e la raffinata produzione tipografica di Nicola D'Arcangelo, fino a qualche anno fa quasi completamente sconosciuta, fra gli 'illuminati' eredi del tipografo e una sensibile istituzione culturale pubblica, fra studiosi affermati, giovani ricercatori e uno dei più qualificati istituti privati che opera nel campo della tipografia e dell'editoria in Italia.

Già in un lavoro apparso nel 2005 (*I De Arcangelis tipografi editori. Tracce e indizi per una storia d'impresa*, L'Aquila, Textus, 2005), Giovanna Millevolte aveva indirizzato le indagini sulla famiglia di tipografi e editori abruzzesi De Arcangelis / D'Arcangelo, ricostruendone le diverse e intricate vicende aziendali, fra le quali si stagliava, per qualità e originalità della vasta produzione, quella di Nicola D'Arcangelo (Atri, 1893 – Pescara, 1975). Su quest'ultima la studiosa ha opportunamente focalizzato le successive attenzioni rilevando e catalogando una ingente quantità di materiali che, nel 2007, è stata donata dagli eredi di Nicola all'Università degli Studi dell'Aquila. Ai manufatti più significativi del Fondo D'Arcangelo, così formato, è stato dedicato un "Percorso espositivo" permanente, del quale la pubblicazione costituisce il catalogo, mentre una parte dei prodotti di grafica, insieme a caratteri e a attrezzature, è stata destinata al Museo del Carattere e della Tipografia della Tipoteca Italiana Fondazione di Cornuda.

Nel documentato saggio d'apertura, la curatrice delinea il lungo percorso tracciato dallo "stampatore d'arte", evidenziando sia gli aspetti più strettamente tecnici della sua ricca produzione, sia le relazioni e i contatti instaurati dal D'Arcangelo con ambienti e colleghi al di fuori dell'Abruzzo, sia, infine, la possibilità di individuare, attraverso l'attività del tipografo, i cambiamenti sociali e economici avvenuti nel tessuto cittadino di Pescara, centro in cui egli trasferisce l'azienda nel 1926. Enrico Sturani, in un breve ma denso intervento, rivolge lo sguardo alle cartoline realizzate da D'Arcangelo, rimarcando le peculiarità cromatiche e lo "stile asciutto, chiaro, schietto che sfiora l'astrazione senza mai risultare rigido o secco". Massimo Gatta, dopo aver disegnato lo scenario nazionale della grafica pubblicitaria nel ventennio 1933-1953, individua e analizza le cifre connotanti la continua "ricerca grafica" cui D'Arcangelo ha improntato l'intera attività.

Il catalogo è scandito dalle sezioni nelle quali è stato suddiviso il materiale (calendari, calendari tascabili, cartoline, grafica d'occasione, carte intestate, bozzetti, bozzetti e campionari di carte Fabriano, grafica pubblicitaria, manifesti e locandine, catalogo libri), tutte curate da Alessia Cacchiò e Pamela Graziosi, a eccezione della prima, a cura di Giovanna Millevolte. Anche in una breve e sommaria presentazione, quale questa, non si può fare a meno si sottolineare l'impegno profuso e la qualità dei risultati raggiunti dalle due giovani ricercatrici, immediatamente desumibili dal nitore delle schede introduttive e dalla completezza delle didascalie apposte alle illustrazioni. L'efficace impianto descrittivo funge da cornice ideale alle stupende riproduzioni delle (stupende) opere di D'Arcangelo; l'eleganza e il pregio della stampa del volume concorrono a far sì che, nella percezione del lettore, la bellezza delle forme e il rilievo dei contenuti convergano progressivamente fino a coincidere.

GIORGIO PALMIERI

AA.VV., *Giuseppe Vedovato costruttore d'Europa*, a cura di GIULIO CIPOLLONE e GUIDO RAVASI, Milano, Edizioni Nagard, 2011, pp. 334

Il 36° volume della *Collana della Fondazione Europea Dragan* presenta, rispetto ai precedenti, un ulteriore motivo di interesse, costituito dal fatto che si tratta di un'opera tutta dedicata a Giuseppe Vedovato in occasione del suo 99° compleanno. Un traguardo già di per sé eccezionale, raggiunto con l'impegno di una esistenza ancora più eccezionale per ricchezza di pensiero e di opere.
Quest'impegno non poteva non essere valorizzato dalla Fondazio-

ne Europea Dragan, attiva da decenni nella convinzione che una reale unità europea non sia soltanto un evento economico, ma debba attuarsi, oltre che con una integrazione politica, con lo sviluppo di una comunità culturale. La Fondazione è una organizzazione costituita legalmente nel 1968 da Giuseppe Costantino Dragan (uomo di vasta sensibilità culturale, storico delle civiltà e letterato, operatore economico, esperto di management e marketing), con il compito di promuovere la cultura, sia attraverso la diffusione e la circolazione delle idee, sia attraverso la ricerca, al fine di sviluppare, tramite una migliore conoscenza reciproca, uno spirito di collaborazione tra le nazioni, attraverso la formazione di un'effettiva coscienza europea.

Per realizzare gli scopi statutari, la Fondazione ha dato vita a molteplici iniziative internazionali: università private, corsi di specializzazione post-universitari, attività editoriali e radio-televisive, l'Accademia di Cibernetica Odobleja, l'Associazione Europea per gli Studi di Bioeconomia, la creazione di riviste specializzate, tra cui il *Bulletin européen*, edito dal 1950, la partecipazione ai programmi dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Educazione, la Scienza e la Cultura attraverso la costituzione del Centro Unesco Milano, la realizzazione del Centro Europeo di Studi Traci, la creazione del Centro Europeo Ricerche Mediche Applicate.

Da questi intenti scaturisce anche il ricco volume in recensione, curato da Giulio Cipollone, professore ordinario presso la Pontificia Università Gregoriana e Guido Ravasi, segretario generale della Fondazione; volume che – come si è detto – è tutto dedicato a Giuseppe Vedovato: un autentico costruttore d'Europa.

Questi, che ama definirsi campano di nascita, fiorentino di elezione, italiano di cittadinanza, europeo per vocazione, è nato a Greci, in provincia di Avellino, il 13 marzo 1912. Perduto il padre nella grande guerra e dal 1924 orfano anche di madre, si laureò a Firenze nel 1935, presso l'Istituto superiore di Scienze sociali e politiche "Cesare Alfieri" e subito intraprese la carriera accademica in diverse sedi, raggiungendo nel 1988 il riconoscimento di professore emerito di Storia dei Trattati e Politica internazionale all'Università "La Sapienza" di Roma. Attento conoscitore dell'Africa e del mondo islamico, studioso del colonialismo e della decolonizzazione, è sostenitore di una visione volta a non allentare, ma riproporre su nuove basi i legami della terra d'Africa con l'antica madre patria ed è autore di numerose pubblicazioni, anche in lingua inglese, francese e tedesca, di interesse storico-diplomatico e politico-economico.

Cristiano coerente e spirito libero, e docente per generazioni di giovani, il professore Vedovato, insieme

ad una lunga esistenza, conosce oggi una serena vecchiaia che gli consente di spaziare con la riflessione scientifica e con relazioni e scritti sull'Europa e sul mondo, e continuare ad operare per la collaborazione tra gli Stati, auspicando una integrazione culturale europea, fondata sui valori del comune patrimonio culturale cristiano. Questo come elemento di coesione e di rafforzamento tra Paesi che hanno già comuni intendimenti economici e istituzioni politiche.

Dotato di una visione internazionale, che è inusuale per chi si formò in un'epoca in cui il nazionalismo risultava esasperato dalla propaganda di regime, egli è altresì esempio di capacità di svolgere insieme più uffici, ispirandosi a quei valori etici, propri del patrimonio della nostra cultura occidentale. Sorretto dalla visione positiva e da un credo non meno forte sulle possibilità di costruire su basi etiche le relazioni internazionali, ha fondato il *Seminario Permanente di Studi sull'Etica nelle Relazioni Internazionali*, che agisce all'interno della Facoltà di Scienze Sociali della Pontificia Università Gregoriana in Roma, approfondendo temi come la libertà, la pace, il bene comune.

Iscritto alla Democrazia cristiana nel 1951 fu eletto consigliere provinciale a Firenze, deputato dal 1953 al 1972 e senatore dal 1972 al 1976; ha guidato missioni diplomatiche, politiche, culturali ed economiche in molti Paesi dell'Africa, dell'Asia e dell'America latina ed è esperto dell'Ufficio studi del Ministero degli Affari Esteri, membro del Consiglio del Contenzioso diplomatico e della Commissione per la pubblicazione dei documenti diplomatici italiani. Eletto alla presidenza dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa dal 1972 al 1975 (di cui fu membro dal 1953 al 1977), ne è attualmente Presidente onorario.

È attualmente direttore emerito della "Rivista di studi politici internazionali", che si pubblica a Firenze dal 1934 ed è uno strumento di studio apprezzato in ambienti politici e diplomatici per la puntualità dell'informazione e dei commenti.

La sua è una esistenza che si snoda in un itinerario articolato: un protagonista nelle aule universitarie, nell'agone parlamentare interno e internazionale e nei pubblici dibattiti, nella ricerca scientifica e nell'insegnamento, nella vocazione politica e nell'europeismo.

L'impostazione della vita e del mondo fondata sui valori di un nuovo umanesimo erede dell'universalità cristiana, insieme con l'impegno intellettuale esteso dal 1932 ad oggi, tutto questo risultata documentato dagli scritti, raccolti in diversi tomi, che meritano di essere conosciuti poiché ci avvicinano alla figura di un europeista, presente già dall'ante guerra nel mondo dell'alta cultura, su più fronti, riconducibili alla attività accademica, parlamentare e pubblicistica.

Sono sufficienti questi cenni per comprendere che – come scrivono i curatori del volume – "Egli è ormai stabilmente collocato tra i grandi d'Europa, ed è per questo che il suo ritratto scultoreo compare a Strasburgo – unico tra i viventi – tra le dieci personalità eccellenti che sono state i precursori degli ideali del Consiglio d'Europa o che ne hanno favorito la realizzazione con il loro pensiero e la loro azione" (pag. 14). Da questi richiami si intuisce anche che Giuseppe Costantino Dragan e Giuseppe Vedovato abbiano contribuito allo sviluppo e alla circolazione internazionale dell'ideale europeistico in numerosi Paesi e ciò aiuta a spiegare la collocazione di questo volume, in omaggio ad un costruttore d'Europa, in una collana di studi dedicati all'europeismo.

Quello tra il presidente emerito del Consiglio d'Europa e la Fondazione Dragan è un sodalizio che – come esattamente posto in evidenza dai curatori - "ha trovato e trova il suo fondamento in una ragione tanto semplice quanto solida: il presidente-fondatore Giuseppe Costantino Dragan e la Fondazione Europea Dragan hanno sempre visto nell'uomo e nello studioso, nel professore e nel politico Giuseppe Vedovato, un punto di riferimento irrinunciabile per la costruzione della comune casa europea" (pag. 13).

Detto questo, non è facile nel poco spazio a disposizione dare conto dei diversi contributi che compongono questo denso volume; quindi mi limito a ricordare che esso, dopo un saggio introduttivo firmato dai curatori, si articola in tre parti. Seguono una appendice con ulteriori saggi, e una ricostruzione dell'attività di Giuseppe Vedovato a partire dal 1932 ed aggiornata fino ad oggi.

La prima parte, che ha per titolo: *Destinazione Europa. Nuove memorie e testimonianze* si estende da pag. 17 a pag. 55, raccogliendo contributi di Guido Ravasi; Bruno Bottai; Emilio Colombo; Maria Grazia Melchionni; Maria Rita Saulle, oltre che dello stesso Vedovato.

La seconda parte, da pag. 57 a pag. 159, ha per titolo: *Le sfide di una lunga vita. Etica pubblica e presenza culturale* e contiene, oltre a saggi di Melchionni, Ravasi, Vedovato, anche di Fabio Bertini; Pietro Lonardo; Vitaliano Esposito, Giulio Cipollone.

Infine la terza parte, da pag. 161 a pag.198, è rivolta in modo specifico alle relazioni italo-rumene ed è intitolata: *Italia-Romania: un contributo alla storia dei rapporti diplomatici*. Anche in questo ambito troviamo saggi sempre di Vedovato e di Ravasi, oltre ad altri di Giorgio Bosco, Razvan Rusu, Francesco Perfetti, Giuliano Caroli, Andrea Riccardi.

Segue, come si è detto, una corposa *Appendice* con ulteriori interventi (ancora di Vedovato insieme a Giovanni Battista Varnier, Bartolomeo Nicola Zoccano, Renato Raffaele Martino, Antonio Gardullo, Giulio Cipollone, Pier Giacomo

Grampa) e da una presentazione dell'attività accademica, scientifica e professionale del Vedovato.
La pubblicazione è completata da un ricco indice dei nomi (pp. 325-330) a cura di Giuliano Caroli, docente di Storia delle Relazioni internazionali e dal 1975 collaboratore con continuità della "Rivista di studi politici internazionali".
La lettura di tutti questi saggi ci portano a riflettere che, indubbiamente, quelli che stiamo attraversando non sono tempi felici per l'Unione Europea, che sembra aver messo in secondo piano il processo di integrazione comunitaria di un Continente, che, nella ricerca di uno spazio europeo comune per cultura e valori, sappia elevarsi con le ampie ali della propria millenaria civiltà e volare al di sopra delle miopie della burocrazia.
Troviamo invece conforto nel considerare il costante impegno europeistico di Giuseppe Vedovato, esattamente definito: *Professore d'Europa.* Dal suo operato, dall'itinerario di una esistenza intesa sempre come testimonianza cristiana e da una visione politica concretata in una costante attenzione alla dimensione internazionale, ricaviamo un modello d'Europa, che ha come segno di identità l'uguaglianza nelle diversità; un obbiettivo da conseguire attraverso la valorizzazione delle culture e nell'unità del comune pensiero.

GIOVANNI BATTISTA VARNIER

Indice generale

Interventi

Guido Alpa
I diritti fondamentali e il ruolo dell'Avvocatura 5

Vanna Levi
Il lavoro delle donne immigrate come diritto della persona 11

Saggi

Andrea Barenghi
Appunti sugli acquisti individuali per surrogazione del coniuge in comunione legale 33

francesco beer
Diritto consuetudinario e raccolte normative: dalle leggi romano-barbariche ai moderni sistemi giuridici 49

Onorato Bucci
Alla ricerca del concetto di persona come segno distintivo della civiltà cristiana 75

Michele Della Morte
Democrazia partecipativa e democrazia deliberativa: due nozioni a confronto 83

Lorenza Paoloni
I "diritti degli agricoltori" sulle risorse genetiche e le conoscenze locali. Un nuovo modello di proprietà collettiva? 93

Marco Parisi
Società multietnica e simboli religiosi tra laicità delle istituzioni pubbliche e pluralismo culturale 103

Federico Pernazza
La normalizzazione tecnica nel processo di armonizzazione giuridica 119

Silvia Piccinini
L'analisi della giurisprudenza sui poteri dell'amministratore di sostegno in tema di "cura dell'amministrato" 153

Andrea Rallo
Il contraddittorio nel processo cautelare: riflessioni al margine del codice 173

Giuseppe Reale
I diritti dei passeggeri nel trasporto stradale con autobus 191

Maria Ausilia Simonelli
Contributi della scienza giuridica italiana alla fondazione dello studio sociologico del diritto 231

Giovanni Varanese
Brevi considerazioni su Marx e i marxisti tra diritto, economia e società 243

Orizzonti

Carmela Amura
Nel cognome della madre
("Perché i figli salvano e tengono vivo il nome dei morti…", Eschilo, *Coefore*) 269

Antonio Di Chiro
L'ethos della scienza. Su *Wissenschaft als Beruf* di Max Weber 325

Elena Di Maria
Gli studi su diritto e letteratura 347

Corinna De Caro
La circolazione della prova nell'Unione Europea 361

Michele Di Stefano
I diversi volti dell'interposizione nelle prestazioni di lavoro 379

Luana Fierro
L'assicurabilità del danno ambientale nel contesto comunitario: dal *Libro Bianco sulla responsabilità ambientale* ad oggi 399

Fiore Fontanarosa
Il *contrat de mariage* e la comunione convenzionale: appunti comparatistici in tema di regime patrimoniale della famiglia 419

Maria Antonella Gliatta
Is this a matter of principle? Uno strano caso di applicazione diretta della Costituzione: osservazioni a *T.A.R. Campania 1427/2011* 447

Agostino Guarente
La società globale: mercato e postdemocrazia 459

Matteo Lariccia
Termine di *stand still*: dalla "direttiva ricorsi" ai primi problemi interpretativo- applicativi 507

Simona Melorio
Camorra: alcune ragioni di un sistema istituzionale stabile 517

Stefania Parisi
Dimenticare l'obiezione di Zagrebelsky? Brevi note su legalità sostanziale e riserva relativa nella sent. n. 115/2011 529

Giulio Penna
Il diritto di famiglia nel regno d'Italia 545

Vincenzo Maria Scarano
Protezione temporanea per esigenze umanitarie e flussi migratori alla luce dei recenti sbarchi di profughi tunisini e libici 561

Francesca Scudiero
La c.d. confisca allargata. Caratteristiche e limiti di configurabilità. 579

Fernando Verdolotti
Recenti sviluppi in materia di strumenti di indagine sulla criminalità economico-finanziaria 605

RECENSIONI

I.W. KORZENIOWSKI, *L'ermeneutica di Emilio Betti*, Città Nuova, Roma, 2010, pp. 81
AA.VV., *Le idee fanno la loro strada. La teoria generale dell'interpretazione di Emilio Betti cinquant'anni dopo*, a cura di Giuliano Crifò, Istituto Nazionale di Studi Romani, Roma, 2010, pp. 257
(LAURA AMICO) 615

Nicola D'Arcangelo stampatore d'arte, a cura di Giovanna Millevolte. Contributi critici di Enrico Sturani e Massimo Gatta, Cornuda, Tipoteca Italiana Fondazione, 2010, ill., pp. 151
(GIORGIO PALMIERI) 621

AA.VV., *Giuseppe Vedovato costruttore d'Europa*, a cura di GIULIO CIPOLLONE e GUIDO RAVASI, Milano, Edizioni Nagard, 2011, pp. 334
(GIOVANNI BATTISTA VARNIER) 622

Finito di stampare
Novembre 2011
Arti Grafiche la Regione srl
Ripalimosani (CB)

ISBN 978-88-88102-41-2

ANNALI
12/2010

€ 55,00