UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAGLIARI
Pubblicazioni del Dipartimento di Giurisprudenza
Serie II
27

Responsabile della collana: Francesco Sitzia

Comitato di direzione scientifica:
Aldo Berlinguer, Fabio Botta, Valeria Caredda, Corrado Chessa, Pietro Ciarlo, Cristiano Cicero, Giovanni Cocco, Enzo Colarullo, Paolo Efisio Corrias, Massimo Deiana, Gianmario Demuro, Riccardo Fercia, Pierangela Floris, Elisabetta Loffredo, Francesco Pigliaru, Anna Pintore, Massimiliano Piras, Ilenia Ruggiu, Maria Virginia Sanna, Francesco Seatzu, Francesco Sitzia.

Comitato scientifico editoriale:
Luca Ancis, Franco Bandiera, Alice Cherchi, Valentina Corona, Silvia Corso, Maria Francesca Cortesi, Paolo Cotza, Giuseppina De Giudici, Rossella Fadda, Sonia Fernández Sánchez, Gianmarco Gometz, Giuseppe Lorini, Giovanni Manca, Anna Maria Mancaleoni, Annamaria Mandas, Marcella Martis, Silvia Orrù, Rita Pilia, Elisabetta Piras, Alessandra Pisu, Stefania Puddu, Stefano Tatti.

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAGLIARI
PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
Serie II 27

STUDI ECONOMICO-GIURIDICI

VOLUME LXII
2009-2020

Annali 2020
I

Presentazione di Cristiano Cicero

Edizioni Scientifiche Italiane

Volume pubblicato con il contributo della Fondazione Sardegna e della Legge Regionale 7/2007 annualità 2018 "Analisi delle problematiche giuridiche riguardanti la gestione e la valorizzazione delle terre civiche in Sardegna".

Studi economico-giuridici - volume LXII, 2009-2020
Annali 2020, I
Collana: Pubblicazioni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari
Serie II, 27
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2020
pp. XVI+752; 24 cm
ISBN 978-88-495-4259-2

© 2020 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

INDICE

Introduzione di Cristiano Cicero IX

Daniele Amoroso
Autonomous Weapons Systems and International Humanitarian Law: Some Remarks on the Principles of Distinction and Precaution 1

Felice Ancora
Coronavirus, spostamenti, motivazioni, autocertificazione 25

Aldo Berlinguer
Il Factoring trent'anni dopo 41

Marco Betzu - Gianmario Demuro
Partecipazione digitale e democrazia rappresentativa nell'epoca dei big data 61

Alessandra Camedda
I nuovi modelli di tutela preventiva del cliente nel mercato assicurativo: la product oversight and governance 71

Federico Cappai
I rapporti processuali del fallito: riflessioni a margine della transizione in atto dalla legge fallimentare al codice della crisi d'impresa 93

Valeria Caredda
La cause en droit italien des contrats 111

Stefania Cecchini
*L'*European Green Deal *ovvero del ritorno allo Stato sociale* 123

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Alice Cherchi
I Compilatori al lavoro sul 'Codex'. Confronto tra C. 11.7(6) e il suo corrispondente teodosiano 143

Roberto Cherchi
La forma di governo parlamentare italiana nell'era del centrismo 173

Corrado Chessa
La legittima difesa novellata nel prisma della responsabilità civile 193

Pietro Ciarlo
La scuola come contropotere critico (ovvero in difesa della didattica in presenza) 227

Cristiano Cicero
Note minime in tema di donazione "liberatoria", a margine di un recente volume 235

Giovanni Cocco
Appunti per una giustificazione liberale della pena 245

Enzo Colarullo
L'interpretazione costituzionale della legge: il metodo e alcuni esempi dalla giurisprudenza 273

Paoloefisio Corrias
L'assicurabilità dei fatti pregressi nelle assicurazioni della responsabilità civile 291

Maria Francesca Cortesi
La riforma dell'ordinamento penitenziario per i condannati adulti (dai d.lgs. nn. 123-124 del 2018 al d.l. n. 18 del 2020) 305

Andrea Deffenu - Stefano Aru
Per un rilancio della specialità nel quadro del regionalismo delle differenze 327

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Carlo Dore

*Prestito vitalizio ipotecario: tra tutela del credito e varianti esecutive dell'*Obligationsprogram 345

Rossella Fadda

La legge n. 40/2004 tra morale kantiana e diritto alla procreazione 373

Riccardo Fercia

Gli effetti dell'atto obbligante tra mera bilateralità ed interdipendenza dei rapporti nel diritto romano classico 393

Gianmarco Gometz

Psicoprivacy *e libertà di pensiero* 425

Olimpia Giuliana Loddo

La disciplina del trattamento dei dati delle persone giuridiche 443

Giuseppe Lorini

"Chiamare le cose con il loro nome". La filosofia della giuridicità di Antonio Pigliaru 455

Giovanni Manca

Riparazione alternativa al diritto penale in Italia? Il modello fuori rotta *della 'sanzione pecuniaria civile'* ex *d.lgs. n. 7/2016* 463

Anna Maria Mancaleoni

La 'sorte' del diritto privato europeo post-Brexit nel Regno Unito: il punto della situazione 481

Marcella Martis

Il Temporary Framework *dettato dalla Commissione Europea in occasione dell'emergenza sanitaria scaturente dal Covid-19, recepisce l'approccio comunitario tendente alla modernizzazione della nozione degli aiuti di Stato* 503

Enrico Mastinu

Legge e contratto collettivo nella disciplina del lavoro pubblico regionale. Note a margine della vicenda concernente i giornalisti assunti presso le giunte e i consigli regionali 523

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Carlo Pilia
I diritti abitativi nelle crisi familiari 545

Anna Pintore
Il formalismo giuridico: un confronto tra Jori e Schauer 587

Alessandra Pisu
Diritto alla salute e responsabilità medica alla prova del Covid-19 617

Stefania Puddu
Istruzione e inclusione: profili giuridici e parametri giurisprudenziali 641

Marianna Rinaldo
L'ammissibilità della nullità "selettiva" invocata dall'investitore in funzione applicativa della nullità di protezione 651

Ilenia Ruggiu
Judges and Cultural Disputes: How to Introduce Anthropological Knowledge into the Trial 669

Maria Virginia Sanna
Φάρμακα, medicamenta, pocula*: il procurato aborto da una* lex regia *di Romolo a Giustiniano* 685

Anna Maria Siniscalchi
La natura della nullità degli atti traslativi di immobili privi delle dichiarazioni urbanistiche del venditore 709

Stefano Tatti
Baratto amministrativo e crediti non tributari 723

Anna Paola Ugas
Alcune osservazioni su indebito e azioni possessorie con lo sguardo al preliminare ad effetti anticipati 731

Gli autori 743

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

INTRODUZIONE

La pandemia da coronavirus che si è abbattuta nel mondo nei primi mesi del 2020 – certificata dalla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020 di dichiarazione dello stato di emergenza – ha imposto ai cittadini una rivoluzione degli stili di vita e più in genere dei comportamenti, successivamente provocando una enorme crisi economica dai confini ancòra del tutto incerti. L'Italia è stato il primo paese in Europa ad affrontare l'epidemia di COVID-19. Al 1° ottobre 2020, le autorità sanitarie italiane hanno riportato 35.918 decessi a livello nazionale. Per controllare l'epidemia, il governo italiano ha imposto una serie di interventi tra cui la chiusura di scuole ed università (v. P. Ciarlo, *La scuola come contropotere critico (ovvero in difesa della didattica in presenza)*, in questi *Annali*, 2020, p. 227), delle attività commerciali, il distanziamento sociale e la quarantena (col conseguente divieto di assembramenti sia pubblici sia privati e di effettuare spostamenti non essenziali). La cognizione dei dati statistici è importante per comprendere la gravità e la profondità del contagio nella nostra società (rimando al rapporto Istat e Iss del 4 maggio 2020). Il primo caso italiano di Covid-19 viene segnalato in Lombardia il 20 febbraio 2020. La diffusione geografica dell'epidemia di Covid-19 si è presentata eterogenea: è stata molto contenuta nelle Regioni del Sud e nelle Isole, mediamente più elevata in quelle del Centro rispetto al Mezzogiorno e molto elevata nelle regioni del Nord. La letalità è più elevata in soggetti di sesso maschile in tutte le fasce di età, ad eccezione della fascia 0-19 anni. Nel 34,7% dei casi segnalati viene riportata almeno una co-morbilità (una tra: patologie cardiovascolari, patologie respiratorie, diabete, deficit immunitari, patologie metaboliche, patologie oncologiche, obesità, patologie renali o altre patologie croniche). Le province più colpite dall'epidemia hanno pagato un prezzo altissimo in vite umane, con incrementi percentuali dei decessi nel mese di marzo 2020, rispetto al marzo 2015-2019, a tre cifre: Bergamo (568%), Cremona (391%), Lodi (371%),

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Brescia (291%), Piacenza (264%), Parma (208%), Lecco (174%), Pavia (133%), Mantova (122%), Pesaro e Urbino (120%).

Gli Stati (quasi tutti) hanno reagito alla pandemia imponendo il distanziamento sociale. L'Italia ha attuato il c.d. *lockdown* per la preservazione della salute della comunità tramite una vera e propria "legislazione di guerra", certamente spesso contraddittoria e criticabile sotto più profili, che ha interessato sia la sfera del pubblico sia quella del privato (rimando a C. Cicero, *Chiose sul rapporto giuridico nella crisi di emergenza sanitaria*, in *Riv. not*., 2020, fasc. 6). Il distanziamento sociale si è riverberato anche nel diritto processuale, con la sospensione dei processi e le polemiche attinenti al processo civile telematico e (cosa delicatissima) all'udienza penale da remoto. Il diritto notarile dal canto suo è stato investito dalle riflessioni sull'opportunità e legittimità del c.d. atto a distanza nonché sull'esigenza di una rivisitazione della legge notarile.

I profili pubblicistici più importanti nel periodo di emergenza sanitaria, che meritano l'attenzione dell'interprete, attengono indubbiamente in Italia all'uso di decreti amministrativi finalizzati alla (pur temporanea) compressione di libertà (personale, di circolazione, di riunione, di impresa, di libertà religiosa) di rango costituzionale, al fine della tutela della salute pubblica. Ragionando in questo modo, si è verificata l'illimitata espansione del diritto alla salute *ex* art. 32 Cost. (sebbene andrebbe valutata la contingenza che ha imposto la sua espansione) a scapito delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente protette (v. Cons. Stato, 30 marzo 2020, n. 1553). Si è sospeso momentaneamente, in altri termini, il necessario e vicendevole bilanciamento tra i diritti fondamentali, senza che si sia proceduto a una attenta valutazione se la detta sospensione – finalizzata alla tutela della vita – rispondesse ai criteri della ragionevolezza e della proporzionalità. Ciascuno di noi si è trovato, all'inizio incredulo, a dover autodichiarare il motivo della propria circolazione nel territorio, secondo casi tassativi previsti non già nella legge dello Stato ma in atti amministrativi, rendendo l'autodichiarazione non più un diritto del cittadino ma un suo dovere (F. Ancora, *Coronavirus, spostamenti, motivazioni, autocertificazione*, in questi *Annali*, 2020, p. 25). La compressione del culto religioso non ha tenuto conto dell'impianto normativo che regola i rapporti tra Stato e Chiesa. La legge di riforma del Concordato Lateranense, ispirata sia ai principi della Carta Costituzionale repubblicana – per quanto riguarda lo Stato Italiano – sia alle dichiarazione del Concilio Ecumenico Vaticano II circa

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

la libertà religiosa e i rapporti tra la Chiesa e la comunità politica – per quanto riguarda la Chiesa Cattolica – oltre a regolare materie miste di reciproco interesse (enti ecclesiastici, sostentamento del clero, rapporti finanziari, insegnamento della religione nelle scuole, libertà di insegnamento ecc.), riconosce alla Chiesa Cattolica «la piena libertà di svolgere la sua missione pastorale, educativa e caritativa, di evangelizzazione e di santificazione. In particolare è assicurata alla Chiesa la libertà di organizzazione, di pubblico esercizio del culto, di esercizio del magistero e del ministero spirituale, nonché della giurisdizione in materia ecclesiastica» (art. 2 l. 121/1985), nel più generale quadro dell'essere lo Stato e la Chiesa «ciascuno nel proprio ordine indipendenti e sovrani, impegnandosi al rispetto di tale principio nei loro rapporti e alla reciproca collaborazione, per la promozione dell'uomo e il bene del Paese" (art. 1 l. 121/1985). In questo quadro, la «libertà di organizzazione» e soprattutto il «pubblico esercizio del culto», non costituendo limiti ai diritti fondamentali di altri cittadini ed anzi conformandosi in modo ancor più pieno al principio fondamentale sancito dall'art. 19 della Costituzione di libera professione della propria fede e di esercizio pubblico del culto, non possono essere limitati non solo da norme di legislazione ordinaria, ma ancor di più da provvedimenti, anche di contenuto generale, dell'autorità amministrativa (C. Cardia, *La Chiesa tra storia e diritto*, Torino, 2010, p. 141).

A livello locale, si è assistito, ulteriormente, alla ribalta del c.d. minilegislatore, con l'esplosione di un conflitto di competenze tra Stato e Regioni specialmente in materia di tutela della salute. Tale conflitto è successivamente aumentato nella c.d. fase due, della riapertura e della ripresa delle attività economiche, caratterizzata per una frammentazione delle decisioni a livello locale, prima regionale e poi addirittura anche soltanto comunale. Queste situazioni, che nascondono *ictu oculi* la volontà degli amministratori di evitare qualunque responsabilità delegando l'attività politica agli scienziati, si sono verificate per la momentanea sospensione (di fatto) della democrazia parlamentare, della dialettica politica, a cagione dello "stato d'eccezione", che pur certamente non previsto in Costituzione tuttavia si è per la prima volta dalla fine della seconda guerra mondiale affacciato – in concreto e d'impeto – nella vita dell'uomo comune e delle istituzioni.

Il profilo meno gradevole del suddetto stato d'eccezione è stato il fenomeno (credo molto italico) che ha visto proliferare (aldilà del valore dei singoli) i commissari, i consulenti, i comitati, ai quali talvolta

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

sono stati attribuiti poteri incisivi, quasi fossero una poliarchia tecnocratica.

L'incertezza normativa, aumentata a livello esponenziale perché sovente contenuta in fonti terziarie, in taluni casi sporadici ha dato adito da parte dell'autorità alla contestazione di comportamenti né illegittimi né pericolosi con l'elevazione di sanzioni amministrative in ossequio a una discrezionalità irragionevole (si pensi a chi ha subito la sanzione per aver accompagnato il familiare in ospedale per sottoporsi al ciclo di chemioterapia, oppure al sacerdote rozzamente redarguito e interrotto durante la celebrazione della messa tenuta in ambiente ampio davanti a una decina di fedeli) e sproporzionata (ricordiamo l'immagine del *runner* solitario nella spiaggia individuato col drone e con l'ausilio di un elicottero).

Nei nostri colloqui telefonici in quarantena, un caro amico e collega ha sostenuto che forse l'Italia ha rischiato di assistere inconsapevolmente all'applicazione della grammatica totalitaria di matrice schmittiana, volta a interpretare la Carta alla luce dei pericoli incombenti (Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich*, Bologna, 1989, p. 186).

Il privatista dal canto suo è tenuto ad indagare in questo periodo i riflessi della pandemia in particolare sui rapporti contrattuali, sulla responsabilità sanitaria (rimando a A. Pisu, *Diritto alla salute e responsabilità medica alla prova del Covid-19*, in questi *Annali*, 2020, p. 613) e sulla tutela dei dati personali.

Con riferimento alla responsabilità sanitaria, è facile ritenere che presto arriveranno le Procure ad occuparsi di alcune vicende legate allo sviluppo incontrollato della pandemia (ad es., nelle Rsa in Lombardia), e assisteremo purtroppo a un triste rimpallo di responsabilità tra amministratori locali, dirigenti di strutture sanitarie, medici ecc. L'emergenza sanitaria da COVID 19 ha imposto talvolta al medico impegnato nel *triage* scelte eticamente impegnative e personalmente dolorose nella fase di disproporzione tra domanda e offerta di assistenza, senza tacere che la fase emergenziale non ha ovviamente eliminato le altre malattie, sol che si consideri come durante la pandemia la mortalità per infarto secondo la Società italiana di cardiologia si è triplicata passando dal 4.1 % al 13.7%, con la riduzione dei ricoveri pari al 60%.

La pandemia ha anche imposto un ripensamento del diritto alla *privacy*, in ordine al tracciamento degli spostamenti delle persone al fine di monitorare la catena epidemiologica del virus. La tracciabilità

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

ha creato varie polemiche, arrecando in ipotesi un *vulnus* alla *privacy* dell'individuo. In realtà, essa appare fondamentale per controllare l'espansione dell'epidemia, e comunque andrebbe sottolineato che la *privacy* si trova ben più esposta ad es. con l'uso dei *social network*. Il 16 aprile il Governo italiano ha scelto l'app "Immuni", sviluppata dalla società Bending Spoons, che consentirà di tracciare i contagi e dunque di monitorare la diffusione del coronavirus nella "fase 2" della ripresa. L'app dovrebbe funzionare tramite *bluetooth* e non tramite *gps*, in tal modo non trasmettendo dati sulla posizione del soggetto ma soltanto un *alert* allorché si entra in contatto con una persona positiva. Il Garante italiano si è espresso con il parere del 29 aprile 2020, ribadendo i principi che devono guidare il "legislatore": α) volontarietà, da intendersi in chiave di decisione spontanea da parte del cittadino e di esclusione di qualunque effetto negativo per la sua sfera giuridico-patrimoniale in caso di non adesione, sia nei rapporti con lo Stato sia nei rapporti coi soggetti privati [mi viene da ipotizzare il possibile (illegittimo) negato imbarco aereo del passeggero sprovvisto dell'app]; β) previsione normativa; ɣ) trasparenza; δ)determinatezza ed esclusività della finalità; ε) reciprocità di anonimato tra gli utenti dell'app.

La pandemia da coronavirus ha inciso non poco nell'area contrattuale. La crisi economica scaturita dalle chiusure obbligatorie dei locali commerciali e delle attività d'impresa in genere, inevitabilmente si è riverberata sulla capacità degli operatori economici di onorare i corrispettivi nella fase di *lockdown* (ad es., a titolo di pagamento dei canoni di locazione, di pagamento delle forniture, di pagamento degli stipendi nei contratti di lavoro, ecc.), e di continuare a farlo successivamente alla riapertura in presenza di un calo vistoso dei volumi di affari (rimando alla lettura agile di N. Irti, *Il diritto pubblico e privato in un'epoca che fa eccezione*, in *Il Sole 24 Ore*, 5 maggio 2020, p. 20).

Una prima riflessione va subito rivolta alla legislazione utile per dare soluzione al possibile contenzioso, se sia utile una normativa d'emergenza oppure se sia preferibile il ricorso alle categorie del diritto generale delle obbligazioni e dei contratti. A tale proposito, non può sottacersi l'esigenza di distinguere α) l'inadempimento da *lockdown*, avvenuto si vuol dire in occasione della chiusura delle attività commerciali per effettuare il distanziamento sociale, rispetto ß) all'inadempimento avvenuto successivamente, in seguito alla riapertura delle attività, ma riconducibile alla crisi economica causata dalla chiu-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

sura per l'emergenza sanitaria. Dare risposta alla prima questione è a mio avviso semplice. Soccorre a tale riguardo la categoria generale della risoluzione per impossibilità sopravvenuta, espressione del sinallagma funzionale del contratto. L'irrealizzabilità della causa in concreto del negozio impone il venir meno del vincolo obbligatorio. L'impossibilità da *lockdown* è chiaramente temporanea, e darà luogo a una riduzione della controprestazione in misura proporzionale alla riduzione della prestazione. A livello europeo, in Germania va segnalato l'art. 240 EGBGB in tema di regolamentazioni contrattuali in occasione della pandemia di COVID-19 (*Vertragsrechtliche Regelungen aus Anlass der COVID-19-Pandemie*), ove espressamente si legge – ad es. in tema di limitazione della risoluzione del contratto di locazione e dei contratti di locazione (*Beschränkung der Kündigung von Miet- und Pachtverhältnissen*) – che il proprietario non può interrompere un contratto di locazione di terreni o spazi esclusivamente per il fatto che l'inquilino non paga l'affitto nel periodo dal 1 aprile 2020 al 30 giugno 2020 nonostante la data di scadenza (*Der Vermieter kann ein Mietverhältnis über Grundstücke oder über Räume nicht allein aus dem Grund kündigen, dass der Mieter im Zeitraum vom 1. April 2020 bis 30. Juni 2020 trotz Fälligkeit die Miete nicht leistet, sofern die Nichtleistung auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht*).

I problemi più gravi si porranno nella fase successiva al *lockdown*, in cui l'inadempimento non dipenderà più dall'impossibilità giuridica di svolgere l'attività economica, bensì dalla crisi economica susseguente. Si tratterà di fattispecie che nei tempi ordinari sarebbero catalogabili in chiave di impotenza finanziaria, dando luogo a una responsabilità del debitore da comune insolvenza irrilevante ai fini dell'esenzione da responsabilità ai sensi dell'art. 1218 c.c. Per tali ipotesi, da più parti si sollevano richieste di una legislazione emergenziale speciale, ulteriore a quella generale. Indubbiamente la realtà economica postpandemica ci consegna un'immagine dei rapporti obbligatori apparentemente alterata rispetto al disegno originario del codice civile, talché quest'ultimo non sarebbe idoneo a darne regolamentazione. Tra il *prius* e il *posterius* della pandemia vi sarà un punto di collisione individuabile nell'area ove si collocano l'esigibilità e l'esazione. A me pare che vada tenuta in considerazione un recente intervento formulato da una dottrina, amica e autorevole (mi riferisco a A.M. Benedetti, del quale qui cito l'Opera *Le autodifese contrattuali*, Milano, 2011, pp. 30-31). La proposta inerisce all'obbligo di ri-

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

negoziare i termini del rapporto contrattuale, per adeguarli a uno scenario impreveduto e imprevedibile, riallocando *equamente* tra le parti il rischio contrattuale. L'autotutela sembrerebbe particolarmente coerente con l'attuale situazione emergenziale, che si è immediatamente riflessa anche nella generale sospensione della giustizia civile (art. 83, d.l. 17 marzo 2020, n. 18). Va ricordato che in questa lunghezza d'onda l'art. 1195 *Code civil*, dispone che la parte onerata *peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant.*

L'interprete mi pare che debba trovare nella parte generale del codice civile sulle obbligazioni e sui contratti la soluzione ai problemi sollevati, nella convinzione che il codice contenga le categorie utili ai fini della riconduzione a equità dei rapporti giuridici contrattuali quando le condizioni economiche delle parti vengono stravolte dal *factum principis*, prima, e dalla crisi economica, dopo.

In questo periodo così difficile, il Dipartimento di Giurisprudenza consegna alle stampe questo volume di *Annali*, tomo I (al quale seguirà se le circostanze lo consentiranno un ulteriore volume), in ideale prosecuzione dei prestigiosi *Studi economico giuridici* della vecchia Facoltà di Giurisprudenza, che contiene scritti di sicuro interesse anche interdisciplinare, e testimonia l'attività di ricerca delle componenti del Dipartimento anche in questa complessa fase caratterizzata dall'emergenza sanitaria.

Cagliari, 1° ottobre 2020

Cristiano Cicero

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Daniele Amoroso*

Autonomous Weapons Systems and International Humanitarian Law: Some Remarks on the Principles of Distinction and Precaution

1. – The aim of this writing is to provide a (small) contribution to the hotly debated issue – which is currently discussed by a Group of Governmental Experts (GGE) within the institutional context of the Convention on Conventional Weapons[1] – of the compatibility of so-called Autonomous Weapons Systems (AWS) with the principles of International Humanitarian Law (IHL),[2] by focusing in particular on the principles of distinction and precaution.

Before delving into this topic, a preliminary note is in order. Since the issue of the definition of AWS is still a controversial one among States and scholars, it seems expedient to clarify at the outset what definition of AWS will be employed in this discussion. Following the path already taken by the United States (US),[3] the International Com-

* This contribution is based on a lecture given on the issue of "Autonomous Weapons Systems and International Humanitarian Law" at the Winter Academy on "Artificial Intelligence and International law" (The Hague, 22 January 2020), organized by the Asser Institute.

[1] The GGE, which is currently the main forum where the issue of autonomy in weapons systems is debated at the international level, has been established at the end of 2016 by the Fifth Review Conference of the CCW High Contracting Parties. See Final Document of the Fifth Review Conference, 23 December 2016, UN Doc. CCW/CONF.V/10, Decision 1. Since 2017, it has met every year. The main outcome of its work has been the adoption by consensus of a soft law instrument, the Guiding Principles on LAWS. See Final Report of the 2019 Meeting of the High Contracting Parties to the CCW, 15 November 2019, UN Doc. CCW/MSP/2019/CRP.2/Rev.1, Annex III.

[2] For an overview, see M. Brenneke, *Lethal Autonomous Weapon Systems and Their Compatibility with International Humanitarian Law: A Primer on the Debate*, in *Yearbook of Int. Humanitarian L. 2018*, 2020, p. 59 f.

[3] US DoD, Directive 3000.09, "Autonomy in Weapons Systems", 21 November 2012, p. 13.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

mittee of the Red Cross (ICRC),[4] and the Campaign to Stop Killer Robots,[5] I will consider as a necessary condition for autonomy the capability of a weapon system, once activated, of performing the "critical functions" of selecting and engaging targets without human intervention. As one may see, this condition for autonomy is "task-oriented" in that it does not require weapons systems to be endowed with particularly advanced AI technologies to count as "autonomous".[6] A number of presently operating weapons systems meet this condition.[7] These include anti-materiel defensive systems like the German MANTIS;[8] a variety of offensive fire-and-forget munitions, like the UK Brimstone missiles, which are capable of searching for and hitting targets within a "kill box" designated by the human operator;[9] loitering weapons systems like the Israeli anti-radiation Harpy NG system, which can overfly the assigned area for up to 9 hours in search of enemy radar sources to shoot down;[10] and stationary robotic sentinels, like the South-Korean Super aEgis II, which patrols the border between North and South Korea.[11] Of course, this definition covers also the offensive AWS of the future, such as the swarms of micro-drones which are at the centre of several recent military research programs.[12]

I will not dwell at length on the reasons for this choice. It suffices to consider, first, that – as we saw – crucial stakeholders have converged around this formulation of central properties of "auton-

[4] ICRC, *Views of the International Committee of the Red Cross on autonomous weapon system*, paper submitted to the Informal meeting of experts on lethal autonomous weapons systems of the Convention on Certain Conventional Weapons (CCW), Geneva, 11 April 2016, p. 1.

[5] Campaign to Stop Killer Robots, *Urgent Action Needed to Ban Fully Autonomous Weapons*, 23 April 2013, p. 1.

[6] P. Asaro, *What is an "Artificial Intelligence Arms Race" Anyway?*, in *I/S: A J. of L. and Policy for the Information Society*, 2019, p. 45 f., p. 60.

[7] V. Boulanin and M. Verbruggen, *Mapping the Development of Autonomy in Weapon Systems. SIPRI Report*, Solna, 2017.

[8] See www.army-technology.com/projects/mantis/.

[9] UK Royal Air Force, *Aircraft & Weapons*, 2007, p. 87.

[10] See https://www.rafael.co.il/worlds/land/trophy-aps/.

[11] Simon Parkin, "Killer Robots: The soldiers that never sleep", *BBC*, 16 July 2015, available at: www.bbc.com/future/story/20150715-killer-robots-the-soldiers-that-never-sleep.

[12] On which, see M. Verbruggen, *The Question of Swarms Control: Challenges to Ensuring Human Control over Military Swarms*, Non-Proliferation and Disarmament Paper No. 65, December 2019.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

omy": a technologically most advanced military power (the US), the main international humanitarian organisation (the ICRC), and the coalition of NGOs advocating a ban on AWS (SKR); second, it enables one to focus on what constitute the main source of present ethical and legal concerns, namely the capability of a weapon system to replace human decision-makers in the performance of morally-sensitive tasks governed by international humanitarian law.[13]

To be clear, these are concerns that may arise also in relation to relatively rudimentary AWS, such as the Israeli Harpy NG loitering munition system. Its extended time window for loitering, jointly with its limited perceptual discrimination capacities, makes its autonomous exercise of targeting functions troublesome, especially in dynamic warfare scenarios where civilians and civilian objects may suddenly come in sight.[14]

2. – An obvious starting point for a discussion on AWS and IHL is represented by Article 36 of the First Additional Protocol to the Geneva Conventions (AP I), which posits that in the study, development, acquisition or adoption of new weapons, means or methods of warfare, States are under an obligation to determine whether their employment would, in some or all circumstances, be prohibited by IHL.[15]

The applicability of Article 36 to AWS is undisputed and it has also been acknowledged by the GGE. Yet, as well underlined by the Swiss delegation during one of the Informal Meetings of Experts that preceded the establishment of the GGE, Art. 36 reviews have to be reconceived in order to address the "conceptual challenge" posed by the autonomous performance of the critical functions of selecting and engaging targets.[16] In particular, reviews cannot be limited to assessing whether AWS' technical features allow humans behaving in compliance with the applicable norms of international law, but should

[13] Boulanin and Verbruggen, *Mapping*, cit. *supra*, p. 18.

[14] N.E. Sharkey, *The Evitability of Autonomous Robot Warfare*, in *Int. Rev. of the Red Cross*, 2012, p. 787 f., p. 788.

[15] Art. 36 of the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (AP I), 8 June 1977.

[16] Switzerland, *Towards a "compliance-based" approach to LAWS*, Working Paper submitted to the 2016 Informal Meeting of Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS), Geneva, 30 March 2016, para. 23.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

rather be aimed at verifying whether the weapon itself is capable of acting lawfully when taking "determinations in the targeting cycle which traditionally are being taken care of by a human operator".[17]

A common way to address this conceptual challenge in the AWS debate is by making reference to the Turing Test. The Turing test may be described as a test of a machine's ability to demonstrate human-like intelligent behavior and can be roughly as follows: a human evaluator assists to a typewritten conversation between a human and a machine; the latter passes the test if the evaluator fails to reliably distinguish the human from the machine.[18] In 2008, at a Conference hosted by the Royal United Service Institute in the UK, the application of a similar test was advocated in relation to autonomous weapons systems. Under this test, labelled "Military" Turing test, the legality of AWS would have been conditional upon their capability to take lawful targeting decisions as good as a human soldier.[19] In the same years when the Military Turing test was first proposed, Ronald Arkin, a roboticist from the Georgia Tech College of Computing, was already working on how to develop a machine that would have passed it. Starting from 2007, indeed, Arkin has published several works arguing that AWS can be programmed so as to ensure their abidance "by the internationally agreed upon Laws of War", by designing them with an "ethical governor", namely a component inhibiting the machine from taking courses of action in violation of the principles of international humanitarian law (IHL).[20] While acknowledging the daunting scientific challenges ahead, he viewed this development not only as technically feasible, but also as normatively desirable in that AWS would "perform better than human soldiers operating under similar circumstances", being unconcerned with self-preservation, and immune to obnoxious human emotions such as fear, anger, and frustration.[21]

Arkin's "promise" of an ethically-restrained AWS was fiercely criticized in a long series of articles and public interventions by Noel

[17] *Ibidem*.

[18] A.M. Turing, *Computing Machinery and Intelligence*, in *Mind*, 1950, p. 433 f.

[19] A. Krishnan, *Killer Robots: Legality and Ethicality of Autonomous Weapons*, Farnham/Burlington, 2009, p. 110.

[20] R.C. Arkin, *Governing Lethal Behavior in Autonomous Robots*, Boca Raton 2009, p. xvii, pp. 127-133.

[21] *Ibidem*, pp. 29-36.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Sharkey, professor (now emeritus) of AI and robotics at the University of Sheffield, who branded Arkin's research hypothesis as little more than wishful thinking.[22]

At this juncture, one may legitimately wonder what would be, precisely, the role of legal analysis in this debate. After all, a lawyer has little to say about what military technology will be capable of. This is a technical judgement reserved to roboticists and AI experts. Given the eminently legal character of the test, however, what international lawyers can and should do is to correctly construe its content and, on this basis, make a legal assessment of the present state of technology and the current research trends in the field of autonomy in weapons systems.[23]

Against this backdrop, in the pages that follow I will "test" – metaphorically speaking, *ça va sans dire* – the legality of AWS in the light of two basic principles of IHL: the principle of distinction and that of precaution.[24] As one may see, the former is reminiscent of the Military Turing test mentioned above, in that it directly focuses on whether AWS could take targeting decisions in compliance with IHL. The latter, however, takes us beyond the Turing Test metaphor. This is because an assessment as to the congruence of autonomy in weapons systems with IHL should not be limited to a measurement of AWS' performances, but should also call for a more general evaluation as to whether IHL conceives of human control as a (necessary) precaution against unlawful harm.

3. – The principle of distinction has been aptly described as laying the "foundation" upon which the entire corpus of IHL would rest.[25] At a first sight, the prescriptive content of the principle seems

[22] For a first formulation of this criticism, see N.E. Sharkey, *Automated Killers and the Computing Profession*, 2007, in *Computer*, p. 124 f.

[23] I.S. Henderson, P. Keane and J. Liddy, *Remote and Autonomous Warfare Systems: Precautions in Attack and Individual Accountability*, in in J.D. Ohlin (ed.), *Research Handbook on Remote Warfare*, Cheltenham/Northampton, 2017, p. 335 f., p. 342.

[24] For an insightful analysis regarding AWS' compliance with the other basic principle of IHL, that of proportionality, see J. van den Boogaard, *Proportionality and Autonomous Weapons Systems*, in *J. of Int. Humanitarian Legal Studies*, 2015, p. 247 f.

[25] See the commentary to additional protocols edited by the ICRC (Y. Sandoz, C. Swinarski and B. Zimmermann, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, 1987, p. 598).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

crystal-clear: do not attack civilians and civilian objects or, to put it the other way around, do attack only combatants and military objectives.

This picture is enriched by a number of further protective rules which, while not aimed at immunizing the civilian population from direct attacks, raises analogous issues of distinction, the most important of which is constituted by the norm prohibiting attacks against persons *hors de combat*, namely – according to the definition set forth by Art. 41(2) AP I – those enemies who clearly expresses an intention to surrender; or are defenceless because of unconsciousness, shipwreck, wounds or sickness; provided that they abstain from any hostile act and do not attempt to escape.

As I said, the prescription stemming from the principle of distinction may at first sight come across as one of easy application. The problem is that battlefields are less and less made of bright lines. On the one hand, guerrilla warfare is often resorted to also in the context of international armed conflicts, raising the problem of establishing individual membership to irregular armed forces who, unlike what happens with regular ones, do not generally wear uniforms or other distinctive signs. On the other hand, civilians do not always abstain from participating – in one way or another – to the hostilities. This latter problem is addressed in very general terms by Article 51(3) AP I, which suspends civilians' immunity from attacks "for such time as they take a direct part in hostilities", but fails to offer proper directions however as to what counts as "direct participation in hostilities".

In the attempt to shed light on these questions, in 2009 the ICRC issued an *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, authored by the then ICRC's Legal Adviser Nils Melzer.[26] The ICRC identified three cumulative criteria to establish whether an act is one of "direct participation in hostilities":

– The act must reach a "threshold of harm", namely it must be likely to adversely affect the military operations or capacity of a belligerent party or, alternatively, to harm persons or objects protected against direct attack, and

[26] N. Melzer, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, Geneva, 2009.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

– there must be a direct causal link between the act and the harm likely to result either from that act, or from a coordinated military operation of which that act constitutes an integral part, and

– the act must be specifically designed to directly cause the required threshold of harm in support of a party to the conflict and to the detriment of another (belligerent nexus).

The same criteria are employed by the ICRC also to identify members of irregular armed forces, who are those carrying out acts of direct participation in a continuous manner (so-called "continuous combat function" criterion).[27]

To be clear, these criteria have not yet been universally accepted.[28] In the ensuing analysis, I will take as a reference the authoritative view of the ICRC with the caveat that, even if we adopted the more liberal approaches proposed by the critics of the Interpretive Guidance, this would not significantly diminish the perceptual and evaluative challenges posed to AWS by the notion of direct participation in hostilities.

Another tricky issue in IHL is posed by objects sometimes labelled as "dual-use", namely those civilian objects that, similarly to civilians taking part to hostilities, lose their immunity from attacks because, by their use or purpose (i.e. by their actual or intended use), they make an effective contribution to the military action of the enemy.[29] The construction of the "purpose" and "use" criteria is indeed featured by a number of grey areas as well. This is illustrated by an oft-cited example: television and radio broadcasting stations, like the Radio Television of Serbia, whose headquarters in Belgrade were bombed in 1999 by NATO forces. While it is unlawful to target

[27] N. Melzer, *Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC's Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities*, in *New York J. of Int. L. and Policy*, 2010, p. 831 f., p. 854.

[28] See, for instance, the critical remarks by K. Watkin, *Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC "Direct Participation in Hostilities" Interpretive Guidance*, in *New York J. of Int. L. and Policy*, 2010, p. 641 f.; M.N. Schmitt, *Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements*, in *New York J. of Int. L. and Policy*, 2010, p. 697 f.; W.H. Boothby, *"And for Such Time As": The Time Dimension to Direct Participation in Hostilities*, in *New York J. of Int. L. and Policy*, 2010, p. 741 f.

[29] C. Byron, *International Humanitarian Law and Bombing Campaigns: Legitimate Military Objectives and Excessive Collateral Damage*, in *Yearbook of Int. Humanitarian L. 2010*, 2011, p. 175 f., pp. 183-188.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

them, as it is sometimes done, only to halt the enemy's propaganda machine (because that would constitute a too remote military advantage), television and broadcasting stations constitute legitimate targets when they are part of the Command, Control and Communications network of the enemy's army, as it was arguably the case of the Radio Television of Serbia.[30]

4. The foregoing overview provides us with an adequately representative sample of identification tasks that an AWS should be legally required to perform with a view to complying with distinction obligations under IHL. To describe in a synthetic fashion what it takes to properly perform these tasks in a warfare scenario, it is sometimes used a notion borrowed from ergonomics (but more and more resorted to in military studies): that of situation awarenessa, i.e. the knowledge of "the state of a dynamic environment".[31] The performance of these activities, in other terms, requires not only that the pertinent rules of international law are properly coded into AWS' algorithms, but also – and even more importantly – that weapons system are endowed with the capability to autonomously "sense" and "assess" the surrounding environment.[32]

A helpful model to understand the issue of situation awareness was set out by Mica Endsley, former Chief Scientist of the US Air Force, who dissected it into three inter-related and hierarchically structured components: "Perception of the elements in the environment" (Level 1), "Comprehension of the current situation" (Level 2), "Projection of future status" (Level 3).[33] The usefulness of this model will be apparent if we consider the case of the identification of a surrendering combatant. In order to comply with the prohibition of attacking per-

[30] This point was clearly made by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia (Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia, 13 June 2000, paras. 47, 55 and 77).

[31] M.R. Endsley, *Toward a Theory of Situation Awareness in Dynamic Systems*, in *Human Factors*, 1995, p. 32 f., p. 36.

[32] L. Suchman, *Situational Awareness and Adherence to the Principle of Distinction as a Necessary Condition for Lawful Autonomy*, Briefing Paper to CCW Informal Meeting of Experts on Lethal Autonomous Weapons, Geneva, 12 April 2016.

[33] Endsley, *Toward a Theory of Situation Awareness*, cit. *supra*, p. 36.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

sons hors de combat, an AWS should be able to perform the following sub-tasks *i)* to recognize a certain object as a human combatant and to perceive his/her gestures (perception of the elements of the environment, both in their static and dynamic dimensions); *ii)* to infer from his/her appearance and gesture, as well as from the context, that (s)he is conveying a message of surrender (comprehension of the current situation); *iii)* to predict, on the basis of the combatant's behavior, whether (s)he does or does not intend to re-engage in hostile acts or attempt to escape (projection of a future status).

I will now briefly highlight the problems that autonomy in weapons systems is going to face, by using as reference the levels of situation awareness identified by Mica Endsley.

5. Let us start with the lowest level of SA, namely the perception "of the status, attributes, and dynamics of relevant elements in the environment".[34] Battlefield scenarios may consist of a myriad of elements, but of course not all of them need to be perceived by the decision-maker, be it a human or a machine. For the purposes of IHL, it is sufficient that an AWS is able to recognize the elements whose perception, misperception, or non-perception could affect the lawfulness of its targeting decisions. How demanding this will be for an AWS depends on a number of variables. In this respect, one may distinguish between tractable recognition tasks and perceptual challenges that are still unmatched by current AI research.

A distinction task that is typically tractable by existing AWS is the recognition of so-called "cooperative" objects. Cooperative objects "are those that are actively emitting a signal, which makes them easier to detect".[35] A classic example is the radar that allows enemy forces to find its position by emitting electromagnetic pulses, which are discernible by passive sensors (i.e. sensors that only receive information from the surrounding environment). The autonomy of the Israeli Harpy NG anti-radiation munitions is based on this relatively simple technology that, however, does not allow the weapon to establish whether the source of radio emission is located in the proximity of a protected object (e.g. a school).[36]

[34] *Ibidem*.

[35] P. Scharre, *Army of None. Autonomous Weapons and the Future of War*, New York/London 2018, Ch. 5.

[36] Sharkey, *The Evitability*, cit. *supra*, p. 788.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Quite interestingly, there are some norms of IHL that promote "cooperation" from protected objects in order to prevent them from being targeted. Annex I to AP I, in particular, contains very detailed provisions regulating the emission of specific light, radio, and electronic signals by medical aircrafts, vessels, and vehicles with a view to making them easily detectable by the Parties to the conflict.[37]

Yet, theatres of war are often populated by "non-cooperative" objects, be them targetable (e.g. a tank) or protected from attacks (e.g. a school bus), which do not send out signals that may be detected by passive sensors. In this case, the AWS should be able to "sense" the operational area; to "discern" the objects of interest from the surrounding environment; and to "recognize" the objects, by associating each of them to a certain class (e.g. tanks, non-military vehicles, combatants).

Some norms of IHL are in fact aimed at assisting this activity, insofar as they require the display of easily discernible distinctive signs in order to flag that a certain object is not a lawful target. One could think, in this respect, to the provisions governing the use of the emblem of the red cross (and the like) for medical service,[38] the blue shield for cultural property,[39] and the three bright orange circles signaling "works and installations containing dangerous forces".[40] The same goes for the combatants' obligation "to distinguish themselves from the civilian population [e.g. by wearing uniforms] while they are engaged in an attack or in a military operation preparatory to an attack".[41] In these cases, object perception would boil down to the relatively affordable task of identifying the distinctive signs.

The identification of fast-approaching incoming threats, such as missiles, rockets or aircrafts, is not particularly demanding as well, as it is generally carried out in the light of two simple criteria: speed and trajectory. These are detected with an acceptable degree of reli-

[37] Annex I (to Protocol Additional I to the Geneva Conventions of 1949): Regulations concerning identification, 6 June 1977, Arts. 6-8, 10-11.

[38] See ICRC, *Emblem: relevant articles of the 1949 Geneva Conventions and their Additional Protocols*, 1 November 2008, available at: *www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/emblem-ihl-011108.htm*.

[39] Arts. 16 and 17 of the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict of 1954.

[40] Art. 56(7) AP I.

[41] Art. 44(3) AP I.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

ability by air defense systems.[42] More complex, but still achievable, is the autonomous qualification of objects as military objectives by their nature, such as tanks, navy ships, helicopters.[43] The UK Brimstone fire-and-forget munition, for instance, is reportedly able to sense and discern the objects in a given operational environment through a high-millimetric band seeker, which provides a high-resolution radar return image of them. These images are evaluated by the system's target recognition algorithms, through a comparison with the templates stored in the target identification library, in order to recognize armored vehicles and distinguish them from other fixed or moving objects, such as houses or cars.[44]

Let us now consider the hard cases. The evaluation as to whether a civilian is directly taking part in hostilities presupposes, at the very least, not only that an object is recognized as a human being, but also the discernment of all the tools (s)he is interacting with (e.g. a rifle), the kind, features and addressees of the actions (s)he is performing (e.g. shooting against friendly forces), as well as the contextual elements that could offer an alternative explanation to his/her behavior (e.g. the need to react to unlawful acts of violence). An assessment aimed at qualifying an object as a military objective equally entails the ability to perceive a plurality of objects and dynamics thereof (e.g. in the case of a school used as a deposit of ammunitions: a building, a group of enemy combatants transporting munitions into it, trucks parked outside the school, and so on). More in general, counterinsurgency operations in urban settings, where the close intermingling between legitimate targets and protected persons/objects exponentially raises the range of elements to be "perceived" (i.e. civilians, combatants, military and non-military vehicles, weapons, protected objects, and all the dynamics thereof), make it particularly demanding for an artificial agent to autonomously acquire even the lowest level of situation awareness.

That notwithstanding, recent progresses in the field of object recog-

[42] Boulanin and Verbruggen, *Mapping the Development*, cit. *supra*, pp. 37-39.

[43] A. Backstrom and I. Henderson, *New Capabilities in Warfare: An Overview of Contemporary Technological Developments and the Associated Legal and Engineering Issues in Article 36 Weapons Reviews*, in *Int. Rev. of the Red Cross*, 2012, p. 483 f., p. 496.

[44] Boulanin and Verbruggen, *Mapping the Development*, cit. *supra*, pp. 49-50.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

nition (thanks to machine learning)[45] are such that one cannot rule out that an AWS provided with a sophisticated learning architecture could one day be trained to discern and recognize all the objects in the surrounding environment, by feeding it with hundreds of thousands of images and videos showing the operational environments and the objects it can find (insurgents, military vehicles, civilian cars, kids, and so for).[46]

This would be, however, only the bottom rung of the "situation awareness" ladder. Things become even trickier for AWS when we pass to consider the upper levels.

6. Visual recognition would only provide an AWS with a disjointed knowledge of the objects present in the battlefield, which could prove a very poor basis for taking a lawful target decision. Let us consider the following scenario:

> Insurgents are firing a battery of mortars against friendly forces located in the middle of an urban street. The mortar munitions are stored in a nearby church, and are transported to the firing position by a civilian truck at regular intervals. In the meanwhile, a bus has approached the area in order to evacuate civilian buildings on the street where the military confrontation is taking place.

Even if endowed with technology granting a high level of accuracy in object recognition, an AWS would simply "perceive" a disaggregated picture composed of friendly forces, a battery of mortars, a moving truck, a number of buildings (including the farm), a bus, and people without uniforms scattered around the area of operations. That could be enough to qualify the mortars as military objectives

[45] A machine learning system is – as the name suggests – one that is programmed to execute a certain task not on the basis of pre-defined instructions, but in the light of the rules of behavior that the system itself "learns from experience", namely that it infers by processing more or less large amounts of data fed into it during the "training" in the laboratory (off-line learning) and possibly updated during operation (on-line learning).

[46] This seems to be the main goal pursued by the US DoD Project Maven. See US DoD, *Project Maven to Deploy Computer Algorithms to War Zone by Year's End*, 21 July 2017. The Project suffered a setback after one of its key partners, the Google company, decided to discontinue its participation out of strong contestations by its own employees. See Daisuke Wakabayashi and Scott Shane, *Google Will Not Renew Pentagon Contract That Upset Employees*, in *The New York Times*, 1 June 2018.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

by nature and friendly forces as protected from attack, but it would say nothing as to the legal status of the other objects, thus preventing the AWS from conducting a proper distinction analysis. To have a more complete picture as to what is a lawful target and what is not, indeed, analytical perception of the environment should be complemented by an activity of synthesis, aimed at comprehending the dynamics of the elements and predicting future statuses thereof. Only this activity would allow the AWS to characterize the farm and the truck as objects which, by their use, "make an effective contribution to military action"; the driver of the truck as taking direct part to the hostilities; and the bus and the other buildings as objects protected from direct attacks.

Enabling AWS to acquire these levels of situation awareness appears to be a challenge far more demanding than that posed by object perception.

In this connection, one may observe that human warfighters generally follow two ways to reach full situation awareness: feature-matching and story-generation. Feature-matching consists in comparing the available data with mental models built on the basis of training and past experience. When no match with existing models is found, the decision-maker generates a causal story in order to give meaning to the cues coming from the environment and to forecast future events.[47]

No doubt, feature-matching could be technically implemented into AWS to enhance their situation assessment capabilities. Notably, a number of templates, or "signatures", could indeed be loaded into AWS' long-term memory with a view to guiding the assessment as to whether a civilian is directly participating in hostilities, an object is a legitimate military objective by reason of its use or purpose, or a pattern of behavior conveys an intention of surrender.[48] It is of the utmost importance, however, that these templates accurately reflect IHL and do not allow leeway for dangerous generalizations. The US practice on signature strikes is a stark reminder of the risk that the

[47] G.L. Kaempf, S. Wolf and T.E. Miller, *Decision Making in the AEGIS Combat Information Center*, in *Proceedings of the Human Factors and Ergonomics Society 37th Annual Meeting*, 1993, p. 1107 f., p. 1109.

[48] The South-Korean sentry robot SGR-A1, now retired, was reported to be able to recognize surrender motions (i.e. arms held high). See Boulanin and Verbruggen, *SIPRI Report*, cit. *supra*, p. 45.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

adoption of loose targeting criteria (e.g. all males of military-age located in the area of enemy's activities) sets in fact the conditions for indiscriminate attacks against the civilian population.[49]

In any case, one cannot take it for granted that the entire range of possible dynamics of unstructured warfare environments can be successfully pre-set into templates to be installed into AWS. In cases not covered by the templates, full situation awareness should therefore be achieved through story-generation, namely by "piecing together incomplete information and make 'best guess' decisions".[50] Yet, approaching human-like performances in this field is, unlike object recognition, an enduring problem that machine learning techniques has so far failed to address in an adequate manner.[51]

The foregoing suggests that it cannot be expected, at least in the near future, that AWS will be endowed with the ability to acquire the levels of situation awareness needed to comply with the principle of distinction in more complex battlefield scenarios. This is not to mean, however, that this technological development can never be achieved, as it is sometimes suggested by proponents of a ban on AWS. For all we know, lack of situation awareness is a contingent situation that may no longer hold at some future time. At the same time, it should be underscored that, given the current state of AI research, such development remains a highly uncertain event and, in any case, to be temporally located in a very distant future.

7. So far, I have assumed that, in order to comply with distinction obligations under IHL, AWS need to acquire and maintain some level of SA by themselves, which raise huge technological challenges. It should be noted, however, that in the AWS debate the relevance of such requirement has been sometimes denied or in any case belittled on the basis of two arguments. On the one hand, it is submitted that issues of distinction are dealt with by human command-

[49] K.J. Heller, *'One Hell of a Killing Machine': Signature Strikes and International Law*, in *J. Int. Criminal Justice*, 2013, p. 89 f. The risks associated with a combination of autonomous targeting and signature strikes are highlighted by R. Kolb, *Advanced Introduction to International Humanitarian Law*, Cheltenham/Northampton, 2014, p. 150.

[50] M. Lee *et al.*, *Current and Future Applications of Machine Learning for the US Army*, US Army Research Laboratory, 2018, p. 42.

[51] *Ibidem*.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

ers at the planning stage of the targeting process.[52] On the other hand, it is argued that problems of distinction do not necessarily arise in every battlespace.[53] Let us analyze them in order.

The former objection is based on the assumption that it is at the planning stage that the legal assessment is made as to whether a certain object (e.g. a bridge) constitutes a military objective under IHL. In this perspective, AWS will therefore limit themselves to merely executing targeting decisions assumed by humans in the so-called "wider loop".[54]

I believe that this objection makes an interesting – although not entirely convincing – point as far as deliberate targeting is concerned, namely when AWS are tasked to prosecute targets that are "known to exist in an area of operations and can be mapped to decisive points on lines of operation".[55] It is, however, largely unhelpful with regard to dynamic targeting, which prosecute targets of opportunity such as unplanned targets (i.e. military objectives which were known to exist, but whose location and/or importance is grasped only after the attack was initiated) and unanticipated targets (i.e. military objectives which were unknown to exist at the planning stage).[56]

Moreover, exclusive reliance on the planning phase seems to overlook that, under Article 48 AP I, the obligation to "distinguish between the civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives" should be complied with "at all times",

[52] This is, for instance, the official position of the Dutch government, which is in turn based on the Advisory report, jointly issued by the Dutch Advisory Council on International Affairs and Advisory Committee on Issues of Public International Law on *Autonomous Weapon Systems: The Need for Meaningful Human Control*, October 2015.

[53] M.N. Schmitt and J.S. Thurnher, *"Out of the Loop": Autonomous Weapon Systems and the Law of Armed Conflict*, in *Harvard National Security J.*, 2013, p. 231 f., p. 246.

[54] See J.S. Thurnher, *Examining Autonomous Weapon Systems from a Law of Armed Conflict Perspective*, in H. Nasu and R. McLaughlin, *New Technologies and the Law of Armed Conflict*, The Hague 2014, p. 213 f., pp. 223-225; M. Roorda, *NATO's Targeting Process: Ensuring Human Control Over and Lawful Use of 'Autonomous' Weapons*, in A. Williams and P. Scharre (eds), *Autonomous Systems: Issues for Defence Policymakers*, The Hague, 2015, p. 152 f.; M.A.C. Ekelhof, *Lifting the Fog of Targeting: "Autonomous Weapons" and Human Control through the Lens of Military Targeting*, in *Naval War College Review*, 2018.

[55] A.G. Houston, *Australian Defence Doctrine Publication 3.14 - Targeting*, 2 February 2009, para. 1.11.

[56] *Ibidem*, para. 1.12.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

not only at the time when an attack is planned. This aspect is reiterated and expounded on by Article 57 AP I, which obliges the warring parties to take "constant care […] to spare the civilian population, civilians and civilian objects" and, more in detail, to cancel or suspend an attack "if it becomes apparent that the objective is not a military one or is subject to special protection".

The latter obligation is imposed upon anyone who has effective control over the attack, who may well be the person in charge of executing the targeting decision, especially if communication with the chain of command are severed.[57] In case of deliberate targeting carried out through AWS, the person executing the targeting decision (and thus the one legally obliged to ascertain whether the locked-on target actually constitutes a military objective) will be replaced by the weapons systems, which raise again the problem of endowing the latter with SA capabilities. This issue is all the more pressing in case of AWS enabled to loiter on the target area for extended periods of time, as the temporal distance between the planning of the attack and its actual execution makes it highly probable that some change may occur on the battlefield that should be factored in distinction analysis.

As to the latter objection, while it is correct that the need to distinguish civilians and civilian objects does not arise in any battlefield, the rule prohibiting attacks against enemies hors de combat that, as we have seen, poses non-trivial perceptive and evaluative challenges for AWS, is virtually applicable in every warfare scenario, regardless of whether civilians are present or not. If AWS are not endowed with the capability to recognize surrendering intentions, enemy combatants would be in fact stripped of any chance to surrender before the commencement of actual military confrontation. The deployment of AWS of this kind, therefore, would dangerously lean towards an "order that no quarter will be given" (i.e. that no enemy will be spared), which is both a serious violation of IHL and a war crime.[58]

8. Let us now try to summarize the main findings of this first part of my analysis. To comply with IHL distinction obligation, AWS should be endowed with the capability of acquiring and maintaining

[57] I. Henderson, *The Contemporary Law of Targeting*, Leiden/Boston, 2009, p. 235.

[58] R. Sparrow, *Twenty Seconds to Comply: Autonomous Weapon Systems and the Recognition of Surrender*, in *Int. L. Studies*, 2015, p. 699 f., p. 712.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

situation awareness (SA). We saw that there are some properties that may affect the extent to which it is required to endow AWS with SA capabilities. These properties regard the dynamical features of the environment where the AWS will be deployed; what mission the weapon system is involved into (notably, the targeting mode); and how it will perform its task, namely, what information-processing and sensory-motor capabilities that the system puts at work to carry out its mission (in this case, the loitering capability).

AWS currently in use are able to reach Level 1 SA (Perception) with regard to the recognition of targets that are easily discernible on the basis of shape, heat and motion patterns in uncluttered environments. The adoption of lawful targeting decisions in more complex scenarios require the capability to autonomously obtain Level 2 and Level 3 SA (Comprehension and Prediction), which is still largely out of reach for contemporary military research.

In sum, in relation to most possible uses, current and foreseeable AWS are unable to comply with relevant distinction obligations, but such failure is contingent on the state of technological development.

9. The principle of distinction (and, in a similar way, that of proportionality) may be described as envisaging obligations that are negative in character: do not target protected persons and objects, do not launch disproportionate attacks. IHL, however, goes beyond that by requiring States to comply with a number of positive obligations, which are instrumental to the fullest adherence to the prohibitions set forth by the principles of distinction and proportionality. Here lies the core of the principle of precaution, which brings added normative value to the principles of distinction and proportionality, by introducing the duty take affirmative action, to "do everything feasible" (or "take all feasible precautions") to ensure that these principles are faithfully complied with.[59]

Precautions cover a wide range of measures of very different character (e.g. the issuance of advance warning). For the purposes of our discussion, it will suffice to focus on two of them. On the one hand, there is the obligation to undertake all practicable efforts "to obtain reliable information" as to whether the target is a legitimate military objective.[60] On the other hand, everything feasible should be done

[59] Art. 57 AP I.

[60] Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare edited

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

to ensure that combatants have an adequate control over the effects of the weapons they use, with a view to avoiding or at least minimizing damages to civilians and civilian objects.[61] States must therefore mobilize all assets at their disposal, where reasonably available, to facilitate correct target identification. This requirement has to be understood as including human resources too, wherever they are conducive to more accuracy.[62] Also, if practicable, combatants must be in a position to control and limit the effects of the weapons they employ.

10. Having this in mind, it is useful to have a look at the role preeminently played so far by the principle of precaution in the AWS debate.

Relying on Arkin's promise of an IHL-compliant AWS (which is in addition immune from human negative emotions), some scholars have argued that AWS make "additional precautions possible", with the consequence that a commander having this kind of weapon in his/her arsenal would be legally required to use it instead of a human-controlled one, wherever feasible.[63]

This argument proceeds from the assumption that the legal performances of human and autonomous targeting should be compared along a linear scale with a view to establishing which one is the best in terms of IHL-compliance. Such an approach would be warranted only if human combatants and machines were in principle prone to the same flaws, as this would entail that, once humans are outperformed by autonomous weapons, they could not add any value to the lawfulness of the targeting process.

My claim, however, is that this is not the case and the reason for this lies in what has been labelled as the "semantic" gap between hu-

by the Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University (HPCR), Cambridge, 2013, p. 144.

[61] J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, 2005, Rule 17-19.

[62] M. Mancini, *Air Operations against the Federal Republic of Yugoslavia (1999)*, in N. Ronzitti and G. Venturini (eds), *The Law of Air Warfare: Contemporary Issues*, Utrecht, 2006, p. 273 f., p. 278.

[63] See, for instance, P. Margulies, *The Other Side of Autonomous Weapons: Using Artificial Intelligence to Enhance IHL Compliance*, in R.T.P. Alcala and E. Talbot Jensen (eds), *The Impact of Emerging Technologies on the Law of Armed Conflict*, New York, 2019, p. 147 f.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

mans and machines.[64] To substantiate this point, I will recall two among the several studies that have brought to the limelight the proneness of deep learning machines to serious and counter-intuitive mistakes, that a human would have never made, as well as their vulnerability to adversarial attacks, which would have never fooled a human decision-maker.

A *first* study refers to a neural network learned to differentiate between huskies and wolves, a task that could prove relatively hard for a human with little knowledge about dogs. The machine obtained good performances but incurred in unexpected mistakes. It was subsequently found that it did not learn the differences between huskies and wolves, but instead learned that wolves were on snow in their picture and dogs were on grass. In other words, it learned to differentiate the two animals by looking at snow and grass.[65] This entails that the machine would have "seen" a wolf also – say – in a picture of a human being lying on the snow. A *second* study regards glasses that trick facial recognition software into identifying the person who wear them into someone else.[66] This study is interesting because, unlike other adversarial attacks, it refers to modification (notably, the wearing of glasses) occurred in the real world and not through pixel perturbation.

The expression "semantic gap" therefore indicates the fact that machines do not "see" the world in the same way as humans, since only the latter truly understand the meaning or concept of the objects they classify and recognize, and the context where they are placed, while the former basically effectuate – with superhuman efficiency – correlations amongst vast reams of data.[67]

Accordingly, while it may be reasonably expected that one day AWS' overall performances will defeat those of human combatants (at least in some respects), it will not necessarily be so in each and every situation where they will be employed. Even the most sophisticated weapon, indeed, could commit (or be induced to com-

[64] ICRC, *Autonomy, artificial intelligence and robotics: Technical aspects of human control*, Geneva, August 2019, p. 20.

[65] E. Nikolaychuk, *Dogs, Wolves, Data Science, and Why Machines Must Learn Like Humans Do*, in *VEON Careers*, 9 June 2017.

[66] M. Sharif *et al.*, *Adversarial Generative Nets: Neural Network Attacks on State-of-the-Art Face Recognition*, in *arXiv*, 31 December 2017.

[67] ICRC, *Autonomy*, cit. *supra*, p. 20.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

mit) mistakes that could have been avoided, should a human operator be involved in the decision-making loop. If we consider that, in the context of targeting, "mistakes" generally amount to unlawful harm to civilians or otherwise protected persons and objects – that is, precisely what precautionary measures are supposed to prevent – it will appear clear that it makes little sense to maintain in abstract terms that autonomous targeting would be normatively preferable under the principle of precaution.

11. As we said, the principle of precaution requires States to do everything feasible to facilitate correct target identification. The wide breadth of the obligations set forth by this principle (expressed by the use of words such as "everything" or "all") does not substantiate an all-or-nothing approach, whereby the critical functions of selecting and engaging targets should be either wholly entrusted to machines or to humans. To ensure respect for the dictate that "everything feasible" is done, rather, States must focus on developing human-weapon relationships that bring out the best in both machines and humans or – which is the same – that compensate their reciprocal weaknesses. Only in this way, they will actually exploit the full potential of the assets at their disposal with a view to avoiding or minimizing unlawful harm.

This is not to deny that human judgment is vulnerable from biases and flaws. On the contrary, in order to establish a human-machine interaction that ensures that both components bring added value to the lawfulness of the decision-making process there are at least two problems that should be addressed.

One the one hand, one should take into account the so-called "automation bias", i.e. the propensity to prefer solutions elaborated through machines' decision-making, even when contradicted by information coming from other sources.[68] Contrary to what has been

[68] L.J. Skitka, K.L. Mosier, and M. Burdick, *Does Automation Bias Decision-making?*, in *Int. J. of Human-Computer Studies*, 1999, p. 991 f. A tragic example in this sense is represented by Patriot missiles' fratricide incidents, which occurred in Iraq in 2003. The MIM-104 Patriot is an air defense system designed to intercept and destroy tactical ballistic missiles, cruise missiles and advanced aircrafts, which is manufactured by the US defense contractor Rayhteon. The system autonomously identifies possible ballistic missile targets on the basis of an assessment of the speed, altitude, and behavior of the objects detected by its radar, but leaves the actual decision to engage the targets to human operators. It was deployed during the 2003

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

sometimes argued,[69] human propensity to trust machines does not constitute in itself a valid reason to exclude altogether human operators from the decision-making loop. Rather, it urges the adoption of additional measures to guarantee that the human-machine interaction is effective. In particular, human operators should be properly trained by providing with full knowledge of the weapons' capabilities and limits, with a view to educating them to trust technology without completely giving up their judgement and critical sense.[70] Moreover, the human-weapon distribution of control privileges should be conceived of so as to counter the risk of automation bias. For instance, a relationship where the human chooses the target to attack from a list provided by the weapon is less conducive to such a bias than one where the weapon recommends a targeting decision and the human authorizes the attack.[71]

On the other hand, reference should be made to the bias known as "scenario fulfillment". Especially when put under stressful conditions, humans may be induced to misread the data at their disposal "in an unconscious attempt to make available evidence fit a preconceived scenario".[72] Human judgement, in other terms, should not be

Operation Iraqi Freedom campaign, resulting in a very high success rate against Iraqi missiles. On two occasions, however, Patriot misidentified friendly aircrafts as enemy missiles, with the consequence that a British Tornado and a Navy F-18 fighter jet were shot down and their crews killed. Crucially enough, for our purposes, subsequent Army investigations established that the ultimate cause of the fratricide incidents had to be found in a widespread culture, among Patriot operators, of "unwarranted and uncritical trust in automation". See J.K. Hawley, *Not by Widgets Alone: The Human Challenge of Technology-intensive Military Systems*, in *Armed Forces J.*, 1 February 2011.

[69] M. Sassóli, *Autonomous Weapons and International Humanitarian Law: Advantages, Open Technical Questions and Legal Issues to be Clarified*, in *Int. L. Studies*, 2014, p. 308 f., p. 337.

[70] Scharre, *Army of None*, cit. *supra*, Ch. 10.

[71] N.E. Sharkey, *Staying the Loop: Human Supervisory Control of Weapons*, in N. Bhuta *et al.* (eds), *Autonomous Weapons Systems: Law, Ethics, Policy*, Cambridge 2016, p. 23 f., pp. 34-35.

[72] This bias was studied in particular depth with regard to the 1988 USS Vincennes incident, concerning the shooting down of an Iranian airliner by a US warship in the Persian Gulf during the Iran-Iraq war. The most salient feature of this incident is that, while the available data were clearly indicating that the aircraft did not pose any threat, the crew nevertheless mistakenly believed it to be an Iranian F-14 fighter and attacked it, causing the death of all 290 people on board. Molly Moore, *Vincennes Report Admits Errors But Urges No Disciplinary Action*, in *The Washington Post*, 20 August 1988.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

blindly trusted as well and an optimal model of human-weapon interaction should give account of this. Following a suggestion by Arkin, one could think of a "two-key" mechanism whereby, in order to override the weapon's assessment that a targeting decision would be unlawful, a coded authorization by two separate individuals would be needed.[73] In this way, human decision-makers will be forced to pause and reconsider their judgement in the light of the explanations given by the machine.

12. What I have said so far may appear quite bold statements as to what States would be obliged to do under the principle of precaution. In fact, it should always be kept in mind that the scope of the obligations deriving from the principle of precaution is subject to the limit of feasibility.

As a consequence, while it is desirable that States adopt all the above measures, they will be exempted from taking them when these are unpracticable, given the circumstances prevailing at the time, including humanitarian and military considerations. In particular, there could be scenarios where the application of higher levels of human control would be unfeasible because of competing military considerations, insofar as it would pose serious security risks (for defensive systems) or it would hinder mission accomplishment (for offensive ones). A relatively straightforward example of the former case may be that of an air defense system, which has to cope with a saturation attack where multiple threats are incoming at a very fast pace. In this hypothesis, to ensure that human operators have full control over every single targeting decision would be prohibitive, and even the exercise of veto powers would be to a large extent an unavailable option. Accordingly, the decision to lower the level of human control (or even to exclude it, in the most extreme circumstances) would not be incompatible with the requirement of precaution.

More controversial is the case where human involvement in the decision loop – while technically practicable – could hinder mission accomplishment. Unlike the above defensive scenario, in this case the commander has a choice: (s)he may decide not to carry out the mission. In hypotheses of this kind, a crucial role will be played by humanitarian considerations, which also have to be factored into feasi-

[73] Arkin, *Governing Lethal Behavior*, cit. *supra*, pp. 152-153.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

bility analysis. If, given the features of the operational environment, the risks for protected persons and objects are virtually absent, the required level of human control may be lowered. Should such risks be instead present – because, for instance, the mission has to be accomplished in a cluttered urban warfare scenario – the principle of precaution will require the commander to maintain a higher level of human control and, if this makes mission accomplishment too hard, to cancel the attack and opt for a different course of action.[74]

13. Let us now wrap up the main findings of this second and last part of my analysis. The positive obligation to take precautionary measures implies that States have to develop human-weapon interactions that bring out the best in both machines and humans, by compensating their reciprocal weaknesses

The complete ouster of humans from the critical functions of selecting and engaging targets would therefore be legally acceptable under IHL only if *i)* AWS are used in contexts where issues regarding the protection of civilians do not arise; or *ii)* human control would be unpracticable, because it would pose serious security risks. In all other cases, humans should be retained in the decision-making chain as a "fail-safe mechanism".[75] Unlike distinction, therefore, the principle of precaution raises a challenge to most possible uses of full autonomy in weapons systems that is not technologically contingent

By paraphrasing the language of Art. 36 AP I, we may then conclude that full autonomy in weapons systems would be prohibited by IHL in many but not all circumstances. It also emerged an additional element of a certain interest. A number of variables have been identified, which seem to justify differential legal treatment on the basis of AWS' features and uses. As I tried to show elsewhere,[76] this urges a serious reconsideration of the wisdom of a legal regulation aimed at identifying a one-size-for-all solution to the issue of human control.

[74] W.H. Boothby, *Some Legal Challenges Posed by Remote Attack*, in *Int. Rev. of the Red Cross*, 2012, p. 579 f., p. 584.

[75] P. Scharre, *Centaur Warfighting: The False Choice of Humans vs. Automation*, in *Temple Int. and Comparative L. J.*, 2016, p. 151 f., p. 154.

[76] See D. Amoroso and G. Tamburrini, *What Makes Human Control over Weapon Systems "Meaningful"?*, ICRAC Working Paper #4, August 2019.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Felice Ancora

Coronavirus, spostamenti, motivazioni, autocertificazione

Sommario: 1. Richiami generali, d.l. n. 19 /2020 e misure dei d.P.C.M. sugli spostamenti. – 2. L'autocertificazione. – 3.Conclusioni.

1. *Richiami generali, d.l. n. 19/2020 e misure dei d.P.C.M. sugli spostamenti.* – I provvedimenti governativi relativi alla emergenza del Coronavirus hanno stabilito un uso intenso dello strumento della autocertificazione riguardo gli spostamenti. Per una riduzione nella diffusione del virus la imposizione di tale uso è divenuta impercettibile. Chi scrive teme, però, che nel futuro, pensando di liberalizzare, ed in particolare, di avviare una ripresa libera da impedimenti burocratici, si riprenda, questa impostazione, sulla base del precedente acquisito[1].

Preliminarmente si compiono alcuni richiami agli elementi fondamentali dell'ambito nel quale si sono inserite le scelte oggetto delle presenti riflessioni.

Si richiama la Costituzione e segnatamente le regole generali degli articoli: 13, sulla libertà personale; 14, sulla libertà di circolazione; 32, sui trattamenti sanitari obbligatori; nonché, con riguardo ad alcuni elementi specifici dei provvedimenti emanati, 17, sulla libertà di riunione, 19, sulla libertà di culto, 21, sulla libertà di espressione del pensiero, 33 e 34, sul diritto allo studio 41, sulla libertà di iniziativa economica, 42 sulla proprietà privata (ciò con particolare riguardo ai divieti di raggiungere le seconde case, diverse dalla abitazione principale) e 111, sul giusto processo.

Indi si richiama il d.l. 25 marzo 2020, n. 19. Al riguardo si nota che indubbiamente il rigore di quest'ultimo è stato progressivamente abbandonato nei provvedimenti che lo hanno seguito (e, cioè, il d.l. 16 maggio 2020, n. 33 ed il d.l. 30 luglio 2020, n. 83, che comunque

[1] È vero che nella storia spesso il dramma è seguito dalla farsa, ma è anche vero che nella storia spesso il prologo è seguito dal dramma (e nel caso che interessa siamo al prologo)

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

ne ha prorogato la normativa generale; la Deliberazione del Consiglio dei ministri 29 luglio 2020 ed il d.P.C.M. 7 agosto 2020). Ma, considerato che l'emergenza sanitaria non è stata dichiarata chiusa (e non è ancora chiusa) non si sono riscontrati orientamenti decisivi a disattendere le impostazioni di tale provvedimento (v. in particolare il d.l. 30 luglio 2020, n. 83 che ha mantenuto la utilizzazione del d.P.C.M. ed ha prorogato l'emergenza). Ci si riferisce, quindi, al d.l. n. 19 del 25 marzo 2020 in quanto recante la normativa più caratterizzata nel senso della severità. Il richiamato d.l. n. 19 contempla la possibile emanazione di un insieme di misure. Non le si elenca; si segnala che possono spingersi a limitare fortemente, oltre che molte attività economiche e manifestazioni di vita sociale, culturale e religiosa, anche la libertà di circolazione delle persone e a determinare l'isolamento sociale di chi si trova a vivere in strutture pubbliche, tra cui gli anziani nelle RSA ed addirittura negli hospice[2].

Il tipo di atto individuato per la adozione concreta di tali misure è stato il d.P.C.M. e, cioè, il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri[3]. Il potere di emanare tale atto è stato sottoposto ad un vincolo di procedimento e ad uno di contenuto.

Il primo vincolo risulta articolato in una serie di elementi. È, in particolare previsto che i d.P.C.M. siano da adottarsi, di norma, dopo aver sentito per i profili tecnico scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità, il Comitato tecnico scientifico nominato dal Capo del Dipartimento della Protezione civile con la sua Ordinanza del 3 febbraio 2020, n. 630 (recante, però, solo le qualifiche

[2] Ferma restando la generale nociva condizione di isolamento sociale nella quale sono stati posti in generale tutti gli anziani., invece bisognosi, sia di aria aperta, sia di contatti fisici.

[3] Si nota che il primo d.l. dedicato alla emergenza, il n. 13/2020 non contemplava la adozione di atti di tale tipo. I d.P.C.M. emanati per primi, pertanto, non erano sostenuti dalla base normativa di un atto con forza di legge, il che fa concludere sulla loro invalidità e, quindi, sulla annullabilità delle sanzioni disposte in applicazione di essi, prime tra tutte quelle penali.

Per una vigorosa critica alla utilizzazione di tale strumento, tuttora attuale considerato che a tutt'oggi il Governo ne ha rivendicato ed affermato la utilizzabilità, S. Cassese, Il *Premier ha sbagliato a firmare quei decreti*, in *Il dubbio* del 14 aprile 2020 (che, tra l'altro riprende diverse *considerazioni* svolte dallo stesso studioso in altri interessanti articoli) e poi *A Conte dico meno TV e basta DPCM*, in MF, 30 aprile. Per un bilancio sulla reattività dimostrata al riguardo dal Parlamento, v. l'intervista a V. Lippolis, a cura di Sotgiu, *Virus, Governo ai limiti della Costituzione. Ora cambi strada. Parla Lippolis*, in *Formiche*, 30 aprile 2020.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

dei componenti, e non i nomi) e poi da pubblicarsi sulla Gazzetta ufficiale, da comunicare alle Camere entro il giorno successivo alla sua emanazione (con obbligo del Governo di riferire loro ogni 15 giorni sulle predette misure), così come da sottoporre, ancorché immediatamente efficaci, al controllo generale di legittimità da parte della Corte dei conti.

Il secondo vincolo, quello di contenuto, è costituito dal rispetto di "principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente", così presupponendo e rivendicando che tali principi fossero stati rispettati dallo stesso d.l.

È importante notare che nel d.l. è stato stabilito che le misure contemplate come possibili e da adottare con lo strumento del d.P.C.M. sono superabili in senso restrittivo solo dalle Regioni – fermo restando che non sempre è facile distinguere in concreto tra restrizione e mitigazione – e non anche dai Comuni (ciò per statuizione esplicita dell'art. 3, c. 1 e 2), mentre (evidentemente agli apparati del Governo centrale) è stato dato di modulare in aumento o in diminuzione solo la loro applicazione e, cioè, solo la loro imposizione, senza possibilità di modificarne i contenuti precettivi (atteso che la applicazione è una attività pubblica che comprende solo la esatta interpretazione dei testi senza possibilità di aggiungervi alcunché e poi la imposizione in concreto dei precetti così ricavati, risultando diversa dalla attuazione che invece comprende attività di scelta su ciò che il testo non ha specificamente determinato).

Alle infrazioni sono state collegate sanzioni amministrative, senza specificare i modi del loro accertamento (nei dPCM emanati per primi le sanzioni anche per la semplice violazione generica dei divieti di spostamento erano addirittura penali).

Si integra con alcuni elementi di sistema che condizionano fortemente gli effetti ed il risultato complessivo delle misure in discorso. Sono: da un lato, la quasi totale sospensione delle attività giurisdizionali e comunque lo svolgimento di esse per mesi con la quasi totale esclusione delle attività in presenza, disposta dalle misure governative[4]; dall'altro la emergenza economica e sociale, richiedente scelte, non solo sulla destinazione degli aiuti, ma anche sul prelievo delle risorse; dall'altro ancora l'attuale orientamento complessivo verso una

[4] V. al riguardo, F. Sisto, *La premiata ditta Bonafede e & ha segnato la fine del processo penale di matrice costituzionale*, in *Il riformista*, primo aprile 2020).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

legislazione ispirata dalla enfasi su meriti e demeriti sociali, concretantesi nell'attribuire a questo o a quel corpo sociale o apparato un trattamento deteriore rispetto a quello consolidato; infine, in generale, una indifferenziata opinione pubblica che unifica la vita politica ed è in grado di superare le delimitazioni di condizionamento tra i diversi apparati e corpi sociali (e quindi le reciproche garanzie), nonché di ridurre al minimo la identità di questi[5]. Quando saranno avvertiti i vincoli di bilancio sugli interventi di sostegno (atteso che la percezione degli aiuti della UE non chiude il problema), ogni apparato e corpo sociale sarà esposto alle conseguenze delle scelte e decisioni dei detentori del potere politico. Già ora nessuno di questi, congetturando in prospettiva, può sentirsi al sicuro, così come nessuno dei singoli appartenenti agli stessi può confidare a lungo sulle eventuali agiografie del presente[6].

All'epoca della emanazione del d.l. n. 19 era incerto un intervento che contenesse nella legalità le misure emanate dal Governo, a partire dai decreti-legge per arrivare ai decreti; sicuramente era irrealistico pensare ad una reazione verso la democrazia come quella che si ebbe sul finire del 1800 nei confronti dei decreti di Pelloux, nelle forme di un ostruzionismo parlamentare seguìto dalla registrazione degli stessi solo con riserva da parte della Corte dei conti e dalla successiva dichiarazione di nullità da parte della Corte di cassazione. Non diverso sarebbe ora.

In particolare, era difficile che fosse sottoposta alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale sul d.l., così come che la Corte costituzionale utilizzasse i suoi pur raffinati e penetranti canoni di giudizio (tra cui quello della proporzionalità) per riconoscerla fondata. Parimenti, sarebbe stato difficile che gli strumenti utilizzati per le misure limitatrici e, cioè, i d.P.C.M., subissero un di-

[5] V. al riguardo B. De Giovanni, *La dittatura in Ungheria è sintomo di crisi democratica e riguarda anche noi*, in *Il riformista*, primo aprile 2020.

[6] È emblematico ciò che è occorso alla Presidente della Corte costituzionale: aveva appena richiamato nella sua relazione annuale su *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, nonché in una contemporanea intervista su *Il corriere della sera*, il principio di proporzionalità come applicabile alle misure dettate per far fronte alla emergenza del Coronavirus, quando la sera stessa si era sentita prospettare l'insuccesso nella futura elezione per il Presidente della Repubblica ed era stata indotta ad una pronta precisazione sulle sue considerazioni; v. al riguardo, I. Lombardo, *Stupore del Capo dell'Esecutivo sulle frasi della Cartabia. Il Movimento 5 Stelle attacca: si scordi il Quirinale*, in *La stampa*, primo maggio, 2020.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

niego di registrazione da parte della Corte dei conti[7] o un giudicato di annullamento da parte della Giustizia amministrativa (sulla quale il Presidente del Consiglio dei ministri, autore di essi unico ed autenticato dalle apparizioni televisive, è titolare di un potere di vigilanza, seppure generico e sulla quale comunque si sono spesso concentrate ingiuste critiche, emblematicamente riassunte dallo slogan "Aboliamo i TAR"). Al riguardo, con riferimento, sia alla Corte costituzionale, per il suo eventuale sindacato sul d.l., sia al Giudice amministrativo, per il suo eventuale sindacato sui decreti ministeriali, si nota che, seppure il canone della proporzionalità (che è da tempo utilizzato dalla Corte costituzionale quale proiezione del principio di uguaglianza, nonché dal Giudice amministrativo per richiamo normativo, sia pure indiretto) consenta un giudizio che in buona parte può risultare spinto fino alla equità[8], era ben facile che quella proporzionalità, che nel d.l. sembra imposta alle successive misure, e che in realtà risulta presupposta e rivendicata come qualità dello stesso d.l., fosse utilizzata dall'una e dall'altro per avvalorare la reiezione degli eventuali ricorsi con una diligente dimostrazione della ravvisata sussistenza di essa attraverso i tre canonici elementi del suo c.d. test (appunto, test di proporzionalità), vale a dire, idoneità dell'intervento, necessità dell'intervento e tollerabilità dell'intervento a seguito di un confronto con gli interessi da esso sacrificati[9]. Lo stesso sarebbe per un nuovo esercizio di poteri ugualmente ispirati. Diverso è per i meno

[7] Da decenni tanto corrivamente quanto nella consapevolezza di essere al riparo da conseguenze, additata come la principale responsabile degli impacci della amministrazione pubblica.

[8] Al riguardo, v. la monografia (che merita di diventare un classico) di V. Fanti, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino 2012, 298 ss., in specie, così come è interessante A. Albanese, *Il ruolo del principio di proporzionalità nel rapporto fra amministrazione ed amministrati*, in *Istituzioni del federalismo*, 2016, 697 ss. Naturalmente sulla proporzionalità è da citare S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria e di analisi sistematica*, Torino, 2011, *passim*, nonché U. Fantigrossi, *Sviluppi recenti del principio di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Luic papers, Impresa e istituzioni*, 2008, *passim*; A. Sau, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi*, Milano, 2012, *passim*.

[9] Sui quali, v. F. Trimarchi Banfi, *Canone di proporzione e test di proporzione nel diritto amministrativo*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 2016, 36 ss.. Contro l'idea della negoziabilità di alcuni diritti fondamentali, in sede politica, ma meditatamente, v. R. Magi, *Con la fase 2 si torni alla Costituzione*, in *Il riformista*, 29 aprile 2020.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

impegnativi provvedimenti delle autorità regionali e locali, nei fatti risultati sottoposti a ricorsi[10].

Si richiamano poi le misure stabilite attraverso lo strumento del d.P.C.M., che mentre si sta scrivendo è quello del 27 aprile 2020 (e che è stato seguito da altri di più ridotta incidenza, pur restando non sconfessato dal precedente). Esso sostituisce nella efficacia altri precedenti, integrando con questi una successione che per un ipotetico ricorrente sarebbe una estenuante modificazione del suo bersaglio (già impegnativo perché è un atto ascritto direttamente al solo Presidente del Consiglio dei ministri, a parte la ricordata sottoposizione registrazione da parte della Corte dei conti, comunque ad efficacia in corso). Al momento non è noto se si aggiungeranno altri d.P.C.M., oppure se il Governo, una volta misurate con attendibilità le ridotte forze degli oppositori[11], intenderà usare altri strumenti, anche se è più probabile la prima ipotesi.

Il d.P.C.M. del 27 aprile, ora vigente, ricalca nella impostazione i precedenti d.P.C.M. che recavano estesi ed intensi divieti degli spostamenti dei singoli, prevedendo solo esclusioni per gli spostamenti aventi alcune motivazioni (indicate nelle "comprovate esigenze lavorative", o nelle "situazioni di necessità", o nei "motivi di salute"). Rispetto ad essi ha ampliato le motivazioni idonee a rendere leciti gli

[10] Si giustifica la apparente maliziosità di queste considerazioni prospettando quanto sia logico pensare che i poteri esercitati da una autorità personalizzata, che concentra molteplici possibilità di incidere direttamente o indirettamente in modo ricorrente e diversificato nei confronti dello stesso soggetto, come nei confronti dello stesso Giudice, difficilmente trovino reazione e poi comunque sanzione in sede giurisdizionale (in dottrina in tempo risalente v. G. Guarino, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo*, Milano 1983, pp. 344-345, che aveva tipizzato la categoria dei poteri sottratti di fatto al sindacato del Giudice, facendo comprendere in questa i poteri che intervengono in un rapporto caratterizzato da situazioni ripetitive e personalizzate con lo stesso destinatario pur in astratto legittimato alla impugnazione).

Resta che le poche volte che il Giudice amministrativo ha accolto impugnazioni avverso misure restrittive è stato nei confronti di provvedimenti di autorità locali; v. TAR Napoli, ord. n. 1350/2020; TAR Ancona, decr. n. 50/2020; Cons. Stato, parere su annullamento straordinario, n. 735/2020; TAR Sardegna, ord. n. 344/2020. Invece, nel senso della conferma, v. Tar Sardegna, ord. n. 122/2020 (che comunque ha considerato ammissibile il ricorso), confermata da Cons. Stato, ord. n. 2028/2020.

[11] È sufficiente considerare come l'appello dei Trenta giuristi torinesi *Ripristinare le garanzie costituzionali, Lettera aperta al premier Conte di trenta giuristi torinesi*, del 29 aprile 2020, pur carico di dignità postrisorgimentale, sia stato sopraffatto dal clamore del successivo appello *Basta con gli agguati*, pubblicato il primo maggio 2020 su *Il manifesto.*

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

spostamenti (ad esempio, nella necessità sono espressamente fatte rientrare le visite ai congiunti; è consentita l'attività fisica senza limiti di distanza dalla abitazione ed inoltre non c'è menzione di divieti degli spostamenti verso le seconde case, con conseguente abrogazione implicita di quelli previsti in precedenza).

Non si entra nei dettagli delle disposizioni e delle specifiche interpretazioni proponibili, perché, come adombrato poco fa, i contenuti dei d.P.C.M. sono stati assoggettati a ricorrenti modificazioni, in un senso come in quello opposto[12] e la successione è continuata attenuando sui suoi contenuti prescrittori salvo riprendere forza in caso di nuovo allarme. Piuttosto si rileva, più durevolmente, che essi per la loro mutevolezza, sono risultati sfuggenti ad una accurata interpretazione nonché ad una tempestiva e definitiva impugnazione, il che li ha resi deficitari nel rispetto della certezza del diritto.

Atteso, però, che, al di là della rilevata mutevolezza delle singole disposizioni, i contenuti dei d.P.C.M. emanati fino a maggio sono impostati nello stesso modo, si afferma con convinzione un criterio interpretativo generale, che è valido anche per eventuali misure adottate con strumenti diversi dal d.P.C.M., come per altre misure restrittive di diritti dei singoli, atteso che i comportamenti politico istituzionali tendono a ripetersi. Esso è il seguente: per gli spostamenti deve valere la regola generale delle libertà personali, per cui i divieti di spostamento sono la eccezione alla regola generale e, ulteriormente, le eventuali esclusioni da tali divieti previste per determinate motivazioni degli spostamenti sono la riaffermazione della regola generale delle libertà e come tali sono da considerare operanti in modo esteso. Dove non arriva con certezza il divieto, che è la eccezione, deve valere la regola della libertà recata dalle giustificazioni. Tale regola è da considerarsi operante in modo esteso, per tutti i casi che non risultano espressamente sottratti ad essa ed inoltre (a corollario) è da considerare operante anche quando le motivazioni, ed in generale, le qualità che giustificano lo spostamento coesistono con ulteriori motivazioni e qualità e, cioè, si hanno quei comportamenti che spesso sono stati tacciati come da "furbetti"[13], così individuando avventatamente

[12] Come è stato, ad esempio, per i divieti degli spostamenti verso le seconde case, introdotti da un decreto emanato dal Ministro della salute il 20 maggio, con efficacia, però, temporalmente circoscritta al 4 maggio 2020 e non più rinnovati.

[13] Si ha, cioè, una sorta di quella che invece B. Croce, senza stigmatizzarla, chiamava la virtù imperfetta, in *Etica e politica*, 1931, ora, Milano, 1994, pp. 129-131.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

una sorta di vizio di eccesso di potere nella condotta privata, per di più in modo intensivo ed assolutizzante giacché si pretende da quest'ultima il perseguimento in via esclusiva del fine considerato ammissibile.

Complessivamente si nota che diversi elementi delle disposizioni sugli spostamenti sono esposti ad alternative, opinabili, attribuzioni di senso: si pensi alla giustificazione per visita ai "congiunti"[14].

Al riguardo le interpretazioni via via fornite dal Governo in varie sedi, tra le quali le c.d. FAQ, cioè le risposte fornite nei siti istituzionali ai quesiti più frequenti sono, non una soluzione, ma un aggravamento del problema. A parte la circostanza che esse sono spesso più oscure del testo che il Governo vuole chiarire, resta che esse, né sono sottoposte ad un regime formale di pubblicazione, né hanno ottenuto da un atto formale il riconoscimento della produzione di effetti giuridici (a tutto concedere, sono state solo raccomandate come strumenti di informazione dalla circolare del Gabinetto del Ministero dell'interno del 2 maggio 2020, mentre, come già evidenziato in precedenza, il d.l. aveva dato agli apparati di Governo solo il potere di graduare la applicazione delle misure). Stante ciò non hanno alcun effetto legale, ma solo una efficacia latamente ed aleatoriamente persuasiva nei confronti degli accertatori delle eventuali infrazioni. Nel caso che questi ultimi non si attengano alla interpretazione fornita dal Governo, il singolo dovrebbe, o pagare subito in misura ridotta, oppure attendere la notificazione del verbale di contravvenzione e successivamente impugnare davanti al Prefetto o al Giudice di pace (oppure, prima all'uno e poi all'altro), che, però, nel loro giudizio non saranno in alcun modo vincolati dalla interpretazione del Governo, anche perché tale giudizio è destinato a svolgersi a notevole distanza di tempo dai fatti (e, cioè, allorché l'alone di impegnatività della interpretazione fornita da questa compagine governativa potrebbe essersi dissolto). Non diverso è per le circolari di istruzioni trasmesse dal Ministro dell'interno ai Prefetti[15]: l'invito che la circo-

[14] Anche se chi scrive, stante quello che ha esposto prima, è convinto che doveva espandersi a tutte le situazioni simili, prime tra tutte le relazioni amorose dei giovani, a tutt'oggi fortemente penalizzate (quanto, per altro quelle degli appartenenti alla quarta età, a tutt'oggi relegati pericolosamente all'isolamento e alla privazione del movimento all'esterno, definito invece un farmaco salva vita dal geriatra Bernabei, membro di uno dei comitati consultivi istituiti ad hoc).

[15] V. al riguardo M. Luciani, *Coronavirus, sanzioni? Pioggia di ricorsi. Circolari non vincolano i giudici*, in *Il corriere della sera*, 4 maggio 2020 e S. Cassese, in *La*

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

lare in data 2 maggio 2020 del Gabinetto del Ministro dell'interno ai Prefetti ha rivolto alle forze dell'ordine nel senso di valutare i casi concreti con prudente ed equilibrato apprezzamento, ad esempio anche se rivolto qualche giorno prima non sarebbe stato idoneo ad impedire l'inseguimento con l'elicottero di solitari escursionisti sui sentieri di montagna compiuto da appartenenti alle forze dell'ordine troppo convinti della qualifica come angeli attribuita dalla stampa agli appartenenti alla categoria.

Contestare la supremazia della legge come la natura imperativa della norma giuridica e decostruire i processi decisionali può essere apprezzato in una sede scientifica[16], ma è da non promuovere quando è in gioco la esposizione del cittadino a sanzioni ben pesanti, come nel caso che interessa.

Anche se le norme fossero ricostruite con esattezza, sarebbe comunque esposta ad incertezze la qualificazione dei diversi comportamenti alla stregua di esse (si pensi alla individuazione della necessità).

Incidentalmente, ma convintamente si nota che la utilizzazione letterale della locuzione usata nell'art. 284 c.p.p. per determinare gli spostamenti consentiti ai condannati agli arresti domiciliari (indicandoli nello specifico in quelli dettati da "indispensabili esigenze di vita") avrebbe rispettato di più il canone della certezza del diritto, in quanto avrebbe consentito di utilizzare la dettagliata giurisprudenza che la Corte di cassazione ha consolidato sul punto (orientandosi in generale in senso estensivo), per non dire che avrebbe concesso una maggiore libertà di spostamento.

Un ragionamento analogo può farsi sulle ordinanze della Regione Sardegna, limitandosi a puntualizzare la loro esposizione ad un sindacato da parte del Giudice (appartenente all'apparato statale), tendenzialmente più intenso di quello sui sottoporrebbe un atto emanato e rivendicato dal Presidente del Consiglio dei ministri, e, quindi, incidentalmente a sottolineare il senso ineliminalmente antiautoritario dell'istituto regionale, come della localizzazione nelle Regioni dei Giudici amministrativi di primo grado.

A conclusione del discorso, resta che, attraverso il divieto degli spostamenti non sorretti dalle accennate motivazioni (lavoro, neces-

Consulta avvisa il Governo. Conte difende la linea dura, in *La Repubblica*, 28 aprile 2020.

[16] V. G. Conte, *Il rispetto dell'altro: l'indagine di una vita*, in *Dialoghi con Guido Alpa*, Roma, 2018, X.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

sità e salute) si è imposto un vincolo di fine alla condotta di qualsiasi privato. In altre parole, la condotta dei singoli è divenuta suscettibile di essere considerata antigiuridica se contrasti, non con norme che qualificano come vietati alcuni specifici comportamenti individuati da elementi oggettivi, ma con norme che qualificano come vietati comportamenti individuati dal loro motivo e dal loro fine, o meglio (perché nel caso la prospettazione è rovesciata) con norme che qualificano come vietati comportamenti individuati dalla mancanza di uno specifico motivo o fine, eletto a causa di giustificazione. La stabilità con cui questa impostazione è stata affermata è testimoniata nella recente vicenda della percezione da parte di politici di sussidi diretti a fronteggiare la emergenza economica prodotta dal coronavirus: sebbene nessuna norma avesse stabilito una esclusione per essi, è stata considerata un illecito.

Il fatto che i privati riguardati dai divieti sono i privati semplici, non dotati di alcuna qualificazione particolare per attività o situazione di rilievo economico (come ad esempio la titolarità di una impresa o un consistente ambito di proprietà) fa risultare tutto ciò una grave ed invadente limitazione della autonomia del privato.

2. *L'autocertificazione.* – Al di fuori di una previsione specifica da parte di un atto con forza di legge, il Ministero dell'interno in data 8 marzo 2020 ha inviato una Direttiva ai Prefetti circa la applicazione delle disposizioni di cui alla lettera *a)* del c. 1 dell'art. 1 del d.P.C.M. dell'8 marzo 2020, relativamente agli spostamenti delle persone. Per quello che si esporrà, riguardo la autocertificazione, ha mantenuto la sua validità pur dopo la emanazione dei d.P.C.M. successivi. Essa ha perso sostanziale valore vigente, ma vale la pena di soffermarvici per la potenzialità di precedente.

La Direttiva ha preliminarmente fornito alcune spiegazioni sul modo di intendere le motivazioni selle esigenze lavorative (e, cioè, che esse possono essere anche non indispensabili), delle situazioni di necessità (e, cioè, che esse devono concernere la tutela di un diritto primario non altrimenti tutelabile con la stessa efficacia, così spostando la genericità, dalla dizione della disposizione alla dizione della spiegazione, vale dire del diritto primario) e del motivo di salute (e, cioè, che esso deve avere ad oggetto terapie e cure non effettuabili a domicilio). La successiva, già citata Circolare del Gabinetto del Ministro dell'interno del 2 maggio 2020 l'ha aggiornata con spiegazioni sui contenuti del d.P.C.M. del 27 aprile (specie per quanto riguarda

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

il modo di intendere i congiunti, la cui visita costituisce motivo valido a giustificare gli spostamenti dei singoli).

Poi ha stabilito che l'onere di dimostrare la sussistenza di tali cause di giustificazione spetta ai singoli e che gli stessi possono assolvere lo stessa attraverso una autodichiarazione ai sensi degli artt. 46 e 47 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, recante il Testo unico delle disposizioni in materia di documentazione amministrativa, così alludendo alla operatività delle sanzioni penali in caso di mendacio.

Ha esplicitamente contemplato la verifica della veridicità della autocertificazione, stabilendo che essa può essere compiuta ex post (e quindi con tutto agio) dagli agenti di polizia che esercitano i controlli, rafforzando l'idea della anzidetta operatività delle sanzioni penali in caso di mendacio.

Contestualmente a tale Direttiva, il Ministero ha diffuso un modello di dichiarazione, che poi ha aggiornato in diverse edizioni, per tener conto delle specificazioni di casi progressivamente aggiunte nella successione di DPCM, articolato in un insieme di dati che il privato deve fornire, riguardo la sua persona, nonché riguardo certazioni oggettive sul suo stato di salute (come ad esempio non risultare positivo al Coronavirus) e la sua conoscenza delle misure limitative degli spostamenti, indi articolato in un insieme di punti sui quali il privato deve dichiarare i motivi del suo spostamento e, cioè, se quest'ultimo è motivato da "comprovate esigenze lavorative", da "assoluta urgenza" o da "situazioni di necessità", da "motivi di salute". Nel modulo è esplicitata la operatività delle conseguenze penali previste in caso di dichiarazioni mendaci a pubblico ufficiale (e, cioè, l'integrarsi della fattispecie di cui all'art. 495 c. p.).

La Direttiva ministeriale ha valorizzato la adozione dello strumento della autocertificazione presentando questo come una responsabilizzazione, se non una emancipazione del singolo. Ha escluso la adozione di procedure di autorizzazione preventiva degli spostamenti, così rendendo obbligatorio il ricorso alla autocertificazione (salvo per gli spostamenti motivati da attività fisico sportive consentiti dal d.P.C.M. senza necessità di autodichiarazione e per gli spostamenti per necessità lavorative, dal modulo ammessi a dimostrazione attraverso semplice esibizione di documento attestante a qualità lavorativa).

Un elemento, però, è certo.

Attraverso la autodichiarazione, il singolo, quando era fermato dall'agente, era sottoposto ad un controllo di due ordini.

Il primo è il controllo sulla veridicità della autodichiarazione. La

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

formulazione della Direttiva ministeriale è anodina e conduce a non dare importanza a tale controllo; tuttavia, nella sostanza dà allo stesso consistenza, conferendo alla autorità di polizia uno spazio temporale successivo per la sua effettuazione attraverso i riscontri ritenuti necessari Resta, per altro, comunque la evocazione delle sanzioni penali contenuta nel modulo di autodichiarazione. L'esito negativo od anche dubbio del controllo dava luogo a denuncia per falso (è da vedere se per il reato di false dichiarazioni a pubblico ufficiale, ex art. 495 del c. p. come indicato dal modulo, oppure per il reato di falso ideologico commesso da privato, ex art. 483 del c. p., applicabile per una successione di rinvii, che parte dalle disposizioni che disciplinano la fattispecie della autocertificazione e, cioè, gli artt. 46 e 47 del d.P.R. n. 445 del 2000 e passa attraverso l'art. 76 dello stesso d.P.R., così come statuito dalla Corte di cassazione da ultimo con sentenza n. 25927 del 2017).

Il secondo era il controllo se questi (e, cioè, il singolo) aveva dichiarato delle motivazioni del suo spostamento rispondenti alle cause di giustificazioni stabilite dal d.P.C.M. L'esito negativo di tale riscontro dava luogo alla applicazione della sanzione amministrativa del pagamento di una somma da 400 a 3.000 euro ai sensi dell'art. 4 del d.l. n. 19 del 2020), salva oblazione immediata.

Considerando il tutto dal punto di vista del singolo, si rileva che questi si trovava esposto a sanzioni penali per la sua eventuale inesattezza nel descrivere, non un fatto oggettivo o una condizione da altri già accertata, ma le motivazioni della sua condotta e addirittura, quando la giustificazione del comportamento è la necessità o la urgenza, nell'attestare la sussistenza di queste ultime, nella sede di un insidioso autogiudizio sulla serietà delle sue motivazioni. Può discutersi su quale reato poteva essere ravvisabile e, cioè, se come esposto sopra, quello di cui all'art. 495 del c. p. o quello di cui all'art. 483 del c. p., così come può discutersi, come ha fatto la Procura di Genova (in una sorta di arrêt de règlement), che una fattispecie di reato possa essere configurata da una Direttiva ministeriale che estende il ricorso alla autodichiarazione al di fuori degli ambiti stabiliti dalla legge. La sottoposizione a processo, però restava.

Sempre ragionando dal punto di vista del singolo, andando alle sanzioni amministrative, si rileva, comunque che questi, per ogni errore compiuto nel ravvisare la rispondenza delle motivazioni del suo comportamento a quelle indicate nel d.P.C.M. come idonei a giustificare il proprio spostamento era esposto ad una sanzione amministrativa, che poteva pagare subito in misura ridotta, oppure all'esito

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

di un procedimento che poteva anche far proseguire in sede giurisdizionale per esporre le sue ragioni, ma che in caso di insuccesso avrebbe avuto come risultato una spesa molto consistente.

Alla incertezza sulla sua qualificazione del comportamento, naturalmente, il singolo doveva aggiungere quella sulla interpretazione delle disposizioni e della qualificazione della sua condotta che erano compiute in via pressoché definitiva dall'agente verbalizzante, tra l'altro, nei fatti quasi sempre molto giovane e con la qualifica appena di graduato (con questo si adombra che la comminazione delle pur pesanti sanzioni nei fatti non era assistita neanche dalla garanzia del controllo realizzabile attraverso un rapporto gerarchico operante, a parte quello che ora può pensarsi sul funzionamento della catena di comando anche nelle strutture militari).

Può darsi che in tempi successivi il ricorso alla autodichiarazione sia disciplinato con atto con forza di legge, il che eliminerebbe un vistoso elemento di illegittimità. Non è, tuttavia, solo questo il problema, così come questo non sta solo nello specifico della questione degli spostamenti.

3. *Conclusioni.* – Si esprime la preoccupazione che si generalizzino le soluzioni adottate nella vicenda complessiva e, cioè di un assoggettamento della condotta di semplici privati a vincoli di motivo e di fine, con sanzioni in caso di successivo accertamento dello scostamento e assoggettamento del privato all'onere di fornire all'autorità (attraverso autodichiarazione) una descrizione da quest'ultima considerata esatta su motivazioni di condotta ed in genere su elementi suscettibili solo di considerazioni valutative, con sanzioni addirittura penali in caso di ravvisata inesattezza.

Ciò inibisce fortemente il singolo[17], assimilandolo, quanto ai limiti del comportamento, ad una Pubblica amministrazione, facendolo quasi

[17] V. al riguardo, M.A. Sandulli, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in w.w.w. Sipotra, 2018, 53 ss.; M. Occhiena, *Autocertificazione*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2011, 745 ss.; E. Casetta, *Le difficoltà di semplificare*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 1998, 335 ss.). Per un riferimento generale sul tema, v. senz'altro M. Gnes *La decertificazione*, Rimini 2014, *passim*, nonché M. Benedetti, *Le decertificazioni, come cambia il rapporto tra cittadino e amministrazione*, in w.w.w. Progetto Semplifica Italia. Criteri e regole per la semplificazione, giugno 2014 e le sempre valide voci di M. Bombardelli, *Autocertificazione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1996 e 1990.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

un organo indiretto di essa[18], ma lasciandolo, però, come singolo esposto totalmente alle responsabilità personali per le conseguenze dei suoi atti (ben diverse dalle responsabilità d'apparato). In generale viola il principio di buona fede (riassunto dall'art. 2 della Costituzione ed inerente ad ogni ordinamento), inteso come limite operante nelle relazioni disuguali nei confronti di chi si trova in posizione di superiorità escludendo che possa trasformare la inferiorità dell'altro in piena soggezione ed incertezza sulle sue sorti[19]: il privato è esposto a punizione per un errore di comportamento al quale è stato facilitato dalla condotta dello stesso che lo punisce. Per queste due ragioni, una di opportunità, l'altra di legalità, è da contrastare.

Andando alle ricorrenti prospettazioni della necessità della semplificazione della azione amministrativa (accennata nelle primissime righe di queste note), si esprime l'avviso che tale necessità può essere attesa solo se gli interventi successivi dell'autorità, che si vuole far prevalere su quelli preventivi (considerati fonte di appesantimento), presentano una riduzione rispetto all'oggi delle loro conseguenze sanzionatorie, ivi comprese quelle penali; diversamente tale necessità è affermata librescamente con le parole, ma è tradita nel concreto[20].

Tornando agli spostamenti (prendendoli come riferimento per un ragionamento generale), si prospetta in positivo, che, se si volesse continuare a limitarli, sarebbe opportuno[21] consentire al singolo di redigere una dichiarazione preventiva ed impegnativa di quelli che nell'arco di un determinato periodo di tempo intende compiere e di

[18] Su questo v. in particolare E. Casetta, *op. cit.*, pp. 360-361.

[19] Con riferimento alla antica impostazione di questo principio, v.: F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico(dagli anni trenta alla alternanza)*, Milano, 2001, *passim*; L. Frezza, *Buona fede e diritto romano; Fides bona; A proposito di fides e bona fides*, tutti raccolto nei suoi *Scritti*, Roma, 2000, *passim*; L. Lombardi, *Dalla fides alla bona fides*, Milano 1961, *passim*; indi, più recentemente M.T. Caputi Jambrenghi, *Il principio del legittimo affidamento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna, F. Saitta, Milano, 2012, 159 ss.; S. Antoniazzi, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della P.A.*, Torino, 2008, *passim*; F. Manganaro, *Il principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, *passim*

[20] Al riguardo è illuminate l'articolo di S. Cassese, *Fase 2. I nemici nascosti*, in *Il corriere della sera*, 10 aprile 2020.V anche al riguardo G. Napolitano, *È atipico il ruolo dell'ANAC sui contratti pubblici*, in *Il corriere della sera*, 28 aprile 2017.

[21] A parte i sistemi di tracciamento attraverso applicazioni ai dispositivi digitali (e la stimolazione allo sviluppo di alcuni settori dell'economia che da ciò deriverebbe).

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

ottenere su questa una autorizzazione da parte della autorità in sede di controllo od anche di presentazione spontanea, con sanzioni in caso di scostamento. La discrezionalità della Amministrazione è infatti, un fattore, non di limitazione della libertà del cittadino, ma, invece, di promozione della esplicazione della stessa, perché libera il cittadino dall'assillo della esatta interpretazione della legge che per essere una determinazione a priori è inevitabilmente vaga rispetto alle contingenze successive.

In generale sembra ragionevole che, tra il precetto generale e la sanzione possa aversi un contatto tra la Autorità ed il singolo diretto a puntualizzare e adattare le prescrizioni del precetto[22]. Importa solo che gli interventi preventivi della Autorità sui comportamenti avvengano una sola volta (senza reiterazioni) e con effetto esimente da successive sanzioni, senza che si abbia una spirale di sollecitazioni tra controlli preventivi e sanzioni (controlli per evitare sanzioni, sanzioni per pretese inosservanze di elementi formali degli esiti dei controlli preventivi, di nuovo controlli preventivi per evitare le sanzioni).

Ragionando ancora più in generale sull'avviato intento di semplificare l'esercizio del potere amministrativo, preso atto dell'attuale contesto di debolezza del Parlamento[23], e della operatività, invece, di diversi corpi consultivi (tra i quali ed all'interno dei quali si incominciano a cogliere diversità di orientamenti, come rilevato nella precedente nota 14), si prospetta che nel caso in cui si istituissero corpi consultivi ancora ulteriori rispetto agli attuali, si realizzerebbe con decisione una trasformazione della nostra Repubblica parlamentare in una sorta di "Repubblica consultiva", riproposizione attuale della prestatutaria monarchia consultiva[24].

Ciò sicuramente suscita riserve, specie quando la istituzione di commissioni consultive avviene in modo informale e sottratto a controlli (facilitato dalla previsione di esclusioni di compensi per i componenti, invece rivendicata a merito), con scelte dei componenti che nei fatti costituiscono presupposti determinanti delle soluzioni con-

[22] V. S. Cassese, *op. ult. cit.*, che evidenzia l'l'illusorietà di avere leggi autoapplicative.

[23] Le cui difficoltà attuali sono state ben analizzate da V. Lippolis, in *Il Parlamento a distanza? Meglio di no*, in *Il dubbio* del primo aprile 2020.

[24] Su questo modello, v. C. Ghisalberti, *Dalla monarchia amministrativa alla monarchia consultiva*, in *Contributi alla storia della amministrazione preunitaria*, Milano 1963, 147 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

sigliate alla autorità politica e poi da questa seguite, giacché è evidente che ognuno, nella considerazione dei fatti segue la sensibilità che gli viene dalla propria formazione culturale e tecnico-scientifica e che un virologo ragiona diversamente da un clinico, come un oncologo infantile da un geriatra, così come si avverte nelle diverse commissioni la scarsa presenza di giuristi.

Da altro punto di vista, però, con qualche azzardo, anche dettato dallo scetticismo sull'attuale stato delle istituzioni, si prospetta che attraverso ciò potrebbe attivarsi comunque un pluralità di istituzioni e corpi collegiali in dinamica dialettica tra loro per forza di cose (e, cioè della pluralità di essi e della pluralità delle persone appartenenti)[25] e che ciò potrebbe funzionare con qualche probabilità come un provvisorio valido succedaneo di un rapporto tra istituzioni schiettamente democratico-rappresentative (al momento mancante), in attesa ed in preparazione di un desiderabile (o, meglio, agognabile) nuovo ciclo evolutivo capace di ristabilire tale rapporto, dopo il corso involutivo del presente[26]. In tutto questo i giuristi, portatori di una specifica identità culturale ed appartenenti ad un latentemente identificabile corpo sociale non direttamente influenzato da interessi economici dominanti[27] potrebbero avere un ruolo.

[25] Sulla dinamicità insita nelle istituzioni e sulla loro attitudine a dar luogo ad equilibri di laboriosa (ma doverosa) previsione, v. G. Guarino, *L'uomo istituzione*, Bari, 2005, *passim.* Al riguardo, con una impostazione economica, è interessante anche il convergente e validamente complementare L. Poma, *Istituzioni formali, informali e mutamento istituzionale*, in w.w.w., htpp://amsacta.unibo.it, 1997.

[26] Come è nei processi di democratizzazione, su cui v. M. Krygier, *The rule of law: legality, teleology, sociology*, in *Relocating the rule of law*, Oxford-Portland, Oregon, 2009, pp. 57-69.

[27] Si addebita spesso alla mentalità del giurista il formalismo delle regole, opponendo a questa quella dell'aziendalista, aperta alle ragioni della efficienza. Ciò, però, non sembra esatto perché non considera che l'uno e l'altro nei loro ragionamenti dissimulano: l'uno in molti casi, sotto il ragionamento tecnico formalistico dissimula i propri valori, che tendenzialmente sono quelli della coerenza e stabilità dell'ordinamento (e perciò spinti alla coerenza con principi di giustizia e alla contraddizione con le ragioni dell'uomo); l'altro, in molti casi, sotto i suoi ragionamenti di efficienza dissimula la osservanza a sistemi di valori codificati e vincolanti in modo pari, se non superiore rispetto alle regole giuridiche (foss'altro che queste ultime sono come le divinità antiche, troppe e troppo in conflitto per essere rispettate in modo assoluto).

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Aldo Berlinguer

Il Factoring trent'anni dopo

Sommario: 1. Le origini. – 2. Gli sviluppi. – 3. Il *factoring*: la prassi, la disciplina. – 4. I soggetti, la causa, l'oggetto, la durata. – 5. I terzi ed il regime delle eccezioni. – 6. L'incidenza del fallimento. – 7. Il factoring nella UE. – 8. Il factoring internazionale.

1. *Le origini*. – Il *factoring* nasce storicamente nell'esperienza delle imprese manifatturiere inglesi attorno al XV secolo. Esse si servivano di *commercial-factors* come intermediari commerciali per collocare i prodotti nei mercati d'oltre mare. I *commercial-factors* smerciavano i beni, raccoglievano informazioni sulla clientela, effettuavano indagini sul mercato. Talvolta, i *factors* anticipavano ai propri committenti il ricavato della vendita e offrivano agli stessi garanzie sui pagamenti. Fin dalle origini, la pratica del *factoring* dava pertanto luogo ad uno schema contrattuale variabile e complesso, nel quale trovavano posto attività di finanziamento, prestazione di garanzie, prestazioni di servizi.

In prosieguo di tempo, la fattispecie empirica si è arricchita di nuovi contenuti e si sono ampliate le tipologie di servizi offerti dai *factors*, finché, all'inizio del secolo XX, la causa di finanziamento ha assunto un ruolo prevalente assorbendo le eventuali altre connotazioni causali.

Negli USA, proprio la componente finanziaria della fattispecie ha acquisito sempre maggior rilievo soprattutto a partire dagli anni '30. Mentre in Italia essa si è sviluppata solo attorno agli anni '60, quando sono apparse le prime società di *factoring* statunitensi. Solo negli anni '70 questa prassi si è diffusa anche ad opera delle società italiane[1].

[1] Sul *factoring* esiste ampia bibliografia, interna ed estera. Per citare solo alcuni contributi, con taglio interdisciplinare, v. A. Tencati, *Factoring. La circolazione delle posizioni creditorie*, Frosinone, 2018; A. Carretta, *Factoring. Regolamentazione, mercato e gestione*, Trento, 2015; P.H. Chakraborty, A. Sonmale, *Factoring, a Powerful Tool in the World of Finance*, Chennai, 2015; Ferdani, *La cessione dei crediti d'impresa con particolare riferimento alla disciplina dettata dalla normativa di*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

2. *Gli sviluppi*. – In epoca recente il *factoring* ha avuto una lenta ma continua diffusione sino a giungere, negli ultimi anni, a rilevantissimi volumi economici. L'implementazione degli accordi di Basilea 3 e le regole europee sui crediti deteriorati (NPL) hanno infatti provocato una sensibile riduzione nell'accesso al credito, se è vero – come attesta la BCE – che da gennaio 2011 a dicembre 2017 i finanziamenti bancari alle imprese italiane non finanziarie hanno subito una flessione di oltre 100 miliardi di euro, passando dai circa 900 miliardi a meno di 800 miliardi di euro. È dunque divenuto sempre più stringente, per le imprese italiane, il bisogno di nuove fonti di approvvigionamento finanziario complementari al credito bancario, con un sempre più frequente ricorso al *factoring*.

I dati prodotti dall'Associazione di categoria dedicata al settore (Assifact), confermano la tendenza[2]. L'intera "filiera" del factoring

cui alla legge 21 febbraio 1991, n. 52, in *Rass. avv. st.*, 2010, p. 279 ss.; A. Berlinguer, *Factoring* voce, in *Enc. dir:* Sole 24 ore, Milano, 2007, vol. 6, pp. 297-304; Amendolagine, *I limiti e le condizioni di esigibilità del debito assunto dal cedente e la responsabilità del Pagina 13 di 23 cessionario nella cessione del credito pro solvendo*, in *Corr. giur*., 2007, p. 1083 ss.; G. Cremona, M. Faenza, P. Monarca, N. Tarantino, *Il manuale del factoring*, Milano, 2006, p. 279 ss; M. Bussani, A. Infantino, *Cessione del credito e Factoring*, Milano, 2006; Moramarco, *Sulla qualificazione del contratto di factoring e sull'applicazione della normativa dettata dalla L. 21 febbraio 1991 n. 52 in materia di cessione dei crediti di impresa*, in *Dir. fall.*, 2006, p. 46; Cataldo, *Le operazioni di factoring e la revocatoria fallimentare*, in *Il fallimento*, 2005, p. 64; Cassano, *La cessione del credito: negozio, efficacia, garanzia dell'esistenza del credito e della solvenza*, in *Vita not*., 2005, II, p. 1739 ss.; Id., *La cessione del credito e il contratto di factoring*, in *Informazione previdenziale*, 2002, p. 547 ss.; Tonolo, voce «*Factoring*» in *D. disc. Priv. sez. comm.*, Aggiornamento, Torino, 2003, 368; Valentino, *Le cessioni dei crediti, il factoring e la cartolarizzazione*, Napoli, Esi, 2003; M. Albenese, A. Zeroli, *Leasing e Factoring*, Milano, 2002; A. Clarizia, *La legge 52 e la prassi contrattuale*, in A. Burchi, A. Carretta (a cura di), *Il* factoring *a dieci anni dalla legge 21 febbraio 1991, n. 52*, Roma, 2002, p. 69; Id., *I contratti nuovi,* Factoring*, locazione finanziaria*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, XV, Torino, 1999, p. 18 ss*;* R. Clarizia, *Contratti nuovi,* Factoring - *Locazione finanziaria*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, XV, Torino, 1999; Id., *Il factoring*, Torino, Giappichelli, 1998; Bassi, *Factoring e cessione dei crediti di impresa*, Milano, Giuffrè, 1993.

[2] https://assifact.it/nuove-statistiche-del-mercato-del-factoring-dati-definitivi-al-30-novembre-2019/ Sull'evoluzione del factoring in prospettiva giuridico-economica, v. anche A. Carretta, F. Galmarini (a cura di), *Il factoring 3.0. Il contributo del nuovo factoring allo sviluppo economico e finanziario*, Trento, 2018. Il volume raccoglie gli articoli di fondo pubblicati negli ultimi dieci anni sulla rivista *Fact&News*, che celebra i suoi primi vent'anni di attività, in corrispondenza dei trent'anni dell'Associazione Italiana per il Factoring, Assifact.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

parrebbe infatti mobilitare risorse economiche per circa il 13% del PIL nazionale, con oltre 30.000 imprese coinvolte, in maggioranza PMI. Le stime di crescita sono davvero significative: se nel 2007 i crediti ceduti ammontavano a circa 115 miliardi di euro, nel 2017 essi hanno raggiunto i 222 miliardi. La crescita è proseguita nel 2018 e nel 2019, sino a indurre il mercato a sviluppare anche 5 piattaforme di *invoice trading*[3].

Altro fattore di crescita è rappresentato dai noti tempi di pagamento della Pubblica Amministrazione nazionale, ancora ultima tra gli Stati dell'Unione europea, che in media pagano le imprese entro 34 giorni. Ai sensi delle recenti direttive, la PA dovrebbe oggi pagare i propri debiti entro 30 giorni dalla data di ricevimento della fattura commerciale dei fornitori, ad eccezione degli enti del servizio sanitario nazionale che godono di un termine più ampio, pari a 60 giorni[4]. Ma questo non sempre avviene[5].

È lo stesso Ministero dell'Economia e delle Finanze a renderlo noto, essendo esso impegnato, da anni, nel monitoraggio del processo di pagamento dei debiti commerciali contratti dalle oltre 22.000 Pubbliche Amministrazioni dello Stato, che oggi sono registrate nella Piattaforma dei Crediti Commerciali (PCC): sistema tecnologico realizzato e gestito per il MEF dal Dipartimento della Ragioneria Gene-

[3] Com'è noto, si tratta di piattaforme digitali che consentono di gestire direttamente online la cessione dei crediti con tempi molto rapidi, soprattutto quando si è in prossimità della chiusura di esercizio. Dall'applicazione della domanda sulla piattaforma all'erogazione della liquidità sul conto dell'impresa cedente bastano solo 6 giorni rispetto agli oltre 60 richiesti in media da un istituto bancario per effettuare un anticipo fatture. La tecnica dell'invoice trading presenta quindi notevoli vantaggi anche in termini di maggiore equilibrio di bilancio, incidendo sui principali parametri (capitale circolante netto e posizione finanziaria netta) utilizzati per valutare il merito creditizio. Per il calcolo della qualità di ogni impiego in portafoglio, infatti, le banche valutano il cosiddetto DSCR (*Debt Service Coverage Ratio*) dell'impresa emittente, ovvero il rapporto tra i flussi di cassa di cui si prevede essa possa disporre nei 6 mesi successivi e i debiti stimati nello stesso arco temporale. E questo rapporto, secondo i parametri adottati negli accordi di Basilea (*Asset Quality Review* (AQR)), deve essere positivo per accordare il prestito. La cessione dei crediti fatturati incide quindi direttamente sul cash flow e può portare il DSCR sopra la soglia richiesta, mitigando nel contempo, e in modo concreto, le difficoltà imposte dalle rigidità normative.

[4] Direttiva 2011/7/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

[5] Cfr., da ultimo, la condanna dell'Italia pronunciata dalla Corte di giustizia UE, con la sentenza del 28 gennaio 2020 (C-122/18).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

rale dello Stato. La PCC acquisisce in modalità automatica, direttamente dal *Sistema di Interscambio dell'Agenzia delle Entrate* (SDI), tutte le fatture elettroniche emesse nei confronti delle PA a partire dal 31 marzo 2015 e registra i pagamenti effettuati e comunicati dalle singole Pubbliche Amministrazioni. Lo stesso Ministero ha, però, recentemente riconosciuto che: «Queste informazioni, tuttavia, potrebbero non essere complete: infatti, non tutti gli enti pubblici sono attivi nella comunicazione dei dati di pagamento. A questa carenza, che impedisce di avere una visione esaustiva del ciclo delle fatture, si è posto rimedio con lo sviluppo del SIOPE+, un sistema informativo che permette l'acquisizione automatica dei dati sui pagamenti»[6].

Il 15 gennaio 2019 è stata pubblicata la nuova versione delle «*Regole Tecniche e standard per l'emissione dei documenti informatici relativi alla gestione dei servizi di tesoreria e di cassa degli enti del comparto pubblico attraverso il sistema SIOPE+*» (versione 1.4) unitamente ai relativi schemi XSD[7]. L'implementazione del sistema informatico è stata in seguito collaudata e, con lo spirare del 2019, il sistema risulta completamente operativo. Evidente quindi che una puntuale, completa informazione e certificazione dei debiti contratti dalla PA costituisce oggi una precondizione essenziale ad un più ampio utilizzo del *factoring* anche in relazione a questa tipologia di crediti, specie una volta risolti i dubbi, di ogni ordine e specie, sulla loro cedibilità[8].

[6] Cfr. http://www.mef.gov.it/focus/Pagamenti-delle-pubbliche-amministrazioni/

[7] L'art. 1, comma 533, della legge 11 dicembre 2016 (legge di bilancio 2017), ha infatti previsto l'evoluzione della rilevazione SIOPE in SIOPE+, al fine di migliorare il monitoraggio dei tempi di pagamento dei debiti commerciali delle amministrazioni pubbliche attraverso l'integrazione delle informazioni rilevate da SIOPE con quelle delle fatture passive registrate dalla Piattaforma elettronica (PCC) e, in prospettiva, di seguire l'intero ciclo delle entrate e delle uscite.

[8] L'art 117 del codice dei contratti pubblici ha infatti esteso la disciplina della legge 21 febbraio 1991, n. 52 alla cessione di crediti verso le stazioni appaltanti derivanti da contratti di servizi. Sul punto, la Corte dei conti, sez. controllo del Piemonte, 11 luglio 2013, n. 256, ha evidenziato come: "il ricorso all'istituto del *factoring*, analogamente a quanto avviene per la cessione del credito non è vietato, né è elusivo del patto stabilità: è tuttavia necessario che esso venga preceduto da un'attenta ed approfondita analisi tra i costi dell'operazione ed i benefici che da questa derivano al fine di evitare l'insorgenza di diseconomicità e di conseguente di danno erariale". Diverso invece l'indirizzo della magistratura contabile sul cd. '*reverse factoring*', il quale prevede che la PA stipuli un 'accordo quadro' con un *factor* finalizzato all'acquisto dei crediti vantati dai fornitori entro un limite pattuito. La p.a.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Infine, i crediti da esportazione: anche qui, i dati disponibili sono molto incoraggianti. Nel 2019 il Ministero dello Sviluppo Economico ha pubblicato i dati dell'interscambio del commercio estero da e verso l'Italia relativi all'anno 2018[9]. I dati commerciali sono in crescita costante e l'export registra 462.899 milioni di euro, mentre l'import si ferma a 423.998 milioni di euro, con un saldo commerciale netto di 38.901 milioni di euro. L'interscambio commerciale complessivo generato dalle imprese italiane è stato quindi di 886.897 milioni di euro. Il che lascia bene intendere quali ulteriori, ampi spazi di crescita possa avere un istituto come il *factoring* nell'esaudire i *desiderata* delle imprese esportatrici in termini di servizi di contabilizzazione, riscossione e assicurazione dei crediti generati dall'export.

3. *Il* factoring*: la prassi, la disciplina*. – Nonostante la sua grande diffusione, il *factoring*, ha mantenuto, nel tempo, la sua struttura originaria, maturata dapprima nell'ambito della prassi bancaria e commerciale e poi consolidata nella legge n.52 del 1991[10].

A trent'anni dalla l.n.52/1991, non esiste ancora una definizione codificata di *factoring*[11], la quale va quindi ancora attinta dagli usi. Per *factoring* si intende la fattispecie in cui un imprenditore commerciale, detto cedente o fornitore, trasferisce o si obbliga a trasferire mediante cessione di credito ad un altro soggetto, detto cessionario o *factor*, la totalità o una parte dei crediti (presenti o futuri) che derivano dall'esercizio dell'impresa. I crediti vantati nei confronti

mira in tal modo a ridurre i costi degli eventuali ritardi nei pagamenti e ad acquisire nuovi fornitori, o ad ottenere prezzi di acquisto meno elevati. La Corte dei conti ha però evidenziato come: «Diversa è la situazione nel caso del reverse factoring giacché il ricorso a questo istituto si presta facilmente ad operazioni elusive del rispetto del patto di stabilità. Infatti, trattandosi di un'operazione che esternalizza il pagamento del debito, ne viene rinviata l'imputazione al bilancio dell'Ente, con conseguente alterazione dei flussi di cassa». Corte dei conti Piemonte, 256/2013, p. 3.

[9] Cfr. https://www.mise.gov.it/images/stories/commercio_internazionale/osservatorio_ commercio_internazionale/commento_dati/commercio_estero_italia_ottobre_2019.pdf

[10] Sulla genesi e le finalità della l. 52, si ricordino G. De Nova, *Il* factoring *a dieci anni dalla legge 21 febbraio 1991, n. 52*, in A. Burchi, A. Carretta (a cura di), *Il* factoring *a dieci anni dalla legge 21 febbraio 1991, n. 52*, cit., p. 13 ss.; E. Ricci, Le finalità della legge 52 e la realtà operativa del factoring, *ivi*, 61 s.; A. Clarizia, *La legge 52 e la prassi contrattuale*, cit., 70; Id., *I contratti nuovi, Factoring, locazione finanziaria*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, XV, Torino, 1999, pp. 7 ss. e 70 ss.

[11] L'art. 1, l. 52/1991 si limita infatti a prevedere le condizioni utili a definire il suo ambito di applicazione.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

di taluni soggetti, i debitori ceduti, vengono trasferiti verso una controprestazione in servizi e/o in denaro. Il *factor* riscuote i crediti ceduti, ne anticipa di solito l'importo e solo raramente assume il rischio dell'insolvenza dei debitori[12]. Mediante il *factoring* l'imprenditore cedente che, in virtù della propria attività, diviene titolare di crediti non immediatamente esigibili, perché a termine, riesce ad ottenere quindi un'anticipazione delle somme a lui dovute beneficiando di un aumento della propria liquidità senza essere costretto a ricorrere al credito bancario, la cui erogazione generalmente richiede la prestazione di idonee garanzie.

La l. 52/1991[13], che ha per prima approntato una disciplina organica dell'istituto, si è limitata a regolare il nucleo centrale della fattispecie, vale a dire la cessione dei crediti di impresa, creando un regime normativo aggiuntivo rispetto agli artt. 1260 e ss c.c.[14]. Non tutti gli aspetti sono però stati regolamentati, tant'è che taluni qualificano ancor oggi questo istituto come contratto innominato[15]. Si ag-

[12] La definizione citata promana dalla prassi operativa, riscontrabile nelle raccolte di usi delle Camere di Commercio.

[13] Legge 21 febbraio 1991, n. 52 (Gazz. uff., 25 febbraio, n. 47), Disciplina della cessione dei crediti di impresa. Factoring.

[14] Cass., sez. III, 17 gennaio 2001, n. 575, in *I Contratti*, 2002, p. 59. La legge opera un espresso rinvio alle disposizioni del codice civile. Vedi Cass., sez. I, 2 febbraio 2001, n. 1510, in *Foro it.*, 2001, c. 1157.

[15] Com'è noto, sulla connotazione causale del *factoring* vi sono opinioni diverse e ciò produce ovvie ricadute sulla disciplina di riferimento. Taluni sostengono che: « il contratto di factoring ha una causa complessa e variabile, la cui determinazione è estrinsecazione dell'autonomia contrattuale, sicché è identificabile in concreto con una qualsiasi delle cause compatibili con la natura e la struttura del contratto» (cfr. Cass., 24 giugno. 2003, n. 10004, Cass., 27 agosto 2004, n. 17116, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, p. 7, A. Luminoso, *Il factoring*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2003, p. 680). Altri ritengono che il *factoring* sia un contratto di scambio (M. Bussani, M. Infantino, *Cessione del credito e factoring*, Milano, 2006, p. 166; B. Cassandro Sulpasso, *Collaborazione alla gestione e finanziamento d'impresa: il factoring*, Milano, 1981, p. 53), un contratto di credito (G. Panzarini, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, Milano, 1984, p. 631); altri ancora parlano di un contratto di liquidità (U. Carnevali, *I problemi giuridici del factoring*, in *Riv. dir. civ*., 1978, I, p. 314) o lo riconducono nello schema del mandato (A. Nuzzo, *Dal contratto all'impresa: il "factoring"*, in *Riv. soc.*, 1984, I, p. 957). In effetti, dall'esperienza empirica si ricava una fattispecie assai mutevole e variegata. Tuttavia, a me pare che connaturata al factoring sia in ogni caso una causa di finanziamento dell'impresa, ciò che lo distingue da altre fattispecie (A. Berlinguer, *Factoring*, voce in *Enc. dir.* Sole 24 ore, cit.; R. Clarizia, *I contratti nuovi*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 1999, p. 34)

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

giunga inoltre che solo negli ultimi anni la giurisprudenza ha riconosciuto a molte fattispecie rientranti nella denominazione *factoring* la *causa vendendi* appena necessaria per ricadere nell'ambito della disciplina della l. n. 52/1991[16].

La l. 260/93 ha inoltre ratificato la Convenzione di Ottawa del 28 maggio 1988 (*Unidroit Convention on International Factoring*), relativa alle sole fattispecie provviste di elementi di internazionalità, secondo la quale *factoring* è un contratto fra una parte (il fornitore) e un'altra (l'impresa di *factoring*, appresso denominata cessionario) in base al quale: a) il fornitore può cedere o cederà al *factor* i crediti derivanti dai contratti di vendita di merci conclusi tra il fornitore e i suoi clienti (debitori), con esclusione dei contratti concernenti merci acquistate essenzialmente per uso personale, familiare, domestico; b) il cessionario deve svolgere per lo meno due delle seguenti funzioni: finanziamento del fornitore, attraverso in specie, il prestito o il pagamento anticipato, tenuta dei conti relativa ai crediti; incasso dei crediti; protezione contro il mancato pagamento da parte dei debitori; c) la cessione dei crediti deve essere comunicata ai debitori[17].

4. *I soggetti, l'oggetto, la causa, la durata*. – Sono parti del contratto il fornitore (cedente) ed il *factor* (cessionario). Non è parte del contratto il debitore ceduto. Il fornitore deve essere un imprenditore; il *factor* può essere solo una banca o un intermediario finanziario le

[16] Cass., sez. I, 12 aprile 2000, n. 4654 in *Fallimento*, 2001, p. 515 e Cass., sez. I, 18 gennaio 2001, n. 684 in *I Contratti*, 2001, I, p. 464. La giurisprudenza di merito, ed in particolare il Tribunale di Genova (17 luglio 1991, in *Giur. comm*., 1992, II, p. 286; 17 ottobre 1994, in *Giur. comm*., 1995, II, p. 697; 1° aprile 1999, in *Giust.*, 2000, p. 62) proponeva invece una lettura riduttiva della legge, sostenendo che essa non si applica ai contratti riconducibili al mandato. La realtà negoziale suggerisce quindi di intendere in senso non tecnico il dettato dell'art. 1, l. 52/1991, che, altrimenti potrebbe legare il *factoring* alla *causa vendendi*. Invero, la prassi contrattuale, e le esigenze cui risponde, fanno intendere che il 'corrispettivo' non sia il prezzo di vendita, ma la somma che il *factor* rende disponibile al cedente, e sulla quale decorrono gli interessi. In questi termini, P. Schlesinger, Factoring *e legge 52: un traguardo o una tappa?*, in A. Burchi, A. Carretta (a cura di), *Il* factoring *a dieci anni dalla legge 21 febbraio 1991, n. 52*, cit., p. 55 s. V. anche G. Tucci, *Factoring*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, *Trattato* diretto da F. Galgano, I, Torino, 1995, pp. 533, 541

[17] Art. 1 Convenzione Ottawa. In argomento, vedi meglio *infra*, al successivo paragrafo 7.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

cui caratteristiche rispondano al TU in materia bancaria e creditizia (d.lgs. 385/93)[18].

Oggetto principale, ancorché non esclusivo, della fattispecie è la cessione dei crediti che può essere *pro solvendo*[19] o *pro soluto*[20]. I crediti possono essere ceduti anche se futuri proprio in quanto possono non essere stati ancora stipulati i contratti dai quali sorgeranno. È ammessa anche la cessione dei crediti in massa ma, se futuri, limitatamente a quelli che sorgeranno entro i successivi ventiquattro mesi. Tali crediti, attuali o futuri, si considerano determinati se è indicato il debitore ceduto (art. 3, l. 91/52).

In genere è il *factor* che predispone le linee generali del contratto di *factoring*, cui fanno seguito le singole cessioni dei crediti[21]. Si è pertanto discusso circa la natura giuridica di tali accordi i quali, secondo alcuni, farebbero parte di un unico programma negoziale, caratterizzato dall'accordo iniziale e dalle singole cessioni. Altri sostengono che il contratto di *factoring* costituirebbe un contratto normativo, di per sé non traslativo, che detta la disciplina delle successive cessioni; oppure un accordo quadro sottoposto ad una riserva di gradimento delle successive cessioni, le quali sarebbero volta per volta valutate e, se gradito – in termini di affidabilità e consistenza patrimoniale – il debitore, accettate dal *factor.* Altri ancora individuano in quello principale un contratto preliminare ad effetti obbligatori cui farebbero seguito le singole cessioni autonome come momento esecutivo dello stesso.

[18] Questi requisiti sono indicati all'art. 1 della l. 52/91; il c. 2 dell'art. 1 precisa inoltre che in assenza dei suddetti requisiti, le cessioni di credito sono disciplinate dal codice civile.

[19] In mancanza di pattuizioni diverse, la cessione avviene *pro solvendo* (art. 4, l. 52/91).

[20] Secondo la suprema Corte, «Il contratto di *factoring*, ove postuli una cessione dei crediti a titolo oneroso in favore del *factor*, attribuisce a quest'ultimo la titolarità dei crediti medesimi e, quindi, la legittimazione alla loro riscossione in nome e per conto proprio, e non in qualità di semplice mandatario del cedente, sicché il pagamento eseguito dal debitore ceduto si configura quale adempimento di un debito non del cedente verso il *factor* ma proprio del debitore ceduto verso quest'ultimo…». Così Cass. civ, sez. I, 2 ottobre 2015, n. 19716.

[21] Anche per questo, la giurisprudenza riconosce in capo al *factor* il diritto-dovere di richiedere al cedente quanto sia necessario per valutare l'affidabilità economica dei debitori (*inter alia*, richiedere copia di scritture contabili e di comunicazioni bancarie di accredito del corrispettivo e delle eventuali garanzie). Sul punto, cfr. Tribunale di Milano, sez. XII, 20 maggio 2016.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Accanto al trasferimento della titolarità del portafoglio crediti, le attività che il *factor* realizza a favore dell'impresa possono però essere ulteriori ed assai varie: oltre alla gestione, contabilizzazione e incasso, è possibile che il *factor* provveda anche all'assicurazione dei crediti stessi. Talvolta, tra i servizi accessori, sono incluse le attività di consulenza, di assistenza commerciale e di *marketing*. I servizi accessori variano anche, nell'esperienza empirica, a seconda del tipo di *factoring* stipulato, potendosi distinguere tra il cd. o*ld line factoring* ed il cd. *new style factoring*. Quest'ultimo differisce da quello tradizionale sotto il profilo delle ulteriori ed inedite prestazioni offerte, quali: l'organizzazione delle vendite, la selezione dei clienti, le ricerche di mercato su settori merceologici. Relativamente alle modalità di esecuzione, si suole distinguere fra *Notification* e *Non-Notification factoring* a seconda che il cedente si impegni o meno a menzionare sulle fatture emesse che il pagamento dovrà essere effettuato esclusivamente al *factor*. Quanto al finanziamento, si distingue infine fra *Maturity e Credit cash factoring*. Nel primo, il *factor* assume il rischio dell'insolvenza del debitore ma non opera alcun finanziamento; esso si risolve pertanto in una semplificazione dell'attività gestionale dell'impresa cliente. Il secondo si caratterizza, al contrario, per la facoltà del cedente di chiedere anticipazioni totali o parziali sull'ammontare dei crediti.

Discende da quanto sopra che anche la connotazione causale dell'istituto potrà variare sensibilmente in considerazione della tipologia di attività ricomprese nel suo oggetto. Del *factoring* è stata infatti sottolineata la funzione creditizia; altri vi riscontrano un contratto di organizzazione in base al quale il *factor* si inserisce nel processo produttivo del cedente occupandosi della contabilizzazione e del recupero dei crediti; altri ancora ravvisano nel *factoring*, come vendita di crediti, un contratto ad effetto reale oppure un mandato senza rappresentanza, atteso che i crediti sono ceduti al solo fine di rendere possibile al *factor* la gestione, in proprio ma nell'interesse dell'impresa fornitrice, dell'attività creditizia ponendosi quest'ultimo come mero intermediario tra debitore e creditore[22].

Resta il fatto che l'art. 1, co. 2, lett. *f*) t.u.b., menziona il *facto-*

[22] V., attorno alla l. 51/1991, il dibattito raccolto in A. Burchi, A. Carretta (a cura di), *Il* factoring *a dieci anni dalla legge 21 febbraio 1991, n. 52*, Roma, 2002, *passim*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

ring fra le «operazioni di prestito» che rientrano nelle «attività ammesse al mutuo riconoscimento»[23].

Quanto alla durata, spesso la prassi contrattuale non prevede termini. Si è così consolidato l'orientamento a qualificare il *factoring* come contratto a tempo indeterminato, talché ambo le parti possono recederne *ad nutum.* Il dato trova conferma nell'*art.*18 delle 'condizioni generali' di contratto predisposte da Assifact, che consentono a ciascuna parte di recedere "senza obbligo di motivazione né di preavviso". E tale scelta innesca la protezione imperativa, per il cliente, dell'art. 120 *bis* del t.u.b.[24].

5. *I terzi ed il regime delle eccezioni.* – Il *factor* ha diritto di pretendere dal debitore ceduto il pagamento del credito non appena esso diviene esigibile. La cessione del credito si perfeziona con l'accordo fra il *factor* ed il cedente indipendentemente dalla notifica al debitore ceduto o dalla sua accettazione. È tuttavia necessario che il *factor* o il fornitore portino a conoscenza del debitore ceduto l'avvenuta cessione del credito al fine di consentirgli di pagare il proprio debito direttamente al *factor*. In mancanza della notifica si presumono infatti: la legittimazione a ricevere del creditore originario e la buona fede del debitore, col rischio che il pagamento al cedente possa quindi liberare il debitore ceduto. Non è in ogni caso rilevante l'eventuale rifiuto del debitore alla suddetta cessione. Basta la comunicazione degli elementi costitutivi ed identificativi della cessione non essendo necessaria la trasmissione dell'originale o di una copia autentica della convenzione traslativa. Per informare il debitore è possibile avvalersi di qualsiasi mezzo purché obiettivamente idoneo a consentire la conoscenza della cessione[25].

Il debitore ceduto può opporre al *factor* le medesime eccezioni che avrebbe potuto opporre al cedente, ad eccezione dei fatti estintivi o modificativi del credito che siano successivi alla propria conoscenza dell'avvenuta cessione. In materia opera il principio per cui la

[23] Mentre i *factor* che non sono intermediari finanziari né banche eserciterebbero soltanto il *factoring* non finanziario.

[24] "Il cliente ha diritto di recedere in ogni momento da un contratto a tempo indeterminato senza penalità e senza spese". In giurisprudenza, v. la posizione adesiva del Tribunale di Roma, 22 marzo 14.

[25] Cass., sez. I, 12 maggio 1998, n. 4774, in *Foro it*., 1998, I, c. 2114; Cass., sez. I, 2 settembre 1997, n. 8387, in *Giust. civ.*, 1997, c. 1604.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

cessione non può in alcun modo peggiorare la posizione del debitore ceduto[26].

Secondo l'art. 5 della L. 52/1991, la cessione è opponibile ai terzi ed in particolare: agli altri aventi causa del cedente, se la data del pagamento del corrispettivo per la cessione è anteriore a quella della notifica o dell'accettazione del debitore ceduto ai sensi dell'art. 1265 c.c.; al creditore del cedente che abbia pignorato il credito dopo la data certa del pagamento del corrispettivo; al fallimento di ciascuno dei soggetti che compongono la fattispecie alle condizioni meglio evidenziate *infra*, al para.5.

In ciascun caso, occorrerà che la data del pagamento del corrispettivo risulti certa[27]. Mentre non è rilevante che il pagamento stesso sia stato totale o anche solo parziale. Tale assunto ha suscitato ampie critiche: la previsione dell'opponibilità ai terzi della cessione, anche a fronte di un pagamento parziale, potrebbe infatti indurre il cedente e il cessionario a tenere dei comportamenti abusivi ai danni degli altri creditori, per esempio accordandosi per un pagamento di ammontare irrisorio. È vero, tuttavia, che il *factor* non avrebbe alcun interesse a versare una somma modesta atteso che il cedente garantisce il buon fine del credito nei limiti del corrispettivo pattuito.

Tale disposizione aggiunge un nuovo criterio di opponibilità, rispetto a quello previsto all'art. 1265 c.c. (secondo cui la cessione è

[26] La Suprema Corte ha chiarito che in tema di contratto atipico di «*factoring*«, la cessione dei crediti che lo caratterizza non produce modificazioni oggettive del rapporto obbligatorio e non può pregiudicare la posizione del debitore ceduto in quanto avviene senza o addirittura contro la sua volontà; ne consegue che il debitore ceduto può opporre al «*factor*« cessionario le eccezioni concernenti l'esistenza e la validità del contratto da cui deriva il credito trasferito ed anche le eccezioni riguardanti l'esatto adempimento del contratto, mentre quelle che investono fatti estintivi o modificativi del credito ceduto sono opponibili al «*factor*« cessionario solo se anteriori alla notizia della cessione comunicata al debitore ceduto e non ove successivi, in quanto, una volta acquisita la notizia della cessione, il debitore ceduto non può modificare la propria posizione nei confronti del cessionario mediante negozi giuridici posti in essere con il creditore originario. Così Cass. civ., sez. I, 02 dicembre 2016, n. 24657.

[27] La certezza della data del pagamento è dimostrata secondo la giurisprudenza dalla esecuzione del pagamento a mezzo di un pubblico ufficiale che ne attesti la circostanza, dalla quietanza che sia stata rilasciata dal debitore; dall'effettuazione mediante bonifico bancario (vale il momento in cui importo è accreditato sul conto corrente e non il momento in cui sia stato impartito l'ordine all'istituto di credito da parte del *factor*) Cass., sez. I, 26 luglio 1989, n. 3507, in *Foro it*., 1990, I, c. 128.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

opponibile ai terzi solo se notificata o accettata con atto anteriore avente data certa) mostrando un *favor*, nei confronti delle società di *factoring*, che tiene conto della realtà commerciale e dell'opportunità di incoraggiare questo genere di operazioni.

Non altrettanto favorite appaiono invece, ad oggi, le imprese cedenti, atteso che le molte incertezze, sul piano civilistico, producono non trascurabili ricadute contabili le quali non sempre rendono, per loro, attrattivo l'istituto. Su questo, non trascurabile argomento, merita rinviare agli opportuni approfondimenti specialistici, senza tuttavia sottacere l'esigenza da molti avvertita di introdurre, sul punto, alcuni chiarimenti normativi[28].

6. *L'incidenza del fallimento*. – Il fallimento può riguardare ciascuna delle parti contrattuali, ma la l. 52/1991 ha disciplinato agli artt. 6 e 7 solo le ipotesi del fallimento rispettivamente del debitore ceduto e del cedente[29].

[28] Come già evidenziato, l'art. 4 della l. 52/1991 prevede che il cedente debba garantire l'adempimento del debitore <nei limiti del corrispettivo pattuito>. Risulta quindi invertita la previsione codicistica contenuta nell'art. 1267 c.c. Anche quando i contratti di *factoring* dispongono diversamente e adottano la formula *pro soluto*, essi sono comunque strutturati in modo da contenere clausole di mitigazione del rischio che grava sul *factor*. Trattasi di *plafond*, massimali o franchigie che addossano sul cedente almeno una parte del rischio di mancato o ritardato pagamento del debitore ceduto e questo, in base ai criteri contabili, non consente di cancellare dal bilancio del cedente l'attività finanziaria trasferita. Infatti lo IAS 39 prevede la cancellazione dal bilancio dell'attività trasferita quando sono soddisfatte talune condizioni. In particolare, se sono ceduti i diritti contrattuali a ricevere i flussi finanziari relativi all'attività stessa, ovvero, pur mantenendo tali diritti, la società cedente assume l'obbligo di pagare il corrispettivo di quei flussi ad altri soggetti (c.d. *pass-through arrangement*). In quest'ultima ipotesi, la società, pur conservando i diritti, assume l'impegno contrattuale a riversare, senza ritardi, alla controparte i relativi flussi finanziari se e nella misura in cui li abbia incassati. In altre parole, la società cedente dovrebbe spogliarsi della titolarità dei crediti ed assumere piuttosto la veste di mandatario, così da ritenere come trasferiti sostanzialmente tutti i rischi e i benefici correlati ai crediti di cui era proprietaria. Sulle rilevanti implicazioni dei profili contabili del *factoring*, si veda, tra gli altri, M. Venuti, *I crediti e le operazioni su crediti (cessione dei crediti, factoring, cartolarizzazioni e contratti affini) nel bilancio codici stico e nel bilancio IAS/IFRS*, in *Riv. soc.*, 2010, 4, p. 745 ss, spec. p. 769 ss.; Id., *La rappresentazione in bilancio delle operazioni di factoring e di cartolarizzazione. Aspetti civilistici ed economici*, in *Riv. dott. comm*, 2010, 4, p. 833 ss.

[29] Sul tema, a vario titolo, v. M. Prestipino, *Il credito del factor nel fallimento del cedente*, in *Giur. comm*., 3/2017, p. 472 ss; Bonaccorsi di Patti, *In tema di compensazione nel fallimento, cessione dei crediti ed abuso del diritto da parte del*

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

L'art. 6 esclude espressamente che l'azione revocatoria fallimentare (art. 67 l. fall.) possa riguardare il pagamento compiuto dal debitore ceduto al cessionario salvo che la stessa azione sia proposta nei confronti del cedente. In tale ultima ipotesi, il curatore deve però provare che il cedente conosceva lo stato di insolvenza del debitore ceduto alla data del pagamento del cessionario. Si è ritenuto in proposito quanto meno singolare che a conoscenza dello stato di insolvenza del debitore debba essere il cedente piuttosto che il *factor*. Il cedente, del resto, una volta ceduto il credito, rimane estraneo al momento della riscossione da parte del *factor*. Si è parlato pertanto anche di una sorta di azione revocatoria indiretta. In ogni caso, ove il curatore riesca a fornire tale prova, il cedente dovrà versare al curatore quanto pagato dal debitore ceduto e potrà agire in rivalsa nei confronti del factor laddove la cessione sia avvenuta *pro soluto*. Resta infine da evidenziare che tale disciplina si applica laddove il *factor* abbia versato il corrispettivo; in caso contrario infatti la posizione del *factor* non è diversa da quella di un qualsiasi altro creditore del fallito[30].

L'art. 7 disciplina invece, al primo comma, l'ipotesi del fallimento del cedente, introducendo secondo alcuni una nuova forma di revocatoria fallimentare. La cessione dei crediti non è opponibile al fallimento del cedente se il curatore prova che il *factor* conosceva lo stato di insolvenza del cedente quando ha eseguito il pagamento e sempre che il pagamento al cedente sia stato eseguito nell'anno anteriore alla sentenza dichiarativa di fallimento e prima della scadenza del credito ceduto[31]. L'intento del legislatore è quello di evitare eventuali accordi tra cessionario e cedente volti a sottrarre crediti alla società ormai prossima al fallimento. È comunque difficile ipotizzare che una società di *factoring*, in prossimità della dichiarazione di fallimento di un'impresa, si renda disponibile a corrispondere delle anticipazioni relativamente a crediti non scaduti, trovando applicazione, in questo

cessionario, in *Dir. fall*., 2016, II, p. 606 ss.; Dimundo, *L'inefficacia nei confronti del fallimento del cedente della cessione dei crediti d'impresa (Nota a Cass., 8 luglio 2015, n. 14260)*, in *Fallimento*, 2016, p. 164 ss.; Dolmetta, *Cessione di credito in garanzia e prelazione*, in *Fallimento*, 2016, p. 930 ss; Di Cola, *Cessione del credito e rettificazione dello stato passivo*, in *Dir. fall*., 2014, I, p. 352 ss.; G. Alessi, *Revocatoria fallimentare dei pagamenti del debitore ceduto e garanzia di solvenza nella cessione dei crediti di impresa*, in *Dir. fall*., 1992, I, p. 615 ss.

[30] Tribunale di Torino, 9 settembre 2004 in *Il fallimento*, 2005, p. 643

[31] Cass., sez. I, 13 febbraio 2004, n. 2782, in *Dir. fall.*, 2005, p. 73.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

caso, l'art. 67 c. 2 l. fallim. L'art. 7, commi 2 e 3, tratta della cessione di crediti futuri consentendo al curatore di recedere dal contratto con la restituzione degli eventuali anticipi ricevuti. Rimane dunque escluso lo scioglimento del contratto di *factoring* quale effetto automatico del fallimento[32].

Controversa è l'ammissibilità o meno della compensazione tra i crediti del *factor* verso il cedente-fallito, per anticipazioni, servizi e commissioni ed i debiti dello stesso *factor* relativi alla corresponsione al cedente-fallito delle somme incassate dai debitori ceduti, qualora tali crediti siano stati ceduti preventivamente, ma riscossi successivamente, all'apertura della procedura concorsuale. Secondo un consolidato orientamento della Corte di cassazione, ai fini della compensazione *ex* art. 56 l. fall., è richiesta la preesistenza – intesa come esigibilità – dei crediti al fallimento[33]. La stessa Corte ha anzi statuito che, in punto di *factoring*, la compensazione è ammessa sulla base della anteriorità alla procedura concorsuale del fatto genetico della situazione giuridica estintiva delle obbligazioni contrapposte[34]; nel caso di specie, il momento genetico è stato riconosciuto nella conclusione del contratto di *factoring*, esigibilità e liquidità sono requisiti necessari solo per rendere operante la compensazione.

7. Il factoring *nella UE*. – Nell'ambito delle politiche finalizzate alla compiuta realizzazione del mercato unico, la Commissione europea, nel 2015, ha adottato un *Piano d'azione per l'Unione dei mercati dei capitali*[35]. In quella sede, essa ha rilevato come, nonostante i

[32] Quanto all'ammissione al passivo del credito del *factor*, l'opinione prevalente esclude la natura condizionata del credito e l'applicabilità dell'art. 55, ult. comma, l. fall., poiché la pretesa creditoria sorge nel momento stesso in cui viene stipulata la cessione ed erogato l'anticipo. In arg. vedi, di recente, M. Prestipino, *Il credito del factor nel fallimento del cedente*, cit., p. 472 ss. V anche B. Inzitari, *Forme di garanzie atipiche e indirette nel fallimento: la cessione del credito a scopo di garanzia*, in *Fallimento*, 2002, p. 963 ss. In giurisprudenza, v. Cass., 12 aprile 2000, n. 4564, in *Fallimento*, 2001, p. 511 ss.; Trib. Genova, 10 agosto 2000, in *Fallimento*, 2001, p. 513 ss.

[33] Cass., sez. I, 5 giugno 1976, n. 2037, in *Foro it*., 1977, I, c. 477; Cass., sez. I, 25 agosto 1997, n. 7961, in *Fallimento*, 1998, p. 1115; Cass., sez. I, 28 maggio 1998, n. 5271, in *Dir. fall*., 1999, p. 768.

[34] Cass., sez. I, 10 luglio 2003, n. 10861, in *I contratti*, 2004, p. 262.

[35] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, «*Piano di azione per la creazione dell'Unione dei mercati dei capitali*« («piano d'azione per l'UMC»), COM(2015) 468 final.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

progressi compiuti negli ultimi decenni nello sviluppo di un mercato unico dei capitali, ad oggi permangono numerosi ostacoli che spesso inibiscono gli investimenti transfrontalieri. Uno di essi deriva dalle differenze nel trattamento nazionale dell'opponibilità ai terzi della cessione dei crediti, ciò che rende difficoltoso utilizzare questi ultimi a titolo di garanzia nelle operazioni transfrontaliere: «…in particolare quando i prestiti bancari sono mobilitati come garanzia finanziaria nelle operazioni di credito delle banche centrali o nel contesto delle cartolarizzazioni…». Risulta infatti particolarmente difficile «…per gli investitori calcolare il rischio degli investimenti in strumenti di debito»[36].

La Commissione si è dunque assunta il compito di proporre norme uniformi che consentano di determinare con certezza giuridica quale legge nazionale si applichi all'opponibilità ai terzi della cessione dei crediti al fine di completare il quadro regolamentare già approntato col regolamento (CE) n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Regolamento Roma I).

Queste ultime norme prevedono infatti che i rapporti tra cedente e cessionario o tra surrogante e surrogato nell'ambito di una cessione o di una surrogazione convenzionale di credito nei confronti del debitore siano disciplinati dalla legge che si applica al contratto che li vincola. Di conseguenza, la legge che disciplina il credito oggetto di cessione o surrogazione regola anche i rapporti tra cessionario o surrogato e debitore, la cedibilità del credito, le condizioni di opponibilità della cessione o surrogazione al debitore e il carattere liberatorio della prestazione fatta dal debitore.

Il Regolamento citato ha omesso però di regolare alcuni punti salienti, come gli elementi patrimoniali della cessione del credito e la sua efficacia nei confronti dei terzi. Sono rimasti così sprovvisti di copertura normativa tutti gli aspetti relativi alla titolarità dei diritti di proprietà su un credito, in particolare: i) i requisiti che il cessionario deve soddisfare per assicurarsi la titolarità del credito dopo la cessione (ad esempio l'iscrizione della cessione in un registro pubblico, la notifica scritta al debitore della cessione) e ii) le modalità di risoluzione dei conflitti, ossia i conflitti tra più aventi diritto in merito

[36] Così, testualmente, la *Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, sul problema dell'efficacia della cessione di credito o della surrogazione nel credito nei confronti dei terzi e sul privilegio del credito ceduto o surrogato rispetto al diritto di un'altra persona*, Bruxelles, 29.9.2016 COM(2016) 626 final.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

alla titolarità del credito dopo la cessione transfrontaliera (ad esempio tra due cessionari qualora lo stesso credito sia stato ceduto due volte, o tra cessionario e creditore del cedente).

Neppure altre norme settoriali sul conflitto di leggi in materia di effetti patrimoniali delle operazioni transfrontaliere su titoli, che pure sono state adottate in ambito UE, hanno dipanato il nodo[37]. Anzi, la stessa Commissione ha rilevato come esse vengano applicate in modo disomogeneo nei vari Stati membri e ciò: «…genera incertezza giuridica e costi supplementari che possono creare ostacoli all'agevole svolgimento delle operazioni finanziarie nel mercato interno»[38].

Ne è scaturita la decisione di dotare il quadro normativo europeo di un nuovo Regolamento che disciplini questo aspetto al fine di garantire la certezza giuridica per le parti che intervengono nel *factoring*, nella collateralizzazione e nella cartolarizzazione, e agevolare così l'accesso a finanziamenti meno costosi per PMI e i consumatori. La proposta di Regolamento è stata adottata nel marzo del 2018. L'*iter* di approvazione non si è ancora concluso[39].

8. Il factoring internazionale. – Altri tentativi sono stati mossi, a livello internazionale, per offrire omogeneità (o quantomeno certezza) di regolamentazione al *factoring*.

Uno di essi è senz'altro riconducibile alla Convenzione di Ottawa del 28 maggio 1988, ratificata con l. 14 luglio 1993, n. 260, entrata in vigore in Italia il 1° maggio 1995, che regola i contratti di *factoring* aventi per oggetto crediti derivanti da contratti di vendita di merci fra soggetti aventi sede legale in paesi differenti. Rilevano, in particolare, due elementi: (i) il carattere internazionale dei crediti ceduti e (ii) la sussistenza di uno stretto rapporto tra il contratto di fornitura ed uno o più Stati contraenti (cioè uno stato firmatario della Convenzione di Ottawa). L'elemento dell'internazionalità si ricava

[37] Direttiva 98/26/CE concernente il carattere definitivo del regolamento nei sistemi di pagamento e nei sistemi di regolamento titoli (SFD); Direttiva 2002/47/CE relativa ai contratti di garanzia finanziaria (FCD); Direttiva 2001/24/CE materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi, GU L 125 del 2001.

[38] Relazione della Commissione, ult. cit., p. 4.

[39] Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile all'opponibilità ai terzi della cessione dei crediti, Bruxelles, 12.3.2018, COM(2018) 96 final.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

quindi da circostanze non riguardanti il contratto di *factoring* in sé, bensì il rapporto sottostante[40].

La fattispecie, sul piano empirico, si palesa come segue. Una parte italiana (esportatore) stipula un contratto di fornitura con una controparte residente all'estero (importatore) e si rivolge ad un *factor* nazionale (*export factor*) il quale trasmette ad un *factor* straniero (*import factor*) la richiesta di approvazione del credito, contenente le generalità dell'importatore, le sue referenze bancarie e commerciali, i termini del credito richiesto, le condizioni di pagamento, i tempi di consegna e le qualità della merce oggetto di scambio. L'*import factor*, svolte le necessarie indagini per valutare il rischio di insolvenza dell'importatore, decide se approvare o meno il credito, comunicandolo all'*export factor*. A questo punto, l'esportatore potrà cedere all'*export factor* i crediti vantati nei confronti dell'importatore. L'*export-factor* cederà quindi, a propria volta, i crediti all'*import-factor.* La fattispecie appare dunque segmentata in più rapporti circoscritti: accanto a quelli che intercorrono tra importatore e esportatore, direttamente attinenti al contratto di fornitura, l'esportatore interloquisce solo con l'*export factor*, il quale provvede alle eventuali anticipazioni sui crediti; l'importatore estero solo con l'*import factor*, che si da carico della riscossione dei crediti mentre i rapporti fra *import factor* ed *export factor* sono regolati secondo convenzioni dette "*inter-factors agreements*". Si delinea così un doppio contratto di *factoring* da cui l'espressione "*two factors system*".

La circostanza che oggetto del contratto siano solo crediti all'esportazione rileva inoltre sotto più profili. In primo luogo, per il diverso ruolo che giocano i servizi resi dal *factor*: nel *factoring* domestico il profilo del finanziamento è tuttora dominante mentre in quello internazionale assumono rilevanza ad esempio le indagini svolte sul mercato estero, le informazioni sul diritto straniero (ad es. la disciplina valutaria) e la garanzia del credito. Nel *factoring* internazionale l'*import factor* garantisce poi il buon fine dell'operazione nei con-

[40] Sul factoring internazionale, e la Convenzione di Ottawa, si ricordino, per tutti, A. Frignani, M. Torsello, *Il contratto internazionale*, Padova, 2010, *passim*; F. Ferrari, *Il factoring internazionale*, Padova, 1999; Id., *Principi generali inseriti nelle convenzioni internazionali di diritto uniforme: l'esempio della vendita, del factoring e del leasing internazionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 3, p. 652 ss; A. Frignani, *Il* factoring *nella prospettiva europea e internazionale*, in A. Burchi, A. Carretta (a cura di), *Il* factoring *a dieci anni dalla legge 21 febbraio 1991, n. 52*, cit., p. 21 ss.; Zaccaria, *Il factoring internazionale*, in *St. iuris*, 1996, p. 5 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

fronti dell'*export factor* e questi, a sua volta, nei confronti dell'esportatore.

La Convenzione di Ottawa disciplina infine alcuni aspetti specifici che meritano menzione: l'art. 5 regola il caso della cessione di crediti futuri disponendo che il *factoring* sia valido anche se il contratto non individua i crediti, a condizione che essi siano comunque determinabili in base al contratto stesso. Non sarà inoltre necessario un nuovo atto di cessione per trasferire i crediti futuri.

L'art. 6 fissa il principio secondo il quale la cessione al *factor* è efficace nonostante qualsiasi patto di incedibilità convenuto tra creditore e debitore. Tuttavia tale regola non si applica qualora lo Stato ove il debitore ha la propria sede di affari, al momento della conclusione del contratto di fornitura di merci, abbia espressamente dichiarato l'inefficacia di tale cessione.

L'art. 7 si occupa del trasferimento al *factor*, oltre che del credito, degli altri diritti derivanti dal contratto di fornitura. A mente della Convenzione il credito si trasferisce infatti *sic et simpliciter* e spetta alla volontà delle parti (nello stesso contratto o con atto separato) provvedere al trasferimento dei diritti del fornitore, incluso il beneficio di ogni disposizione del contratto di fornitura che riservi a quest'ultimo la proprietà delle merci o conferisca allo stesso ogni altra garanzia.

L'art. 8 prevede che il debitore debba pagare il *factor* solo in presenza di due condizioni: una positiva, l'altra negativa. La prima consiste nella comunicazione della cessione, proveniente dal fornitore oppure anche dal factor, dietro potere conferitogli dal fornitore, che deve identificare in modo ragionevole i crediti ceduti, specificare il factor al quale o per conto del quale il debitore dovrà pagare, riferirsi a crediti nascenti da un contratto concluso prima o al momento in cui è data la comunicazione. La condizione negativa è che il debitore non abbia conoscenza del diritto prevalente di un terzo.

L'art. 9 riguarda le eccezioni opponibili al *factor* dal debitore, e prevede che possano essere esercitati nei confronti del *factor* tutti i mezzi di difesa, derivanti dal contratto, che avrebbero potuto essere opposti al fornitore. L'art. 10 affronta il problema dei rapporti fra fornitore e debitore e fra debitore e *factor* affermando il principio secondo cui il debitore deve agire – in caso di inadempimento del contratto di fornitura – contro il fornitore, non contro il *factor*. L'art. 10 c. 2 aggiunge che il debitore può tuttavia recuperare quanto ha pagato al *factor* se quest'ultimo non ha corrisposto alcunché al for-

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

nitore, o se lo ha fatto pur essendo a conoscenza della mancata esecuzione del contratto di fornitura.

Gli artt. 11 e 12 escludono infine l'applicazione della Convenzione alle cessioni successive del credito non consentite a mente dello stesso contratto di *factoring*.

Altri tentativi di regolamentazione della materia della cessione dei crediti non sono andati a buon fine. Ad esempio, l'Italia non ha ratificato la 'Convenzione delle Nazioni Unite sulla cessione dei crediti nel commercio internazionale', firmata a New York il 12 dicembre 2001. I principi della Convenzione sono stati integrati nella *Legislative Guide on Secured Transactions* di UNCITRAL, senza apprezzabili ricadute operative.

Infine, non è entrata in vigore nemmeno la Convenzione dell'Aia del 2006 sulla legge applicabile a taluni diritti su titoli detenuti presso un intermediario[41]. Anzi, la Commissione UE ha recentemente ritirato una proposta di decisione del Consiglio relativa alla firma della predetta Convenzione, con il che l'esigenza di garantire la massima uniformità di trattamento, per soggetti coinvolti e terzi, nell'utilizzo del *factoring*, resta ancora una questione aperta.

[41] Sulla Convenzione dell'Aja e su quella di Ginevra del 2009, sviluppata sotto l'egida di Unidroit, v., tra i tanti, A. Zanobetti, *Diritto uniforme e diritto internazionale privato: la disciplina degli strumenti finanziari detenuti presso un intermediario*, in L.S. Rossi, E. Baroncini (a cura di), *Rapporti tra ordinamenti e diritti dei singoli*, Esi, Napoli, 2010, 361 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Marco Betzu - Gianmario Demuro*

Partecipazione digitale e democrazia rappresentativa nell'epoca dei big data**

Sommario: 1. La partecipazione digitale e le sue illusioni. – 2. *Big data* e semplificazione politica. – 3. I poteri privati nel cyberspazio. – 4. Una lezione dal passato: Madison e il pericolo delle fazioni.

1. *La partecipazione digitale e le sue illusioni.* – Gli attuali sistemi digitali sono, in prevalenza, sistemi che si alimentano attraverso i dati che, in vario modo, le persone producono e che vengono poi restituiti, sotto forma di algoritmi o di strumenti di condivisione. Le persone che rinunciano ai propri dati sono poi le stesse che ne usufruiscono in forma di dati aggregati per le finalità più diverse e, tra queste, vi può essere la partecipazione democratica, così come la "profilazione" elettorale[1]. Oggi, pertanto, la partecipazione digitale al processo democratico, più che dipendere da strumenti predisposti allo scopo da un soggetto pubblico che li progetta e li realizza come parte della formazione della decisione democratica, deriva da come l'ecosistema digitale nel quale si realizza la partecipazione è formato. Perciò sempre più spesso avremo strumenti di partecipazione diversi a seconda delle piattaforme digitali utilizzate (*Facebook*, *Twitter* o *Instagram*).

Sunstein, sviluppando un'intuizione di Nicholas Negroponte[2], ha

* I par. 1 e 2 sono da attribuire in via esclusiva a Gianmario Demuro; i par. 3 e 4 a Marco Betzu.

** Il presente lavoro è stato realizzato nell'ambito del progetto di ricerca finanziato dalla Regione Sardegna su "*Governance dei Big data e politiche pubbliche*" e costituisce una rielaborazione delle relazioni tenute alla Conferenza annuale dell'Italian Chapter di ICON-S "*Le nuove tecnologie e il futuro del diritto pubblico*", nell'ambito del *panel* "*Internet e democrazia - L'uso dei big data da parte del decisore politico*", Firenze, 22 novembre 2019.

[1] Sulla profilazione si v., da ultimo, R. Montaldo, *Le dinamiche della rappresentanza tra nuove tecnologie, populismo, e riforme costituzionali*, in *Quad. cost.*, 4/2019, p. 789 ss.

[2] N. Negroponte, *Being Digital*, New York, 1995, p. 153.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

spiegato bene il ruolo delle c.d. *echo chambers* nella costruzione del *daily me*, che si rafforza in questi contesti digitali a seconda del livello di partecipazione[3]. Ogni giorno, infatti, se ci si rivolge alle piattaforme digitali per "partecipare" alla discussione politica sarà facile rafforzare le proprie convinzioni in contesti digitalmente definiti ai quali partecipano solamente coloro che già condividono le nostre opinioni. Questo incide grandemente sui sistemi democratici, dei quali una delle essenziali precondizioni di funzionamento è la possibilità per i cittadini di confrontarsi o comunque entrate in contatto – e, dunque, contaminarsi – con «views and topics that they have not specifically selected»[4].

Questa prospettiva di decisioni immediate, automatiche, veloci, non contrattabili, a-territoriali è accompagnata proprio dallo sviluppo tecnologico dell'intelligenza artificiale, uno sviluppo talmente rapido e invadente da richiedere la redazione da parte della Commissione Europea di un *Progetto di orientamenti etici per una IA affidabile*. Il documento massimizza le opportunità dell'intelligenza artificiale, ma postula un approccio antropocentrico, chiedendo alla macchina di rispettare l'uomo e di garantire la finalità etica dell'intelligenza artificiale mediante il rispetto di parametri etici.

La democrazia, soprattutto nella sua declinazione rappresentativa, è uno strumento di decisione fondato sulla comparazione, sulla distinzione, sulla contrapposizione e non su un'unica prospettiva indicata da una minoranza. La democrazia è tecnica di decisione, proprio a principiare dal dialogo tra persone e culture, volta a superare l'asimmetria di informazione che non permette decisioni informate a chi decide in assenza di informazioni. Per evitare l'uso smodato e inconsapevole dell'intelligenza delle macchine – che può portare, a costruire procedure automatiche inconsapevoli, fatte per apparire democratiche – la limitazione da parte degli umani è orientata alle decisioni non complesse. Se si concedesse alle macchine di prendere decisioni apparentemente dirette, decisioni non confrontabili con decisioni precedenti, decisioni senza passato, decisioni destinate a rimanere nell'istante, non avremo uno sviluppo della democrazia ma una democrazia artificiale.

[3] C. R. Sunstein, *#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton, 2017, p. 3 ss.

[4] C. R. Sunstein, *#Republic*, cit., p. 7.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

2. *Big data e semplificazione politica*. – La rappresentanza politica è considerata in crisi da almeno un secolo[5]. Come ha scritto di recente Runciman, già Ghandi riteneva che «un sistema politico che dipendeva da funzionari eletti per prendere decisioni a nome nostro non sarebbe mai riuscito a salvarci da quell'esistenza artificiale. Come avrebbe potuto? La democrazia rappresentativa era essa stessa artificiale. Ormai era alla mercé delle macchine. Operava tramite la macchina dei partiti, la macchina della burocrazia, la macchina del denaro. I cittadini erano consumatori passivi del loro destino politico. Premiamo un bottone e ci aspettiamo che il governo risponda»[6].

La paura della crisi della democrazia causata dai *big data* non è molto diversa da quella determinata dalle macchine dei partiti. La differenza sta nella difficoltà di conoscere i meccanismi di persuasione politica che possono essere attivati da un uso deviato delle macchine le quali, aggregando i dati, possono essere utilizzate per indirizzare il consenso: «I partiti si affidano a grandi database automatici per condurre le loro campagne. I governi usano sempre più i *big data* per gestire e fornire l'assistenza sanitaria e altri servizi pubblici. Questi computer non cercano di sopraffarci, non vogliono conquistare nulla: sono privi di una simile volontà»[7]. Le macchine non perseguono la fine della democrazia ma, come sempre, dipende da chi le usa. Si tratta in questo caso di disciplinare il verso degli algoritmi rendendoli il più possibile neutri.

Per valutare questa prospettiva dovremmo servirci di dati di analisi sociologica, considerando il comportamento di chi rinuncia ai propri dati per riaverli indietro tramite un messaggio politico semplificato. A prima vista, infatti, chi decide per questo scambio sembrerebbe predisposto ad accettare la semplificazione del messaggio politico. Naturalmente ciò non significa che sia di per sé accettabile una manipolazione dei dati proprietari; tuttavia, tale circostanza ci interroga sulla possibilità di regolazione eteronoma nel caso in cui è il singolo proprietario del dato a decidere, autonomamente, di cederlo. In termini regolatori dovremmo poter classificare in modalità diverse la disponibilità individuale dei dati e stabilire quali possano essere ce-

[5] Cfr. A. Deffenu, *Forme di governo e crisi del parlamentarismo*, Torino, 2006, p. 6.

[6] D. Runciman, *Così finisce la democrazia. Paradossi, presente e futuro di un'istituzione imperfetta*, Torino, 2019, p. 109.

[7] D. Runciman, *Così finisce la democrazia*, cit., p. 111.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

duti e quali debbano essere considerati personalissimi. In ogni caso dobbiamo essere consapevoli che gli strumenti attuali di elaborazione dei *big data* cambiano del tutto il paradigma del messaggio politico e, di conseguenza, la costruzione della rappresentanza politica. In argomento abbiamo sostenuto che la tecnologia si espande in un contesto in cui la democrazia rappresentativa è già in crisi: pertanto il messaggio politico non dipende tanto dal mezzo che si utilizza, bensì dalle forze politiche che lo elaborano[8].

Come abbiamo sostenuto prima, l'utilizzo dei *big data* dipende da algoritmi scritti da uomini, che ne indirizzano l'utilizzo secondo le proprie convenienze. Questa è la pericolosa illusione di una democrazia immediata che possa limitarsi a discutere *online*, imponendo al Parlamento la sua volontà regolativa. Nessuna comparazione sarà possibile tra i resoconti parlamentari per chiarire l'intento del legislatore rappresentativo, nessuna volontà potrà emergere tra discussioni solamente virtuali. Chi definisce l'intenzione normativa di chi approva all'istante le regole? Chi certifica la loro genuinità? Si dice che il referendum propositivo che è in discussione in Parlamento porterà maggiore partecipazione democratica. Vero è il contrario perché in democrazia nessuna decisione può essere presa senza che chi è diverso o minoranza possa esprimersi, opporsi, dialogare apertamente, proporre opinioni differenti. Così come nessuna geometria dei dati inseriti in una macchina artificiale potrà restituire, tantomeno oggettivamente, il punto di vista di portatori d'interessi contrapposti che siedono in un organo rappresentativo e discutono in pubblico di un tema rilevante per la comunità. Il progetto scritto dai promotori del *referendum* propositivo potrà certamente porre all'attenzione del dibattito pubblico un tema che fatica a entrare nell'agenda politica parlamentare ma nessuna regola prevista dal progetto di revisione costituzionale ci rassicura su: chi è responsabile delle macchine referendarie che preparano la decisione? Chi scrive gli algoritmi referendari? Chi li predispone? Che idea ha degli interessi messi in discussione il software scritto per governarli? In sintesi, l'uso delle piattaforme digitali in assenza di una regolazione trasparente può, allo stato, contribuire a scrivere una democrazia artificiale.

[8] Si v. M. Betzu, G. Coinu, G. Demuro, *Gobernanza de los macrodatos y democracia representativa*, in *Revista de Derecho Politico*, n. 106/2019, p. 255 ss.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

3. *I poteri privati nel cyberspazio.* – In una democrazia artificiale la principale funzione dei *big data* è quella di costituire il presupposto per attività di *microtargeting* politico, consistenti nell'influenzare specifici gruppi di elettori tramite l'invio di messaggi mirati, basati sulle preferenze e sulle caratteristiche personali. In questo modo si possono raggiungere numerosi risultati, primo fra tutti quello di plasmare l'immagine del candidato in funzione delle aspettative – *day by day* – dell'elettorato di riferimento[9]. In particolare è stato evidenziato che «l'introduzione dei *big data* nell'armamentario dello stratega politico promette un controllo capillare dell'organizzazione delle campagne elettorali, dalla pianificazione alla definizione dell'agenda, dalla costruzione del consenso al monitoraggio dei risultati»[10]. Si è in questo senso dimostrato come, a partire dalla profilazione degli elettori, sia possibile determinare con ragionevole certezza «la disponibilità degli stessi ad attivarsi nelle attività di campagna» (*behaviour*); «prevedere le preferenze politiche ed elettorali dei cittadini» (*support score*); «individuare quali individui rispondono a quali sollecitazioni persuasive» (*responsiveness score*)[11].

Ecco, dunque, che lo strumento dei *big data* si presta a divenire un grimaldello attraverso il quale incidere sulla democrazia rappresentativa rendendola artificiale[12], perché consente «di raggiungere persona per persona i singoli elettori in modo sostanzialmente occulto […]. Società più o meno anonime coniugano capacità di gestire *big data* e profili individuali orientando il voto, o almeno quella quantità di voti sufficiente per fare la differenza e vincere le elezioni»[13]. I *big data*, infatti, sono il cuore funzionale, la benzina, del sistema di *computational propaganda* mediante il quale gli attori politici – e i loro strateghi elettorali – combinano «algoritmi, automazione e *con-*

[9] O. Papakyriakopoulos, S. Hegelich, M. Shahrezaye, J.C. Medina Serrano, *Social media and microtargeting: Political data processing and the consequences for Germany*, in *Big Data & Society*, July-December, 2018, p. 2.

[10] R. De Rosa, *L'uso dei big data nella comunicazione politico-elettorale*, in, *Comunicazione politica*, 2/2018, p. 201.

[11] R. De Rosa, *L'uso dei big data nella comunicazione politico-elettorale*, cit., 201 s.

[12] Cfr. M. Betzu, G. Coinu, G. Demuro, *Gobernanza de los macrodatos y democracia representativa*, cit., p. 255 ss.

[13] P. Ciarlo, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della Rete*, in *Rivista AIC*, 2/2018, p. 10.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

tent curation per diffondere informazioni strategiche attraverso i social media ed ottenere gli effetti sperati»[14].

In questo contesto il ruolo svolto dalle *tech companies* è cruciale[15]. Esse, «dietro l'apparente gratuità dei propri servizi, richiedono all'utente quale "contropartita" […] la cessione (in varia misura e a vario titolo) di dati di eterogenea natura (riguardanti sia la sfera personale sia, più in generale, inclinazioni, gusti e preferenze)»[16], e ciò fanno non solo al fine di acquisire vantaggi diretti nel proprio mercato di riferimento, ma anche per rivenderli «successivamente a terzi, che, a loro volta, ne usufruiscono al fine di consolidare la propria posizione nei mercati di riferimento»[17].

Lo scandalo generato da *Cambridge Analytica*, che ha visto coinvolta *Facebook*, mostra molto bene come il fenomeno non sia affatto limitato alla sfera economica, nella quale la rivoluzione digitale ha spazzato via ogni confine tra mercati teoricamente distinti[18], ma possa anche concretamente incidere sul funzionamento del gioco democratico: «il più pericoloso dei poteri della rete è quello di manipolare il voto»[19]. Si è venuta così a determinare «la singolare situazione per cui gli stessi soggetti che si sono trovati a gestire gli strumenti tecnologici che rendono possibile la più ampia partecipazione all'accesso ed alla diffusione dell'informazione sugli spazi digitali sono allo stesso tempo coloro i quali sovraintendono al flusso dei contenuti che possono transitare sulla rete, in quanto presiedono alla loro rimozione,

[14] R. De Rosa, *L'uso dei big data nella comunicazione politico-elettorale*, cit., 202.

[15] Sia consentito rinviare a M. Betzu, *Libertà di espressione e poteri privati nel cyberspazio*, in *Dir. cost., Riv. quadr.*, 1/2020, p. 120 ss.

[16] B. Rabai, *I «big data» nell'ecosistema digitale: tra libertà economiche e tutela dei diritti fondamentali*, in *Amministrare*, 3/2017, p. 407 s.

[17] *Ibidem*.

[18] Cfr. A. Perrucci, *Dai Big Data all'ecosistema digitale. Dinamiche tecnologiche e di mercato e ruolo delle politiche pubbliche*, in *Analisi giur. econ.*, 1/2019, p. 85: «la rivoluzione digitale – la quale inizialmente ha interessato i mercati ICT – non ha più confini: né merceologici, né geografici. Le trasformazioni che portano con sé le tecnologie digitali, in particolare quelle legate a Big Data, algoritmi, intelligenza artificiale e *blockchain*, investono e modificano tutti i mercati, dei servizi e dei prodotti, nonché le abitudini e le esperienze dei consumatori e dei cittadini, oltre che l'organizzazione e la produzione delle imprese».

[19] P. Ciarlo, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, cit., p. 11.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

selezione ed organizzazione»[20]. Questo potere ha un rilievo enorme, se solo si pone mente al fatto che *Facebook* ha superato i 2,3 miliardi di utenti mensili, rappresentando il *social network* più utilizzato al mondo[21].

Se i «*social network* sono definitivamente divenuti parte integrante della dieta informativa quotidiana dei cittadini»[22], diviene allora ineludibile un *enforcement* del principio della concorrenza, in modo da spezzare quella perversa combinazione di «effetti di rete, economie di scala, pratiche di lock-in, economia dei Big Data»[23] di cui ha parlato Pitruzzella nella sua ultima Relazione quale Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. I *social media*, in quanto rendono più agevole la pubblica discussione, possono essere uno strumento a favore della democrazia, purché però non siano nelle mani di un numero troppo ristretto di soggetti i quali, per la loro posizione, sarebbero portati a dominare «how public opinion is organized and governed»[24].

4. *Una lezione dal passato: Madison e il pericolo delle fazioni.* – Il tema è solo apparentemente nuovo, perché cela in sé antichi pericoli.

Già nel *Federalist* n. 10 James Madison metteva in guardia dal potere delle fazioni, intese come gruppi di cittadini polarizzati su un interesse loro proprio e in contrasto con l'interesse generale: «By a faction, I understand a number of citizens, whether amounting to a majority or a minority of the whole, who are united and actuated by some common impulse of passion, or of interest, adversed to the rights of other citizens, or to the permanent and aggregate interests of the community»[25].

Lo spirito delle fazioni è favorito da un'opinione pubblica che si

[20] R. Petruso, *Le responsabilità degli intermediari della rete telematica. I modelli statunitense ed europeo a confronto*, Giappichelli, Torino 2019, XVIII.

[21] *Nonostante tutto Facebook continua a crescere*, in *Il Sole 24 Ore*, 18 febbraio 2019.

[22] Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, *Big data. Interim report nell'ambito dell'indagine conoscitiva di cui alla delibera n. 217/17/CONS*, 2018, p. 6.

[23] Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Relazione annuale*, 2018, p. 10.

[24] J.M. Balkin, *Free Speech is a Triangle*, in *Columbia Law Review*, 7/2018, p. 2035.

[25] J. Madison, *Federalist No. 10*, 1787.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

forma in maniera distorta e si diffonde rapidamente esattamente come accade nei *social network*. Se per Madison i *leader* divisivi possono appiccare il fuoco nel proprio elettorato, i meccanismi della democrazia rappresentativa – che egli chiama "*republic*" in contrapposizione alla democrazia diretta[26] – consentono di raffreddare le passioni, incoraggiando alla riflessione e alla giusta considerazione dei «long-term interests rather than short-term gratification»[27]. Ciò in quanto il sistema rappresentativo può condurre al risultato di «to refine and enlarge the public views, by passing them through the medium of a chosen body of citizens, whose wisdom may best discern the true interest of their country, and whose patriotism and love of justice will be least likely to sacrifice it to temporary or partial considerations»[28]. Ma, come peraltro già lo stesso Madison avvertiva, «the delegative form of government alone provides no certainty that majority factions can be controlled»[29]. Era, allora, nella Costituzione federale che Madison scorgeva il principale antidoto al contagio delle fazioni:

> «The federal Constitution forms a happy combination in this respect; the great and aggregate interests being referred to the national, the local and particular to the State legislatures. […] Here, again, the extent of the Union gives it the most palpable advantage. The influence of factious leaders may kindle a flame within their particular States, but will be unable to spread a general conflagration through the other States»[30].

Oggi che le piattaforme sociali digitali collocano l'individuo entro uno spazio virtuale che vive in un presente «ipertrofico»[31], risultano però anche disintegrate le distanze spaziali che garantiscono il tempo della riflessione, sì che è ben possibile che la persuasione digitale prenda il posto della dialettica democratica fondata sul confronto tra opinioni diverse. Quale, dunque, la soluzione?

[26] J. Madison, *op. cit.*: «A republic, by which I mean a government in which the scheme of representation takes place, opens a different prospect, and promises the cure for which we are seeking».

[27] J. Rosen, *America Is Living James Madison's Nightmare*, in *The Atlantic*, October 2018.

[28] J. Madison, *Federalist No. 10*, cit.

[29] M. Ashin, *The Argument of Madison's «Federalist,» No. 10*, in *College English*, 1/1953, p. 43 s.

[30] J. Madison, *Federalist No. 10*, cit.

[31] M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente*, Bologna, 2002, p. 7 ss.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Allo stato attuale, se non è agevole individuare un rimedio definitivo, possono comunque essere messe in campo misure idonee a mitigare il rischio. Se infatti, come si è visto, la funzione manipolativa dei *big data* fa leva sulla capacità di influenzare l'elettorato, occorre rendere quest'ultimo meno sensibile al virus della persuasione digitale, più in grado di comprendere il valore dei diritti e le virtù dei pesi e contrappesi propri delle democrazie rappresentative. È l'educazione "costituzionale" a costituire, forse, il più incisivo freno ai pericoli della "faziosità" temuta da Madison: «Knowledge will forever govern ignorance: And a people who mean to be their own Governors, must arm themselves with the power which knowledge gives»[32].

Del resto, è una considerazione troppo ovvia per dover essere argomentata quella secondo cui nessuna repubblica democratica può sopravvivere se non è sorretta e confortata «dalla coscienza del suo popolo»[33]. Come per il passato, anche le sfide del futuro posso essere vinte in un solo modo: «pensare; studiare; avere idee chiare»[34].

[32] James Madison *to* W.T. Barry, August 4, 1822.

[33] A.C. Jemolo, *Che cos'è la Costituzione*, in *Guide alla Costituente*, Roma, 1946, p. 16.

[34] A.C. Jemolo, *op. cit.*, p. 15.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Alessandra Camedda

I nuovi modelli di tutela preventiva del cliente nel mercato assicurativo: la product oversight and governance*

Sommario: 1. Nuove strategie regolatorie a tutela dell'«assicurato»: dal «declino» della trasparenza informativa al «governo del prodotto», passando per il «governo societario». – 2. L'incidenza della *Product Governance* sul sistema di governo societario: un assetto regolamentare in cerca (e in via?) di assestamento. - 2.1. (*Segue*). Il riparto di compiti e responsabilità fra organi e funzioni dell'impresa di assicurazione. - 2.2. (*Segue*). L'intervento del *manufacturer de facto* nel processo produttivo. – 3. *Product Governance* e poteri di vigilanza: verso un rinnovamento dei metodi di vigilanza sulla condotta degli operatori. – 4. Brevi spunti conclusivi.

1. *Nuove strategie regolatorie a tutela dell'«assicurato»: dal «declino» della trasparenza informativa al «governo del prodotto», passando per il «governo societario».* – Da qualche anno il mercato assicurativo costituisce uno degli scenari privilegiati dal legislatore europeo[1] per la sperimentazione di nuove strategie di tutela dei soggetti

* La presente pubblicazione è stata realizzata nell'ambito del progetto di ricerca finanziato con le risorse del P.O.R. SARDEGNA F.S.E. 2014-2020 - Asse III "Istruzione e Formazione, Obiettivo Tematico: 10, Obiettivo Specifico: 10.5, Azione dell'accordo di Partenariato: 10.5.12 "Avviso di chiamata per il finanziamento di Progetti di ricerca - Anno 2017.

[1] Considerazioni analoghe possono essere svolte in relazione agli altri comparti del mercato finanziario in senso lato. Si soffermano sul carattere trasversale dei più recenti interventi europei sulla disciplina dei diversi segmenti del sistema finanziario, A. Antonucci, *I contratti di mercato finanziario*, Pisa, 2018, p. 46 ss., spec. 49; A. Sciarrone Alibrandi, *Mercato assicurativo e tutela del cliente*, in *La Bancassicurazione*, a cura di L. Mezzasoma, A. Bellucci, A. Candian, P. Corrias, S. Landini, E. Llamas Pombo, Napoli, 2017, p. 75 ss.; G. Berti de Marinis, *Avvicinamento dei mercati regolamentati e presidi di governo del prodotto*, ivi, p. 313 ss. e dello stesso A., da ultimo, *Contratti dei mercati regolamentati: norme imperative e conformazione*, Napoli, 2019, p. 40 ss. Sull'integrazione dei mercati bancario, assicurativo e finanziario in senso stretto, v. più diffusamente P. Corrias, *Collegamenti e interferenze tra le attività bancaria e assicurativa*, in *Riv. giur. sarda*, 2018, II, p. 1 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

che operano all'interno di detto mercato come "clienti" e che si trovano, pertanto, in una posizione di debolezza e finanche di vulnerabilità[2] rispetto all'impresa di assicurazione e alle relative reti distributive.

È ampiamente noto – e pertanto esula da un approfondimento in questa sede – che la crisi finanziaria esplosa a livello globale a partire dal 2007[3] abbia "strappato il velo di Maya" sulla frequente scorrettezza delle condotte poste in essere dagli operatori professionali nel collocamento di prodotti *lato sensu* finanziari[4] e che ciò abbia rivelato la debolezza proprio di quegli strumenti che una situazione di debolezza – quella del cliente (s*ub specie* di asimmetria informativa) nei confronti della controparte professionale[5] – avrebbero dovuto neutralizzare imponendo a quest'ultima l'adempimento, in fase di negoziazione, di variegati obblighi informativi e comportamentali ispirati ai canoni della trasparenza e della correttezza[6].

[2] Le peculiari e più accentuate esigenze di tutela del cliente che operi nei mercati finanziari sono alla base della recente tendenza ad individuare all'interno della categoria del "cliente debole" una più circoscritta sottocategoria di "clienti vulnerabili". Sul tema, ampiamente, G. Berti de Marinis, *La tutela del cliente «vulnerabile»*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2018, p. 651 ss., il quale sottolinea che la suddetta tendenza si è recentemente manifestata con riferimento al mercato finanziario in senso stretto nell'ambito di interventi di *soft law* che valorizzano, con finalità di ottimizzazione della tutela offerta dagli operatori professionali, alcuni fattori soggettivi (es: età, stato di salute, condizione socio-culturale e/o reddituale) che denoterebbero una non trascurabile condizione di disagio.

[3] Per un'accurata disamina degli eventi ai quali è riconducibile la suddetta crisi finanziaria, generalmente identificati con l'insolvenza dei beneficiari di mutui «subprime» registratasi nel mercato statunitense, e per un interessante analisi dell'impatto della suddetta crisi sulla stabilità dell'Eurozona, di lì a poco (biennio 2010-2011) provata anche dalle tensioni sui debiti sovrani di alcuni Stati membri, v. per tutti F. Capriglione, G. Semeraro, *Crisi finanziaria e dei debiti sovrani. L'Unione Europea tra rischi e opportunità*, Torino, 2012.

[4] È appena il caso di rammentare la prassi di collocare presso clienti *retail* prodotti "tossici", ossia ad elevata complessità e rischiosità ed in quanto tali non conformi al profilo di clienti privi di specifiche competenze e conoscenze (di regola, consumatori, anche se le due nozioni non sono del tutto coincidenti potendosi ricondurre alla categoria della "clientela al dettaglio" anche piccole e medie imprese, cioè entità diverse dalle sole persone fisiche). Cfr. V. Troiano, *La* product governance, in V. Troiano, R. Motroni (a cura di), *La MiFID II*, Padova, 2016, p. 213 s.

[5] "Debolezza" particolarmente accentuata ogni qualvolta il cliente interessato alla stipulazione di contratti assicurativi sia un "consumatore" ai sensi dell'art. 3 c. cons.

[6] È noto che la fase di distribuzione dei prodotti assicurativi sia presidiata da numerosi strumenti di tutela dei clienti: obblighi informativi e di trasparenza pre-

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

In una situazione di "debolezza nella debolezza" – come potremmo icasticamente descrivere quella illustrata – che ha sancito il declino del mito del «valore taumaturgico dell'informazione»[7], il soddisfacimento dell'insopprimibile esigenza di ripristinare la fiducia dei clienti nel complessivo sistema finanziario, restituendo centralità alla tutela dei relativi interessi, è stato affidato a due distinte, ma convergenti, scelte normative.

Da un lato, si è intrapresa la via del perfezionamento degli strumenti di "trasparenza informativa" già disponibili e, segnatamente, degli obblighi informativi precontrattuali, i quali, lungi dall'essere accantonati, sono stati investiti da un'opera di semplificazione e standardizzazione tesa a spazzar via le opacità e le ridondanze frequentemente riscontrabili all'interno della documentazione predisposta in adempimento dei medesimi[8] e ritenute, a ragione, potenzialmente fo-

contrattuale, disciplina dei conflitti di interesse, eventuali valutazioni di adeguatezza o appropriatezza del prodotto al profilo del cliente finale, ecc. Sull'evoluzione della legislazione assicurativa e sulla progressiva presa d'atto dell'inidoneità del canone della trasparenza informativa a garantire adeguati livelli di tutela della clientela, v. A. Antonucci, *I contratti di mercato finanziario*, cit., p. 35 ss., spec. pp. 37 ss. e 127 ss.; A. Sciarrone Alibrandi, *Mercato assicurativo e tutela del cliente*, cit., p. 75 ss.

[7] L'espressione è di V. Rizzo, *Principio di trasparenza e tutela del «contraente debole» (con particolare riguardo al settore assicurativo – e finanziario –)*, in *La Bancassicurazione*, cit., p. 47 ss. Sul declino del modello regolatorio incentrato sugli obblighi di informazione, v. R. Natoli, *Il contratto adeguato (La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*), Milano, 2012, *passim*.

[8] In àmbito assicurativo sono emblematici di siffatta tendenza evolutiva, da un lato, il reg. UE n. 1286/2014 (c.d. reg. PRIIPs), il quale ha introdotto l'obbligo di redazione e consegna del KID (*Key Investment Document*) relativamente ai c.dd. prodotti di investimento assicurativi (IBIPs); dall'altro, la direttiva IDD (art. 20) e il reg. esecuzione UE n. 1469/2017, che hanno previsto l'obbligo di redigere il c.d. IPID (*Insurance Product Information Document*) per i contratti assicurativi dei rami danni. Considerate l'applicabilità diretta del Regolamento PRIIPs e la necessità di dare attuazione alla direttiva IDD, la disciplina di diritto interno ha costituito oggetto di importanti modifiche in sede di recepimento della direttiva UE testé citata. L'art. 185 c. ass., come novellato dal d.lg. n. 68/2018, delinea attualmente un regime degli obblighi informativi precontrattuali unitario ed omogeneo, in quanto imperniato, con riferimento a tutti i prodotti assicurativi dei rami danni e vita, sugli obblighi di redazione, pubblicazione e consegna di due modelli documentali standardizzati: il documento informativo "di base", contenente le informazioni "chiave" sul prodotto (KID per IBIPs; IPID o DIP danni per i prodotti danni di cui all'art. 185-*bis*; DIP vita per i prodotti assicurativi dei rami vita diversi dai prodotti di investimento assicurativo *ex* art. 185-*ter*) ed il documento informativo precontrattuale aggiuntivo ("DIP aggiuntivo"), recante informazioni integrative o complementari ri-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

riere di ulteriori distorsioni cognitive in un soggetto la cui attitudine ad effettuare scelte "di consumo" razionali è stata ampiamente smentita dagli studi di economia comportamentale[9].

Dall'altro lato, si è optato per un deciso intervento sull'intera struttura delle imprese di assicurazione[10] con l'emanazione della direttiva "*Solvency* II"[11], alla quale va il plauso di avere "funzionalizzato" la

spetto a quelle fornite dal documento base. Per un esame della nuova disciplina degli obblighi informativi precontrattuali, attuata a livello secondario dal reg. IVASS n. 41/2018, sia consentito rinviare a A. Camedda, Sub *artt. 185, 185*-bis*, 185*-ter *c. ass.*, in G. Alpa, V. Mariconda (a cura di), *Codice dei contratti commentato*[2], Milano, 2020, p. 3771 ss.

[9] Gli studi di economia comportamentale hanno già da tempo evidenziato il tramonto del mito del "consumatore razionale" e l'idea che l'incremento di informazioni fornite al cliente non consenta di colmare i *deficit* cognitivi di quest'ultimo. Del resto, già S. Pugliatti, *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 114, avvertiva che «la conoscenza può essere conseguita unicamente per attività (almeno: disposizione recettiva) dell'individuo, e mai prodotta (esclusivamente) dall'esterno» e che «la comunicazione consiste in una attività tendente a portare a conoscenza e, quindi, non è per sé sufficiente, senza l'attività o la disposizione del destinatario, a produrre la conoscenza, *cioè a dire a determinare la modificazione del suo spirito*» (corsivo nostro). Per una disamina delle ricadute degli studi di *Behavioral Law and Economics* sul diritto privato nelle sue molteplici sfaccettature, v. i pregevoli contributi raccolti in G. Rojas Elgueta(a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma Tre Press, Roma, 2014. Sul tema v. anche l'interessante indagine intersettoriale di F. Di Porto, *La regolazione degli obblighi informativi (La sfida delle scienze cognitive e dei* big data), Napoli, 2017, spec. p. 126 ss.

[10] Evidenzia come la crisi finanziaria abbia messo in luce le carenze dei sistemi di *governance* dei soggetti vigilati e, in particolare, delle banche, M. Siri, *Efficacia del consiglio di amministrazione delle imprese assicurative e ruolo della supervisione prudenziale nella valutazione della* risk governance, in *Banca impr. soc.*, 2018, p. 243.

[11] Si tratta della direttiva 2009/138/CE, integrata dal reg. delegato UE 35/2015 (modificato dal reg. delegato UE 2016/467), attuata nell'ordinamento interno con il d.lg. n. 74/2015, il quale ha novellato il codice delle assicurazioni inserendo al suo interno, per quanto concerne il sistema di governo societario, gli artt. 29-*bis*-30-*novies*). Sul tema, senza pretese di completezza, v. P. Manes, *La nuova normativa* "Solvency II"*:* "corporate governance"*, approccio al rischio, e mercato assicurativo europeo*, in *Contr. impr./Eur.*, 2018, p. 240 ss.; M. Scalise, F. Fichera, "Solvency II"*: impatti del nuovo regime sui profili pubblicistici della vigilanza assicurativa*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2017, p. 119 ss.; L. Velliscig, *L'accesso e l'esercizio dell'attività assicurativa tra normativa europea e normativa italiana: il modello di* "Solvency II", in *Contr. impr./Eur.*, 2017, p. 357 ss.; S. Balsamo Tagnani, "Solvency" II*. L'avvio del nuovo regime di vigilanza prudenziale nel settore assicurativo*, in *Contr. impr./Eur.*, 2016, p. 691 ss.; D.M. Marino, S. Costa, *L'attuazione in Italia della direttiva* Solvency *II: un quadro di sintesi*, in *www.dirittobancario.it*, ottobre 2015; E. Piras, *La*

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

realizzazione di una sana e prudente gestione dell'attività d'impresa[12] alla tutela degli assicurati – elevata, in una apprezzabile "gerarchizzazione" degli obiettivi della vigilanza, a scopo principale di quest'ultima[13] – e di aver imposto, ai suddetti fini, l'adozione di un efficace sistema di governo societario e di apposite politiche aziendali[14].

L'indissolubilità del legame tra la sana e prudente gestione dell'attività e la tutela della clientela, sancita da *Solvency* II, è stata rimarcata dall'introduzione nell'ordinamento assicurativo della *Product Oversight and Governance* (di seguito anche: POG)[15] ad opera della direttiva 2016/97/UE sulla distribuzione assicurativa (*breviter*: direttiva IDD)[16].

strategia regolatoria per il mercato assicurativo: Solvency *II*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2015, p. 3, Supplemento, p. 219 ss.; A. Rossi, *Vigilanza finanziaria ed obblighi di trasparenza alla luce della direttiva* Solvency II*: guida introduttiva al c.d. «Terzo pilastro»*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1443 ss.

[12] Propone un accurato esame della nozione di "sana e prudente gestione", F. Sartori, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il criterio della "sana e prudente gestione"*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2017, I, p. 131 ss.

[13] Sul punto E. Galanti, *La* "Product Oversight Governance" (POG) *fra* "marketing" *e sana e prudente gestione*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2017, p. 362, ricorda che i due obiettivi "intermedi" ai quali è affidata la garanzia di una adeguata protezione degli assicurati e dei beneficiari delle prestazioni assicurative (l'assetto di vigilanza micro-prudenziale diretto ad assicurare la stabilità dell'impresa, ristrutturato da *Solvency* II, e la trasparenza e correttezza nei confronti della clientela) operano su un piano di pari dignità, a differenza del diverso obiettivo della stabilità del sistema e dei mercati (la c.d. vigilanza macro-prudenziale), esplicitamente subordinato alla tutela dei clienti.

[14] Art. 41 dir. *Solvency* II, il cui contenuto è stato sostanzialmente trasfuso nell'art. 30 c. ass. Le disposizioni sulla *governance* societaria integrano il c.d. 2° pilastro della disciplina prudenziale. È noto, infatti, che *Solvency* II abbia disegnato un sistema prudenziale articolato su tre "pilastri" tra loro connessi, riguardanti: *i)* i requisiti quantitativi costituiti dalle riserve tecniche, dal Requisito Patrimoniale di Solvibilità e dal Requisito Patrimoniale Minimo (1° pilastro); *ii)* i requisiti qualitativi in materia di governo societario (2° pilastro); *iii)* i requisiti di *disclosure* e di informativa nei confronti del mercato e delle Autorità di vigilanza (3° pilastro).

[15] Osserva P. Marano, *La* Product Oversight Governance, in IVASS, *Quaderno n. 8*, p. 92 s., che se l'obiettivo della sana e prudente gestione dell'attività assicurativa è funzionalizzato alla realizzazione di quello, ritenuto preminente, della tutela degli assicurati e dei beneficiari delle prestazioni assicurative, allora la sana e prudente gestione dell'attività assicurativa deve necessariamente riguardare anche il risultato ("il prodotto") di tale attività, ossia i contratti di assicurazione, garantendone la conformità agli interessi degli assicurati (potenziali) sin dal momento della relativa ideazione e creazione.

[16] La regolamentazione dell'istituto a livello europeo è stata affidata all'art. 25

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Preso atto del potenziale lesivo di eventuali anomalie nel processo di ingegnerizzazione del prodotto[17], la *Product governance* si prefigge di garantire la tutela del cliente – tradizionalmente affidata all'osservanza delle sopra menzionate regole di "trasparenza" in fase di commercializzazione e distribuzione – lungo tutta la "catena del valore" del prodotto[18], anticipando la considerazione delle relative esigenze alle fasi, di gran lunga antecedenti, dell'ideazione e del *design* del prodotto[19].

Tale obiettivo è perseguito – ed è sotto questo profilo che più limpidamente emerge il legame sostanziale tra la *product governance* e l'impianto normativo *ex Solvency* II[20] – elevando la "*customer inte-*

della direttiva IDD ed al reg. delegato UE n. 2358/2017. La direttiva IDD è stata recepita nell'ordinamento interno con il d.lg. 68/2018, il quale ha introdotto nel codice delle assicurazioni, con specifico riferimento all'istituto in esame, gli art. 30-*decies*, 121-*bis* e 121-*ter* che fissano gli obblighi POG gravanti, rispettivamente, sui produttori e sui distributori.

[17] Il punto è evidenziato da Esma, Eba, Eiopa, *Joint Position of the European Supervisory Authorities on Manufacturers' Product Oversight & Governance Processes*, JC-2013-77, p. 4, *sub* "Explanatory notes", nn. 8 e 9, ove si legge «Recent developments show that products and services can cause consumer detriment. The ESAs were established to foster consumer protection and, at the same time, to promote the stability, effectiveness and integrity of the financial system. Designing, operating and bringing products and services to markets may pose a risk to these two objectives if the target market is not identified correctly; their objectives and characteristics are not duly taken into account; or if products are sold outside of the target market».

[18] S. Landini, *Appropriatezza, adeguatezza e meritevolezza dei contratti di assicurazione*, in *Assicurazioni*, 2017, p. 39 ss., la quale osserva che «Parlare di tutela dell'investitore in termini di Governo dei Prodotti impone all'intermediario lungo tutta la catena del valore del prodotto finanziario, dalla sua creazione alla sua distribuzione, di considerare la centralità dell'interesse del potenziale cliente-investitore»; A. Perrone, *Considerazioni in materia di* product governance, in *www.dirittobancario.it*, sez. *Editoriali*, 2019, il quale evidenzia che la disciplina della POG sposta il baricentro della c.d. catena del valore del prodotto dal momento finale della distribuzione a quello iniziale della "ingegnerizzazione".

[19] La logica sottesa alla disciplina della POG è radicalmente diversa da quella che anima i tradizionali presidi di tutela del cliente, essendo finalizzata non ad impedire il collocamento di un prodotto inadeguato ma, più ambiziosamente, la realizzazione stessa di prodotti che si rivelerebbero inadeguati in sede di distribuzione. In tal senso, V. Troiano, *La* product governance, p. 215, per il quale «Volendo sintetizzare in formula il processo regolamentare descritto, si passa dal modello organizzato sul *non vendo un prodotto inadeguato*, a quello del *non realizzo un prodotto* che, in fase di vendita, sarebbe *inadeguato*» (corsivo dell'A.).

[20] Già prima dell'emanazione della direttiva IDD, la configurazione della disci-

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

rest rule" a criterio di conformazione dell'organizzazione dell'attività di impresa e dei "prodotti" che ne costituiscono il risultato (*rectius*: contratti assicurativi)[21].

La nuova disciplina impone, infatti, alle imprese di assicurazione – e, più in generale, ai soggetti che realizzano prodotti assicurativi (di seguito anche: "produttori")[22] – di elaborare ed attuare, prima

plina della *Product governance* come ulteriore momento evolutivo della disciplina introdotta da *Solvency* II, e il conseguente inquadramento dei "POG *arrangements*" nell'ambito della *governance* delle imprese, emergevano dai documenti preparatori delle Autorità di vigilanza europee: v., in particolare, Joint Committee ESAs, *Joint position of European Supervisory Authorities on manufacturer's Product Oversight & Governance Processes* (JC-2013-77), p. 5, ove si afferma chiaramente che «Recital 16 of Solvency II sets out the main objective of insurance and reinsurance regulation and supervision, which is the "adequate protection of policyholders and beneficiaries". This general principle is supplemented by additional requirements in Articles 41(1) and 41(6), which include having effective systems of internal control and governance to provide for sound and prudent management of the business»; EIOPA, *Final Report on Preparatory Guidelines on product oversight and governance arrangements by insurance undertakings and insurance distributors* (EIOPA-BoS-16-071), 6 aprile 2016, *sub* n. 1.6 ss., spec. 1.9. A seguito dell'emanazione della direttiva IDD, anche l'IVASS, con *Lettera al mercato del 4 settembre 2017*, ha rimarcato che la POG ha carattere integrativo delle regole dettate da *Solvency* II e che, pertanto, i due ambiti disciplinari, pur formalmente distinti, devono essere considerati un processo unitario suscettibile di una altrettanto unitaria gestione nell'interesse dei clienti.

[21] Cfr. P. Marano, *La* "Product Oversight & Governance" *tra innovazione europea e "divergenze parallele" italiane*, cit., p. 225, il quale sottolinea che la POG «impone alle imprese di considerare il *best interest* dei loro clienti nell'ideazione e nella conseguente (coerente) distribuzione del prodotto assicurativo, facendolo assurgere a requisito organizzativo dell'impresa stessa che, solo accogliendo tale interesse nei contratti che stipula, può svolgere in modo sano e prudente la sua attività»; S. Landini, *Appropriatezza, adeguatezza e meritevolezza dei contratti di assicurazione*, cit., p. 39 ss., la quale osserva che «La tutela dei contraenti e degli assicurati non è limitata all'imposizione di una regolamentazione del rapporto intermediario-investitore, ma viene portata all'interno dell'assetto organizzativo dell'intermediario imponendo a questi una serie di vincoli volti ad assicurare che la tutela dell'investitore divenga parte del modello di *compliance* dell'intermediario stesso». Enfatizza la costante identificazione del "prodotto assicurativo" con il "contratto di assicurazione", G. Berti de Marinis, *Contratti dei mercati regolamentati: norme imperative e conformazione*, cit., p. 79 ss.

[22] Gli obblighi di POG dei produttori sono previsti dall'art. 30-*decies* c.ass., ivi introdotto dal d.lg. n. 68/2018. In base alla nuova disciplina, il ruolo di "produttore", generalmente ricoperto dalle imprese di assicurazione, può essere rivestito anche dagli intermediari assicurativi qualora assumano le vesti di *manufacturers de facto.* Ai sensi dell'art. 3 del reg. delegato POG, ciò accade quando un'analisi globale dell'attività dell'intermediaria, da condursi caso per caso, riveli che svolgono un "ruolo

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

della commercializzazione di ciascun prodotto assicurativo di nuova emissione o della significativa modifica di un prodotto già esistente, un "processo di approvazione del prodotto", il cui momento qualificante è costituito dalla preventiva individuazione del mercato di riferimento del prodotto medesimo[23]. Invero, è alla predeterminazione del *target market* che si ricollegano tutte le successive valutazioni di cui il processo di approvazione del prodotto si costella, aventi ad oggetto: *i)* le aspettative dei potenziali clienti ed i rischi ai quali essi risultano esposti; *ii)* la "non tossicità" del prodotto creato[24]; *iii)* l'appropriatezza della strategia di distribuzione individuata; *iv)* l'eventuale necessità di una revisione delle misure organizzative adottate e/o dello stesso prodotto.

La sottoposizione del *design* del prodotto ad un così dettagliato complesso di regole[25] comporta una realizzazione dei prodotti assi-

decisionale nella progettazione e nello sviluppo di un prodotto assicurativo per il mercato", determinando autonomamente le caratteristiche e gli elementi essenziali del contratto (es.: copertura, tariffe, costi, garanzie e prestazioni) senza che l'impresa che assume i relativi rischi vi apporti sostanziali modifiche. Per contro, non rientrano nella definizione di "realizzazione di prodotti assicurativi" – e non sono, dunque, sufficienti a qualificare l'intermediario assicurativo come "produttore di fatto" – attività quali: *(i)* la personalizzazione e l'adeguamento dei prodotti assicurativi esistenti nell'àmbito delle attività di distribuzione assicurativa per i clienti individuali; e *(ii)* la progettazione di contratti su misura sulla base delle richieste di un singolo cliente, posto che in tali casi le decisioni principali sulla progettazione e sullo sviluppo del prodotto sono assunte dall'impresa di assicurazione.

[23] Come si desume anche dal *Considerando* n. 5 del reg. delegato POG, per "mercato di riferimento deve intendersi la categoria astratta di clienti, accomunati da analoghe caratteristiche, alla quale si immagina di destinare il prodotto. Il mercato di riferimento di ciascun prodotto assicurativo è spesso denominato anche "*target* positivo" in contrapposizione al c.d. *target* negativo, identificato con la categoria di soggetti aventi obiettivi ed esigenze generalmente incompatibili con le caratteristiche tecnico-economiche del prodotto oggetto di *design* e ai quali, pertanto, il prodotto medesimo non può essere distribuito. L'art. 30-*decies*, co. 4, c. ass., ha reso obbligatoria la predeterminazione del *target* negativo, malgrado l'art. 25 della direttiva IDD lasciasse ai produttori piena discrezionalità in proposito.

[24] Il punto è evidenziato da G. Berti de Marinis, *Contratti dei mercati regolamentati: norme imperative e conformazione*, cit., p. 40 ss., spec. pp. 46 e 65, il quale osserva che il processo di approvazione del prodotto impone ai produttori di «scolpire il prodotto conferendogli caratteristiche tecnico-economiche che lo rendano "salubre" per un certo mercato *target*» e, dunque, una implicita «verifica di non "tossicità" dello strumento negoziato per una certa tipologia di cliente».

[25] Cfr. A. Perrone, *Considerazioni in materia di* product governance, cit., il quale enfatizza l'elevato grado di dettaglio delle regole organizzative poste dal legi-

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

curativi «per fasce di clientela»[26], fondata su una valutazione *ex ante* della conformità di ciascun prodotto generato alle esigenze e agli obiettivi del *target* di clientela preindividuato. Peraltro, siffatta valutazione preventiva di "adeguatezza"[27] – che coinvolge tutti i prodotti assicurativi[28] – non si arresta alla fase di ingegnerizzazione dei prodotti ma, in una prospettiva di tutela continuativa del cliente, si reitera regolarmente nel corso dell'intero ciclo di vita dei prodotti assicurativi[29], anche grazie al costante apporto dei "distributori" dei pro-

slatore a presidio della realizzazione dei prodotti assicurativi, definendole «una sorta di "manuale operativo"».

[26] Così F. Greco, *Dall'informazione precontrattuale alla* product governance*: la tutela del risparmiatore tra paternalismo normativo e nuovi modelli di controllo*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, 10, p. 12; nello stesso senso, anche A. Antonucci, *I contratti di mercato finanziario*, cit., p. 47, la quale parla di una «segmentazione del mercato che si sviluppa collegando i diversi gradi di complessità dei prodotti alle presumibili capacità di comprensione e valutazione del cliente finale».

[27] Individua significativi punti di contatto fra la valutazione del prodotto in fase di ingegnerizzazione imposta dalla POG e la valutazione di adeguatezza o appropriatezza in fase di distribuzione, pur nella consapevolezza delle molteplici diversità, da ultimo, G. Berti de Marinis, *Contratti dei mercati regolamentati: norme imperative e conformazione*, cit., p. 64 ss., spec. pp. 66 e 67, il quale osserva che «La *product governance* […] sembra a tutti gli effetti potersi qualificare come una sorta di valutazione di adeguatezza del prodotto alle esigenze di un *target* di clientela che sarà tanto più attendibile quanto più lo stesso venga individuato in maniera granulare. Tanto più dettagliati e numerosi saranno gli elementi tenuti in considerazione da parte del *manufacturer* nell'individuazione del mercato *target* di riferimento; tanto più la profilatura del prodotto risulterà attendibile e calibrata»; tuttavia, ciò non implica una sovrapposizione fra i due strumenti, in quanto la valutazione effettuata col processo di approvazione del prodotto ha carattere astratto e strumentale alla valutazione di adeguatezza/appropriatezza in fase distributiva, la quale è invece concreta ed individuale, ossia rapportata alle esigenze dell'effettiva e reale controparte. Rilevano l'estensione della valutazione di adeguatezza propria della fase di distribuzione anche alla antecedente fase di *design* dei prodotti assicurativi, E. Galanti, *La* "Product Oversight Governance" (POG) *fra* "marketing" *e sana e prudente gestione*, cit., p. 363; M. Hazan, *L'assicurazione "responsabile" e la responsabilità dell'assicuratore: quali prospettive dopo IDD?*, in *Danno resp.*, 2017, p. 630 ss., secondo il quale «IDD allarga in qualche modo il concetto di adeguatezza, estendendolo dal campo di inferenza di ciascun singolo rapporto contrattuale (e dunque delle esigenze specifiche di ciascun singolo cliente) a quello attinente al mercato di riferimento al quale un determinato prodotto sarà destinato».

[28] Unica eccezione contemplata dalla normativa in materia riguarda le assicurazioni dei grandi rischi, con riferimento alle quali l'art. 121-*ter*, co. 1, c. ass. esclude l'applicabilità degli artt. 30-*decies* e 121-*bis* c. ass.

[29] Le regole POG impongono, infatti, ai produttori di monitorare e riesaminare regolarmente i prodotti commercializzati o distribuiti, al fine di valutare se i pro-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

dotti assicurativi[30], sui quali gravano, se pur in diversa misura, specifici obblighi di POG[31].

Se quello fin qui illustrato è il nucleo centrale della *product governance*, il buon esito di tale procedura passa necessariamente attraverso un significativo irrobustimento dell'apparato di controlli preventivi – sia interni che esterni – sulla qualità ed efficienza dei processi e delle strategie aziendali diretti alla configurazione, commercializzazione e revisione dei prodotti assicurativi.

Pertanto, non essendo consentita un'analisi a tutto campo della nuova disciplina, s'intende saggiare in questa sede l'impatto della nuova

dotti medesimi e la strategia distributiva prescelta continuino ad esse coerenti con le esigenze del *target market* ed effettuare, in caso contrario, i necessari interventi correttivi. A tal fine dovrà tenersi conto di qualsiasi evento che possa incidere in modo significativo sui rischi potenziali inerenti al mercato di riferimento (art. 30-*decies*, co. 5, c. ass.).

[30] Con tale espressione si allude non soltanto agli intermediari assicurativi "tradizionali", ma a qualsiasi canale di distribuzione dei contratti assicurativi. Invero, la descrizione dell'attività di distribuzione assicurativa fornita dall'art. 106 c. ass. consente di ricondurre alla categoria dei "distributori" anche le imprese di assicurazione che provvedano alla distribuzione diretta dei propri prodotti, gli intermediari "a titolo accessorio" e, a determinate condizioni, i c.dd. siti comparatori. Sul tema v. Corrias, *Profili generali della nuova disciplina recata dalla Direttiva 2016/97/EU*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2018, p. 158 ss., spec. p. 162, il quale individua un'efficace sintesi della filosofia di fondo delle nuove regole «nel passaggio dal concetto di intermediazione a quello di distribuzione», avendo il legislatore optato per un ampliamento dell'ambito di applicazione soggettivo della nuova normativa tale da includere non soltanto l'attività di intermediazione in senso stretto, intesa come «promozione e illustrazione del contratto diretta alla stipulazione dello stesso e posta in essere da un soggetto diverso dall'assicuratore», ma «qualsiasi attività che diffonda i prodotti assicurativi e favorisca la loro acquisizione».

[31] Gli obblighi organizzativi attraverso i quali si estrinseca la procedura POG si differenziano, su un piano sostanziale, a seconda che gli operatori professionali operino, rispetto a ciascun prodotto assicurativo, come produttori o come distributori; a carico di questi ultimi, infatti, grava fondamentalmente l'obbligo di dotarsi di presidi organizzativi che garantiscano l'efficacia dei flussi informativi provenienti dal produttore e concernenti, in particolare, le caratteristiche di ciascun prodotto e il relativo mercato di riferimento (art. 121-*bis* c.ass.). Anche qualora le due figure del *manufacturer* e del *distributor* coincidano – il ché può accadere o nell'ipotesi in cui l'impresa di assicurazione produttrice provveda alla distribuzione diretta dei prodotti realizzati in proprio (come consentito dalle disposizioni attuative della IDD) o nel diverso caso in cui l'intermediario assicurativo, di regola incaricato della sola distribuzione, assuma la vesti di produttore di fatto *ex* art. 3 del reg. delegato POG, permane la distinzione funzionale fra le due posizioni, la quale rileva sul piano dell'individuazione degli obblighi applicabili. In tal senso, *mutatis mutandis*, V. Troiano, *La* product governance, cit., p. 214.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

strategia regolatoria sul sistema di *governance* delle imprese di assicurazione[32] e sulla vigilanza sulla condotta degli operatori affidata all'Autorità di settore.

A tal fine, si è scelto di prestare particolare attenzione all'obbligo delle imprese di assicurazione di dotarsi di una apposita politica interna relativa al "processo di approvazione del prodotto", trattandosi di un adempimento che, ancorché non emerga in modo del tutto nitido dal tessuto normativo del codice delle assicurazioni, si mostra denso di profili di interesse nella prospettiva di indagine che si intende adottare.

Si segnala, tuttavia, sin d'ora che l'analisi risentirà della mancata sedimentazione del nuovo assetto regolamentare; infatti, nel momento in cui si licenzia il presente contributo, il regolamento IVASS destinato ad attuare le disposizioni di rango primario in materia di POG è ancora in corso di approvazione[33]. In ogni caso, lo stato di avanzamento dei lavori dell'IVASS, comprovato dalla recente sottoposizione di uno schema del suddetto provvedimento all'attenzione degli *stakeholders*[34], ci consente di esaminare in questa sede quantomeno le prospettive di regolamentazione secondaria e di individuarne i principali tratti di rilevanza.

2. *L'incidenza della* Product Governance *sul sistema di governo societario: un assetto regolamentare in cerca (e in via?) di assestamento*. – Affinché i meccanismi di supervisione e controllo sulla procedura di POG possano concretamente operare, è necessario che il complesso di misure e procedure organizzative adottate le modalità operative dalle imprese di assicurazione siano rese conoscibili sia ai soggetti coinvolti nella realizzazione e distribuzione dei prodotti che

[32] Resta inteso che quanto si dirà in proposito è applicabile anche agli intermediari-produttori di fatto, sui quali incombono i medesimi POG *arrangements* previsti per le imprese di assicurazione. Viceversa, esulano dall'indagine i profili della *Product Governance* più strettamente attinenti alla distribuzione dei prodotti assicurativi: la disciplina degli obblighi di POG dei distributori pone, infatti, innumerevoli questioni teoriche e pratiche di cui non sarebbe possibile compiere in questa sede una esaustiva analisi critica.

[33] Nelle intenzioni dell'IVASS, il regolamento avrebbe dovuto entrata in vigore il 31 marzo u.s.

[34] La pubblica consultazione sullo schema di regolamento in materia di POG si è chiusa il 31 ottobre 2019. Il documento di consultazione IVASS n. 1/2019 è consultabile sul sito istituzionale dell'Autorità di vigilanza.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

all'Autorità di vigilanza competente. A tal fine, è fatto obbligo alle imprese di assicurazione di formalizzare in un apposito documento – denominato "Politica in materia di governo e controllo dei prodotti assicurativi" (*breviter*: "politica POG") – le linee guida e di indirizzo alle quali deve informarsi l'attuazione del processo di approvazione del prodotto[35].

Peraltro, l'obbligo di dotarsi di una *policy* in materia – esplicitamente contemplato dall'art. 4, par. 2, del reg. delegato 2017/2358/UE (di seguito: Regolamento delegato POG)[36] – non trova una adeguata valorizzazione all'interno del codice delle assicurazioni come novellato dal d.lg. n. 68/2018, tanto che i primi commentatori della nuova disciplina hanno immediatamente ravvisato al suo interno un parziale difetto di coordinamento fra l'art. 30-*decies* e le disposizioni generali sul sistema di governo societario, nell'ambito delle quali tale norma s'inquadra[37]. In particolare, non facendo menzione della "politica POG" nell'ambito di quelle che l'impresa è tenuta ad adottare ai sensi dell'art. 30 c. ass., la normativa di recepimento non precisa le modalità di coinvolgimento del sistema di *corporate governance* nell'attuazione del processo di approvazione del prodotto, lasciando in ombra le responsabilità e i compiti attribuibili sul punto all'organo amministrativo ed alle cc.dd. funzioni fondamentali dell'impresa[38].

In questo senso, l'approvazione del reg. IVASS attuativo delle norme codicistiche costituirà senz'altro un'occasione propizia per superare le criticità riscontrate; lo schema di regolamento recentemente

[35] V. Troiano, *La* product governance, cit., p. 221.

[36] Il Regolamento delegato UE integra la direttiva IDD precisando i requisiti in materia POG di cui all'art. 25 della direttiva.

[37] La collocazione topografica dell'art. 30-*decies* nell'ambito delle disposizioni sull' "Esercizio dell'attività assicurativa" (Titolo III) specificamente dedicate al "Sistema di governo societario" (Capo I, Sezione II, artt. 30-35-*ter*), non lascia àdito a dubbi.

[38] S. Marzucchi, *La nuova disciplina della* "Product oversight and governance", in *Assicurazioni*, 2017, p. 419 s., 429 s. In tale direzione, già prima dell'emanazione del decreto attuativo della IDD, anche P. Marano, *La* "Product Oversight & Governance" *tra innovazione europea e "divergenze parallele" italiane*, cit., p. 230, il quale auspicava che l'IVASS, con proprio regolamento, sopperisse alla mancata specificazione delle funzioni del sistema di controllo interno coinvolte nella supervisione della *product governance*, pur ritenendone pacifica la soggezione di tale procedura ai controlli interni in virtù del collegamento tra il nuovo istituto e i requisiti organizzativi dell'impresa imposti da *Solvency* II.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

posto in pubblica consultazione si occupa, infatti, di molti degli aspetti della materia trascurati dal codice delle assicurazioni ed adotta, al riguardo, soluzioni pienamente conformi ai principi che animano la disciplina della *governance* societaria scaturita dal recepimento della direttiva *Solvency* II.

In particolare, lo schema di regolamento citato richiama espressamente la "politica in materia di governo e controllo dei prodotti assicurativi" nell'ambito di una disposizione (art. 5) che – come suggerito dalla rubrica[39] – risponde all'obiettivo di chiarire i termini di coinvolgimento del sistema di governo societario nell'applicazione della disciplina della *product governance* e che, a tal fine, prevede una chiara allocazione di compiti e responsabilità fra l'organo di gestione e le funzioni di controllo.

In tale contesto, in ossequio all'estensione dell'ambito di applicazione soggettivo della disciplina *ex* IDD, l'IVASS opportunamente considera e distingue due ipotesi: *(i)* quella in cui la realizzazione del prodotto assicurativo sia affidata, come accade di regola, all'impresa di assicurazione[40]; *(ii)* e quella, diversa, in cui un intermediario assicurativo assuma un ruolo decisionale nel processo di progettazione e sviluppo di un prodotto per il mercato, assumendo le vesti di *manufacturer de facto* ai sensi dell'art. 3 reg. delegato POG[41].

2.1. (Segue) *Il riparto di compiti e responsabilità fra organi e funzioni dell'impresa di assicurazione*. – Quanto alla prima ipotesi[42], in conformità alla logica di valorizzazione della centralità dell'organo amministrativo che ispira tutta la disciplina della *governance* societaria[43], l'art. 5 dello schema di reg. IVASS pone a carico del consiglio di amministrazione dell'impresa di assicurazione produttrice[44] la re-

[39] L'art. 5 del citato schema di reg. IVASS è rubricato "Ruolo dell'organo amministrativo e della funzione di verifica di conformità alle norme".

[40] V. *infra*, par. 2.1.

[41] V. *infra*, par. 2.2.

[42] A tale ipotesi sono dedicati i co. 1-5 della disposizione in esame.

[43] Indicativa in tal senso è la scelta di attribuire all'organo amministrativo la responsabilità ultima sia dell'osservanza della normativa vigente (art. 29-*bis* c. ass.) che del sistema di governo societario (art 5, co. 1, reg. IVASS n. 38/2018).

[44] Come precisato dall'art. 2, lett. *i)*, reg. IVASS n. 38/2018 in materia di sistema di governo societario, l'organo amministrativo dell'impresa di assicurazione è: il consiglio di amministrazione o, ove non diversamente specificato, nelle imprese che hanno adottato il sistema di cui all'articolo 2409-*octies* del codice civile (*i.e.:* il c.d.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

sponsabilità ultima dell'osservanza delle norme sul processo di approvazione del prodotto e gli attribuisce, a tal fine, il compito di definire, approvare e sottoporre a revisione periodica la "Politica POG" correlata al suddetto processo[45].

La stessa disposizione chiarisce che anche l'elaborazione della politica scritta in materia di POG, analogamente a quanto già previsto per tutte le politiche d'indirizzo dell'impresa, dovrà essere effettuata nel rispetto dei contenuti minimi fissati dall'Autorità di vigilanza[46].

Inoltre, nell'ottica di favorire una adeguata dialettica tra l'organo amministrativo e le altre strutture aziendali, il regolamento in corso di approvazione attribuisce alla funzione di *compliance* il compito di monitorare lo sviluppo e la revisione periodica dei presidi POG al fine di individuare i rischi di inadempimento degli obblighi previsti dalla normativa vigente e di inosservanza della *policy*, anche da parte dell'eventuale *manufacturer de facto*[47].

A completamento del suddetto compito di monitoraggio, è fatto obbligo al titolare della suddetta funzione di riferire al consiglio di amministrazione gli esiti delle proprie verifiche – comprensivi delle eventuali criticità riscontrate e di possibili misure correttive[48] – fornendone una descrizione all'interno della relazione trasmessa, con cadenza di regola annuale, all'organo di gestione[49].

sistema dualistico basato su un consiglio di gestione e su un consiglio di sorveglianza), il consiglio di gestione ovvero, per le sedi secondarie, il rappresentante generale".

[45] Di regola almeno una volta all'anno o, se necessario, con periodicità diversa.

[46] L'Allegato 1 allo schema di reg. IVASS elenca, con dovizia di dettagli, gli elementi che dovranno costituire il contenuto minimo della politica aziendale correlata al processo di approvazione del prodotto.

[47] La disposizione in esame deve essere coordinata con quella di cui al successivo comma 6, in forza del quale, in caso di intervento del *manufacturer de facto* nel processo di progettazione e sviluppo di un prodotto destinato al mercato, spetta a costui monitorare lo sviluppo e la revisione periodica dei presidi POG per individuare eventuali criticità e rischi di inadempimento e trasmetterne le risultanze all'impresa di assicurazione affinché gli elementi forniti siano integrati nella relazione destinata all'organo amministrativo *ex* art. 30 reg. IVASS n. 38/2018. Sul punto, v. *infra*, par. 2.2.

[48] Le informazioni contenute nel *report* della funzione di *compliance* dovranno riguardare, in special modo, le criticità riscontrate nella verifica della corretta definizione ed efficacia di tutte le fasi della procedura di approvazione e revisione di ciascun prodotto (es. informazioni sui prodotti realizzati, sulle strategie distributive e sulla distribuzione diretta dei prodotti da parte dell'impresa di assicurazione).

[49] L'art. 30 reg. IVASS n. 38/2018 (rubricato "Relazione dell'attività delle fun-

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Proseguendo il percorso di rafforzamento del sistema di controllo interno avviato con l'attuazione della direttiva *Solvency* II[50], l'IVASS sceglie, dunque, di sottrarre all'autonomia organizzativa delle imprese di assicurazione la scelta delle modalità di verifica della conformità ai presidi di *product governance* e di valorizzare, anche in una prospettiva di contenimento dei costi operativi, il ruolo di una funzione già istituita e collaudata, qual è quella di *compliance*; funzione alla quale attribuisce prerogative ulteriori ma che, a ben vedere, non fanno che arricchire di nuove sfumature obblighi su di essa già gravanti e, segnatamente, quelli di supporto e consulenza all'organo amministrativo previsti a suo carico dalle norme sul governo societario anche in relazione alla progettazione dei prodotti[51].

zioni fondamentali") stabilisce che "Il titolare di ciascuna funzione fondamentale presenta, almeno una volta l'anno o comunque quando ritenuto necessario, una relazione all'organo amministrativo che riepiloghi, in coerenza con il piano di attività di cui all'articolo 29, l'attività svolta e le verifiche compiute, le valutazioni effettuate, i risultati emersi, le criticità e le carenze rilevate e le raccomandazioni formulate per la loro rimozione, nonché lo stato e i tempi di implementazione degli interventi migliorativi, qualora realizzati".

[50] Le principali novità recate dal d.lg. n. 74/2015 attuativo della direttiva *Solvency* II consistono nella codificazione, a livello di norma primaria, delle "funzioni chiave" di gestione dei rischi, di verifica della conformità alle norme e di revisione interna, la cui istituzione all'interno delle imprese era già stata prevista in Italia dal Regolamento ISVAP n. 20/2008 (abrogato dall'art. 96 reg. IVASS n. 38/2018); e nell'eliminazione della figura dell'attuario incaricato, sostituita dalla nuova funzione attuariale, in ragione dell'importanza dei calcoli statistico-attuariali nell'individuazione dei rischi e nella valutazione delle riserve tecniche dell'impresa.

[51] Giova ricordare che l'art. 30-*quater* c. ass. investe la funzione di *compliance*, parte integrante del sistema di controllo interno, del compito di verificare la conformità dell'attività d'impresa sia alle norme vigenti che alle direttive e procedure aziendali, di individuare e valutare il rischio di non conformità e di offrire consulenza, sul punto, al consiglio di amministrazione. Tali compiti sono precisati con un maggior grado di dettaglio dal reg. IVASS n. 38/2018, in forza del quale la funzione di *compliance*: "a) identifica in via continuativa le norme applicabili all'impresa, valuta il loro impatto sui processi e le procedure aziendali, prestando attività di supporto e consulenza agli organi sociali e alle altre funzioni aziendali sulle materie per cui assume rilievo il rischio di non conformità, con particolare riferimento alla progettazione dei prodotti; b) valuta l'adeguatezza e l'efficacia delle misure organizzative adottate per la prevenzione del rischio di non conformità alle norme e propone le modifiche organizzative e procedurali finalizzate ad assicurare un adeguato presidio del rischio; c) valuta l'efficacia degli adeguamenti organizzativi conseguenti alle modifiche suggerite; d) predispone adeguati flussi informativi diretti agli organi sociali dell'impresa e alle altre strutture coinvolte" (art. 34 reg. cit.).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

2.2. (Segue) *L'intervento del* manufacturer de facto *nel processo produttivo*. – L'importanza dell'imminente intervento regolamentare dell'IVASS si lascia apprezzare anche con riguardo alla regolamentazione dei rapporti di reciproca collaborazione intercorrenti, sul piano dell'osservanza delle norme sul processo di approvazione del prodotto correlato alla politica POG, fra l'impresa di assicurazione che presta la garanzia e l'eventuale intermediario assicurativo che intervenga nel processo produttivo in qualità di *manufacturer de facto*.

Al riguardo, l'art. 5, co. 6, dello schema di reg. cit. pone la responsabilità del processo di approvazione del prodotto *anche* a carico dell'organo amministrativo (o altra struttura equivalente) del *manufacturer de facto*[52], al quale è coerentemente attribuito il compito di *applicare* la politica scritta POG "*definita dall'impresa di assicurazione*" (corsivo nostro).

L'istituto di vigilanza distingue, dunque, in maniera netta fra: *(i)* l'elaborazione della *policy* POG, la quale, data la finalità di detto documento di formalizzare le direttive di indirizzo in materia, compete sempre all'impresa di assicurazione; e *(ii)* l'applicazione della suddetta politica nella concreta attuazione del processo di approvazione del

[52] L'impresa di assicurazione che fornisce la copertura assicurativa (*rectius*: assume il rischio) è, infatti, *co-manufacturer* del prodotto e in quanto tale non solo risponde dell'adempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto ma è altresì responsabile, cumulativamente ed a titolo personale, dell'osservanza degli obblighi di POG previsti per i produttori. In tal senso si esprime EIOPA, *Technical Advice on possible delegated acts concerning the Insurance Distribution Directive*, 1° febbraio 2017, p. 16, *sub*. nn. 34 e 35, ove si legge: «However, it should be noted that, even in cases where an insurance intermediary is considered as acting as a manufacturer, the insurance undertaking providing the coverage (i.e. insurance provider), remains fully responsible to the customer for the contractual obligations resulting from the insurance product, while each co- manufacturer independently remains responsible to comply with the product oversight and governance arrangements of a manufacturer as laid down in Article 25, IDD. Therefore, the insurance undertaking providing the coverage should always be considered a co-manufacturer for the purposes of the application of POG requirements, its role and contractual responsibilities with regard to the customer and its role in the approval process of the insurance product. Therefore, the insurance undertaking providing the coverage should always be considered a co-manufacturer for the purposes of the application of POG requirements, its role and contractual responsibilities with regard to the customer and its role in the approval process of the insurance product». Il punto è evidenziato anche da S. Marzucchi, *La nuova disciplina della* "Product oversight and governance", cit., p. 424; Cunial, Avato, *L'intermediario assicurativo produttore (c.d.* manufacturer de facto) *nel quadro dell'IDD*, cit., p. 1.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

prodotto, la quale può, invece, competere – sempre nel rispetto del principio di cooperazione con l'impresa di assicurazione – all'intermediario che assuma un ruolo decisionale nella progettazione e nello sviluppo di un prodotto assicurativo per il mercato *ex* art. 3 reg. delegato POG.

Allo stesso *manufacturer de facto* sono, inoltre, attribuiti i compiti di monitoraggio e segnalazione affidati, in sua assenza, alla funzione di *compliance* dell'impresa di assicurazione, alla quale dovrà, in ogni caso, riferire gli esiti delle suddette attività di verifica necessari a redigere, con riferimento alla procedura di approvazione e revisione di ogni prodotto, la relazione annuale di cui all'art. 30 reg. n. 38/2018.

Giova peraltro osservare, da questo angolo visuale, che l'impresa di assicurazione e il *manufacturer de facto* sono tenuti a regolamentare la loro reciproca collaborazione nell'osservanza degli obblighi di POG con un apposito accordo scritto, il quale andrà ad integrare la politica POG definendo, in particolare, i rispettivi ruoli nel processo di approvazione del prodotto e le procedure adottate per addivenire all'individuazione congiunta del mercato di riferimento dei prodotti[53].

3. Product Governance *e poteri di vigilanza: verso un rinnovamento dei metodi di vigilanza sulla condotta degli operatori*. – La normativa regolamentare di secondo livello è altresì destinata a consolidare la garanzia della conoscibilità e sindacabilità "esterna" dei presidi di POG offerta dalla normativa primaria attraverso il riconoscimento, in capo all'IVASS, del potere di ottenere dai produttori la documentazione relativa al processo di approvazione di ciascun prodotto assicurativo (art. 30-*decies*, co. 3, c. ass.)[54].

Invero, l'art. 5, co. 4, dello schema di reg. IVASS estende il perimetro dei dati che possono costituire oggetto di *disclosure* su richiesta dell'Autorità di vigilanza, includendovi anche la *policy* POG approvata dal consiglio di amministrazione dell'impresa ed il *report* della funzione *compliance* contenente le risultanze del monitoraggio con-

[53] V. art. 3, par. 4, reg. delegato POG. Sul punto, v. S. MARZUCCHI, *La nuova disciplina della* "Product oversight and governance", cit., p. 425, la quale evidenzia che l'accordo scritto con cui i soggetti menzionati formalizzano il suddetto rapporto di collaborazione acquista rilievo pubblicistico nella misura in cui consente alle Autorità di vigilanza di valutare il rispetto degli obblighi specifici gravanti sui singoli produttori.

[54] I produttori sono specularmente gravati dall'obbligo di soddisfare tale richiesta.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

dotto sulle procedure di POG e, segnatamente, le informazioni sui prodotti realizzati, sulla strategia distributiva adottata e sull'eventuale distribuzione diretta ad opera dell'impresa[55].

L'acquisizione della documentazione indicata dalla normativa primaria, e meglio dettagliata dal futuro regolamento attuativo, può dirsi strumentale all'esercizio di più intensi poteri di vigilanza *ex ante* da parte dell'*Autorithy*. Invero, l'Istituto di vigilanza, da un lato, potrà valutare se la *policy* aziendale in materia di POG sia stata definita nel rispetto dei contenuti minimi prescritti e, in caso contrario, contestare all'impresa l'omissione di elementi che il suddetto documento avrebbe dovuto contenere; dall'altro, potrà verificare se la politica POG sia stata correttamente applicata nella fase di "ingegnerizzazione" del prodotto[56].

Giova inoltre ricordare che, in sede di recepimento della direttiva IDD, il potere dell'IVASS di adottare misure cautelari ed interdittive già codificato dall'art. 184 c. ass. in relazione ai casi di sospetta o accertata violazione delle disposizioni orientate alla tutela degli assicurati secondo il paradigma "classico" della trasparenza[57], è stato esteso anche all'eventuale inosservanza delle nuove disposizioni in tema di POG[58], senza alcuna diversificazione di regime fondata sulla natura del prodotto assicurativo sottoposto al processo di approvazione.

Pertanto, malgrado le perplessità iniziali[59], l'IVASS dispone di per-

[55] Come anticipato (v. *supra*, par. 3) il *report* stilato dalla funzione di *compliance* integra la relazione che il titolare della suddetta funzione chiave trasmette periodicamente all'organo amministrativo dell'impresa *ex* art. 30 reg. IVASS n. 38/2018.

[56] V. Troiano, *La* product governance, cit., p. 223.

[57] Si tratta delle disposizioni raccolte nel Titolo XIII (eloquentemente rubricato "Trasparenza delle operazioni e protezione dell'assicurato") e delle relative norme di attuazione, ora contenute nel reg. IVASS n. 41/2018 che ha abrogato il previgente reg. ISVAP n. 35/2010.

[58] L'esercizio di poteri di intervento sul prodotto è previsto per la violazione degli obblighi di POG sia dei produttori che dei distributori. Esprime apprezzamento per la novella S. Marzucchi, *La nuova disciplina della* "Product oversight and governance", cit., p. 420, secondo la quale il fatto che il d.lg. n. 68/2018 sfrutti la «preesistenza di un generale potere di intervento dell'IVASS […] in caso di violazione delle norme generali a tutela dell'assicurato» per estenderlo espressamente anche alle violazioni delle regole di POG, indipendentemente dal soggetto su cui gravino, costituisce «un passo avanti rispetto al vuoto creato dalla direttiva».

[59] Le suddette perplessità in merito alla configurabilità di poteri di intervento sul prodotto in caso di violaizone delle regole di POG riguardavano principalmente i prodotti assicurativi diversi dai "prodotti di investimento assicurativo". Con riferi-

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

vasivi poteri di *product intervention* con i quali sospendere in via cautelare e, finanche, vietare la commercializzazione di qualsiasi tipologia di prodotto assicurativo in relazione al quale sussista il fondato sospetto o la certezza di una violazione dei precetti di POG suscettibile di pregiudicare la tutela dei clienti e la stabilità del mercato[60].

A tal proposito, deve tuttavia constatarsi che nella letteratura formatasi sul tema non si riscontra uniformità di vedute in merito alla latitudine dei suddetti poteri di vigilanza *ex ante*, la cui delimitazione passa necessariamente attraverso il superamento delle incertezze concernenti il contenuto degli obblighi di POG dei produttori. Resta, allora, da comprendere – ma la complessità della questione non consente di un approfondimento in questa sede – se l'esercizio dei poteri di *product intervention* sia subordinato all'esito negativo di un controllo teso ad accertare unicamente l'astratta capacità della politica POG e del correlato processo di approvazione del prodotto di generare prodotti conformi, per grado di complessità e rischiosità, alle esigenze del *target market*[61]; o se, invece, i suddetti poteri pre-

mento a quest'ultima categoria di prodotti si è da subito ritenuto di potere ammettere l'applicabilità di misure di *product intervention* – previsti dal reg. PRIIPS in presenza del rischio che la commercializzazione di un prodotto rechi un significativo pregiudizio ai clienti o al mercato (artt. 16 e 17) – anche in caso di violazione degli obblighi di POG, purché l'inadempimento o inesatto adempimento generi quel significativo timore di un pregiudizio alla tutela del cliente o al funzionamento e l'integrità dei mercati che costituisce il presupposto della *product intervention*. Sul punto, diffusamente, G. Berti de Marinis, *Contratti dei mercati regolamentati: norme imperative e conformazione*, cit., p. 59 ss., spec. p. 62, secondo il quale depongono in tal senso, da un lato, l'obbligo previsto dallo stesso reg. PRIIPs a carico dei *manufacturers* di inserire all'interno del c.d. "KID" (documento informativo precontrattuale contenente le informazioni "chiave" del prodotto) anche una descrizione del tipo di investitore al dettaglio al quale si intende commercializzare il prodotto (art. 8, par. 3, lett. c), *sub* iii); dall'altro, il reg. delegato (UE) 2016/1904, il quale include nell'elenco dei fattori che le Autorità di vigilanza devono considerare per valutare se erogare una misura di intervento sui prodotti (art. 1, par. 2) anche elementi «che rappresentano l'anima stessa delle prescrizioni di *Product governance*», quali la definizione del mercato di riferimento (lett. c), e i canali distributivi utilizzati (lett. j).

[60] Osserva V. Ricciuto, La tutela dell'investitore finanziario. Prime riflessioni su contratto, vigilanza e regolazione del mercato nella c.d. MiFID II, in V. Troiano, R. Motroni (a cura di), *La MiFID II*, cit., p. 6, che il potere di *product intervention* attribuito alle Autorità di vigilanza «è in grado di tradursi, sul campo del diritto contrattuale, in attribuzione di ampi spazi di limitazione della libertà contrattuale delle imprese».

[61] In tal senso., *La* product governance, cit., p. 223 ss., secondo il quale non è

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

suppongano un controllo "sostanziale", sul merito del prodotto realizzato, diretto a scrutinare l'effettiva idoneità delle caratteristiche del prodotto a soddisfare le aspettative del relativo mercato di riferimento[62].

configurabile in capo al produttore un obbligo di risultato «collegato alla circostanza che il prodotto soddisfi in concreto le esigenze del mercato di riferimento e, va da sè, neppure quelle del singolo cliente»; la disciplina in materia richiederebbe unicamente «che la fase di ingegnerizzazione del prodotto sia stata concepita con l'obiettivo di soddisfare quelle esigenze (senza essere, ad esempio, contaminata da pressioni di *budget* dell'impresa…). Si resta, dunque, in una logica di obbligazione di mezzi, e non già di risultato, sebbene da qualificare secondo i canoni della diligenza esigibile da un professionista». In altri termini, l'obbligo comportamentale «si incentra sullo sforzo di concepire un prodotto che soddisfi le esigenze del *target* di clientela e non sul fatto che in concreto e necessariamente il prodotto soddisfi gli obiettivi del *target* stesso», con la conseguenza che «Non vi è un intervento diretto dell'autorità di vigilanza sulla costruzione del prodotto». In tale direzione sembra porsi anche E. Galanti, *La* "Product Oversight Governance" (POG) *fra* "marketing" *e sana e prudente gestione*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2017, p. 369, il quale, interrogandosi (già prima dell'attuazione della IDD nell'ordinamento interno e dell'emanazione del reg. delegato POG) sui poteri di vigilanza in materia, ritiene che essi si identifichino con verifiche di tipo procedurale da effettuarsi avendo riguardo all'adeguatezza dei controlli interni e che, pertanto, non possano ritenersi tanto estesi da includere una valutazione *ex ante* del merito dell'adeguatezza del prodotto; a suo avviso, infatti, l'attribuzione all'Autorità di vigilanza di «Un ruolo così intrusivo» comporterebbe «quasi un'inopportuna sostituzione all'assicuratore nelle sue scelte aziendali di marketing e non sarebbe coerente con una vigilanza rispettosa dei principi del libero mercato». L'assenza di un simile potere sarebbe, comunque, bilanciata dal possibile esercizio dei più tradizionali poteri correttivi, sanzionatori e inibitori in caso di segnalazione, anche tramite reclamo, dell'inadeguatezza di un prodotto.

[62] Si esprime in tal senso P. Marano, *La* Product Oversight Governance, cit., p. 95, il quale, ricordando che l'EIOPA, fin dalle prime consultazioni pubbliche sul tema, ha affermato la sussistenza di un pregiudizio per i clienti rilevante ai fini POG "*ogni qual volta un prodotto è disegnato o distribuito senza essere conforme al best interest del cliente*", a prescindere da una condotta scorretta ("unfair") dell'operatore professionale, ritiene che gravi sul produttore un'obbligazione "di risultato" e non "di mezzi". Nella stessa direzione parrebbe orientarsi S. Marzucchi, *La nuova disciplina della* "Product oversight and governance", cit., p. 422, la quale afferma che la POG «determina l'assoggettamento dei processi interni e della corretta configurazione dei prodotti alla vigilanza delle Autorità nazionali, al fine di verificare se il processo di produzione sia correttamente orientato alla definizione di un *target* idoneo e *se il prodotto effettivamente risponde alle esigenze ed ai bisogni assicurativi del cliente finale*» (corsivo nostro). Più articolata la posizione di G. Berti de Marinis, *Contratti dei mercati regolamentati: norme imperative e conformazione*, cit., p. 75 ss., il quale pare individuare un punto di equilibrio fra le due contrapposte ricostruzioni nella possibilità di interpretare le norme che includono elementi tipici della POG fra quelli considerati per valutare se adottare o meno una misura di *pro-*

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

4. *Brevi spunti conclusivi*. – Volgendo a conclusione, è possibile osservare come il quadro emergente da un'analisi combinata delle norme attualmente vigenti e del prospettato intervento regolamentare dell'IVASS, si caratterizza nel suo complesso per la particolare enfasi posta sulla necessità che tanto i soggetti vigilati (e, in specie, i produttori) quanto l'Autorità di vigilanza adottino, in ossequio agli obiettivi di anticipazione della tutela del cliente che animano il nuovo istituto, un approccio alle rispettive attività improntato alla prevenzione dei pregiudizi che potrebbero derivare agli assicurati da una inadeguata organizzazione "a monte" delle attività di produzione e distribuzione dei prodotti[63].

In particolare, l'ulteriore messa a fuoco dei poteri di cui l'IVASS dispone in materia di POG evidenzia nitidamente che, in ragione del generale "asservimento" della vigilanza alla tutela degli "assicurati", anche l'attività di supervisione sulla condotta degli operatori è investita da quella tendenza "a giocare d'anticipo" – rispetto all'immissione dei prodotti nel mercato – che coinvolge più direttamente la considerazione del *best interest* dei clienti[64].

Pertanto, fermi i tradizionali poteri di vigilanza e sanzionatori *ex post*, l'Autorità è chiamata ad estendere il proprio sguardo verso la fase che precede la commercializzazione del prodotto, intensificando, anche grazie ai flussi informativi provenienti dai soggetti vigilati, i controlli sull'efficacia dei presidi organizzativi adottati per la conformazione dei prodotti ai bisogni del *target market*. Peraltro, in una prospettiva sistematica, tale conclusione pare del tutto conforme al disegno di *Solvency* II unitamente alla quale, come più volte ribadito, la normativa POG deve essere letta.

duct intervention (contenute nel reg. PRIIPs) nel senso di considerare un prodotto potenzialmente lesivo degli interessi della clientela o del mercato automaticamente per effetto della violazione degli obblighi di POG.

[63] Il punto è evidenziato da P. Marano, *La* "Product Oversight & Governance" *tra innovazione europea e "divergenze parallele" italiane*, cit., pp. 217 e 228.

[64] Con specifico riferimento al mercato finanziario in senso stretto, cfr. S. Morlino, *La* Product *Governance nel nuovo regime MiFID 2*, consultabile sul sito *www.dirittobancario.it*, sez. *Approfondimenti*, aprile 2015, p. 9, la quale sottolinea che l'anticipazione della tutela del cliente perseguita dalle norme di *product governance* richiede un ripensamento della vigilanza, la quale è destinata ad assumere una fisionomia tale da consentire non solo una valutazione dei comportamenti delle modalità di interazione col cliente posti in essere dall'operatore professionale in sede di collocamento del prodotto, ma anche la determinazione delle tecniche di strutturazione dei prodotti e delle strategie distributive.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

La disciplina prudenziale del sistema assicurativo promuove, infatti, un ruolo proattivo dell'Autorità di vigilanza, orientato all'intercettazione tempestiva di elementi di criticità e alla prevenzione di situazioni pregiudizievoli (nella specie: la crisi d'impresa), prima ancora che alla riparazione o attenuazione *ex post* delle medesime. Tuttavia, ciò non significa che l'Istituto possa sostituirsi all'impresa, ma più semplicemente che esso potrà (e dovrà) valutare l'adeguatezza dei processi decisionali delle imprese ed indirizzarli, quasi come un *tutor*, verso più elevati *standards* qualitativi[65].

Potremmo, dunque, chiosare – mutuando le parole dell'IVASS – che, alla luce di siffatto spostamento del *focus* della vigilanza sull'efficacia della *governance* e delle funzioni chiave aziendali (in particolare di *compliance*), ossia sul «primo e principale "centro di controllo" anche dell'operato della rete distributiva»[66], andrà configurandosi un rapporto sempre più osmotico fra la vigilanza prudenziale e la vigilanza sulla *market conduct*[67].

[65] Scorge nell'intensificazione dei controlli preventivi sui soggetti vigilati che connota la disciplina della POG un elemento di rinnovamento del ruolo dell'Autorità di vigilanza, V.F. Sanasi D'Arpe, *Riflessioni sul governo e controllo del prodotto assicurativo*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2018, p. 62, secondo il quale essa è destinata ad atteggiarsi non più soltanto come «un arbitro delle operazioni di mercato», ma come «un referente d'indirizzo con cui instaurare un dialogo continuo e costruttivo».

[66] Ivass, *Relazione sull'attività svolta dall'Istituto nell'anno 2018. Considerazioni del Presidente* (dott. Fabio Panetta), Roma, 20 giugno 2019, p. 9.

[67] Ivass, *Dalle regole alla vigilanza di condotta* (Intervento del Segretario Generale IVASS, dott. Stefano De Polis, al Convegno di Studi "*La Product Oversight and Governance dei prodotti assicurativi. Profili giuridici e operativi*" tenutosi presso l'Università La Sapienza), Roma 20 febbraio 2020.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Federico Cappai

I rapporti processuali del fallito: riflessioni a margine della transizione in atto dalla legge fallimentare al codice della crisi d'impresa

Sommario: 1. La disciplina dei rapporti processuali dalla legge fallimentare al codice della crisi. – 2. Il dibattito tradizionale sulla condizione processuale del fallito. – 3. La posizione della giurisprudenza nel periodo precedente la novella del 2006. – 4. I termini della questione dopo la novella del 2006. – 5. La legittimazione suppletiva del fallito nell'inerzia della curatela fallimentare. – 6. L'unico elemento di novità apportato dal codice della crisi.

1. *La disciplina dei rapporti processuali dalla legge fallimentare al codice della crisi.* – Tra i profili legati alla procedura fallimentare che il codice della crisi d'impresa, varato con d.lgs. 14/2019[1], regola in sostanziale continuità con la disciplina della legge fallimentare, vi è quello concernente i rapporti processuali del fallito.

La comparazione tra il testo originario della disposizione dedicata alla materia nella legge fallimentare (l'art. 43), quello risultante dalla novella operata dal d.lgs. n. 5/2006[2], e il testo della corrispondente disposizione del codice della crisi (l'art. 143), denota che lo statuto normativo di riferimento si è evoluto per successive aggiunte rispetto ai nuclei di disciplina preesistenti.

In occasione della riforma del 2006, il legislatore si era limitato ad aggiungere a quanto già allora disponeva l'art. 43 l.f., che «l'apertura del fallimento determina l'interruzione del processo» (art. 43 c. 3), e

[1] La data di entrata in vigore del codice, inizialmente fissata per il 16 agosto 2020, è stata posticipata al 1 settembre 2021 dal d.l. 8 aprile 2020 n. 23, uno dei recenti provvedimenti d'urgenza emanati per far fronte all'emergenza sanitaria in atto.

[2] L'art. 43 l.f. ha subito un'ulteriore novella nel 2015, ad opera del d.l. n. 83/2015, convertito in l. 6 agosto 2015 n. 132, ma la relativa previsione non pertiene alla condizione processuale del fallito, bensì alla durata dei processi di cui sia parte il fallimento, dei quali si prevede la trattazione prioritaria. Tale previsione è presente anche nel codice della crisi ma in una disposizione – segnatamente l'art. 5 c. 3 – distinta da quella nella quale sono confluite le altre previsioni recuperate dall'art. 43 l.f.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

in modo analogo, da ultimo, ha unicamente arricchito l'esistente disponendo che «il termine per la riassunzione del processo interrotto decorre da quando l'interruzione viene dichiarata dal giudice» (art. 143 c. 3 cod.). Immutato è rimasto, nelle due tornate, il nucleo originario dell'art. 43 l.f. che, nel primo comma, che più interessa in questa sede, attribuisce al curatore il potere di «stare in giudizio nelle controversie anche in corso relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento».

I due interventi riformatori, nonostante il comune carattere additivo, hanno avuto sull'esperienza previgente un impatto di diversa portata.

La statuizione della efficacia interruttiva del fallimento sui processi pendenti, effettuata nel 2006, infatti, a differenza della precisazione da ultimo apportata in ordine alla decorrenza del termine di riassunzione del processo interrotto, la quale concerne un aspetto squisitamente operativo, ha a suo tempo inciso su un dato sistematicamente "sensibile", rivitalizzando il dibattito sulla condizione processuale del fallito maturato nella vigenza del testo originario dell'art. 43 l.f.

2. *Il dibattito tradizionale sulla condizione processuale del fallito.* – Il tema in esame ha avuto nel corso dei decenni una elaborazione dottrinale e giurisprudenziale faticosa, acuita dalla snellezza del dato normativo originario, da un lato, e dalla accentuata frammentazione della casistica di riferimento, dall'altro.

In passato, finché l'art. 43 si limitava a statuire che nelle controversie relative a rapporti compresi nel fallimento dovesse stare in giudizio la curatela, se non si dubitava che la rappresentanza processuale degli interessi facenti capo ai creditori concorsuali non potesse che competere agli organi della procedura, era profondamente controverso se il fallito fosse da considerare o meno capace di agire o resistere in giudizio per la tutela dei propri interessi patrimoniali.

In proposito, nei primi decenni successivi all'entrata in vigore della legge fallimentare ebbe ampia diffusione la convinzione che il fallimento determinasse, a carico del fallito, la perdita della possibilità di rivestire il ruolo di attore o di convenuto, in tutte le controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali compresi nel fallimento, ossia che l'accesso alle liti gli fosse precluso in modo generalizzato, in ragione dello *status* di fallito, e non soltanto in connessione con l'effettivo esercizio del potere della curatela di stare in giudizio nell'in-

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

teresse della massa[3]. In sostanza, si riteneva che vigesse una sorta di divieto delle liti del fallito, che andava ben oltre l'imputazione della rappresentanza giudiziale della massa agli organi della procedura, e che eventuali giudizi promossi dal fallito o nei suoi confronti non fossero suscettibili di approdare ad una pronuncia nel merito ma dovessero essere dichiarati inammissibili, se intrapresi *ex novo* dopo il fallimento, oppure, se avviati in precedenza, automaticamente interrotti[4].

La descritta impostazione teorica – che peraltro non disconosceva l'esistenza di deroghe di varia natura alla assunta incapacità processuale del fallito[5] – ebbe a perdere gradualmente terreno nei decenni a seguire, anche grazie alla serrata critica alla quale fu sottoposta da una parte della dottrina, la quale ebbe modo di evidenziare come né la disciplina sui rapporti processuali contenuta nella legge fallimentare né il sistema di diritto processuale generale offrissero supporto alla asserita inammissibilità delle liti del fallito[6], intese quali liti aventi ad oggetto il rapporto tra il fallito e il terzo, non già il rapporto tra i creditori concorsuali e il terzo[7], e in quanto tali destinate ad inci-

[3] Tra gli esponenti di tale corrente di pensiero, v., senza alcuna pretesa di esaustività, Andrioli, *Fallimento (dir. priv.)*, in *Enc. dir*., XVI, Milano, 1967, 385 ss.; Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, 858; Ferrara jr, *Il fallimento*, a cura di Borgioli, Milano, 1989, 456.

[4] Cfr., per tutti, Provinciali, *op. cit.*, 876 s.

[5] Si riteneva, per esempio, che il fallito fosse legittimato a stare in giudizio in ordine ai rapporti patrimoniali fatti oggetto di *derelictio* da parte degli organi della procedura (v. Provinciali, *op. cit.*, 861), e ancora che, nell'inerzia o nell'impedimento del curatore, egli potesse assumere iniziative urgenti e di natura cautelare (così, Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, Torino, 1953, 1091).

[6] La formulazione più compiuta della revisione critica della tesi tradizionale si deve, probabilmente, a Vocino, *Il fallito nel suo processo*, in *Dir. fall*., 1972, I, 249 ss., e a Ricci, *Le liti del fallito sui propri diritti verso i terzi*, in *Giur. comm.*, 1986, I, 1021 ss. Il ripudio della tesi che postula l'incapacità del fallito di essere parte del processo si riscontra peraltro, con varie sfumature, già, tra gli altri, in Candian, *La legittimazione negoziale e processuale del fallito*, in *Temi*, 1955, 583 ss.; De Martini, *Attività negoziale e attività processuale del fallito durante il fallimento*, in *Dir. fall*., 1971, I, 220 ss.; Satta, *Diritto fallimentare*, Padova, 1974, 126 ss., e accomuna la prevalente letteratura successiva (ante riforma 2006), per la quale, v. senza pretesa di esaustività, Giuffredi, *Art. 43. Rapporti processuali*, in *Le procedure concorsuali*, a cura di G.U. Tedeschi, I, *Il fallimento*, 1, Torino, 1996, 282 ss.

[7] La mancata coincidenza del rapporto tra il fallito e il terzo e di quello tra il ceto creditorio e il terzo, sia sul piano concettuale che su quello pratico, è illustrata con particolare incisività da Ricci, *op. cit*., spec. 1024, ove egli sottolinea che il curatore che prosegua la lite già intrapresa dal fallito non operi come sostituto del fal-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

dere su una sfera di efficacia distinta da quella facente capo alla procedura concorsuale[8].

La critica fu condotta anzitutto sulla base di rilievi interni al sistema del diritto fallimentare. In tale ottica si evidenziò, in primo luogo, la neutralità rispetto alla condizione processuale soggettiva del fallito, della previsione che autorizzava la curatela a "stare in giudizio" nelle controversie relative ai rapporti compresi nel fallimento[9], atteso che la stessa può essere letta quale mera proiezione, in chiave processuale, dell'insediamento della curatela nell'amministrazione del patrimonio del fallito e dell'imputazione alla stessa della rappresentanza in giudizio degli interessi della massa[10]. La tesi opposta prestava inoltre il fianco all'obiezione che in un sistema che di per sé sottraeva – e tuttora sottrae – il ceto creditorio agli effetti pregiudizievoli degli atti dispositivi del decotto, sia sostanziali che processuali, precludere a tale soggetto di coltivare le proprie controversie si sarebbe rilevato eccedente rispetto all'esigenza di protezione dei creditori concorsuali, e anzi per certi versi contrastante con gli interessi di questi ultimi, atteso che sarebbe stata sottratta alla procedura la possibilità di appropriarsi degli eventuali risultati favorevoli ottenuti all'esito del giudizio, dal decotto[11].

lito, bensì quale organo che «non assume mai una posizione nei confronti del fallito e chiede sempre qualche cosa a vantaggio dell'amministrazione fallimentare, il che vuol dire a vantaggio del ceto creditorio», per poi chiosare che «in realtà la lite del curatore ha per oggetto un rapporto, diverso da quello del fallito, corrente tra il terzo e la collettività dei creditori fallimentari».

[8] L'idea che le attività processuali dell'ufficio fallimentare e del fallito sullo stesso rapporto siano attività investenti "sfere di efficacia distinte" è espressamente evocata da De Martini, *op. cit*., 222, e la stessa risulta talvolta invocata, a supporto della legittimazione processuale del fallito, anche nel panorama giurisprudenziale come si preciserà oltre nel testo.

[9] V. Ricci, *op. cit.*, 1034, il quale riferendosi alla previsione di cui al primo comma dell'art. 43 l.f. rilevava che «la deduzione secondo la quale le liti del fallito sarebbero vietate non è necessaria: una cosa è il prevedere che un soggetto debba stare nel processo a certi fini, un'altra è il pensare che possa starvi da solo».

[10] Cfr. tra i tanti, Giuffredi, *op. cit*., 43, ove, enunciando un'opinione molto diffusa nella dottrina ante riforma del 2006, osserva che «la sostituzione del curatore al fallito nei rapporti processuali è solo un corollario del principio dello spossessamento».

[11] Ancora, Ricci, *op. cit*., 1032 ss.: «il diritto positivo supera dunque ogni preoccupazione non solo evitando ai creditori il possibile pregiudizio, ma addirittura aprendo la strada a possibili vantaggi; e l'interesse del ceto creditorio è esattamente nel senso contrario a un divieto di controversie. È nell'interesse dei creditori che il fallito tuteli con il processo i propri diritti tutte le volte che può farlo».

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

L'inammissibilità delle liti del fallito non era inoltre agevolmente giustificabile nemmeno sulla base degli istituti processuali di parte generale, tenuto conto che la dichiarazione di fallimento non priva il fallito della titolarità del proprio patrimonio, ma imprime sullo stesso un vincolo di indisponibilità comparabile a quello che consegue al pignoramento, con conseguente difficoltà di postulare a suo carico una condizione di incapacità di essere parte sostanziale del processo, e considerato altresì che non ne menoma la capacità di agire strettamente intesa, con conseguente difficoltà di sostenerne l'incapacità di partecipare al processo in difetto di un rappresentante processuale. L'incapacità di agire, ad ogni modo, non costituisce impedimento processuale a che le liti dell'incapace vengano decise nel merito – come invece postulato dalla tesi più restrittiva –, bensì condizione che ne rende necessaria la sostituzione in giudizio da parte di un rappresentante, e da questo punto di vista nemmeno la prosecuzione delle liti pendenti a seguito di riassunzione da parte del curatore – già allora generalmente ammessa – darebbe luogo ad un fenomeno riconducibile all'incapacità di agire, essendo noto che il curatore non è rappresentante legale del fallito[12], bensì organo investito di una pubblica funzione che agisce, in posizione di imparzialità, per il perseguimento degli obiettivi della procedura fallimentare[13].

[12] Cfr., ancora, Ricci, *op. cit*., 1031.

[13] La posizione di imparzialità che connota l'agire della curatela, in ragione del suo essere investita di un ufficio pubblico, è sovente invocata dalla giurisprudenza per escludere che nei giudizi in cui il curatore eserciti azioni finalizzate alla reintegrazione della garanzia patrimoniale dei creditori, che in difetto di fallimento avrebbero potuto astrattamente avere quale titolare, oltre che i creditori, il fallito (si pensi all'azione di simulazione di un atto dispositivo che è azione il cui esercizio può competere così al disponente come ai creditori lesi dall'atto dispositivo), sia configurabile una posizione di conflitto di interessi tra il curatore e il fallito, tale da rendere necessaria l'integrazione del contradditorio nei confronti di quest'ultimo: così, tra le altre, Cass., 5 gennaio 2003, n. 508, in *Fall.*, 2003, 1075, con nota di Zanichelli». Il difetto di legittimazione del fallito a contraddire nei giudizi (extra concorsuali) rilevanti ai fini della cristallizzazione dell'attivo, si accompagna all'analogo difetto di contradditorio in relazione alle operazioni (endo concorsuali) deputate alla formazione dello stato passivo. La carenza di legittimazione del fallito a partecipare in veste di parte all'adunanza dei creditori e ad impugnare i crediti ammessi al passivo – da ultimo ribadita da Cass., 21 gennaio 2020, n. 1197, in *De jure* – ha favorito, in passato, la ciclica prospettazione della illegittimità costituzionale dell'art. 100 l.f. (poi abr. ad opera dell'art. 85, d.lgs. 5/2006) per contrasto con l'art. 24 Cost. La questione, approdata alla Consulta soltanto in due occasioni, per la propensione della prevalente giurisprudenza ad esprimere sulla stessa una valutazione di manifesta infon-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

3. *La posizione della giurisprudenza nel periodo precedente la novella del 2006.* – Indicare quale delle due contrapposte chiavi di lettura sia stata recepita nel diritto vivente prima della riforma ad opera del d.lgs. 5/2006, non è agevole[14], non soltanto perché la giurisprudenza ha avallato, in relazione alla vasta ed eterogenea casistica di riferimento, soluzioni non univoche, ma anche perché la sua complessiva elaborazione si rivela a tratti disallineata rispetto all'opera di concettualizzazione profusa dalla dottrina.

Limitandoci alle linee di tendenza generali, va anzitutto evidenziato che la dichiarazione di fallimento di una parte in causa era considerata suscettibile di condurre all'interruzione del processo, già sotto la vigenza del quadro normativo originario, quando ancora nessun riferimento esplicito all'interruzione era presente nella legge fallimentare.

In passato, tuttavia, era opinione comune che ove il fallimento colpisse una parte già costituita in giudizio, l'interruzione si producesse non già in modo automatico, bensì soltanto subordinatamente ad una iniziativa formale riservata alla curatela fallimentare interessata ad assumere la gestione della lite[15], secondo alcune sentenze, ovvero, secondo un altro indirizzo, al procuratore della parte colpita dal fallimento, in applicazione dell'art. 300 c.p.c.[16].

Tali approdi – accomunati, al di là della differenza ora indicata, dal postulare l'attitudine della causa pendente a proseguire validamente il proprio corso in assenza della provocazione dell'interruzione, e a pervenire alla emanazione di una sentenza nel merito efficace per il fallito, ancorché inopponibile alla massa dei creditori –, pur formalmente ancorati all'idea del fallimento quale fatto idoneo a meno-

datezza, è stata giudicata infondata da Corte cost., 25 luglio 1984, n. 222, in *Fall*., 1984, 1134 ss., ed inammissibile da Corte cost., 29 aprile 1992, n. 205, in *Fall*., 1992, 675 ss. In argomento si rinvia, per tutti, a Zanichelli, *La contrastata legittimazione processuale del fallito*, in *Fall*., 2003, 1076 ss.; Lumia, *Sulla tutela giurisdizionale del fallito (artt. 100 legge fallimentare e 24 Costituzione)*, in *Fall*., 1981, 1221 ss.

[14] Tra i contributi sul tema del presente lavoro, v. anche per ulteriori riferimenti, *ex plurimis*, Fabiani, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Torino, 2011, 272 ss.; Zanichelli, *Gli effetti del fallimento per il fallito e i creditori*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di Jorio e Sassani, II, *Il fallimento*, Milano, 2014, 16 ss.

[15] Tra le altre, Cass., 23 settembre 1977, n. 4055, in *Dir. fall*., 1978, II, 24; Cass., 6 aprile 1978, n. 1577, in *Dir. fall*., 1978, II, 374; Cass., 9 febbraio 1987, n. 1381, in *Fall*., 1987, 927.

[16] A titolo puramente indicativo, cfr. Cass., 28 maggio 2003, n. 8345, in *Fall*., 2004, n. 8545, con nota di Montanari; Cass., 20 giugno 2000, n. 8363, in *De jure*; Cass., 18 marzo 1989, n. 1368, in Fall., 1989, 802.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

mare la capacità processuale del fallito, si rivelavano maggiormente allineati, nell'esito effettivo, alla tesi che ammetteva il fallito a coltivare le proprie liti, che non alla tesi contraria, atteso che, come acutamente rilevato da uno dei più attenti studiosi del fenomeno, «l'inopponibilità alla massa non è una forma di sanzione contro la violazione di un divieto alle liti bensì la condizione normale e ovvia delle decisioni sulle liti del fallito assunta la loro legittimità come premessa»[17].

Il predetto indirizzo si coordinava in modo coerente con la prevalente propensione delle corti, sia di merito che di legittimità, a considerare "la perdita della capacità processuale" del fallito conseguente a fallimento, alla stregua di vicenda "relativa alla massa" anche in relazione alle liti promosse in epoca successiva al fallimento[18], rispetto alle quali la rilevabilità d'ufficio era ammessa quale "eccezione alla regola" soltanto qualora l'iniziativa giudiziale del fallito consistesse nell'impugnazione di provvedimenti pronunciati contro gli organi del fallimento e che gli stessi avessero reputato opportuno non impugnare[19]. I precedenti che per contro consideravano la rilevabilità of-

[17] Ricci, *op. cit.*, 1039.

[18] V. per tutte, Cass., 11 aprile 1983, n. 2544, in *De jure.* Si consideri che l'assunta relatività del difetto di legittimazione del fallito si trova declamata anche in sentenze molto recenti, ma se ciò accade è verosimilmente perché si tratta di pronunce rese in confronto di soggetti la cui dichiarazione di fallimento è avvenuta in epoca anteriore alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2006. V, ad esempio Cass., 20 giugno 2019, n. 16589, in *De jure*, in motivazione. Inutile soggiungere che l'accavallamento temporale di provvedimenti sottoposti, *ratione temporis*, a discipline diverse – che purtroppo nel diritto fallimentare costituisce da tempo una costante – concorre a rendere ancora più difficoltoso decifrare il reale pensiero della giurisprudenza.

[19] La delegittimazione del fallito ad impugnare provvedimenti pronunciati contro il fallimento è sostenuta dalla giurisprudenza nettamente maggioritaria, la quale al contempo, come rilevato nel testo, ne postula la rilevabilità d'ufficio in deroga all'assunto carattere di "relatività" dalla stessa accordato in punto di principio alla "perdita della capacità processuale" conseguente al fallimento: tra le altre, Cass., 7 ottobre 2015, n. 20162, in *Fall.*, 2016, 564 ss., con nota di Bellomi; Cass., 21 maggio 2004, n. 9710, in *Giust. civ.*, 2005, I, 2742; Cass., 15 gennaio 2003, n. 529, in *De jure*; Cass. 9 agosto 1996, n. 7308, in *Dir. fall.*, 1997, II, con nota di De Gasperi, in motivazione, ove con molta incisività si sottolinea essere «la non fruizione del gravame da parte del curatore, non una mera manifestazione di inerzia, ma un modo di gestione del processo ed una scelta interna alla logica di questo»; Cass., 27 novembre 1982, n. 6458, in *De jure*; Cass., 2 marzo 1978, n. 1061, in *Dir. fall.*, 1978, II, 360, in motivazione. In senso contrario, v. Cass., 9 marzo 2011, n. 5571, in *De jure*, la quale ha ritenuto ammissibile la proposizione del ricorso per cassazione da

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

ficiosa "la regola" applicabile a qualunque tipologia di azione erano, nel complesso, minoritari[20].

In definitiva, nel periodo pre riforma, un varco significativo alla possibilità che i giudizi del fallito approdassero a pronunce di merito valide ed efficaci, era dunque aperto dal mancato rilievo della apertura del fallimento a carico di uno dei contendenti, pregressa o sopravvenuta all'avvio della lite, ad istanza di parte.

In alcuni ambiti specifici, la procedibilità delle liti promosse dal fallito o contro il fallito era, peraltro, ammessa in stretta connessione con la natura delle azioni coltivate in giudizio, e non quindi quale scenario meramente eventuale dipendente dalla omessa rilevazione in giudizio della condizione di "soggetto sottoposto a fallimento" della parte. Il riferimento va, principalmente, da un lato, alle azioni di accertamento promosse contro il fallito, in sede extra concorsuale, da parte dei creditori che intendessero conseguire un titolo da spendere, contro il debitore, dopo la chiusura della parentesi concorsuale[21], e dall'altro, alle azioni di opposizione a decreto ingiuntivo promosse dal fallito al fine di evitare il passaggio in giudicato del titolo monitorio durante la pendenza del fallimento[22].

Tali indirizzi implicavano, evidentemente, la considerazione del fal-

parte del fallito, avverso sentenza della Commissione tribunale regionale conclusiva dei due gradi di giudizio di merito promossi dalla curatela fallimentare.

[20] Tale indirizzo faceva perno sulla disciplina di cui all'art. 299 c.p.c., sull'assunto che l'automatica efficacia interruttiva che in base a tale norma doveva assegnarsi al fallimento della parte non ancora costituita in giudizio, avrebbe dovuto comportare, *a fortiori*, la rilevabilità d'ufficio dell'incapacità del fallito nelle controversie dallo stesso instaurate in data successiva al fallimento. Così, Cass., 28 maggio 2007, n. 12483, in *De jure*; Cass., 6 dicembre 2004, n. 23435, ivi.

[21] *Ex multis*, Cass. 24 marzo 2011, n. 6734, in *Foro it*., 2012, I, 894 ss.; Cass., 29 aprile 1983, n. 2976, in *De jure*; Trib. Milano, 18 marzo 1986, in *Banca borsa tit. cred.*, 1988, II, 545. In argomento, v., per tutti, anche per ulteriori rif. bibl., Montanari, *Fallimento e azioni pendenti dei creditori nel sistema uscito dalla riforma*, in *Giur. comm*., 2015, 94 ss.

[22] In senso favorevole alla legittimazione processuale, v. Cass., 25 marzo 1995, n. 3580, in *De jure* nella cui motivazione si legge: «il procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo e quello della verificazione dei crediti per fallimento intervenuto in corso di opposizione a d.i., *seguono due linee procedurali parallele in ipotesi contemporanee, nei confronti peraltro di soggetti processuali diversi* (cv nostro) e per diverse finalità», con una chiara eco ad uno degli argomenti principali sui quali era stata condotta in dottrina la critica alla tesi dell'incapacità processuale; Cass., 8 giugno 1988, n. 3885, in *Dir. fall*., 1989, II, 110 ss., in motivazione. *Contra* Cass., 27 aprile 1981, n. 2542, in *De jure*; Cass., 23 marzo 2004, n. 5727, ivi.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

lito quale soggetto capace di assumere la veste di attore o di convenuto, quantomeno rispetto ad iniziative processuali – nel primo caso dei creditori e nel secondo del fallito – esplicitamente o implicitamente mosse da una esigenza esclusivamente extra concorsuale[23]. Va detto che con riferimento ai crediti assistiti da rinuncia espressa dei creditori a far valere le proprie ragioni nel fallimento, la procedibilità delle azioni di accertamento da questi promosse in sede ordinaria è stata talora messa in relazione con il fatto che le stesse verterebbero su rapporti "non compresi nel fallimento"[24]. In tal ordine di idee, la riconosciuta capacità processuale del fallito si spiegherebbe in ragione della estraneità delle fattispecie considerate al perimetro della regola della "incapacità" enunciata nell'art. 43 l.f., che, come detto, riguarda i soli rapporti in esso "compresi". Anche ammesso che tale precisazione colga nel segno, deve osservarsi che, nell'ambito dei filoni casistici evocati, la legittimazione processuale del fallito non ha mancato di essere riconosciuta anche a fronte di rapporti di credito ammessi parallelamente allo stato passivo[25], sì che si tratta di casistica

[23] Tale esigenza, quanto alle azioni di opposizione a decreto ingiuntivo promosse dal fallito, discendeva dall'attitudine di tale titolo ad essere portato in esecuzione contro il fallito – ove non revocato – dopo la chiusura del fallimento. Pacifico era, già allora, che nessun interesse alla promozione o alla prosecuzione del giudizio di opposizione al provvedimento monitorio sussistesse in capo alla curatela. I decreti ingiuntivi non definitivi alla data del fallimento erano, infatti, pacificamente considerati – e così è tutt'ora – titoli non idonei a legittimare i relativi portatori ad ottenere l'ammissione del proprio credito al passivo con riserva, essendone negata la equiparabilità alle sentenze provvisorie di condanna *ex* art. 96 c. 2 n. 3). V. *ex plurimis* Cass., 23 marzo 2004, n. 5727, in *De jure*; Trib. Milano, 13 febbraio 2017, cit.; Cass., 25 marzo 1995, n. 3580, in *Giur. it*., 1995, I, 1, 2014 ss.; Cass., 2 ottobre 1991, n. 10269, in *Giur. it*., 1992, I, 1, 836, in motivazione; Trib. Verona, 12 novembre 1987, in *Fall*., 1988, 1121 ss., con nota di Tarzia. Il decreto ingiuntivo nello specifico, come noto, è considerato titolo opponibile al fallimento, soltanto ove, alla data della sentenza che dispone l'apertura della procedura, sia già stato emanato decreto di esecutorietà *ex* art. 647 c.p.c. oppure sia già divenuta definitiva l'ordinanza dichiarativa di estinzione dell'eventuale giudizio di opposizione promosso (v. da ultimo Cass., 12 marzo 2020, n. 7107, in *De jure*).

[24] Cfr. Montanari, *Fallimento e azioni pendenti*, cit., 101, ove l'a. riesamina alla luce dell'ordinamento fallimentare riformato, il problema della procedibilità dei giudizi dei creditori pendenti contro il fallito, già affrontato nella previgente cornice normativa, in Id., *Fallimento e giudizi pendenti sui crediti*, Padova, 1991.

[25] V., ad esempio, in tema di opposizione a decreto ingiuntivo spiegata dal fallito, Cass., 25 marzo 1995, n. 3580; Cass., 8 giugno 1988, n. 3885, entrambe cit. in nt. 22.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

comunque significativa ai fini della decifrazione dell'effettivo posizionamento dogmatico della giurisprudenza pre riforma sul tema qui in esame. Si potrebbe ancora obiettare che, stante la "naturale" inopponibilità alla massa di qualunque provvedimento conclusivo di una lite in proprio del fallito, tutte le azioni aventi ad oggetto rapporti "tra il terzo e il fallito" finiscono per integrare "rapporti estranei" al fallimento.

In una prospettiva del tutto differente si colloca il varco aperto all'esplicazione della legittimazione processuale del fallito dalla radicata propensione della giurisprudenza – che come si vedrà accomuna l'esperienza pre riforma a quella post riforma – a ritenere che il fallito fosse "eccezionalmente" legittimato ad agire in giudizio in caso di inerzia della curatela nella cura giudiziale degli interessi facenti capo alla procedura, purché dettata da assoluto disinteresse per la lite e non da negativa valutazione circa la sua convenienza[26].

In questo caso, a ben vedere, si tratta di elaborazione che si colloca nel solco della teoria che considera il fallito soggetto processualmente incapace, piuttosto che nell'alveo della teoria più liberale, dal momento che quest'ultima, nella misura in cui esclude che sussista un impedimento processuale alla celebrazione delle liti del fallito, non abbisogna di individuare situazioni in grado di fondare una legittimazione processuale del fallito in ragione della loro eccezionalità.

Nel quadro della teoria che ammette il fallito a coltivare le proprie liti, la legittimazione del fallito non trova nell'inerzia degli organi della procedura una ragione fondante particolare, e il rapporto rispetto alle iniziative processuali della curatela si pone semmai in termini rovesciati, ossia nel senso che l'effettiva assunzione del giudizio da parte della procedura – quello che per l'art. 43 l.f. è lo "stare in giudizio della curatela nei rapporti compresi nel fallimento" – potrebbe al più dar luogo ad una "compressione in concreto" della capacità processuale del fallito in sé non menomata dall'evento fallimento.

4. *I termini della questione dopo la novella del 2006.* – Il panorama sia dottrinale che giurisprudenziale si evolve a seguito della riforma messasi in moto a cavallo degli anni 2005-2006, e dell'inserimento, nel corpo dell'art. 43 l.f., della esplicita statuizione della efficacia interruttiva del fallimento ad opera del d.lgs. n. 5 del 2006.

[26] Su tale indirizzo si tornerà nel successivo §, al quale si rimanda anche per gli opportuni riferimenti.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

La previsione, che nel suo tenore letterale avrebbe potuto essere letta come meramente confermativa dell'appartenenza del fallimento al novero delle vicende in grado di provocare l'interruzione del processo, che già allora costituiva, come detto, diritto vivente, venne intesa, sulla scorta della relazione di accompagnamento al testo normativo, come indicativa della volontà del legislatore di svincolare, da lì in avanti, la vicenda interruttiva del fallimento dal carattere di "relatività" che, fino a quel momento, le era stato riconosciuto dalla giurisprudenza prevalente.

La disposizione introdotta dalla novella venne, nello specifico, interpretata – e lo è tuttora – nel senso che, con riguardo ai fallimenti dichiarati a partire dalla data di entrata in vigore della riforma, l'interruzione dei processi pendenti alla data del fallimento non sarebbe stata più subordinata ad una iniziativa di parte, ma sarebbe derivata in modo automatico dalla sentenza di fallimento, con conseguente invalidità e inefficacia dell'attività processuale posta in essere in data successiva[27], salva la necessità della formalizzazione dell'interruzione, con ordinanza meramente dichiarativa, ai fini dell'eventuale avvicendamento in giudizio del curatore al fallito.

L'indirizzo così affermatosi, nel sottrarre alla regola della "relatività" dell'incapacità processuale del fallito lo spazio nel quale la stessa riceveva la più estesa ed incisiva applicazione – quello rappresentato dai giudizi avviati da o contro soggetto *in bonis* al momento del radicamento della lite – ha segnato una svolta che, per ragioni di coerenza logica, ha finito per rendere maggiormente recessiva l'idea che il suo difetto di legittimazione processuale sia rilevabile soltanto ad iniziativa della curatela, anche in relazione alle iniziative assunte dal fallito o contro il fallito in data successiva alla dichiarazione del fallimento[28].

La consacrazione normativa della attitudine del fallimento a determinare l'interruzione dei processi pendenti, nel significato che la stessa ha ricevuto sul piano ermeneutico, ha finito, insomma, per at-

[27] Tra le tante: Cass., 7 aprile 2017, n. 9124, in *De jure*; Cass., 28 dicembre 2016, n. 27165, ivi.

[28] V. per tutte, Cass., 3 luglio 2017, n. 16326, in *Fall.*, 2018, 866 ss., con nota di Conte: la rilevabilità d'ufficio del difetto di legittimazione nelle iniziative intraprese *ex novo* dal fallito è per lo più argomentata rievocando l'indirizzo, del quale si è già dato conto in nt. 20, che ad analogo risultato perveniva valorizzando il disposto di cui all'art. 299 c.p.c., con la significativa precisazione che si tratti di approdo ancor più da condividere a seguito della novella dell'art. 43 l.f. ad opera del d.lgs. n. 5 del 2006.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

testare il diritto vivente su posizioni di maggior chiusura rispetto alla possibilità che il fallito sia ammesso a coltivare le proprie liti, e tale chiusura si registra, in certa misura, anche rispetto ad alcune delle iniziative giudiziali in passato ammesse in ragione del loro essere rivolte al conseguimento di accertamenti utili in vista del ritorno *in bonis* del fallito[29].

Secondo una parte della dottrina, la previsione della efficacia interruttiva del fallimento avrebbe segnato in modo inequivoco il recepimento, nel sistema, della tesi della incapacità processuale del fallito[30].

In dissenso da tale opinione pare, a chi scrive, che una correlazione sistematica necessaria tra il piano della sorte dei giudizi pendenti del fallito e la condizione processuale di quest'ultimo non sia rinvenibile.

[29] Il discorso riguarda in particolare le azioni del fallito di opposizione a decreto ingiuntivo, rispetto alle quali, nel panorama giurisprudenziale più recente, si assiste ad una maggior propensione alla denegazione della legittimazione del fallito. V. tra le altre App. Cagliari, 1 febbraio 2019, n. 88, in *Riv. giur sarda*, 2020, I, 41 ss., con nota di Cappai; Trib. Milano, 13 febbraio 2017, in *Fall*., 2018, 867 ss., con nota di Conte, la quale recupera la legittima esigenza di tutela del debitore ingiunto, il cui interesse è quello di evitare il passaggio in giudicato del titolo monitorio durante la procedura, sostenendo, sulla scorta di una interpretazione costituzionalmente orientata delle pertinenti norme del codice di rito, che debba consentirsi al fallito la riassunzione del giudizio di opposizione interrotto dal sopraggiungere del fallimento una volta chiusa la procedura concorsuale; Cass., 24 marzo 2011, n. 6734, in *Foro it*., 2012, I, 894 ss. Ancora attuale, per contro, l'indirizzo che ammette la procedibilità in sede ordinaria dei giudizi di accertamento promossi dai creditori con rinuncia a far valere le proprie ragioni contro il fallimento: v, ad es., Cass., 5 dicembre 2019, n. 31843, in motivazione, in *De jure*.

[30] Netto in tal senso è, in particolare, il giudizio di Montanari, *Fallimento e azioni pendenti dei creditori*, cit., 97, secondo il quale «di fronte all'espressa previsione (*omissis*) che l'apertura del fallimento determina l'interruzione del procedimento, alquanto difficile diventa (*omissis*) parlare del fallito come di soggetto che non verserebbe in una situazione di vera e propria incapacità processuale, giacché, altrimenti, non si saprebbe in qual modo dare giustificazione di una siffatta vicenda interruttiva», cui si rinvia anche per riferimenti bibliografici. La novella non ha peraltro mancato di ricevere letture nel segno di una sostanziale continuità con l'assetto dato alla materia dalla prevalente dottrina fino a quel momento: in tal senso tra gli altri, Zanichelli, *Gli effetti del fallimento per il fallito e i creditori*, cit., 16 ss., il quale continua ad inquadrare nell'ordinamento post riforma le limitazioni processuali che il fallito deriva dal fallimento, in termini di "compressione" piuttosto che di "perdita" della capacità processuale; Marelli, *Articolo 43*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, dir. da Jorio e coord. da Fabiani, t. 1, *artt. 1-103 l. fall*., Bologna, 2006, 713 ss.; Cavalli, *Gli effetti del fallimento per il debitore*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Anche a voler ammettere, con la dottrina prevalente, che il carattere automatico della vicenda interruttiva derivante dal fallimento costituisca l'unica opzione ermeneutica consentita all'interprete dal novellato dato normativo[31], non può farsi a meno di notare che il meccanismo interruttivo costituisce elemento di per sé "neutro" rispetto alla condizione soggettiva del fallito, il quale appare strumento utile a favorire il regolare avvicendamento della curatela nelle liti in corso di svolgimento del fallito, piuttosto che corollario necessario di un assunto divieto per il fallito di ambire ad una valida decisione nel merito della *res litigiosa* col terzo.

Il passaggio ad un meccanismo interrutivo *ope legis* ha reso disponibile una tecnica di avvicendamento più efficace di quella adottata in passato, nella misura in cui impedisce che, in relazione ai rapporti processuali rispetto ai quali sussista un effettivo interesse della procedura all'assunzione della lite, la curatela possa essere indotta ad astenersi dalla provocazione dell'interruzione, in attesa che il processo concluda il suo corso[32]. In un sistema connotato da automaticità, un simile atteggiamento opportunistico è vanificato in radice, stante la nullità, non già la mera inopponibilità alla massa, della sentenza che scaturisca dal processo che prosegua al fallimento senza riassunzione.

L'automaticità dell'interruzione, se si porta dietro l'invalidità dell'attività processuale compiuta senza soluzione di continuità in data posteriore al fallimento, non implica però, per sé stessa, assoluta preclusione di una riassunzione del processo interrotto, da parte del fallito in proprio o nei suoi confronti, in ipotesi di mancato esercizio della facoltà di assunzione della lite da parte degli organi della procedura. Insomma, non pare che l'incapacità processuale del fallito

di Ambrosini, Bologna, 2006, 107; Pacchi, Sub *art. 43*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro, Sandulli, Santoro, I, Torino, 2010, 588 ss.

[31] In senso contrario, v. ad es. Tiscini, *Art. 43*, in *La nuova legge fallimentare annotata*, a cura di Terranova e al., Napoli, 2006, 86, a detta del quale: «che l'apertura del fallimento determini l'interruzione del processo non è una novità mentre sono una novità le tecniche di manifestazione dell'effetto; senonché tali tecniche non sono ben descritte nell'art. 43 ultimo comma, il quale, lungi dall'affermare che l'interruzione opera di diritto, si limita ad evidenziare l'effetto conseguente all'apertura del fallimento (*omissis*), senz'altro aggiungere sulle modalità della sua manifestazione».

[32] In ordine all'intenzione pratica sottesa all'intervento legislativo del 2006, desumibile dalla lettura dei lavori preparatori, v. per tutti, Guglielmucci, *Gli effetti del fallimento per il fallito*, in *Tratt. dir. fall. e delle altre proc. concorsuali*, *Gli effetti del fallimento*, III, Torino, 2014, 25; Marelli, *Articolo 43*, cit., 714.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

possa ritenersi sanzionata dalla evoluzione della disciplina dei rapporti pendenti.

La considerazione del fallito quale soggetto dotato di piena dignità processuale crediamo si imponga all'interprete in modo non meno pregnante del passato, per le stesse ragioni tradizionalmente invocate dalla dottrina più liberale, le quali peraltro meglio riflettono lo spirito che complessivamente anima il diritto della crisi d'impresa nell'attuale momento storico.

L'idea che il sistema faccia divieto al fallito di accedere alla tutela giurisdizionale dei propri interessi patrimoniali conserva intatta tutta l'intrinseca debolezza denunciata dalla dottrina più risalente, sia quanto alla sua eccedenza rispetto all'obiettivo della protezione degli interessi del ceto creditorio, sia quanto al *vulnus* che la stessa arreca al diritto costituzionalmente protetto di difesa del fallito, e se è vero che il riequilibrio della posizione del decotto può essere realizzata per altre vie, grazie alle possibilità date dalla lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni del codice di rito[33], quell'idea suona ancor più anacronistica nella fase di transizione in atto dalla legge fallimentare al codice della crisi, caratterizzata da un ulteriore avanzamento della tendenza a depurare la regolazione dell'insolvenza d'impresa da ogni connotazione sanzionatoria, o comunque limitativa della libertà del fallito, non strettamente necessaria alla tutela del ceto creditorio e degli altri valori sottesi alla regolazione concorsuale dell'insolvenza.

5. *La legittimazione suppletiva del fallito nell'inerzia della curatela fallimentare.* – L'impressione complessiva è che la riforma del diritto fallimentare, pur avendo determinato un riposizionamento della giurisprudenza nella soluzione di specifiche questioni applicative, non sia stata percepita, nel versante giudiziario, quale portatrice di un radicale mutamento di paradigma rispetto al passato nella materia oggetto di trattazione.

Una conferma si ricava dalla continuità temporale, alla quale si è già accennato, dell'indirizzo secondo il quale il fallito conserverebbe eccezionalmente la legittimazione ad agire in giudizio, in caso di inerzia della curatela dettata da assoluto disinteresse per la lite.

La riformulazione dell'art. 43 l.f. non ha sollecitato la benché mi-

[33] Certamente meritori, nell'ottica indicata nel testo, sforzi interpretativi quale quello effettuato, ad esempio, dalla pronuncia del Trib. Milano, 13 febbraio 2017, in tema di opposizione a decreto ingiuntivo, richiamata in nt. 29.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

nima revisione del predetto indirizzo, come sé il sistema di riferimento sia rimasto invariato nei suoi tratti fondamentali.

L'idea che l'inerzia della curatela giustifichi una legittimazione processuale vicaria del fallito ha ricevuto e riceve la propria più frequente applicazione nell'ambito delle opposizioni del fallito agli atti impositivi inerenti a crediti di natura tributaria, i cui presupposti siano maturati prima della dichiarazione di fallimento del contribuente[34].

In materia, la giurisprudenza è rimasta fedele negli anni all'assunto secondo il quale i predetti atti possono essere eccezionalmente impugnati in proprio dal contribuente, che resta esposto ai riflessi, anche sanzionatori, conseguenti alla definitività dell'atto impositivo, in caso, appunto, di inerzia degli organi della procedura fallimentare nella coltivazione della relativa azione.

Il filone giurisprudenziale ora evocato presenta, peraltro, una certa oscillazione nella individuazione delle condizioni in grado di legittimare suppletivamente il fallito, assistendosi, al riguardo, alla contrapposizione tra un indirizzo secondo il quale sarebbe la mancata impugnazione dell'atto da parte della curatela in sé e per sé a giustificare l'iniziativa sostitutiva del fallito[35] e un indirizzo meno liberale, secondo il quale soltanto l'omessa impugnazione causata da disinteresse degli organi della procedura, non anche quella dovuta a valutazione di non convenienza dell'azione, legittimerebbe il fallito a procedere per conto proprio[36].

La pretesa di una parte della giurisprudenza di distinguere a seconda che l'inazione processuale degli organi del fallimento sia dettata da mera trascuratezza oppure da negativa valutazione della convenienza della lite, è guardata con particolare diffidenza dalla prevalente dottrina[37], che rimarca, a ragione, la impalpabilità, ove non la

[34] La teoria dell'inerzia quale fattore di legittimazione suppletiva del fallito non è peraltro estranea ad ambiti diversi dal contenzioso tributario. V., tra le altre, Cass., 28 luglio 1972, n. 2587, in *Foro it*., 1973, I, 2583, con nota di Secchi Tarugi, relativa ad azione di rivendica promossa dal fallito; Cass., 5 novembre 1990, n. 10612, in *Fall*., 1991, 661; Cass., 14 febbraio 1995, n. 1576, in *Fall*., 195, relativa alla proposizione da parte del fallito di ricorso per decreto ingiuntivo.

[35] In tal senso, tra gli altri, Cass., 23 maggio 2018, n. 12854, in *De jure*; Cass., 11 maggio 2017, n. 11618, ivi.

[36] Nel senso indicato, senza pretesa di esaustività, v. Comm, trib. Reg. Firenze, 16 aprile 2019, n. 684, in *De jure*; Cass., 3 aprile 2018, n, 8132, ivi; Cass., 6 luglio 2016, n. 13814, ivi.

[37] In senso critico rispetto alla giurisprudenza che toglie spazio all'iniziativa del

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

irrazionalità, della distinzione posta[38]. Di "inerzia conseguente a valutazione di non convenienza della lite" – e proprio in quanto tale non idonea a legittimare suppletivamente il fallito –, peraltro, sovente si discorre, nel circuito giurisprudenziale, con riferimento alla ben diversa fattispecie in cui gli organi della procedura, dopo aver esercitato nell'interesse della massa una data azione sfociata in un provvedimento giudiziale non definitivo sfavorevole alla procedura, decidano di non proseguirla oltre nei successivi gradi di giudizio.

In tale specifico ambito, la nozione di inerzia dovuta non a mero disinteresse bensì a meditata ponderazione, viene evocata allo scopo di disconoscere al fallito la legittimazione all'impugnazione di provvedimenti giudiziali sfavorevoli resi "nei confronti del fallimento", ossia in esito ad una causa celebrata in contradditorio con la procedura[39], rispetto ai quali, a ben vedere, l'ostacolo alla assunzione della lite da parte del fallito non pare risiedere tanto nella "intenzionalità" dell'inerzia (nell'impugnazione) degli organi del fallimento, quanto piuttosto nel fatto che la tutela giudiziale del dato rapporto sia stata effettivamente coltivata (sia pur non con esaurimento di tutti i gradi di giudizio disponibili) dagli organi della procedura[40]. In questo di-

fallito sul mero presupposto che la curatela si sia risolta alla non impugnazione dell'atto impositivo in modo deliberato, Mauro, *Imposizione fiscale e fallimento*, Torino, 2011, 68 ss.; più recentemente, Giordano, *Disorientamenti della S.C. sulla legittimazione del fallito ad impugnare gli atti impositivi*, in *Il fallimentarista.it.*, 18 aprile 2018, alla quale si rinvia anche ulteriori riferimenti bibliografici.

[38] In alcuni casi la trasposizione della distinzione indicata nel testo si rivela del tutto priva di pertinenza, come quando la stessa viene invocata per escludere la legittimazione del fallito rispetto all'azione di opposizione a decreto ingiuntivo il cui credito sia stato ammesso al passivo. In relazione alla casistica ora evocata, si imbatte talvolta nella puntualizzazione che l'ammissione del credito al passivo non consenta di giustificare la legittimazione all'opposizione da parte del fallito nemmeno in via suppletiva, per l'essere sottesa alla stessa una valutazione di non opportunità della opposizione al decreto da parte degli organi della procedura (il riferimento è a App. Cagliari, 1 febbraio 2019, n. 88, cit. in nt. 29). Si tratta di puntualizzazione del tutto inappropriata, dal momento che, in relazione all'opposizione a decreto ingiuntivo non definitivo, un giudizio di convenienza o di non convenienza della lite per la procedura non ha motivo di porsi, atteso che la stessa non avrebbe giammai titolo per coltivare una simile iniziativa processuale, stante l'onere per il creditore già munito di titolo monitorio, che intenda far valere il proprio credito in sede fallimentare, di avvalersi del rito speciale di cui al Capo V, Titolo II, l.f.

[39] V. riferimenti giurisprudenziali in nt. 19.

[40] Nel senso che la valutazione di non convenienza della lite non assuma rilevanza, al fine di escludere la legittimazione del fallito, ove espressa con riguardo ad

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

verso contesto, insomma, la *ratio decidendi* della denegata legittimazione processuale del fallito, pur apparentemente ancorata dalle massime di riferimento alla valutazione di un elemento soggettivo, finisce per riposare sul dato, tutto oggettivo, dell'avvenuto esercizio dell'azione giudiziale da parte del fallimento.

Se si escludono le fattispecie ora indicate, quando l'iniziativa vicaria del fallito si riferisca, per contro, a rapporti non azionati in giudizio dalla curatela nemmeno in primo grado, la pretesa di far dipendere la legittimazione processuale del fallito da una valutazione circa il grado di ponderazione dell'inerzia degli organi della procedura, pare effettivamente priva di una ragionevole giustificazione e finisce soltanto per dare spazio ad incertezze operative.

L'indirizzo qui criticato, che come già detto si inscrive teoricamente nell'alveo della tesi più radicale che postula la assoluta incapacità processuale del fallito, potrebbe forse essere ricondotto a maggior coerenza se la legittimazione eccezionalmente accordata al fallito in caso di inerzia della curatela, fosse intesa in termini di effettiva "supplenza" all'operato della curatela, ossia quale possibilità per il fallito di agire in giudizio in rappresentanza degli interessi della massa, ossia con diretta imputazione degli effetti sfavorevoli o favorevoli del giudizio ai creditori concorsuali. In tal caso, dare rilievo al carattere dell'inerzia – al suo essere cioè dovuta a mera trascuratezza oppure a ponderata valutazione – recupererebbe la sua ragione di senso. È però evidente che la legittimazione riconosciuta al fallito dal filone giurisprudenziale qui evocato si risolve nella possibilità per il fallito di agire in giudizio a tutela del rapporto tra sé stesso e il terzo, ossia al fine di ottenere un provvedimento giudiziale inopponibile alla massa, salva la possibilità della procedura di profittarne ove favorevole. Né potrebbe essere altrimenti, frapponendosi alla possibilità di far assurgere al fallito il ruolo di "rappresentante vicario degli interessi della massa", ineludibili ragioni di ordine sistematico e funzionale.

6. *L'unico elemento di novità apportato dal codice della crisi.* – Il problema operativo più immediato al quale ha dato luogo la regola dell'automatica interruzione dei giudizi in corso affermatasi a seguito della novella del 2006 è stato, come noto, quello di individuare il mo-

una controversia alla quale il fallimento sia rimasto del tutto estraneo, v., del tutto condivisibilmente, Cass., 16 dicembre 2004, n. 23435, in *Dir. prat. soc.*, 2005, 89.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

mento di decorrenza del termine trimestrale previsto *ex lege* per la riassunzione del processo interrotto.

In proposito, dopo iniziali contrasti, si è affermato come prevalente in giurisprudenza l'indirizzo secondo il quale la riassunzione deve avvenire entro tre mesi dalla data di acquisizione della conoscenza legale dell'evento interruttivo, con la precisazione che per la curatela il decorso del termine presuppone anche la conoscenza della pendenza del processo da riassumere.

In merito alla nozione di conoscenza legale, in relazione alla parte non colpita dal fallimento, la stessa viene, nello specifico, ancorata alla dichiarazione o notificazione dell'evento interruttivo effettuata secondo la previsione dell'art. 300 c.p.c., ovvero, se anteriore, alla conoscenza di detto evento procurata dal curatore del fallimento con atto assistito da fede privilegiata, escludendosi che assuma rilevanza la notizia del fallimento conseguita *aliunde*[41]. Il rigore di tale criterio, tuttavia, si attenua nel caso in cui la controparte del fallito abbia preso parte alla procedura concorsuale, poiché in tal caso si valorizza la conoscenza di fatto attestata dalla partecipazione al concorso, con conseguente svincolamento della messa in moto del termine trimestrale dal compimento di atti comunicativi dotati di fede privilegiata, e individuazione del *dies a quo*, in difetto di ulteriori elementi, con il deposito della domanda di insinuazione al passivo[42].

Il quadro è, insomma, particolarmente frammentato in considerazione sia della elasticità del criterio della conoscenza legale, sia della esistenza di variabili in grado di valorizzare l'effettività della conoscenza.

Il Codice della crisi d'impresa, come indicato in apertura, interviene sul problema statuendo che il termine per la riassunzione decorra dal momento in cui l'interruzione sia stata dichiarata in giudizio (art. 143 c. 3), e la scelta è da guardare indubbiamente con favore, nella misura in cui, dando rilevanza ad un dato formale unitario ed univoco, viene incontro all'esigenza di certezza applicativa degli operatori, non pienamente soddisfatta dalle soluzioni fino ad oggi avallate dalla prassi giurisprudenziale.

[41] *Ex plurimis*, Cass., 30 gennaio 2019, n. 2658, in *De jure*; Cass., 30 novembre 2018, n. 31010, ivi; Cass., 18 aprile 2018, n. 9578, ivi; Cass., 9 aprile 2018, n. 8640, ivi; Cass., 19 dicembre 2008, n. 2985, ivi.

[42] Cass., 14 giugno 2019, n. 15996, in *giustiziacivile.com*, f. 17 aprile 2020, con nota di Picardi, al quale si rimanda per ulteriori riferimenti.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Valeria Caredda

La cause en droit italien des contrats

Le concept de « cause » est difficile, flexible et nuancé, mais ses aspects mystérieux et fuyants constituent une partie essentielle de son charme, tant en Italie qu'en France. En droit italien, toutefois, son évolution dans le temps a été différente, surtout après l'entrée en vigueur du Code civil de 1942. Pendant ces dernières décennies, malgré les allers-retours européens, elle a connu – et connaît encore – une phase de grand succès et de valorisation.

Un développement de ce sujet qui donnerait une image « plate » et uniforme de la pensée juridique italienne, tant de la doctrine que de la jurisprudence, ne refléterait pas la réalité. Les mouvements sous la surface, les doutes, les points obscurs ne manquent pas, évidemment, mais la cause ne serait pas la cause, cette notion floue et presque incompréhensible, si elle ne savait pas engendrer des problèmes. Il est certain, toutefois, qu'elle vit, surtout dans la jurisprudence, une saison de gloire. De ce point de vue, la différence entre la situation italienne et la situation française semble être notable, même si elle tient plus à l'apparence qu'à la réalité, se plaçant plus sous l'angle de la notion abstraite que des solutions opérationnelles[1].

[1] Les lignes essentielles de la Réforme du Code civil Français concernant le droit des obligations et des contrats sont présentées dans : F. Chénedé, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, édition 2, Paris, 2018, p. 74 ss. ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, édition 12, « Précis », Paris, 2018, n. 58 s. ; F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, J. Gest, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Paris, 2017, p. 9 ss. ; G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, Paris, 2016, p. 18 ss. ; D. Mazeaud, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, p. 432 ss. ; à propos du problème de la cause en général, J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, Paris, 1999.

Parmi les commentaires de la Réforme de la part de la doctrine italienne : G. Vettori, *L'*ordonnance *sulla riforma del contratto in Francia*, in *Persona e mercato*, 2018, I, p. 3 ss. ; M. Franzoni, *La causa e l'interesse meritevole di tutela secondo*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

La grande mise en valeur de la cause qui a caractérisé la dernière période jusqu'à aujourd'hui trouve sa source dans un processus évolutif de la pensée juridique sans réforme législative, surtout pendant ses premiers stades. Un changement d'approche qui a permis une interprétation différente du système normatif existant. Il ne serait pas arbitraire dire que cette évolution de la doctrine a été l'une des plus profitables et des plus riches du vingtième siècle, sous l'angle des conséquences et des implications opérationnelles. Et cela, d'autant plus, dès que la Cour de Cassation a épousé la nouvelle idée de « cause » construite par la doctrine.

La notion de cause revêt plusieurs nuances de sens, qui se sont « superposées » au cours du temps, mais qui sont encore toutes présentes aujourd'hui, même si les lois, le Code civil notamment, ont pris, à un moment donné, une direction plus définie. La doctrine et la jurisprudence connaissent encore, en effet, la *cause de l'obligation*, qu'ils utilisent pour définir la justification de l'effet obligatoire[2] ; la *cause de l'attribution*, considérée comme la justification de l'effet translatif ; la *cause du contrat*, qui justifie la source des effets, de tous les effets, tant obligatoires que réels. Afin de mieux tracer le parcours de la cause dans l'histoire, il serait bien de mettre en évidence l'existence d'une première phase où la cause se rapportait à l'obligation (on parlait en effet de « cause de l'obligation », semblable à la cause de l'engagement) et aux contrats d'échange : cela correspond à ce qui est appelé la théorie analytique de la cause, qui confère à cette dernière un caractère fortement subjectif, venant la faire coïncider avec le but ultime de chaque partie. En outre, la cause de l'obligation faisait en sorte que chaque contrat ait autant de causes que d'obliga-

l'ordinamento giuridico, in *Persona e mercato*, 2018, I, p. 54 ss.; G. Terlizzi, *Le nozioni abbandonate. La rivoluzione delle parole nella riforma francese del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2017, p. 695 ss.; A. Fusaro, *Gli effetti del contratto nella riforma del* Code civil *francese*, in *Riv. dir. priv.*, 2017, p. 7 ss.; M. Barcellona, *Un'altra complessità: l'orizzonte europeo e i problemi della causa*, in *Jus civile*, 2016, 5, p. 359 ss. et *infra*.

[2] La cause de l'obligation ressemble, selon la doctrine, à la « cause de l'engagement » en France (*infra*). La littérature italienne en matière de cause est immense. Il semble donc nécessaire de se limiter à signaler quelques ouvrages qui en dépeignent le parcours : M. Giorgianni, voce *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milan, 1960, p. 547 ss.; G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milan, 1966 ; C.M. Bianca, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, éd. 3, Milan, 2019 ; E. Navarretta, *La causa e le prestazioni isolate*, Milan, 2000 ; M. Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padoue, 2015.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

tions. La science juridique italienne n'a pas vraiment développé[3] de distinction entre cause objective, entendue comme « contrepartie », et cause subjective, entendue comme « but ». Lorsque la cause était rapportée à l'obligation, elle avait les deux sens.

L'entrée en vigueur du Code civil de 1942 a marqué un virage dans l'histoire de la cause et a changé son point de repère : le Code civil parle de cause du contrat, comme « élément essentiel »[4] de ce dernier, dont l'existence et la licéité sont protégés par tout l'arsenal de la nullité. L'absence de cause ou son illicéité se traduisent, donc, en nullité du contrat conformément aux articles 1325 et 1418. Il est toutefois prudent de préciser que la nullité de droit italien est normalement absolue, ce qui souligne une différence remarquable entre ce dernier et le droit français[5]).

L'adhésion au principe de la nécessité de la cause est associée à celle au principe du consentement translatif, ou de l'effet translatif *solo consensu*, ce qui comporte des avantages, mais aussi certains problèmes de circulation à la charge des tiers[6].

La cause du Code civil de 1942 était définie comme la « fonction économico-sociale » du contrat et avait des caractères très clairs : une cause pour un contrat, appelée théorie unitaire ; une cause unique opposée aux motifs – multiples, individuels, psychologiques et insaisissables ; une cause rapportée strictement au contrat, où, par voie de conséquence, l'obligation n'a plus de cause mais trouve sa justification dans et avec le contrat, elle ne pose pas de problème autonome de cause, sa cause est la cause du contrat[7]. Une notion strictement

[3] Le développement de cette distinction en droit italien n'est pas comparable à celui de la doctrine française.

[4] L'expression « élément » est très commune, même si le code civil et beaucoup de juristes préfèrent l'expression « réquisit ».

[5] Le système italien des invalidités est différent du système français : la nullité est normalement absolue, même si les hypothèses de nullité relative se sont multipliées récemment dans la législation spéciale, notamment celle de la protection du consommateur ou du contractant faible ; l'annulabilité est, au contraire, relative et ressemble à la nullité relative de droit français.

[6] L'absence de cause ou son illicéité se traduisent en nullité absolue ; l'aliénateur (le vendeur, par exemple) ne perd pas son droit ; il peut donc le revendiquer contre tous (*erga omnes*) : v. surtout E. Navarretta, *La causa e la* réforme du code civil *francese*, in *Pers. merc.*, 2018, I, p. 31 ss.

[7] L'obligation pourrait poser un problème de cause dans le cas de la « prestation isolée », c'est-à-dire l'exécution de l'obligation de donner. L'adhésion au prin-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

objective de cause remplaçait donc l'idée subjective de la cause de l'obligation. Elle révélait une fonction de contrôle des déplacements de richesse (qui étaient réalisés surtout grâce au transfert de droits réels), un rôle politique en quelque sorte, de « superviseur » des actes des particuliers ; c'est pourquoi, selon l'opinion courante, elle devait être d'utilité sociale[8]. Mais surtout c'était une cause « typique », un modèle de cause, une fonction assignée préalablement par le législateur à tous les contrats qui rentraient dans un certain modèle, appelé « type ». Les contrats typiques sont les contrats « nommés » et qui reçoivent une discipline spécifique et assez complète. Tous les contrats ayant les caractéristiques d'un certain modèle avaient la même cause : par exemple, tous les échanges entre une chose et une contrepartie pécuniaire, le « prix d'argent », avaient la même cause, c'est-à-dire la cause de la vente. La cause « fonction économico-sociale » était donc la cause d'un type, d'un modèle de contrat, une cause abstraite, rigide, immuable. De marbre.

L'autre facette de cette dernière notion est le fait que les contrats « typiques » ont une cause qui a été approuvée préalablement par le législateur (s'il a réglementé ces contrats, il faut croire qu'il les a approuvés, selon la logique inhérente à la notion), donc cela les exonère d'un contrôle spécifique concernant la présence et la licéité de la cause. Afin de rendre plus manifeste l'importance de ce dernier aspect, il suffit de souligner que les contrats typiques représentaient l'immense majorité des contrats. Par conséquent, le contrôle spécifique était limité à une petite minorité de cas : les cas des contrats « atypiques » qui, pour plusieurs raisons, étaient très rares[9].

La fonction économico-sociale finit par identifier la cause avec le type. Malgré sa formulation pompeuse, donc, elle stérilise la cause en ôtant, pour une bonne partie, son utilité.

La cause a été ensuite l'objet d'une profonde réflexion qui a conduit à la proposition et à l'affirmation d'une notion différente, de cause comme de fonction économico-individuelle, ou raison pratique ou fonction concrète du contrat. Cette notion nouvelle, malgré la res-

cipe du consentement translatif ne nous empêche pas d'accepter l'existence de certains cas d'obligation de donner.

[8] L'idée reportée dans le texte est historiquement déterminée, enfant de son temps, née sous un régime étatiste et autoritaire.

[9] La mentalité « typisante » est l'approche culturelle au contrat qui se traduit en propension à le reconduire toujours à un modèle législatif, même si cela se fait de manière forcée.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

semblance superficielle des définitions, est, en réalité, très différente de celle qui précède : ce n'est plus une cause « en abstrait » – la cause du type de contrat, du modèle, choisie arbitrairement par le législateur pour tous les contrats du même type – mais une cause « en concret », rapportée à chaque contrat. Elle exprime la synthèse des intérêts réels – ce qui signifie vrais, effectifs – du contrat concret.

C'est à la cause en concret que l'interprète doit faire référence afin d'établir la nature du contrat et de contrôler la licéité et « l'appréciabilité » des intérêts que les parties poursuivent. Pour s'élever au rang de cause, ces intérêts doivent « pénétrer » dans le contrat et devenir « les intérêts que le contrat est censé réaliser »[10].

Le choix du mot « appréciabilité » et de l'adjectif « appréciable » représentent un essai de traduction d'un mot italien (*meritevole*) qui n'a pas de correspondant français précis. Les intérêts appréciables ne doivent pas avoir une importance ou une utilité spéciale, mais ils doivent avoir leur raison d'être et « mériter » la protection de la loi[11].

Les conséquences du changement de perspective sont nombreuses et complexes. Les bornes de cet écrit consentent à ce que l'on n'en signale que les principales.

1. La cause en concret valorise les détails, les mêmes détails que la cause abstraite marginalisait : elle manifeste une richesse remarquable de nuances et facettes. Par conséquent, la distinction entre la cause et les motifs devient plus difficile. Dire qu'elle devient plus dif-

[10] La différence entre la cause et les motifs ne disparaît pas : les intérêts qui forment la cause doivent pénétrer dans le contrat, d'une façon explicite ou implicite. Cela signifie qu'ils doivent pouvoir être reconnus grâce à l'interprétation.

[11] L'arrêt de la Cass., 8 mai 2006, n° 10490, est considéré comme « l'arrêt manifeste » : la déclaration d'amour de la Cour de Cassation pour la cause en concret. Il s'agissait d'un contrat de « consultation » où une personne s'obligeait à fournir des consultations à une société. Il demandait sa rémunération. La Cour a décidé qu'il n'avait aucun droit à la rémunération parce que l'activité de consultation était déjà comprise dans ses devoirs d'administrateur délégué d'une société du même groupe auquel appartenait la société qui bénéficiait des consultations, donc il y était déjà obligé à un titre différent. Le contrat par conséquent n'avait aucune cause en concret, il ne pouvait pas accomplir sa fonction parce qu'elle avait été déjà accomplie; il ne pouvait pas produire des effets, parce qu'ils avaient été déjà produits par un autre contrat. En d'autres mots, donc, il ne pouvait pas produire aucune transformation dans le monde du droit.

La décision a reçu des accueils différents : certains juristes y reconnaissaient, plutôt, un défaut de l'objet du contrat.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

ficile, toutefois, n'équivaut pas à dire qu'elle devient impossible. Pour s'élever au rang de cause, les intérêts doivent pénétrer dans le contrat, ce qui signifie qu'ils doivent pouvoir être reconstitués grâce à l'interprétation. Il n'est pas impossible de déduire que le rapport cause-motifs signale à la fois la force et la faiblesse de la nouvelle notion, parce que les problèmes de la cause se répercutent sur l'interprétation et donc sur la grave question des pouvoirs discrétionnaires du juge. La cause en concret, toutefois, ne semble pas être plus dangereuse ni plus difficile que le but ou le motif, notions subjectives par excellence et manipulables par l'interprète.

Ces premières remarques sont déjà en mesure de révéler que l'approche transformée valorise énormément la cause et son rôle, autant que la précédente l'affaiblissait.

2. Tous les contrats, y compris les contrats typiques, peuvent être considérés comme nuls pour absence ou illicéité de la cause. Sous l'empire de la cause en abstrait, au contraire, l'absence ou l'illicéité d'une cause typique était même difficile à concevoir, étant donné que cet élément contractuel était attribué et approuvé préalablement par le législateur pour chaque modèle de contrat. Il suffit de se souvenir du fait que les contrats typiques constituaient la quasi-totalité des contrats, pour comprendre que la nullité par illicéité de la cause risquait de disparaître et que les tribunaux ne la déclaraient presque jamais. Une certaine forme d'aliénation en garantie, souvent utilisée, pourrait servir d'exemple : elle était réalisée moyennant une « vente à réméré » (ou vente avec faculté de rachat)[12]. Cette vente est une figure typique : une sous-espèce de vente. La Cour de Cassation la considérait habituellement comme valide parce qu'elle constituait un contrat typique de vente. Cette appréciation avait favorisé la diffusion de ce contrat, qui se traduisait en un moyen d'usure et de violation de l'interdiction de la clause commissoire. C'est seulement à

[12] La prétendue « vente » est conclue entre les sujets d'un rapport obligatoire, débiteur et créancier. Le débiteur « vend » à son créancier un bien avec un pacte de réméré ; le premier se réserve le pouvoir de racheter ce bien quand il aura payé sa dette, s'il la paie. Sinon, le bien restera définitivement acquis au créancier, même si ce bien est de valeur plus élevée que celle de sa dette. Il faut souligner le fait que, dans les cas le plus difficiles à reconnaître, la constitution de la dette s'effectue au même moment que la « vente » et le prix que le vendeur doit payer pour exercer son droit de rachat est, en fait, la restitution de la somme empruntée.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

partir de la moitié des années quatre-vingt que la Cassation a commencé à reconnaître que, malgré sa correspondance au modèle législatif, la cause de ce contrat n'était pas la même cause que celle qui caractérise la vente, mais une cause de garantie et que ce contrat était en fait un instrument pour contourner l'interdiction : les juges ont donc suivi le parcours qui passe par la fraude à la loi et l'illicéité de la cause, pour arriver à la nullité, selon l'art. 1344.

3. Les domaines où cette vision produit des résultats intéressants sont nombreux. Le terrain de la donation, et de la libéralité de droit italien en général, semble être très représentatif[13]. L'absence d'échange a conduit la pensée juridique italienne (suivant une longue tradition, d'ailleurs) à affirmer ou que la donation était un contrat doué d'une cause subjective – le but, l'*animus donandi*, l'intention d'enrichir le donataire, ce qui représentait une réduction, une dégradation de la cause – ou qu'elle était un contrat « sans cause », vu que l'attribution n'avait pas de contrepartie. L'opinion pour laquelle la donation était « sans cause » se fondait, toutefois, aussi sur l'opacité de l'acte authentique[14] : il n'est pas transparent, il ne laisse pas entrevoir les intérêts effectifs, réels des parties et il se prête au contraire, même trop bien, à les cacher[15]. Mais la perspective de la cause en concret impose le contrôle « d'appréciabilité » de tous les intérêts et sur tous les contrats[16], même s'ils sont typiques et solennels comme la donation, et empêche de qualifier un contrat qui poursuit des intérêts non libéraux comme une donation. Les juges comptables italiens ont récemment déclaré, à plusieurs reprises, que certaines « attributions » d'argent n'étaient pas des donations, malgré l'utilisation de l'acte solennel, parce qu'elles n'étaient pas des actes désintéressés mais poursuivaient, au contraire, l'intérêt d'obtenir des avantages auprès de l'ad-

[13] En droit italien les libéralités sont des actes entre vifs, alternatifs à la donation : le Code civil prévoit, en effet, des libéralités différentes de la donation (art. 809) : V. Caredda, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Turin, 1996, p. 3 ss.; Id., *Le liberalità non donative*, in *Diritto civile. Norme, Questioni, Concetti*, dirigé par Amadio et Macario, Bologne, 2014, p. 897 ss.

[14] L'acte notarié est nécessaire pour la validité de la donation : il s'agit d'un contrat solennel.

[15] Au-dessous d'une formule stéréotypée et vide.

[16] Tant typiques qu'atypiques.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

ministration publique. C'était donc des *tangenti*[17], c'est-à-dire des pots de vin, des dessous de table.

Le fait que le contrôle soit obligatoire sur tous les contrats, tant typiques qu'atypiques, fait remonter à la surface une autre conséquence du changement : la cause n'est plus le superviseur, le contrôleur des activités des particuliers, mais elle est devenue le « contrôlé », l'objet du contrôle.

4. Le rôle de la cause en concret est remarquable aussi dans le *collegamento contrattuale* – la liaison entre les contrats, le (re)groupement de contrats – : elle a donné une contribution significative à sa compréhension. Le lien entre les contrats est considéré comme fonctionnel, dans le sens que chaque contrat n'arrive pas à satisfaire

[17] En ce qui concerne le contrôle de licéité, suivant l'idée et la méthode de la cause en concret, l'utilisation de l'acte authentique ne peut pas arriver à remplacer la (prétendue) absence de cause de la donation, donc un acte public formulé comme de donation mais qui en réalité se révèle être, par exemple, le résultat d'une extorsion, ne pourrait pas éviter la déclaration de nullité.

À propos du rôle de critère de qualification du contrat, rôle qui appartient à la cause en concret, on pourrait souligner aussi l'évolution de la doctrine et de la jurisprudence en matière d'accords translatifs entre époux en phase de séparation ou de divorce (crise conjugale). La perspective nouvelle a permis d'aboutir à une qualification plus fidèle au sens effectif de ces contrats. Ils produisent normalement le transfert de la propriété ou d'un droit réel de l'un des époux à l'autre (ou de l'un des époux aux enfants). Donc ils se présentent comme une attribution unidirectionnelle. Or face à une attribution qui est à première vue sans contrepartie, la tentation de parler de donation est trop forte (surtout pour les créanciers de l'aliénateur). Mais la nouvelle propension à évaluer les intérêts effectifs a permis d'identifier une cause d'arrangement des rapports patrimoniaux entre époux à la suite de la crise.

Le Code civil réformé a « déplacé » les contrôles dont on parle dans le texte sur le régime des motifs de la donation : l'art. 1135, al. 2, dispose que l'erreur sur le motif d'une libéralité, en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé, est une cause de nullité (ce qui représente, selon F. Chénedé, *op. cit.*, p. 123, la consolidation de la fausse cause). Une comparaison minimale entre la règle française et la règle italienne en matière d'erreur sur le motif ou de motif illicite montre au lecteur que le Code civil italien (art. 787) considère l'erreur sur le motif comme cause d'annulation du contrat si le motif a été la seule raison déterminante et s'il ressort de l'acte ; aux mêmes conditions le motif illicite (art. 788) est cause de nullité. En droit italien, on n'identifie pas la cause de la donation avec ses motifs, mais on attribue une importance remarquable à ces derniers : la norme en matière d'erreur sur les motifs de la donation a constitué, en effet, un premier critère de « sélection » des intérêts qui peuvent être considérés comme « intérêts que le contrat est censé réaliser » et qui forment, donc, sa cause.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

– seul – aux intérêts des parties, mais leur regroupement permet de réaliser un programme d'intérêts plus vaste. La doctrine italienne croit que la fonction d'ensemble du groupe ne se limite pas à satisfaire aux intérêts des parties mais qu'elle enrichit les causes concrètes de chacun des contrats liés : un contrat de vente isolé n'a pas la même fonction concrète qu'un contrat de vente lié à une location (ces réflexions sont utiles à la construction de l'opération de *leasing*, par exemple). La fonction d'ensemble explique aussi le lien d'interdépendance – qui est résumé par l'expression latine *simul stabunt simul cadent* – parce que, si le premier des contrats liés tombe, la fonction d'ensemble de l'opération devient irréalisable, le projet des parties infaisable. Cette situation est souvent interprétée comme un défaut de la cause, un défaut successif ou, conformément à une expression habituelle, fonctionnel et non pas génétique. Par conséquent, il ne serait pas correct de réclamer la nullité, qui est un vice d'origine du contrat, mais il faut inventer une sorte de « résolution » comme remède d'une pathologie survenue.

Le Code civil français réformé parle, à ce propos, de « même opération » et de « caducité » pour identifier la conséquence de la chute d'un pilier[18] de la première. En droit italien, les normes ne prévoient presque aucune notion formelle « d'opération » ni de « caducité », mais une solution semblable est possible grâce à l'idée de cause. La solution adoptée par la réforme française, qui comporte une reconnaissance et une consolidation de l'idée d'opération et de l'interdépendance, est très intéressante. Il faut souligner, cependant, que l'idée des rédacteurs de la réforme semblait être celle de repérer une défense contre les dangers de la cause, tandis qu'en Italie la même solution est vue comme une application de cette dernière. La différence entre les deux points de vue pourrait être une conséquence de la diversité du point de départ : l'idée d'une cause qui devient « irréalisable » est plus facile à accepter là où la notion de cause coïncide avec la fonction[19].

[18] Le Code civil utilise le verbe « disparaître » : F. Chénedé, *op. cit.*, p. 105 s. À propos de la « même opération » E. Gabrielli, *Il codice di Napoleone, il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, I, p. 1 ss.

[19] Les concepts de même opération et de caducité soulèvent d'autres questions aussi, à commencer par le doute sur la possibilité d'exclure l'interdépendance. Cette dernière, toutefois, n'est pas l'essence de la liaison, mais c'est plutôt un « résultat de l'interprétation ». Ce qui permet de déduire qu'elle n'est pas inévitable et que les

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

5. La dernière des applications de la cause qui devrait être valorisée concerne la substance de l'échange. La notion de « cause de l'obligation » entendue comme contrepartie est plus développée en France qu'en Italie, où la loi parle de cause du contrat. Conformément à l'opinion courante, toutefois, le mécanisme de l'échange a une nature fonctionnelle, donc il relève de la cause[20]. Il est objet de discussion si la présence simple d'un échange « formel » est suffisante pour satisfaire aux conditions de validité du contrat sous l'angle de la cause. L'idée prédominante est que, cependant, l'échange doit être « substantiel », c'est-à-dire qu'il doit avoir une certaine « consistance économique », sans laquelle on ne pourrait pas reconnaître la présence d'échange mais il faudrait identifier une cause différente comme justification de l'attribution patrimoniale « unidirectionnelle ». Tout cela révèle que le droit vivant italien se détache des traditions anglo-saxonnes et qu'il ne croit pas qu'un *peppercorn* soit un terme d'échange substantiel.

Le débat sur la substance de l'échange est, toutefois, remonté à la surface récemment dans une version inédite qui concerne la question – très controversée en Italie – de la cause des contrats dérivés et, en général, de la cause des contrats aléatoires et de ses rapports avec l'échange[21]. La présence de l'aléa est considérée comme compatible avec l'échange, par conséquent une entité incertaine et même idéale pourrait être terme d'échange (ce qui arrive, par exemple, dans les contrats d'assurance, où la contrepartie de la prime est le déplacement du risque). Vu la complexité du sujet des contrats dérivés, il serait bien de se limiter à l'illustrer par un exemple. Ce dernier rôle peut être joué par un contrat dérivé météorologique – (angl.) *weather derivative* – où A et B s'accordent, où ils identifient une situation « de référence » – (it.) *sottostante :* sous-jacente – variable et dont ils ne connaissent pas la variation, tant par sa quantité que par

contractants peuvent y déroger. En outre, l'interdépendance a d'autres expressions plus faibles et ne se traduit pas seulement en caducité.

[20] Si la notion de cause en concret, qui exprime les intérêts que le contrat est censé réaliser, est acceptée, alors il faut admettre que la seule présence d'un échange ne satisfait pas au « réquisit » de la cause. En d'autres termes, d'un côté, il n'est pas nécessaire, de l'autre il n'est pas suffisant. Il n'est pas nécessaire parce que, même sans échange, le contrat peut réaliser des intérêts *meritevoli* ; il n'est pas suffisant parce que même si l'échange est présent et réel, il faut savoir quels sont les intérêts que les parties poursuivent.

[21] L. Balestra, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padoue, 2000, p. 189 ss.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

son sens (+ ou -) : par exemple, la température moyenne de la saison d'été pendant les cinquante dernières années. Si la température de l'été 2019 est plus élevée que la moyenne (variation en +), A sera débiteur de B ; si elle est plus basse (variation en -), A sera créancier de B. Donc c'est le mécanisme du « différentiel » qui décide des prestations contractuelles ; la différence en plus ou en moins, par rapport à la situation de référence, décide de celui qui gagne et celui qui perd. Dans la doctrine italienne, d'aucuns disent que, dans ce cas, il y a toujours présence d'échange – dit *sinallagma puro* – entre deux entités qui pourraient être appelées « prime » et « protection contre le risque climatique» (« couverture », *hedging*)[22].

L'idée de la présence d'un échange pur serait toutefois acceptable, dans l'hypothèse, si A était exposé à un risque météo-sensible, par exemple s'il était vendeur de boissons ou de glaces et craignait, donc, que ses revenus diminuent à cause d'une saison plus froide. Mais si, au contraire, A ne court pas ce risque, parce qu'il ne vend pas de boissons, alors il n'a besoin d'aucune protection, le risque est créé *ad hoc* : il est habituellement reconnu, cependant, que si le risque est créé à dessein par le contrat afin d'y exposer l'une des parties, l'opération n'est pas un simple échange, un échange aléatoire non plus, mais devient un pari.

La plupart des contrats dérivés négociés sur les marchés financiers ont ces caractéristiques et réalisent des opérations purement spéculatives.

L'évaluation de ces contrats du point de vue de la cause devient alors fortement différente et décisive dans un jugement sur sa validité. Cette évaluation impose d'identifier la nature de l'opération, de distinguer parmi les différents paris (pari interdit, toléré, autorisé) et

[22] L'exemple est proposé afin de résumer les suggestions de la doctrine italienne sur les contrats dérivés. Cette doctrine est bien representée par M. Barcellona, *I derivati e la causa negoziale*, I, *L' "azzardo" oltre la scommessa: i derivati speculativi, l'eccezione di gioco e il vaglio del giudizio di meritevolezza*, in *Contratto e impresa*, 3, 2014, p. 571 ss. ; Id., *I derivati e la causa negoziale*, II, *Il controllo di meritevolezza e i derivati (anche) di protezione conclusi dalle banche*, in *Contratto e impresa*, 4-5, 2014, p. 881 ss.; D. Maffeis, *Alea giuridica e calcolo del rischio nella scommessa legalmente autorizzata di swap*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2016, p. 1096 ss.; E. M. Mastropaolo, voce *Strumenti finanziari derivati*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, Turin, 2008, p. 1 ss.; G. Belli, *I contratti su strumenti finanziari derivati: nuove strategie di copertura del rischio o dissennata speculazione*?, in *Jus civile*, 10, 2015, p. 577 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

notamment de décider si leur fonction est licite et s'ils poursuivent des intérêts « appréciables ». Du reste, les précurseurs mêmes des contrats dérivés ont toujours été soupçonnés de ne pas avoir de « cause sérieuse ».

La bataille pour la validité et la réglementation des dérivés est donc menée sur le terrain de la cause : ceux qui acceptent l'affirmation que ces contrats sont des opérations d'échange se posent souvent l'objectif d'affirmer qu'ils sont toujours valables comme contrats contenant un échange véritable. D'autres pensent, au contraire, que dans ces cas l'échange est vide, qu'il se réduit à une formule sans contenu, et qu'il n'est plus suffisant à soutenir le contrat. La cause retourne à l'échange et l'échange à la cause : ce débat n'est pas épuisé ; au contraire, il est toujours d'actualité.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Stefania Cecchini

*L'*European Green Deal *ovvero del ritorno allo Stato sociale*

Sommario: 1. La Risoluzione del Parlamento europeo sull'*European Green Deal*: lo spunto per una riflessione sul ritorno dello Stato sociale. – 2. La morte (presunta) dello Stato. – 3. Il ruolo degli Stati nella determinazione delle politiche ambientaliste. – 4. Un'Europa ambientalista presuppone uno Stato sociale europeo

«*Gli uomini non vedono mai ciò che sta ad essi vicino*
e cade sotto i loro occhi, o piuttosto non vogliono vederlo,
per non distrarre il loro sguardo dal più seducente spettacolo delle stelle»

S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in *Riv. dir. pubbl.*, I, 1910, ora in Id., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 6

1. *La Risoluzione del Parlamento europeo sull'*European Green Deal*: lo spunto per una riflessione sul ritorno dello Stato sociale*. – Il 15 gennaio 2020, il Parlamento Europeo in seduta plenaria ha approvato la Risoluzione 2019/2956 sull'*European Green Deal* elaborato dalla Commissione Europea[1] allo scopo di trasformare l'Europa nel primo continente a impatto ambientale nullo entro il 2050[2]. L'*European Green Deal* (d'ora in avanti EGD), finalizzato a ridurre le emissioni di gas a effetto serra, è una strategia di crescita che prevede cospicui investimenti volti a realizzare, anche mediante la cosiddetta *carbon tax*, un'economia di sviluppo sostenibile e a incentivare l'occupazione, soprattutto giovanile[3]. Al di là dell'obiettivo pret-

[1] Ci si riferisce alla comunicazione della Commissione Europea dell'11 dicembre 2019 COM (2019) 0640, dal titolo *The European Green Deal*, consultabile all'url: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/european-green-deal-communication_en.pdf

[2] Parlamento europeo (2020), Risoluzione del 15 gennaio 2020 sul Green Deal europeo, (2019/2956(RSP), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0005_IT.html.

[3] Corte dei conti (2017), EU action on energy and climate change, p. 58, https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/LR17_01/LR_ENERGY_AND_CLIMATE_EN.pdf. La Commissione europea ha indicato la necessità di mobilitare circa

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

tamente ambientalista che si prefigge, questo documento risulta di particolare interesse poiché riconosce agli Stati membri un ruolo incisivo non soltanto nella realizzazione delle politiche ambientali ma, soprattutto, di quelle sociali, rimettendo in discussione il travagliato rapporto tra diritti sociali e integrazione europea[4].

Prima facie, infatti, la Risoluzione del Parlamento EU parrebbe porre soltanto obiettivi di lungo periodo destinati a far fronte ai cambiamenti climatici e al riscaldamento globale. A una lettura più at-

1000 miliardi di euro in dieci anni, una cifra che potrebbe essere raggiunta con un contributo pubblico dell'Unione dell'ordine di 100 miliardi all'anno, variamente strutturato, che fungerebbe da garanzia per un moltiplicatore di finanziamenti. Sulle valutazioni relative ai costi dell'istituzione della cosiddetta *carbon tax* tanto generale quanto limitata alle frontiere esterne all'Europa, cfr. A. Majocchi, European Budget and Sustainable Growth. The Role of a Carbon Tax, Bruxelles, Peter Lang, 2018.

[4] Come osserva puntualmente P. Caretti, *Globalizzazione e diritti fondamentali*, in Aa.Vv., *Costituzionalismo e globalizzazione, Atti del XXVII Convegno annuale, Salerno, 22-24 novembre 2012*, Jovene, Napoli, 2014, p. 33, «In tema di diritti sociali ciò che ancora prevale è il principio di separazione e non quello di integrazione. E ciò per alcune ragioni oggettive: da un lato, l'incompetenza dell'Unione in tema di diritti sociali; dall'altro, la discrasia tra la comunitarizzazione di alcuni strumenti messi in campo dall'Unione europea sul versante delle politiche di coesione sociale e, in particolare, in tema di contrasto al fenomeno della disoccupazione. Se, infatti, è vero che l'art. 148 del TFUE predispone una specifica procedura per l'adozione, da parte del Consiglio europeo, di "orientamenti" volti a contrastare le criticità rilevate in ordine ai livelli occupazionali, la stessa disposizione precisa che di tali orientamenti gli Stati membri devono solo "tener conto". Lo stesso può dirsi del successivo 149 che, mentre al primo comma prevede a possibilità che, secondo la procedura legislativa ordinaria, vengano adottate "misure dirette alla cooperazione tra gli Stati membri e a sostenere i loro interventi nel settore dell'occupazione", al secondo comma precisa che "tali misure non comportano l'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri". Nell'un caso e nell'altro, dunque, siamo in presenza di strumenti che non pongono puntuali obblighi giuridici, ma che si affidano allo spontaneo adeguamento da parte dei singoli Stati, e provano come si sia ancora ben lontani da una comunitarizzazione di un sistema sociale europeo». Nello stesso senso, cfr. G. Silvestri, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in Aa.Vv., *Costituzionalismo e globalizzazione*, cit., pp. 143-159. Sul rapporto tra diritti sociali e integrazione europea, tra i tanti, cfr. M. Luciani, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. dir.*, n. 3, 2000, pp. 367-393; S. Staiano, *Diritti e confini nell'Europa della crisi*, in *Federalismi.it*, n. 22, 2015, pp. 1-27; A.M. Poggi, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'Unione Europea*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2017, pp. 1-16; S. Giubboni, *L'insostenibile leggerezza del Pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Pol. dir.*, 2018, pp. 557-578; F. Salmoni, *Le politiche di austerity e i diritti sociali nel processo di integrazione europea*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2019, pp. 153-208.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

tenta, invece, essa richiede azioni concrete nell'immediato su vari fronti che, nel rispondere alla sfida ambientale, si configurano «come un'opportunità per imprimere una direzione eco-socio-compatibile al modello di sviluppo economico europeo»[5]. Tale documento, infatti, riserva alle politiche sociali un ruolo centrale, come risulta dalla circostanza per cui l'EGD è espressamente definito «un catalizzatore per una transizione sociale inclusiva e non discriminatoria»[6], finalizzato a condurre «al progresso sociale, migliorando il benessere generale e riducendo le disuguaglianze sociali, gli squilibri economici tra gli Stati membri e le disparità di genere e generazionali»[7].

I ripetuti richiami alla necessità di far fronte ai problemi occupazionali e di diseguaglianza sociale, infatti, suggeriscono un mutamento di indirizzo nella politica dell'Unione, che sembra prendere le distanze dalle logiche liberiste che, fino ad oggi, ne hanno influenzato l'operato. La Risoluzione sull'EGD, dunque, pare rimettere in gioco i termini del rapporto tra Stato, sovranità e Unione Europea. Congiuntamente all'emergenza sanitaria dovuta alla recente pandemia da Covid-19[8], infatti, le politiche che l'Unione Europea sta adottando per fronteggiare, tra le altre, la sfida ambientale mostrano l'infondatezza delle tesi che, da quasi due secoli, ciclicamente annuncia la fine dello Stato nazione. Contrariamente a quanto sostenuto da chi profetizzava la ormai prossima morte degli Stati, l'EGD documenta la tesi opposta, qui sostenuta, per cui oggi si sta assistendo a un ritorno dell'idea di Stato e, segnatamente, di Stato sociale.

[5] O. Fontana, *Per un Social Green Deal europeo*, in *Centro studi sul federalismo*, n. 41, 2019, p. 3.

[6] Parlamento europeo, Risoluzione del 15 gennaio 2020, cit., *paragrafo 3*.

[7] *Ivi*, *paragrafo 2*.

[8] Nella prima metà del mese di febbraio 2020, l'*International Committee on Taxonomy of Viruses* (ICTV), che si occupa della designazione e della denominazione dei virus (ovvero specie, genere, famiglia, ecc.), ha assegnato al nuovo coronavirus il nome definitivo di «Sindrome respiratoria acuta grave coronavirus 2» (SARS-CoV-2). L'11 febbraio 2020, l'OMS ha annunciato che la malattia respiratoria causata dal nuovo coronavirus è stata chiamata COVID-19. La nuova sigla è la sintesi dei termini CO-rona VI-rus D-*isease* e dell'anno d'identificazione, 2019, quando è stato per la prima volta segnalato a segnalato a Wuhan, in Cina, nel dicembre 2019. Con la Delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, intitolata *Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*, il Governo italiano ha dichiarato lo stato di emergenza nazionale sino al 31 luglio 2020.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

2. *La morte (presunta) dello Stato*. – Da quando gli antichi ascrivevano *polis*, *dikaion* e *politeia* all'ordine della natura a quando, invece, i moderni riconducevano *Stato*, *legislazione* e *Costituzione* alla sfera dell'artificio, non è mancato chi, evidenziandone criticità e limiti, ha profetizzato la fine di questi concetti[9]. Con particolare riferimento allo Stato, è almeno da metà Ottocento che ne viene preannunciata la crisi[10]. Nel XIX secolo, infatti, l'anarchismo lo riteneva indesiderabile, non necessario e dannoso, proponendo l'anarchia quale organizzazione della società alternativa ad esso; l'imperialismo, invece, gli contrapponeva l'idea di impero, ritenendo lo Stato ormai superato[11]. Tra Otto e Novecento, l'ideologia politica del marxismo prefigurava l'estinzione dello Stato come obiettivo politico, in quanto considerava lo Stato espressione tipica della borghesia. Successivamente, ideologie politiche sulla scia di quella marxista e, allo stesso tempo, sensibilità religiose, quali ad esempio l'identità islamica, hanno sollecitato l'idea che lo Stato potesse essere superato. Nel corso dei secoli, dunque, il dibattito sulla fine dello Stato nazione ha alternato periodi di accelerazione, in cui si considerava ormai prossima la sua estinzione, ad altri in cui lo Stato si riaffermava come la migliore sede politico-istituzionale per la vita democratica di un Paese.

Dall'inizio del XX secolo, tale dibattito può essere suddiviso orientativamente in cinque fasi, nelle quali le previsioni catastrofiche sulla fine dello Stato sono state, nei fatti, puntualmente smentite dalla storia. Se è vero, infatti, che non sempre le periodizzazioni danno atto della complessità dei fenomeni, è altrettanto vero che una suddivisione in fasi consente più agevolmente di giungere a quanto si in-

[9] M. Barberis, *La fine dello Stato e altri racconti*, in *Filosofia politica*, n. 2, 2013, p. 318; L. Ferrajoli, *Lo Stato costituzionale, la sua crisi e il suo futuro*, in F. Viola (a cura di), *Lo Stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 309.

[10] P. Costa, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Giuffrè, Milano, 1986, spec. p. 252 ss.

[11] M.W. Doyle, *Empires*, Ithaca, Cornell University Press, 1989, p. 45, «L'impero consiste in un rapporto, formale o informale, in cui uno Stato controlla l'effettiva sovranità politica di un'altra società politica. Esso può venire realizzato con la forza, con la collaborazione politica, o mediante una dipendenza sociale, economica o culturale. L'imperialismo è semplicemente il processo, o la politica, di fondazione o di gestione di un impero». Come emerge dalle parole del politologo Doyle, l'imperialismo, andando oltre l'idea di Stato, in particolare quello borghese, consiste nella tendenza di una nazione ad imporre il suo dominio economico e ad influenzare la politica interna di altri paesi.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

tende dimostrare in questa sede: in primo luogo, che si sta assistendo all'avvio di una sesta fase in cui lo Stato, tutt'altro che morto, sta riacquistando un ruolo di inatteso rilievo rispetto al mercato e alle sue "leggi" che, fino a ieri, sembravano destinate a governare la vita delle persone; in secondo luogo, che la risposta alle sfide ambientale, sanitaria, digitale ed economica è la realizzazione di uno Stato sociale europeo.

In una *prima fase*, coincidente con i primi decenni del Novecento, si cominciò a parlare di crisi dello Stato non appena importanti organizzazioni interne allo stesso, quali i sindacati, i gruppi industriali o le «tendenze corporative a base professionale»[12], iniziarono a mettere in discussione la legittimità di un potere centrale concepito ancora come assoluto[13]. Gli autori di tre importanti scritti sulla Rivista di diritto pubblico degli anni 1909-1911[14], ad esempio, sebbene difendessero l'idea di Stato moderno, cominciarono a evidenziarne le incompletezze, portando «ad estreme conseguenze il distacco tra Stato e gli elementi che lo compongono»[15]. Insistendo sulla impersonalità

[12] S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in *Riv. dir. pubbl.*, I, 1910, p. 87 ss., ora in Id., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 12.

[13] L. Bellocchio, *Mutamento e persistenza dello stato nazionale*, in *Nuova Informazione Bibliografica*, n. 2, 2016, p. 304.

[14] O. Ranelletti, *Gli organi dello Stato (concetto, natura e rapporti)*, in *Riv. dir. pubbl.*, I, 1909, p. 20 ss.; S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit.; V.E. Orlando, *Lo Stato e la* realtà, in *Riv. dir. pubbl.*, 1911.

[15] S. Cassese, *Lo Stato "stupenda creazione del diritto" e "vero principio di vita", nei primi anni della Rivista di Diritto Pubblico (1909-1911)*, in *Quad. fiorentini*, 1987, pp. 501-518. In particolare, tutti e tre gli autori soprarichiamati insistevano sul fatto che «lo Stato moderno, rispetto agli individui che lo compongono e alle comunità che vi si comprendono, è un ente a sé che riduce ad unità gli svariati elementi di cui consta, ma non si confonde con nessuno di essi, di fronte ai quali erge con una personalità propria, dotato di un potere, che non ripete se non dalla sua stessa natura e dalla sua stessa forza», così S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., pp. 6-7. Più precisamente, Ranelletti intendeva attribuire fondamento giuridico all'unità e all'impersonalità dello Stato attraverso i postulati della scienze dogmatica; Santi Romano, preoccupato dall'associazionismo dei pubblici funzionari e in particolare dei magistrati, riteneva l'organizzazione statuale insufficiente dinnanzi al bisogno sociale di organizzazioni nuove, le quali a suo avviso erano idonee a svelare il «peccato di origine» dello Stato moderno, ossia l'«essere eccessivamente semplice»; infine, Vittorio Emanuele Orlando considerava lo Stato come autorità pubblica generale, insistendo particolarmente proprio sul concetto di autorità. Sebbene ancorati al loro tempo, tutti e tre gli scritti, a mio avviso, mettono in luce la capacità dello Stato di moderno di autolegittimarsi, qualità dovuta alla sua stessa genesi,

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

del potere pubblico e sulla capacità dello Stato di autolegittimarsi quale soggetto autocratico, Santi Romano, in uno slancio di forse eccessiva enfasi, qualificò lo Stato «*vero principio di vita*» e «*stupenda creazione del diritto*, che ad una facile critica è sembrato che non abbia altra consistenza che quella di una fantasia poetica, ma che invece, frutto di un lungo e sicuro processo storico, ha dato vita ad una grandezza sociale, per esprimerci alla meno peggio, maggiore di ogni altra e più di ogni altra attiva e potente»[16]. Sebbene, infatti, la visione organicistica dello Stato proposta in quegli scritti si ponga in contrasto con l'idea di pluralismo istituzionale[17], deve tuttavia riconoscersi l'impegno teorico degli Autori nel difendere le idee di Stato e di sovranità, seppur rilevandone i limiti. Oggi, quelle previsioni paiono, infatti, aver trovato conferma nella vicenda geopolitica novecentesca[18].

di cui gli Autori evidenziano la complessità. È chiaro che oggi quella visione organicistica dello Stato diremmo che si pone in contrasto con il pluralismo istituzionale dello Stato costituzionale di diritto; ciononostante, va riconosciuto a questi illustri e autorevoli Autori il merito, se si vuole "riformista", di aver difeso lo Stato pur evidenziandone le incompletezze.

[16] S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 8 (corsivi aggiunti).

[17] Come osservava lucidamente S. Cassese, *Lo Stato "stupenda creazione del diritto" e "vero principio di vita"*, cit., p. 507, «Più tardi, si comprenderà che questa visione organicistica era il contrario del pluralismo. Che unificare, contemperare e armonizzare (sono le parole magiche che ricorrono nello scritto romaniano) vuol dire, alla fine, eliminare il pluralismo (come tenterà di fare il corporativismo fascista, qualche anno più tardi)». Al riguardo, cfr. la puntuale ricostruzione di P. Ciarlo, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2018, p. 2, «Agli inizi del Novecento si sono formate due aree, distinte e contrapposte di pensiero giuridico-politico. La prima può essere ricondotta alla linea Laband, Gerber, Kelsen della democrazia pluralista e del proceduralismo maggioritario-minoritario. La definizione del principio maggioritario-minoritario si deve sostanzialmente a Kelsen che lo pone a fondamento della propria riflessione negli studi dedicati alla democrazia e al Parlamento. L'altra linea di pensiero giuridico-politico è quella che ha come maggiori esponenti Rudolf Smend, Gerhard Leibholz e Carl Schmitt. […] Noi tutti non possiamo non dirci kelseniani e neokantiani, perché, pur riconoscendo alcuni limiti soprattutto attuali di questo tipo di pensiero, non riusciamo a prescindere dalla sistematica delle fonti e dai principi che sono il suo fondamento. Non possiamo non essere convinti che il nostro presente e il nostro futuro è nella democrazia pluralista che si esprime attraverso il pluralismo istituzionale e delle fonti».

[18] L. Bellocchio, *Mutamento e persistenza dello stato nazionale*, cit., p. 295, evidenzia come «A partire dal 1919 e pressoché sistematicamente dopo ogni dopoguerra, il numero di studi che annunciavano la prossima inevitabile estinzione della

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

In una *seconda fase*, il dibattito sulla crisi della statualità fu favorito, da un lato, dall'espansione dei poteri pubblici internazionali, e, dall'altro, dal diffondersi del libertarismo neofederalista che riteneva lo Stato nazione una parentesi destinata ormai a chiudersi a causa dell'impossibilità di ricomprendere un assetto autenticamente liberale entro lo schema statuale[19]. Tra i principali fautori di questa tesi, Albert J. Nock sosteneva che le Costituzioni fossero inutilmente date e che le società si potessero autoregolare attraverso il mercato[20]. Con la crescente espansione del mito liberista, infatti, andò affermandosi la cosiddetta idea di Costituzione spontanea, vale a dire la convinzione «per cui lo Stato e le istituzioni non sarebbero altro che inutili impacci alla costituzione spontanea che il mercato donerebbe a tutti noi»[21].

Nella *terza fase*, invece, le tesi post-statualiste furono stimolate dal progressivo snellimento delle funzioni statali effettuato con la rivoluzione conservatrice thatcheriana-reaganiana. Negli anni del *thatcherismo*[22], infatti, andò ad affermarsi l'idea di Stato minimo, soste-

polity per eccellenza degli ultimi due secoli, lo stato nazionale, cominciò a crescere in modo esponenziale: più era cruenta la guerra che si era scatenata, più aumentava il numero degli scritti che denunciavano la bellicosità intrinseca dello stato nazionale e dunque la necessità di liberarsene; più la storia dava dimostrazioni di un ritorno di statualità per molti versi poderoso (fascismo, nazismo, comunismo, teocrazie), più fette crescenti di studiosi si lanciavano in previsioni sulla sua crisi; più il numero degli stati nazione aumentava, più cresceva il numero di studiosi impegnati a denunciare "l'anacronismo statuale"».

[19] *Ivi*, p. 302.

[20] A.J. Nock, *Our Enemy, the State*, William Morrow & Company, 1935, trad. it. L.M. Bassani (a cura di), *Il nostro Nemico, lo Stato*, Macerata, 1995. Al riguardo, cfr. P. Ciarlo, *Un'idea sbagliata: la fine dello Stato*, in Aa.Vv., *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana, Atti del XXVI Convegno annuale, Torino, 27-29 ottobre 2011*, Jovene, Napoli, 2014, p. 378, «Il saggio di Nock è diviso in due parti. Nella prima si afferma che il mercato è tutto e lo Stato il nostro nemico. Nella seconda erigendo a sistema il suo pensiero, Nock asserisce che le Costituzioni sono inutilmente date e che attraverso il mercato le società si auto costituiscono. È la teoria della Costituzione spontanea. Assemblee costituenti, Costituzioni, corti costituzionali sarebbero poco più che delle finzioni. La naturalità del mercato determinerebbe la Costituzione».

[21] P. Ciarlo, *Contro l'idea di costituzione spontanea*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2002, p. 101.

[22] Con l'espressione *thatcherismo* si fa riferimento alla corrente politico-economica che fuse il conservatorismo con il liberismo di Milton Friedman. In particolare, si intende riferirsi alle politiche economiche che introdussero una deregolamentazione riconducibile alla *Reaganomics*, specialmente del settore finanziario, dei

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

nuta, tra gli altri, da Robert Nozick, il quale, in polemica con gli anarcocapitalisti, giustificava la formazione di uno Stato tramite un'agenzia privata di protezione che si limitasse a garantire le libertà individuali dei cittadini[23]. In questo periodo, le idee neoliberiste giunsero all'apice del loro splendore, se si considera che successivamente, con la caduta del muro di Berlino del 1989, l'idea di pubblico venne definitivamente screditata[24]. Evento che, infatti, indusse il politologo Fukuyama a sostenere che, con la caduta dell'Impero sovietico e del comunismo reale, la democrazia si sarebbe potuta consolidare soltanto con la politica economica capitalistica[25].

La *quarta fase* in cui la letteratura ricominciò a sostenere a gran voce la fine dello Stato coincise con la fine della guerra fredda, con l'avvento di un sistema internazionale caratterizzato dal disarmo nucleare e con lo sviluppo per i paesi dell'Eurozona del percorso verso la moneta unica. Le tesi sostenute a partire dagli anni Novanta, dunque, furono accomunate dall'idea per cui la globalizzazione avrebbe dovuto determinare l'inevitabile erosione della sovranità[26]. Convin-

mercati del lavoro flessibili, della privatizzazione delle aziende statali e della riduzione dell'influenza dei sindacati. Al riguardo, cfr. C Magazzino, *La politica economica di Margaret Thatcher*, FrancoAngeli, Milano, 2010.

[23] R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books, 1974. L'opera si sviluppa in tre parti: la prima ha ad oggetto le argomentazioni a favore dello stato minimo, in cui si giustifica la formazione di un'agenzia protettiva dominante e monopolistica in una comunità data che può legittimamente imporre obblighi e costi agli individui al fine di garantire la tutela dei diritti individuali; nella seconda, invece, l'A. formula una teoria della giustizia coerente con la tesi sui diritti inviolabili e critica le tesi sulla giustizia distributiva; infine, nella terza parte, prova a dimostrare che la teoria libertaria è l'unica moralmente giustificata.

[24] C. De Fiores, *Le radici della Nazione repubblicana. Fondamenti teorici e profili costituzionali*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2019, p. 58.

[25] F. Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, Free Press, New York 1992, trad. it. *La fine della storia e l'ultimo uomo*, BUR, Milano 1996.

[26] Al riguardo, sono state proposte molteplici definizioni di globalizzazione e delle sue ripercussioni sulle categorie tradizionalmente associate allo Stato moderno. Da alcuni, come A. Giddens, *Le conseguenze della modernità*, Il Mulino, Bologna, 1994, la globalizzazione è interpretata in continuità con la modernità giuridica e il suo avvento non altererebbe più di tanto il ruolo degli Stati nazione; per altri, invece, come M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2000, la globalizzazione comporta una netta cesura rispetto al passato, ridefinendo i rapporti tra Stato (potere pubblico) ed economia (mercato) sino a un ripensamento delle categorie giuridiche associate allo Stato nazione; infine, vi è chi, come G. Teubner, *Il costituzionalismo della società mondiale: cinque tesi sulle costituzioni degli spazi sociali transnazionali*, in G. Barcellona, R. Di Maria (a cura

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

zione su cui si fondava la democrazia cosmopolitica di Held e McGrew, i quali, insieme agli altri cosiddetti iperglobalisti, attribuirono particolare rilevanza all'impatto che i processi di integrazione regionale, come quello europeo, potevano avere sulla tenuta dello Stato[27]. Si pensi, ad esempio, al noto *Sovranità in discussione* di MacCormick ovvero a *La fine dello Stato nazione* di Ohmae[28]. In tale contesto culturale, in Europa con il Trattato di Maastricht si avviò il processo verso l'Unione economica e monetaria (UEM)[29], a partire dal quale gli economisti cominciarono a «denunciare l'intervento pubblico come la causa della perturbazione del naturale equilibrio di un mercato con-

di), *Costituzione e globalizzazione*, Enna, 2012, p. 65 ss., rinviene nella globalizzazione tanto elementi di continuità quanto di discontinuità con il passato. Non è questa la sede per esprimere un'opzione, quanto meno sufficientemente motivata, tra tali definizioni. Effettuare una scelta siffatta, infatti, significherebbe ampliare l'orizzonte del discorso verso questioni che esulano dalla presente indagine. Sicuramente, chi scrive rifugge da quelle idee che mostrano un forte scetticismo verso soluzioni ancorate alla tradizione statual-positivistica e che sostengono la fine degli Stati. In questo senso, infatti, si condividono le puntuali riflessioni di M. Betzu, *Stati e Istituzioni economiche sovranazionali*, Giappichelli, Torino, 2018, il quale evidenzia come, nell'attuale contesto internazionale, gli Stati, lungi dall'essere in crisi, continuano a esercitare funzioni di primaria importanza, prima tra tutte la determinazione della politica estera. Più precisamente, chi scrive aderisce alla tesi sostenuta dall'A. sulla capacità di adattamento degli Stati dinnanzi alla crescente istituzionalizzazione del livello sovranazionale e ai mutamenti della realtà socioeconomica globale.

[27] D. Held, A. McGrew, *Globalism/Anti-Globalization*, Polity Press, 2001, trad. it. *Globalismo e antiglobalismo*, Il Mulino, Bologna, 2003.

[28] N. MacCormick, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford Scholarship, 1999, trad. it. *Sovranità in discussione*, Il Mulino, Bologna, 2003; K. Ohmae, *The End of the Nation State: The Rise of Regional Economies*, 1995, trad. it. *La fine dello stato nazione e la crescita delle economie regionali*, Baldini e Castoldi, Milano, 1996. Ohmae sostiene che gli Stati nazionali tradizionali siano divenuti unità di *business* artificiose, o addirittura inammissibili in un'economia globale, tanto che lo Stato rappresenta un anacronismo istituzionale di cui liberarsi. Al riguardo, cfr. A. Martinelli, *Democrazia globale*, Egea, Milano, 2004.

[29] I parametri sono stabiliti all'art. 121, paragrafo 1 del Trattato di Roma che istituisce la Comunità europea (TCE), come modificato dal Trattato di Maastricht del 1992, e concernono la stabilità dei prezzi, la situazione delle finanze pubbliche in termini di disavanzo pubblico, il tasso di cambio, i tassi di interesse a lungo termine. Il Trattato di Maastricht, o Trattato sull'Unione Europea (TUE), è stato firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992. A sottoscriverlo sono stati i dodici Capi di Stato e di Governo dei Paesi dell'allora Comunità Europea. Questi erano Germania, Francia, Italia, Paesi Bassi, Belgio, Lussemburgo, Irlanda, Regno Unito, Danimarca, Grecia, Spagna e Portogallo.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

correnziale»[30]. È noto, infatti, che le idee maturate in questa quarta fase si svilupperanno, con ripercussioni tutt'altro che irrilevanti, anche negli anni successivi.

Infine, la *quinta fase* si può far decorrere dall'11 settembre 2001, data a partire dalla quale «il pendolo della storia è di nuovo tornato a oscillare verso la politicità, cioè verso la statualità»[31]. A seguito dell'accrescere dell'insicurezza globale dettata, da un lato, dal proliferare degli attacchi terroristici e, dall'altro, dalla crisi economica finanziaria del 2008 e dalle politiche di *austerity* adottate per farvi fronte, in tale fase si è sviluppato un sentimento che ha favorito l'affermazione dei populismi e dei cosiddetti sovranismi. Dove il neologismo *sovranismo* designa quella versione del nazionalismo legata al populismo, con cui si rivendica la sovranità nazional-popolare contro la dipendenza della politica da vincoli internazionali ed europei, allo scopo di «generare consenso anche tra i ceti più deboli, il cui crescente disagio è stato certamente provocato dalle politiche liberiste di restrizione dei diritti sociali e del lavoro promosse dalla globalizzazione dei mercati»[32]. Sebbene perniciosi avversari della democrazia e pericolosi alleati del liberismo, populismo e sovranismo denotano, pur sempre, un ritorno all'idea di Stato[33].

[30] R. Bin, *Il ritorno dello Stato e l'importanza del Presidente*, in *laCostituzione.info*, 28 marzo 2020, p. 1.

[31] L. Bellocchio, *Mutamento e persistenza dello stato nazionale*, cit., p. 306. L'A. evidenzia che se è vero che negli anni Novanta si riteneva che «l'era del contratto», come spesso è stata definita l'era della globalizzazione, fosse capace di determinare la fine dello Stato-nazione, è altrettanto vero che già in quegli anni lo Stato nazione dava segni di ripresa. In particolare, dopo l'11 settembre, l'era del contratto, predicata tra gli altri da F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005 e da S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Bari, 2002 è, per molti versi, già giunta al termine.

[32] L. Ferrajoli, *L'alleanza perversa tra sovranismi e liberismo*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2019, p. 1. Al riguardo, tra i tanti, cfr. l'analisi lungimirante di P. Ciarlo, *Il mostro del nazionalismo era solo assopito*, in *Sardegnasoprattutto*, 27 marzo 2015; Id., *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, cit., pp. 1-4.

[33] *Ivi*, p. 3 ss. Nonostante l'apparente opposizione, Ferrajoli evidenzia lucidamente tre nessi tra sovranismi e liberismo e tre aspetti di questa singolare alleanza: «il primo è il ruolo, funzionale ai sovranismi, svolto, nella trasformazione della struttura della società, dalle misure antisociali e contro il lavoro promosse dalle politiche liberiste; il secondo è il ruolo inverso, funzionale al liberismo, svolto, nella contestazione delle istituzioni sovranazionali, dalle politiche autarchiche e isolazioniste promosse dagli odierni sovranismi; il terzo è il ruolo, nella riduzione dei limiti e dei

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Insomma, la narrazione sulla fine dello Stato nazione, seppur ciclicamente in auge, pare non aver trovato riscontro nella realtà, come dimostrano i dati secondo cui il sistema internazionale è passato dai 50 stati del 1945, agli 83 del 1959, ai 149 del 1979, ai 190 a metà degli anni Duemila, per finire con gli attuali 206, di cui 196 riconosciuti sovrani[34]. Peraltro, in tale contesto si inserisce anche l'Unione Europea che, sebbene quale organizzazione internazionale, ha nel tempo assunto caratteri e forme giuridiche sempre più assimilabili a quelle statali.

3. *Il ruolo degli Stati nella determinazione delle politiche ambientaliste*. – Nel quadro di un'esperienza limitata all'aerea europea, si è visto che una delle argomentazioni comuni alle teorie sulla fine dello Stato è quella della cessione della sovranità a organizzazioni sovrastatali, cessione che ha portato i post-statualisti a definire quella degli Stati una "sovranità limitata". Espressione coniata richiamando, seppur impropriamente, la dottrina di Breznev con la quale nel linguaggio politico, specialmente in quello euroscettico, si è soliti indicare l'assoggettamento degli Stati alle ingerenze delle Istituzioni europee[35]. Tale locuzione, tuttavia, oltre a possedere «una carica delegittimante che non può essere condivisa»[36], in quanto tende a prestare il fianco alle critiche populiste sulla dipendenza della politica degli Stati dai vincoli europei, non dà conto della realtà. Se è vero, infatti, che gli Stati possono apparire indeboliti dal un punto di vista della determinazione delle politiche economiche, essendo tenuti al rispetto dei vincoli europei di bilancio, è altrettanto vero che, non per questo, viene meno la loro sovranità, fermo restando, tra gli al-

vincoli costituzionali, svolto congiuntamente dalla concezione populista della sovranità popolare e da quella liberista della sovranità dei mercati».

[34] I. Clark, *Globalizzazione e frammentazione*, Il Mulino, Bologna, 2001. La fonte dei dati più aggiornati è *Atlante Geografico De Agostini*, De Agostini, Novara, 2018.

[35] La dottrina Brežnev, nota anche come dottrina della sovranità limitata, fu una linea di politica estera sovietica introdotta da Leonid Brežnev, l'allora segretario del partito comunista sovietico, in un discorso tenuto davanti al quinto congresso del Partito Operaio Unificato Polacco il 13 novembre 1968. Secondo tale teoria, ciascun paese appartenente alla comunità dei paesi socialisti doveva accettare che la comunità stessa potesse intervenire nella propria politica interna qualora emergessero al proprio interno tendenze alla restaurazione dei rapporti di potere capitalistici.

[36] P. Ciarlo, *Un'idea sbagliata: la fine dello Stato*, cit., p. 382.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

tri, il diritto di recesso dall'Unione. La responsabilità per l'attuazione delle politiche europee, nel caso di specie quelle ambientaliste previste dal *Green Deal*, infatti, spetta in larga misura agli Stati membri, i quali continuano a esserne «il braccio secolare»[37].

Dopo Maastricht[38], infatti, si è assistito a un progressivo mutamento di indirizzo e assetto dell'Unione, finalizzato non soltanto al perseguimento delle finalità economiche ma anche a quelle sociali. Specialmente dopo il Trattato di Lisbona del 2007[39], sono cambiate le modalità con cui l'Unione Europea ha esercitato i propri poteri, in quanto è stato modificato, innanzitutto, il processo decisionale attraverso l'attribuzione al controllo parlamentare e alla responsabilità democratica di un ruolo sicuramente maggiore rispetto al passato e, più in generale, è stata accresciuta la partecipazione e la tutela dei cittadini[40]. Come è noto, infatti, il Trattato di Lisbona ha conferito al-

[37] R. Bin, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2007, p. 47.

[38] Il progressivo allontanamento dalla vocazione prettamente economica del Trattato avviene con l'istituzione dell'Unione Europea ad opera del cosiddetto Trattato di Maastricht del 1992, col quale, ad esempio, il principio di non discriminazione trova espresso e generale riconoscimento con riferimento a tre fattispecie: come generale divieto di discriminazione in base alla nazionalità (art. 12 TCE); come esclusione di qualsiasi discriminazione tra produttori e consumatori, in tema di organizzazione comune dei mercati agricoli (art. 34, par. 2 TCE); e, infine, come principio che sancisce la parità di retribuzioni tra lavoratori dei due sessi (art. 141 TCE).

[39] Il trattato di Lisbona ha avuto inizio come progetto costituzionale alla fine del 2001, portato avanti nel 2002 e nel 2003 dalla Convenzione europea che ha elaborato il trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (trattato costituzionale). Il processo che ha portato al trattato di Lisbona è stato la conseguenza del risultato negativo di due *referendum* sul trattato costituzionale tenutisi nel maggio e nel giugno 2005. Il trattato è stato firmato il 13 dicembre 2007 in occasione del Consiglio europeo di Lisbona ed è stato ratificato da tutti gli Stati membri; in Italia con la Legge 2 agosto 2008, n. 130 *Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007* ed entrato in vigore il primo dicembre 2009.

[40] I poteri legislativi del Parlamento europeo sono stati ampliati mediante la «procedura legislativa ordinaria», che sostituisce la precedente procedura di codecisione. La procedura del parere conforme continua a esistere con il nome di procedura di «approvazione», mentre la procedura di consultazione rimane invariata. La nuova procedura di bilancio pone sullo stesso piano il Parlamento e il Consiglio per quanto riguarda l'adozione del bilancio annuale. Il quadro finanziario pluriennale deve essere approvato dal Parlamento. Il Parlamento europeo elegge il presidente della Commissione a maggioranza dei membri che lo compongono su proposta del Consiglio europeo, che sceglie il candidato deliberando a maggioranza qualificata e tenendo conto del risultato delle elezioni europee. Il Parlamento europeo continua ad ap-

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

l'Unione una personalità giuridica propria e un nuovo assetto istituzionale, tanto da farle assumere non solo i contenuti ma anche le forme giuridiche tipiche degli ordinamenti statali[41]. Contestualmente, anche in ragione della crisi economica del 2008, è man mano cresciuto il potere di governo della moneta in capo alla Banca Centrale Europea (BCE)[42], la quale oggi costituisce il pilastro dell'Eurozona[43].

provare la Commissione in quanto collegio. A seguito della cosiddetta *Brexit* del 1 febbraio 2020, il Parlamento è attualmente composto 705 deputati: dei 73 seggi vacanti a seguito del recesso del Regno Unito, 27 sono stati riassegnati al fine di riflettere meglio il principio della proporzionalità degressiva: Francia (+5), Spagna (+5), Italia (+3), Paesi Bassi (+3), Irlanda (+2), Svezia (+1), Austria (+1), Danimarca (+1), Finlandia (+1), Slovacchia (+1), Croazia (+1), Estonia (+1), Polonia (+1) e Romania (+1). Nessuno Stato membro ha perso seggi.

[41] Il Trattato di Lisbona, infatti, completa l'integrazione di alcuni aspetti del cosiddetto terzo pilastro relativi allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, vale a dire la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, nel primo pilastro. La precedente struttura intergovernativa cessa di esistere, giacché gli atti adottati in quest'ambito sono ora soggetti alla procedura legislativa ordinaria (maggioranza qualificata e codecisione), con l'impiego degli strumenti giuridici del metodo «comunitario» (regolamenti, direttive e decisioni), a meno che si disponga diversamente. Inoltre, il Parlamento europeo può proporre modifiche ai trattati, come già avveniva per il Consiglio, i governi degli Stati membri e la Commissione. Abitualmente, una revisione di questo tipo richiederebbe la convocazione di una Convenzione che raccomanderebbe le modifiche a una Conferenza intergovernativa CIG.

[42] Il primo gennaio 1994 fu creato l'Istituto Monetario Europeo (IME), allo scopo di rafforzare la cooperazione tra le Banche Centrali, coordinare le relative politiche monetarie e compiere i preparativi necessari per la costituzione del SEBC. Il primo gennaio 1999, fu introdotto l'euro quale valuta scritturale, utilizzata per fini contabili; mentre, la BCE, istituita il primo giugno 1998, divenne responsabile della politica monetaria della zona euro, con il principale scopo di assicurare la stabilità dei prezzi, realizzata attraverso il mantenimento del tasso d'inflazione di medio periodo ad un livello vicino ma non superiore al 2%. Durante un ventennio di continui progressi per saldare l'Unione nell'Eurozona, e durante un periodo di trasformazione, la BCE ha operato senza essere affiancata da una politica fiscale unica europea e con una serie di strumenti di cui dispone soltanto lei. Ad esempio, è l'unica banca centrale al mondo a essersi dotata del cosiddetto "*whatever-it-takes*", la difesa a oltranza, con qualsiasi mezzo, dell'irreversibilità dell'euro così come annunciato dal Presidente Mario Draghi nel 2012, con la celebre dichiarazione: «*Believe me, it will be enough*».

[43] La BCE «ha contribuito, con il suo ruolo determinante sulla stabilità di prezzi e sull'andamento dei tassi, alla creazione di 7 milioni di nuovi posti di lavoro nell'Eurozona tra il 2012 e il 2017» e «anche alla crescita economica nell'area euro, con il Pil pro capite medio che è salito da 21mila a 32mila euro dall'avvio della creazione della moneta unica a oggi». Così, I. Bufacchi, *La Bce ha 20 anni. Ecco, in sei mosse, come ha difeso i nostri soldi*, in *IlSole24ore*, 1 giugno 2018.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

In tale mutato contesto, si inserisce l'*European Green Deal*, la prima delle *sei priorità* della Commissione Europea per il 2019-2024[44], le quali, oltre al più generale obiettivo di raggiungere le zero emissioni di anidride carbonica entro il 2050, paiono preannunciare cambiamenti persino maggiori di quelli determinati dall'introduzione della moneta unica[45]. Tali priorità, infatti, denotano un mutamento di paradigma nella politica dell'Unione che, discostandosi definitivamente da Maastricht, è volto a conciliare la crescita economica con la tutela dell'ambiente. In quest'ottica, il percorso tracciato dalla Commissione Europea combina tra loro le nuove tecniche di produzione e di consumo dell'energia, un'infrastruttura di comunicazione basata su *internet of things* e sull'intelligenza artificiale, forme innovative di mobilità attraverso un'economia al servizio delle persone e, infine, un ripensamento delle politiche in molteplici settori dell'economia[46]. Inoltre, tale trasformazione di paradigma si evince anche dalla circostanza per cui la Commissione Europea si impegna a trasformare la BEI in una «banca per il clima»[47] e a riorganizzare i fondi europei, ridefi-

[44] Oltre al Green Deal, gli altri cinque pilastri della Commissione Europea 2019-2024 sono: un'economia al servizio delle persone (*working for social fairness and prosperity*); un'Europa pronta per l'era digitale (*Design of speed and digital lines on white and yellow background*); la promozione dello stile di vita europeo attraverso la tutela dei cittadini e dei valori europei (*promoting EU way of life*); più opportunità grazie a una nuova generazione di tecnologie; un'Europa più forte nel mondo rafforzare il ruolo guida responsabile a livello mondiale (*stronger europe*); un nuovo slancio per la democrazia europea (*european democracy*). Tali priorità possono consultarsi all'url: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024_it#documents

[45] G. Pitruzzella, *Con il «Patto verde europeo» l'Unione darà il buon esempio*, in *Il Corriere della sera*, 16 dicembre 2019.

[46] Segnatamente, nei seguenti settori: industria, infrastrutture, trasporti, costruzioni, consumo, tassazione, ricerca, concorrenza, agricoltura e cibo.

[47] A seguito di un lungo negoziato tra gli Stati membri (gli azionisti della Bei), in cui è stata discussa la bozza *EIB energy lending policy* del luglio 2019 della nuova strategia volta a supportare la transizione da carbone, gas e petrolio verso le fonti "pulite", sono state adottate delle linee guida affinché la BEI (Banca Europea per gli Investimenti) metta a disposizione mille miliardi di euro di investimenti sostenibili nei settori dell'ambiente e dell'azione per il clima nel decennio 2021-2030. La BEI, infatti, smetterà di finanziare progetti che riguardano i combustibili fossili entro la fine del 2020, per concentrarsi totalmente sulle energie rinnovabili e sulle nuove tecnologie in grado di accelerare la de-carbonizzazione del mix energetico, come i sistemi di accumulo. Nonostante la mediazione hanno votato contro Polonia, Ungheria e Romania, mentre si sono astenuti Austria e Olanda perché non è cambiata la politica della Bei a sostegno del nucleare. A favore Italia, Germania e Francia.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

nendo sussidi e tassazione, al fine di destinare consistenti risorse per compensare le regioni e i gruppi sociali che saranno svantaggiati dal cambiamento.

In linea con le altre cinque priorità[48], dunque, l'*European Green Deal* intende conciliare l'emergenza ambientale con le condizioni sociali di ciascuno Stato membro. Il Parlamento Europeo ha, infatti, insistito sulla necessità che l'EGD «conduca al progresso sociale, migliorando il benessere generale e riducendo le disuguaglianze sociali, gli squilibri economici tra gli Stati membri e le disparità di genere e generazionali»[49]. È stata, inoltre, affermata l'esigenza di «creare opportunità economiche e garantire equità tra le generazioni» mediante il «rispetto e l'intensificazione del dialogo sociale a tutti i livelli e in tutti gli ambiti [e] contestualmente all'attuazione del Pilastro europeo dei diritti sociali»[50].

Pertanto, diversamente dalla Carta sociale europea del 1961, dalla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989[51] e dal Pilastro europeo dei diritti sociali[52], documenti significativi dal punto di vista della loro proclamazione ufficiale ma pur sempre non vincolanti, l'EGD affida agli Stati membri compiti concreti che si traducono in un loro impegno di primario rilievo: è necessa-

[48] Un'economia al servizio delle persone; un'Europa pronta per l'era digitale; la promozione dello stile di vita europeo attraverso la tutela dei valori europei; un'Europa più forte nel mondo; un nuovo slancio per la democrazia europea.

[49] *Ivi*, *paragrafo 4.*

[50] *Ivi*, *paragrafo 6.*

[51] Dopo l'adozione della CEDU nel 1950, il Consiglio d'Europa avvertì l'esigenza di adottare una politica comune in campo sociale finalizzata a facilitare l'integrazione europea volta a prevenire gli svantaggi della concorrenza economica tra gli Stati dovuti alla diversità delle loro politiche sociali. Al riguardo, si veda C. Panzera, *Diritti ineffettivi? Gli strumenti di tutela della Carta sociale europea*, in *Rivista AIC*, 2017, p. 1 ss. Con riferimento, invece, alla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, questa fu sottoscritta da 11 Stati membri in occasione del Consiglio europeo di Strasburgo dell'8 e 9 dicembre 1989. Successivamente, nel 1998 fu sottoscritta anche dalla Gran Bretagna. Sul punto, si condividono le osservazioni di M. Luciani, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. dir.*, n. 3, 2000, spec. p. 368, e da ultimo F. Salmoni, *Le politiche di austerity e i diritti sociali nel processo di integrazione europea*, cit., spec. pp. 182-183.

[52] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Istituzione di un pilastro europeo dei diritti sociali*, del 26 aprile 2017, COM (2017) 250. Al riguardo, si vedano le riflessioni di S. Giubboni, *L'insostenibile leggerezza del Pilastro europeo dei diritti sociali*, cit., pp. 557-578.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

rio uno sforzo condiviso di tutti gli Stati membri e che ogni Stato membro contribuisca al conseguimento della neutralità climatica dell'Unione entro il 2050[53].

Al riguardo, deve sottolinearsi il rilievo ascritto alla differenziazione delle politiche riconosciuta agli Stati membri, i quali possono «seguire diversi percorsi per conseguire la neutralità climatica al più tardi entro il 2050 in modo equo ed efficace in termini di costi, tenuto conto del fatto che non tutti i Paesi hanno lo stesso punto di partenza e le stesse risorse e che alcuni di essi stanno avanzando più rapidamente di altri, ma ritiene che la transizione verde debba essere trasformata in un'opportunità economica e sociale per tutte le regioni d'Europa»[54]. In ragione di ciò, si giustifica la necessità della predisposizione di «Piani nazionali per l'energia e per il clima», in quanto spetta agli Stati la competenza «nel decidere il proprio mix energetico nel quadro dell'UE per il clima e l'energia», assicurandosi che tali piani «siano pienamente in linea con gli obiettivi dell'UE»[55].

In definitiva, emerge un forte legame tra l'obiettivo posto dalle sfide ambientali e la dimensione sociale, in quanto le prime possono costituire problemi sociali derivanti da situazioni di diseguaglianza e, pertanto, fanno sì che gravi sugli Stati il compito di assicurare l'eguaglianza nei diritti ai propri cittadini. È, allora, evidente che l'*European Green Deal* non costituisce soltanto uno strumento per la crescita economica, ma anche un'azione volta a correggere i meccanismi di allocazione del mercato, impattando sulla società attraverso politiche e misure di formazione, riqualificazione, sostegno e imprenditorialità per i lavoratori. Insomma, se fino all'inizio del XXI secolo, poteva residuare qualche dubbio sulla tenuta dell'idea di statualità, soprattutto in ragione della espansione di politiche neoliberiste, l'idea di Stato sta ormai riacquistando il suo antico splendore grazie, soprattutto, a quella linfa vitale costituita dallo Stato sociale.

[53] Parlamento europeo, Risoluzione del 15 gennaio 2020, cit., *paragrafo 11*. Il Parlamento invita la Commissione a presentare una proposta di normativa europea sul clima entro il marzo 2020. Al riguardo, il 4 marzo 2020, la Commissione Europea ha pubblicato una Proposta di Regolamento EU, *Normativa europea sul clima - conseguire la neutralità climatica entro il 2050* (establishing the framework for achieving climate neutrality and amending Regulation (EU) 2018/1999 (European Climate Law).

[54] Parlamento europeo, Risoluzione del 15 gennaio 2020, cit., *paragrafo 15.*

[55] Ivi, *paragrafo 23*.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

4. *Un'Europa ambientalista presuppone uno Stato sociale europeo*. – Se si tiene conto delle considerazioni svolte nei paragrafi precedenti, è possibile sviluppare due riflessioni conclusive. La prima è che un interesse di tutti, quale il «diritto fondamentale a un ambiente sicuro, pulito, sano e sostenibile»[56], richiede l'imposizione di limiti e controlli a tutti i poteri, sia politici che economici, nonché la presenza di uno Stato interventista che assicuri il benessere dei propri cittadini. La seconda è che la tutela di tale diritto presuppone l'espansione del paradigma costituzionale oltre gli Stati, vale a dire uno Stato sociale europeo.

Quanto alla prima conclusione, con l'*European Green Deal*, le Istituzioni europee si sono preoccupate di tutelare l'interesse pubblico generale forse più importante che il costituzionalismo abbia sino ad oggi mai garantito, quello «alla sopravvivenza dell'umanità e all'abitabilità del pianeta»[57], e nel farlo non hanno mancato di richiamare costantemente il problema occupazionale, l'esigenza di rimuovere le diseguaglianze e la necessità che siano assicurate le prestazioni pubbliche che sostengono lo Stato sociale. La sfida climatica, insieme alla sfida digitale e a quella sanitaria causata dalla pandemia da Covid-19[58], dunque, sta aprendo per l'Unione Europea uno scenario nuovo. Una *sesta fase*, volendo continuare la periodizzazione operata nelle pagine precedenti. Una fase in cui il momento di cesura coincide con la fine del primo ventennio del XXI secolo, quando, con l'avvento dell'era digitale e con la presa di coscienza della limitatezza delle risorse del pianeta, il ruolo degli Stati risulta ancora una volta preponderante proprio perché tutte queste sfide presuppongono l'elaborazione di politiche concrete. Il mercato, infatti, non è in grado

[56] Parlamento europeo, Risoluzione del 15 gennaio 2020, cit., *paragrafo 2.*

[57] L. Ferrajoli, *L'alleanza perversa tra sovranismi e liberismo*, cit., p. 15.

[58] Con la Delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, intitolata *Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*, il Governo italiano ha dichiarato lo stato di emergenza nazionale sino al 31 luglio 2020. A tale delibera sono seguiti una serie di atti normativi del Governo, tanto di primo quanto di secondo grado, volti a contenere il contagio dal cosiddetto Covid-19. Limitando l'attenzione ai principali, cfr. Decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6; d.P.C.M. 23 febbraio 2020; d.P.C.M. 25 febbraio 2020; il d.P.C.M. 9 marzo 2020; d.P.C.M. 11 marzo 2020; l'ordinanza del Ministro della salute del 20 marzo 2020; da ultimo, il Decreto Legge 25 marzo 2020, n. 19, recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

da solo di fornirvi risposta. Lo scenario che si sta aprendo, o che forse si è già aperto, è uno scenario da Stato sociale. Dove allo Stato si chiedono prestazioni e attività prevalentemente, ma non esclusivamente, pubbliche, dirette a fornire sostegno e assistenza a chi si trova in stato di bisogno. Non è un caso, infatti, che sia nella Risoluzione sull'EGD, sia nel Programma della Commissione Europea 2019-2024, nonché nel recente discorso del Presidente della Repubblica del 27 marzo 2020 sull'emergenza da Covid-19, si ripetano costantemente le seguenti parole: «nessuno sia lasciato indietro»[59].

Da tali considerazioni discende la seconda riflessione, vale a dire la necessità di uno Stato sociale europeo. Mai come oggi, di fronte alla gravità della crisi che sta mettendo a dura prova la tenuta non solo dei sistemi sanitari nazionali ma anche della stabilità economica globale[60], si è rivelata la mancanza drammatica di un governo politico sovranazionale dell'economia, in grado di imporre regole, limiti e controlli alla finanza onde impedirne gli attacchi speculativi[61]. Peraltro, il fatto che la ricchezza prodotta dalla globalizzazione abbia accentuato il divario sociale, e che le politiche perequative imposte dal principio di eguaglianza sostanziale siano «costrette a retrocedere di fronte agli indicatori economici»[62], rende necessaria una regolazione costituzionale dei conflitti sociali che vada oltre il livello statale. Occorre, dunque, pervenire all'integrazione costituzionale e all'unificazione politica dell'Europa, al fine di evitare la disgregazione dell'Unione e il conseguente crollo della democrazia e delle economie statali. L'esperienza costituzionale, infatti, ha insegnato che il conflitto – culturale, politico o sociale – per potersi esprimere liberamente deve essere regolato, altrimenti il più forte prevale sul più de-

[59] Parlamento europeo, Risoluzione del 15 gennaio 2020, cit., *paragrafi 4, 35* e *88*. Con riferimento al Programma della Commissione Europea 2019-2024, cfr. *Political guidelines of the Commission 2019-2024*, reperibili all'url: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024_it#documents, in cui si legge più volte «*This is the European way: we are ambitious and* we leave nobody behind», segnatamente a pp. 6, 11, 16 e 18. Infine, si v. la Dichiarazione del Presidente della Repubblica sull'emergenza coronavirus del 27 marzo 2020, il Presidente Mattarella ha affermato: «Dobbiamo compiere ogni sforzo perché nessuno sia lasciato indietro». Dichiarazione reperibile nel sito internet del Quirinale, all'url: https://www.quirinale.it/elementi/48598.

[60] C. Tripodinia, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it.*, fasc. n. 1, 2020, p. 79.

[61] L. Ferrajoli, *Lo Stato costituzionale, la sua crisi e il suo futuro*, cit., p. 329.

[62] R. Bin, *Che cos'è la Costituzione?*, cit., p. 52.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

bole, il più ricco sul più povero e il conflitto "finisce"[63]. Del resto, l'intolleranza populista per il pluralismo istituzionale è stata favorita anche dalla radicale trasformazione della stratificazione della società e dall'accrescere del divario sociale[64].

Insomma, tanto per scongiurare le insidie del nazionalismo quanto per perseguire gli obiettivi climatici e sociali posti dalle le *sei priorità* 2019-2024 della Commissione Europea, urge un cambio di rotta. Occorre tornare al più alto ideale dell'Europa unita, di un'Europa politica, democratica e sociale. Sebbene trattasi sicuramente di un obiettivo di lungo periodo e di non semplice realizzazione, tuttavia, l'*European Green Deal* mostra che questa è la strada da percorrere e che, forse, l'Europa sta già percorrendo. Se, infatti, il costituzionalismo può essere considerato la storia sociale e politica di un progressivo allargamento della sfera dei diritti[65], allora l'allargamento del paradigma statale oltre lo Stato, del paradigma garantista e sociale verso uno Stato sociale europeo, costituisce la risposta alla più recente sfida climatica nonché a tutte le altre sfide di questo secolo.

[63] P. Ciarlo, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, cit., p. 4.

[64] «Per circa un secolo i soggetti del pluralismo, dai partiti ai sindacati, hanno trovato la propria ragion d'essere nella strutturazione del lavoro. Contadini, operai, ceto medio dei servizi, proprietari, imprenditori. Oggi queste distinzioni, pur conservando un loro importante rilievo, sono state sopravanzate da altre. Si sono ripresentate diversità religiose ed etniche, e soprattutto le figure di operai, impiegati e imprenditori hanno confini molto labili». Così, P. Ciarlo, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, cit., p. 6. Dello stesso avviso è anche L. Ferrajoli, *L'alleanza perversa tra sovranismi e liberismo*, cit., p. 3, «Espressioni come movimento operaio e classe operaia sono andate fuori uso perché è venuta meno, con la moltiplicazione, la differenziazione e la precarizzazione dei rapporti di lavoro, l'uguaglianza nei diritti tra i lavoratori, i quali, anziché solidarizzare in lotte comuni, sono costretti a entrare in competizione tra loro».

[65] L. Ferrajoli, *Il significato del principio di uguaglianza*, in *Dem. dir.*, n. 2-3, 1994, p. 481; Id., *L'alleanza perversa tra sovranismi e liberismo*, cit., p. 12, «Si è trattato di una storia sociale e politica, prima che teorica, dato che nessuno di questi diritti è mai calato dall'alto, ma tutti sono stati conquistati da movimenti rivoluzionari: le grandi rivoluzioni liberali americana e francese, poi i moti ottocenteschi in Europa per gli statuti, infine le lotte operaie, femministe, ecologiste e pacifiste del secolo scorso».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Alice Cherchi

*I Compilatori al lavoro sul 'Codex'. Confronto tra C. 11.7(6) e il suo corrispondente teodosiano**

Sommario: 1. Premessa. – 2. C. 11.7(6): uno sguardo d'insieme. – 3. Le costituzioni concernenti l'estrazione dell'oro. – 4. Le costituzioni relative all'estrazione dei marmi e dei materiali lapidei. - 4.1. C. 11.7(6).3. - 4.2. C. 11.7(6).6. – 5. La costituzione sui '*procuratores metallorum*'. – 6. La costituzione sui minatori. – 7. Conclusioni. – *Abstract.*

1. *Premessa.* – Lo studio dei metodi di compilazione dei *tria volumina* ordinati da Giustiniano rappresenta, *ça va sans dire*, uno dei settori d'indagine più affascinanti e prolifici della romanistica, la cui complessità non smette di suscitare interrogativi e riflessioni. In ordine al metodo di compilazione del *Codex Repetitae Praelectionis* – definito da Volterra «un mosaico di frammenti di costituzioni»[1], piuttosto che una semplice raccolta –, si registrano infatti diverse nuove ricerche[2], che hanno contribuito a fare luce su aspetti di rilevanza nevralgica, quali l'individuazione dei materiali normativi utilizzati e il concreto atteggiarsi dell'impegno di sistematizzazione messo in atto

* Il presente testo è stato pubblicato, con alcune varianti, su *Iura & Legal Systems*, VII.2, 2020, p. 1 ss.

[1] E. Volterra, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, in *La critica del testo. Atti del II Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del diritto*, Firenze, 1971, p. 1048 [ora in *Scritti giuridici*, VI, Napoli, 1994, p. 230].

[2] E. Germino, *Codex Theodosianus e Codex Iustinianus: un'ipotesi di lavoro*, in L. De Giovanni (a cura di), *Società e diritto nella tarda antichità*, Napoli, 2012, p. 61 ss.; R. Delmaire, *Du Code Théodosien au Code Justininen. L'adaptation de lois anciennes à des situations nouvelles*, in S. Crogiez-Pétrequin, P. Jaillette (éds.), *Société, économie, administration dans le Code Théodosien*, Villeneuve d'Ascq, 2012, p. 165 ss.; G. Bassanelli Sommariva, *Il Codice Teodosiano ed il Codice giustinianeo posti a confronto*, in *MEFRA-Antiquité*, CXXV.II, 2013, p. 441 ss.; L. Di Paola, *Il codice teodosiano e il codice giustinianeo a confronto: riflessioni su alcuni titoli*, in *LR*, V, 2016, p. 237 ss.; R. Lambertini, *Se, per le costituzioni anteriori al 438, i tres veteres codices siano stati l'unica fonte del Codice giustinianeo*, in *AUPA*, LXI, 2018, p. 125 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

dai Compilatori, soprattutto rispetto alle *leges* provenienti dal *Codex Theodosianus*.

Come è noto, gli intenti di brevità e chiarezza tanto caldeggiati dal *Basiléus* imposero un attento lavoro di selezione e modifica delle costituzioni in precedenza raccolte nei Codici Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano[3]. Con specifico riferimento alle *leges* provenienti dal *Codex Theodosianus*, il lavoro dei Compilatori fu condizionato sia dal fatto che i criteri da seguire differissero in parte da quelli dati, circa un secolo prima, da Teodosio II, sia dalla più generale necessità di adattare le *leges* alle esigenze nel frattempo sopravvenute[4]. Per-

[3] In questo senso depongono infatti alcuni notissimi passaggi di Const. *Haec* (pr. *…et prolixitatem litium amputare, multitudine quidem constitutionum, quae tribus codicibus Gregoriano et Hermogeniano atque Theodosiano continebantur, illarum etiam, quae post eosdem codices a Theodosio divinae recordationis aliisque post eum retro principibus, a nostra etiam clementia positae sunt, resecanda, uno autem codice sub felici nostri nominis vocabulo componendo, in quem colligi tam memoratorum trium codicum quam novellas post eos positas constitutiones oportet…* 2. *…specialiter permisimus resecatis iam supervacuis, quantum ad legum soliditatem pertinet, praefationibus quam similibus et contrariis, praeterquam si iuris aliqua divisione adiuventur, illis etiam, quae in desuetudinem abierunt, certas et brevi sermone conscriptas ex isdem tribus codicibus…* 3. *…certas et indubitatas et in unum codicem collectas esse de cetero constitutiones…*), Const. *Summa* (1. *Sed cum sit necessarium multitudinem constitutionum tam in tribus veteribus codicibus relatarum quam post eorum confectionem posterioribus temporibus adiectarum ad brevitatem reducendo caliginem earum rectis iudicum definitionibus insidiantem penitus extirpare…*), e Const. *Cordi* (pr. *…igitur in primordio nostri imperii sacratissimas constitutiones, quae in diversa volumina fuerant dispersae et quam plurima similitudine nec non diversitate vacillabant, in unum corpus colligere omnique vitio purgare proposuimus…*).

[4] Basti qui ripercorrere alcuni punti focali della sterminata riflessione della dottrina su tali notissimi profili, a partire dalle conclusioni di G.G. Archi, *Teodosio II e la sua codificazione*, Napoli, 1976, p. 34 ss., ad avviso del quale le intenzioni di Teodosio II consistettero non soltanto nella volontà, già palesata con riferimento al primo progetto, di ordinare le *leges* presenti nei Codici Ermogeniano e Gregoriano, integrandole con le successive (CTh. 1.1.5), ma soprattutto in quella di agevolare «una buona amministrazione della giustizia» (CTh. 1.1.6). Tuttavia, ad avviso di Archi (*op. cit.*, p. 52 s.), nella seconda codificazione teodosiana non ci si preoccupò più «del *codex* come insieme omogeneo, ma dei singoli testi delle *constitutiones*, posto che tutte devono entrare a far parte della raccolta». Tale scelta – giustificata, più nello specifico, dalla volontà di mantenere memoria di tutti gli Imperatori nella loro funzione di legislatori –, avrebbe dunque portato a una raccolta di provvedimenti talvolta «fra loro in contrasto; o quanto meno contrassegnanti un progressivo sviluppo di un istituto, per cui il primo testo viene abrogato dal secondo» (anche alla luce di quanto prescritto in Nov.Th. 1.pr.-3). Tali conclusioni, ampiamente condivise dalla dottrina successiva – cfr. *ex multis* M. Bianchini, *Intorno alla composizione di alcuni titoli*

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

tanto, i Commissari giustinianei si trovarono a decidere, di volta in volta, se scartare o inserire i testi normativi e, in quest'ultimo caso, a valutare se apportarvi modifiche formali e/o sostanziali.

Sebbene tali tipologie di intervento siano già state individuate con sufficiente chiarezza da importanti studi di raffronto, a largo spettro, tra i titoli e i testi delle costituzioni inserite nel *Codex Repetitae Prae-*

del Codice Teodosiano, in *AARC*, XIV, Napoli, 2003, p. 241 ss. [ora in *Temi e tecniche della legislazione tardoimperiale*, Torino, 2008, p. 69 ss., in part. 76 s.]; G. Cervenca, *Dominato*, in M. Talamanca (diretto da), *Lineamenti di storia del diritto romano*[2], Milano, 1989, p. 614; L. De Giovanni, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma, 2007, p. 348 s.; nonché il recente saggio di G. Bassanelli Sommariva, *Il Codice*, cit., p. 450 s. –, sono state altresì oggetto di rimeditazioni e precisazioni, quali quelle di G. Barone Adesi, *Ricerche sui corpora normativi dell'impero romano. 1. I corpora degli iura tardoimperiali*, Torino, 1998, p. 57 s., il quale ha ritenuto che le indicazioni di Teodosio II avrebbero fatto perno sull'idea di raccogliere tutte le *leges* vigenti, a prescindere dalle loro potenziali contraddizioni. Ad ogni modo, si ritiene comunemente che le successive direttive di Giustiniano, anche alla luce dei problemi applicativi generati dalla codificazione precedente, si fecero più stringenti, in particolare al fine di ridurre il numero dei provvedimenti raccolti e renderli più chiari (Const. *Imp.* 2, oltre alle fonti citate *supra* nt. 3). Tale finalità si sarebbe dovuta realizzare attraverso l'eliminazione delle disposizioni simili, contraddittorie, superflue e abrogate o cadute in desuetudine. I poteri di intervento sui testi delle precedenti raccolte, si sarebbero dovuti poi concretare nel taglio delle *praefationes* e delle parti non necessarie, nell'integrazione delle lacune e nell'unione in un'unica legge di costituzioni separate (quest'ultimo invero appare il criterio il più innovativo rispetto alle precedenti indicazioni date da Teodosio II), come ordinato in Const. *Haec* 2 e *Cordi* 2-3. In questo modo, la compilazione giustinianea delle *leges* (come sottolineato, *ex multis*, ancora da G. Archi, *Giustiniano legislatore*, Bologna, 1970, p. 133 ss.; Id., *Studi sulle fonti del diritto nel tardo impero romano - Teodosio II e Giustiniano*, Cagliari, 1990, pp. 199 ss., 261 ss., 281 ss.; E. Volterra, *Il problema*, cit., pp. 202 ss., 277 ss. L. De Giovanni, *op. cit.*, pp. 433 ss. e 463 ss. (ove ulteriore letteratura); R. Delmaire, *Du Code*, cit., p. 166 ss.; E. Germino, *Codex*, cit., p. 66), avrebbe altresì consentito, per usare le parole dell'A. citato da ultimo, di adeguare «i testi antichi alla realtà giuridica e sociale del VI secolo sia di fornire concrete risposte ai bisogni dei suoi sudditi». Un ulteriore profilo delle indicazioni dei due Imperatori su cui vale la pena di soffermarsi sin da ora, dato che assumerà rilievo nel corso della presente indagine, riguarda l'estensione del campo di applicazione che le *leges* avrebbero assunto in seguito all'inserzione nei due *Codices* di nostro interesse. Le indicazioni fornite da Teodosio nel 426 d.C., accolte dal Codice giustinaneo in C. 1.14.2 e 3 – e ribadite dallo stesso Giustiniano in Const. *Haec* 2 –, prescrivevano infatti che, attraverso l'inserzione nei Codici, le costituzioni assumessero il valore di *leges generales*, a meno che non fossero state emanate con riferimento a specifiche categorie di soggetti o a determinate province, *civitates* e curie (*corporibus aut legatis aut provinciae vel civitati vel curiae*): in questi ultimi casi, infatti, avrebbero conservato il loro carattere speciale.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

lectionis e quelli del *Theodosianus*[5], due recenti ricerche[6] hanno ben posto in luce anche l'utilità di continuare a percorrere la strada di analisi più circoscritte, relative a singoli libri, titoli o *leges*[7], allo scopo di precisare ulteriormente il *modus operandi* adottato dai Commissari giustinianei alla luce delle problematiche proprie delle diverse materie affrontate. Nel solco tracciato da tali ricerche si pone la presente indagine, che mira a riflettere sul titolo del Codice di Giustiniano dedicato all'attività mineraria (C. 11.7(6)), al fine di percepire con maggior contezza come si atteggiò il lavoro 'sul campo' dei Compilatori in ordine a un settore produttivo di importanza capitale per le finanze imperiali, già normato dal *Codex Theodosianus* attraverso una disciplina particolarmente complessa, in quanto volta a soddisfare esigenze proprie di contesti e momenti storici differenti[8].

2. *C. 11.7(6): uno sguardo d'insieme.* – Ad un primo sguardo d'insieme, il titolo C. 11.7(6), rubricato *De metallariis et metallis et procuratoribus metallorum*, si presenta abbastanza breve: contiene infatti soltanto sette costituzioni, sei delle quali derivano dal titolo CTh. 10.19 (*De metallis et metallariis*) e una dal titolo CTh. 1.32 (*De procuratoribus gynaecei et metallorum*). Pertanto, CTh. 10.19 può essere

[5] L. Chiazzese, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustinianee*, *Parte generale*, Cortona 1933; Id., *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustinianee. Parte speciale (Materiali)*, G. Falcone (a cura di), Torino, 2018, p. 220 ss., e A.M. Giomaro, *Il Codex Repetitae Praelectionis. Contributo allo studio dello schema delle raccolte normative da Teodosio a Giustiniano*, Roma, 2001; Ead., *Differenze di 'sistema' fra codice di Teodosio II (439) e il codice di Giustiniano (534). I grandi spostamenti di materia fra lo schema dell'uno e dell'altro codice*, in *AARC*, XIV, cit., p. 155 ss.

[6] R. Delmaire, *Du Code*, cit., p. 166 ss.; L. Di Paola, *Il codice*, cit., p. 237 ss.

[7] Nella dottrina precedente, infatti, non mancano certo esempi – anche di estrema rilevanza – in questo senso: E. Volterra, *Il problema*, cit., p. 202 ss.; R. Bonini, *Ricerche di diritto giustininaneo*[2], Milano, 1990, p. 59 ss.; G.L. Falchi, *La tradizione giustinianea del materiale teodosiano (C.Th. XVI)*, in *SDHI*, LVII, 1991, p. 1 ss.; M. Bianchini, *Intorno alla composizione*, cit., p. 241 ss.; P.O. Cuneo, *Codice di Teodosio, Codice di Giustiniano. Saggio di comparazione su alcune costituzioni di Costantino e Licinio*, in *SDHI*, LXVII, 2002, p. 265 ss. [ora in *AARC*, XIV, cit., p. 265 ss.].

[8] La presente indagine rappresenta altresì l'occasione per integrare, con l'esame della disciplina del titolo 11.7(6) del *Codex Repetitae Praelectionis*, il mio precedente lavoro monografico dedicato a CTh. 10.19: A. Cherchi, *De metallis et metallariis. Ricerche sulla legislazione mineraria tardoantica*, Cagliari, 2017, p. 15 ss., al quale mi permetto sin da ora di rimandare per l'esame delle problematiche esegetiche relative alle singole costituzioni conservate in CTh. 10.19 che non verranno affrontate in questa sede.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

considerato, nella sostanza, il corrispondente teodosiano di C. 11.7(6), anche se delle quindici costituzioni in esso contenute, ben nove non risultano accolte dai Commissari giustinianei in C. 11.7(6): di esse, cinque riguardano l'estrazione dei marmi[9] e quattro i *metallarii*[10].

Tra le costituzioni inserite vi sono invece tutte e tre le *leges* relative all'oro[11], altre due ulteriori previsioni concernenti i marmi e i materiali lapidei[12] e un solo provvedimento dedicato ai *metallarii*[13], che presenta però importanti modifiche rispetto alla sua versione teodosiana. Infine, come già osservato, alle costituzioni appena menzionate va aggiunta la *lex* corrispondente a CTh. 1.32.5, confluita in C. 11.7(6).4, la cui inserzione si ricollega evidentemente alla volontà di accogliere nel titolo relativo alle miniere anche le disposizioni concernenti i *procuratores metallorum*, che nel Teodosiano si trovavano in altra sede (CTh. 1.32).

3. *Le costituzioni concernenti l'estrazione dell'oro.* – Per capire più a fondo le ragioni delle scelte appena evidenziate, non resta che esaminare il contenuto delle singole costituzioni confluite nel titolo di nostro interesse. C. 11.7(6) si apre infatti con due costituzioni relative all'oro, C. 11.7(6).1 e 2, che è opportuno esaminare, *ratione materiae*, insieme a C. 11.7(6).5.

C. 11.7(6).1 (Impp. Valentinianus et Valens AA. ad Cresconium Comitem Metallorum): *Perpensa deliberatione duximus sanciendum, ut, quicumque exercitium metallorum vellet adfluere, is labore proprio et sibi et rei publicae commoda compararet. Itaque si qui sponte confluxerint, eos laudabilitas tua octonos scripulos in balluca, quae Graece* χρύσαμμος *appellatur, cogat exsolvere. Quidquid autem amplius colligere potuerint, fisco potissimum distrahant, a quo competentia ex largitionibus nostris pretia suscipiant.* [D. IIII id. Dec. Parisiis Valentiniano et Valente AA. Conss.] (a. 365) [= CTh. 10.19.3]

C. 11.7(6).2 (Idem AA. ad Germanianum Comitem Sacrarum Largitionum): *Ob metallicum canonem, in quo propria consuetudo reti-*

[9] CTh. 10.19.1, 2, 8, 11 e 13.

[10] CTh. 10.19.5, 6, 7 e 9.

[11] C. 11.7(6).1 = CTh. 10.19.3, C. 11.7(6).2 = CTh. 10.19.4, C. 11.7(6).5 = CTh. 10.19.12.

[12] C. 11.7(6).3 = CTh. 10.19.10 e C. 11.7(6).6 = CTh. 10.19.14.

[13] C. 11.7(6).7 = CTh. 10.19.15.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

nenda est, quattuordecim uncias ballucae pro singulis libris constat inferri. [D. VI id. Ian. Romae Lupicino et Iovino Conss.] (a. 367) [= CTh. 10.19.4]

C. 11.7(6).5 (Imppp. Valentinianus Theodosius et Arcadius AAA. Romulo Com. S. L.): *Per annos singulos septeni per hominem scripuli largitionibus inferantur ab aurilegulis non solum in Pontica dioecesi, verum etiam in Asiana.* [D. XI k. Mart. Constantinopoli Arcadio A. II et Rufino Conss.] (a. 392) [= CTh. 10.19.12]

Come si vede, le tre costituzioni regolano gli obblighi tributari gravanti sugli estrattori d'oro, probabilmente nelle miniere fiscali[14], nonché le modalità di calcolo e versamento dei medesimi: che si tratti di obblighi circoscritti all'oro emerge sia dai riferimenti, conservati in C. 11.7(6).1 e 2, alla *balluca*, ossia il materiale sabbioso nel quale l'oro si trovava appena veniva estratto, sia dalla menzione, in C. 11.7(6).5, degli *aurileguli*, cioè coloro che si dedicavano all'estrazione dell'oro, quali soggetti gravati dai tributi. C. 11.7(6).1 e C. 11.7(6).2 risultano poi abbastanza vicine nel tempo, dato che risalgono al dicembre del 365 e al luglio del 367 d.C.[15], mentre C. 11.7(6).5 risulta emanata nel 392 e conserva, a differenza delle prime, l'indicazione delle diocesi in cui era destinata ad applicarsi[16].

Sotto il profilo testuale, le costituzioni non presentano alterazioni di rilievo rispetto ai loro corrispondenti teodosiani: C. 11.7(6).3 e 5 sono rimaste infatti del tutto invariate, mentre in C. 11.7(6).1 si riscontrano soltanto piccole modifiche formali rispetto a CTh. 10.19.3[17],

[14] Come è noto, infatti, i siti minerari di maggior importanza, e in particolare quelli auriferi, appartenevano direttamente all'autorità imperiale e rientravano, per il loro indubbio rilievo fiscale, tra le competenze delle *sacrae largitiones*. Sul punto, cfr. R. Delmaire, *Largesses sacrées et 'res privata'. L'"aerarium' impérial et son administration du IVe au VIe siècle*, Rome, 1989, pp. 428 ss. e 440 ss.; C. Domergue, *Les mines de la péninsule ibérique dans l'Antiquité romaine*, Rome, 1990, p. 311 ss.

[15] Alla luce delle *subscriptiones* a noi giunte, è probabile che entrambe le costituzioni siano state emesse da Valentiniano I e fossero perciò destinate originariamente a ricevere applicazione nella sola *pars Occidentis*.

[16] In virtù di tale indicazione si può presumere che la costituzione sia stata emanata da Teodosio I.

[17] CTh. 10.19.3 (365 Dec. 10) (Impp. Val(entini)anus et Valens AA. ad Cresconium Com(item) Metallorum): *Perpensa deliberatione duximus sanciendum, ut, quicumque exercitium metallorum vellet adfluere, is labore proprio et sibi et rei publicae commoda compararet. Itaque si qui sponte confluxerint, eos laudabilitas tua oc-*

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

che non paiono incidere sulla sostanza della disposizione. Risulta infatti inserito il nome greco della *balluca* (*…in balluca, quae Graece* χρύσαμμος *appellatur*), presumibilmente per favorire l'applicazione della norma nei territori orientali[18], e l'originario futuro semplice indicativo *suscipient*, conservato in fine di CTh. 10.19.3, risulta sostituito dal congiuntivo *suscipiant*, verosimilmente in accentuazione del carattere prescrittivo della proposizione (*a quo competentia ex largitionibus nostris pretia suscipiant*).

Venendo ora al contenuto delle nostre norme, la costituzione inserita in C. 11.7(6).1, definita il risultato di un'attenta ponderazione (*perpensa deliberatione duximus sanciendum…*), appare finalizzata a far sì che chi volesse *adfluere* all'attività mineraria garantisse un profitto non solo a se stesso, ma anche alla *res publica*. A tale scopo, il prosieguo della *lex* stabilisce che chi avesse spontaneamente intrapreso l'attività estrattiva[19] sarebbe stato tenuto a versare otto scripuli in *balluca* ai funzionari preposti, e a vendere al fisco, ad un prezzo imposto, il minerale estratto in *surplus*.

Da una lettura complessiva della disposizione si evince pertanto che, dietro alla possibilità per gli estrattori di procacciarsi guadagni personali (*sibi commoda comparare*) sottolineata in apertura, vi fosse soprattutto l'interesse a garantire alle finanze imperiali i *rei publicae commoda*, che sarebbero stati assicurati non solo dal versamento iniziale degli otto scripuli (*itaque… exsolvere*), ma soprattutto dalla successiva vendita del restante minerale imposta agli estrattori (*quidquid… suscipiant*). Tali obblighi sembrano inoltre presupporre che i soggetti tenuti al tributo non potessero sottoporre il minerale estratto ad alcuna lavorazione: si tratta di un divieto – di cui abbiamo notizia, per alcuni materiali di particolare pregio, sin dalla tarda Repubblica[20] – chiaramente volto a evitare che gli estrattori acquisissero clan-

tonos scripulos in balluca cogat exsolvere; quidquid autem amplius colligere potuerint, fisco potissimum distrahant, a quo competentia ex largitionibus nostris pretia suscipient. [Dat. IIII id. Decemb. Parisis Val(entini)ano et Valente AA. Conss.]

[18] Si tratta, dunque, come evidenziato da L. Chiazzese, *Confronti testuali […]. Parte speciale (Materiali)*, cit., p. 389, di un intervento inquadrabile tra le glosse esplicative, ben poste in evidenza di recente da R. Delmaire, *Du Code*, cit., p. 171 ss.

[19] La generica menzione di *quicumque exercitium metallorum vellet adfluere* potrebbe infatti implicare che si trattasse di estrattori privati che l'autorità imperiale voleva impiegare alle proprie dipendenze, forse come concessionari dei siti minerari.

[20] Al riguardo, Plin. *Nat. Hist*. 33.40.118 (*…Non licet ibi perficere id, excoctique Romam adfertur vena signata, ad bina milia fere pondo annua, Romae autem la-*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

destinamente l'oro rinvenuto. Di conseguenza, alla luce del complessivo contenuto della *lex*, l'unica fonte di guadagno personale per gli estrattori sembra potersi individuare nel ricavato dalla vendita coatta alle *largitiones* imperiali[21].

Dall'obbligo di versare la *balluca* previsto in C. 11.7(6).1, discende la successiva costituzione conservata in C.11.7(6).2, la quale specifica che, in sede di riscossione, quattordici unce di *balluca* sarebbero corrisposte a una libbra (*quattuordecim uncias ballucae pro singulis libris constat inferri*). Sembra dunque trattarsi di una disposizione in deroga alla regola generale per cui una libbra sarebbe stata formata da dodici unce di materiale puro, evidentemente dettata dalla circostanza che la *balluca* contenesse non solo oro, ma anche impurità, e fosse quindi più pesante[22].

vatur, in vendendo pretio statuta lege, ne modum excederet HS LXX in libras) pare testimoniare un analogo divieto per gli estrattori del minio nelle miniere di *Sisapo*, attive tra la tarda Repubblica e il Principato.

[21] Tuttavia, l'indicazione *fisco potissimum distrahant* presente nella nostra *lex* non appare del tutto chiara su tale profilo, dal momento che si potrebbe interpretare come obbligo di procedere alla vendita senza indugio o come obbligo di vendere in maggior misura al fisco il materiale estratto, a seconda di come si intenda *potissimum*. Non si può del tutto escludere, allora, che gli estrattori potessero trattenere una minima parte della *balluca* come guadagno personale, anche se, alla luce dell'interesse fiscale al controllo dell'oro estratto che si deduce dalla disposizione, appare più verosimile il contrario. Ad ogni modo, per valutare se la vendita potesse essere effettivamente remunerativa per gli estrattori va anche tenuta in considerazione l'entità che il prezzo fissato dalle *largitiones* avrebbe potuto assumere: al riguardo, G. De Bonfils, *Gli schiavi e gli ebrei nella legislazione del IV secolo. Storia di un divieto*, Bari, 1992, p. 73 ss., Id., *L'obbligo di vendere lo schiavo alla Chiesa e la clausola del 'competens pretium'*, in *AARC*, X, Napoli, 1995, p. 521, ha ritenuto più verosimile che si trattasse del prezzo di mercato, mentre più di recente F. Carlà, *L'oro nella tarda antichità: aspetti economici e sociali*, Torino, 2009, p. 251 ss., ha osservato che probabilmente si trattava di un prezzo più basso, favorevole agli interessi fiscali. Tuttavia, visto che la nostra *lex* appare volta a incentivare la coltivazione dell'oro, è presumibile che la fissazione del prezzo avrebbe perseguito, almeno inizialmente, anche la finalità di remunerare gli estrattori al fine di farli continuare ad *adfluere* all'*exercitium metallorum*.

[22] In questo senso, R. Delmaire, *Largesses*, cit., p. 434 s.; Ch. Vogler, *Les ouvriers des mines et des ateliers impériaux au IVème siècle après J.C.*, in H. Jones (par le soins de), *Le monde antique et les droits de l'homme. Actes de la 50e session de la Société internationale Fernand De Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité. Bruxelles, 16-19 septembre 1996*, Bruxelles, 1998, p. 413 ss., in part. p. 416; Ead., *L'or dans la circulation monétaire de l'empire romain au IVe siècle d'après les textes législatif*, in *AARC*, XII, Napoli, 1998, p. 137 ss., in part. p. 147; F. Carlà, *L'oro*, cit., p. 257.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Dal momento che la *lex* dichiara di confermare il rapporto tra *balluca* e libbra già previsto da consuetudini (*in quo propria consuetudo retinenda est*), si può dedurre che tale rapporto, elaborato a livello locale, avesse assunto valore di norma generale in seguito all'inserzione della disposizione nel *Codex Theodosianus*, valore che sarebbe stato poi confermato attraverso l'inserzione nel *Codex* di Giustiniano. Va però sottolineato che la disposizione di CTh. 10.19.4, confluita in C.11.7(6).2, faceva parte in origine di un provvedimento più ampio, emesso nel 367 d.C., in cui era ricompresa anche la *lex* conservata in CTh. 12.6.13[23]. Quest'ultima costituzione, dopo avere prescritto ai funzionari fiscali di ricevere soltanto pagamenti in oro puro (in *auri massa* o *auri obryza*), disponeva che, laddove fosse stata corrisposta una *massa auri* per adempiere ad un tributo il cui l'ammontare risultava fissato in solidi, si sarebbe applicato l'ordinario rapporto tra solido e libbra, per cui una libbra della massa sarebbe stata considerata pari a settantadue solidi.

Di conseguenza, se colleghiamo tali previsioni a quella del versamento del *canon metallicus* in *balluca*, possiamo desumere che, nella logica del *Codex Theodosianus*, tale modalità di riscossione del tributo rappresentasse un'eccezione rispetto alla regola per cui i funzionari avrebbero dovuto ricevere soltano pagamenti in oro puro. Da tale eccezione sarebbe poi discesa l'ulteriore deroga in ordine al rapporto tra *balluca* e libbra imposta da CTh. 10.19.4 e confermata da C.11.7(6).2. Tuttavia, nel *Codex* giustinianeo risulta accolta, in C. 10.72(70).5, la parte di CTh. 12.6.13 relativa al rapporto tra solido e libbra (*quotienscumque certa summa solidorum pro tituli qualitate debetur et auri massa transmittitur, in septuaginta duos solidos libra feratur accepto*), mentre risulta eliminata la disposizione che imponeva ai funzionari fiscali di ricevere soltanto pagamenti in oro puro, pro-

[23] CTh. 12.6.13 (367 Ian. 8) (Idem AA. ad Germanianum Com(item) S(acrarum) L(argitionum)): *Quotienscumque solidi ad largitionum subsidia perferendi sunt, non solidi, pro quibus adulterini saepe subduntur, sed aut idem in massam redacti aut, si aliunde qui solvit potest habere materiam, auri obryza dirigatur, pro ea scilicet parte, quam unusquisque dependit, ne diutius vel allecti vel prosecutores vel largitionales adulterinos solidos subrogando in conpendium suum fiscalia emolumenta convertant.* 1. *Illud etiam cautionis adicimus, ut, quotienscumque certa summa solidorum pro tituli qualitate debetur et auri massa transmittitur, in septuaginta duos solidos libra feratur accepto. Et cetera*. [Dat. VI id. Ian. Rom(ae) Lupicino et Iovino Conss.] [= C. 10.72(70).5, limitatamente al § 1, da *quotienscumque*].

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

babilmente al fine di semplificare la materia, favorendo così anche l'applicazione delle norme relative al *canon metallicus*[24].

Veniamo ora a C. 11.7(6).5, in virtù della quale l'obbligo di versare annualmente alle *largitiones* imperiali un importo pari a sette scripuli per ogni minatore impiegato (*per annos singulos septeni per hominem scripuli largitionibus inferantur ab aurilegulis*) si sarebbe applicato non soltanto nella diocesi Pontica, ma altresì in quella Asiana (*non solum in Pontica dioecesi, verum etiam in Asiana*). Da tale regime si evincono differenze non trascurabili rispetto alla disciplina configurata in C. 11.7(6).1: infatti, per quanto si possa supporre, sebbene C. 11.7(6).5 non lo specifichi, che anche il tributo ivi regolato dovesse essere versato in *balluca*, il calcolo del medesimo – che doveva essere versato annualmente – si mostra ancorato al numero dei minatori impiegati per l'estrazione dell'oro. Indicazioni del genere, come abbiamo visto, non compaiono in C. 11.7(6).1, nella quale gli obblighi tributari imposti agli estrattori, di cui non si precisa la periodicità, appaiono collegati all'effettiva produzione dell'oro, dato che la vendita coattiva del medesimo, prevista dopo il versamento degli otto scripuli iniziali, viene subordinata al rinvenimento di minerale in *surplus*[25].

Appare però difficile capire se il regime imposto da C. 11.7(6).5 fosse effettivamente più gravoso di quello previsto, in via generale, in C. 11.7(6).1: di recente si è sostenuto[26] che non lo fosse, in quanto l'importo di sette scripuli per uomo sarebbe stato comunque inferiore a quanto dovuto in base a C. 11.7(6).1 (otto scripuli iniziali e il versamento, dietro corrispettivo fissato dall'autorità imperiale, del-

[24] Infatti, sarebbero stati così eliminati gli eventuali dubbi derivanti dal fatto che si trattasse di un regime eccezionale, dato che, come osservato da R. Laprat, *Essais d'interprétation de C. 11.11(10).2*, in *Studi in onore di E. Volterra*, V, Milano, 1971, p. 297 ss., in part. 310, nt. 50, il rapporto tra *balluca* e libbra non sarebbe stato più rapportato al *solidus*.

[25] Inoltre, mentre C. 11.7(6).1 pare presupporre che i soggetti obbligati ai tributi fossero semplicemente gli estrattori, C. 11.7(6).5, prevedendo che i tributi dovessero essere calcolati per ogni minatore impiegato, sembrerebbe far riferimento a imprenditori minerari che avevano alle loro dipendenze un certo numero di minatori, anche se appare verosimile, come osservato da Ch. Freu, *Le statut du 'metallarius' dans le Code Théodosien*, in S. Crogiez-Pétrequin, P. Jaillette (éds.), *Société*, cit., p. 427 ss., in part. p. 442 ss., che gli estrattori dovessero, a loro volta, corrispondere tributi.

[26] F. Carlà, *L'oro*, cit., p. 254.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

l'ulteriore materiale estratto). Tuttavia, una simile valutazione non pare potersi prospettare a priori, dal momento che il suddetto tributo, essendo sganciato dalla quantità di minerale prodotta, si sarebbe potuto rivelare in concreto anche più gravoso[27], in particolare laddove la quantità di oro rinvenuta fosse tale da non consentire margini di profitto agli esercenti.

Ad ogni modo, per quel che ci interessa più da vicino, il fatto che la disposizione sia stata confermata nel *Codex Repetitae Praelectionis* induce a credere che si trattasse di un regime non superato, in quanto capace di garantire, nelle diocesi interessate, la prosecuzione dell'attività estrattiva e il soddisfacimento dell'interesse imperiale all'incasso dei tributi a questa collegata. Considerazioni analoghe, in effetti, paiono potersi prospettare in ordine a tutte e tre le *leges* relative all'oro che abbiamo sin qui esaminato: infatti, la circostanza che i Compilatori abbiano deciso di confermarle in C. 11.7(6) sembra derivare dalla loro idoneità ad applicarsi al sistema di amministrazione delle risorse aurifere di epoca giustinianea, il quale non dovette avere subito variazioni così rilevanti da imporre modifiche alla disciplina già accolta dal *Codex Theodosianus*.

4. *Le costituzioni relative all'estrazione dei marmi e dei materiali lapidei.* - 4.1. *C. 11.7(6).3*. – Con riguardo ai minerali estratti dalle *lapidicinae*, cioè i marmi e, più in generale, le pietre, si registra all'interno di C. 11.7(6).3, l'inserzione di un noto provvedimento del 382 d.C.:

C. 11.7(6).3 (Imppp. Gratianus Valentinianus et Theodosius AAA. Floro PP): *Cuncti, qui per privatorum loca saxorum venam laboriosis effossionibus persequuntur, decimas fisco, decimas etiam domino repraesentent, cetero modo suis desideriis vindicando*. [D. IIII K. Sept. Constantinopoli Antonio et Syagrio Conss.] (a. 382) [= CTh. 10.19.10]

La disciplina imposta da C. 11.7(6).3[28], la cd. *lex Cuncti*, configura in capo agli estrattori del marmo in cave private (*qui per privatorum loca… persequuntur*) l'obbligo di versare un decimo del materiale estratto al fisco e un altro decimo al proprietario del fondo,

[27] Si orienta infatti in tal senso R. Delmaire, *Largesses*, cit., p. 434 s.
[28] Emanata da Teodosio I, a Costantinopoli, il 29 agosto del 389 d.C.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

prevedendo poi che, una volta adempiuti i suddetti obblighi, il cavatore possa trattenere il minerale estratto in *surplus*[29].

La dottrina più datata[30] ha sostenuto che la *lex Cuncti* avesse una portata molto più pregnante di quanto appaia *prima facie*, in quanto avrebbe concesso un'autorizzazione generalizzata in capo ai terzi a scavare sui fondi altrui (la cd. libertà mineraria), a prescindere dal consenso del proprietario. In questo modo, si sarebbe quindi fatto strada il principio della separazione della proprietà delle miniere rispetto a quella del suolo, accompagnato dalla creazione di un diritto di regalia sulle miniere in favore dello Stato. Successivamente è stato però evidenziato[31] che la *lex* parrebbe piuttosto limitarsi a regolare i profili tributari collegati all'estrazione dei materiali lapidei, senza incidere sul titolo in virtù del quale il soggetto tenuto al tributo fosse (o sarebbe stato) autorizzato a svolgere gli scavi[32]. In effetti, come ho

[29] La costituzione appare pertanto finalizzata, almeno in via principale, a garantire al fisco l'incasso del decimo sulle estrazioni svolte su fondi privati altrui, sebbene non si possa escludere che fossero tenuti al tributo anche i cavatori su fondi propri.

[30] Nel quadro dell'ampia riflessione della dottrina più datata possiamo qui limitarci a citare, quali studi di maggior rilievo, A. Zanolini, *Sopra due discorsi intitolati Della legislazione mineraria e delle scuole delle miniere compilati da E. Poggi e da G. Marzucchi e da P. Savi e G. Meneghini. Considerazioni*, Torino, 1861, p. 45 ss.; F. Lampertico, *Sulla legislazione mineraria*, in *Atti dell'Istituto Veneto di Scienze, Lettere e Arti*[3], XV, 1869, pp. 48 ss.; G. Abignente, *La proprietà del sottosuolo. Studio storico giuridico*, Roma, 1888, p. 60 ss.; A. Arndt, *Zur Geschichte und Theorie des Bergregals und der Bergbaufreiheit. Ein Beitrag zur Wirtschaftsgeschichte*[2], Freiburg im Breisgau, 1916, p. 15 ss.; N. Tamassia, *Lezioni di storia del diritto italiano. La proprietà*, Padova, 1927, p. 248 ss.

[31] G. Negri, *Diritto minerario romano. I. Studi esegetici sul regime delle cave private nel pensiero dei giuristi classici*, Milano, 1985, p. 143 ss., R. Delmaire, *Largesses*, cit., p. 438; D.V. Piacente, *Sul titolo 10.19 del Codice Teodosiano ('de metallis et metallariis')*, in *StCl*, XLV, 2009, p. 170 ss.

[32] Di conseguenza, ad avviso di G. Negri, *Diritto*, cit., pp. 117 ss. e 143 ss., sarebbe altresì inverosimile che la parte finale di D. 8.4.13.1 (Ulp. 6 *op.*) (*…nisi talis consuetudo in illis lapidicinis consistat, ut si quis voluerit ex his caedere, non aliter hoc faciat, nisi prius solitum solacium pro hoc domino praestat: ita tamen lapides caedere debet, postquam satisfaciat domino, ut neque usus necessarii lapidis intercludatur neque commoditas rei iure domino adimatur*) sia stata interpolata in ragione del conferimento di un'autorizzazione *ex lege* a cavare su fondi altrui da parte di C. 11.7(6).3, come sostenuto da P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, 2.1, Milano, 1968, p. 127 ss.; S. Solazzi, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli, 1947, p. 177; B. Biondi, *Il diritto romano cristiano*, III, Milano, 1952, p. 308 s.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

già avuto modo di osservare[33], dato che la *lex* conservata in C. 11.7(6).3, attraverso le statuizioni che abbiamo visto in capo agli estrattori, sembra presupporre – e non voler statuire – che costoro fossero autorizzati dal proprietario del fondo, l'ultima interpretazione appare preferibile.

A fronte dell'accoglimento di tale regime, i Compilatori giustinianei scartarono ben cinque costituzioni relative ai materiali lapidei contenute in CTh. 10.19, di cui tre precedenti e due successive alla *lex Cuncti*. Si tratta anzitutto di CTh. 10.19.1[34], risalente al 320 d.C., con la quale Costantino aveva riconosciuto agli estrattori[35] la *facultas secandorum* dei marmi e la *libera potestas* di venderli, senza dover versare tributi al fisco, e di CTh. 10.19.2[36], emanata, nel 363 d.C., per conferire ai cavatori[37] della *pars Orientis* il diritto di procedere agli scavi (*permittimus omnibus, ut qui volunt caedere habeant licentiam adtributam*) – anche qui probabilmente senza oneri fiscali –, al fine di accrescere l'offerta dei materiali lapidei e farne così diminuire il prezzo (*…in inmensum quoddam saxorum pretia aucta sunt…*). Inoltre, con la *lex* conservata in CTh. 10.19.8[38], erano state previste per

[33] A. Cherchi, *De metallis*, cit., p. 138 ss., in cui ulteriore letteratura.

[34] CTh. 10.19.1 (320 Sept. 30) (Imp. Constantinus A. ad Maximum Rationalem Afric(ae)): *Secandorum marmorum ex quibuscumque metallis volentibus tribuimus facultatem, ita ut, qui caedere metallum atque ex eo facere quodcumque decreverint, etiam distrahendi habeant liberam potestatem.* [Dat. prid. kal. Octob. Constantino A. VI et Constantino Caes. Conss.].

[35] Ad avviso di G. Negri, *Diritto*, cit., p. 138 ss., il regime introdotto dalla costituzione si sarebbe dovuto applicare agli estrattori impiegati nelle cave pubbliche, dato che, altrimenti, la *lex* avrebbe probabilmente conservato un riferimento alla natura privata delle cave. Tuttavia, come già osservavo in A. Cherchi, *De metallis*, cit., p. 91 ss., non pare potersi escludere che l'indicazione *ex quibuscumque metallis* fosse volta a favorire un'applicazione generalizzata della disposizione, estesa, pertanto, anche ai cavatori impiegati su fondi privati.

[36] CTh. 10.19.2 (363 Otc. 22) (Imp. Iulianus A. ad Rufinum Com(item) O(rientis)): *Quoniam marmorum cupiditate in inmensum quoddam saxorum pretia aucta sunt, ut sumptuosa voluntas copia relaxetur, permittimus omnibus, ut qui volunt caedere habeant licentiam adtributam. Fore enim arbitramur, ut etiam conplures saxorum nitentium venae in lumen usumque perveniant.* [Dat. XI kal. Nov. Antiochiae Iuliano A. IIII et Sallustio Conss.].

[37] Anche in questo caso, dato che la disposizione non indica se si trattasse di cavatori impiegati in *lapidicinae* pubbliche o private: per sciogliere tale incertezza mi sembra si possa fare ricorso a considerazioni analoghe a quelle esposte *supra* nt. 35, lasciando aperta la possibilità che la *lex* fosse destinata ad applicarsi ad entrambe le ipotesi.

[38] CTh. 10.19.8 (376 Aug. 13) (Imppp. Valens, Gr(ati)anus et Val(entini)anus

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

i senatori della *pars Occidentis* condizioni particolarmente favorevoli: il diritto di cavare il marmo *de privatis lapidicinis* e di trasportarlo senza dover pagare né *vectigal*, né *portorium* (*vectigalis operas et portorii damna non metuens, pariat eam copiam*).

A queste *leges* seguiva poi, in CTh. 10.19, la *lex Cuncti*: di conseguenza, si dovrebbe presumere che il regime di tale *lex*, dovendo prevalere sulle tre precedenti in ragione del principio della successione delle leggi nel tempo, avrebbe determinato il superamento degli sgravi fiscali concessi da CTh. 10.19.1, 2, e 8. Tale rilievo induce a collegare la mancata inserzione di tali *leges* nel *Codex* all'ordine dato da Giustiniano di eliminare le costituzioni cadute in desuetudine[39], e di sgombrare così il campo da potenziali dubbi interpretativi. Infatti, considerato che CTh. 10.19.1 e 2 non specificavano, a differenza della *lex Cuncti* (espressamente riferita ai *privatorum loca*) se gli sgravi introdotti concernessero l'attività di estrazione in cave fiscali o private[40], si sarebbe potuto sostenere che avrebbero dovuto continuare ad applicarsi, con riguardo ai cavatori delle cave fiscali, anche dopo la *lex Cuncti*. E, a ben riflettere, neanche CTh. 10.19.8 – che si riferisce espressamente alle cave private –, sarebbe stata esente dall'ingenerare incertezze, dal momento che la specifica menzione dei senatori quali destinatari del trattamento tributario di favore, avrebbe potuto indurre a sostenere l'applicabilità del medesimo, quale regime speciale per i *patres*, anche in seguito all'entrata in vigore della *lex Cuncti*.

Nel *Codex* di Giustiniano risultano parimenti escluse altre due *leges* sui marmi presenti in CTh. 10.19, successive alle *lex Cuncti*. Si tratta *in primis* di CTh. 10.19.11[41], del 384 d.C., che riproduceva, nella

AAA. ad Senatum): *Potestatem eruendi vel exsecandi de privatis lapidicinis iam pridem per Macedoniam et Illyrici tractum certa sub condicione permisimus. Sed vobis, patres conscribti, volentibus liberalius deferetur, suo ut quisque sumptu suoque emolumento, vectigalis operas et portorii damna non metuens, pariat eam copiam.* [Et cetera. Lecta in Senatu Id. Aug. Valente V et Val(entini)ano AA. Conss.].

[39] Su tali direttive cfr. *supra* nt. 4.

[40] Sul punto, cfr. le osservazioni formulate *supra* ntt. 35 e 37.

[41] CTh. 10.19.11 (384 Oct. 5) (Idem AAA. Cynegio P(raefecto) P(raetori)o): *Ii, quibus ad exercenda metalla privata dives marmorum vena consentit, excidendi exsecandique iuxta legem dudum latam habeant facultatem, ita ut decima pars fisci nostri utilitatibus, decima ei cuius locus est deputetur. Quidquid vero reliquum fuerit, id iuxta eiusdem legis tenorem exercentibus cedat habituris licentiam vendendi donandi et quo voluntas suaserit transferendi*. [Dat. III Non. Octob. Constant(ino)p(oli) Richomere et Clearcho Conss.].

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

sostanza, la disciplina già contenuta nella *lex Cuncti* – facendovi peraltro espresso riferimento (*iuxta legem dudum latam habeant facultatem*) –, presumibilmente al fine di assicurarne l'applicazione generalizzata. Visto che tale disciplina non apportava alcuna novità rispetto alla precedente *lex Cuncti*, già inserita in C. 11.7(6).3, si può dedurre in maniera abbastanza agevole che i Compilatori giustinianei l'abbiano scartata al fine di evitare un'inutile ripetizione.

L'altro provvedimento eliminato – CTh. 10.19.13[42], risalente al 393 d.C. – aveva vietato ai privati di coltivare qualsiasi cava di marmo (*privatorum manus ab exercendo quolibet marmoreo metallo prohiberi praecipimus*), al fine di accrescere la richiesta del minerale proveniente dai *loca fiscalia* (*ut fiscalibus instantia locis liberior relaxetur*). Quale sanzione per coloro che avessero disatteso il divieto, la *lex* aveva inoltre previsto l'obbligo di versare al fisco tutto il materiale estratto clandestinamente (*si qui vero clandestino opere vetita deinceps exercere temptaverit, omne id, quidquid exciderit, iuri fisci et publico vindicandum*).

Appare dunque abbastanza chiaro che CTh. 10.19.13 configurava un regime di segno opposto rispetto alla *lex Cuncti* accolta in C. 11.7(6), dettato dalla necessità di favorire la produzione nelle cave fiscali, rimaste forse sprovviste di manodopera[43]. La ragione della scelta dei Compilatori giustinianei di omettere la disciplina conservata in CTh. 10.19.13 nel *Codex Repetitae Praelectionis* pare dunque risiedere nella volontà di prevenire eventuali incertezze in ordine all'applicazione della *lex Cuncti*, anche perché le esigenze alla base di CTh. 10.19.13 dovettero essere venute meno in epoca giustinianea[44].

[42] CTh. 10.19.13 (393 Febr. 12) (Imppp. Val(entini)anus, Theod(osius) et Arcad(ius) AAA. Rufino P(raefecto) P(raetori)o): *Privatorum manus ab exercendo quolibet marmoreo metallo prohiberi praecipimus, ut fiscalibus instantia locis liberior relaxetur. Si qui vero clandestino opere vetita deinceps exercere temptaverit, omne id, quidquid exciderit, iuri fisci et publico vindicandum*. [Dat. Prid. Id. Feb. Costantinop(oli) Theod(osio) A. III et Abundantio Conss.].

[43] In tal senso si è infatti espresso C. Pharr, *The Theodosian Code and Novels and the Sirmondian Constitutions. A Translation with a Commentary, Glossary and Bibliography*, in collaboration with T.S. Davidson and M.B. Pharr, Princeton, 1952, p. 285, nt. 26.

[44] Appare infatti verosimile che la mancata inserzione da parte dei Compilatori giustinianei sia riconducibile alla circostanza che il regime imposto da CTh. 10.19.13 abbia avuto carattere transitorio e territorialmente circoscritto, come sostenuto da G. Negri, *Diritto*, cit., p. 148, dato che dall'emanazione di CTh. 10.19.14,

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

4.2. *C. 11.7(6).6*. – Possiamo ora passare alla seconda costituzione relativa ai materiali lapidei conservata nel nostro *Codex*:

C. 11.7(6).6 (Imppp. Valentinianus Theodosius et Arcadius AAA. Paterno): *Quosdam operta humo esse saxa dicentes id agere cognovimus, ut defossis in altum cuniculis alienarum aedium fundamenta labefactent. qua de re, si quando huiusmodi marmora sub aedificiis latere dicantur, perquirendi eadem copia denegetur*. [Dat. XVII k. April. Constantinopoli Theodosio A. III. et Abundantio Conss.] (a. 393) [= CTh. 10.19.14 e Brev. 10.11.1, fino a *denegetur*]

La *lex*, emanata nel 393 d.C. da Teodosio I, sancisce il diniego dell'autorizzazione a procedere alle estrazioni per quei cavatori che, con la giustificazione di reperire pietre in profondità (*quosdam operta humo esse saxa dicentes*), avevano condotto scavi tali da danneggiare le fondamenta degli edifici altrui. Il diniego dell'autorizzazione, che pare potersi interpretare, più precisamente, come revoca della medesima – visto che la *lex* fa riferimento a coloro che già avevano posto in essere gli scavi –, testimonia la volontà di tutelare i proprietari di edifici di fronte al rischio che il concreto andamento dell'attività estrattiva ne compromettesse la stabilità. Tale disciplina si mostra dunque, a differenza di quella introdotta dalle costituzioni precedenti, finalizzata a tutelare le ragioni della proprietà privata, tanto che si è sostenuto[45] che, proprio in virtù di tale finalità, la sua versione teodosiana (CTh. 10.19.14)[46] sia stata accolta nel *Breviarium Alaricianum*.

risalente allo stesso anno, si evince chiaramente che gli scavi avessero continuato a svolgersi.

[45] J. Gaudemet, *Code Théodosien et Bréviaire d'Alaric (Comparaison des L. X des deux compilations)*, in *Studi in onore di G. Grosso*, IV, Torino, 1971, p. 369 ss. [ora in Id., *Études de droit romain*, I, Napoli, 1979, p. 341 s.].

[46] CTh. 10.19.14 (393 Mart. 16) (Idem AAA. Paterno): *Quosdam operta humo esse saxa dicentes id agere cognovimus, ut defossis in altum cuniculis alienarum aedium fundamenta labefactent. Qua de re, si quando huiusmodi marmora sub aedificiis latere dicantur, perquirendi eadem copia denegetur, ne, dum cautium ementita nobilitas cum aedificiorum qualitate taxatur et pretium domus ne diruatur offertur, non tam publicae rei studium quam privati causa videatur fuisse dispendii*. (Dat. XVII kal. April. Constantinop(oli) Theodos(osio) A. III. et Abundantio Conss.). Interpretatio: *Quicumque metallum dicens sub alienis aedificiis quaelibet saxa vel marmora effodienda crediderit, ut per eos fundamentorum firmitas incipiat vaccillare, his inquisitionis huius licentiam denegamus, ne, dum nobiliores lapides se quaerere adserunt, aut vendere aut subvertere aliena fundamenta praesumant*.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Tuttavia, in C. 11.7(6).6 non compare la parte finale di CTh. 10.19.14 (*ne, dum cautium ementita nobilitas cum aedificiorum qualitate taxatur et pretium domus ne diruatur offertur, non tam publicae rei studium quam privati causa videatur fuisse dispendii*). Si tratta di un segmento di testo che palesa la volontà di evitare – presumibilmente in ragione della diffusione di una pratica in tal senso – che i proprietari delle case, di fronte al persistere degli scavi, offrissero un prezzo per farli cessare. Questa parte di testo specificava poi che l'offerta del prezzo sarebbe stata considerata particolarmente riprovevole poiché non giustificata dalla necessità di salvaguardare l'interesse pubblico ma quello privato (*non… dispendii*).

Come appare abbastanza evidente, tale parte del testo non solo non conteneva prescrizioni ulteriori, ma neanche contribuiva a chiarire il contenuto delle precedenti[47]: anzi si mostrava, soprattutto nell'ultima frase in cui si riferiva all'interesse pubblico contrapponendolo a quello privato, non perfettamente in linea con quanto affermato in precedenza in favore dell'interesse dei privati proprietari degli edifici[48]. Queste brevi considerazioni consentono di percepire le motivazioni per cui tale parte di testo sia stata eliminata dai Compilatori giustinianei in C. 11.7(6).6: ancora una volta, non soltanto la *brevitas*, ma soprattutto la necessità di chiarezza.

Infatti, se guardiamo ora alla disciplina relativa ai marmi e ai materiali lapidei accolta in C. 11.7(6), ci troviamo di fronte ad un regime ben più lineare della sua versione teodosiana, dal momento che si riduce a due regole, *certae et brevi sermone conscriptae*, per gli estrattori: l'obbligo di versare un decimo al fisco e un decimo al proprietario del fondo, a cui si affianca il diritto di trattenere il *surplus*, e la revoca dell'autorizzazione all'attività estrattiva, laddove gli scavi avessero compromesso gli edifici. Appare inoltre significativo che entrambe le disposizioni accolte sembrino riferirsi all'estrazione del marmo da cave private[49], diversamente dalle *leges* relative all'oro che,

[47] Tanto che non risulta oggetto di attenzione neanche nell'*Interpretatio Wisigothica*, riportata alla nt. precedente.

[48] Infatti, a ben vedere, l'inciso *ne… dispendii*, lasciando intendere che il pagamento del prezzo sarebbe stato forse ammesso qualora gli edifici danneggiati fossero pubblici, avrebbe potuto indurre i cavatori a continuare gli scavi al fine di procurasi il denaro.

[49] Risultano infatti escluse da C. 11.7(6), le costituzioni applicabili anche alle cave pubbliche, cioè CTh. 10.19.1 e 2, sulle quali cfr. *supra* ntt. 35 e 37.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

invece, riguardano probabilmente le miniere fiscali. Alla base di tale differenza sembra esserci la circostanza che, a differenza della produzione dell'oro, probabilmente accentrata nelle mani del fisco, la produzione privata dei marmi rivestisse, ancora in epoca giustinianea, un ruolo tutt'altro che trascurabile.

5. *La costituzione sui 'procuratores metallorum'.* – Proseguendo nella disamina del nostro titolo, possiamo prendere in considerazione l'unica costituzione che non proviene da CTh. 10.19, ma da CTh. 1.32 (*De procuratoribus gynaecei et metallorum*):

C. 11.7(6).4 (Imppp. Gratianus[50], Valentinianus et Theodosius AAA. ad Eusignium PP): *Cum procuratores metallorum intra Macedoniam Daciam mediterraneam Moesiam seu Dardaniam soliti ex curialibus ordinari, per quos sollemnis profligatur exactio, simulato hostili metu huic se necessitati subtraxerint, ad implendum munus retrahantur, et nulli deinceps licentia laxetur prius indebitas expetere dignitates, quam subeundam procurationem fideli sollertique exactione compleverint*. [D. IIII k. Aug. Mediolani Honorio NP. et Euodio Conss.] (a. 386) [= CTh. 1.32.5]

Il testo della *lex*[51], emessa nel 386, si apre facendo riferimento ad una certa diffusione, presso i *procuratores metallorum* che operavano all'interno delle diocesi della Macedonia, Dacia, Mesia e Dardania, nominati tra i *curiales*, della pratica di sottrarsi ai loro doveri – e, più nel dettaglio, alla riscossione dei tributi (*sollemnis profligetur exactio*) –, *simulato hostili metu*. Per contrastare tale prassi, la costituzione sancisce, nella sua seconda parte, che i *procuratores* dovessero obbligatoriamente tornare alle loro mansioni (*ad implendum munus retrahantur*), pena la perdita della possibilità di ricoprire altre

[50] Come sottolineato da I. Fargnoli, P. Biavaschi, M. Del Genio, *La legislazione di Teodosio I (375-395): i primi quattro libri del Codice Teodosiano. Materiali per una Palingenesi delle costituzioni tardo-imperiali*, in *RDR*, 2005, p. 83 s., *on line*: http://ledonline,it/rivistadirittoromano/palingenesi.htlm, il nome di Graziano conservato nell'*inscriptio* andrebbe corretto con quello di Arcadio, dal momento che nel luglio del 386 d.C, quando la costituzione fu emanata da parte di Valentiniano II, Graziano era probabilmente morto da circa tre anni.

[51] Che risulta invariato da parte dei Compilatori giustinianei rispetto a CTh. 1.32.5, se non per la sostituzione di *ac* con *et*, e del verbo *profligetur* con *profligatur*.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

cariche, alle quali avrebbero potuto aspirare soltanto una volta che avessero provveduto, *fideli sollertique*, alle riscossioni.

Come emerge dalla doppia menzione dell'*exactio* (tanto in apertura che nella chiusa della *lex*), il provvedimento appare volto a garantire la regolare acquisizione dei proventi collegati allo sfruttamento degli importanti siti minerari delle diocesi danubiane, probabilmente appartenenti al fisco[52]. Non appare però del tutto chiaro il motivo per cui i *procuratores* si sarebbero sottratti a tale *munus*, dal momento che l'indicazione *simulato hostili metu*, non consente di capire nei confronti di chi il *metus* venisse effettivamente simulato[53].

Ad ogni modo, il contenuto e lo scopo della *lex* risultano sufficientemente intellegibili al fine di comprendere perché i Compilatori giustinianei, a differenza dei Commissari teodosiani, abbiano deciso di inserirla nel titolo dedicato alle miniere. Infatti, come ben si evince dalla rubrica di C. 11.7(6) (*De metallariis et metallis et procuratoribus metallorum*), i Compilatori decisero di ampliare, attraverso l'inserzione delle disciplina relativa ai *procuratores metallorum*, l'oggetto del titolo dedicato alle miniere, che invece nel *Codex Theodosianus* era limitato ai *metalla* e ai *metallarii*.

Tale scelta pare fondarsi anzitutto su esigenze di razionalizzazione sistematica, dal momento che apparve verosimilmente più logico aggiungere alle disposizioni relative ai *metalla* quelle riguardanti la loro amministrazione tramite i *procuratores* imperiali. Non a caso, infatti, una scelta analoga caratterizza, con riferimento ai *gynaecia*, anche il successivo titolo C. 11.8(7) (*De murilegulis et gynaeciariis et procuratoribus gynaecii et de monetariis et bastagariis*) che, a differenza del suo corrispondente teodosiano, CTh. 10.20 (*De murilegulis et gy-*

[52] Questa opzione interpretativa si mostra infatti verosimile alla luce del sistema di gestione delle miniere cristallizzatosi in epoca tardoantica (sul quale cfr. *supra* nt. 14), il quale presupponeva che i siti minerari di maggior importanza, per dimensioni e pregio dei minerali, appartenessero all'autorità imperiale e fossero da questa gestiti attraverso l'impiego dei *procuratores metallorum*. Appare pertanto meno plausibile l'ipotesi, prospettata da F. Carlà, *L'oro*, cit., p. 255 s., ad avviso del quale i *procuratores* presi in considerazione dalla nostra *lex* sarebbero stati preposti a riscuotere i tributi provenienti dalle estrazioni nelle miniere d'oro private.

[53] Dato che l'aggettivo *hostilis* potrebbe far pensare, almeno nel periodo in cui la costituzione fu emessa, ai Barbari che minacciavano i confini delle zone minerarie menzionate nella *lex*, l'inciso *simulato hostili metu* potrebbe avere assunto, in prosieguo di tempo, il significato più generale di «pretesto di situazioni di guerra», come ipotizzato da F. Carlà, *L'oro*, cit., p. 256.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

naeceraiis et monetariis et bastagariis), risulta esteso ai *procuratores gynaecii* già disciplinati in CTh. 1.32, per la precisione in CTh. 1.32.1. In ordine poi al contenuto della disposizione, sebbene le incertezze interpretative che abbiamo già rilevato incidano inevitabilmente sulla ricognizione dei motivi alla base della scelta operata dai Commissari giustinianei, questa sembra comunque potersi ricondurre al persistere del rilievo dei siti minerari delle zone danubiane e dei tributi derivanti dal loro sfruttamento.

6. *La costituzione sui minatori.* – Siamo giunti all'esame dell'ultima costituzione del nostro titolo, che, come già accennato, è quella che presenta modifiche più significative rispetto al corrispondente *locus* teodosiano. Per procedere a un raffronto più agevole tra le due *leges*, ne riportiamo entrambe le versioni:

C. 11.7(6).7 (Imp. Theodosius A. Maximino Com. S. L.): *Metallarii sive metallariae, qui quaeve ea regione deserta, ex qua videntur oriundi vel oriundae, ad externa migraverint, indubitanter sine ulla temporis praescriptione ad propriae originis stirpem laremque una cum sua subole revocentur, et quos domus nostrae secreta retineant. sciant autem nullum exinde praeiudicium fisco esse generandum, etiamsi is, quem metallicum esse constabit, privatis censibus suum nomen indiderit*. [D. V id. Iul. Constantinopoli Victore VC. Cons.] (a. 424).

C. 10.19.15 (424 Iul. 11) (Imp. Theod(osius) A. Maximino Com(iti) S(acrarum) L(argitionum)): pr. *Metallarii, qui ea regione deserta, ex qua videntur oriundi, ad externa migrarunt, indubitanter ad propriae originis stirpem laremque revocentur. Eorum autem earumque progenies, qui ex domibus privatorum eligere maluerunt consortia nuptiarum, aequa inter fiscum meum et parentes suos lance dividatur, ita ut, qui singulorum tantummodo filiorum probabuntur esse genitores, ex integro unicis fisco affectibus cedant: in posterum cunctis metallariorum condicionem necessario secuturis, quicumque ex ipsis et ex quocumque fuerint latere procreati.* 1. *Qui vero metallica loca praedictae obnoxia functioni emisse perhibentur, isdem procul dubio, quae auctores eorum implere consueverant, muniis subiacebunt. Nam de his, qui ad census annonarios transierunt, observandum est, ut illi, qui ante quinquennium tantummodo nexibus privatorum videntur inpliciti, sine dubio ad originem propriam redire cogantur, ex aequo cum publicis fundis eorum subole dividenda et unico filio metallariorum*

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

origini vindicando, omni tamen ceteris in futurum huiuscemodi licentia arte praeclusa. Quod si quis postea illud quod nunc prohibetur fecerit, sciat nullum exinde praeiudicium fisco esse generandum, etiamsi is quem metallicum esse constiterit, privatis censibus suum nomen indiderit. [D. V id. Iul. Constantinopoli Victore VC. Cons.]

La versione della *lex* del 424 d.C.[54] conservata in C. 11.7(6).7 appare, *ictu oculi*, molto più concisa di quella contenuta in CTh. 10.19.15: nella sua prima parte (*metallarii sive metallariae… revocentur*), corrisponde nella sostanza alla disposizione di apertura di CTh. 10.19.15 (*metallarii… revocentur*), anche se risente dell'inserzione del riferimento alle *metallariae* e delle modifiche grammaticali ad essa conseguenti (*qui quaeve… oriundi vel oriundae*), nonché della sostituzione dell'originario indicativo perfetto *migrarunt* con il congiuntivo *migraverint*[55]. Dopo *revocentur* si registra invece l'inserzione del segmento di testo *et quos domus nostrae secreta retineant*, non proveniente da CTh. 10.19.15, ma da CTh. 10.19.5[56]. Nella prosecuzione di C. 11.7(6).7, da un lato, risulta eliminata la lunga sezione del testo di CTh. 10.19.15 che va da *eorum* a *fecerit*, e, dall'altro lato, risulta accolto l'ultimo segmento (*sciant… indiderit*), seppur con le lievi modifiche formali deteminate dal nuovo contesto normativo (*sciant* in luogo di *sciat* e *constabit* in luogo di *constiterit*).

Nella versione elaborata dai Compilatori giustinianei, la costituzione prescrive anzitutto che i minatori e le minatrici fuggiti dovessero essere riportati, senza indugio, alla regione e alla condizione originaria, con la loro prole (*indubitanter sine ulla temporis praescriptione ad propriae originis stirpem laremque una cum sua subole revocentur*), anche qualora si fossero nascosti nelle proprietà imperiali (*et quos domus nostrae secreta retineant*). La *lex* sancisce, inoltre, che gli allontanamenti dei *metallarii* non avrebbero dovuto cagionare al-

[54] Che risulta emanata, a Costantinopoli, da Teodosio II.

[55] Tale ultima modifica appare determinata, come già sottolineato da L. Chiazzese, *Confronti testuali […]. Parte speciale (Materiali)*, cit., p. 390, da un «fine legislativo», cioè dalla necessità adattare il testo al nuovo articolato normativo.

[56] CTh. 10.19.5 (369? 370? 372? Apr. 30) (Imppp. Val(entini)anus, Valens et Gr(ati)anus AAA. Fortunatiano Com(iti) R(erum) P(rivatarum)): *Nullam partem Romani orbis credidimus relinquendam, ex qua non metallarii, qui incolunt latebras, producantur, et quos domus nostrae secreta retinent. Et in conprehendendis eis investigatores eorum rectores congruis auxiliis prosequantur.* [Dat. prid. kal. Mai. Antiochiae Valentiniano NB. P. et Victore Conss.].

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

cun danno al fisco, neanche qualora i minatori fossero riusciti a iscriversi ai censi privati e avessero così provveduto alla registrazione della loro condizione successiva alla fuga.

Come si vede, si tratta di un provvedimento volto ad assicurare che i minatori e le minatrici restassero perpetuamente vincolati alla loro condizione di origine e ai luoghi in cui essa si svolgeva, in modo che garantissero al fisco la produzione del *metallum* e l'incasso dei tributi. La costituzione, dunque, appare espressione della nota tendenza, riscontrabile nel periodo tardoantico anche per altre categorie di lavoratori – e in particolare per i coloni –, a vincolare i soggetti che svolgevano attività nevralgiche per le finanze imperiali alla loro professione, tanto da ridurli in uno stato di sostanziale schiavitù[57].

Il testo, così nella sua versione giustinianea, fa emergere tale scopo distintamente e consente pertanto di ascrivere le modifiche apportate dai Compilatori alle prescrizioni provenienti da CTh. 10.19.15 da loro accolte alla volontà di renderle ancora più incisive. In questo senso depone infatti, come ho già avuto modo di osservare[58], l'aggiunta del riferimento alle minatrici (*metallariae*), che si mostra volto a garantire che la disciplina già sancita in CTh. 10.19.15 venisse applicata alle donne. A ben vedere, che si trattasse di prescrizioni applicabili anche alle donne si sarebbe potuto ricavare – seppur non in maniera altrettanto esplicita – dalla disposizione teodosiana, e in particolare dall'indicazione *eorum autem earumque progenies* in questa contenuta, che però non risulta inserita in C. 11.7(6).7. La medesima finalità si evince poi dall'inserzione del segmento di testo che proviene da CTh. 10.19.5 (*et quos domus nostrae secreta retinent*, il cui verbo risulta corretto in *retineant*), il quale avrebbe sciolto ogni dubbio sulla

[57] Sulle complesse problematiche relative allo *status* paraservile delle diverse tipologie di coloni in epoca tardoantica e giustinianea, cfr., *ex multis*, M. Bianchini, *Sul regime delle unioni fra liberi e adscripticii nella legislazione giustinianea*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, V, Milano, 1984, p. 59 ss.; Ead., *Condicio dei genitori e status dei figli. Riflessioni su Nov. Iust. 38.6*, in *Diritto e società nel mondo romano I. Un incontro di studio. Pavia 21 aprile 1988*, Como, 1988, p. 181 ss., [ora entrambi in Ead., *Temi*, cit., pp. 419 ss. e 492 ss.]; A.J.B. Sirks, *Reconsidering the roman Colonate*, in *ZSS*, CX, 1993, p. 331 ss.; J.-M. Carrié, *Colonato del Basso impero: la resistenza di un mito*, in E. Lo Cascio (a cura di), *Terre, proprietari e contadini dell'impero romano. Dall'atto agrario al colonato tardoantico*, Roma, 1997, p. 122 ss.; F. Botta, *"De his qui suscipiunt alienos agricolas". Intorno a edict. praef. praet. XXV*, in *BIDR*, CXI, 2017, p. 1 ss.

[58] A. Cherchi, *Riflessioni sulla condizione giuridica delle metallariae nel tardo impero. A proposito di C. 11.7(6).7*, in *AUPA*, LIX, 2016, p. 221 ss., in part. p. 227 ss.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

possibilità, non presa espressamente in considerazione da CTh. 10.19.15, di applicare il provvedimento anche ai minatori rifugiatisi nei possedimenti imperiali.

Passiamo ora alla lunga parte di testo di CTh. 10.19.15 omessa in C. 11.7(6).7 (*eorum autem earumque… fecerit*): questa sanciva dapprima, nel *principium*, che i figli nati dai *consortia nuptiarum* tra *metallarii* e soggetti non *metallarii* sarebbero stati ripartiti tra il fisco e i loro genitori (*eorum autem earumque progenies… cedant*), nel senso che soltanto un figlio ogni due sarebbe stato destinato a servire il fisco come minatore, mentre l'altro sarebbe stato libero[59]. Tuttavia, il medesimo *principium* specificava poi che, *in posterum*, tutti i figli dei *metallarii* sarebbero stati incondizionatamente *metallarii*, anche se nati dall'unione tra un *metallarius* e un soggetto di condizione diversa: di conseguenza, la disciplina iniziale, per cui soltanto un figlio su due, se nato da unioni miste, sarebbe stato minatore, avrebbe configurato un regime transitorio.

Il restante contenuto di CTh. 10.19.15, conservato nel § 1, prescriveva che gli acquirenti delle miniere (*metallica loca praedictae obnoxia functioni*) divenissero titolari degli stessi oneri tributari a cui erano tenuti i venditori (*isdem… muniis subiacebunt*). Si può dunque desumere che i soggetti privati proprietari dei *metallica loca*, autorizzati alla vendita dei medesimi, non soggiacessero al vincolo perpetuo stabilito per i *metallarii* nel *principium* della medesima *lex*. Pertanto, sembra probabile che la disposizione appena ripercorsa non fosse riferita a semplici minatori, come il resto della *lex*, ma a imprenditori minerari che potevano vendere o acquistare le miniere purché assicurassero al fisco i tributi dovuti[60].

Il § 1 proseguiva con alcune disposizioni di nuovo dedicate ai minatori fuggiti (*nam de his… praeclusa*), le quali prescrivevano che laddove costoro fossero stati registrati nei censi annonari da non più di un quinquennio, sarebbero stati comunque obbligati a tornare alla condizione di origine e a dividere i loro figli *ex aequo* con il fisco[61].

[59] La disposizione specificava altresì, a conferma del prevalente interesse del fisco, che laddove fosse nato un solo figlio, questo sarebbe stato *metallarius* (*…ita ut, qui singulorum tantummodo filiorum probabuntur esse genitores, ex integro unicis fisco affectibus cedant*).

[60] In questo senso, Ch. Freu, *Le statut*, cit., p. 441.

[61] Anche in questo caso, laddove i *metallarii* iscritti ai censi avessero avuto un unico figlio, questo sarebbe stato *metallarius* (*…et unico filio metallariorum origini vindicando*).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Infine, il medesimo paragrafo sanciva (*omni… indiderit*) che tale regime di favore (*licentia*) sarebbe stato transitorio: di conseguenza, *postea*, il fisco, – e qui torniamo all'ultima parte di CTh. 10.19.15 (*sciat nullum exinde praeiudicium… indiderit*) accolta in C. 11.(7)6.7 – non avrebbe dovuto subire alcun pregiudizio dalla violazione delle norme in precedenza introdotte.

Anche in questo caso, nonostante le disposizioni finali, chiaramente volte a porre fine all'applicazione del regime transitorio per cui soltanto un figlio su due dei minatori passati ai censi annonari sarebbe stato minatore, emerge in maniera abbastanza chiara che l'enunciato delle norme precedenti avrebbe potuto lasciare spazio a dubbi e interpretazioni contrarie agli interessi del fisco. Basti pensare, al riguardo, che il riferimento ai soli *metallarii* passati ai censi da meno di cinque anni avrebbe potuto indurre a sostenere, contrariamente al principio ispiratore dell'intera costituzione, che coloro che fossero passati ai censi da più tempo sarebbero stati liberati dalla condizione di origine.

Dunque, dalla ricognizione, punto per punto, della disciplina contenuta nel lungo stralcio di CTh. 10.19.15 omesso in C. 11.(7)6.7, non appare difficile immaginare che i Compilatori giustinianei, posti di fronte a disposizioni transitorie e non sempre ben coordinate tra loro, abbiano deciso di eliminarle nel testo legislativo che andavano elaborando al fine di evitare potenziali interpretazioni elusive. Infatti, le poche disposizioni inserite in C. 11.7(6).7 – cioè l'obbligo per i *metallarii* di restare vincolati alla condizione di origine insieme ai loro figli e l'affermazione finale per cui le fughe e gli allontanamenti da tale condizione, anche se seguiti dall'iscrizione ai censi privati, non avrebbero dovuto comportare alcun danno per il fisco –, avendo definitivamente assunto, nella versione elaborata dai Compilatori, carattere generale e inderogabile, sarebbero state in grado di salvaguardare gli interessi del fisco, in quanto una loro attenta interpretazione, favorita dalla chiarezza dei *verba legis*, avrebbe implicato che i figli dei *metallarii* sarebbero stati in ogni caso *metallarii*, anche se nati da unioni miste o da *metallarii* passati ai censi privati.

Quanto sin qui emerso in ordine alle ragioni che hanno indotto i Compilatori a utilizzare soltanto una minima parte della disciplina proveniente da CTh. 10.19.15 e a rielaborarla in maniera decisa, ci consente di passare a una breve riflessione sui motivi per cui in C. 11.(7)6 siano state eliminate le altre quattro costituzioni relative ai minatori conservate in CTh. 10.19. Si tratta di quattro costituzioni,

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

tutte precedenti a CTh. 10.19.15, che possono essere raggruppate in virtù del loro oggetto.

Con le prime due, CTh. 10.19.6[62] e 9[63], risalenti al 369 e al 378 d.C., era stato regolato il trasporto dei *metallarii* in Sardegna: la *lex* del 369 aveva ammesso il suddetto trasferimento, a condizione che il *gubernator* o il *magister navis* versassero cinque solidi per ogni minatore trasportato, mentre quella del 378, lo aveva vietato del tutto (*privilegio transeundi ad Sardiniam spes inproba blandiatur*), in particolare per gli *aurileguli*. Allo scopo di dare al divieto un'efficace applicazione, quest'ultima *lex* aveva poi previsto, da un lato, che i *iudices* delle province da cui prendeva avvio la navigazione (*deinde provinciarum, quae mari alluuntur, iudices scientes fieri*) fossero resi edotti della proibizione, e, dall'altro lato, che i *custodes* e i *rectores provinciarum* che la avessero disattesa soggiacessero ad aspre sanzioni (*adficiendis etiam poena… neglegenda meminerint*).

Le seconde due erano poi concentrate sul problema della fuga dei *metallarii*: l'una, CTh. 10.19.5[64], emanata verosimilmente nel 372 d.C.[65], per la *pars Orientis*, aveva infatti sancito di procedere alla ricerca e all'individuazione dei *metallarii* fuggiti, anche laddove si fossero nascosti nei possedimenti imperiali (*nullam partem… retinent*) e, a tal fine, aveva altresì disposto che gli *investigatores* incaricati della ricerca si avvalessero della collaborazione dei *rectores* provinciali (*et in conprehendendis eis… prosequantur*). L'altra, CTh. 10.19.7[66], risalente pro-

[62] CTh. 10.19.6 (369 Iun. 4) (Imppp. Val(entini)anus, Valens et Gr(ati)anus AAA. ad Probum P(raefectum) P(raetori)o): *Si qua navis metallarium ad Sardiniam transtulerit, gubernator ipsius vel magister quinos pro singulis hominibus solidos cogatur inferre*. [Dat. prid. non. Iun. Martiatici Val(entini)ano NB. P. et Victore Conss.].

[63] CTh. 10.19.9 (378 Aug. 15) (Imppp. Valens, Gr(ati)anus et Val(entini)anus ad Vindicianum V(irum) C(larissimum) Vic(ari)um): *Datis ad inlustres viros praefectos Galliarum et Italiae litteris primum metallarios praecipimus admoneri, ne eis novelli statuti, quod fuerat elicitum, privilegio transeundi ad Sardiniam spes inproba blandiatur; deinde provinciarum, quae mari alluuntur, iudices scientes fieri, ut universorum navigatio huiusmodi hominum generi clauderetur, ita ut, si aurileguli transfretare temptassent, severitate iudicis audaciae suae ferrent digna supplicia; adficiendis etiam poena custodibus, si neglegentia navigandi isdem copiam praebuissent; ita ut haec non sine periculo suo rectores provinciarum neglegenda meminerint.* [Dat. XVIII kal. Sept. Valente VI et Valentiniano II AA. Conss.].

[64] Riportata *supra* nt. 56.

[65] In questo senso paiono infatti decisive le osservazioni di S. Schmidt-Hofner, *Die Regesten der Kaiser Valentinian und Valens in den Jahren 364 bis 375 n. Chr.*, in *ZSS*, CXXV, 2008, p. 456 s.

[66] CTh. 10.19.7 (370? 373? Mart. 19) (Idem AAA. ad Probum P(raefectum) P(rae-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

babilmente al 373 d.C.[67], estendeva all'Occidente (*quemadmodum dominus noster Valens per omnem Orientem…*) la disposizione già emanata da Valente conservata in CTh. 10.19.5. Più nel dettaglio, CTh. 10.19.7 aveva ordinato ai possessori delle terre di respingere i cercatori d'oro in fuga (*eos… arceri*), prescrivendo inoltre al prefetto del pretorio (*ita sinceritas tua… celandum*) di dare esecuzione all'ordine tramite editto, in modo che gli abitanti dell'Illirico e della Macedonia smettessero di nascondere nei propri possedimenti i minatori traci e li respingessero verso i luoghi di origine (*regredi ad solum genitale conpellant*).

Come si vede, le disposizioni appena ripercorse paiono finalizzate a fronteggiare situazioni contingenti verificatesi in determinati territori, le quali avevano contribuito a fare emergere la necessità di contenere, fino a vietare, le fughe e gli spostamenti dei minatori, necessità che fu poi alla base dell'emanazione della severa disciplina conservata nel provvedimento del 424 d.C. (CTh. 10.19.15). Appare dunque agevole capire perché i Compilatori le abbiano scartate e abbiano scelto di rielaborare e semplificare soltanto il regime contenuto nell'ultimo provvedimento. Tuttavia, l'inserzione in C. 11.7(6).7 anche del segmento di testo proveniente (*et quos domus nostrae secreta retineant*) sembra mostrare che alla base della scelta dei Compilatori non vi fu soltanto la rigida applicazione del principio della successione delle leggi nel tempo, ma la volontà di coordinare le diverse *leges* conservate nel *Codex Theodosianus* anche attraverso l'utilizzo dei passaggi delle disposizioni precedenti che risultassero comunque utili a garantire una più efficace applicazione della disciplina da loro rielaborata.

7. *Conclusioni*. – Alla luce di quanto osservato nel corso della presente indagine, possiamo tornare a volgere lo sguardo al complessivo

tori)o): *Quemadmodum dominus noster Valens per omnem Orientem eos, qui ibidem auri metallum vago errore sectantur, a possessoribus cunctis iussit arceri, ita sinceritas tua universos per Illyricum et dioecesim Macedonicam provinciales edicto conveniat, ut nemo quemquam Thracem ultra in possessione propria putet esse celandum, sed ut singulos potius regredi ad solum genitale conpellant, quos inde venisse cognoscunt. Alioquin gravis in eum animadversio proferetur, qui latebram huiusmodi hominibus post haec inter- dicta praebuerit.* [Dat. XIIII kal. April. Trev(iris) Val(entini)ano et Valente AA. Conss.].

[67] La plausibilità di tale datazione rappresenta infatti una logica conseguenza dell'ipotesi accolta con riferimento alla datazione di CTh. 10.19.5 (372 d.C.).

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

impianto del titolo sull'attività mineraria conservato nel *Codex Repetitae Praelectionis* al fine di trarre qualche considerazione conclusiva sul metodo e sulle logiche che guidarono i Compilatori giustinianei nell'elaborare il materiale proveniente dal *Codex Theodosianus*.

È infatti emerso con chiarezza che i Compilatori giustinianei si trovarono di fronte a una materia complessa e articolata, in cui erano confluiti provvedimenti di segno diverso poiché collegati a esigenze sorte in contesti e momenti storici differenti. Di conseguenza, l'impegno dei Commissari di Giustiniano appare concentrato non tanto sullo scopo di adattare le prescrizioni contenute in CTh. 10.19 a esigenze nel frattempo sopravvenute, ma soprattutto sulla necessità di sottoporre il materiale proveniente dal Codice Teodosiano a un'attenta razionalizzazione, tanto sotto il profilo sistematico che contenutistico.

Infatti, l'impianto di C. 11.7(6), seppur caratterizzato da un numero di gran lunga inferiore di provvedimenti, non solo prende in considerazione tutte le tematiche già disciplinate in CTh. 10.19[68], ma risulta arricchito – vista la stretta connessione con le altre prescrizioni accolte – della disciplina relativa ai *procuratores metallorum*[69] che nel *Codex Theodosianus* era disciplinata in altra sede. Per quanto concerne il contenuto delle singole costituzioni, da un lato risulta confermato *in toto* il regime in precedenza previsto per l'estrazione dell'oro e, dall'altro lato, risulta profondamente semplificato quello dell'estrazione dei materiali lapidei e dei minatori. In questi ultimi settori, infatti, la stringente selezione dei testi portò all'eliminazione dei provvedimenti che riproducevano il contenuto di altri (come quello che imponeva il versamento dei due decimi agli estrattori[70]) e di tutti quelli potenzialmente contraddittori. Tra essi, possiamo ricordare quelli volti a fare fronte a situazioni contingenti (ad esempio le *leges* relative al trasporto dei minatori in Sardegna o alle fughe dei minatori traci[71]) – e dunque probabilmente caduti in desuetudine – e quelli che contenevano disposizioni di segno opposto rispetto ad altre accolte (come il divieto di procedere alle estrazioni del marmo[72]).

[68] L'estrazione dell'oro (*supra* § 3) e dei materiali lapidei (*supra* § 4) e la condizione dei minatori (*supra* § 6).

[69] *Supra* § 5.

[70] CTh. 10.19.11 (*supra* § 4)

[71] CTh. 10.19.5, 6, 7 e 9 (*supra* § 6), ai quali possono aggiungersi CTh. 10.19.1, 2, 8, relativi all'estrazione dei marmi (*supra* § 4).

[72] CTh. 10.19.13, anch'essa probabilmente caduta in desuetudine (*supra* § 4, nt. 44).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Inoltre, i pochi, ma mirati, interventi sui testi delle *leges* accolte – in particolare quelli che sono emersi in C. 11.(7)6.6 e 7 – hanno mostrato la volontà di dare alle prescrizioni una più pregnante applicazione attraverso l'aggiunta di riferimenti a soggetti ai quali le norme si sarebbero applicate o di parti di altre costituzioni scartate[73], l'eliminazione della menzione di regimi transitori[74] e di parti non in linea con il complessivo contenuto del provvedimento[75].

Questi interventi, dunque, se guardati nel loro insieme, permettono di affermare che i Compilatori modificarono e coordinarono le singole disposizioni usando in modo misurato e puntuale tutti gli 'strumenti' forniti da Giustiniano, in modo da fugare, nella maggior misura possibile, le incertezze interpretative che sarebbero potute sorgere dalle norme precedenti e salvaguardare così gli interessi specificamente coinvolti dalla legislazione mineraria, tra i quali, rivestì un ruolo chiaramente centrale quello dell'autorità imperiale allo sfruttamento intensivo dei siti minerari e all'acquisizione dei tributi da esso derivanti.

Abstract

L'articolo confronta il regime conservato in C. 11.(7)6 con quello pervenuto in CTh. 10.19, al fine di fare chiarezza sul metodo e sulle logiche che guidarono i Compilatori giustinianei nella sistematizzazione, nel *Codex Repetitae Praelectionis*, della legislazione mineraria proveniente dal *Codex Theodosianus*. Attraverso la disamina dei singoli provvedimenti accolti o scartati dai Compilatori giustinianei, la ricerca mostra che, alla base dell'elaborazione del titolo C. 11.(7)6, vi fu un attento lavoro di selezione e mo-

[73] Si pensi, sotto il primo aspetto, all'aggiunta, in C. 11.(7)6.7 del riferimento alle *metallariae* e, sotto il secondo profilo, a quella del segmento di testo *et quos domus nostrae secreta retineant* proveniente da CTh. 10.19.5 (*supra* § 6). Oltre a questi interventi possiamo ricordare l'aggiunta della glossa esplicativa, riferita alla *balluca*, *quae Graece χρύσαμμος appellatur*, in C. 11.(7)6.5 (*supra* § 3)

[74] Come quello per cui soltanto un figlio su due sarebbe stato minatore se nato da unioni miste (tra un soggetto metallario e uno non metallario) o da minatori passati ai censi privati da meno di un quinquennio, in C. 11.(7)6.7 (*supra* § 6).

[75] Si pensi all'eliminazione, in C. 11.(7)6.6 (*supra* § 4), della parte finale di CTh. 10.19.14, in cui si faceva riferimento all'interesse pubblico, non contemplato in altre parti della disposizione – la quale mirava invece a tutelare i proprietari di edifici privati di fronte ai danni determinati dalle estrazioni –, e allo stralcio, ancora in C. 11.(7)6.7 (*supra* § 6), dei riferimenti alla possibilità di vendere i *metallica loca*, non in linea con il divieto di abbandonare i luoghi in cui si svolgevano le estrazioni già palesato dalla *lex*.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

difica delle costituzioni provenienti da CTh. 10.19 volto soprattutto a scongiurare i dubbi interpretativi in modo da pervenire a una più pregnate tutela degli interessi specificamente coinvolti nella legislazione mineraria.

The article compares C. 11. (7)6 and CTh. 10.19 with the aim of highlighting the method and the logics used by Justinian's Compilers in reordering the mining legislation coming from the *Codex Theodosianus.* By examining the provisions accepted or rejected in the Justinian's Code, the research shows that the careful selection and amendment of the laws coming from CTh. 10.19 performed by the Justinian's Compilers took primarily in account the need to remove interpretive doubts in order to safeguard more deeply the specific interests involved in the mining law.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Roberto Cherchi

La forma di governo parlamentare italiana nell'era del centrismo

Sommario: 1. La prima legislatura repubblicana: le elezioni del 18 aprile 1948 e il successo della Democrazia cristiana. – 2. La seconda legislatura repubblicana: il centrismo post-degasperiano. – 3. La terza legislatura: la crisi del centrismo e i primi passi verso l'apertura a sinistra. – 4. La meccanica della forma di governo nella prima legislatura repubblicana. – 5. La meccanica della forma di governo dopo la fine dell'era di De Gasperi.

1. *La prima legislatura repubblicana: le elezioni del 18 aprile 1948 e il successo della Democrazia cristiana*. – Le elezioni per la prima legislatura repubblicana, il 18 aprile 1948, furono condizionate dagli avvenimenti dei mesi precedenti. L'esclusione dei social-comunisti dal Governo (maggio 1947); la fondazione del Cominform (settembre 1947); la creazione da parte di PCI e PSI del Fronte democratico popolare (dicembre 1947), cui seguirà la presentazione di liste unitarie alle elezioni politiche; l'emozione per il colpo di Stato di Praga (febbraio 1948), l'intervento del Vaticano e della Chiesa cattolica nella campagna elettorale a sostegno della DC; la contesa tra due leader carismatici come De Gasperi e Togliatti: questi fatti contribuirono a creare una competizione quasi bipartitica e a produrre un esito elettorale maggioritario, nonostante la vigenza di leggi elettorali proporzionali.

La DC ottenne la maggioranza assoluta alla Camera dei deputati (12.7451.841 voti, pari al 48,7% dei suffragi, 300 deputati su un totale di 574), e l'avrebbe ottenuta anche al Senato se non vi fossero stati i senatori di diritto[1], mentre il fronte popolare si fermò a 8.025.390 voti (31% dei suffragi). Il PSLI raggiunse un apprezzabile risultato (7,1% dei voti); il PRI ottenne il 2,5% dei voti; il PLI, che aveva

[1] Su un totale di 334 seggi al Senato, di cui 97 erano seggi di diritto, 150 senatori si iscrissero al gruppo parlamentare della Democrazia cristiana, e di questi solo 19 erano senatori a vita.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

presentato i propri candidati nelle liste di un blocco nazionale in cui era confluito anche il Fronte dell'uomo qualunque, ottenne il 3,8% dei voti; il partito nazionale monarchico raggiunse il 2,8% dei voti; l'MSI conseguì il 2% dei voti[2].

Nel corso della legislatura il Presidente della DC De Gasperi scelse di formare Governi di coalizione: un Governo quadripartito DC-PRI-PSDI-PLI (maggio 1948), un Governo tripartito DC-PRI-PSDI (gennaio 1950), dopo la crisi determinata dalle critiche dei liberali alla legge Sila; un Governo bipartito DC-PRI (luglio 1951), formato in seguito alla defezione dei socialdemocratici dal precedente Governo. L'esito elettorale fu quindi interpretato come primato dei partiti filo-occidentali sui partiti filo-sovietici, piuttosto che come vittoria del cattolicesimo sul laicismo[3].

La legislatura fu caratterizzata dalla forte polarizzazione della politica. La tutela dell'ordine pubblico fu perseguita con durezza secondo gli indirizzi del Ministro dell'interno Scelba, per il quale il PCI era "una sezione italiana del partito comunista bolscevico", avente "a portata di mano piani insurrezionali […] aggiornati secondo il mutare della situazione internazionale, la quale condiziona l'azione degli aderenti al Cominform"[4]. Tra il luglio del 1948 e la prima metà degli anni Cinquanta, 62 lavoratori furono uccisi (di cui 48 comunisti); 3126 feriti (di cui 2367 comunisti); 92169 cittadini furono fermati (di cui 73870 comunisti); 19306 lavoratori, di cui 15429 comunisti, furono condannati in processi penali[5].

Il conflitto politico e sociale si accese con lo sciopero "pre-insurrezionale" indetto dalla CGIL dopo l'attentato a Togliatti del 14 luglio 1948. I militanti del PCI si mobilitarono senza attendere direttive: la FIAT fu occupata e il suo più alto dirigente, il Professor Valletta, fu tenuto in ostaggio nel suo ufficio; a Genova le forze di po-

[2] Cfr. P. Calandra, *I Governi della Repubblica. Vicende, formule, regole*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 59.

[3] Sul punto si vedano G. Baget Bozzo, *Cattolici e democristiani. Un'esperienza politica italiana*, Rizzoli, Milano, 1994, p. 54; P.A. Capotosti, *Accordi di governo e Presidente del Consiglio dei Ministri*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 44 ss.; P. Calandra, *I Governi della Repubblica*, cit., p. 63.

[4] Cfr. G. Bocca, *Palmiro Togliatti* (1973), rist. inalt., Mondadori, Milano, 1991, p. 480.

[5] Cfr. *ivi*, p. 481. Su queste vicende si veda altresì G. Galli, *I partiti politici italiani (1943/2000)*, Rizzoli, Milano, 2001, p. 84 ss. e G. Mammarella, *L'Italia contemporanea. 1943-1998*, il Mulino, Bologna, 2000, p. 175.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

lizia furono disarmate da portuali e operai e furono costituiti comitati di salute pubblica; a Venezia, Roma e in altre città d'Italia si accesero moti di rivolta. Ad Abbadia San Salvatore si rese necessario l'intervento di polizia ed esercito. L'"ora x" della rivoluzione parve a molti essere arrivata[6]. Nonostante il tragico bilancio di quei giorni (16 morti e 204 feriti tra cittadini e forze dell'ordine), la rivoluzione non divampò, poiché mancò il "segnale" della rivolta da parte dei vertici del PCI e il Governo contenne i moti di rivolta.

Il succedersi degli scontri sanguinosi – tra cui l'eccidio di Melissa dell'ottobre 1949 e quello di Modena del gennaio 1950 – esacerbarono il clima e indussero De Gasperi a dimettersi, anche al fine di consentire la revisione dell'accordo di coalizione, dopo le dimissioni presentate dai Ministri socialdemocratici nel novembre del 1949[7]. Verso la fine di gennaio del 1950 il Governo De Gasperi VI, cui parteciparono DC, PLI e PRI, ma non il PSDI e la sinistra DC, ottenne la fiducia. Quest'ultima era in polemica per l'avvenuta conferma di Pella al Ministero del tesoro, ma trovò un compromesso con il centro del partito nell'aprile del 1950, ottenendo l'impegno a costituire l'Ente nazionale idrocarburi (ENI) e la Cassa per il Mezzogiorno. Lo scontro con il PCI e il PSI si inasprì ulteriormente dopo lo scoppio della guerra di Corea (giugno 1950): il Presidente del Consiglio denunciò l'esistenza di "quinte colonne" all'interno del paese, mentre il Ministro della difesa Pacciardi dichiarò che il Governo aveva una lista di 400 persone "da mettere fuori combattimento al momento opportuno"[8]. A partire dalla seconda metà del 1951, si fece sistematica la discriminazione dei militanti del PCI nelle fabbriche[9].

Nel corso della legislatura, pur nel quadro di una forte contrapposizione, le Camere, su iniziativa del Governo, approvarono alcune leggi che segnarono l'avvento di un indirizzo politico caratterizzato da una forte connotazione sociale.

Le principali grandi riforme economico-sociali furono il piano INA-casa per la costruzione di case popolari (l. 43/1949); il piano di

[6] Cfr. G. Bocca, *Palmiro Togliatti*, cit., p. 461 ss.; G. Fiori, *Vita di Enrico Berlinguer*, Laterza, Roma-Bari, 1989, p. 75 e G. Galli, *I partiti politici italiani (1943/2000)*, cit., p. 75.

[7] Cfr. A. Lepre, *Storia della prima Repubblica. L'Italia dal 1943 al 2003*, il Mulino, Bologna, 2004, p. 128.

[8] Cfr. *ivi*, p. 139.

[9] Cfr. G. Galli, *I partiti politici italiani (1943/2000)*, cit., p. 91.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

addestramento professionale (l. 264/1949); la riforma fiscale Vanoni (l. 25/1951), che impose l'obbligo della dichiarazione dei redditi; le leggi sul rimboschimento e sull'istituzione di cantieri di lavoro. La politica meridionalista e quella di intervento pubblico nell'economia furono attuate con la riforma fondiaria (la legge "Sila" 230/1950 e la legge "stralcio" 841/1950), l'istituzione della "Cassa per opere straordinarie di pubblico interesse per il Mezzogiorno" (l. 646/1950), avente compiti di intervento nelle zone depresse del territorio nazionale prima nel campo dell'agricoltura e poi dell'industria[10], e l'istituzione dell'Ente nazionale idrocarburi (ENI), cui fu conferito il monopolio delle ricerche petrolifere nella Val Padana (l. 136/1953)[11]. La stabilizzazione della collocazione dell'Italia nel blocco occidentale fu ottenuta mediante l'approvazione delle leggi di autorizzazione alla ratifica del Trattato NATO (l. 465/1949) e del Trattato CECA (l. 766/1952), che segnarono il superamento delle posizioni isolazioniste e protezioniste legate al fascismo e consolidarono la *conventio ad excludendum* del PCI.

L'esito maggioritario delle elezioni del 1948 appariva irripetibile, in vigenza di leggi elettorali proporzionali. Le elezioni amministrative del 1951 e del 1952 misero in evidenza il calo dei partiti di Governo del 18 aprile 1948: alle elezioni provinciali del 1951, la coalizione centrista si fermò al 50,3 %, contro il 36,8 % della sinistra (PCI, PSI e liste minori) e l'11,4 % della destra (PNM, MSI e liste minori); in particolare, la DC perse quattro milioni di voti[12]. L'ascesa dei monarchici e del MSI rese evidente il fallimento del tentativo di inglobare gli elettori conservatori nell'area di Governo, tentativo che era stato compiuto soprattutto attraverso l'inclusione del PLI nella maggioranza parlamentare. La strategia di De Gasperi e Scelba fu quindi quella di "mettere in sicurezza" la coalizione centrista perseguendo l'approvazione del disegno di legge Scelba sull'ordine pubblico, al fine di mettere fuori legge il MSI, dando attuazione alla XII

[10] Cfr. G. Mammarella, *L'Italia contemporanea*, cit., p. 161 ss.

[11] Considerato il diretto collegamento tra tali politiche sociali e numerose disposizioni costituzionali, è stato da taluni considerato eccessivo il giudizio di Calamandrei sulla prima legislatura, che in un articolo del 1953 pubblicato sulla Rivista "Il ponte" definì "ostruzionismo di maggioranza" l'atteggiamento della coalizione di Governo in merito all'attuazione della Costituzione: così G. G. Floridia, *La Costituzione*, in G. Pasquino (a cura di), *La politica italiana. Dizionario critico 1945-1995*, Laterza, Roma-Bari, 1995, p. 12.

[12] Cfr. G. Galli, *I partiti politici italiani (1943/2000)*, cit., p. 85.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

disposizione transitoria e finale della Costituzione, e di un disegno di legge elettorale con premio di maggioranza per l'elezione della Camera dei deputati. Il progetto politico, tuttavia, non ebbe successo. La legge Scelba non fu approvata, anche a causa dei successi del MSI alle elezioni amministrative e dell'opposizione dei partiti di sinistra, che miravano a indebolire i partiti di centro assicurando la rappresentanza politica dell'estrema destra. La nuova legge elettorale per l'elezione Camera dei deputati entrò invece in vigore ma ebbe una sola applicazione (l. 148/1953). In base a essa, la coalizione di partiti che avesse superato la soglia del 50,01 % avrebbe ottenuto 380 seggi, pari a quasi il 65 % dei componenti della Camera dei deputati. La contrapposizione tra i partiti di maggioranza e di opposizione fu aspra, in particolare al Senato, dove si ebbero scontri. La DC e i suoi alleati di Governo intendevano stabilizzare la maggioranza centrista, consolidare la *conventio ad excludendum* e assicurare l'investitura popolare di maggioranze parlamentari, Governi e Presidenti del Consiglio[13]. I partiti di opposizione lamentavano che tale legge avrebbe ucciso ogni prospettiva di democrazia sostanziale, che si sarebbe potuta realizzare solo attraverso la partecipazione delle masse lavoratrici alla formazione dell'indirizzo politico[14].

Nel corso della campagna elettorale la coalizione di centro fu composta da DC, PSDI, PLI, PRI, Partito Sardo d'Azione, Sudtiroler Volkspartei, Partito Popolare Sudtirolese; ad essa si contrapposero PSI, PCI (che poteva contare su un'articolata organizzazione di quadri ed iscritti, 2.577.280 nel 1953) e Unità popolare, movimento politico costituito da sette deputati socialdemocratici critici nei confronti della legge e per questo motivo sospesi dal partito, dal repubblicano Ferruccio Parri e da alcuni esponenti della sinistra liberale, facenti capo a Epicarmo Corbino. Se il premio di maggioranza fosse stato attribuito, probabilmente il conflitto tra maggioranza e social-comunisti si sarebbe radicalizzato, "sospingendo a sua volta con ogni probabilità il Governo, anche suo malgrado, verso una politica sempre più accentuata di inattuazione costituzionale, verso una politica sem-

[13] Cfr. G. Quagliariello, *Cinquant'anni dopo la riforma elettorale del 1953*, in S. Ceccanti, S. Vassallo (a cura di), *Come chiudere la transizione. Cambiamento, apprendimento e adattamento nel sistema politico italiano*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 75 ss.

[14] Cfr. Quagliariello, *Cinquant'anni dopo la riforma elettorale del 1953*, cit., p. 85.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

pre più paternalista e poliziesca, della quale era difficile prevedere lo sbocco"[15]. La coalizione centrista però conseguì solo il 49,8 % dei voti, appena 55.038 voti in meno del necessario affinché il premio di maggioranza potesse essere attribuito, anche se vi furono 800mila schede dichiarate nulle, l'esame delle quali De Gasperi non volle rimettere in discussione.

2. *La seconda legislatura repubblicana: il centrismo post-degasperiano*. – Le elezioni per la seconda legislatura non ebbero esito maggioritario.

Alla Camera dei deputati, la DC divenne partito di maggioranza relativa con il 40,1 % dei voti; il PSDI calò al 4,5 %; il partito liberale ottenne il 3,01 %; il partito repubblicano l'1,62 %. Tra i partiti di opposizione, il PCI conseguì il 20 % dei voti, e il PSI si attestò sul 12,8 %, con un sorpasso che sarà poi confermato in tutte le elezioni successive fino alla dissoluzione del sistema dei partiti nei primi anni Novanta[16]; a destra, il partito nazionale monarchico raggiunse il 6,9 % dei suffragi e il MSI conseguì il 5,8 %[17]. Mutò quindi il formato e la meccanica del sistema dei partiti. Crebbe il numero di partiti "rilevanti" in quanto aventi potenziale di coalizione (DC, PSDI, PRI, PLI) o potenziale di ricatto (il PCI e il PSI, a sinistra, il partito nazionale monarchico e il MSI a destra)[18]. Si stabilizzò la *conventio ad excludendum*, che rese possibile un solo polo di aggregazione delle maggioranze parlamentari, imperniato sulla DC. Il mutamento della situazione politica internazionale, l'avvento alla segreteria del PCUS di Kruscev e l'emarginazione del dirigente Secchia nel

[15] Cfr. G. Maranini, *Storia del potere in Italia. 1848-1967* (1967), Corbaccio, Milano, 1995, p. 494. V. altresì A. Pizzorusso, *Il disgelo costituzionale*, in N. Tranfaglia, A. Pizzorusso, L. Musella *et al.*, *Storia dell'Italia repubblicana*. vol. II. tomo II. Einaudi, Torino, 1995, p. 115 ss. Sulle vicende della "legge truffa" cfr. P. Pombeni, *La Costituente. Un problema storico-politico*, Bologna, 1995, p. 153; M.S. Piretti, *Sistemi elettorali e struttura del Parlamento*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 17. Il Parlamento*, Einaudi, Torino, 2001, p. 572 ss.; P. Scoppola, *Parlamento e Governo da De Gasperi a Moro*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 17. Il Parlamento*, cit., p. 364 ss.

[16] Cfr. G. Galli, *I partiti politici italiani (1943/2000)*, cit., p. 88.

[17] Cfr. *ivi*, p. 85.

[18] Su potenziale di coalizione e potenziale di ricatto come requisiti che un partito deve possedere per entrare nel conteggio del numero dei partiti cfr. G. Sartori, *Teoria dei partiti e caso italiano*, Sugarco, Milano, 1982, p. 66.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

PCI contribuirono ad attenuare l'asprezza del conflitto politico[19]. Il PCI perseguì una politica di difesa dei risultati ottenuti, rinunciando a incentivare la conflittualità sindacale e operaia, fatto questo che causò la delusione o lo smarrimento di numerosi iscritti e militanti, sistematicamente discriminati dal padronato sul luogo di lavoro (in particolare alla FIAT dove erano licenziati o trasferiti alla Officina Sussidiaria Ricambi[20]). La cd. legge "truffa" fu abrogata dalla legge 615/1954 (su proposta del segretario del PSI Nenni), e furono approvate nuove discipline elettorali proporzionali, anche per l'elezione degli enti locali. Il miglioramento dei rapporti tra partiti di maggioranza e di opposizione trovò la sua più importante espressione nel dibattito sull'attuazione della Costituzione, che condusse all'istituzione della Corte costituzionale, che entrò in funzione nel 1956 (le leggi istitutive – legge costituzionale 1/1953 e legge 87/1953 – risalivano alla prima legislatura), del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (1957) e del Consiglio superiore della magistratura (1958).

La legislatura iniziò con la formazione del Governo De Gasperi VIII (luglio 1953), che non ottenne la fiducia parlamentare. Dopo il fallimento di un tentativo di Piccioni (cui fu conferito un preincarico), nell'agosto del 1953 il Presidente della Repubblica, senza attendere una designazione univoca della DC e compiendo una scelta ampiamente discrezionale, formò un Governo monocolore democristiano presieduto da Pella, esponente della destra DC, sostenuto da repubblicani, liberali e monarchici e beneficiato dall'astensione di PSDI ed MSI. Il Governo rimase in carica fino al gennaio 1954. Pochi giorni dopo il suo insediamento dovette affrontare la questione del destino di Trieste: il Presidente del Consiglio assunse una posizione energica, rivitalizzando i valori di patria e unità nazionale e dando prova di un distacco dalla politica dell'"oltranzismo atlantista" di cui le destre avevano accusato la DC nella prima legislatura. Il Governo Pella, tuttavia, non era in grado di soddisfare l'indirizzo sociale delle due correnti di sinistra della DC, facenti capo a Gronchi e a Pastore. Verso i primi di gennaio del 1954, la DC si pronunciò in via ufficiosa contro un rimpasto, destinato a portare nel Governo come Ministro dell'agricoltura l'onorevole Aldisio, esponente conservatore del partito, mentre De Gasperi prese le distanze dall'esecutivo Pella, definendolo

[19] Cfr. A. Lepre, *Storia della prima Repubblica*, cit., p. 155 s.

[20] Cfr. G. Galli, *I partiti politici italiani (1943/2000)*, cit., p. 97. Sulle discriminazioni subite dai comunisti v. G. Fiori, *Vita di Enrico Berlinguer*, cit., p. 76.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

un "Governo amico". La conseguenza fu che il Presidente del Consiglio rassegnò le dimissioni, aprendo una crisi extraparlamentare che sancì il superamento della visione degasperiana del primato degli eletti sui partiti.

Il successivo Governo Fanfani I non ottenne la fiducia parlamentare a causa del voto contrario delle opposizioni di destra e di sinistra e dell'astensione di socialdemocratici e repubblicani; dopo di esso, il Capo dello Stato formò un nuovo Governo tripartito DC-PSDI-PLI, presieduto da Scelba (febbraio 1954): una formula centrista nella quale la componente socialdemocratica avrebbe dovuto bilanciare la componente borghese dei liberali, garantendo una parziale rappresentanza della classe operaia e contadina[21]. Il programma di Governo contemplava propositi di radicale slancio riformatore, come l'assistenza medica ai pensionati, l'assicurazione per i contadini, un nuovo impulso all'edilizia residenziale pubblica, e altresì propositi di rinnovo delle misure nei confronti dei comunisti. Le aspirazioni riformiste furono tuttavia solo parzialmente realizzate: l'azione del Governo fu ostacolata dalla carente influenza del Presidente del Consiglio sul partito (di cui Fanfani divenne segretario nel giugno del 1954) e sul gruppo parlamentare, controllato da uomini della destra DC come Gonella, Pella e Andreotti, e dalla corrente di sinistra di Gronchi[22]. Furono tuttavia approvate le leggi sulle assicurazioni ai coltivatori diretti e sulla riqualificazione dei disoccupati, nonché un programma per lo sviluppo dell'edilizia residenziale e scolastica pubblica. Il PLI, rappresentante di interessi borghesi nella coalizione, proponeva di abolire la giusta causa come presupposto della disdetta da parte del proprietario nei contratti agrari. La soluzione governativa – ossia la limitazione dell'ambito di applicazione della giusta causa nel contratto di mezzadria – scontentò tutti, anche il partito liberale, per il suo carattere compromissorio[23]. Non furono invece affrontati i problemi più spinosi, ossia la riforma dell'IRI, l'istituzione delle Regioni a statuto ordinario, la questione delle modalità di sfruttamento dei giacimenti minerari. Fu inoltre deliberato un "piano decennale di incremento e di sviluppo" (il piano Vanoni, 1955), che si proponeva di garantire una crescita economica nella misura del 5 % annuo e di ri-

[21] Cfr. G. Galli, *I partiti politici italiani (1943/2000)*, cit., p. 95.
[22] Cfr. *ivi*, p. 95.
[23] Cfr. G. Mammarella, *L'Italia contemporanea*, cit., pp. 217-218.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

durre le sperequazioni territoriali e sociali, favorendo la riduzione del tasso di disoccupazione. Questo primo tentativo di programmazione economica, tuttavia, nonostante la sua debolezza (che suscitava le critiche dei partiti di sinistra), era poco gradito ai settori conservatori della DC. Per questo motivo esso fu approvato ma mai integralmente attuato, anche se diede spunto per la definizione dell'indirizzo politico dei successivi Governi[24]. Il Governo Scelba, fiaccato dalla vivace battaglia sindacale della CGIL e da alcuni scandali che lo avevano lambito (la morte in carcere per avvelenamento di Gaspare Pisciotta, luogotenente di Salvatore Giuliano; la morte di Wilma Montesi, in una vicenda in cui fu adombrato il coinvolgimento del figlio del Ministro degli esteri Piccioni), fu ulteriormente indebolito dall'elezione di Fanfani alla segreteria della DC (luglio 1954) e di Giovanni Gronchi a Presidente della Repubblica (aprile 1955), entrambi esponenti della sinistra democristiana, favorevoli all'apertura al PSI e ostili al Presidente del Consiglio.

Al Governo Scelba fece seguito la formazione del Governo Segni, un tripartito DC-PSDI-PLI con l'appoggio esterno del PRI (luglio 1955), che rimase in carica due anni, dal giugno 1955 al maggio del 1957. La DC era divisa tra una sinistra, guidata dal segretario Fanfani, una destra facente capo ad Andreotti e Pella, legata alla Confindustria e al clero, e un centro che, con le proprie oscillazioni, era in grado di modificare i rapporti di forza interni al partito. La politica dell'esecutivo fu concentrata sui due temi fondamentali, quello della riforma dei contratti agrari e quello del rilancio dell'intervento pubblico nell'economia. Con riferimento ai contratti agrari, il numero di casi in cui si poteva invocare la giusta causa per il licenziamento del conduttore nei contratti agrari fu elevato da quattro a sei[25]. In tema di intervento pubblico nell'economia, la sinistra democristiana ottenne l'istituzione del Ministero delle Partecipazioni statali (l. 1589/1956)[26]. Il 25/3/1957 furono ratificati i trattati istitutivi la Comunità europea dell'energia atomica (CEEA) e la Comunità economica europea (CEE), e nel dibattito parlamentare sull'autorizzazione alla ratifica si ebbe un tangibile segno dell'autonomia maturata dal PSI nei confronti del PCI, allorché quest'ultimo espresse voto contrario mentre il PSI diede voto favorevole al primo e si astenne sul

[24] Cfr. *ivi*, p. 210 ss.
[25] Cfr. *ivi*, p. 239.
[26] Sull'attività del Governo Segni nel corso della II legislatura, cfr. *ivi*, p. 239 s.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

secondo[27]. L'abbandono della maggioranza da parte del PRI, nel febbraio del 1957, mise il Governo alla mercé dell'appoggio dei monarchici e del MSI, e dopo due mesi il Presidente del Consiglio fu costretto a rassegnare le dimissioni.

Al Governo Segni subentrò il Governo Zoli (maggio 1957), un monocolore DC che portò a termine la legislatura. Riscontrata la contrarietà di PSDI e PRI alla formazione di un Governo quadripartito, non rimaneva che costituire un Governo "di attesa" che si limitasse all'ordinaria amministrazione e che – dato il proprio programma minimalista – avrebbe dovuto godere dell'appoggio delle destre. Il Governo ricevette il voto favorevole di monarchici e MSI, ma Zoli, esponente democristiano antifascista, dichiarò di accettare il voto monarchico e di rifiutare quello del MSI. Verificata la natura decisiva dei voti dell'MSI, il Presidente del Consiglio rassegnò le dimissioni e il Capo dello Stato diede l'incarico di formare il Governo prima al Presidente del Senato Merzagora e poi al segretario della DC Fanfani. Riscontrato il loro fallimento, a causa dell'indisponibilità di repubblicani e socialdemocratici a sostenere il Governo, il Presidente della Repubblica respinse le dimissioni di Zoli e rinviò il Governo alle Camere, in cui il Presidente del Consiglio accettò i voti del MSI, suscitando, tuttavia, una presa di posizione contrariata della DC, che non mancò di distinguere le sorti del Governo dalla politica del partito. La minaccia delle elezioni anticipate, tuttavia, e l'esiguo margine di voti neofascisti necessario per formare la maggioranza parlamentare consentirono al Governo di rimanere in carica fino alla scadenza della Camera dei deputati, ottenendo l'approvazione di misure come l'estensione del monopolio statale alla telefonia, il prolungamento per altri dieci anni della Cassa per il Mezzogiorno (l. 634/1957), l'istituzione del Consiglio Superiore della Magistratura (l. 195/1958)[28].

3. *La terza legislatura: la crisi del centrismo e i primi passi verso l'apertura a sinistra*. – Nella terza legislatura (1958-1963) prese forma il centro-sinistra, un progetto politico volto a far convergere le masse popolari rappresentate da DC e PSI. Si ebbe un aumento di voti della DC (dal 40,1 % del 1953 al 42,3 %), del PSI (dal 12,7 % del 1953 al 14,2 %) e dei partiti laici; a ciò corrispose la sostanziale stagna-

[27] Cfr. *ivi*, p. 245.
[28] Sulle vicende del Governo Zoli, cfr. *ivi*, p. 247 ss.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

zione del PCI (dal 22,6 % del 1953 al 22,7 %). Il tema dell'apertura a sinistra percorreva trasversalmente tutti i partiti, suscitando reazioni positive e negative. Nonostante i partiti di centro avessero goduto di un aumento del numero dei parlamentari, la formula centrista era considerata oramai logora e da più parti – dal PSI così come dalle correnti di sinistra della DC e dallo stesso Presidente della Repubblica – si auspicava l'ingresso del PSI nella maggioranza parlamentare.

Il primo Governo della legislatura, presieduto da Fanfani, fu sostenuto da una coalizione bipartitica DC-PSDI e aveva l'obbiettivo di preparare l'apertura a sinistra. Il Governo dovette fronteggiare l'opposizione delle destre – liberali, monarchici e neofascisti – e l'ostilità di una parte della DC, contraria al tentativo compiuto da Fanfani di cumulare segreteria del partito e Presidenza del Consiglio. Pochi giorni dopo che il congresso del PSI (gennaio 1959) ebbe confermato la vittoria degli autonomisti, ritenuti oramai maturi i tempi per l'apertura a sinistra, il Ministro socialdemocratico Vigorelli rassegnò le dimissioni, provocando le dimissioni di Fanfani da Presidente del Consiglio e da segretario del partito. L'ostilità al centro-sinistra indusse numerosi esponenti della sua corrente, Iniziativa democratica, a confluire in una nuova corrente che assunse una posizione dominante nel partito, la corrente dei "dorotei".

Le successive vicende allontanarono temporaneamente la formazione di una maggioranza di centro-sinistra[29]. Il successivo Governo, presieduto da Segni, ricevette la fiducia con il voto favorevole di monarchici, liberali e neofascisti (febbraio 1959). Al congresso nazionale del partito, tenutosi a Firenze nell'ottobre 1959, i dorotei prevalsero di misura e Moro, che faceva parte di questa corrente con una posizione autonoma, fu eletto segretario come punto di equilibro tra le correnti. Uomo apprezzato per le proprie doti di mediatore, Moro al Congresso riuscì a condurre la maggioranza del partito su posizioni di apertura a sinistra, evitando al contempo la scissione della destra di Andreotti, Scelba e Pella[30].

La mediazione condotta da Moro comportò il superamento del Governo Segni. L'esecutivo era in difficoltà per le critiche della sinistra DC sull'insufficienza della politica sociale; era osteggiato dal PCI per l'assenso dato all'istallazione dei missili Jupiter sul territorio na-

[29] Sulle vicende del Governo Fanfani cfr. *ivi*, pp. 261-262.

[30] Cfr. P. Ignazi, *I partiti italiani*, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 24. Sulla segreteria Moro v. G. Mammarella, *L'Italia contemporanea*, cit., p. 263 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

zionale; si era trovato di fronte al fatto compiuto della "fuga in avanti" della DC siciliana che aveva formato una giunta sostenuta dalle sinistre. Il Consiglio nazionale del PLI – partito ostile a una nuova maggioranza di centro-sinistra – in assenza di segnali favorevoli dal Governo, gli ritirò l'appoggio e lo costrinse a rassegnare le dimissioni. La crisi di Governo durò tre mesi e fu cadenzata dal fallimento di Segni e Fanfani nella formazione di un Governo tripartito con DC, PSDI e PRI e l'appoggio esterno del PSI, che come contropartita chiedeva la nazionalizzazione dell'energia elettrica. Il fallimento è da attribuirsi al fatto che, nonostante fossero maturati nuovi equilibri nella DC e nel PSI, vi fu la vivace opposizione della Confindustria, della Coldiretti, dell'azione cattolica e dell'alto clero, che trovò ascolto in settori della DC. Il Presidente della Repubblica, data l'incertezza del quadro politico, disattese l'indicazione di una maggioranza di centro-destra favorevole all'incarico per Antonio Segni e formò un Governo monocolore, presieduto da Tambroni, senza che esistesse una maggioranza precostituita.

I retroscena che condussero alla formazione del Governo Tambroni non sono mai stati pienamente acclarati. È possibile che l'intenzione del Capo dello Stato e della DC fosse di dare vita a un esecutivo monocolore di transizione in attesa che maturasse la percezione della necessità di aprire a sinistra per evitare l'ingovernabilità del Paese. Il Governo, tuttavia, non ricevette né il sostegno di PRI e PSDI, né quello di liberali e monarchici, indisponibili a sostenere un esecutivo di transizione verso una nuova maggioranza con il PSI. Il Presidente del Consiglio si presentò alla Camera dei deputati per la fiducia pronunciando un discorso che, per quanto avesse evocato la necessità di un chiarimento tra i partiti, apparve orientato a destra e diretto alla nazione, prima che ai partiti. Il Governo ottenne la fiducia con il voto determinante del MSI[31]: immediate furono le dimissioni di dieci Ministri, cui seguirono le dimissioni del Governo, dopo un invito rivolto in tal senso al Presidente del Consiglio da parte della direzione della DC.

Alle dimissioni di Tambroni fece seguito il conferimento dell'incarico a Fanfani, che cercò di formare un Governo sostenuto dal PSI

[31] Il PSDI, PRI e PLI avevano preannunciato il proprio voto contrario; il PSI aveva condizionato il proprio voto favorevole a un profilo antifascista che non fu dato rinvenire nelle dichiarazioni programmatiche: cfr. G. Galli, *I partiti politici italiani (1943/2000)*, cit., p. 120.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

con l'astensione, ma il tentativo fallì a causa della resistenza di numerosi parlamentari democristiani. Dinanzi a tale *impasse*, il Presidente della Repubblica rinviò il Governo Tambroni alle Camere; l'esecutivo, dopo la sostituzione di tre Ministri che avevano confermato le dimissioni, ottenne la fiducia al Senato, grazie al rinnovato sostegno della Direzione della DC e al voto favorevole del MSI[32]. Per la prima volta nella storia repubblicana, il MSI entrava nella maggioranza parlamentare (il Governo Zoli aveva limitato la propria azione all'ordinaria amministrazione ed era rimasto in carica con il tacito assenso di tutti i partiti, ancora non preparati alle elezioni anticipate).

La DC, stretta tra le due *conventiones ad excludendum*, aveva pensato di poter convertire il Governo Tambroni in un Governo di attesa, ma il Presidente del Consiglio diede segnali di voler stabilizzare la maggioranza assumendo alcune decisioni finalizzate ad aumentare il consenso popolare (il ribasso di alcuni prezzi, la soddisfazione delle richieste salariali di alcune categorie e l'annuncio di nuovi investimenti nel Mezzogiorno). Inoltre, in occasione di alcuni scioperi, le forze dell'ordine agirono con una violenza di scelbiana memoria, che ebbe l'apprezzamento di una parte dell'elettorato ma che provocò il risentimento delle fasce popolari rappresentate dai partiti di sinistra. Il Presidente del Consiglio era desideroso di rimanere in carica nonostante il voto del MSI, una parte della DC era decisa a ridimensionare il Governo e un vasto schieramento politico – dal PCI ai monarchici – era apertamente ostile alla maggioranza parlamentare[33].

Ciò che era imprevedibile fu che, per la prima volta nella storia repubblicana, le vicende delle formule di governo sarebbero state condizionate in modo decisivo dalla piazza. Il *casus belli* fu la decisione del MSI di organizzare il Congresso nazionale a Genova, città medaglia d'oro della Resistenza, nella quale era ancora vivo il ricordo delle sofferenze inflitte dai tedeschi e dai fascisti e in cui era forte la presenza dei partiti di sinistra. Una manifestazione antifascista, organizzata il 30 giugno 1960, degenerò in sommossa popolare e gli scontri tra dimostranti e polizia si propagarono ad altre città: a Reggio Emilia, in una manifestazione antifascista, cinque persone morirono negli scontri con le forze dell'ordine[34]. Vi fu la proclamazione di uno

[32] Cfr. *ivi*, p. 120.
[33] Cfr. *ivi*, p. 125.
[34] Sul Governo Tambroni cfr. G. Fiori, *Vita di Enrico Berlinguer*, cit., p. 113;

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

sciopero generale cui seguirono nuovi moti di piazza, anche questi terminati con morti (uno a Catania, tre a Palermo) e feriti. Gli scontri arrivarono in Parlamento e indussero il Presidente della Camera Merzagora a richiedere una tregua tra i partiti, cui fece seguito il ritiro del sostegno al Governo da parte della DC e le dimissioni rassegnate da Tambroni il 19 luglio 1960, dopo tre mesi di Governo. La crisi del Governo Tambroni segnò il definitivo esaurimento della formula centrista, in quanto apparve evidente che la collaborazione parlamentare tra i partiti di centro e il PSI era l'unico rimedio possibile al pericolo di un'involuzione autoritaria[35]. Raccogliendo l'invito di Merzagora, Moro condusse una mediazione il cui esito fu la formazione del Governo cosiddetto delle "convergenze parallele", un monocolore DC presieduto da Fanfani, sostenuto con voto favorevole da PSDI, PRI e PLI, e dal PSI e dai monarchici con l'astensione (luglio 1960). Il Governo Fanfani III rimase in carica fino al febbraio 1962 e accompagnò la maturazione di un accordo politico per un Governo di centro-sinistra.

4. *La meccanica della forma di governo nella prima legislatura repubblicana*. – La prima legislatura repubblicana fu caratterizzata dal funzionamento maggioritario della forma di governo parlamentare. Tale fenomeno è imputabile a fattori politici e istituzionali. Sul piano politico vengono in evidenza l'esito maggioritario delle elezioni, l'investitura plebiscitaria del Presidente della Democrazia cristiana De Gasperi e il ridotto numero di partiti rilevanti: quasi l'80 % dei suffragi si era concentrato su due soggetti politici. Sul piano istituzionale influì il cd. "congelamento della Costituzione". A causa della mancata istituzione della Corte costituzionale, del Consiglio superiore della magistratura, del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro e delle Regioni ordinarie, l'organizzazione costituzionale dello Stato si presentava infatti in tendenziale continuità con l'assetto statutario antecedente all'avvento del regime fascista[36], per cui la formazione dell'indirizzo politico fu l'esclusivo prodotto della *concordia discors* tra Camere, Governo e Presidente della Repubblica.

G. Mammarella, *L'Italia contemporanea*, cit., p. 267 ss.; A. Lepre, *Storia della prima Repubblica*, cit., p. 192.

[35] Cfr. G. Baget Bozzo, *Cattolici e democristiani*, cit., p. 63 ss.

[36] Cfr. G. Balladore Pallieri, *La Costituzione italiana nel decorso quinquennio*, in *Foro padano*, 1954, IV, pp. 60-61.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

L'esito maggioritario condizionò l'operato delle Camere. La funzione di indirizzo, con particolare riferimento alla concessione e alla revoca della fiducia, fu esercitata in un contesto in cui apparivano predefinite la figura del Presidente del Consiglio e la delimitazione della maggioranza. Anche l'attività legislativa fu espletata secondo un *modus operandi* caratteristico del parlamentarismo maggioritario: l'88,7 % delle leggi approvate fu di iniziativa governativa (nelle legislature successive la percentuale sarà sensibilmente più bassa), e dei 29 decreti-legge adottati, solo uno non fu convertito in legge. Le Camere divennero inoltre – anche questa è una similitudine con la pratica costituzionale britannica – il "teatro" dello scontro politico tra maggioranza ed opposizione.

Il Capo dello Stato Einaudi interpretò il proprio ufficio secondo uno stile collaborativo – esprimendo consigli, senza mai giungere alla posizione di veti – e silenzioso[37].

Alla debole influenza del Parlamento e del Presidente della Repubblica corrispose il primato del Governo che, diversamente da quanto previsto nell'Assemblea costituente, divenne l'organo preminente nell'ordinamento costituzionale[38]. Al suo interno il Presidente del Consiglio De Gasperi interpretò il proprio ruolo direttivo con la forza che derivava dall'investitura plebiscitaria ricevuta nel momento elettorale e, altresì, dalla legittimazione connessa al cumulo delle cariche di Presidente del partito e di Presidente del Consiglio[39]. In particolare, in occasione della formazione del primo Governo della legislatura il Presidente del Consiglio in carica De Gasperi, dopo la presentazione di dimissioni formali di ossequio al neoeletto Capo dello Stato Einaudi, propose la nomina dei Ministri senza che quest'ultimo avesse tenuto le consultazioni, per cui taluni hanno sostenuto che si sarebbe trattato di una "crisi-rimpasto"[40]. Parimenti le

[37] Cfr. L. Paladin, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 80 e 85.

[38] Cfr. P. Calamandrei, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, in *Dieci anni dopo. 1945-1955. Saggi sulla vita democratica italiana*, Laterza, Bari, 1995, p. 304.

[39] Sull'assimilazione del ruolo del Presidente del Consiglio nei Governi della I legislatura a quello del Primo Ministro nel modello Westminster cfr. G. Maranini, *Storia del potere in Italia*, cit., pp. 500-501; P. Biscaretti di Ruffia, *Diritto costituzionale*, Jovene, Napoli, 1962, p. 224; L. Elia, *Governo (forma di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, 1970, p. 657.

[40] Cfr. P. Calandra, *I Governi della Repubblica*, cit., p. 61 ss. e L. Paladin, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, cit., p. 81.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

successive crisi di Governo furono extraparlamentari ma "pilotate" dallo stesso Presidente del Consiglio e quindi diverse da un rimpasto, nella sostanza, solo perché comportarono il mutamento della formula politica[41]. È sempre in questa legislatura che iniziò la prassi della posizione della questione di fiducia da parte del Presidente del Consiglio, criticata dai partiti di opposizione in base a un'interpretazione «a fattispecie chiusa» dell'art. 94 Cost.[42]. Infine lo scioglimento del Senato del 1953, secondo un'accreditata ricostruzione, fu deciso dal Capo dello Stato in assenza di una formale proposta del Governo, ma su impulso del Presidente del Consiglio[43]. In questo contesto di primazia del Capo del Governo devono quindi essere lette le critiche di Togliatti che – in occasione del rimpasto del 1949 – accusò De Gasperi di muoversi "come se la Costituzione non vi fosse, non esistendo né un istituto (la Corte costituzionale) né un uomo (Einaudi) che potessero o intendessero richiamarlo all'ordine", e del comunista Scoccimarro che gli rimproverò di "emarginare il Parlamento e sfuggire al suo sindacato politico"[44], in quanto "la maggioranza, invece di controllare il Governo, ne appariva controllata e lo stesso Governo si era concentrato in un solo uomo"[45].

Alcuni autori hanno espresso dubbi sulla lettura maggioritaria della meccanica della forma di governo, mettendo in evidenza che De Gasperi si dovette avvalere di "moduli mediatori"[46]. Viene in rilievo, in

[41] Cfr. P. Calandra, *I Governi della Repubblica*, cit., p. 70.

[42] Cfr. V. Lippolis, *Maggioranza, opposizione e Governo nei regolamenti e nelle prassi parlamentari dell'età repubblicana*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 17. Il Parlamento*, cit., p. 621.

[43] Cfr. L. Carlassare, Sub *art. 88*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1983, p. 41 ss.; A. Baldassarre, C. Mezzanotte (a cura di), *Gli uomini del Quirinale da De Nicola a Pertini*, Laterza, Roma-Bari, 1985, pp. 55-56; L. Paladin, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, cit., p. 117; P. Calderisi, *L'interpretazione del potere di scioglimento prima e dopo il 1953*, in S. Ceccanti, S. Vassallo (a cura di), *Come chiudere la transizione*, cit., p. 90 ss. In senso contrario v., però, G. Guarino, *Lo scioglimento anticipato del Senato*, in *Foro it.*, 1953, cc. 99-100, il quale sostenne la tesi della natura presidenziale dell'atto, con l'argomento che il decreto di scioglimento non reca alcun riferimento in ordine ad un impulso o parere del Consiglio dei Ministri o del Presidente del Consiglio.

[44] Cfr. P. Calandra, *I Governi della Repubblica*, cit., p. 68.

[45] Cfr. *ivi*, p. 69.

[46] Cfr. P.A. Capotosti, A*ccordi di Governo e Presidente del Consiglio dei Ministri*, cit., p. 49 ss.; A. Panebianco, *Modelli di partito*, il Mulino, Bologna, 1982,

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

primo luogo, la scelta di formare un Governo di coalizione, che rendeva necessaria una qualche mediazione con i partiti alleati: il Presidente del Consiglio "si preoccupava di non eccedere nel patriottismo di partito e Piccioni dalla segretaria lo spalleggiava", come accaduto, ad esempio, nella discussione sui contratti agrari allorché "i Ministri liberali abbandonavano il banco del Governo per votare il rinvio della legge con i loro colleghi di partito, pur senza aderire alle eccezioni di incostituzionalità presentate"[47]. In modo ancor più significativo il primato del Presidente del Consiglio fu limitato dalla divisione della DC in correnti[48]. Si trattava di una corrente centrista, cui aderiva la maggior parte dei dirigenti che avevano militato nel partito popolare; di una corrente di destra di orientamento conservatore, nota come corrente dei "Vespisti", in quanto i suoi membri solevano riunirsi nella sede del Vespa club, a Roma; e di tre correnti di sinistra: una facente capo a Gronchi; un'altra cui aderivano i sindacalisti; una terza che si riconosceva nella leadership di Giuseppe Dossetti e nella rivista "Cronache sociali". Al primo congresso del 1946 il carisma di De Gasperi portò all'unificazione delle otto liste presentate, ma già al terzo congresso (1949) Dossetti tenne una "controrelazione" caratterizzata da una forte connotazione sociale. L'unità fu ricostruita con l'ascesa di Dossetti alla Vicesegreteria e la nomina di Fanfani a Ministro del lavoro nel Governo De Gasperi VI, cui fece seguito l'approvazione della riforma agraria e dei provvedimenti per i moti sulla Sila, l'istituzione della Cassa per il Mezzogiorno e la riforma tributaria[49]. Anche su queste misure fu tuttavia necessaria la mediazione con i conservatori nel partito; in particolare, la destra agraria e meridionale facente capo a De Martino indusse il Governo a rinunciare a riforme agraria e tributaria di ampio respiro, per perseguire innovazioni più limitate[50].

Vi erano, infine, anche elementi istituzionali che contribuirono ad attenuare la leadership di De Gasperi, ossia la mancata previsione in Costituzione del potere di revoca dei Ministri e il mancato inserimento nei regolamenti parlamentari di norme che assicurassero il primato del

p. 235; G. Pitruzzella, *Il Presidente del Consiglio dei Ministri e l'organizzazione del Governo*, cit., p. 94; P. Calandra, *I Governi della Repubblica*, cit., p. 59 ss.

[47] Cfr. *ivi*, pp. 62, 66-67.

[48] Cfr. G. Mammarella, *L'Italia contemporanea*, cit., pp. 144-145.

[49] Cfr. P. Ignazi, *I partiti italiani*, cit., p. 19.

[50] Cfr. G. Galli, *I partiti politici italiani (1943/2000)*, cit., p. 83.; G. Mammarella, *L'Italia contemporanea*, cit., p. 174.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Governo in Parlamento, limitando il ricorso al voto segreto e riconoscendo all'esecutivo un ruolo formale nella formazione del programma e del calendario dei lavori parlamentari. Di conseguenza, nella prima legislatura il Governo di regola presentava i disegni di legge ai gruppi parlamentari ed erano poi questi a decidere se darvi o meno corso.

A ben vedere, l'evidenziata coesistenza di elementi di decisione e di mediazione politica non rende comunque impropria la sussunzione di questa esperienza costituzionale nel modello Westminster. Anche nel parlamentarismo britannico, infatti, il ruolo del Primo Ministro è interpretato in modo diverso a seconda della struttura delle maggioranze parlamentari. I Governi laburisti degli anni Sessanta e Settanta si reggevano sull'alleanza tra il Primo Ministro e i leader delle principali *unions*. L'istituzionalizzazione debole del partito fu temporaneamente corretta dal carisma "istituzionale" di leader come Hardy e Macdonald, che grazie alla propria autorevolezza esercitarono un ruolo di mediazione tra le istituzioni esterne sponsorizzatrici e le fazioni interne[51]. Anche molti Primi Ministri conservatori scelsero di dare una rappresentanza all'interno del *cabinet* alle diverse anime del partito; parimenti un'attenuazione della leadership monocratica si è avuta negli anni Dieci del XXI secolo con l'avvento di Governi di coalizione[52].

5. *La meccanica della forma di governo dopo la fine dell'era di De Gasperi*. – A partire dalle elezioni politiche del 1953 prese forma il superamento dell'esperienza maggioritaria e il consolidamento della democrazia dei partiti.

Il Parlamento entrò in una stagione di maggiore vitalità, pur se le decisioni fondamentali, in particolare quelle relative all'instaurazione del rapporto fiduciario e all'approvazione delle leggi inerenti interessi nazionali o sezionali, erano assunte dai partiti politici e poi tradotte in

[51] Sul punto v. A. Panebianco, *Modelli di partito*, cit., p. 230; v. anche G. Thomas, *Prime Minister and cabinet today*, Manchester University press, Manchester, 1998, pp. 1 ss. e 72 ss.

[52] R. Heffernan, *There's no need for the 'isation': the Prime Minister is merely Prime Ministerial*, in *Parl. Aff*., 2012, p. 636, in part. pp. 637-638. Di contro i Primi Ministri Thatcher e Blair hanno esercitato un controllo pressoché totale sui membri del *cabinet*, al punto che si è parlato di torsione "presidenziale" del modello Westminster e di riduzione del *cabinet* a parte "nobile" della Costituzione. Sulla presidenzializzazione della *Premiership* nel Regno unito a partire dagli anni Ottanta v. M. Foley, *The rise of British Presidency*, Manchester University press, Manchester, 1993, p. 2 ss.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

atti parlamentari. Crebbe il numero di leggi di iniziativa parlamentare approvate e si assistette a una maggior inclusione di PCI e PSI nel funzionamento del Parlamento, in particolare nelle Commissioni parlamentari. Se infatti nella prima legislatura l'88,7 % delle leggi approvate era stato di iniziativa governativa, nella seconda legislatura la percentuale scese al 77,6 % e nella terza legislatura al 72,9 %[53]. La maggior parte di tali leggi furono approvate nelle Commissioni parlamentari secondo la procedura di cui all'art. 72 co. 3 Cost. con il concorso dei partiti di opposizione, ed avevano ad oggetto interessi microsezionali.

Trasformazioni ancor più significative si ebbero con riferimento al Governo. Per la prima volta si affacciò il problema della "governabilità", come conferma il fallimento dei tentativi De Gasperi, Piccioni e Fanfani nella seconda legislatura. Con riferimento alla formazione del Governo, si ebbe un ampliamento della discrezionalità del Capo dello Stato nel conferimento dell'incarico, evidente in particolare nel procedimento di formazione del Governo Pella[54]. Per ciò che concerne l'assetto strutturale-funzionale del Governo, si assistette al ridimensionamento della leadership monocratica del Presidente del Consiglio, anche a causa della scelta della Democrazia cristiana di non ammettere il cumulo delle cariche di Presidente del Consiglio e di segretario di partito[55]. In relazione alle crisi di governo il primato dei partiti si tradusse nella definitiva affermazione del fenomeno delle crisi di governo extraparlamentari, che cessarono di essere "pilotate" dal Presidente del Consiglio e si verificarono a causa delle determinazioni dei partiti di maggioranza (o delle correnti DC)[56], e all'ampliamento della discrezionalità del Capo dello Stato nella soluzione delle crisi di Governo, come emerge dalle vicende del Governo Tambroni. Infine il potere effettivo di scioglimento delle Camere, in termini sostanziali, non fu esercitato dal Presidente della Repubblica e dal Presidente del Consiglio, come si evince dagli artt. 88 e 89 Cost., ma dai partiti politici, e lo scioglimento assunse i caratteri di un autoscioglimento[57].

[53] Cfr. A. Predieri, *Parlamento 1975*, in A. Predieri (a cura di), *Il Parlamento nel sistema politico italiano*, Edizioni di Comunità, Milano, 1975, p. 76.

[54] Cfr. P. Calandra, *I Governi della Repubblica*, cit., pp. 101-102.

[55] Cfr. L. Elia, *Governo (forme di)*, cit., p. 659.

[56] Cfr. L. Paladin, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, cit., p. 127.

[57] Cfr. G.U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, Zanichelli, Bologna, 2005, pp. 370-371.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

In conclusione, se la prima legislatura era stata caratterizzata da una meccanica bipolare e dal tendenziale primato degli eletti sui partiti, le legislature successive furono contrassegnate dall'avvento di un sistema tripolare, in cui la DC fungeva da unico polo di aggregazione, e dal primato dei partiti sulle istituzioni. All'indebolimento del Governo corrispose un allargamento di funzioni delle Camere e del Presidente della Repubblica, ma sempre tendenzialmente subordinato al primato dei partiti.

Entrambe le esperienze costituzionali esaminate presentano una ricca valenza ermeneutica delle vicende costituzionali successive. Gli elementi essenziali del funzionamento della forma di governo nella seconda e terza legislatura saranno i tratti distintivi della democrazia italiana sino alla crisi del primo sistema dei partiti nei primi anni Novanta. La prima stagione maggioritaria, che per lungo tempo era parsa una parentesi isolata nella storia repubblicana, sarà investita di rinnovata attenzione allorché, con l'avvento di nuove leggi elettorali a dominante maggioritaria (1993) e la nascita di un secondo sistema dei partiti a partire dalla XII legislatura, si ebbe il rafforzamento del Governo e del Presidente del Consiglio e la reviviscenza della meccanica bipolare. Nella più recente storia costituzionale, caratterizzata prima dall'avvento del tripolarismo (XVII legislatura) e poi da una nuova frammentazione multipolare del sistema dei partiti (XVIII legislatura), si assiste alla contaminazione di moduli maggioritari – la competizione sull'asse destra-sinistra continua a orientare ampie fasce di elettori e di eletti – e di moduli compromissori, la cui reviviscenza è resa possibile dal fatto che, anche a causa del mutamento delle regole elettorali, la politica delle alleanze non è sensibilmente condizionata dall'originaria offerta elettorale. L'ambiguità dell'assetto contemporaneo rende la governabilità difficile. È a nostro avviso auspicabile l'adozione di un nuovo sistema elettorale, secondo un modello collaudato nella prospettiva comparatistica, così come di una legge sui partiti, che potrebbero contribuire a consolidare una meccanica parlamentare, nella direzione della democrazia dei partiti o della democrazia maggioritaria. In un contesto rinnovato e stabilizzato potrebbe rivelarsi utile e necessaria per la risoluzione dei conflitti politici la riscoperta del patrimonio di precedenti del parlamentarismo repubblicano, che nelle due stagioni del centrismo affonda le proprie radici.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Corrado Chessa

*La legittima difesa novellata nel prisma della responsabilità civile**

Sommario: 1. Introduzione, metodologia dell'indagine e oggetto della ricerca. – 2. La struttura e i caratteri della fattispecie. – 3. L'indennità dovuta al danneggiato in caso di eccesso colposo scriminato. – 4. La provocazione e la legittima difesa putativa. – 5. Il coinvolgimento del terzo nella fattispecie e la rilevanza dell'esimente in ambito contrattuale.

1. *Introduzione, metodologia dell'indagine e oggetto della ricerca*. – Oltre ad avere apportato una serie di sensibili innovazioni al codice penale, la l. 26 aprile 2019, n. 36 ha modificato anche il codice civile con l'innesto di due ulteriori commi nell'art. 2044 in materia di legittima difesa[1]. All'unica norma presente nell'impianto codicistico originario, che – come è noto – prevede l'esimente da responsabilità per chi cagiona il danno per legittima difesa di sé o di altri, la novella, infatti, ha aggiunto i commi 2° e 3°. La prima disposizione fa rinvio espressamente ai criteri di proporzionalità della legittima difesa disciplinata dai commi 2°, 3° e 4° dell'art. 52 c.p. – anch'esso

* Il presente lavoro è destinato ad essere pubblicato in *Riv. dir. civ.*

[1] Per un primo commento alla l. 26 aprile 2019, n. 36 si vedano le seguenti opere, prevalentemente incentrate sulle modifiche al codice penale: Pulitanò, *Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità di ragionevolezza*, in *Dir. pen. contemp.*, 2019, 1019; Grosso, *La legittima difesa dopo la l. 26 aprile 2019, n. 102*, in *Dir. pen. proc.*, 2019; Conz, Levita, *La nuova legittima difesa*, Roma, 2019; Bevere, *La legittima difesa*, Torino, 2019, M. Sarno, *La nuova disciplina della legittima difesa*, Pisa, 2019; F. Stella, Galimberti, *La legittima difesa. Normativa e socialità*, Milano, 2019; Di Tullio D'Elisis, *La nuova legittima difesa*, Rimini, 2019; Sirotti Gaudenzi, Paolini, *La nuova legittima difesa dopo la riforma*, Milano, 2019; da ultimo De Santis, *La nuova legittima difesa* intra moenia*: una lettura*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 355 ss.; in un'ottica civilistica si vedano, invece, Castelli, *Profili civilistici della riforma in materia di legittima difesa* in *Corr. giur.*, 2019, 1019; Piraino, *Le cause di giustificazione della responsabilità civile e la nuova legittima difesa*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2020, 1 e ss; nonché, da ultimo, Bussani, *L'illecito civile*, nel *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2020, 693 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

modificato dalla medesima l. 36/2019 – per esentare da responsabilità civile l'autore dell'illecito che ha commesso il fatto trovandosi nelle medesime fattispecie previste dalla disciplina penalistica. L'altra, invece, evoca nuovamente il codice penale a proposito dell'eccesso colposo scriminato – anch'esso novellato attraverso un ampliamento della sua operatività (art. 55, comma 2°, c.p.) – per introdurre, anche in ambito civilistico, il diritto ad una indennità in favore del soggetto che ha subito un danno cagionato dal comportamento riferibile al beneficiario dell'esimente[2].

L'evidente estensione dell'ambito di applicazione della legittima difesa che emerge dalla lettura del nuovo art. 2044, accompagnata dalla tendenza legislativa, sempre più marcata, di congegnare il precetto normativo attingendo in via diretta da figure e da logiche proprie di altre branche del diritto, non può che indurre l'interprete a riflettere. In particolare, ci si domanda se l'uso indifferenziato, in ambito penalistico e civilistico, delle medesime categorie, per delimitare i confini, rispettivamente, della non punibilità e dell'esenzione da responsabilità civile, possa soddisfare allo stesso modo entrambi i comparti del diritto considerati nell'ottica di una visione unitaria dell'ordinamento, ovvero se, al contrario, ciò possa generare qualche dubbio specialmente nella fase ricostruttiva delle categorie civilistiche.

In proposito devono distinguersi due concezioni tra loro contrapposte. La prima[3], di origine risalente, si fonda sulla tradizionale separazione dei settori del diritto civile e del diritto penale i quali vengono considerati governati da principi e da valori autonomi ed indipendenti. L'altra, invece, sorta successivamente, pur riconoscendo la distinzione tra le due aree disciplinari, presuppone una visione unitaria dell'ordinamento e, nello stabilire i rapporti tra i due settori del diritto considerati, da un lato rifiuta di attingere i valori e i signifi-

[2] A proposito delle modifiche agli artt. 52 e 55 c.p. introdotte dalla novella del 2019, oltre i contributi di cui alla precedente nota (1), v. Fiandaca Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 298 ss; Marinucci, Dolcini, Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Milano, 2019.

[3] Così Guarneri, *Diritto penale e influenze civilistiche*, Milano, 1947, 9 ss., a parere del quale la netta contrapposizione delle diverse branche del diritto implica che i valori ed i significati degli istituti del diritto civile richiamati dal diritto penale devono essere attinti esclusivamente dal settore disciplinare di provenienza; nello stesso senso v. Petrocelli, *Istituti e termini del diritto privato nel diritto penale*, in *Annali*, 1932, 1194 ss.; così anche Rocco, *L'oggetto del reato*, Roma, 1932, 53 ss.; per il diritto tedesco si rimanda all'analogo pensiero di Mayer, *Recht*, 1903, 455 ss.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

cati degli istituti del diritto civile esclusivamente da quella specifica branca, e dall'altro lato, nega che possa ipotizzarsi una prevalenza ovvero una soccombenza nel raffronto fra le due discipline[4]. Ma la peculiarità principale della concezione dell'ordinamento visto nella sua unitarietà deve sicuramente ravvisarsi nella rilettura in chiave costituzionale della normativa e delle nozioni del diritto civile nel loro collegamento con il diritto penale.

A parere del principale sostenitore di tale teoria[5], infatti, soltanto avendo riguardo ai valori ed ai principi costituzionalmente garantiti può realizzarsi un proficuo scambio reciproco tra il diritto civile ed il diritto penale. E ciò – secondo l'opinione in esame – trova riscontro sia considerando i diritti della persona, che analizzando la tutela dei diritti in ambito familiare così come altrettanto si evince dalle questioni attinenti alla responsabilità civile e penale. In particolare, in relazione a quest'ultima, la già citata dottrina, invocando l'applicazione dei parametri costituzionali all'agire dei soggetti nel rispetto del canone solidaristico, ha individuato nella relativizzazione del giudizio

[4] Il riferimento è ai plurimi contributi di P. Perlingieri, il quale in *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, 114 afferma: «il frazionamento della materia giuridica e dell'ordinamento in branche, se ha un senso perché divide per competenze e necessità di esposizione una materia in sé unica, non deve significare che la realtà, quindi l'ordinamento, è divisibile in più settori dei quali l'uno sia talmente autonomo nei confronti dell'altro da proclamare l'indipendenza»; nello stesso senso Id., *Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 416 ss., ove si rimarca che il concetto di unitarietà dell'ordinamento «significa che i suoi principi ispiratori e caratterizzanti sono presenti in ogni sua parte»; sul punto v., ancora, Id., *Rapporti costruttivi fra diritto penale e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, 104 ss.; nello stesso senso cfr. anche Di Amato, *Contratto e reato. Profili civilistici*, in *Trattato dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2003, 61 ss. il quale ritiene che il frazionamento della materia giuridica derivi da ragioni ricognitive, ma che l'ordinamento conservi una sua fondamentale unitarietà.

[5] Così P. Perlingieri, *Rapporti costruttivi fra diritto penale e diritto civile*, cit., 105-106 il quale, criticando l'opinione di Guarneri (cfr., *infra*, nt. 3) fondata sulla pubblicizzazione del diritto penale, ritiene che la contrapposizione fra le singole branche si risolva in una contraddizione in termini. L'A., al contrario, ritiene che «…sia da superare la prospettiva secondo la quale significato e valore degli istituti provenienti dal diritto civile si debbano ricavare soltanto da questo, nel preconcetto che la distinzione delle varie branche si traduca in una netta separazione concettuale che configuri una prevalenza ed una soccombenza tra le stesse» affermando altresì «…la rilettura in chiave costituzionale della normativa e delle nozioni del diritto civile esplica effetti che, lungi dal rimanere circoscritti a tale settore, si rivelano complementari rispetto alle tendenze in atto in campo penale».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

sulla responsabilità (fondato sulla valutazione delle caratteristiche del danneggiante) il rilevante punto di contatto tra diritto civile e diritto penale[6].

Sulla base di tali premesse, si constata che la recente riforma della legittima difesa è contraddistinta dall'intreccio, divenuto sempre più indissolubile, tra la disciplina civilistica e quella penalistica. Se per individuare più nitidamente i tratti dell'istituto, fin dall'avvento dell'originario impianto dell'art. 2044, la dottrina e la giurisprudenza si sono pacificamente fondate sulle norme penali in quanto contenenti una più articolata descrizione della fattispecie, oggi quel legame fra le due discipline ha trovato il suo suggello definitivo con l'esplicito rinvio al codice penale presente nelle disposizioni civilistiche.

Se si considera altresì che il legislatore della novella, non soltanto ha esaltato l'equazione tra non punibilità ed esenzione da responsabilità civile, ma ha anche inequivocabilmente ampliato l'area di operatività della legittima difesa, la modifica legislativa appena intervenuta non può che offrire all'interprete l'occasione per rielaborare la figura, rivisitando il rapporto, a tratti controverso, tra diritto civile e diritto penale. Soltanto dopo aver portato a termine una simile ricognizione, infatti, si potrà – a nostro avviso – ambire all'acquisizione dei codici per accedere ai caratteri e alla funzione della legittima difesa al fine di giungere così ad una sua collocazione nel prisma della responsabilità civile.

In quest'ottica l'indagine deve prendere le mosse proprio dalle differenti opinioni prospettate dalla dottrina in ordine al rapporto che intercorre tra il diritto penale ed il diritto civile[7]. In proposito, la menzionata teoria che si fonda su una concezione unitaria del sistema

[6] Così P. Perlingieri, *Rapporti costruttivi fra diritto penale e diritto civile*, cit., 111; nonché Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 92; per un esame anche comparatistico, dei modelli di responsabilità civile fondati sulle caratteristiche del danneggiante, v. Alpa, *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991, 223; per una critica al principio della c.d. imputazione oggettiva delle circostanze del reato, cfr. G. Vassalli, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 732.

[7] Sul punto si rimanda alle note (3), (4) e (6), in cui si distingue la concezione tradizionale facente capo a Guarneri, fondata sulla netta separazione del diritto civile dal diritto penale, e la teoria di P. Perlingieri il quale, presupponendo una visione unitaria dell'ordinamento, ritiene che lo scambio reciproco tra i due settori del diritto debba avvenire tenendo conto primariamente dei valori e dei principi costituzionalmente garantiti.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

da interpretarsi alla luce dei valori costituzionali si rivela – a nostro avviso – la più confacente ad una moderna visione dell'ordinamento. Soltanto in presenza di questi presupposti può, infatti, ipotizzarsi una coesistenza dell'unicità del sistema con la sua ripartizione in branche differenti, caratterizzate dalla naturale propensione ad interagire tra loro attraverso il filtro dei valori costituzionali. La funzione di questi ultimi è, da un lato, quella di garantire l'adeguamento delle fonti sottordinate alla fonte primaria e, dall'altro, di impedire che l'interscambio tra il diritto civile ed il diritto penale, in presenza del pericolo di un'interpretazione autoreferenziale degli istituti del settore considerato, possa tradursi in una soccombenza del primo in favore del secondo.

Il processo di interazione tra il diritto civile e il diritto penale attraverso l'interpretazione fondata sui principi costituzionali non può, peraltro, trovare adeguata attuazione senza un efficace contributo della giurisprudenza. Quest'ultima, anche di recente, ha avuto modo di rielaborare alcune figure penalistiche per adattarle alle categorie dei diritti della persona, della donazione e del contratto. Si pensi, in proposito, al reato di diffamazione e alla sua rilevanza in ambito civilistico ai fini del risarcimento del danno per la lesione del diritto all'onore e alla reputazione ovvero al disvalore manifestato verso il fenomeno dell'usura sopravvenuta che in ambito penalistico viene qualificata come reato (art. 644 c.p.) in presenza di presupposti non necessariamente coincidenti con l'omologa figura civilistica sanzionata con la nullità della clausola che la contempla (art. 1815, comma 2°, c.c.). In quest'ottica la stessa giurisprudenza di legittimità, in tema di revocazione della donazione per ingratitudine del donatario, ha altresì statuito che il presupposto dell'ingiuria grave previsto dall'art. 801 c.c., pur mutuando il suo significato intrinseco dal diritto penale, si discosta dalle previsioni di cui agli artt. 594 e 595 c.p. e consiste in una manifestazione di disistima delle qualità morali del donante[8].

[8] Per la giurisprudenza di legittimità richiamata nel testo si veda, in tema di lesione dell'onore e della reputazione, Cass., 16 aprile 2018, n. 9385; in dottrina cfr. Ricci, *La reputazione: dal concetto alle declinazioni*, Torino, 218; a proposito dell'usura sopravvenuta, cfr., Cass., sez. un., 19 ottobre 2017, n. 24765; in dottrina cfr., diffusamente, Corrias, *Giustizia contrattuale e poteri conformativi del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 345 ss, spec. 362 e 363; in relazione alla revocazione della donazione per indegnità, cfr. Cass., 13 agosto 2018, n. 20722; nello stesso senso v. altresì Cass., 31 ottobre 2016, n. 22013; in dottrina si rimanda a Palazzo, *Le donazioni*, ne *Cod. civ. Commentario*, fondato da Schlesinger, Milano, 1991.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

In ciascuna occasione il riferimento, in via primaria, ai valori ed ai principi costituzionali ha consentito sia di evitare interpretazioni di carattere autoreferenziale del diritto civile sia che quest'ultimo possa essere sminuito nella sua portata e nella sua rilevanza dal fenomeno della c.d. pubblicizzazione del diritto penale invocato dalla dottrina tradizionale[9].

Venendo all'oggetto della presente ricerca, deve ritenersi che la concezione unitaria dell'ordinamento rivesta un importante ruolo anche per delineare i caratteri della difesa legittima appena riformata. Ciò avverrà mettendo a fuoco i contorni dell'esplicito richiamo, presente nel novellato dettato normativo, ad istituti del diritto penale fino ad oggi pressoché privi di cittadinanza civilistica nonché verificando, anche alla luce degli interessi tutelati, l'attendibilità dell'equazione tra esenzione da responsabilità civile e non punibilità sulla quale sembrerebbe fondarsi il dettato normativo del nuovo art. 2044. Si rivela, infatti, precipuo compito dell'interprete quello di appurare se l'identità semantica tra gli elementi che compongono la fattispecie della legittima difesa nel diritto penale e nel diritto privato voluta dal legislatore della novella possa effettivamente condurre, sotto il profilo contenutistico, al risultato di coniare un'unica categoria concettuale idonea a produrre effetti multidisciplinari nell'ordinamento inteso nella sua interezza.

A ciò si aggiunga l'esigenza, questa volta di natura squisitamente civilistica, di indagare sulla portata dei confini dell'esimente in questione per comprendere se essa possa propagarsi anche al di là dell'ambito extracontrattuale.

2. *La struttura e i caratteri della fattispecie*. – La novellazione dell'istituto della legittima difesa non ha inciso sul disposto del 1° comma dell'art. 2044 che ha mantenuto la sua formulazione originaria: «*Non è responsabile chi cagiona il danno per legittima difesa di sé o di altri*». Si registra, invece, una significativa modifica all'elemento della

[9] Il riferimento è al pensiero di Guarneri, *Diritto penale e influenze civilistiche*, cit., 9 ss. (sul quale vedi *amplius infra* nt. 3) che trova le critiche di P. Perlingieri, *Rapporti costruttivi fra diritto penale e diritto civile*, cit., 105 (sul punto v. *amplius* nt. 4); quest'ultimo, domandandosi «Quale interesse pubblico rappresenterebbe il termine di qualificazione della pubblicizzazione del diritto penale? L'interesse superiore dello Stato o l'interesse superiore della persona?» risponde affermando che «è la persona che, nell'attuale ordinamento costituzionale, è all'apice della gerarchia dei valori».

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

proporzionalità previsto dall'art. 52 c.p., al quale l'art. 2044 rinvia direttamente. Nel novellato 2° comma dell'art. 52 c.p., infatti, la difesa viene qualificata come «*sempre*» proporzionata ogniqualvolta l'assalito « *…al fine di difendere: a) la propria o l'altrui indennità; b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo di aggressione*», utilizzi un'arma legittimamente detenuta quando si trovi nei luoghi previsti dall'art. 614 c.p. che, come è noto, disciplina il reato della violazione del domicilio[10]. Altrettanto rimarchevole ai fini della proporzionalità è stato poi l'innesto dell'ultimo comma dell'art. 52 c.p. che qualifica la reazione dell'aggredito come «*sempre*» legittima quando avvenga «*…per respingere l'intrusione posta in essere con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica*»[11].

A seguito dell'aggiunta dei commi 2° e 3° la disposizione del comma 1° sembra aver acquistato sempre più la portata di norma di carattere generale. Questo rapporto di genere a specie che pare intercorrere con i commi successivi introdotti dalla novella induce ad esaminare, quindi, con spirito diverso rispetto al passato la funzione e i caratteri dell'intera figura della legittima difesa.

Occorre, in proposito, preliminarmente evocare il principio contenuto nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (art. 2, comma 2°, CDU), oltreché in (quasi) tutti gli ordinamenti europei, in virtù del quale ognuno può difendersi da un'aggressione ove non sia possibile un pronto intervento degli organi dello Stato a ciò pre-

[10] In argomento cfr. recentemente Aprile, *Un'altra riforma della legittima difesa: molta retorica e poche novità*, in *Cass. pen.*, 2019, 2414, il quale critica l'intento del legislatore del 2019 di rafforzare, attraverso l'inserimento dell'avverbio «*sempre*» nel novellato comma 2° dell'art. 52 c.p., la presunzione di proporzionalità tra difesa e offesa che è stata introdotta in precedenza con la l. 59/2006.

[11] Nell'imminenza della novella del 2019 si veda Cass. pen., 20 giugno 2018, n. 29515 in *Dir. pen. cont.*, 2018, con nota di Gatta, *Sulla difesa domiciliare; una sentenza emblematica della Cassazione (caso Birolo) e una riforma affrettata all'esame del Parlamento*, in cui si evidenzia l'opportunità di un'interpretazione estensiva della disciplina (allora) vigente piuttosto che la necessità di una ulteriore riforma dell'istituto; in senso critico alle novità introdotte dal legislatore del 2019 cfr. Bartoli, *Verso la legittima offesa?*, *ivi*, 2019, 17 ss., il quale, riferendosi al nuovo comma 2° dell'art. 2044 c.c., rinviene un'irragionevole identità di trattamento nei confronti di chi ha effettivamente agito per legittima difesa e di chi, invece, gode di presunzioni, con la conseguenza che – afferma l'Autore – «…non solo si garantisce l'impunità all'autore di un nuovo eccesso colposo, ma si eliminano anche i rimedi risarcitori, rendendo così del tutto privo di tutela il diritto alla vita».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

posti[12]. Tale principio, presente nel Codice del 1942, ma che non aveva trovato spazio nel Codice previgente del 1865 e neppure nel *Code Napoleon*, ha fatto riaffiorare i contorni della regola, propria del diritto romano classico, riassumibile nel brocardo «*vim vi repellere licet*»[13]. Sia pure sotto forma di eccezione in rapporto al generale divieto di autotutela, il legislatore del 1942, al quale ha fatto eco quello della novella, ha, infatti, stabilito, in sintonia anche con quanto previsto dal codice penale dove vige il generale divieto di farsi giustizia da sé (art. 392 c.p.), che in presenza di un'aggressione attuale, preclusiva al contestuale ricorso alla pubblica autorità, sia consentito difendere il proprio diritto a costo di arrecare un pregiudizio all'aggressore il quale, conseguentemente, non subisce alcun danno ingiusto[14].

[12] Il comma 2° dell'art. 2 CEDU prevede, infatti, che «…la morte non si considera cagionata in violazione di questo articolo se è il risultato di un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario…«; in argomento, cfr. il recente contributo di Gargani, *Diritto alla vita e autotutela privata di beni patrimoniali: il problematico confronto con l'art. 2 CEDU*, in *Legisl. pen.*, 2019, dove si evidenzia la parzialità e l'incompletezza della disposizione dell'art. 2, comma 2°, CEDU auspicando un intervento della Corte di Strasburgo diretto alla protezione della vita umana contro forme di autodifesa privata che eccedono il limite di cui all'art. 2, comma 2°, lett. a) CEDU; in ambito europeo si segnala che la prevalente dottrina tedesca (Rönnau-Hohn, *§ 32*, in *Leipziger Kommentor*, XII ed. II, Berlino, 2006, 106 ss; Spendel, *§ 32*,, *ivi*, XI ed., Berlino, 1992, 124) nega un'applicabilità diretta della CEDU nei confronti dei singoli; sul punto v., in giurisprudenza, Cass. pen. 6 febbraio 2003, n. 20031 in *Foro it.*, 2003, II, 434, con nota di Albeggiani, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e uso legittimo delle armi*.

[13] Per una ricostruzione storica del principio in questione, cfr. Comporti, *Fatti illeciti: le responsabilità presunte* ne *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da Schlesinger e continuato da Busnelli, sub *art. 2044*, Milano, 2002, 3 ss; sul principio *vim vi repellere licet* nel diritto romano, v. Brignoli, *La legittima difesa nel diritto romano*, Roma, 1937; contrariamente a quanto è accaduto a proposito dell'evoluzione normativa in ambito privatistico, la figura della legittima difesa nel diritto penale ha trovato una sua regolamentazione anche nel previgente Codice Zanardelli (per un commento all'art. 49, n. 2 del Codice penale italiano del 1889, v. Impallomeni, *Cod. pen. illustrato*, I, Firenze, 1899).

[14] Sul punto la Relazione n. 797 del Ministro Guardasigilli prevede che: «…non vi sarà responsabilità quando il danno è arrecato in situazione di legittima difesa, perché chi agisce ha in tal caso il potere di difendere il proprio diritto a costo di recare danno a chi lo aggredisce; allora il danno prodotto non può qualificarsi ingiusto»; sulla necessità di colmare la formula alquanto generica del dettato dell'art. 2044 c.c. attraverso l'uso interpretativo della norma penale con funzione integrativa, si veda Venchiarutti, *La legittima difesa*, in *La responsabilità civile*, a cura di Cendon, Milano, 1988, 473; in giurisprudenza cfr. l'ormai risalente ma emblematica decisione di Cass., 24 febbraio 2000, n. 2091 che così statuisce: «…l'art. 2044 c.c. rin-

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Siffatta armonia tra la rilevanza privatistica e quella penalistica della figura incontra però una prima distonia sotto il profilo effettuale. Se, infatti, la legittima difesa *ex* art. 2044 impedisce che si verifichi l'ingiustizia del danno perché la lesione prodotta, pur *contra ius*, avviene *iure*, rendendo così giustificato il fatto, la legittima difesa in ambito penale esclude tanto la punibilità dell'autore quanto l'antigiuridicità del fatto[15].

Tenuto conto della discrasia tra i due sistemi, occorre, quindi, verificare se anche gli elementi che compongono la fattispecie regolata dall'art. 2044, comma 1°, si identifichino con quelli propri della legittima difesa prevista nell'ordinamento penale[16]. In proposito, prima della novella, nonostante alcuni dubbi[17], la giurisprudenza prevalente considerava *ius receptum* il rinvio dell'art. 2044 al codice penale al fine di individuare i caratteri della legittima difesa. In quest'ottica, una parte della dottrina, pur partendo da tale postulato, aveva analizzato, alla luce dei principi che regolano la responsabilità civile, gli elementi costitutivi della legittima difesa disciplinata dal codice penale[18]. In par-

via sostanzialmente, per la nozione di legittima difesa quale situazione idonea ad escludere la responsabilità civile per fatto illecito, all'art. 52 c.p.»; in senso dubitativo rispetto a tale interpretazione cfr. Franzoni, *Dei fatti illeciti*, nel *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, continuato da Galgano, Bologna-Roma, 2ª ed., 2020.

[15] Ciò ha indotto la dottrina civilistica a qualificare il comportamento del difensore legittimo come atto lecito dannoso; in proposito cfr. Monateri, *La responsabilità civile*, Torino, 2006, 183; Id., *Esimenti e difese*, in Monateri, Gianti, Balestrieri, *Causazione e giustificazione del danno*, in *Tratt. sulla resp. civile*, diretto da Monateri, Torino, 2016, 285 ss.; Busnelli, in Bigliazzi Geri, Breccia, Busnelli, Natoli, *Diritto civile*, III, Torino, 1989, 711.

[16] L'esclusione dell'antigiuridicità ma non della colpevolezza ha indotto la dottrina civilistica (R. Scognamiglio, *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010, 653) a ritenere che la legittima difesa sia invocabile sia quando l'aggressione derivi da un fatto produttivo di responsabilità oggettiva sia nell'ipotesi in cui il fatto sia ascrivibile ad un soggetto non imputabile (così Cendon, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1976, 470).

[17] Le perplessità della dottrina sono state espresse da Franzoni, *Dei fatti illeciti*, nel *Comm. cod. civ.*, cit., *passim*; per la giurisprudenza si veda l'eloquente Cass. civ. 25 febbraio 2009, n. 4492 nel punto in cui si afferma che gli artt. 52 c.p. e 2044 c.c. sono chiamati a svolgere la medesima funzione scriminante pur nel campo delle rispettive competenze funzionali; nello stesso senso cfr. le più risalenti Cass., 26 novembre 1976, n. 4487 e Cass., 16 febbraio 1978, n. 753; di questo avviso, in dottrina, v. De Cupis, *Dei fatti illeciti*, nel *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1971, 43; Visintini, *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, Padova, 1967, 22.

[18] Così Monateri, *La responsabilità civile*, cit., 184, il quale, a proposito delle

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

ticolare, al "*pericolo di un'offesa ingiusta*" previsto dall'art. 52 c.p. era stata attribuita rilevanza civilistica soltanto quando esso si concretava in un vero e proprio illecito civile obiettivamente idoneo a cagionare un danno ingiusto, anche se compiuto da un soggetto incapace[19]. Sia per l'attualità dell'aggressione che per la necessità della reazione, entrambe espressamente richiamate dall'art. 52 c.p. ai fini della legittimità della difesa nel diritto penale, la dottrina si era nuovamente avvalsa di criteri desunti dalla giurisprudenza penalistica elevandole, entrambe, a canoni di valenza universale per poterle così adattare all'ordinamento civilistico. In particolare, si affermava che l'attualità dell'aggressione, la cui *ratio* veniva rinvenuta nel fatto che la vittima non aveva avuto modo di rivolgersi prontamente al potere giurisdizionale, veniva meno ogniqualvolta l'aggressione avesse cessato di persistere[20]. La reazione, per essere qualificata come legittima, invece, era stata considerata necessaria soltanto qualora l'aggredito non avesse avuto la possibilità di agire diversamente. A tal proposito era stato attribuito al giudice il compito di valutare, volta per volta, le circostanze proprie del caso di specie avendo riguardo, in particolare, ai mezzi di cui l'assalito dispone al momento dell'aggressione, al tempo, al

conseguenze della legittima difesa in ambito civilistico, afferma che: «…è, quindi, una materia di mera preferenza dell'interprete, e non un'essenziale questione dogmatica, quella relativa alla qualificazione dell'atto di difesa legittimo»; della medesima opinione sembra anche Sella, *La responsabilità civile nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, I, a cura di Cendon, Milano, 2007, 305 ss.

[19] In proposito Comporti, *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., 6, ritiene che anche l'aggressione contro un interesse meritevole di tutela e non necessariamente lesiva di un diritto soggettivo possa dar luogo all'esimente in questione; di quest'avviso anche R. Scognamiglio, voce *Responsabilità civile per fatto altrui* in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1968, 654; ciò ha indotto un Autore (Monateri, *La responsabilità civile*, cit., 184) ed affermare che la disposizione di cui all'art. 2044 trovi applicazione anche quando l'oggetto dell'altrui minaccia non sia un bene attinente alla vita umana, ma un diritto di natura patrimoniale; sulla rilevanza dell'aggressione anche se proveniente da un incapace cfr. Cendòn, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, cit., 470.

[20] In questo senso, Traverso, *Le cause di giustificazione nella disciplina dei fatti illeciti*, Padova, 2001, 50; in giurisprudenza cfr. Cass. pen., 4 luglio 2006, che ha escluso la scriminante nella condotta di chi abbia sparato al ladro, uccidendolo, mentre questi fuggiva dopo essersi introdotto nella sua abitazione; sul punto cfr. però anche Cass. pen., 6 marzo 1984 in *Riv. dir. pen.*, 1984, 792 che, invece, ha considerato scriminato il comportamento di chi spara contro la ruota posteriore della moto sulla quale il ladro fuggiva con la refurtiva; l'unica ipotesi in cui il pericolo può continuare a sussistere quando si è già verificato un danno è – a parere di Monateri (*Esimenti e difese*, cit., 290) – quella dell'illecito a carattere permanente.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

luogo e alle modalità dell'attacco subito[21]. Più in particolare, al fine di salvaguardare l'onorabilità dell'aggredito si era ritenuto che soltanto la fuga attraverso un *commodus discessus* dell'assalito facesse venire meno la reazione necessaria, permanendo, in caso contrario, i presupposti dell'esimente[22].

La più marcata incidenza del pensiero della dottrina penalistica sull'interpretazione del dettato dell'art. 2044 prima della riforma si ravvisa però nell'individuazione della proporzionalità della difesa. In argomento si erano formate numerose opinioni riassumibili essenzialmente in tre differenti correnti di pensiero, ciascuna delle quali aveva trovato altresì, sia pure sporadicamente, anche il conforto della giurisprudenza.

La prima[23] si fondava esclusivamente sul raffronto tra i mezzi di protezione dell'aggredito e quelli dal medesimo in concreto adoperati. Un altro orientamento[24] rinveniva, invece, i caratteri della proporzionalità della difesa nell'adeguatezza tra il male minacciato e quello effettivamente inflitto dall'aggredito. Il terzo filone di pensiero si incentrava, infine, sulla più generale comparazione tra i differenti interessi in contrasto[25]. Le più recenti decisioni della giurisprudenza pe-

[21] In tal senso, fra gli esponenti della dottrina penalistica, v. l'autorevole opinione di Grosso, voce *Delitti (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, 28, il quale afferma che la reazione è davvero inevitabile quando non è sostituibile da un'altra meno dannosa; per l'opportunità di una valutazione giudiziale caso per caso, incentrata sulle concrete condizioni in cui si trova l'assalito, v. Fiandaca Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 298 ss.; in giurisprudenza cfr. Cass. pen., 10 febbraio 1984 (imp. Canfora), in *Riv. dir. pen.*, 1985, 612; Cass. pen. (imp. Ciattò), 13 aprile 1984, in *Giur. pen.*, 1984, II, 713.

[22] Così Cass. pen., 10 luglio 2002, in *Arch. circolaz.*, 2003, 17; Cass., 28 gennaio 2003, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2003, 359; in precedenza cfr. Cass. pen., 10 aprile 1986 (imp. Vercellotti), in *Riv. dir. pen.*, 1986, 1041 che ha rinvenuto il *commodus discessus* ogniqualvolta le modalità della ritirata sono tali da non far apparire l'autore come vile poiché, in caso contrario, egli è tenuto a tollerare le conseguenze della sua condotta illecita; così anche App. pen. Cagliari, 10 settembre 1993, in *Riv. giur. sarda*, 1995, 21, che esclude l'applicabilità dell'esimente quando l'assalito possa sottrarsi agevolmente con la fuga all'atteggiamento minaccioso dell'aggressore.

[23] Per un'analisi più approfondita della tesi in questione, si veda Sella, *La responsabilità civile nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, cit., 315; in giurisprudenza cfr. Cass. pen., 10 novembre 2004; Cass. pen., 24 gennaio 1990, in *Riv. dir. pen.*, 1991, 218 a proposito dell'uso degli *offendicula.*

[24] In tal senso Cass. pen., 16 luglio 1981 (imp. Giuliani), in *Riv. dir. pen.*, 1982, 201; Cass. pen., 11 febbraio 1976 (imp. Nistico).

[25] Si tratta della tesi prevalente in dottrina riconducibile, fra gli altri, a Fiandaca

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

nale di legittimità a proposito del requisito della proporzionalità sono state successive alla riforma della legittima difesa del 2006 che ha preceduto la novella del 2019. Si tratta, in particolare, di una serie di pronunce della Suprema Corte[26] riguardanti la presunzione di sussistenza della proporzione tra offesa e difesa introdotta dalla l. 13 febbraio 2006, n. 59 che, attraverso l'aggiunta dei commi 2° e 3° dell'art. 52 c.p., ha coniato la figura della c.d. legittima difesa domiciliare, ossia il diritto all'autotutela in un domicilio privato ovvero in un negozio o in un ufficio mediante l'uso autorizzato di un'arma legittimamente detenuta per salvaguardare la propria o l'altrui incolumità ovvero quella dei propri beni. La Corte di cassazione ha, in proposito, statuito che la presunzione di proporzionalità introdotta dalla legge 59/2006 non fa venir meno la necessità – da parte del giudice – di accertare la sussistenza anche degli ulteriori requisiti del pericolo attuale, dell'offesa ingiusta nonché la necessità/inevitabilità della reazione difensiva a mezzo delle armi.

Anche l'interpretazione dei caratteri della fattispecie dopo gli interventi apportati dalla novella deve fondarsi sulla concezione unitaria dell'ordinamento in precedenza richiamata. Ne consegue che, dovendo attingere i tratti e la funzione della figura dalla disciplina penalistica, ciò dovrà avvenire avendo principalmente riguardo ai valori costituzionalmente rilevanti e nel rispetto della *ratio* complessiva delle branche del diritto considerate, ciascuna delle quali, pur interagendo con le altre, deve mantenere, comunque, la propria autonomia. Pertanto, anche in considerazione dell'esplicito rinvio del novellato art. 2044 alla disciplina penalistica e, vista la mancanza di una definizione di legittima difesa civilistica, al fine di sopperire a tale lacuna nulla osta ad avvalersi degli elementi costitutivi della fattispecie coniati dalla dottrina penalistica[27].

Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 298 ss; per un utilizzo dei canoni penalistici ai fini dell'interpretazione del requisito della proporzionalità in ambito civilistico, cfr. Monateri, *La responsabilità civile*, cit., 190.

[26] Così Cass. pen., 10 gennaio 2014 n. 691; Cass. pen., 25 settembre 2017, n. 44011; Cass. pen., 7 ottobre 2014, n. 50909; Cass. pen., 27 maggio 2010, n. 23221, in *Giust. pen.*, 2010, 687.

[27] Cfr., prima della riforma, Busnelli, voce *Illecito civile*, in *Enc.giur*., Roma, 1989, 21 ss.; Bigliazzi Geri, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, Milano, 1971, 57 ss; Salvi, voce *Responsabilità contrattuale* in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1186 ss.; Giacobbe, *Legittima difesa e stato di necessità*, cit., 53; Franzoni, *L'illecito*, nel *Tratt. della resp. civ.*, diretto da Franzoni, Milano, 2010, 1134; Brigu-

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Così ragionando, quindi, il "*pericolo di un'offesa ingiusta*" rivestirà rilevanza civilistica soltanto quando il fatto dia luogo ad un illecito civile[28]. Allo stesso modo deve ritenersi che "*l'attualità dell'aggressione*" venga meno anche ai fini della fattispecie prevista dall'art. 2044 ogniqualvolta l'offesa abbia cessato di persistere. Quanto alla "*reazione della vittima*", invece, l'individuazione della sua natura legittima deve ritenersi rimessa alla discrezionalità dell'interprete il quale valuterà, caso per caso, in relazione ai mezzi di cui l'assalito dispone al momento dell'aggressione, al tempo, al luogo e alle modalità dell'attacco subito[29]. Dovrà, altresì, attingersi dalla dottrina penalistica il criterio per determinare la proporzionalità della reazione in rapporto all'offesa subita. E ciò attraverso la comparazione tra i differenti interessi in contrasto sempreché ciò avvenga primariamente nel rispetto dei diritti fondamentali – costituzionalmente garantiti – della persona[30]. In relazione, invece, alle ipotesi specifiche di propor-

GLIO, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, Padova, 1963, 28; dopo la novella cfr. DE SANTIS, *La nuova legittima difesa* intra moenia: *una lettura*, cit., 374.

[28] In proposito, pur condividendosi, in linea di principio, l'opinione di MONATERI (*Esimenti e difese*, cit., 287), a parere del quale la disposizione dell'art. 2044 deve trovare applicazione anche quando il diritto minacciato rivesta natura patrimoniale, ciò appare ammissibile sempreché l'interesse leso rivesta, comunque, rilevanza costituzionale e sia armonizzi con il criterio della proporzionalità tra la reazione della vittima e l'offesa subita di cui si dirà meglio oltre.

[29] In linea con quanto è stato evidenziato *infra* nel testo la discrezionalità giudiziale dovrà ispirarsi ai valori e ai principi costituzionali.

[30] Tuttavia l'applicazione del principio non è esclusa in presenza dell'esigenza di salvaguardare i diritti di natura patrimoniale dell'offeso (in quanto anch'essi costituzionalmente rilevanti) sempreché ciò sia conciliabile con il bilanciamento di ciascun interesse coinvolto. La compatibilità della legittima difesa con la salvaguardia del patrimonio induce ad evocare, ai fini della eventuale applicazione delle disposizioni di cui all'art. 2044, la distinzione fra reati-contratto e reati in contatto (per la quale si rinvia a LEONCINI, *Rapporti tra contratto, reati-contratto e reati in contatto*, in *Riv. it. dir. proc. civ.*, 1990, 997) là dove nei primi la condotta lesiva deriva dalla stessa conclusione del negozio, mentre nei secondi l'atto negoziale rappresenta lo strumento per perpetrare la condotta criminosa. In presenza quantomeno di una fattispecie di reato-contratto, qual è – ad esempio – il mutuo con interessi usurari, infatti, nulla osta all'applicazione dell'esimente della legittima difesa ex art. 2044 in caso di un illecito civile commesso dalla vittima dell'usura (in argomento cfr. altresì ALPA e ZENO ZENCOVICH, voce *Responsabilità civile da reato*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1274 ss.); per una lettura del criterio di proporzionalità alla luce dei valori costituzionali, cfr. PIRAINO, *Le cause di giustificazione della responsabilità civile e la nuova legittima difesa*, cit., 36; in argomento v. altresì CASTELLI, *Profili civilistici della riforma in materia di legittima difesa*, cit., 1019.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

zionalità introdotte dai commi 2°, 3° e 4° del novellato art. 52 c.p. (al quale – come è noto – l'art. 2044, comma 2°, rinvia direttamente), deve ritenersi che per esse il legislatore del 2019, fin dalla loro elaborazione astratta, ne abbia delineato la portata tenendo conto primariamente dei principi costituzionali. Va da sé, quindi, che anche in sede di applicazione di quelle particolareggiate fattispecie al caso concreto, l'interprete dovrà operare una valutazione che, sulla base della gerarchia dei valori costituzionalmente garantiti, sia volta primariamente alla tutela della persona e, soltanto in via sussidiaria, alla salvaguardia del patrimonio.

3. *L'indennità dovuta al danneggiato in caso di eccesso colposo scriminato*. – Con la neonata disposizione del comma 3° dell'art. 2044 il legislatore della novella ha introdotto il diritto del danneggiato dall'autore di un eccesso colposo scriminato ad ottenere un'indennità nella misura rimessa all'equo apprezzamento del Giudice «*…tenuto altresì conto della gravità, delle modalità realizzative e del contributo causale della condotta posta in essere dal danneggiato*».

Prima di esaminare i profili civilistici dell'istituto in questione è opportuno evidenziare che anche i casi di eccesso colposo scriminato previsti dall'art. 55, comma 2°, c.p., al quale l'art. 2044, comma 3°, rinvia espressamente, sono stati oggetto della novellazione del 2019. Tale disposizione attualmente prevede che nelle ipotesi di legittima difesa previste dall'art. 52 commi 2°, 3° e 4° c.p. la punibilità sia esclusa qualora «*chi ha commesso il fatto per la salvaguardia della propria o altrui incolumità ha agito*» in una situazione di vulnerabilità (cosiddetta "*minorata difesa*" *ex* art. 61, comma 1°, n. 5 c.p.) ovvero «*…in stato di grave turbamento psichico derivante dalla situazione di pericolo in atto*»[31].

All'indomani della novella una parte della dottrina penalistica[32] ha

[31] L'innesto di una causa di esclusione della punibilità in presenza di un eccesso colposo rappresenta un'indubbia novità anche in ambito penalistico se si considera che prima della novella per tali fattispecie si faceva esclusivo riferimento al 1° comma dell'art. 55 c.p. (rimasto in vigore) che – come è noto – prevede l'applicazione delle disposizioni concernenti i delitti colposi se il fatto è previsto come tale dalla legge; in argomento si rimanda a Siracusano, voce *Eccesso colposo*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 180 ss.

[32] Così Bartoli, *Verso la "legittima offesa"?*, cit., 22, il quale afferma altresì che «…dall'inquadramento del fatto nell'art. 52, commi 2, 3 e 4 o nell'art. 55, comma 2, derivano conseguenze di disciplina in ordine al risarcimento del danno che tutta-

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

criticato la scelta legislativa sotto diversi profili. È stata riscontrata, in primo luogo, un'ingiustificata equiparazione di una situazione oggettiva (la minorata difesa) ad uno stato palesemente soggettivo (il grave turbamento psichico). Si è sottolineato, inoltre, il carattere sovrabbondante, se non addirittura superfluo, della nuova disposizione tenuto conto che, per le medesime fattispecie previste dalla norma in esame, la non punibilità è già stata prevista all'art. 52 commi 2°, 3° e 4° c.p., peraltro espressamente richiamato dallo stesso art. 55 c.p.

Si segnala, tuttavia, nell'imminenza della riforma, un orientamento della giurisprudenza penale della Corte di legittimità[33] che, anticipando la novellazione del 2019, propende per attribuire alla vittima della legittima difesa putativa un diritto all'equo indennizzo attraverso l'interpretazione analogica della norma di cui all'art. 2045 c.c. in materia di stato di necessità. Nella medesima ottica riformistica dell'istituto, la dottrina penalistica[34] aveva invocato una riforma della le-

via […] si rivelano prive di ragionevolezza»; in ordine alla inadeguatezza della norma a modulare una serie di situazioni tra loro particolarmente differenti, v. Consulich, *La riforma: prove tecniche di diritto senza giustizia*, in *www.sistemapenale.it*, 2019.

[33] Cfr., in tal senso, Cass. pen., sez. IV, 28 giugno 2018 che attribuisce al danneggiato soltanto un'indennità da calcolarsi sulla base del principio equitativo ed esclude espressamente il diritto al risarcimento del danno fondandosi sul principio schiettamente civilistico dell'insussistenza dell'ingiustizia; in dottrina si vedano le innovative pagine di Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 116, il quale identifica il danno ingiusto con una clausola generale di responsabilità; di contrario avviso in quell'epoca la dottrina tradizionale (cfr., in tal senso, Schlesinger, *L'ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, 336) criticava il concetto di "*danno ingiusto*" affermando che l'ingiustizia poteva solo riguardare il fatto mentre il danno non poteva che coincidere con il pregiudizio economico; per una più diffusa analisi delle teorie concernenti l'ingiustizia del danno si rimanda a Scalisi, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 29 ss.; in argomento v. *amplius* Castronovo, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, nonché Busnelli, voce *Illecito civile*, cit., 21 ss.

[34] In questo senso Cingari, *Per una riforma della disciplina dell'eccesso di difesa*, in *Arch. pen.*, 2018, 12, il quale propende per un intervento legislativo non già sul versante dell'antigiuridicità attraverso l'introduzione di una presunzione di proporzione ovvero di necessità difensive (analogamente a quanto è accaduto con la riforma di cui alla l. 59/2006), ma attribuendo particolare rilevanza agli stati di turbamento psichico che inducono la vittima dell'aggressione a superare i limiti della legittima difesa; nello stesso senso si veda, anche per un'analisi comparatistica, Donini, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti di interessi dentro e oltre la giustificazione del reato, in evoluzione e involuzione della categoria penalistiche*, Atti del Convegno di Pisa, 8-9 maggio 2015, Milano, 2017, 85 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

gittima difesa volta non tanto ad ampliare la portata dell'autotutela, ma ad attribuire rilevanza sul piano soggettivo allo stato di turbamento psichico ingenerato in capo alla vittima dell'aggressione ingiusta.

Venendo all'analisi del nuovo comma 3° dell'art. 2044, emerge in primo luogo la volontà del legislatore della novella di equiparare, in linea con la più accreditata interpretazione dell'istituto prima della riforma, la non punibilità prevista dal codice penale all'esenzione da responsabilità civile[35]. E ciò si desume dal fatto che, così come nei confronti del soggetto non punibile la disciplina penalistica esclude che possa farsi valere il diritto al risarcimento del danno (art. 55, comma 2°, c.p.), allo stesso modo colui che è esentato da responsabilità civile può essere destinatario esclusivamente di una pretesa di carattere indennitario che non presuppone la violazione del generale obbligo del *neminem laedere*.

Riaffiora così il compito dell'interprete di verificare l'esattezza di tale equazione che emerge dalla lettura del dettato normativo al fine di stabilire, quindi, se effettivamente, così come ha tradizionalmente ritenuto la prevalente dottrina civilistica[36] fino all'avvento della riforma, nonostante la permanenza dell'antigiuridicità nella fattispecie penalistica e, di contro, la trasformazione, in *iure* – seppure *contra ius* – in quella civilistica, sia ipotizzabile comunque, attribuire al medesimo fatto identica incidenza nell'ambito della rispettive discipline settoriali di riferimento. In alternativa potrebbe ritenersi che il legislatore della novella, pur avendo pacificamente attinto i criteri per la regolamentazione della legittima difesa civilistica dal diritto penale, analogamente a quanto è accaduto in sede di compilazione dell'originario testo dell'art. 2044, abbia voluto, ora come allora, adattare l'istituto di natura

[35] In proposito, oltre a farsi rinvio agli Autori citati nelle precedenti note (15) e (16), si vedano anche Galgano, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2014, 952, nonché Giacobbe, *Legittima difesa e stato di necessità*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Bessone, X, 1, Torino, 2000, 53 ss, i quali evidenziano che in caso di legittima difesa viene meno uno degli elementi dell'*iniuria*; in linea con la dottrina appena richiamata, la giurisprudenza di legittimità (Cass., 24 febbraio 2000, n. 2091) ha statuito che: «l'art. 2044 rinvia sostanzialmente, per la nozione di legittima difesa quale situazione idonea ad escludere la responsabilità civile per fatto illecito, all'art. 52 c.p. che richiede, a tal fine, la sussistenza, nella fattispecie, della necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta»; in questo senso cfr. anche Cass., 16 febbraio 1978, n. 753, in *Arch. civ.*, 1978, 762.

[36] V. *supra* nota (32).

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

penalistica alle logiche del sistema privatistico, attribuendo alla figura in questione una sua autonomia teorica ed un differente ambito di operatività, non necessariamente coincidente con quello corrispondente del diritto penale.

In proposito, sempre in virtù del reciproco scambio derivante dal rapporto tra il diritto civile ed il diritto penale, deve ritenersi che il legislatore della novella, anche in ragione del fatto di essere ricorso ad un'unica legge speciale diretta a riformare l'istituto della legittima difesa contemporaneamente sia in ambito civilistico che penalistico, abbia voluto definitivamente sdoganare l'equazione tra esenzione da responsabilità civile e non punibilità del fatto quali conseguenze della legittima difesa, senza con ciò impedire, peraltro, che gli effetti prodotti dalla fattispecie necessitino di un naturale adattamento in ciascuna delle specifiche discipline considerate. Ciò, d'altra parte, aveva trovato ben prima della novella il consenso della dottrina civilistica prevalente alla quale la giurisprudenza si è voluta allineare[37]. In proposito, di recente la Suprema Corte, in ordine alla valenza in ambito civilistico delle fattispecie penali che attribuiscono al donante la facoltà di revocare la donazione per ingratitudine del donatario[38], ha dichiaratamente attribuito piena cittadinanza civilistica a tali categorie pur se, ai fini dell'operatività della revoca *ex* art. 801, la medesima Suprema Corte ha delineato i tratti di ciascuna di esse discostandosi dai principi presenti nel codice penale in ragione del necessario adattamento della disposizione alla complessiva *ratio* del codice civile.

Quanto, invece, alla natura giuridica dell'indennità, deve ritenersi che non sussistano ragioni per discostarsi dal *nomen iuris* attribuito dal legislatore alla figura in questione. A suffragare tale conclusione valgono due elementi. Il primo è dato dall'evidente funzione compensativo/riparatoria dello strumento utilizzato in quanto diretto esclusivamente a lenire il nocumento subito dalla vittima dell'eccesso colposo scriminato, senza, tuttavia, ripristinare la situazione *quo ante* in cui si trovava quel soggetto. L'altro si rinviene, invece, nel richiamo della norma all'equità giudiziale che nella fattispecie considerata si

[37] Per la dottrina favorevole a questa impostazione si fa rinvio agli Aa. citati nella precedente nt. 15; sembra, invece, trasparire qualche perplessità circa l'equiparazione della non punibilità all'assenza di responsabilità civile dalle parole di Franzoni, *L'illecito*, cit., 1134.

[38] Cfr., in proposito, la precedente nt. 8.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

manifesta attraverso la salvaguardia di colui che, nel conflitto con l'autore del comportamento scriminato, ha subito un pregiudizio derivante dall'atto privo di antigiuridicità. Si tratta, dunque, di una vera e propria pretesa di natura indennitaria che, insieme ad altre analoghe ipotesi ravvisabili nel nostro ordinamento (quali, ad esempio, quelle previste dagli artt. 1017, 1032, 2045), testimonia l'attenzione del legislatore anche verso la posizione del soccombente in presenza di un bilanciamento tra più interessi tra loro confliggenti[39].

[39] Sui caratteri dell'indennità in diritto privato si veda CICCARELLO, voce *Indennità* (*dir. priv.*) in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 99, ss., spec. 105, il quale evidenzia la funzione meramente compensativa dell'indennità che consente di ricondurre in un'unica categoria le ipotesi in cui un soggetto è tenuto a tale prestazione in denaro «…quale corrispettivo di un servizio da altri prestato o in considerazione del sacrificio, consentito dalla legge» insieme con altre fattispecie – come quella prevista dall'art. 2045 – in cui «…nella previsione normativa si rinviene l'elemento dell'illecito, dal quale però (con riguardo ad effetti determinati) si prescinde»; in argomento cfr., recentemente, BUSSANI, *L'illecito civile*, cit., 767; per una attenta ricostruzione degli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza a proposito della funzione del risarcimento del danno, si veda BARBIERATO, *Il risarcimento del danno e le sue «funzioni»*, Napoli, 2013; sul punto non può prescindersi dal richiamare il pensiero di FRANZONI, *Il danno risarcibile*, II, Milano, 1993; nonché di BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, *passim*; a proposito dell'importanza rivestita anche nel nostro ordinamento dalla categoria dei danni punitivi si veda il recente volume *I danni punitivi*, a cura di C. Cicero, Napoli, 2019.

L'insussistenza di una funzione sanzionatoria ma, al contrario, un'evidente finalità compensativo/riparatoria dello strumento, cui si aggiunge, peraltro, l'esigenza di dover prescindere dal fatto storico dell'illecito, inducono, infatti, a ritenere che debba trattarsi di una vera e propria indennità (analogamente alle ipotesi previste, ad esempio, in materia di usufrutto [art. 1017 c.c.], di servitù coattive [art. 1032 c.c.], di stato di necessità [art. 2045 c.c.]) nel senso chiarito dalla dottrina richiamata in precedenza (così CICCARELLO, voce *Indennità* in *Enc. dir.*, cit., 105) la quale, dopo aver confutato la teoria fondata sulla bipartizione tra indennità dovuta come corrispettivo e indennità dovuta in ragione dell'impossibilità di ottenere il risarcimento in forma specifica (così TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano, 1964, 152 ss.), attribuisce carattere unitario alla figura ricomprendendo in essa «…tutte le ipotesi in cui un soggetto è tenuto ad una prestazione in denaro, quale corrispettivo di un servizio da altri prestato, o in considerazione del sacrificio, consentito dalla legge, dell'altrui interesse» (CICCARELLO, voce *Indennità*, cit., 105); la qualificazione in termini di indennità, oltre che imprimere al diritto in questione un valore meramente pecuniario, implica altresì che esso soggiaccia al termine ordinario di prescrizione e non già a quello quinquennale proprio del diritto al risarcimento del danno. In argomento si veda, tuttavia, P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, I, 1061 il quale non condivide la distinzione classica tra risarcimento da atto illecito e indennità in caso di atto lecito dannoso; sull'equità giudiziale sia consentito rinviare a CHESSA, *Il potere giudi-*

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

L'evidente similitudine che intercorre tra l'indennità introdotta dalla novella e quella prevista dall'art. 2045 in materia di stato di necessità fa affiorare dalla nuova disciplina un sistema indennitario unico, valevole per entrambe le esimenti da responsabilità[40]. La comunanza di elementi delle due fattispecie, incentrate prevalentemente sulla salvaguardia dei diritti della persona nonostante il riferimento alla tutela del patrimonio presente nella sola legittima difesa, ha evidentemente indotto il legislatore della novella ad introdurre un criterio, comune alle due esimenti, diretto alla protezione del titolare dell'interesse leso dall'atto divenuto privo *ab origine* della sua illiceità. Questa soluzione, peraltro, si rivela la più aderente a svolgere quella funzione redistributiva diretta a ripartire equamente le conseguenze del comportamento scriminato nel rispetto della deroga al principio secondo il quale il peso del pregiudizio economico deve trasferirsi in capo a colui che per legge riveste la qualità di responsabile[41].

ziale di ristabilire l'equità contrattuale nelle transazioni commerciali, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 439 ss.; in argomento cfr. altresì Ferroni, *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Napoli, 2002; nonché Perreca, *La congruità dello scambio contrattuale*, Napoli, 2006.

[40] Il fatto che la legittima difesa, contrariamente a quanto è previsto per lo stato di necessità, operi anche in caso di violazione di un diritto patrimoniale e non soltanto nel caso di lesione di un diritto della persona (come è previsto invece per la fattispecie di cui all'art. 2045) non impedisce, peraltro, di ipotizzare una regolamentazione unitaria del diritto all'indennità per entrambi gli istituti. La suddetta peculiarità, infatti, incide esclusivamente sui presupposti necessari ai fini dell'esclusione della responsabilità civile, ma lascia inalterato l'elemento, comune alle due fattispecie, del pregiudizio in capo al terzo a seguito del fatto divenuto privo di illiceità, che costituisce proprio il fondamento della pretesa indennitaria. A ben vedere, anzi, la disciplina di quest'ultima nel novellato art. 2044 si rivela addirittura sovrabbondante avendo ben potuto il legislatore della riforma limitarsi sul punto semplicemente ad un rinvio alla previsione di cui all'art. 2045.

[41] Sulla funzione redistributiva delle conseguenze del comportamento scriminato si veda diffusamente Troisi, *Lo stato di necessità* nel *diritto civile*, Napoli, 1988, 104 ss, il quale, da un lato, rinviene la fonte dell'obbligazione indennitaria *ex* art. 2045 nella medesima fattispecie prevista dalla norma e, dall'altro lato, evidenzia che nello stato di necessità l'indennità, contrariamente a quanto accade in altre fattispecie di responsabilità dove la tutela ha la funzione compensativa di trasferire il peso del pregiudizio economico dal danneggiato a colui che per legge deve assumersene la responsabilità, svolge la funzione redistributiva di ripartire equamente le conseguenze del comportamento necessitato; a proposito dell'equità come elemento caratterizzante l'indennità *ex* art. 2045 c.c., cfr. Nonne, *Contributo ad una rilettura dell'art. 2045 c.c. Fattispecie e disciplina*, in *Giust. civ.*, 2017, 435 ss. spec. 473, il quale, ai fini della determinazione del *quantum debeatur*, tiene conto non soltanto di elementi intrin-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

4. *La provocazione e la legittima difesa putativa*. – L'ampliamento dell'operatività della legittima difesa anche in ambito civilistico costituisce l'occasione per ripercorrere i tratti di alcune fattispecie di confine, la cui riconducibilità alla figura in esame è stata fino ad oggi, in linea di massima, esclusa dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti[42].

Con l'intento di verificare l'attuale attendibilità di siffatte conclusioni alla luce delle nuove disposizioni, è opportuno esaminare innanzitutto la provocazione, ossia la causazione di un danno ingiusto derivante da un impulso emotivo scaturito da un fatto illecito commesso da altri. La dottrina civilistica prima della novella aveva attribuito rilevanza allo stato psicologico dell'agente soltanto in ambito penalistico, escludendo però che ciò potesse elevarsi ad esimente da responsabilità civile ai sensi dell'art. 2044[43]. La giurisprudenza di legittimità, in sede civile, ha tradizionalmente escluso l'applicabilità alla fattispecie considerata della disposizione prevista dall'art. 1227, comma 1°, c.c., negando che in presenza di una provocazione possa rinvenirsi un concorso del fatto colposo del danneggiato idoneo a diminuire l'entità del risarcimento del danno. La reazione al fatto provocatorio darebbe, infatti, luogo – secondo la Suprema Corte[44] – ad una

seci alla fattispecie, ma anche delle condizioni economiche delle parti desumibili da un'applicazione analogica della previsione di cui all'art. 2047 c.c.; in argomento, da ultimo, cfr., Bussani, *L'illecito civile*, cit., 699.

[42] In generale, in dottrina, sulle fattispecie di confine riconducibili alla legittima difesa (provocazione e legittima difesa putativa), ma tradizionalmente escluse dalla previsione dell'art. 2044, v. Monateri, *La responsabilità civile*, cit., 189 ss; Sella, *La responsabilità civile*, cit., 319 ss; Venchiarutti, *La legittima difesa*¸ in *La responsabilità civile*, cit., 475 ss.

[43] Sul punto si veda Santoro, voce *Provocazione (dir. priv.)*, in *Noviss. Dig. it*., XVI, Torino, 1967, 395, il quale, analizzando le differenze con la legittima difesa, evidenzia il profilo emotivo della provocazione determinato dall'altrui fatto ingiusto; in questo senso, ancor prima, cfr. De Cupis, *La provocazione come concorrente del fatto colposo del danneggiato*, in *Foro pad*., 1954, I, 170, nonché Ondei, *La responsabilità per il danno arrecato per eccesso di difesa e per provocazione*, *ivi*, 1955, I, 597; in argomento cfr. altresì A. Gabrielli, *La condotta del danneggiato*, in *La responsabilità civile*, IX, a cura di Cendon, Torino, 1998, 556 a parere del quale la diminuzione della pena ovvero della responsabilità civile del provocato deriva dall'antigiuridicità dell'altrui comportamento.

[44] Così Cass., 18 ottobre 2005, n. 20137 che, adoperando una terminologia spiccatamente penalistica, ha statuito: «…la determinazione dell'autore del delitto, di tenere la condotta da cui deriva l'evento di danno che colpisce la persona offesa, va considerata causa autonoma di tale danno, non potendo ritenersi che la consecuzione del delitto al fatto della provocazione esprima una connessione rispondente ad

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

sequenza causale autonoma che sarebbe da sola sufficiente a determinare l'evento, con la conseguenza che la provocazione potrebbe tutt'al più relegarsi nel rango delle mere occasioni. A differenti conclusioni è giunta, tuttavia, la prevalente giurisprudenza penale che, al contrario, ha evocato esplicitamente l'applicazione della norma di cui all'art. 1227, comma 1°, c.c., riconducendo le attenuanti attribuibili al provocato nell'area dei fatti colposi idonei a diminuire la misura del risarcimento del danno ed escludendo l'applicazione della disposizione in questione soltanto qualora non sussista un'adeguata proporzione fra la provocazione e la reazione[45]. A parere di una parte della dottrina, invece, in presenza di un fatto illecito altrui, sarebbe contrario alla logica della norma contenuta nell'art. 1227, comma 1, far ricadere le conseguenze risarcitorie in capo al provocato il quale, anzi, avrebbe diritto alla diminuzione dell'entità del risarcimento del danno dovuto[46].

Di fronte agli orientamenti appena descritti che, pur non qualificabili come diametralmente opposti, divergono ampiamente tra loro,

un principio di regolarità causale»; recentemente si veda altresì Cass., 4 febbraio 2016, n. 2197 che, riferendosi all'esimente della provocazione di cui all'art. 599, ult. comma, c.p., sottolinea che essa «…esclude la punibilità dei reati di ingiuria e diffamazione, con anche la natura di illecito civile del fatto e la conseguente obbligazione risarcitoria del danno subito dal soggetto leso»; in senso contrario si veda, tuttavia, Cass., 15 marzo 2007, n. 6009 che contempla l'astratta configurabilità del concorso *ex* art. 1227 in caso di colluttazione provocata ed iniziata dal danneggiato pur escludendone l'applicazione qualora la lesione sia dovuta ad una reazione che abbia superato l'iniziale esigenza di difesa; così, recentemente, anche Cass., 10 settembre 2019, n. 22541, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 338, con nota di Caredda, *Provocazione e reazione nel giudizio di responsabilità*, che contempera la costruzione causalistica dell'art. 1227 c.c. con il principio equitativo. In questo senso cfr. peraltro, in precedenza, Trib. Pisa, 18 novembre 1969, in *Giur. it.*, 1970, 324.

[45] Cfr., Cass. pen., 3 marzo 2000, n. 4775 che, occupandosi dei risvolti civilistici della provocazione, ha così statuito: «Questi concetti, trasfusi nel diritto civile, ben potranno essere ritenuti, a norma del primo comma dell'art. 1227 c.c., idonei a diminuire la misura del risarcimento del danno, in quanto la suddetta attenuante si configura come un fatto colposo, concorrente nella produzione dell'evento, posto in essere dal provocatore per non aver diligentemente calcolato le conseguenze del suo comportamento»; nello stesso senso cfr. Cass. pen., 15 aprile 1982, n. 3879, in *Giur. it.*, 1983, II, 158; Cass. pen., 29 gennaio 1988, in *Giur. pen.*, 1990, II, 405.

[46] In questo senso Giacobbe, *Legittima difesa e stato di necessità*¸ in *Tratt. di diritto privato*, cit., 140 ss; dello stesso avviso cfr. altresì Tencati, *Concorso di colpa*, in *La responsabilità civile*, I, a cura di Cendon, Torino, 2006, 49 ss.; così anche Forchielli, *Danno da legittima difesa e danno da eccesso colposo*, in *Dir. giur.*, 1970, 474 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

una corrente di pensiero ha prospettato una soluzione di compromesso. Dopo aver dapprima criticato il pensiero di chi, negando senza eccezioni l'applicabilità della previsione dell'art. 1227, ritiene che il dolo del provocato escluda la concorrente responsabilità di chiunque altro, un Autore[47] ha invocato il metodo fondato sulla valutazione caso per caso. Tenuto conto del numero troppo elevato delle variabili che possono condizionare ogni singola fattispecie, infatti, soltanto adottando il suddetto criterio, potrà appurarsi – a parere dell'opinione in esame – se effettivamente sia intervenuta l'interruzione del nesso causale idonea ad impedire di ricorrere alla disciplina del concorso di colpa del danneggiato che, altrimenti, deve considerarsi pienamente applicabile.

Recentemente anche un'altra opinione[48] propende per la tendenziale applicabilità della disciplina del concorso del fatto colposo del creditore. Pur tenendo conto della relativa indipendenza che intercorre tra i settori della responsabilità civile e della responsabilità penale, la dottrina in esame, considerata la natura fondamentalmente comune dei valori espressi dall'ordinamento, ritiene, infatti, che la qualifica penale della condotta come circostanza attenuante possa, in sede civile, giustificare parzialmente il fatto lesivo. Da ciò deriverebbe che il comportamento considerato rivestirebbe una rilevanza assiologica attestata da un dato normativo idoneo a giustificare l'applicazione della previsione di cui all'art. 1227 c.c.[49].

Nonostante l'applicabilità di tale disciplina alla provocazione abbia dato luogo ad un dibattito tutt'ora aperto fino all'avvento della novella, la dottrina prevalente è sempre stata fermamente contraria a ricondurre una simile fattispecie nell'alveo della legittima difesa[50]. Sul punto si registra non soltanto una convergenza tra la dottrina e la

[47] Così Sapone, *Il concorso di colpa del danneggiato*, cit., 243 ss il quale critica l'opinione di Bilotta, *Quantum respondeatur*, in *La responsabilità civile*, I, Torino, 2006, 433.

[48] Cfr., in tal senso, Caredda, *Provocazione e concorso del fatto colposo del danneggiato: una veduta di scorcio dell'ordinamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 82; della stessa A. si veda altresì *Concorso del fatto colposo del creditore. Art. 1227*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2015, *passim.*

[49] Così, ancora, Caredda, *Provocazione e concorso*, cit., 83.

[50] Sul punto si vedano Traverso, *Le cause di giustificazione nella disciplina dei fatti illeciti*, cit., 42; Venchiarutti, *La legittima difesa*, cit., 475, nonché Franzoni, *L'illecito*, cit., 1139, il quale ritiene che «…chi provoca una rissa non può successivamente invocare la legittima difesa per i danni cagionati agli altri contendenti».

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

giurisprudenza, ma soprattutto una visione unitaria dell'ordinamento da parte di entrambe le quali attribuiscono rilevanza in ambito civilistico a principi di derivazione eminentemente penalistica[51]. La causazione del pericolo ad opera dell'aggredito ha indotto, infatti, ad evocare in sede privatistica la figura – di matrice penalistica – delle *actiones liberae in causa* il cui verificarsi impedirebbe l'applicazione dell'esimente disciplinato dall'art. 2044[52]. In proposito si è affermato che il danno cagionato dal provocato che reagisce all'altrui offesa esuli dalla legittima difesa perché la reazione in tal caso non sarebbe diretta a salvaguardare la persona o il patrimonio, ma causata da un impulso collerico ed emotivo, seppure occasionato dal fatto altrui[53]. Nello stesso senso la giurisprudenza di legittimità[54] ha statuito che colui che provoca una rissa non può successivamente invocare la legittima difesa per i danni cagionati agli altri contendenti così come non può ricorrersi al medesimo esimente qualora si intervenga, nel corso di una lite, a vantaggio di chi non si sia trovato in difficoltà ed abbia procurato lesioni al presunto aggressore.

[51] In giurisprudenza cfr. Cass., 14 aprile 1988, n. 2956 in cui si legge: «…la partecipazione ad una colluttazione non comporta, di per sé, una riduzione della misura del danno subito da ciascuno dei due partecipanti, tranne che si tratti di danno subito dall'aggredito il quale abbia colposamente ecceduto i limiti consentiti da una difesa legittima non essendo sufficiente, ai fini dell'applicabilità dell'art. 1227 c.c., neanche la provocazione, non potendo essere considerata come causa del danno che il provocato abbia volontariamente inferto al provocatore».

[52] Così Franzoni, *L'illecito*, cit., 1140; di contrario avviso, invece, Monateri, *Esimenti e difese*, cit., 296 il quale, anche in tale frangente, invoca l'applicazione dei principi generali della responsabilità civile dando rilevanza alla provocazione soltanto qualora manchi l'elemento soggettivo dell'illecito compiuto dal provocato.

[53] Sul punto, ancora, Franzoni, *L'illecito*, cit., 1140; per la giurisprudenza penale v. Cass. pen., 21 marzo 1990, in *Riv. pen.*, 1991, 330 nonché Cass. pen., 18 gennaio 2005; prima della depenalizzazione del reato di ingiuria avvenuta con d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, la provocazione, se attinente ai reati contro l'onore e la reputazione altrui, ha avuto un suo peculiare rilievo; senza mai ipotizzare l'esclusione della punibilità del reo per legittima difesa, tuttavia, l'esimente della provocazione è stato applicato anche nel caso in cui la reazione dell'agente sia stata rivolta anche contro persona diversa dal provocatore (cfr., in tal senso, Cass. pen. 8 aprile 2002, n. 13162).

[54] Sul punto la già citata Cass., 6 maggio 2003, n. 6863, ha statuito che «*…nel caso di rissa non si configura la legittima difesa ai fini del giudizio civile quando le parti agiscono in contemporanea e con pari volontà di offesa*»; in argomento cfr. altresì Cass., 17 agosto 1993, n. 8911, che, prima della depenalizzazione del reato di ingiuria, attribuiva alla provocazione il potere di escludere la rimproverabilità della condotta criminosa e la responsabilità penale, ma non la natura illecita del fatto in quanto posto in essere con dolo.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Se questo è stato sinora l'orientamento prevalente, la novellazione della disciplina induce a domandarsi se nella formula «*lo stato di grave turbamento psichico derivante dalla situazione di pericolo in atto*» contenuta nell'art. 55, comma 2, c.p. al quale – come si è già evidenziato – il comma 3° dell'art. 2044 fa esplicito rinvio per estendere l'ambito della legittima difesa, possa ricomprendersi anche l'ipotesi della provocazione. Per tentare di rispondere compiutamente all'interrogativo si rende innanzitutto opportuno prendere posizione in ordine al dibattito sorto a proposito dell'applicabilità alla figura della disciplina prevista per il concorso del fatto colposo del creditore. In proposito, la giurisprudenza che si è espressa in senso contrario si rivela scarsamente convincente sia per l'aprioristica idea della provocazione intesa come fattispecie generatrice sempre di una sequenza causale autonoma, sia perché tale circostanza non sembra, comunque, da sola sufficiente ad impedire il ricorso alla previsione dell'art. 1227 c.c. Deve al contrario propendersi, in linea con una parte della dottrina già richiamata nelle pagine precedenti[55], per un tendenziale nulla osta alla diminuzione dell'entità del risarcimento ogniqualvolta il pregiudizio sia derivato da un impulso emotivo scaturito dall'altrui illecito. Ciò, naturalmente, non può essere elevato a regola automatica, ma necessita di una preventiva delibazione, da effettuarsi caso per caso, che sia incentrata sul bilanciamento tra il pregiudizio subito dal danneggiato e la natura degli interessi lesi al provocato alla luce dei valori costituzionalmente rilevanti.

Se, quindi, la disciplina del concorso di colpa del danneggiato può, a queste condizioni, considerarsi applicabile alla provocazione, la riconducibilità di quest'ultima nell'alveo della legittima difesa assume, tuttavia, sembianze ben diverse se non altro perché incide sulla responsabilità dell'autore del fatto escludendola interamente e non limitandosi a modulare l'entità del risarcimento. Sul punto gli argomenti invocati dalla dottrina prevalente e dalla giurisprudenza[56] a sostegno della tesi che nega che la provocazione possa essere ricondotta alla fattispecie dell'art. 2044 non convincono appieno in ragione es-

[55] In questo senso v. Giacobbe, *Legittima difesa e stato di necessità*, cit., 140, e, da ultimo, Piraino, *Le cause di giustificazione della responsabilità civile e la nuova legittima difesa*, cit., 46, nonché *amplius*, Id., *Il nesso di causalità*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 487 ss.

[56] Il principale sostenitore di quest'opinione è Franzoni, *L'illecito*, cit., 1140; in argomento cfr. altresì gli Aa. citati nelle nt. 50 e 53; per la giurisprudenza di legittimità si veda, invece, la precedente nt. 51.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

senzialmente del richiamo al postulato indimostrato secondo cui la reazione del provocato non sarebbe mai diretta a salvaguardare la persona ovvero il suo patrimonio in quanto animata esclusivamente da un impulso collerico.

Una simile impostazione, in quanto priva di riscontri obbiettivi, si rivela superabile attraverso una valutazione da effettuarsi caso per caso tenendo conto dei principi costituzionalmente rilevanti. Se, infatti, ogni singolo caso concreto viene di volta in volta rapportato alla gerarchia dei valori presenti nella primaria fonte, ciò, da un lato, impedisce che la legittima difesa ricomprenda in sé comportamenti derivanti esclusivamente da un mero impulso collerico (che, al contrario, devono considerarsi ininfluenti), ma dall'altro lato, consente di ricondurre anche simili fatti all'esimente in questione ogniqualvolta la reazione del provocato derivi dalla violazione di un diritto fondamentale della persona ovvero dalla lesione dei diritti patrimoniali dell'individuo che trovano tutela costituzionale[57] (quali, ad esempio, la proprietà o il domicilio). Il dato testuale recentemente riformato contribuisce, peraltro, a rafforzare siffatte conclusioni. La formula «*Lo stato di grave turbamento psichico derivante dalla situazione di pericolo in atto*» utilizzata ai fini della non punibilità dell'eccesso colposo (art. 55, comma 2°, c.p.), conferma, infatti, che il legislatore della novella ha voluto riservare a questo specifico stato soggettivo, al quale deve necessariamente ricondursi anche l'emotività propria della provocazione, il trattamento esimente della legittima difesa[58]. Ne conse-

[57] La soluzione proposta nel testo implica, pertanto, che non tutti gli atti originati da un mero impulso collerico – che costituisce, come si è già detto in precedenza, l'elemento che caratterizza la provocazione –, ma solo quelli derivanti dalla violazione di un diritto costituzionalmente rilevante possano beneficiare della legittima difesa. La ragione animatrice del comportamento posto in essere dal provocato rileva, dunque, al solo fine di qualificare l'atto come provocazione, ma la sua riconducibilità alla previsione dell'art. 2044 necessita del superamento dell'ulteriore filtro fondato sulla valutazione della lesione dell'interesse di cui il provocato è portatore.

[58] Il mero rinvio dell'art. 2044, comma 3°, all'art. 55, comma 2°, c.p. induce a ritenere che la provocazione possa costituire un'ipotesi emblematica di «*grave perturbamento psichico derivante dalla situazione di pericolo in atto*». Per un maggior approfondimento dei caratteri di questa fattispecie si rinvia al pensiero della dottrina penalistica le cui conclusioni, nei limiti di quanto già sottolineato in precedenza a proposito del rapporto tra diritto civile e diritto penale, rilevano anche in ambito civilistico al fine di configurare i tratti della provocazione: Bacco, *Il "grave turbamento" nella legittima difesa. Una prima lettura*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2019, 59 ss.; Grosso, *La difesa legittima dopo la l. 26 aprile 2019, n. 102*, cit., 885;

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

gue, pertanto, che anche l'illecito compiuto dal provocato consentirà a costui di andare esente da responsabilità *ex* art. 2044, comma 3, sempreché, la sussistenza del presupposto del «*pericolo in atto*» generatore del grave turbamento psichico al quale si riferisce la norma contenuta nell'art. 55, comma 2°, c.p., sia accertata soltanto in presenza della lesione di un diritto fondamentale della persona ovvero inerente il suo patrimonio.

Un'altra fattispecie tradizionalmente esclusa dall'operatività del disposto di cui all'art. 2044 prima della sua novellazione è quella della legittima difesa putativa. Essa, per la cui regolamentazione si fa tradizionalmente riferimento all'art. 59, ult. comma, c.p., consiste nel cagionare un danno con l'intento, scusabile, di agire per difendersi da un'aggressione inesistente[59]. Già prima della riforma del 2019 la giurisprudenza penalistica di legittimità ha escluso, *ex* artt. 52 e 59 c.p., la punibilità dell'agente quando questi si sia formato il convincimento di trovarsi in uno stato di pericolo dovuto all'aggressione altrui sulla base di obiettivi elementi di fatto idonei a giustificare, in capo all'uomo di ordinaria ragionevolezza, l'errore in cui egli versa[60].

In particolare, la Corte di legittimità ha statuito che l'erronea opinione della necessità di difendersi deve essere accompagnata da elementi di fatto concreti che, sia pure inidonei a creare un pericolo attuale, siano comunque tali da giustificare la ragionevole persuasione

Risicato, *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità, nella nuova legittima difesa domiciliare*, in *www.legislazionepenale.eu*, 2019. Deve, peraltro, ritenersi che i diritti fondamentali della persona e del suo patrimonio, sulla cui lesione si fonda l'operatività della legittima difesa, debbano essere considerati in ordine gerarchico, con la conseguenza che, ai fini dell'applicazione della disciplina contenuta nell'art. 2044, la violazione dei secondi acquisti rilevanza soltanto qualora non sia intervenuta alcuna lesione dei primi.

[59] Per una chiara descrizione della figura, cfr. Monateri, *La responsabilità civile*, cit., 193; per i profili penalistici della figura si rimanda a Grosso, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1971, 251 ss.

[60] Così Cass. pen., 21 marzo 2012, n. 18711, ma ancor prima, Cass. pen., 30 maggio 1984, in *Riv. dir. pen.*, 1985, 100; Cass. pen., 8 novembre 1984, in *Giur. pen.*, 1985, II, 623; Cass. pen., 6 dicembre 2005, nonché Cass. pen., 25 gennaio 1991, in *Riv. dir. pen.*, 1991, 614 in cui si statuisce che «…la legittima difesa putativa postula i medesimi presupposti di quella reale, con la sola differenza che nella prima la situazione di pericolo non sussiste obiettivamente, ma è supposta dall'agente a causa di un erroneo apprezzamento dei fatti». Per un dettagliato commento della giurisprudenza, v. Perrone, *L'errore nella legittima difesa: dal criterio del "difensore modello" al giudizio "ad personam"*, in *Leg. pen.*, 2019.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

dell'agente di trovarsi in una situazione di rischio obiettivo alla quale deve correlarsi l'azione di difesa che viene ad estrinsecarsi[61]. Pur in quest'ottica, una parte della dottrina[62] ritiene che debba, tuttavia, negarsi qualunque rilevanza esimente all'errore di diritto caratterizzato dall'inescusabile convinzione che la situazione nella quale l'agente si trova ad operare rientri tra quelle in cui l'ordinamento giuridico attribuisce efficacia scriminante.

Contrariamente a quanto emerge in ambito penale, invece, la dottrina civilistica, con il conforto della giurisprudenza, tenuto conto della mancanza di una specifica previsione normativa sino all'avvento della novella, è giunta a differenti conclusioni[63]. Il carattere immaginario del pericolo ha indotto, infatti, ad escludere la possibilità di avvalersi dell'esimente di cui all'art. 2044 stante la mancanza tanto dell'illecito posto in essere dall'aggressore quanto della legittimità della difesa dell'assalito e a negare, conseguentemente, l'antigiuridicità del comportamento di quest'ultimo. Sulla base di questi presupposti la giurisprudenza di legittimità ha statuito che l'autore del fatto antigiuridico commesso senza colpa deve essere condannato, in applicazione analogica della disciplina prevista per lo stato di necessità, al pagamento di un indennizzo e non già di un risarcimento del danno[64].

[61] Oltre alla giurisprudenza citata nella precedente nt. (53), cfr. altresì Cass. pen., 1° dicembre 2005, in *Giur. it.*, 2007, 740 e Cass. pen., 28 gennaio 1991 in *Cass. pen.*,1992, 1803.

[62] Sul punto Sella, *La responsabilità civile*, cit., 319; per la dottrina penale cfr. Fiandaca Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 261.

[63] In argomento cfr. Monateri, *La responsabilità civile*, cit., 193; Alpa e Bessone, *I fatti illeciti*, nel *Trattato dir. priv.*, diretto da Rescigno, 14, Torino, 1982, 94, ma specialmente, Franzoni, *L'illecito*, cit., 1143, il quale ha criticato la giurisprudenza (cfr. Cass., 6 aprile 1995, n. 4029 in *Giur. it.*, 1996, I, 55) a proposito dell'applicabilità della disciplina prevista per lo stato di necessità in presenza di una fattispecie di legittima difesa putativa; sul concetto di antigiuridicità si rimanda, in ambito civilistico, a Cian, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966, nonché, per i profili penalistici, a Marinucci, voce *Antigiuridicità*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, 172 ss.

[64] Cfr., sul punto, Cass., 6 aprile 1995, n. 4029, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 1137; nonché Cass., 12 agosto 1991, n. 8772, in *Giur. it.*, I, 734, che così ha affermato «…l'art. 2045 del codice civile è applicabile, per analogia, nel caso di danno cagionato da persona non punibile per aver agito in stato di c.d. legittima difesa putativa»; fra i giudici di merito, nello stesso senso, Trib. Arezzo, 16 marzo 1960, in *Foro it*., 1960, I, 858, con nota di De Cupis, *Legittima difesa putativa e responsabilità civile*; in argomento cfr. anche Cass. pen., 9 febbraio 2019, n. 11610.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Un'autorevole dottrina[65], tuttavia, rimprovera a questa prospettazione di fondarsi sull'erroneo presupposto dell'esistenza di una figura generale di atto lecito dannoso nonché di un altrettanto generale obbligo all'indennizzo in presenza di una responsabilità senza colpa. Tenuto conto che, invece, tali categorie, a parere dell'opinione in esame, non sono ravvisabili nel nostro ordinamento, ci si può porre esclusivamente l'alternativa se escludere la legittima difesa putativa dall'ambito dell'illecito in ragione della mancanza della colpa ovvero, al contrario, ricondurre la medesima fattispecie nella previsione di cui all'art. 2043, con tutte le naturali conseguenze risarcitorie che ne discendono.

Inoltre, anche recentemente, nell'imminenza della novella, la giurisprudenza penale di legittimità ha avuto occasione di pronunciarsi sulla legittima difesa putativa. In particolare, la Suprema Corte ha escluso l'operatività dell'art. 52 c.p. sulla scorta di un giudizio *ex ante* fondato sulla proporzione tra aggressione e reazione, confermando così che l'esimente non consente di inglobare anche la legittima difesa putativa nell'alveo della sua operatività[66].

Anche a proposito della legittima difesa putativa, oggi, ci si domanda se la novella del 2019 consenta di attribuire alla figura in questione quella rilevanza civilistica che finora essa ha rivestito. L'esigenza di dover tener conto imprescindibilmente del dato normativo induce a rispondere in senso negativo. E ciò in considerazione del fatto che, contrariamente a quanto è accaduto per la provocazione (per la quale l'esplicita previsione del riformato art. 55, comma 2°, c.p., consente – come si è già visto – di ricomprendere la categoria nell'ambito della legittima difesa), nel novellato art. 2044 non si rinviene alcun riferimento alla figura in esame né un rinvio alla dispo-

[65] Si tratta della già ricordata critica mossa alla giurisprudenza da Franzoni, *L'illecito*, cit., 1143, il quale ritiene che in tali ipotesi sia applicabile la disciplina prevista dall'art. 1227, comma 1°, qualora a determinare l'errore abbia dato causa anche il comportamento del danneggiato.

[66] Così Cass. pen., 25 marzo 2019, n. 31990 che, escludendo, la qualifica del caso di specie come legittima difesa putativa, ha così statuito «…l'errore scusabile, nell'ambito della legittima difesa putativa, deve trovare adeguata giustificazione in qualche fatto che, sebbene malamente rappresentato e compreso, abbia la possibilità di determinare nell'agente la giustificata persuasione di trovarsi esposto al pericolo attuale di un'offesa ingiusta»; in argomento cfr., altresì, Cass. pen., 28 giugno 2018, cit. nella precedente nt. (26), che applica analogicamente la norma di cui all'art. 2045 c.c. attribuendo un'indennità in favore della vittima della legittima difesa putativa.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

sizione dell'art. 59, ult. comma, c.p., sulla quale si fonda la sua rilevanza in sede penale. In linea con le puntuali considerazioni della dottrina che condiziona il riconoscimento civilistico della legittima difesa putativa ad un'espressa previsione normativa dalla quale desumere un'ipotesi tipica di atto lecito dannoso[67], deve, pertanto, ritenersi che, sia pure la riforma abbia dato impulso ad un indubbio ampliamento dell'operatività dell'esimente, ciò comunque, non consenta l'applicazione della norma di cui all'art. 2044 ogniqualvolta ci si trovi dinanzi ad una legittima difesa putativa. Tenuto conto, infatti, che il carattere immaginario del pericolo in cui versa l'agente esclude automaticamente sia l'illiceità dell'aggressione che la legittimità della reazione, ciò può tutt'al più indurre a ricomprendere nell'orbita dell'atto lecito dannoso una fattispecie siffatta[68]. Ma la attuale mancanza di una disposizione che qualifichi come tale la figura in questione impedisce di accogliere anche una simile ricostruzione e a propendere, invece, per l'applicazione della disciplina generale dell'illecito civile.

5. *Il coinvolgimento del terzo nella fattispecie e la rilevanza dell'esimente in ambito contrattuale*. – Infine, avuto ancora riguardo all'ambito di applicazione dell'esimente, ci si domanda altresì se essa possa estendersi anche al di là dell'area della responsabilità aquiliana. In proposito, è opportuno preliminarmente partire dall'ipotesi, dibattuta anche prima della riforma, del danno che, a seguito della propria reazione, l'assalito cagiona ad un terzo estraneo al suo rapporto con l'aggressore. Prima dell'avvento della novella il silenzio della norma aveva indotto la dottrina prevalente e la giurisprudenza[69] ad

[67] Così Franzoni, *L'illecito*, cit., 1143; è maggiormente condivisibile, infatti, l'opinione della prevalente dottrina (De Cupis, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979, 34) secondo la quale le ipotesi di atto lecito dannoso sono solo quelle tassativamente previste dalla legge posto che esse contemplano un indennizzo e non già un risarcimento; la figura dell'atto lecito dannoso è – come è noto – frutto dell'elaborazione dottrinaria principalmente riferibile a Rubino, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 205; Id., *Osservazioni in tema di stato di necessità e concorso di persone nel fatto colposo*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1970, 485.

[68] A proposito dell'impossibilità di ricondurre la legittima difesa putativa alla previsione dell'art. 2044 nella sua originaria formulazione si rinvia alla dottrina richiamata nella nt. 58; sul punto cfr. altresì Piraino, *Le cause di giustificazione della responsabilità civile e la nuova legittima difesa*, cit., 47.

[69] In argomento si veda Franzoni, *L'illecito*, cit., 1144, il quale qualifica la fattispecie come «…un comune fatto illecito del quale il responsabile deve farsi carico

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

escludere la possibilità di ricorrere alla legittima difesa e, conseguentemente, ad individuare in capo all'aggredito l'obbligo di risarcire integralmente il danno cagionato al terzo. Il rigore di una simile conclusione aveva trovato però una sensibile attenuazione nell'orientamento che ha qualificato la fattispecie in questione come stato di necessità principalmente al fine di esentare da responsabilità l'autore dell'illecito e nel contempo di attribuire al terzo il diritto all'indennità previsto dall'art. 2045[70]. La recente estensione di questo strumento di tutela anche alla legittima difesa derivante da eccesso colposo scriminato induce però a ritenere che, allo stato, la fattispecie in esame possa agevolmente trovare diretta regolamentazione nel novellato art. 2044, comma 2°.

Senza voler giungere ad ipotizzare che con la riforma la circostanza che la reazione legittima venga rivolta all'aggressore ovvero ad un terzo sia un elemento neutro ai fini dell'operatività dell'esimente, deve, tuttavia, ritenersi che in presenza di una legittima difesa pur non riconducibile all'eccesso colposo scriminato la norma regolatrice sia, comunque, quella prevista dall'art. 2044, comma 2°. Ciò, d'altra parte, trova conforto nello stesso dato testuale della disposizione («*al danneggiato è dovuta un'indennità*») che, in mancanza di un'esplicita attribuzione di quel diritto al solo autore dell'offesa ingiusta, consente di estenderne la portata anche in favore del terzo danneggiato dalla reazione legittima. Una soluzione siffatta si rivela, peraltro, non soltanto maggiormente rispettosa del dettato normativo, ma impedisce altresì di ricorrere a forzature interpretative dirette a convertire la fattispecie considerata in stato di necessità al solo fine di evitare di far gravare sull'aggredito l'ordinario obbligo risarcitorio *ex* art. 2043[71].

con il risarcimento, non potendo opporre al danneggiato alcuna legittima difesa»; per la giurisprudenza cfr. il risalente precedente di Cass., 28 marzo 1958, n. 1047 in *Foro it.*, 1959, I, 460 (citato anche da Franzoni, *op. ult. cit.*, 1144) che ha condannato l'autore dell'atto al pagamento dell'indennità *ex* art. 2045 legittimando il giudice a qualificare il fatto *ex officio*.

[70] Così Bianca, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, 2ª ed., Milano, 2019, 677; nello stesso senso anche Monateri, *Esimenti e difese*, cit., 297, il quale rinviene nella soluzione proposta un fondamento equitativo, ma nel contempo sottolinea che essa è applicabile esclusivamente in presenza di un'aggressione che comporti un danno alla persona (al quale – come è noto – si riferisce l'art. 2045) poiché altrimenti, nel caso di violazione di interessi patrimoniali, l'autore dell'atto dovrà risarcire integralmente il terzo danneggiato *ex* art. 2043.

[71] Oltre agli inconvenienti indicati nel testo, il tentativo di commutare la fatti-

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

La stretta similitudine con la *ratio* dello stato di necessità, che pure è presente nella disciplina riformata, si desume, piuttosto, dall'introduzione della pretesa indennitaria esigibile anche dal terzo, a dimostrazione del già evidenziato intento del legislatore della riforma di congegnare un sistema indennitario comune alle due ipotesi di esenzione da responsabilità previste dagli artt. 2044 e 2045 c.c.[72].

L'appurata estensibilità al terzo delle conseguenze della legittima difesa, deve, dunque, indurre a rispondere affermativamente al quesito se, così come è stato ipotizzato da una parte della dottrina a proposito dello stato di necessità[73], anche la legittima difesa possa essere invocata come causa di esonero da responsabilità per inadempimento. Si pensi, ad esempio, alla pregressa stipulazione di un contratto (di deposito, di mutuo, di appalto) tra un terzo e l'assalito, che, proprio in ragione dell'aggressione subita da quest'ultimo, resti inadempiuto. In tal caso, analogamente a quanto ha sostenuto in precedenza una parte della dottrina per lo stato di necessità, l'offesa ingiusta, pur non essendo equiparabile ad una causa di sopravvenuta impossibilità della prestazione non imputabile al debitore, può ricondurre la fattispecie nell'area della prestazione inesigibile e, quindi, consentire di esentare il debitore da responsabilità contrattuale[74].

specie da legittima difesa in stato di necessità con un danno al terzo incontra anche il limite (evidenziato anche da Monateri, *op. ult. cit.*, 297) della rilevanza della sola aggressione che comporti un danno grave alla persona, con esclusione quindi del pregiudizio al patrimonio che, come è noto, è compreso fra i presupposti della legittima difesa.

[72] Cfr. *infra* la precedente nt. 41.

[73] In questo senso si veda Troisi, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, cit., 135 e, ancor prima, Briguglio, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, cit., 1963, 89; cfr. altresì Franzoni, *L'illecito*, cit., 1164, il quale, in proposito, riporta i due esempi scolastici del conduttore che non può liberare l'immobile a causa di una grave malattia che lo ha colpito e di colui che, per salvare la propria vita, consegna ad un terzo il bene che aveva ricevuto in deposito.

[74] Così, ancora, Troisi, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, cit., 135; cfr., inoltre, Rubino, *Osservazioni in tema di stato di necessità*, cit., 492, il quale riscontra un'identità di *ratio* tra la disposizione dedicata allo stato di necessità e quella prevista dall'art. 1218; in argomento v. anche Franzoni, *L'illecito*, cit., 1165, il quale rinviene un concorso di responsabilità contrattuale del debitore con la responsabilità extracontrattuale del terzo che ha originato l'inadempimento del debitore; per le critiche a tale ultima opinione v. Nonne, *Contributo ad una rilettura dell'art. 2045 c.c. Fattispecie e disciplina*, cit., 477 ss.; sulla teoria della inesigibilità della prestazione, contraddistinta dal fine di attenuare il concetto di impossibilità sopravvenuta liberatoria attraverso il canone di cui all'art. 1175 c.c., si rimanda, anche per i rinvii alla

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Il riformato dato normativo, rivela, infatti, che il legislatore della novella, estendendo l'operatività della legittima difesa al danno cagionato al terzo attraverso l'attribuzione a quest'ultimo del diritto ad una indennità, ha voluto ricomprendere nell'ambito dell'esenzione anche l'ipotesi in cui il medesimo terzo abbia subito un pregiudizio derivante dall'inadempimento contrattuale del proprio debitore resosi autore di una reazione legittima all'altrui ingiusta aggressione. A confutare tali conclusioni appaiono poco convincenti le argomentazioni addotte in passato da una parte della dottrina in ordine alla medesima problematica rapportata allo stato di necessità. In particolare, la critica fondata sulla formalistica collocazione della disciplina in questione nel Titolo IX del *Libro* IV "*Dei fatti illeciti*" e non già nel titolo I "*Delle obbligazioni in generale*" del medesimo *Libro IV* non appare particolarmente suadente[75] stante la comunanza di svariate regole, si pensi – ad esempio – a quelle relative al risarcimento danno (artt. 1223, 1226, 1227 e 2056), tra le due forme di responsabilità.

Alle medesime conclusioni deve giungersi se si considera l'altra ragione di critica basata sulla presunta inconciliabilità tra i presupposti dell'esimente considerata e l'impossibilità della prestazione non imputabile al debitore quale causa di esonero da responsabilità contrattuale[76]. In tal caso, infatti, sia pure il fondamento giustificativo della reazione legittima non sia letteralmente riconducibile alla prova libe-

dottrina tedesca, a Cottino, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955, 17; nonché a Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 319 ss. il quale, dopo averne inizialmente sostenuto il fondamento contribuendo ad una sua rigorosa elaborazione, in un successivo scritto (Id., voce *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, 1988, XXXIX, 1072) afferma che «…l'inesigibilità, nel senso ora precisato, è dunque equiparabile all'impossibilità non sul piano concettuale, ma solo *quoad effectum*»; in argomento si rimanda altresì a Di Mayo, voce *Responsabilità contrattuale* in *Dig. it. disc. priv.*, Roma, 1988, 25 ss.

[75] Si veda sul punto Tabet, *L'inadempimento contrattuale per stato di necessità*, in *Foro it.*, 1951, 193, il quale, pur escludendo l'estensione della previsione dell'art. 2045 alla fattispecie considerata, attribuisce scarsa rilevanza all'argomento sistematico; nello stesso senso cfr. altresì Traverso, *Le cause di giustificazione nella disciplina dei fatti illeciti*, cit., 304.

[76] In questo senso cfr. Inzitari, voce *Necessità (dir. priv.)* in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 658 ss., il quale ritiene che il debitore che, per evitare il pericolo di una lesione, non adempia all'obbligazione dovuta, dovrà sopportare interamente le conseguenze del suo inadempimento in quanto la prestazione continua ad essere eseguibile; sul punto v. anche la risalente opinione di Stolfi, *Sull'art. 2045 del Codice Civile*, in *Foro it.*, 1951, 802.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

ratoria del debitore ex art. 1218, deve ritenersi che, alla luce dell'ampliamento dell'ambito di esenzione del debitore da responsabilità per inadempimento attraverso la figura della inesigibilità della prestazione coniata dalla dottrina[77], l'offesa ingiusta generatrice della legittima difesa debba essere ricondotta nell'orbita dell'impossibilità sopravvenuta non imputabile idonea a liberare il debitore. Nonostante l'inadempimento all'obbligazione assunta nei confronti del proprio creditore, l'autore della reazione legittima deve, pertanto, considerarsi esente da responsabilità contrattuale in ragione dell'inesigibilità della sua prestazione valutata alla luce del canone comportamentale previsto dall'art. 1175 c.c. e pacificamente inteso come comprensivo non soltanto del dovere di correttezza, ma anche di quello della buona fede in senso oggettivo[78].

[77] Sulla teoria della inesigibilità della prestazione cfr. la prec. nt. (74) nonché la diffusa ricostruzione di Visintini, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1987, 277 ss.

[78] Per l'interpretazione del canone di correttezza *ex* art. 1175 come comprensivo anche del principio di buona fede in senso oggettivo, ossia come «…*canone di condotta leale e di correttezza nei rapporti sociali*» nonché fonte di doveri e avente una funzione integrativa dell'autonomia privata, si rimanda a Visintini, *Inadempimento e mora del debitore*, cit., 278; la specifica questione esaminata nel testo è stata in precedenza oggetto degli studi di Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, nel *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1967, 120, il quale, analizzando il caso del depositario minacciato di morte che si rende inadempiente al contratto offrendo all'autore dell'ingiusta offesa il bene depositato, afferma: «…la mancata restituzione di questo al creditore non sarebbe comunque a lui imputabile: per sopravvenute circostanze il costo dell'esecuzione del contratto di deposito sarebbe infatti la rinunzia alla propria o all'altrui salvezza, cioè un costo indubbiamente superiore a quello richiesto dallo sforzo diligente dovuto».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Pietro Ciarlo

La scuola come contropotere critico (ovvero in difesa della didattica in presenza)

L'epidemia del 2020 porta con sé un incremento notevole delle conoscenze e delle pratiche digitali. È uno dei pochi effetti positivi, ma spero che ciò non generi uno sfinimento della didattica in presenza (delle persone).

L'istruzione è uno dei tre grandi diritti sociali. Si tratta di diritti a ricevere prestazioni e sono molto costosi. Essi non possono essere soddisfatti se non grazie ad un'immediata e specifica azione dei pubblici poteri. I principali sono in ordine di costo: il diritto alla previdenza, vale a dire alla pensione, quello alla salute e l'istruzione. Paghiamo le imposte innanzitutto per finanziare questi diritti. Il bilancio dello Stato italiano per il 2019 è di circa 645 miliardi, al netto dei ratei del debito pubblico. È una cifra imponente che viene spesa più o meno in questo modo: circa 293 miliardi per le pensioni, 114 per la sanità e 66 per l'istruzione, purtroppo in decrescita rispetto agli anni precedenti. Per avere un termine di paragone il bilancio del Ministero della Difesa, ovvero le armi, le navi, i carri armati, 150.000 stipendi, è di circa 21 miliardi, meno di un terzo di quello dell'istruzione. I dipendenti della pubblica istruzione sono un milione. È un apparato enorme, ma ampiamente giustificato: la scuola è fatta soprattutto di persone. Le scuole di ogni ordine e grado, università comprese, sono presenti dappertutto.

Quello dei costi è il problema dei problemi dei diritti sociali, ma non ci sono ricette miracolistiche a meno di non voler ledere i contenuti essenziali dei diritti stessi. Certo infinitamente più economico sarebbe videoregistrare una unica lezione universitaria e inviarla a tutti gli studenti del Regno. Finalmente potremmo vivere in un mondo senza professori universitari, tranne uno. Ma un mondo siffatto non è per me desiderabile, ma cosa ben più importante, non è conforme a Costituzione né ai principi del pluralismo. Bisogna ragionare sui costi, razionalizzare e limare, ma nella consapevolezza che per far vi-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

vere il contenuto essenziale dei diritti sociali non si può fare a meno di un sistema fiscale progressivo come, oserei dire ovviamente, prevede l'art. 53 della Costituzione.

I numeri non sono incomprensibili, finanche del bilancio dello Stato si può capire qualcosa pur non possedendo competenze specifiche. I documenti originali sono molto complessi, ma esistono tantissime sintesi e semplificazioni ben fatte. D'altra parte, lo stesso Ministero dell'economia e finanze (MEF) pubblica una versione semplificata del bilancio dello Stato, facile da intendere. Nella maggior parte degli Stati dell'Europa occidentale le cose vanno più o meno allo stesso modo. C'è poi un sistema di istruzione, quello degli Stati Uniti, prevalentemente privato, ma ora è in crisi e si sta orientando verso il pubblico. L'Italia non è un'eccezione, i nostri stanziamenti per l'istruzione, in percentuale sul nostro PIL, sono inferiori a quelli della Germania o della Francia, ma non bisogna enfatizzare troppo queste differenze che pure vi sono, altrimenti iniziamo il pianto greco dell'Italia che non va. Siamo un Paese che ha completamente sconfitto l'analfabetismo. Siamo uno dei Paesi più istruiti e colti del mondo. Si accettano sfide. Tuttavia, come sempre, i progressi da fare non mancano, ad esempio, in relazione all'analfabetismo di ritorno e a quello funzionale. Ai tempi, c'era un esame di terza elementare con cui si certificava che la persona sapesse leggere, scrivere e far di conto. Adesso l'istruzione serve a fare cose più complicate, deve essere adeguata alla complessità della nostra società. Anche quella di base deve mettere in condizione di assolvere funzioni qualificate. Purtroppo, da questo punto di vista, il nostro si conferma come un Paese fortemente dualistico nel quale il Mezzogiorno resta molto distante dal Nord, con alcuni casi estremi del tutto emblematici. La questione meridionale caratterizza profondamente il nostro sistema dell'istruzione.

Grazie alla specialità della Regione, i flussi finanziari in Sardegna non sono trascurabili, ma nonostante ciò sono riscontrabili dati allarmanti sull'abbandono scolastico. I ragazzi che lasciano la scuola dopo quella dell'obbligo senza conseguire un titolo successivo in Sardegna sono il 21%, troppo. La media italiana è al 14%, le migliori Regioni sono al 5-6%. La Sardegna è la Regione con il maggior tasso di abbandono scolastico in Italia. E come le altre Regioni del Mezzogiorno, è molto indietro anche con gli asili nido e con la scuola dell'infanzia, con effetti negativi, tra l'altro, sulle possibilità di lavoro delle donne, perché, naturalmente, se non vi è possibilità di affidare i bambini è difficile lavorare.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Un tasso così alto di abbandoni, un terzo in più rispetto alla media nazionale, deriva da una molteplicità di fattori specifici della Regione come le sue caratteristiche orografiche. Ma con altrettanta certezza tutto è condizionato dalla particolare ristrettezza del mercato del lavoro. La verità è che nel Mezzogiorno l'istruzione, in particolare quella tecnica, non promette sbocchi lavorativi. La scarsa offerta di lavoro qualificato induce una altrettanto scarsa domanda di istruzione qualificata: è un circolo vizioso che deve essere interrotto. La scuola deve rendere più aderente la sua offerta formativa alla società anche nel Sud, soprattutto in riferimento agli istituti tecnici, che, come nel resto del Paese, raccolgono circa il 60 % degli studenti iscritti. Il rapporto tra scuola e lavoro da un fattore di debolezza deve essere trasformato in un punto di forza. Ad esempio, in Sardegna non c'è un ITS dedicato all'informatica. Ma non si tratta solo di questo.

Il vero e grande interrogativo che ai giovani oggi deve essere posto riguarda le ragioni dello studio: il perché è importante studiare. Non so se la scuola riesca a trasmettere questo semplice concetto: studiare, oltre che a trovare lavoro, serve a capire di più, ad esercitare la comprensione. La passione a capire caratterizza gli umani: Ulisse era curiosissimo. Esistiamo per capire. Finanche il successo dei quiz televisivi può essere spiegato in questa chiave. Quale è il gioco? Rispondere, dunque, sapere.

Le fonti della conoscenza sono principalmente due: l'esperienza e lo studio. Naturalmente esse si mescolano in proporzioni diverse a seconda delle società e delle fasi storiche. Nel senso che nelle società statiche, tradizionali, l'esperienza è la principale fonte di conoscenza, ma man mano che le società sono diventate più dinamiche e complesse, lo studio è diventato sempre più importante, senza negare tuttavia l'importanza dell'esperienza. Capire di più. Per capire di più il cervello deve essere nutrito di sapere, allenato e in ordine, quindi nessuna indulgenza verso fattori di turbativa, dalle droghe ai sentimenti malevoli, l'invidia, l'odio, il risentimento che tendono a rinchiudere l'anima e il cervello nelle buie strettoie dell'istinto. Un tempo si pensava che le cosiddette droghe leggere potessero portare libertà e piacere, adesso si è capito che, come le altre, portano soltanto sofferenza e dipendenza. Il cervello per capire di più deve essere libero, non deve essere condizionato. La nostra unica droga dev'essere il capire, il divertimento che la comprensione porta con sé.

L'istruzione è un diritto della persona ma è anche un interesse della collettività. Queste parole sono utilizzate dalla Costituzione per

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

il diritto alla salute, ma vanno benissimo anche per il diritto all'istruzione e sono bellissime. Il progresso della persona è anche un interesse della collettività, le due cose coincidono. Le democrazie, lasciata alle spalle la Controriforma, lo hanno ben capito.

Adesso, dicevamo, le cose si sono complicate. Perché da tempo la scuola ha perso il monopolio della formazione, prima con l'avvento dei mezzi di comunicazione di massa, e adesso, naturalmente ancora di più, con la Rete. Spesso si dice "c'è una vita reale e una vita digitale". Non credo sia così. La vita è una sola, ma ormai è un *mix*, ci sono un aspetto fisico e uno digitale dell'esistenza, le due cose si mescolano e fanno un tutto inscindibile. Noi siamo in parte fisicità e in parte digitalità. Non è neppure ipotizzabile una vita senza la Rete, ma la Rete è anche un luogo pieno di insidie, di problemi, di soggetti che hanno posizioni di monopolio nella costruzione delle preferenze di ciascuno di noi. Quando siamo sulla Rete sembra che tutti abbiano la nostra medesima opinione. Incontriamo solo affinità, in realtà la Rete preseleziona, è il fenomeno della cosiddetta *bubble filter*, la bolla che filtra opinioni, risposte, interessi, crea coincidenze. Il mondo della Rete oggi è il mondo che ci consente di lavorare, conoscere, manifestare il nostro pensiero, ma la Rete costruisce anche le opinioni, costruisce la vita delle persone. Anche in Italia il 40% delle relazioni stabili tra un uomo e una donna nasce attraverso Internet. È stata una realtà a lungo negata, nel senso che ammetterla sembrava ascriversi a un mondo minore e marginale, privo di reali capacità relazionali, ma pian piano questo dato sta emergendo alla consapevolezza comune: ormai è la vita.

La distanza sociale dovuta alla pandemia, accentuerà le vicinanze virtuali. Tutto questo è potuto succedere nel giro di pochissimi anni perché l'algoritmo, cioè una operazione matematica, seleziona le persone affini, anzi meglio preseleziona le persone con le quali potenzialmente potremmo interagire ed avere un rapporto stabile. Un *range* di età e la vicinanza dei luoghi per facilitare gli incontri, sono i primi elementi di questo processo di ricerca. Stesse passioni, stesse preferenze culturali, alla fine la rete vi propone persone "giuste". Questo fenomeno mi scandalizza molto poco: all' epoca dei miei nonni i matrimoni combinati erano la norma. Degli intermediari, tra cui le famiglie stesse, "combinavano" i matrimoni. Allora fuori dal raggio di pochi chilometri non si conosceva nessuno. Adesso il fenomeno dei "matrimoni portati" si è spostato in Rete: è la Rete ad essere diven-

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

tata il Grande Intermediario. L'ossessione di oggi è sapere come si fa ad essere simpatici all'algoritmo.

Come accennato, in passato la formazione delle persone avveniva attraverso due grandi canali: l'istituzione scolastica e l'esperienza della vita fatta di diversi luoghi, la famiglia, i partiti politici, i sindacati, i corpi intermedi, le formazioni sociali. Da ultimo ha fatto prepotente irruzione la Rete e per essa i suoi grandi operatori, Google, Apple, Amazon e gli altri. Se continuassimo a seguire esclusivamente lo schema tradizionale, che vede da un lato l'istruzione formalizzata con i suoi programmi e i suoi titoli di studio e dall' altro l'esperienza della vita, Internet dovrebbe essere necessariamente compresa nel novero di quest'ultima. Tuttavia, se tale distinzione conserva una sua validità in relazione alla coppia formalità-informalità, si pensi soltanto all'obbligo scolastico e alla spontaneità di molte acquisizioni digitali, essa ha sicuramente perso qualsiasi capacità esplicativa di ordine generale. Soprattutto non dà conto del fatto che la Rete è un potere forte, anzi fortissimo di formazione e di istruzione. Più della scuola? Forse. Di sicuro tra essi vi è una differenza fondamentale. Mentre il sistema formale dell'istruzione, almeno nelle democrazie, nasce dalle leggi, è trasparente, ed è, quindi, sottoposto costantemente alla verifica della legittimità e della legittimazione, la Rete si configura come un potere di fatto, opaco e sfuggente. Scontato che la scuola deve utilizzare e insegnare Internet, credo anche che scuola e Internet debbano conservare un adeguato grado di distinzione e alterità.

Lo spazio digitale dispiega uno straordinario e tendenzialmente assorbente potenziale formativo. Ma il pluralismo è il pilastro della democrazia. Bisogna ricercare e valorizzare tutti i bilanciamenti possibili allo strapotere tendenzialmente assorbente di Internet. Sicuramente il sistema scolastico deve essere uno dei soggetti di tale bilanciamento. Il pluralismo, a mio modo di vedere, è un valore fondante, ma è anche un obbligo costituzionale. La nostra esistenza è ormai impensabile senza i media digitali. Come accennato, è importante che anche nella scuola essi vengano utilizzati per sviluppare nuove opportunità di apprendimento ma soprattutto per implementare le capacità di utilizzare consapevolmente le tecnologie. Da alcuni studi OCSE[1], infatti, risulta che i "nativi digitali" sono mediamente molto

[1] OCSE (2015) Students, Computers and Learning: Making the Connection, a cura di Andreas Schleicher e Francesco Avvisati, PISA, OECD Publishing, http://dx.doi.org/10.1787/9789264239555-en, analizzato nel rapporto del MIUR (2015):

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

abili nell'uso delle nuove tecnologie, ma non ne fanno affatto un uso responsabile. Essi sono esposti a molti rischi, come la dipendenza (patologica) da Internet, l'uso improprio dei dati, la violazione della privacy, il Cyberbullismo, le molestie online. È, dunque, fondamentale che l'istituzione scolastica supporti i giovani nell'uso critico della Rete al fine di imparare a valutarne i contenuti e riconoscerne i pericoli. Secondo il rapporto del MIUR *Studenti, computer e apprendimento* del 2015, gli studenti italiani sono *lost in navigation* rispetto ai loro coetanei OCSE, in quanto non hanno «la capacità di dirigere la propria lettura, di dare giudizi sulla pertinenza di una pagina, sulla qualità di un'argomentazione»[2]. Anche i dati richiamati, dunque, mostrano la necessità che la scuola si ponga quale luogo alternativo allo strapotere della Rete. Per farlo è necessario che le istituzioni scolastiche tradizionali abbandonino quel pregiudizio filologico che le rende noiose e poco attrattive agli occhi degli studenti. Sebbene la filologia sia il pilastro fondante della comprensione, soprattutto specialistica, se essa si trasforma da premessa in un pervasivo pregiudizio tende a contrapporre il mondo scolastico a quello della vita e della Rete, nel quale, al contrario, la più accattivante delle semplificazioni regna sovrana. Ad esempio, la pretesa filologicamente corretta che i nostri studenti leggano romanzi ottocenteschi nelle versioni originali è una garanzia pressoché certa del loro abbandono della lettura.

Nella Rete tutto è conforme. La scuola come contropotere critico deve abituare al ragionamento autonomo, personale, contro il ragionamento e la conoscenza predefinita da altri attraverso la Rete.

La scuola si contrappone al mondo digitale anche per alcuni suoi aspetti strutturali. La scuola è un mondo fisico, ha le sue regole, bisogna svegliarsi e andare a scuola o all' Università e i professori mettono i voti. È un mondo diverso. La scuola deve mantenere intatte

"Studenti, computer e apprendimento: dati e riflessioni. Uno sguardo agli esiti delle prove in Lettura in Digitale dell'indagine OCSE PISA 2012 e alla situazione in Italia".

[2] MIUR (2015): "Studenti, computer e apprendimento: dati e riflessioni. Uno sguardo agli esiti delle prove in Lettura in Digitale dell'indagine OCSE PISA 2012 e alla situazione in Italia", p. 11. Secondo il rapporto del MIUR, in Italia il 15% degli studenti è del tutto "senza bussola" quando naviga sul web (rispetto a una media OCSE dell'11,6%); inoltre, con riferimento alla "qualità della navigazione", più del 75% di loro o non conduce alcuna attività di navigazione oppure conduce una navigazione "non orientata" o "insufficiente", mentre solo il 24,6% conduce una "navigazione principalmente orientata" (Classifica degli studenti in base alla qualità della navigazione - PISA 2012).

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

le sue caratteristiche di fisicità, di diretta interazione tra persone. Questa sua peculiarità un tempo scontata, oggi non è più così certa. La didattica in presenza appare una sua straordinaria caratteristica che la rende particolarmente idonea all'esercizio di una essenziale funzione pluralistica. La scuola non è più il monopolista della formazione, ma si configura e deve essere il bilanciamento della critica culturale allo strapotere della Rete.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Cristiano Cicero

Note minime in tema di donazione "liberatoria", a margine di un recente volume

1. – Il tema della donazione "liberatoria", è materia di intersezione tra la liberazione da un debito effettuata *animo donandi* e il fenomeno delle liberalità ampiamente inteso. Di recente è comparso in argomento il volume di Oriana Clarizia (*La donazione «liberatoria»*, Napoli, Esi, 2019, pp. 11-170), edito nelle Pubblicazioni della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino (la prestigiosa "collana rossa"), secondo la tradizione per i tipi della ESI. Si tratta di una ricerca complessa, sfociata in uno scritto colto e denso, che perviene a conclusioni originali e al contempo equilibrate.

L'A. osserva sin dall'introduzione che il problema pur non ignoto alla tradizione è stato tendenzialmente scansato nella letteratura moderna. Felicemente la nostra A. inizia la trattazione riportando un passo di Savigny tratto dal *Sistema del diritto romano attuale*, ove il Maestro osservava: «Qualunque liberazione da un debito è un vero arricchimento del debitore. Se inoltre vi si riscontrano gli altri requisiti di una donazione, si ha una donazione vera e propria. Il suo ammontare è sempre uguale all'ammontare del debito estinto, anche quando il debitore fosse insolvente». L'argomento, dunque, osserva l'A. che assume un fascino particolare, costringendo il civilista ad interrogarsi sul rapporto tra l'estinzione delle obbligazioni e l'ampia categoria delle liberalità, al fine di chiarire se la liberazione dal debito effettuata *animo donandi* possa integrare una liberalità soltanto indiretta oppure anche diretta, in favore del debitore (p. 14). Anticipa l'A. nell'introduzione, saggio anticipatore del *fil rouge* del volume, che il nucleo delle obiezioni alla donazione liberatoria si sostanzia nell'identificazione della remissione del debito con la rinuncia al credito e nella tenace adesione alla tipicità dello schema donativo costituito dall'art. 769 c.c. Al contrario, il percorso ricostruttivo dovrebbe passare attraverso la valorizzazione delle differenze, sul piano strutturale e funzionale, tra remissione e rinuncia e per il superamento di

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

uno studio ancorato alla tipicità del contratto in favore di una maggiore apertura verso l'elasticità dello schema donativo (p. 16).

2. – La trattazione si dipana nell'arco di quattro capitoli. Il primo capitolo (*La donazione c.d. liberatoria nelle letture della dottrina*) propone una colta e interessante lettura a partire dal codice civile 1865 sulla donazione liberatoria, sottolineando le dottrine che valutavano l'incompatibilità tra la donazione liberatoria e la fattispecie estintiva remissoria. Quella contenuta nel primo capitolo è una ricognizione di estremo interesse. Evidenzia l'A. che il codice 1865 escludeva dal suo àmbito operativo il meccanismo della donazione tanto obbligatoria quanto c.d. liberatoria. Il legislatore del 1942, all'art. 769 c.c., introduce in senso diverso molteplici varianti rispetto alla formulazione del codice previgente. Tra queste: l'abbandono dei requisiti dell'attualità e della irrevocabilità; l'utilizzo del termine 'contratto' in luogo di 'atto'; la preferenza per il verbo 'arricchire', in sostituzione dell'espressione 'si spoglia'; la soppressione tanto del sintagma 'cosa donata' quanto del riferimento all''accettazione'; la riconosciuta, espressa, rilevanza dello spirito di liberalità e dell'arricchimento del beneficiario. Testuale, inoltre, è l'estensione della portata del precetto alla donazione obbligatoria (p. 22). Per quanto concerne, invece, la donazione liberatoria, era discusso se un implicito riferimento ad essa potesse rintracciarsi nell'inciso che individua l'oggetto della donazione nella «disposizione di un diritto» in favore del donatario (p. 23). Si sottolinea che benché la Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al libro II del codice civile sembrasse orientata ad intendere la donazione come fattispecie non soltanto traslativa ma anche liberatoria, parte della dottrina aveva negato tale estesa applicazione, precisando che essa «in realtà allude alla rinuncia così detta traslativa o impropria» (G. Balbi, *Saggio sulla donazione*, Torino, 1942, p. 132), la quale, non costituendo una rinuncia in senso tecnico, ben potrebbe costituire un effetto del contratto di donazione. Va osservato che il tenore letterale dell'art. 769 c.c. non fornisce alcun ausilio interpretativo. I percorsi di indagine della dottrina, per il vero insoddisfacenti, vengono schematizzati nel modo seguente: a) astratta comparazione della vicenda estintiva remissoria con il tipo normativo che delimita il contratto di donazione all'art. 1050 del codice civile del 1865 e all'art. 769 c.c. del codice vigente; b) identificazione della remissione con la rinunzia al credito; c) mancata riconduzione della liberazione effettuata per spirito di liberalità alla donazione sulla base del profilo

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

strutturale: bilaterale per la donazione e unilaterale per la remissione (p. 24).

2.1. – S*ub* a) va escluso che la vicenda estintiva derivante dalla remissione del debito, benché contraddistinta dall'intento liberale, integri una donazione liberatoria a causa dell'assenza dei requisiti che tipizzano lo schema normativo delineato dall'art. 769 c.c. (p. 24). La dottrina all'entrata in vigore del codice 1942 tuttavia valutava che la remissione del debito, se effettuata con spirito di liberalità e in forza di una fattispecie contrattuale, integrasse una donazione liberatoria, «non nel senso assurdo che il creditore trasferisca il credito al debitore con la conseguente estinzione per confusione, ma al fine della liberazione, come effetto autonomo ed immediato dell'atto» (B. Biondi, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Vassalli, Torino, 1961, pp. 407 e 1003). A smentire la ricostruzione, basterebbe tuttavia considerare la necessaria distinzione tra attività remissoria rispetto alla cessione oppure alla alienazione (P. Perlingieri, *Remissione del debito e rinunzia al credito*, Napoli, 1968, p. 118). Ad impedire la riconduzione dell'estinzione di un'obbligazione per spirito di liberalità al contratto di donazione ha contribuito, in maniera decisiva, soprattutto l'individuazione, nella disciplina dettata dagli artt. 1236 c.c., di un contratto tipico (F. Rossi, *La remissione del debito*, Artt. 1236-1240, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 2018, p. 40). Osserva l'A. che da un lato la formulazione dell'art. 769 c.c. sembra riconoscere un ampio significato al potere di disposizione, sino a consentirne l'esercizio non soltanto con funzione traslativa bensì anche estintiva di diritti di credito, dall'altro appare ormai superata dall'evoluzione storico-sociale la limitazione dell'oggetto della donazione alle vicende che permettono al donatario l'acquisto unicamente di diritti reali di godimento, in modo diretto ovvero mediato, ossia a séguito dell'adempimento dell'obbligazione assunta dal donante verso il donatario (p. 30). La decisione in ordine alla qualificazione in termini di liberalità donativa dovrebbe dipendere – piuttosto che dalla astratta comparazione della singola vicenda con lo schema normativo delineato dall'art. 769 c.c. – da un'attenta selezione e valutazione degli interessi sottesi all'assetto negoziale complessivamente considerato ed idonei ad integrarne la ragione giustificativa (p. 32).

2.2. – *Sub* b), con riferimento all'identificazione della remissione con la rinunzia al credito (R. De Ruggiero, *Istituzioni di diritto ci-*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

vile, II, *Diritti di obbligazione, diritti di famiglia, diritto ereditario*, 4ª ed., Messina, 1926, p. 214; G. Giacobbe, M.L. Guida, voce *Remissione del debito (dir. vig.)*, in *Enc. dir*., XXXIX, Milano, 1988, p. 788), la loro presunta identità funzionale e strutturale in chiave di negozio unilaterale con funzione abdicativa, ha spinto verso una riconduzione nell'alveo della donazione indiretta, sul presupposto secondo il quale l'arricchimento e gli effetti vantaggiosi non troverebbero la propria causa nella disposizione del rinunziante, ma costituirebbero effetti indirettamente perseguiti dal negozio (p. 33). Si tratta di argomentazioni basate sulla funzione tipicamente dismissiva della rinuncia nonché, per converso, sulla causa attributiva del contratto di donazione (p. 34). La donazione liberatoria è stata anche negata in virtù della considerazione che la fattispecie donativa può reputarsi sussistente soltanto a fronte – non già della mera dismissione del diritto, ancorché si verifichi in maniera occasionale e indiretta l'acquisizione del vantaggio per altri ma – di un atto di disposizione in favore di un altro soggetto (p. 35). Scriveva Andrea Torrente che soltanto se, in luogo della pura e semplice dismissione del diritto, si abbia la sua disposizione a favore di altro soggetto, allora l'atto di autonomia assurge alla qualificazione di liberalità e di donazione (A. Torrente, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ. comm*., diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Schlesinger e Roppo, Milano, 2006, p. 219). Tale ricostruzione equipara la remissione al negozio rinunciativo in quanto la sua funzione sarebbe sempre e soltanto puramente abdicativa. Là dove la remissione sia effettuata per avvantaggiare il debitore, al più potrà costituire una donazione indiretta ma giammai una donazione liberatoria, ancorché l'effetto liberale si realizzi in virtù di un accordo tra debitore e creditore. Un diverso indirizzo ha poi argomentato a sostegno dell'irrilevanza dello spirito di liberalità ai fini della qualificazione delle fattispecie in questione come atti di liberalità in quanto la produzione di effetti liberali deriverebbe non già dal perseguimento di interessi non patrimoniali del remittente quanto, piuttosto, dalla finalità abdicativa, di per sé già produttiva di effetti liberali. Pertanto, «non si può […] parlare rispetto ad essi di atti (a titolo) di liberalità, ma, più correttamente, di atti liberali, la cui situazione effettuale tipica consiste in una liberalità» (testualmente, L. Gatt, *La liberalità*, I, Torino, 2002 p. 433; secondo V. Barba, sub *art. 769 c.c.*, in G. Bonilini (a cura di), *Delle donazioni*, *Artt. 769-809*, in *Comm. c.c.*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2014, p. 46, l'esclusione della rinunzia dalla donazione dipende non già dalla im-

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

possibilità di configurare la rinunzia quale atto dispositivo bensì dall'assenza in essa di bilateralità).

2.3. – *Sub* c), la mancata riconduzione della liberazione del debitore, effettuata *animo donandi*, alla donazione liberatoria sarebbe giustificata alla luce della mera diversità strutturale tra donazione e remissione (p. 47). In questa chiave, riconoscendo quale unica fattispecie remissoria quella risultante da negozio unilaterale, compatibilmente con la sua presunta funzione dismissiva, la configurabilità della donazione liberatoria è negata a priori, in ragione dell'inconciliabilità tra la struttura contrattuale della donazione e quella unilaterale della predetta fattispecie estintiva (p. 48). L'argomentazione fondata sulla prospettiva meramente strutturale, è correttamente giudicato dall'A. privo di rilevanza in quanto fa dipendere la natura non donativa e la mancata applicazione della relativa disciplina da un dato estrinseco, che prescinde dall'analisi dei concreti interessi sottostanti. Ai fini della qualificazione giuridica in chiave di donazione, rileva non la struttura quanto piuttosto la concreta funzione che la fattispecie realizza, il riscontro della *causa donandi* e l'arricchimento nella sfera giuridico-patrimoniale del destinatario (p. 49).

3. – Il secondo capitolo (*Caratteri fisionomici delle liberalità donative e di quelle atipiche. Compatibilità con la funzione remissoria*) è incentrato sull'analisi dell'art. 809 c.c., norma dalla natura anfibia e centauresca: figura che ha molto della donazione, eppure non è donazione; figura che non è donazione, eppure ha molto della donazione (espressione di V. Roppo, *Le liberalità fra disciplina civilistica e norme fiscali: una sfida per il ceto notarile*, in *Notariato*, 2002, p. 427). L'A. si domanda se le liberalità c.d. indirette ricevano adeguata spiegazione in virtù della loro identificazione con la figura del negozio indiretto, con la conseguenza che ad esse risulterebbe applicabile – in aggiunta alle norme sulla donazione testualmente richiamate dall'art. 809 c.c. – la disciplina prescritta per il negozio tipico utilizzato per realizzare l'attribuzione a titolo di liberalità (p. 61). Autorevole dottrina ha sottolineato che le donazioni c.d. indirette presenterebbero proprio i caratteri del negozio indiretto, perché la funzione economico-sociale del negozio impiegato è diversa da quella della donazione, mentre il risultato (arricchimento altrui) è al di fuori della fattispecie negoziale e si realizza per la confluenza di elementi eventuali (A. Torrente, *La donazione*, cit., p. 29). Va sottolineato tutta-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

via che in senso contrario già Luigi Cariota Ferrara escludeva che la rinunzia al diritto di credito costituisca un negozio indiretto, non subendo il negozio (rinunzia) alcun adattamento o modificazione e restando l'*animus* di beneficare semplice motivo (L. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, rist. 2011, p. 261). In giurisprudenza, l'assonanza tra negozio indiretto e donazioni indirette è frequente (Cass., 25 ottobre 2018, n. 27050; Cass., 16 giugno 2014, n. 13684, in *Dir. succ. fam*., 2016, p. 718 ss., con commento di A.A. Carrabba, Negotium mixtum cum donatione *(o donazione mista), donazione indiretta e disciplina applicabile*). La figura del negozio indiretto appare però incapace di fondare un'autonoma categoria concettuale e fornire una sistemazione giuridica alle diverse fattispecie di liberalità c.d. indirette. Anche le Sezioni Unite di recente, in ipotesi di trasferimento di ricchezza, realizzato a titolo di liberalità ed eseguito a mezzo banca, hanno sottolineato che si è di fronte non ad una donazione attuata indirettamente in ragione della realizzazione indiretta della *causa donandi*, ma ad una donazione tipica ad esecuzione indiretta; sì che, con la riconduzione del trasferimento di ricchezza, *animo donandi*, nell'àmbito della donazione ad esecuzione diretta e in ragione della rilevanza astratta attribuita alla questione, il rapporto tra negozio indiretto e donazioni indirette resta definitivamente sullo sfondo (Cass., sez. un., 27 luglio 2017, n. 18725, in *Riv. not*., 2018, p. 151 ss., con nota di C. Cicero, *Osservazioni sul problema del formalismo delle attribuzioni patrimoniali effettuate per spirito di liberalità*). L'A. conclude il percorso argomentativo negando utilità all'utilizzo del negozio indiretto per spiegare il funzionamento delle liberalità atipiche: l'effetto di liberalità non può reputarsi estraneo o anomalo alla vicenda estintiva remissoria ma compatibile con il suo profilo funzionale (p. 71).

4. – Il codice civile, all'art. 769 c.c., affida al requisito dell'arricchimento del donatario e allo spirito di liberalità il compito di delimitare i confini della liberalità donativa. Benché previsti in materia di contratto di donazione, è comunemente riconosciuto che tali elementi contraddistinguono tutti gli atti di liberalità (p. 71). Secondo l'A., la presunta assenza dell'arricchimento del donatario – sostenuta da chi identifica l'arricchimento con l'effetto costitutivo di un diritto – e dell'impoverimento del donante (ancora una volta inteso formalisticamente, quale vicenda traslativa di un diritto del quale fosse titolare il disponente e non anche come vicenda estintiva) non costi-

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

tuiscono ostacoli al riconoscimento della donazione liberatoria in quanto – al di fuori di una logica strettamente materiale – tanto il non adempimento da parte del debitore liberato quanto l'impoverimento derivante dal mancato guadagno per il creditore integrano il concetto di arricchimento ed il correlativo depauperamento del disponente (p. 75).

Di particolare densità sono le pagine del volume dedicate alla riflessione sullo spirito di liberalità. Sottolinea l'A. che la definizione di tale elemento appare problematica: molteplici orientamenti si sono avvicendati nel tempo, oscillando dall'equiparazione dell'*animus donandi* ai motivi individuali che hanno spinto a donare fino all'identificazione con la causa in concreto (p. 76). Le ricostruzioni teoriche attente alla considerazione oggettiva degli interessi che inducono a donare hanno il merito – viene sottolineato – di attribuire allo spirito di liberalità un ruolo e un valore operativo, riabilitando tale concetto dalle accuse di ambiguità e di inadeguatezza; ancor più, si conciliano con le recenti acquisizioni in tema di causa concreta, comportando l'applicazione non già di un'identica disciplina per tutte le liberalità – donative e atipiche – quanto il ricorso a regolamentazioni diverse, adeguate alle specificità delle operazioni complessivamente considerate (p. 81).

A questo punto, l'A. reputa il discorso maturo per tracciare una linea di differenziazione tra le liberalità donative e quelle atipiche *ex* art. 809 c.c. Meramente descrittiva appare la massima giurisprudenziale, tralatiziamente ripetuta, secondo la quale la differenza tra le menzionate figure consisterebbe non nell'effetto pratico, identico in entrambe, ma nel mezzo impiegato, il quale nelle liberalità indirette può essere il più vario in quanto gli effetti di liberalità si perseguono con un'ampia articolazione di schemi procedimentali tra loro diversi, ossia – come chiarito dalla giurisprudenza – «a) con atti diversi dal contratto (ad esempio, con negozi unilaterali come l'adempimento del terzo o le rinunce abdicative); b) con contratti (non tra donante e donatario) rispetto ai quali il beneficiario è terzo; c) con contratti caratterizzati dalla presenza di un nesso di corrispettività tra attribuzioni patrimoniali; d) con la combinazione di più negozi» (Cass., sez. un., 27 luglio 2017, n. 18725). La distinzione tra donazione e liberalità atipiche va ricercata sul piano causale: se, infatti, nella donazione *ex* art. 769 c.c., l'intento liberale involge completamente il nucleo causale dell'atto ed è ricollegabile funzionalmente ed in via immediata ad esso, nelle donazioni indirette, invece, si innesta in complessi pro-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

cedimenti o schemi negoziali nei quali si aggiunge ad altre, molteplici, finalità, con le quali risulta compatibile (p. 83, ove si richiama G. Perlingieri, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. dir. civ*., 2008, p. 156 ss., il quale riconduce il patto di famiglia entro l'ampia e variegata categoria delle liberalità indirette).

5. – Il terzo capitolo (*La liberazione del debitore per effetto di remissione nelle liberalità*) è suddiviso in due sezioni (su *Liberazione del debitore e liberalità donative. La donazione liberatoria* e su *Liberazione del debitore e liberalità non donative*). Esso si apre con l'aspirazione di vagliare la reale portata dell'incidenza dello spirito di liberalità sul profilo causale della remissione del debito, con un approccio metodologico fondato sull'analisi del composito assetto di interessi che integra la causa concreta della singola fattispecie negoziale estintiva (p. 91). L'evoluzione del concetto di causa rende ad avviso dell'A. non più proponibile la rilettura della remissione come atto neutro *quoad causam*. Il mutamento concettuale ha il merito di riconoscere, sottesa ad ogni operazione negoziale, la rappresentazione di interessi delle parti giuridicamente rilevanti, i quali non sono estranei al concetto di causa ma, benché non coincidenti con quelli tipizzati e purché riconoscibili, costituiscono parti integranti di essa (p. 98). L'estinzione del rapporto obbligatorio derivante dalla remissione del debito si colora di interessi del disponente giuridicamente rilevanti al punto da connotare, funzionalmente, la vicenda estintiva e determinare la sua natura liberale oppure, a seconda del contesto applicativo, semplicemente gratuita. Se è vero che la funzione economico-individuale di un negozio individua negli interessi lo strumento di qualificazione dell'atto, non può aprioristicamente escludersi che l'intento del creditore, preordinato ad arricchire il debitore rimettendogli il debito, possa assumere il ruolo – non di mero motivo ma – di interesse giuridicamente rilevante che integra la causa, sì da divenire indice della sua qualificazione in termini di donazione c.d. liberatoria (p. 99). Si avrà donazione per l'A., dunque, se sussistono: la natura prevalentemente non patrimoniale dell'interesse perseguito dal donante (ossia l'interesse ad estinguere il debito al fine di beneficiare, *animo donandi*, il debitore); l'esplicito accordo delle parti (l'accettazione del debitore-donatario, infatti, è requisito imprescindibile in quanto espressione del suo assenso riguardo ad eventuali vincoli connessi alla sua sfera giuridica: si pensi all'obbligazione del donatario di

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

prestare gli alimenti al donante con precedenza su ogni altro obbligato, *ex* art. 437 c.c.); l'arricchimento del destinatario, il quale è implicitamente presupposto nella liberazione dal debito. In questi termini, la remissione rileva non quale atto o negozio tipico, bensì come vicenda, effetto estintivo e liberatorio del debitore che deriva dal contratto di donazione (p. 100).

6. – Ad inizio della seconda sezione del terzo capitolo, sottolinea l'A. che la lettura della remissione come vicenda estintiva, derivante da moduli negoziali caratterizzati da una diversificazione causale in funzione degli interessi concretamente perseguiti, amplia gli scenari ricostruttivi, consentendo l'articolazione di varie ipotesi: se, infatti, appare ragionevole riconoscere cittadinanza, nel nostro ordinamento, alla donazione con funzione liberatoria, vero è, altresì, che non ogni remissione del debito è funzionalmente orientata a beneficiare il debitore (p. 113). Si pensi in via es. al socio che rimette il debito alla società di cui fa parte al fine di ridurne i debiti, oppure al creditore che rimette il debito per ragioni fiscali.

Resta da chiarire se sussistano ipotesi nelle quali la liberazione del debitore sia il risultato di una liberalità atipica *ex* art. 809 c.c. Le liberalità atipiche costituiscono figure eterogenee, non riconducibili ad un unico modello, e trovano spazio là dove si sia inteso perseguire uno scopo diverso da quello cristallizzato dal legislatore con la disciplina del tipo negoziale, al fine di dar luogo, sia pure in via occasionale e mediata, ad una liberalità. L'individuazione di criteri discretivi, con valenza generale, ai quali delegare il compito di tratteggiare le ipotesi nelle quali la liberazione remissoria integri una liberalità atipica, *ex* art. 809 c.c., non appare agevole. Esempi di liberazione dal debito, effettuati *animo donandi* e per effetto di remissione, che integrano una liberalità atipica, *ex* art. 809 c.c., si rintracciano ogniqualvolta la remissione si inserisca in una combinazione di negozi rispetto ai quali il collegamento sul piano funzionale è reale e non – come nelle precedenti esemplificazioni – meramente apparente (p. 132). Chiarito che la remissione può operare come donazione atipica soltanto nell'àmbito di un collegamento negoziale, una riflessione conclusiva riguarda – evidenzia l'A. – la funzione del notaio: là dove si provi a costruire la liberazione *animo donandi* come effetto di donazione indiretta e accantonate le concezioni che individuavano nella remissione un negozio tipico, alla sua opera è affidato il delicato compito di svelare gli intenti delle parti e vagliare, alla luce della speci-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

fica sistemazione degli assetti di interessi specie familiari, se, nonostante l'assenza del corrispettivo, la liberazione del debitore costituisca il frammento di operazioni negoziali più complesse che ne compromettano la gratuità, oppure se siano alla base di un congegno simulatorio, nonché, infine, di un'autonoma donazione liberatoria (p. 139).

7. – Il capitolo quarto (*Profili applicativi*) è conclusivo della monografia. L'A. ha oramai ammesso la donazione liberatoria. La sua attenzione si incentra su talune implicazioni rilevanti sul terreno pratico-applicativo (p. 143). Di spiccato interesse – in ragione dell'incidenza sulla circolazione degli immobili di provenienza donativa – si registra la questione concernente l'atteggiarsi della tutela dei legittimari interessati al conseguimento della quota di legittima oppure alla sua reintegrazione in ipotesi di lesione derivante da donazione liberatoria oppure da liberalità atipiche, involgenti, nel collegamento tra più negozi, anche la remissione del debito.

8. – A conclusione della ricerca, l'A. sottolinea che non sempre la remissione – diversamente da quanto sostenuto dalla dottrina tradizionale – identifica una liberalità atipica (p. 168). Tale risultato è prospettabile qualora il negozio remissorio sia frammento di congegni di operazioni complesse, realizzate dal collegamento di più negozi orientati ad un effetto di liberalità. Di là da tale ipotesi, se la liberazione contraddistingue una liberalità donativa, ragioni di coerenza non consentono di escludere l'ammissibilità della donazione c.d. liberatoria.

L'affermazione della causa in concreto, la diffidenza verso la riconduzione di ogni atto alla sussunzione in schemi tipici quale garanzia di liceità ed efficacia, una maggiore attenzione agli interessi regolati nell'atto di autonomia e, soprattutto, la considerazione assiologica del giudizio di qualificazione della fattispecie e di individuazione della disciplina hanno aperto uno scenario nuovo, come si evidenzia bene nel volume di Oriana Clarizia, allo studio della fenomenologia degli arricchimenti compiuti mediante liberazione da un debito.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Giovanni Cocco

Appunti per una giustificazione liberale della pena

1. – La fiducia nell'Illuminismo intellettuale classico o nella prospettiva liberale del fondamento della pena presente, ad esempio, in Hobbes, Locke, Bentham e J.S. Mill, che si è sviluppata pur senza una formulazione canonica e in modo non lineare nei due secoli e mezzo che ci separano dalle proposte riformatrici di Beccaria, è ciclicamente rimessa in discussione[1]. Cosicché, è necessario riaffermare e riformulare idee riconoscibilmente liberali di giustificazione della pena, che – va da subito sottolineato – debbono dimostrare che la società ha bisogno della minaccia e della applicazione della pena in quanto l'obiettivo dell'ordine sociale non può essere altrimenti raggiunto e che è ingiusto che le vittime del crimine ne sopportino il peso[2].

Si afferma comunemente che l'istituto della pena è giustificato, in particolare, dai principi delle democrazie costituzionali e liberali, ancorché sia possibile criticare la legittimità o la opportunità dei singoli atti punitivi, che possono essere eccessivi, brutali e immeritati, e che questa giustificazione si basa su argomenti finalistici o utilitaristici, che necessitano di limiti, ma anche su argomenti *deontologici* o retributivi; in una teoria liberale della pena vi è, dunque, spazio anche per la meritevolezza retributiva, ma il suo utilizzo richiede una accurata delimitazione, come vedremo.

L'istituto della pena poggia su una molteplicità di valori, pertanto l'attuale dibattito e la storia delle idee al riguardo[3] possono costituire una messa a punto di un adeguato approccio alla sua giustificazione,

[1] Così, tra i tanti, Kunz, *Muss Strafe wirklich sein? Einige Überlegungen zur Beantwortbarkeit der Frage und zu den Konsequenzen daraus*, in *FS Jung*, Baden-Baden, 2004, 71 ss.

[2] Bedau, Kelly, *Punishment*, in *Stanford Encyclopaedia of Philosophy*, 2010.

[3] Rinvio a Cocco, *Storia e attualità*, in Cocco, Ambrosetti (cur.), *Trattato breve di diritto penale. Parte generale*. II. *Punibilità e pene*, Padova, 2ª ed., 2018, 3 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

che comporta molti passaggi, a partire dal comprendere che punire delle persone non è un fatto intelligibile completamente o esclusivamente in sé stesso, come la musica o la poesia o altri atti di intrinseco valore per i partecipanti. Foucault e Nietzsche potrebbero contestare questa affermazione (e forse la storia darebbe loro ragione) perché pensano che la natura umana intrinsecamente esprima, anche se dissimulata, la soddisfazione di infliggere ad altri un male autorizzato, quale appare la pena. Ma questa soddisfazione deve essere considerata una malvagità della natura umana e *la pena* – ancorché possa e debba essere definita senza riferimento ad uno *scopo*, cioè alla realizzazione di determinati risultati – *in una democrazia costituzionale e liberale non può giustificarsi senza tale riferimento*. Va, dunque, specificato in primo luogo quali sono gli obiettivi perseguiti dell'istituto la cui realizzazione sia in sé giustificata; inoltre, va dimostrato che tali obiettivi sono effettivamente realizzati con l'applicazione della pena (e in determinati modi e non in altri) e che non possono realizzarsi, con pari o maggiore efficienza e correttezza, senza punire o con interventi non punitivi[4].

2. – Su questo sfondo possiamo proporre la *giustificazione liberale della pena*, seguendo le principali acquisizioni della riflessione internazionale[5]. Si può cominciare con una generalizzazione empirica affidabile, vi sono condotte umane intenzionali dannose per gli altri, riguardo alle quali è improprio attendersi (o pretendere) dalla gene-

[4] Bedau, Kelly, *Punishment*, cit.

[5] Personalmente, imbevuto della classica e ricca impostazione continentale, ho approfondito negli ultimi anni in particolare quella anglosassone, oltre alla opera dei citati Bedau e Kelly, meritano attenzione le teorie sviluppate da molti autori, tra cui, Hart H.M. jr., *The Aims of the Criminal Law*, in *Law and Contemporary Problems* 1958, 401; Hart H.L.A., *Prolegomenon to the Principles of Punishment* (1959), rist. in Hart H.L.A., *Punishment and Responsibility*, Oxford, 1968, 1 [trad. di Jori, *Responsabilità e pena: saggi di filosofia del diritto*, Milano, 1981]; Honderich, *Punishment: The Supposed Justifications Revisited*, London, 1976, ed. riv. 2005; Feinberg, *The Expressive Function of Punishment*, in *The Monist* 1965, 397 (anche in *Doing and deserving: Essays in the Theory of responsibility*, Princeton, 1970, 95; e in Duff, Garland (cur.), *A Reader on Punishment*, Oxford, 1994); Wasserstrom, *Punishment*, *Philosophy and Social Justice*, University of Notre Dame Press, 1980, 112; Gross, *A Theory of Criminal Justice*, New York, 1979; Hoekema, *Rights and Wrongs: Coercion, Punishment, and the State*, Selinsgrove (Pa.), 1986; Lacey, *State Punishment: Political Principles and Community Values*, London, 1988; Ten, *Crime, Guilt, and Punishment*, Oxford, 1987; Walker, *Why Punish?*, Oxford, 1991.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

ralità delle persone offese che perdonino gli autori o che soffrano in silenzio[6]; al contrario, con riferimento ad esse la probabile ritorsione privata deve essere prevenuta anche con la fiducia della collettività che gli offensori saranno arrestati, giudicati, condannati e che la sanzione sarà eseguita dalla autorità. La funzione dello Stato moderno non è quella di assicurare la giustizia assoluta in terra, ma di proteggere i beni giuridici cd. *pubblici*[7], la cui lesione è perciò proibita e punita dalla legge, non essendo altrimenti possibile tale tutela. In tale prospettiva ogni possibile giustificazione della pena dipende dalla più generale teoria politica e morale alla base di una società, che solamente una teoria della giustizia può offrire[8].

In siffatta prospettiva, non pare discutibile che in una società giusta, che è anche una società razionale, la condotta illecita dannosa *vada prevenuta piuttosto che punita*. In altre parole, la osservanza della legge in presenza dell'avvertimento[9] (o minaccia) della pena è da preferire all'inosservanza seguita dal processo penale, dalla condanna e dalla espiazione della pena, abbia essa effetti o meno risocializzanti, ovvero dall'irreparabile lesione della libertà personale (o addirittura della vita). È preferibile, in prima battuta, la osservanza volontaria della legge come conseguenza dell'interiorizzazione delle norme di una società giusta[10], ma se la osservanza volontaria della legge non è possibile, la società – quale *extrema ratio* a tutela dei beni pubblici – ne deve garantire la osservanza involontaria (sotto la minaccia o avvertimento della pena) perché è preferibile alla sua violazione[11]. Anche in una so-

[6] Edificante ma non convincente la personale esperienza, ad esempio, dell'abolizionista Hulsman, *Alternative alla giustizia criminale*, in Curi, Palombarini (cur.), *Diritto penale minimo*, Roma, 2002, 305.

[7] Sul concetto sostanziale di delitto v. Cocco, *Il fondamento*, in Cocco, Ambrosetti (cur.), *Trattato breve di diritto penale. Parte generale*. I-1, *La legge penale*, Padova, 2ª ed., 2019, 9 ss.

[8] V., tra i più importanti, Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.), 1971 [trad., *Una teoria della giustizia*, Milano, 1984]; Scanlon, *What We Owe To Each Other*, Cambridge (Mass.), 1998; Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), 1986 [trad., *L'impero del diritto*, Milano, 1989]; Ackerman, Bruce, *Social Justice in the Liberal State*, New Haven (Conn.), 1980; Barry, *Theories of Justice*, Berkeley (Calif.), 1989.

[9] Espressione preferibile a *minaccia* per Hörnle, *Straftheorien*, in *Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie* (online).

[10] La legge deve esprimere i valori che accomunano i cittadini: v. Cocco, *Il fondamento*, cit., 26 ss.

[11] Bedau, Kelly, *Punishment*, cit.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

cietà giusta, infatti, non ogni persona approva la legge e non tutti coloro che la osservano lo fanno per riguardo ai beni *pubblici*, cioè, per il riconoscimento degli altri, individualmente e collettivamente, come persone titolari di diritti che meritano il comune rispetto. È questo il fondamentale principio non-deontologico sul quale è costruito il sistema penale: è meglio garantire con la pena la osservanza della legge *da parte di chi altrimenti la violerebbe* piuttosto che consentirgli di agire in una (perversa) autonomia senza alcun costo imposto socialmente, perché ciò comporterebbe un aumento della lesione dei beni pubblici.

Né può opporsi alla *prevenzione generale* così delineata l'argomento secondo cui non vi sarebbe certezza empirica che la minaccia della pena effettivamente funzioni da deterrente alla lesione dei beni[12], rispetto al quale, oltre a potersi obiettare che pretende una prova troppo rigorosa, infatti basta rovesciare il *thema probandum* per giungere a soluzioni insuperabili, insomma basta chiedersi se l'assenza dell'avvertimento o minaccia di sanzioni penali incrementi i comportamenti dannosi per gli altri e vantaggiosi per l'agente perché la risposta positiva venga spontanea: è certamente plausibile che la previsione della sanzione penale per un dato comportamento abbia una certa influenza sui cittadini[13], per quanto essi siano influenzati anche da altri fattori[14].

3. – D'altra parte, perché la sanzione penale funzioni efficacemente come prevenzione contro la inosservanza della legge, non solo deve essere percepita come un *avvertimento legittimo*, perché protegge beni

[12] Günther, *Responsabilità e pena nello stato di diritto*, Torino, 2010, 95; Eisemberg, *Kriminologie*, München, 5ª ed., 2000, 569 s.

[13] Hoerster, *Zur Generalprävention als dem Zweck staatlichen Strafens*, in *GA* 1970, 272; Honderich, *Punishment*, cit., 272 s.; Schmidhäuser, *Vom Sinn der Strafe* (1971), Berlin 2004, 88 s.; Koriath, *Zum Streit um die positive Generalprävention - Eine Skizze*, in Radtke *et al.* (cur.), *Muss Strafe sein?*, Baden-Baden 2004, 69; Kuhlen, *Anmerkungen zur positiven Generalprävention*, in Schünemann, Von Hirsch, Jareborg (cur.), *Positive Generalprävention*, Heidelberg 1998, 58; Weigend, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt*, in *FS Hirsch*, Berlin, 1999, 933; Greco, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie: ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Berlin 2009, 364 s.

[14] Stratenwerth, *Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?*, Berlin, 1995 9; Hassemer, *Strafen im Rechtsstaat*, Baden-Baden, 2000, 207.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

pubblici per la cui lesione è prevista una pena adeguata contro l'aggressione colpevole; ma anche come un *avvertimento credibile*, conseguenza dell'essere la pena generalmente percepita tanto ragionevolmente severa quanto *efficacemente* (dunque, anche con buona probabilità) *applicata* a chiunque non osservi la legge[15].

Sempre attuale, dunque, la posizione illuministica fiduciosa, da un lato, in una legislazione mite, indulgente, umana e, pertanto, non bisognosa di clemenza, e, dall'altro, preoccupata di un uso arbitrario dell'indulgenza, resa splendidamente dalla affermazione di Beccaria che «la clemenza è la virtù del legislatore, e non dell'esecutore delle leggi», convinto che mostrare agli uomini che la pena non è la necessaria conseguenza dei delitti «è un fomentare la lusinga dell'impunità»[16]. Pertanto, il passaggio dalla fase edittale a quella giudiziale è determinato dalla necessità di asseverare l'avvertimento della pena, mostrando così la *credibilità* del sistema[17] e, egualmente, il passaggio finale alla fase esecutiva. Cosicché, anche quando, come nel sentire della maggioranza dei penalisti contemporanei[18], a partire dalle teorizzazioni di von Liszt, si voglia privilegiare la *prevenzione speciale positiva* nella fase della esecuzione, deve riconoscersi la sua retrocessione quando risulti assolutamente incompatibile con le necessità generali di protezione della società[19]. In questo senso può dirsi che la

[15] Già Beccaria (*Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764, nella vulgata di Morellet 1766, ed. a cura di Pisapia G.D., Milano, 1973) e Feuerbach P.J.A., *Anti-Hobbes, ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, Milano, 1972 [*Anti-Hobbes, oder über die Grenzen der Höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn* (1798)], 108 ss.

[16] *Dei delitti e delle pene*, § XX; anche Filangieri, *La scienza della legislazione* (I-V), 1780-1783, ed. Paris, 1853, (rist. integrale, Napoli, 2003), spec. libro III, parte II, capo LVII, che peraltro ammette l'impunità quando «in vece di offrire un adito al delitto, somministrerebbe un incoraggiamento alla virtù», e Romagnosi G.D., *Genesi del diritto penale*, 1791, [rist. della 5ª ed., Prato 1833, Milano, 2003], parte V, cap. IV, § 1129

[17] Ross, *Colpa, responsabilità e pena*, Milano, 1972 [*Skyld, ansvar og straf*, 1970], 91; Roxin, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *JuS* 1966, 377; e in Roxin, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, cit., 1 (trad. sp. Luzón Peña, *Sentido y límites de la pena estatal*, in *Problemas básicos del Derecho Penal*, cit., 24), 17; Eisemberg, *Kriminologie*, München, 5ª ed., 2000, 573; Vassalli G., *Funzioni e insufficienza della pena*, RIDPP 1961, 320; Padovani, *L'utopia punitiva*, Milano, 1981, 263 s.; Marinucci, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, 483.

[18] In Italia, in particolare, *ex* art. 27 co. 2° Cost. le pene debbono tendere alla rieducazione del condannato.

[19] Mir Puig, *Bases constitucionales del derecho penal*, Madrid, 2011, 51.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

applicazione della pena ha lo stesso scopo della sua previsione[20]. È chiaro, infatti, che il principio di rieducazione non può legittimare il sistema penale: alla domanda perché si punisce non si può rispondere per rieducare il reo, ovvero nel suo interesse[21].

4. – Il canone della certezza della pena, tuttavia, segue e non precede quello della pena giusta, la quale, oltre che riguardare delitti in senso sostanziale, deve «essere la *minima* possibile e in *grado* ed in *ispecie*, o, a parlare più esattamente, deve riunire il *maximum* di sufficienza al fine suo di imprigionare la cagione del delitto (§ 395), il *minimum* di dolore ed in ispecie ed in grado per colui che la soffre»[22]. Puntualmente si sottolinea[23] la ricerca dei riformatori illuministi di un sistema legislativo in cui il ruolo della detenzione sia circoscritto e limitato dall'utilizzazione di pene diverse, senza consentire invece momenti di discrezionalità nell'applicazione giudiziale.

5. – Già da tali primi passi si comprende, in vero, che *non si possono radicalmente distinguere*, per quanto sia logicamente e didatticamente utile, *le varie fasi della vita della pena*: previsione (anche detta *comminatoria legale*), applicazione giudiziale ed esecuzione della condanna, attribuendo a ciascuna una distinta funzione della pena[24]. Se è chiaro che nella previsione legislativa, che precede dunque la commissione del delitto, la pena non può che avere finalità di prevenzione generale dei fatti lesivi dei beni pubblici; e che la applicazione giudiziale è la conferma della validità della previsione della pena. Anche nella fase esecutiva la prevenzione speciale non può cancellare le esigenze di prevenzione generale, mentre può accadere il contrario *in bonam partem*, ad esempio nel caso della abrogazione della legge penale, la venuta meno delle esigenze di prevenzione generale volta alla tutela dei beni pubblici esclude qualsiasi rilievo alle esigenze di risocializzazione o di neutralizzazione (cfr. art. 2 c.p.), pur po-

[20] Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte generale*, 16ª ed., agg. Conti, Milano, 2003, 690.

[21] Cfr. Pulitanò, *Minacciare e punire*, in *Studi Dolcini*, Milano, 2018, I, 14; Fiandaca, *Scopi della pena tra commisurazione edittale e commisurazione giudiziale*, in Vassalli G. (cur.), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 133.

[22] Romagnosi G.D., *Genesi del diritto penale*, 1791, cit., § 404; analogamente Filangieri, *La scienza della legislazione*, cit., libro III, parte II, capo XXVII.

[23] Padovani, *L'utopia punitiva*, cit., 3 ss.

[24] Così, contro le tesi eclettiche, Roxin, *Sinn und Grenzen*, cit., *passim*.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

tendo le stesse permanere con riguardo a chi comunque si dimostrò del tutto incurante della legge. Il principio di retroattività della legge penale più favorevole è ormai un principio che gode di copertura internazionale nella Carta edu e nel diritto eurounitario e nella nostra Carta cost. se ne rinviene il fondamento nel principio di eguaglianza *ex* art. 3 Cost.[25]. Pertanto, anche la fase esecutiva è finalizzata essenzialmente alla prevenzione generale, non certo a risocializzare che è semplicemente la modalità accettata dallo stato liberal-democratico, o meglio dalle comunità politiche contemporanee, come lo strumento d'elezione in fase esecutiva per evitare la lesione dei beni giuridici da parte di chi se n'è già reso protagonista.

D'altra parte, è chiaro che la pena giusta, fin dalla comminatoria edittale e poi in quella applicativa, è quella retributiva ovvero proporzionata alla violazione, ma la giustezza della pena già nella impostazione illuministica è servente la prevenzione generale, *non* è la retribuzione ad avere effetti anche preventivi, come invece argomentano i retribuzionisti nello *Schulenstreit* tedesco di fine ottocento[26], cosicché può essere certamente attenuata in considerazione delle minori esigenze di prevenzione generale.

6. – L'ordinamento penale nel suo insieme è dunque volto alla prevenzione dei reati, a cui contribuiscono in modo essenziale anche efficienti apparati di *law enforcement*. Non avrebbe senso condannare ad una pena ed eseguirla solo per ragioni retributive di giustizia o di prevenzione speciale risocializzante. Senza gli scopi general-preventivi queste esigenze da sole non possono giustificare nessuna delle fasi in questione. Anche gli obiettivi della *prevenzione speciale positiva*, ovvero indirizzata al singolo reo, riguardano in realtà la tutela di tutti i beni giuridici potenzialmente aggredibili in futuro da (tutti i) soggetti in esecuzione di pena, e da tutti i cittadini, non più i beni specificamente lesi in passato da ciascuno dei primi. Così come non ha senso giustiziare dopo lo scioglimento della società l'ultimo assassino abitante solitario di un'isola, come invece vorrebbe Kant, nemmeno ha senso nella stessa situazione risocializzarlo. Un sistema penale con il solo scopo della (ri)socializzazione è il più illiberale dei

[25] Ambrosetti, *La legge penale nel tempo*, in Cocco, Ambrosetti (cur.), *Trattato breve di diritto penale. Parte generale*. I-1, *La legge penale*, Padova, 2ª ed., 2019, 169 ss.

[26] Cocco, *Storia e attualità*, cit., 18.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

sistemi possibili: un sistema *puramente riformativo*, che miri semplicemente a cambiare le intenzioni dei destinatari affinché vogliano in futuro rispettare la legge, non tratta i suoi sottoposti come agenti razionali, autodeterminantisi, ma come oggetti da riformare con qualunque tecnica efficiente (e umana) individuabile, in ultima analisi si tratta del vecchio *Stato di polizia* che tratta i cittadini come sudditi da educare.

Insomma, la giustificazione positiva di ogni sistema penale, ovvero della pena, in una società liberale – lo «scopo generale che la giustifica»[27] – è costituita dai suoi effetti benefici di prevenzione della lesione dei beni pubblici, comunemente chiamata prevenzione generale e nella versione tradizionalmente definita negativa.

Questa prospettiva impone però di porre l'accento sui beni protetti e sulla nozione sostanziale di delitto, perché altrimenti riconoscere (come riconosciamo) che la pena è una tecnica di controllo sociale e persegue il fine di assicurare l'ordine sociale, può ridurla ad uno strumento di dominio e di legittimazione di un ordine sociale ingiusto[28]. Mettere al centro della prevenzione il delitto inteso in senso sostanziale quale lesione dei beni pubblici evidenzia come una teoria della pena debba prevenire anche la violenza punitiva dello Stato manifestata nella *pena arbitraria* contro i non-delitti o sproporzionata rispetto al rilievo del bene tutelato e alla misura della lesione[29], con tutte le conseguenze che ne derivano.

7. – In conclusione, la funzione del diritto penale di tutela dei beni giuridici attraverso la prevenzione si sviluppa in due fasi: una prima *attraverso la legge* che prevede il fatto di reato e la sua sanzione, con la motivazione della generalità dei cittadini affinché non tengano condotte lesive o pericolose nei confronti del bene giuridico o affinché tengano condotte dirette ad evitare la lesione del bene. Fallita siffatta prevenzione primaria a causa della violazione della norma, la funzione del diritto penale di protezione di beni giuridici per mezzo della prevenzione è soddisfatta secondariamente attraverso la appli-

[27] Hart H.L.A., *Prolegomenon*, cit., 8-11.

[28] Cfr. Rodríguez Mesa, *Las razones del derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación*, in *RECPC*, 2007.

[29] Cfr. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 8ª ed., 2004; Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992; Rodríguez Mesa, *Las razones*, cit.; Diez Ripollés, *El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista*, in *Jueces para la Democracia*, 1997, n. 30, 17.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

cazione – e la esecuzione – della pena. Per mezzo di essa si assicura la piena validità della norma che ha l'obiettivo di evitare la lesione o la messa in pericolo del bene giuridico.

La giustificazione della pena è dunque essenzialmente *rivolta al futuro*, la pubblicazione della responsabilità penale – di qui il principio di legalità: *nullum crimen, nulla poena sine previa lege poenali* – funziona come un *perentorio invito* con la aspettativa dell'aumento dell'osservanza della legge a causa del timore nei suoi confronti da parte dei cittadini che non vogliono rischiare di essere puniti (c.d. *prevenzione generale*). Il rischio della pena offre un incentivo per ogni persona normale ad osservare le leggi giuste che proteggono i beni giuridici, i diritti individuali. In tal senso, un sistema penale fondamentalmente è una tecnica di controllo sociale giustificata dall'obiettivo di proteggere la società[30] e come gli altri subsistemi di controllo sociale consta di norme, sanzioni e procedimenti[31].

8. – Il diritto penale, quale subsistema di controllo sociale, presuppone la esistenza di altri subsistemi di controllo sociale e così come il diritto penale influisce sugli altri strumenti di controllo sociale esso non può riuscire contro la delinquenza se non hanno risultati gli altri strumenti di socializzazione[32]. Se a ciò si aggiunge che gli strumenti di cui si serve il diritto penale sono i più costosi – le pene e le misure di sicurezza che, implicando una grave ingerenza nei beni essenziali del violatore, costituiscono i mezzi più severi di reazione contro le violazioni delle norme di cui dispone il controllo

[30] Gibbs, *Crime, Punishment, and Deterrence*, New York, 1975; Garland, *The Culture of Control*, New York, 2001 [trad. a cura di Ceretti, *La cultura del controllo*, Milano, 2004]; Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 2ª ed., 1990; 316 s.; Zipf, *Die Integrationsprävention (positive Generalprävention)*, in *Strafrecht Strafprozeßrecht und Kriminologie (FS Pallin)*, Wien, 1989; Moos, *Positive Generalprävention und Vergeltung*, in *Strafrecht Strafprozeßrecht und Kriminologie*, cit.; Bacigalupo, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 5ª ed., 1998, 9 s.; García Pérez, *La punibilidad en el Derecho Penal*, Pamplona, 1997, 340; Rodríguez Mesa, *Las razones*, cit.; Diez Ripollés, *El bien juridico*, cit.; Kaiser, *Criminologia. Una introduzione ai suoi principi*, Milano, 1985 [*Kriminologie*, Heidelberg, 2ª ed., 1988], 216 ss.: meccanismi per mezzo dei quali la società esercita il suo dominio sulle persone che la compongono e ottiene che queste rispettino le norme.

[31] Hassemer, *Einführung*, 316 s.; Id., *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012 [*Warum strafe sein muss*, Berlin, 2009], 115 s.

[32] Hassemer, *Einführung*, cit., 319.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

sociale – si comprende che il ricorso agli stessi è ammissibile solo quando risulta funzionale sia per il sistema di controllo sociale sia per il subsistema di controllo penale. Non è funzionale per il sistema il ricorso alla pena quando il suo scopo si possa raggiungere per altre vie meno onerose. Né lo è quando comporti costi non solo per l'autore ma anche per ulteriori beni giuridici di rilievo pari o maggiore a quello tutelato. In tali casi può esservi la rinuncia alla pena anche solo parziale.

9. – L'obiettivo di proteggere la società è uno scopo esterno, non interno, all'istituzione della pena, sul solco del pensiero liberale classico che giustifica la pena essenzialmente con argomenti *finalistici*. Tuttavia, come abbiamo anticipato, occorre tenere presente che a fronte di tale utilità sociale vi sono i beni essenziali dell'individuo, cosicché la funzione sociale della pena deve svolgersi in un determinato contesto di valori esterni alla logica propria della prevenzione[33], pertanto non si può accogliere una dottrina finalistica pura ma è necessaria l'introduzione di vari limiti, la cui articolazione e spiegazione costituisce la parte più importante di una teoria liberale della pena, per certi versi assimilabile, pur con significative differenze, alle teorie miste o unificatrici che, in estrema sintesi, attribuiscono alla fase della previsione legislativa la finalità di prevenzione generale. Va qui ricordato che è antico il tentativo di trovare un punto di incontro tra le teorie preventive e quelle retributive da parte di teorie dette eclettiche (per tutti Pellegrino Rossi 1787-1848). In Italia, sulla scia del pensiero anglosassone, si è elaborata una teoria cd. del *garantismo penale*[34]. Per altra impostazione, è la constatazione della incapacità della pena di rispondere agli scopi di utilità ad essa assegnati, sia di prevenzione generale che speciale, a richiedere l'elaborazione di una *teoria negativa* – non volta, dunque, alla legittimazione delle finalità manifeste della pena – che sia in grado di limitare il danno del sistema di giustizia[35].

10. – I limiti fondamentali nell'uso della pena – da porsi sullo stesso piano delle finalità preventive[36] – per una teoria liberale, dun-

[33] García Pérez, *La punibilidad*, cit., 380, n. 150.
[34] Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit.
[35] Zaffaroni, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2000.
[36] Cfr. Diez Ripollés, *El bien juridico*, cit., 126.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

que attenta alla tutela dell'individuo nei confronti dello Stato, sono i seguenti.

(A) La previsione della pena e poi la sua applicazione ed esecuzione possono essere proposte solo nei confronti di comportamenti che costituiscono *delitto in senso materiale*, la cui individuazione deve seguire il principio della tutela dei beni giuridici ed il principio del danno ad altri[37], quale derivazione del concetto di contratto sociale[38]. Peraltro, a rigore va detto che il concetto materiale di delitto, più che limitare, fonda la tutela penale.

(B) Nella prospettiva esterna, cioè nel confronto con gli altri strumenti di controllo sociale, a delimitare il diritto penale concorrono i principi di extrema ratio-frammentarietà e sussidiarietà, rispondenti a *giudizi di valore* e di *efficienza* del diritto penale rispetto alle altre istanze di controllo sociale.

In *primo luogo*, in coerenza con il limite della necessità si tratti di delitto in senso materiale, l'oggetto della tutela penale va limitato ai danni gravi per specifici tipi di beni giuridici che non possono essere altrimenti impediti, ovvero il diritto penale deve essere utilizzato solo come *ultima ratio* contro comportamenti gravemente dannosi[39]. Principio il cui fondamento consiste nel fatto che il diritto penale è una tecnica che lede gravemente i beni (vita, libertà e onore) tutelati dalle costituzioni contemporanee di coloro ai quali rivolge la sua coerci-

[37] Cfr. Cocco, *Il fondamento*, cit., 9 ss.

[38] Schünemann, *Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado de derecho liberal*, in Hirsch, Seelmann, Wohlers, Robles Planas (cur.), *Límites al derecho penal*, Barcelona, 2012 [*Rechtsgüterschutz,* ultima ratio *und Viktimodogmatik - von den unverrückbaren Grenzen des Strafrechts in einem liberalen Rechtsstaat*, in Hirsch, Seelmann, Wohlers (cur.), *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden, 2006, 18] 66 s.

[39] Già Beccaria e Feuerbach P.J.A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14ª ed. a cura di Mittermaier, Gießen, 1847 [Rist. Aalen, 1986]; Roxin, at I, 45 s.; Schünemann, *El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho*, Bogotà, 2007, 51 s.; in generale, Husak, *The Criminal Law as a Last Resort*, in *OJLS*, 2004, 207; Jareborg, *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*, in *Ohio State J. of Crim. L.*, 2005, 521; Demuro, Ultima ratio*: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *RIDPP*, 2013, 1654; Id., *Diritto penale come ultima ratio: deflazione del sistema penale nella recente normativa*, in Cocco (cur.), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Padova, 2016, 60; il *Model Penal Code* parla di danni sostanziali.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

tiva attenzione – come afferma von Liszt «la pena è una spada a doppio taglio: tutela di beni giuridici attraverso la lesione di beni giuridici»[40], si può dunque ben affermare la costituzionalizzazione del principio di *extrema ratio*, che ammette il ricorso allo strumento penale nei soli casi di cd. stretta necessità[41]. Occorre tenere sempre a mente la idea basica del contratto sociale, secondo cui ciascun cittadino rinuncia alla libertà nella misura necessaria per rendere possibile la protezione reciproca[42]; è il *favor* per la libertà individuale il principio su cui basare la costruzione del fondamento del diritto penale e che ne costituisce un limite esterno, sia che lo si ponga come principio di filosofia sociale[43] sia che lo si ricavi – come detto – dalle carte costituzionali[44], cosicché l'impiego del diritto penale per la protezione dei beni giuridici non può provocare più danni di benefici[45]. I beni giuridici non sono, dunque, entità intangibili che pretendono – salvi casi eccezionali – una tutela assoluta, ciò spiega il dover essere *frammentaria* della tutela penale (*principio di frammentarietà*), anche nel corollario *minima non curat praetor* o della *minima offensività*[46], che legittima il ricorso alla pena solo per la tutela di beni

[40] Von Liszt, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962 [*Der Zweckgedanke im Strafrecht* 'Marburger Programm' (1882/1883)], e, più recentemente Kindhäuser, *Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz*, in Lüderssen, Nestler-Tremel, Weigend (cur.), *Modernes Strafrecht und ultima ratio Prinzip*, Frankfurt a.M., 1990, 37.

[41] V. Cocco, *Il fondamento*, cit., 25 ss.

[42] Locke, *Second Treatise of Government* (1690) [trad., *Il secondo trattato sul governo*, Milano 1998]; Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., § 2; su cui Kersting, *Die politische Philosophie, des Gesellschaftsvertrags, Wissenschaftliche Buchgesellschaft*, Darmstadt, 2005; Koller, *Neue Theorien des Sozialkontrakts*, Berlin, 1987.

[43] Così Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law*, I, *Harm to Others*, New York, 1984, 7 ss.

[44] Cfr. la dogmatica tedesca: Lagdony, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen, 1996; Appel, *Verfassung und Strafe*, Berlin, 1998; Stächelin, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, Berlin, 1998; Hefendehl, *Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur*, in *GA* 2002, 26; Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, v. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München, 4ª ed., 2006 (trad. sp. 3ª ed., 1997, *Derecho Penal, Parte General*, I, Madrid, 1997, § 2/9)

[45] Schünemann, *El derecho penal es la ultima ratio*, cit., 51 s.; Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Berlin, 1991 (trad. sp. *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed. corretta, Madrid, 1997) 48, nm 26; Rudolphi, *Vor § 1*, in *Systematischer Kommentar zum StGB*, I, AT, Neuwied, 35ª ed., nm 14.

[46] Per tutti Paliero, '*Minima non curat praetor*'. *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

di particolare rilievo contro gli attacchi di maggiore intensità, che concerne cioè solo determinate forme di aggressione al bene protetto, rimanendo l'area del penalmente rilevante sensibilmente più limitata rispetto all'area dell'antigiuridico presenta nell'intero ordinamento e, tanto più, rispetto a ciò che è reputato immorale[47]. Con questo principio è in stretta correlazione anche il *principio di proporzione*[48], su cui avanti.

[C] D'altra parte, è patrimonio comune della scienza penalistica contemporanea che il diritto penale, come strumento limitativo della vita e della libertà dei cittadini, interviene quando la tutela di beni giuridici non possa garantirsi con altri meccanismi efficaci[49]. Per individuare i quali occorre tenere presente che *il principio di sussidiarietà* stabilisce in generale una relazione tra persona e società[50], che si traduce dal punto di vista negativo nel fatto che lo Stato non può assumere funzioni che la persona o enti sociali intermedi sono capaci di assolvere, mentre in una prospettiva positiva significa che lo Stato deve prestare il suo aiuto nei casi in cui la persona, con misure di auto protezione (ad es. in Italia affida alle società sportive la sicurezza negli stadi), o l'ente sociale intermedio non sono in grado di soddisfare tali funzioni. Dunque, per il principio di sussidiarietà il ricorso alla pena è ammissibile solo quando le esigenze di tutela dei beni e dei diritti dei cittadini non possano essere soddisfatte, in prima battuta, per mezzo di istanze antecedenti quella statale. In effetti può

[47] Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 10ª ed., Berlin, 1967, 4 s.; Fiandaca, Musco, *Diritto penale*, *Parte generale*, Bologna, 7ª ed., Bologna, 2014, 5, 32 s.; Maiwald, *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, in *FS Maurach*, Karlsruhe, 1972, 9.

[48] Böse, *Derechos Fundamentales y Derecho penal como 'Derecho coactivo'*, in Hefendehl (cur.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, 2007, 137 (*Grundrechte und Strafrecht als 'Zwangsrecht'*; in Hefendehl, Von Hirsch, Wohlers (cur.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, 2003, 89); Bunzel, *La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información*, in Hefendehl (cur.), *La teoría del bien jurídico*, cit., 147

[49] Roxin, *Strafrecht*. *Allgemeiner Teil*, v. I, cit., § 2 nm 39. «Il diritto penale costituisce, rispetto agli altri rami dell'ordinamento giuridico dello Stato, l'*extrema ratio*, il momento nel quale soltanto nell'impossibilità o nell' insufficienza dei rimedi previsti dagli altri rami è concesso al legislatore ordinario di negativamente incidere, a fini sanzionatori, sui più importanti beni del privato» (Corte cost., 21 maggio 1987, n. 189).

[50] Kaufmann, *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht*, in *FS Henkel*, Berlin, 1974, 99.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

accadere che il conflitto sociale derivato dalla lesione dei beni sia risolvibile in forma efficace attraverso gli agenti immediatamente implicati in essa, *l'autore e la vittima* (la persona offesa), e in tal senso si comprendono le riforme basate sulla mediazione[51]. In assenza di tale possibilità si può ricorrere alle istanze di controllo sociale informale, dunque diverse dallo Stato: famiglia, scuola, associazioni, ecc. Il diritto penale è una delle istanze di controllo sociale formale, cioè in mano agli organi statali, ed è certamente quella che porta con sé maggiori costi, per cui ad essa si può ricorrere solo quando le altre istanze statali quali i mezzi di polizia amministrativa o le misure statali di assistenza sociale, il diritto civile, amministrativo, ecc., non risultano efficaci per la protezione dei beni giuridici[52], mentre si ha la certezza che lo sia il diritto penale (*principio di efficacia*[53]). Posizione che trova origine nella antica, più generale e analoga posizione sui fini del governo di Locke (1632-1704)[54], che limita la materia penale alla tutela delle proprietà (con ciò intendendosi anche vita e libertà) dei sudditi e quando sia indispensabile alla tutela della collettività. In questo contesto la più recente elaborazione sottolinea il concetto di *auto protezione della vittima*, nel senso che il diritto penale non può intervenire quando la vittima è in grado di difendersi solo che lo voglia[55], e oppone all'uso del diritto penale le *misure di prevenzione tecnica*[56] quali i controlli preventivi.

Si comprende, dunque, di norma l'inammissibilità dell'uso del diritto penale come *prima ratio*[57], ovvero quale strumento per dirigere

[51] V. Cocco, *La punibilità quarto elemento del reato*, Padova, 2017.

[52] Hörnle, *Subsidiarität als Begrenzungsprinzip-Selbstschutz*, in Hirsch, Seelmann, Wohlers (cur.), *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden, 2006 [*Subsidiaridad como principio limitador. Autoprotección*, in Hirsch, Seelmann, Wohlers, Robles Planas (cur.), *Límites al derecho penal*, Barcelona, 2012, 63]; Demuro, Ultima ratio, cit., 1656 s.

[53] Demuro, Ultima ratio, cit., 1660 s.

[54] *Second*, cit., II, 15, 171.

[55] Hörnle, *Subsidiarität*, loc. cit.

[56] Hefendhel, *Äpfel und Birnen oder Steine statt Steine. Die technische Prävention und das Strafrecht*, in Hirsch, Seelmann, Wohlers (cur.), *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden, 2006 [*Churras y merinas o más de lo mismo: la prevención técnica y el derecho penal*, in Hirsch, Seelmann, Wohlers, Robles Planas (cur.), *Límites al derecho penal*, cit., 63].

[57] V. Wohlers, *Strafrecht als ultima ratio-tragender Grundsatz eines rechtsstaatlichen Strafrechts oder Prinzip ohne eigenen Aussagegehalt?*, in Hirsch, Seelmann, Wohlers (cur.), *op. cit.*, 109. A tal proposito va anche considerata la affer-

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

e correggere lo sviluppo sociale, tipico delle legislazioni cd. *di lotta*, quali ad esempio in Italia e in Germania la lotta contro l'uso degli stupefacenti, in cui al diritto penale viene assegnata una funzione primaria autonoma.

Va, peraltro, evidenziato che i principi di *extrema ratio* e di sussidiarietà non possono mettersi sullo stesso piano[58], la sussidiarietà infatti ha un ruolo fondamentale ma comunque subordinato rispetto al primo, con cui è comunemente confusa, nel senso che la valutazione della efficacia degli altri strumenti di tutela va effettuato con riguardo a quei fatti illeciti che abbiano già superato il vaglio della *frammentarietà*, altrimenti potrebbero sanzionarsi penalmente fatti insignificanti solo perché si constati l'assenza di altri strumenti validi a prevenirli, il che oltretutto finirebbe per sminuire il ruolo del principio di frammentarietà e rendere inutile la stessa delineazione di un concetto materiale di reato.

Non è condivisibile, infine, l'assunto secondo cui il principio di sussidiarietà quale limite della punizione non vale per la comminatoria ma solo nella prospettiva interna e dunque per la applicazione della pena nel caso singolo[59], pur avendo un ruolo anche in questa

mazione (Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, Köln, 2004) che l'uso del diritto penale in materia economica può essere meno invasivo per le libertà dei soggetti interessati, poiché per evitare il suo intervento è sufficiente osservare la norma, rispetto ai sistemi preventivi i quali restringono necessariamente la libertà di tutti i partecipanti alla vita economica. Si tratta di osservazione fondata ma non idonea a inficiare il principio di *extrema ratio*, basato sui diritti di libertà dei cittadini, il quale al contrario ne risulta rafforzato, nel senso che certamente rispetta il principio l'uso del diritto penale quando, oltre a tutelare i beni giuridici e a offrire le maggiori garanzie che le sono proprie, evita la messa in campo di pervasivi sistemi preventivi tali da soffocare le libertà e, in particolare, quelle d'impresa, come nel caso dei reati della crisi d'impresa, che certamente sono rispettosi del principio di *ultima ratio*. Indubbiamente il principio di *ultima ratio* impone una valutazione complessiva di strumenti e soggetti coinvolti (Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit.), al fine di pesare gli effetti degli interventi sulle libertà delle persone coinvolte, e quando l'uso del diritto penale classico di evento dannoso offre maggiori spazi e garanzie per le libertà dei cittadini rispetto a soffocanti sistemi preventivi deve essere preferito proprio in ragione del principio di sussidiarietà, che vale ogni qual volta al diritto penale non possa anteporsi uno strumento meno invasivo delle libertà dei cittadini ed altrettanto efficace.

[58] *Contra*, sembra Roxin, *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*, in *RECPC*, 2013, 14.

[59] Nel senso criticato Seher, *¿Puede ser «subsidiario» el Derecho penal? Aporías de un principio jurídico 'indiscutido'*, in Hirsch, Seelmann, Wohlers, Robles Pla-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

ultima peraltro da bilanciare con il principio di certezza della pena. Il principio di sussidiarietà deve affermarsi, in primo luogo, proprio nella fase della previsione della norma penale in presenza di fatti pur meritevoli di sanzione penale per i quali comunque essa non sia necessaria. Diversamente da quanto si sostiene[60], il contenuto censorio, e non solo privativo di diritti, attribuito alla pena non impedisce comunque di effettuare un giudizio di necessità già nella fase della comminatoria penale e, quindi, escludere la pena per un fatto pur obiettivamente considerabile delitto secondo la concezione materiale se vi siano altri strumenti capaci di svolgere una adeguata funzione di prevenzione generale almeno pari a quella che potrebbe svolgere la previsione della pena. Infatti, il complesso istituto della pena è al servizio nel suo insieme, e dunque anche la funzione espressiva o comunicativa che lo caratterizza rispetto alle altre sanzioni[61], dello scopo generalpreventivo della comminatoria penale, cosicché in presenza di altri strumenti idonei a tale scopo il detto carattere espressivo non può impedire di fare a meno della previsione del reato. Solo una prospettiva meramente retributiva potrebbe impedire di riconoscere validità al principio di sussidiarietà in presenza di un delitto in senso materiale. Ciò può affermarsi anche quando si reputi necessario prevedere un reato, ma siano previste cause di non punibilità[62].

Il principio di sussidiarietà vale anche quando il ricorso alla pena non sia necessario perché il suo scopo è stato raggiunto con mezzi che non si possono ricondurre direttamente ai soggetti implicati nel conflitto o ai sistemi informali e formali di controllo sociale richiamati, come nel caso della cd. *pena naturale*, ovvero quando la condotta illecita causi gravi conseguenze all'autore, che paiono come un autentico male derivato dalla violazione della norma che di fatto annulla la violazione con l'effetto di assicurare la fiducia dei cittadini nella validità della norma senza che sia necessario ricorrere alla pena[63].

NAS (cur.), *op. cit.* [*Kann Strafrecht 'subsidiär' sein? Aporien eines 'unbestrittenen' Rechtsgrundsatzes*, in HIRSCH, SEELMANN, WOHLERS (cur.), *op. cit.*,], 143.

[60] SEHER, *¿Puede ser «subsidiario» el Derecho penal?*, cit., 143

[61] Per una sintesi in tema COCCO, *Storia e attualità*, cit., 32 ss.

[62] Ampiamente in tema COCCO, *La punibilità*, cit., *passim*, per la fondazione della non punibilità, in particolare quella sopravvenuta, sul principio di sussidiarietà esterna.

[63] JAKOBS, *Strafrecht*, *Allgemeiner Teil*, cit., 13; GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, cit., 342; COCCO, *La punibilità*, cit., *passim*.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

11. – (D) Gli scopi general-preventivi della pena non possono realizzarsi sacrificando beni essenziali della persona, cioè a spese dell'individuo, cui deve potersi muovere un rimprovero per la lesione dei beni giuridici in violazione della norma che la sanziona (*responsabilità personale colpevole*), principio che si ricava dal concetto di dignità dell'uomo e dal principio dello stato di diritto e della relativa idea di giustizia. Seppure sia chiaro che la prevenzione generale spietata degli stati totalitari può ben trarre profitto dal colpire persino l'incolpevole. L'assenza di colpevolezza opera quale primario sbarramento all'applicazione della pena, fintantoché in questa si riconosca anche un rimprovero etico-sociale nei confronti del fatto commesso[64]. In tal modo si soddisfa il divieto kantiano di trattare l'uomo come un mezzo[65], non nel senso di individuarvi il fondamento della pena (come nelle teorie retributive), bensì quale limite liberale insuperabile della reazione punitiva, giacché il sentimento di giustizia della comunità non può essere soddisfatto quando la applicazione della pena non corrisponde alla colpevolezza del responsabile[66], dunque nessuna pena senza colpevolezza. Non può del resto parlarsi di fallimento della prevenzione primaria quando un soggetto non sia in grado di motivarsi conformemente alla norma. Negano il principio le forme di responsabilità oggettiva previste anche nel codice Rocco e preoccupantemente riemergenti ogni qual volta anche nei tempi presenti si voglia risolvere un problema con lo strumento penale.

12. – (E) La pena deve essere proporzionata, il che richiede la comparazione di probabilità e rilevanza del danno ai beni giuridici con l'interesse dei cittadini alla libertà e a una corretta ripartizione dei carichi, nonché con lo sforzo degli organi dello Stato per la persecuzione del delitto, anche in assenza di strumenti di altra natura idonei a prevenire il danno. In tale ottica la pena – oltre ad essere idonea a conseguire le finalità di prevenzione generale e necessaria, cioè non sostituibile con altrettanto idoneo strumento, concetti che

[64] Frisch, *Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità*, in *RTDPC*, 3/4-2014, 166.

[65] Hoskins, *Deterrent Punishment and Respect for Persons*, in *Ohio State J. of C.L.*, 2011, 369.

[66] Mapelli Caffarena, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Cizur Menor (Navarra), 4ª ed., 2005, 62.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

abbiamo ascritto alla sussidiarietà[67] quale limite autonomo legato al valore della libertà – deve essere *adeguata* o *esigibile* ovvero *proporzionata in senso stretto* cioè deve essere accettabile in uno lo Stato di diritto[68], concetto legato al riconoscimento della dignità dell'uomo, che non può essere usato per finalità generalpreventive. Proporzionalità che postula un bilanciamento dei beni e degli interessi che con la pena debbono essere protetti, rispetto all'entità della lesione conseguente al suo utilizzo[69]. Il rilievo del principio è riconosciuto, al pari del principio di legalità, dall'art. 49 n. 3 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* (cd. *Carta di Nizza*) secondo cui «le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato», che rileva nell'ordinamento nazionale attraverso l'art. 117 co. 1° Cost.

(E.a) In primo luogo, dunque, le pene non debbono essere così severe da essere crudeli o inusuali (*cruel and unusual* nel linguaggio del *Bill of Rights*; *trattamenti contrari al senso di umanità ex* art. 27 co. 3° Cost.; *pene o trattamenti inumani e degradanti ex* art. 3 Cedu). Anche la giurisprudenza europea collega il divieto di pene «inumane e degradanti» al principio di proporzione[70].

Pacificamente vietata la tortura: l'art. 13 co. 4° Cost. è la sola disposizione costituzionale ad imporre una tutela penale: «è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizione di libertà», tuttavia nel nostro ordinamento non era previsto uno specifico delitto fino alla recente approvazione della legge n. 110/2017 di '*Introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*', che ha inserito nel codice penale, tra i delitti contro la libertà morale dell'individuo, gli artt. 613*bis* (*Tortura*) e 613*ter* (*Istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura*). Ma occorre ricordare più in generale – come diceva Beccaria – che una pena socialmente inutile è crudele, ed il principio va inteso nel senso che non solo è escluso l'uso della pena di morte e della tortura, ma anche delle sanzioni per l'appunto sproporzionate, già in astratto, rispetto al fatto (delitto in

[67] Cfr. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, v. I, cit., § 2 nm 41.

[68] Hassemer, *El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales*, in Von Hirsch, Seelmann, Wohlers, Robles Planas (cur.), *Límites al derecho penal*, Barcelona, 2012, [*Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe*, in Hirsch, Seelmann, Wohlers (cur.), *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden, 2006], 195.

[69] Dechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, München, 1989, 7 s.

[70] Cfr. Corte edu G.C., 9.7.2013, *Vinter v. Regno Unito*; Viganò, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *RTDPC*, 2/2017, 65.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

senso materiale) ed alla colpevolezza quand'anche le sole efficienti e non sostituibili con altre: prevedere una sanzione draconiana per prevenire i micro furti (ad es. di un frutto) nei supermercati e nelle campagne, quand'anche sia l'unico strumento efficiente disponibile, non è comunque accettabile, poiché produce un danno sociale (emarginazione, diseconomie, costi economici *stricto sensu*[71]) superiore all'utile. Altrettanto inaccettabile è sanzionare nello stesso modo delitti dolosi e colposi.

Una recente formulazione del principio di proporzione, che lo lega alla stessa idea di giustizia e di uguaglianza, ne individua tre elementi coessenziali: adeguatezza, necessità ed esigibilità, o proporzione in senso stretto, volti a porre un chiaro limite agli interventi del diritto penale[72]. Il primo – che evoca l'*adeguatezza* del mezzo per raggiungere lo scopo – esprime una moderna razionalità del diritto legata alla causalità empiricamente fondata, in altre parole l'avvertimento di una sanzione penale deve essere in grado di ridurre al minimo i comportamenti vietati sulla base di valutazioni non fondate su atti di fede ideologici ma su dati di realtà scientificamente considerati. La *necessità* esprime una moralità classica del diritto: tra una pluralità di mezzi adeguati al raggiungimento del fine deve essere scelto quello che costituisce il minor onere per la persona colpita. L'*esigibilità* del mezzo impiegato per raggiungere un determinato fine costituisce un ulteriore parametro che consente di verificare la proporzione o meno dell'intervento penale nel suo complessivo significato, ad esso si ascrivono il principio del *ne bis in idem* (non si può essere puniti due volte per lo stesso fatto), la misura della colpevolezza quale limite della pena e, più radicalmente, l'idea che vi possono interventi utili e persino miti a cui lo Stato deve comunque rinunciare, in particolare per rispettare la sfera intima della persona in cui non può entrare, ad esempio i colloqui intimi nella sfera privata, i diari, lo stesso uso della tortura per ottenere notizie decisive[73].

Il principio di proporzione riconosciuto, nella versione più ampia, quale principio costituzionale dalla giurisprudenza costituzionale tedesca in funzione di controllo dell'attività legislativa sembra assimi-

[71] Paliero, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *RIDPP*, 1990, 461 ss.

[72] Hassemer, *Perché punire è necessario*, cit., 153 s.; anche, per il ruolo del principio di uguaglianza, Pulitanò, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *RTDPC*, 2/2017, 49 s.

[73] Hassemer, *Perché punire è necessario*, cit., 160 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

labile al controllo di costituzionalità secondo il *principio di ragionevolezza* operato dalla nostra giurisprudenza costituzionale[74], controllo in ambedue i casi effettuato con notevole *self restraint*. In questa prospettiva, comunque, il principio di ragionevolezza/proporzione deve contribuire ad affinare l'utilizzazione del principio di offensività, componente essenziale del delitto in senso materiale, e non sostituirlo[75].

Occorre, infine, evidenziare che ai sensi della Cedu (art. 1, Prot. n. 1) il *principio di proporzione* vincoli anche qualsiasi forma di restrizione della proprietà privata da parte della pubblica autorità.

13. – (E.b) Di siffatto complesso discorso va sottolineata, in particolare, la necessità della adeguatezza della pena al fatto e alla colpevolezza quale limite alle finalità generalpreventive, espresso dalla tradizionale affermazione che ad un delitto più grave deve corrispondere una più severa pena e viceversa[76], pena che non è prevista e poi applicata e poi eseguita *legittimamente* nei casi in cui anche un leggero eccesso rispetto alla severità meritata promette di produrre una riduzione anche considerevole del crimine[77]. Un esempio di cattiva applicazione giurisprudenziale del principio è il tentativo – espandendo la nozione di dolo eventuale – di parificare il trattamento di ipotesi di omicidio colposo a quello doloso. Esempio di discutibile uso legislativo pare la riforma del cd. *omicidio stradale* che fallito il

[74] Tale concetto è ben enucleato da Corte cost., 6 luglio 1989, n. 409, la quale, distinguendolo dal principio di *extrema ratio* (o sussidiarietà), individua le violazioni del principio di proporzionalità (o razionalità rispetto ai valori) quando le incriminazioni, pur idonee a conseguire gli scopi preventivi, producano danni agli interessi individuali e sociali sproporzionatamente maggiori dei vantaggi perseguiti per la tutela dei beni giuridici.

[75] Problema posto da Manes, *Il principio di offensività in materia penale*, Torino, 2005, 137; e Donini, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *RTDPC*, 4-2013, 12.

[76] Gli illuministi [ma già Tommaso Moro (1478-1535)] sottolineano la necessità che la pena sia proporzionata al reato [Montesquieu (1689-1755), Federico II di Prussia (1712-1786), Eden (1745-1814), Franklin (1706-1790)]. In part. Beccaria ne evidenzia le ragioni general-preventive: oltre a minare il senso morale della differenza di gravità dei crimini, si elimina ogni incentivo dal trattenersi da quelli più gravi (XXIII) (riproposto ad es. da Mapelli Caffarena, *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., 60). Blackstone (*Commentaries on the Laws of England*, I-IV, Oxford, 1765-1769, IV, 1) quelle pragmatiche: la eccessiva severità può condurre alla disapplicazione delle pene da parte delle giurie popolari (nonché dei giudici togati, così Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., 689).

[77] Günther, *Responsabilità e pena*, cit., 95.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

detto tentativo, prevede sanzioni severe per le *nuove* figure di reato (art. 589 *bis*), pur qualificate come colpose, equiparabili a quelle relative a ipotesi dolose[78]. Non conforme anche l'ipotesi in cui un trattamento più severo sia legato a qualità personali del soggetto del tutto estranee al commesso reato[79].

In generale è fondamentale ricordare che «solo un ordinamento penale sentito come giusto nel suo insieme può portare la generalità dei destinatari a una obbedienza giuridica volontaria; se invece si avverte che beni primordiali sono già in astratto privi di tutela o di tutela adeguata, mentre altri beni di rango assai inferiore formano oggetto di una protezione oltranzista, allora l'intero sistema penale perde la sua capacità di orientamento e di guida, e si pervertisce, sino a diventare uno dei principali fattori criminogeni»[80]. Una pena sentita come ingiusta non funziona da deterrente[81].

Ciò vale, in primo luogo, per la pena prevista in astratto per ciascun reato (la c.d. *comminatoria edittale*). Contestabile, dunque, il pensiero di Feuerbach secondo cui la pena meritata è quella prevista dalla legge, la cui misura dipende dallo scopo di intimidazione, perché presenta il rischio di eccessi, che si constatano nel codice penale bavarese del 1813 sua opera, con la previsione di pene assai severe anche per reati di scarsa gravità, da cui non sembra distaccarsi von Liszt[82], pur in una prospettiva special-preventiva, quando afferma che «la pena corretta, cioè giusta, è la pena necessaria».

(E.c) Vale, inoltre, per quella applicata all'autore del singolo fatto di reato, nel momento della individualizzazione della pena, quando deve fissarsi la pena tra un minimo e un massimo. Non sono legittime le sanzioni che, perseguendo scopi di prevenzione generale siano superiori a quanto corrisponde alla gravità del fatto oggettivamente

[78] Pisa, *L'omicidio stradale nell'eclissi giurisprudenziale del dolo eventuale*, in *DPP*, 2016, f. 2, 145. Già in tal senso Corte cost., 5-24 maggio 1979, n. 26, che giudicò illegittimo l'identico trattamento di omicidio e tentato omicidio del superiore nell'art. 186 co. 1° c.p.m.p.

[79] Corte cost., 5-8 luglio 2010, n. 249, sull'illegittimità dell'aggravante *ex* art. 61 co. 11*bis* relativa a chi si trovi illegalmente sul territorio nazionale.

[80] Marinucci, *Politica criminale*, cit., 483.

[81] Lüderssen, *Abschaffen des Strafens?*, Frankfurt, 1995, 99 s.; Günther, *Responsabilità e pena*, cit., 96; Montada, *Moralische Entwicklung und moralische Sozialisation*, in Oerter, Montada (cur.), *Entwicklungpsychologie*, Weinheim, 4ª ed., 1998, 867.

[82] Von Liszt, *La teoria dello scopo*, cit., 46.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

e soggettivamente[83]. E vale anche con riferimento alle limitazioni alle libertà delle persone nel corso del procedimento penale: l'art. 275 co. 3° c.p.p. richiede che la custodia cautelare in carcere possa essere disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata.

In particolare, il *principio di proporzione* vale nei confronti della attribuzione alla recidiva di automatici effetti moltiplicatori della sanzione[84]. Sono evidenti oltretutto gli effetti criminogeni di siffatti meccanismi, esemplare l'attribuzione nel film *Blood Work* (Debito di sangue) 2002[85] alla legge del *Three strike out*[86] dell'attività pluriomicida di un *serial killer*.

Va rilevato che la Corte cost. italiana riconosce il *principio di proporzionalità* quale componente del *volto costituzionale* dell'illecito penale ricavandolo dai principi di *uguaglianza* e di *necessaria finalizzazione rieducativa della pena*[87], una sanzione eccessiva viola, dunque, congiuntamente gli artt. 3 co. 1° e 27 co. 3° Cost.

[83] Hassemer, *Generalprävention und Strafzumessung*, in Hassemer, Lüderssen, Naucke, *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt a.M., 1979, 29 ss.

[84] In tema Corte cost., 23 luglio 2015, n. 185, che li giudica illegittimi, non solo in applicazione – come nei casi di applicazione obbligatoria della custodia in carcere già esaminati – del principio *ex* art. 3 Cost. secondo cui gli automatismi sanzionatori, in quanto comprimono i diritti fondamentali della persona, debbono fondarsi su una attendibile *base statistica* che limiti drasticamente gli scarti tra la *ratio* che li giustifica e l'applicazione nei casi concreti, ma anche sulla base del principio di proporzionalità; cfr. anche Corte cost. n. 74/2016, che dichiara l'illegittimità cost. dell'art. 69 co. 4°, mod. dalla l. *ex* Cirielli, nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante *ex* art. 73 co. 7°, d.P.R. n. 309/1990 sulla recidiva reiterata *ex* art. 99 co. 4°; e Corte cost., 17 luglio 2017, n. 205, analogamente con riferimento alla circostanza attenuante *ex* art. 219 co. 3° l.f.

[85] Diretto e interpretato da Clint Eastwood.

[86] Su cui Cocco, *Storia e attualità*, cit., 26.

[87] V. Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313; 28 luglio 1993, n. 343; 22 luglio 1994, n. 341, che intervenne sulla sanzione minima edittale dell'oltraggio ritenuta eccessiva; 23 marzo 2012, n. 68; 15 novembre 2012, n. 251. Di particolare rilievo Corte cost., 10 novembre2016, n. 236 (Dolcini, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *RIDPP*, 2016, 1956; Insolera, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *IP*, 2016, 174; Manes, *Proporzione senza geometrie*, in *GiC*, 2016, 2105; Pulitanò, *La misura delle pene*, cit., 51) (conf. Corte cost., 13 luglio 2017, n. 179), sulla sanzione del reato di *alterazione di stato mediante false dichiarazioni o certificazioni*, la quale nega «legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Anche i retribuzionisti italiani (per tutti Giuseppe Bettiol) notano che la pena retributiva salva il diritto penale da ogni eccesso e garantisce i diritti fondamentali dell'uomo. Assume, dunque, un ruolo quale limite il cd. retribuzionismo *negativo* secondo cui la pena è giustificata solamente se meritata[88], il quale impedisce ad esempio la punizione intenzionale dell'innocente e la punizione eccessivamente severa del colpevole[89] – di cui, peraltro, abbiamo già evidenziato la disfunzionalità anche con la prevenzione generale – secondo la nota posizione di Kant, secondo cui la pena è meritata a causa del delitto commesso (e sotto il profilo della misura individua una equazione tra gravità del reato e severità della pena).

Questo limite è il punto di maggiore distacco delle posizioni liberali dalle *tesi pure della prevenzione generale negativa*: è chiaro che delle tendenze delinquenziali presenti nella società non può rispondere il singolo autore del reato, che altrimenti diverrebbe un *capro espiatorio*, il quale risponde unicamente del proprio comportamento.

(E.d) Poiché è diffusa in dottrina, come detto, la posizione che applica i principi della pena utile e di quella giusta distribuendoli nei diversi momenti, così: nella previsione legislativa il fine della pena è la prevenzione generale; nella applicazione/determinazione il fine di prevenzione generale è limitato dalla gravità del fatto e dalla colpevolezza; nella esecuzione, invece, divengono preponderanti i fini di risocializzazione (prevenzione speciale)[90]. Occorre ribadire che quanto osservato sui limiti posti dalla *pena giusta* vale, a nostro avviso, in primo luogo con riguardo alla pena edittale prevista dalla legge, che deve essere determinata e in misura proporzionata alla gravità del

ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni», ed evidenzia che «il principio di proporzionalità esige un'articolazione legale del sistema sanzionatorio che renda possibile l'adeguamento della pena alle effettive responsabilità personali, svolgendo una funzione di giustizia, e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statale, in armonia con il *volto costituzionale* del sistema penale».

[88] Dolinko, *Some Thoughts about Retributivism*, in *Ethics*, 1991, 539 s.

[89] V. per tutti Hart H.L.A., *Prolegomenon*; su cui Lacey, *State Punishment*, cit., 46 s.; Morison, *Hart's Excuses: Problems with a Compromise Theory of Punishment*, in Leith, Ingram (cur.), *The Jurisprudence of Orthodoxy*, London, 1988, 117; Primoratz, *Justifying Legal Punishment*, Atlantic Highlands (N.J.), 2ª ed., 1999, § 6.6.; Scheid, *Davis and the Unfair-Advantage Theory of Punishment: A Critique*, in *Phil. Topics*, 1990, 143.

[90] Per tutti v. Roxin, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York, 1973 (trad. sp. di Luzón Peña, *Problemas básicos de Derecho penal*, Madrid, 1976).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

fatto. Di conseguenza, è posto un fermo limite anche ai sostenitori della pena giudizialmente indeterminata per finalità di prevenzione speciale, i quali sostengono che solo i tecnici incaricati del trattamento (e non i giudici) possono stabilire la pena necessaria a tali fini, a cui consegue il risultato inaccettabile che le sanzioni per un fatto di minimo rilievo commesso da un soggetto molto pericoloso siano di misura più severa rispetto a quelle per un fatto molto grave commesso da un soggetto che non presenta rischi di recidiva. La più seria obiezione ad una *applicazione pura della prevenzione speciale positiva* è che le sue tesi risocializzanti e la conseguente durata indeterminata della pena concernono un diritto penale che non c'è, la prigione si caratterizza nei fatti per la sua organizzazione antipedagogica e stigmatizzante chi la subisce (e così vogliono in ultima analisi i teorici della funzione espressiva della pena). Gli strumenti risocializzanti sono sproporzionatamente deboli rispetto alla missione tanto complessa e ampia come quella di assicurare il reinserimento del delinquente nella società dopo l'esecuzione della pena[91].

14. – (F) Il principio di sussidiarietà cd. interno, secondo cui, poiché il diritto penale possiede diversi strumenti per raggiungere i suoi fini, al suo interno va stabilito un ordine di preferenza tra le diverse sanzioni e si può ricorrere a quelle più gravi solo quando le più lievi risultino inefficaci, in tal senso la pena detentiva è sussidiaria rispetto alla pena pecuniaria[92]. Principio che va di pari passo con il *principio del minimalismo*, che può appunto dirsi espressione del principio di *extrema ratio* da un punto di vista interno, cioè la pena meno severa deve essere preferita a quella più severa quando osserva i principi precedenti e sostanzialmente non avrà minori effetti preventivi per specifiche offese e specifici rei[93]. Un approccio liberale classico scolpito da Beccaria: «in generale il peso della pena e la conseguenza di un delitto dev'essere la più efficace per gli altri e la meno dura che sia possibile per chi la soffre, perché non si può chiamare legittima

[91] Mapelli Caffarena, *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., 53/54.

[92] Zipf, *Kriminalpolitik*, Karlsruhe, 2ª ed., 1980 (trad., *Politica criminale*, Milano, 1989), 53; Niggli, *Ultima Ratio? Über Rechtsgüter und das Verhältnis von Straf- und Zivilrecht bezüglich der sogenannt ‚subsidiären oder sekundären' Natur des Strafrechts*, in *SchwZStr*, 1993, 239.

[93] Bedau, Kelly, *Punishment*, cit.; Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., 325, 391; Prieto Sanchís, *Garantismo y derecho penal*, Madrid, 2011, 57; Silva Sánchez, *Aproximación*, cit., 243; Demuro, Ultima ratio, cit., 1661.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

società quella dove non sia principio infallibile che gli uomini si siano voluti assoggettare ai minori mali possibili» – riproposto sotto varie vesti nel pensiero penalistico contemporaneo, fino alle posizioni più radicali di Baratta.

(G) Le pene non possono essere imposte in modi che violano i diritti degli accusati e dei condannati, ovvero specificamente: le garanzie processuali (*due process of law*), a partire dalla presunzione di innocenza, e sostanziali, nonché il principio di uguaglianza davanti alla legge (*equal protection of the laws*). Quanto alle prime garanzie occorre sottolineare i pericoli della ricerca di un colpevole ad ogni costo per rassicurare la collettività sulla efficienza del sistema (ovvero per esigenze di prevenzione generale) o per esigenze di giustizia sostanziale (ovvero per scopi retributivi) fuori dalle regole procedurali, così come dei tentativi di *flessibilizzazione processuale* in nome della giustizia istituti sostanziali quali il nesso di causalità, sostituito da concetti quali l'aumento del rischio, e il dolo, esteso fino a ricomprendere situazioni evidentemente colpose[94].

Per il principio di eguaglianza, invece, in particolare è pericolosa la criminologia cd. attuariale dei vati della tolleranza zero, che utilizza i procedimenti tipici della matematica delle assicurazioni[95], in particolare classificando i soggetti in gruppi di popolazione definiti statisticamente in base ad un maggiore o minore tasso di pericolosità[96], legato a fattori che non hanno ad oggetto l'individuo ma la classe di soggetti pericolosi in cui è inserito, i quali si vogliono sottoposti a particolare sorveglianza e a interventi selettivi contenitivi o neutralizzanti a prescindere dal loro effettivo comportamento e da eventuali responsabilità[97]; quasi un ritorno alla *giustizia di censo* superata da oltre due secoli di tradizione giuridica liberale fondata sul principio di eguaglianza davanti alla legge quale strumento principale per contenere gli abusi del potere punitivo e sulla responsabilità per-

[94] Esemplare in negativo la sentenza del Tribunale di Torino sul caso Tyssen Krupp.

[95] Ewald, *Insurance and Risk*, in Burchell, Cordon, Miller (cur.), *The Foucault Effect. Studies in Governmentality*, London, 1991; Wacquant, *Les prisons de la misère, Raisons d'Agir*, Paris, 1999 [trad., *Parola d'ordine: tolleranza zero*, Milano, 2000]; Wilson, *Thinking About Crime*, New York, 1975 (riv. 1983).

[96] Ewald, *Insurance and Risk*, cit., 195.

[97] V. anche l'analisi di Mosconi, *La crisi postmoderna del diritto penale e i suoi effetti sull'istituzione penitenziaria*, in Curi, Palombarini (a cura di), *op. cit*., 369.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

sonale per il reato commesso[98]. Il principio di uguaglianza costituisce, poi, un antidoto al diritto penale del nemico.

14. – In conclusione, il complesso di limiti 'liberali' delineati esclude l'ammissibilità di un puro sistema di deterrenza, il quale mira semplicemente a dare ai potenziali rei ragioni prudenziali per osservare la legge; ma si tratta di un genere errato di ragioni perché, invece di indirizzarli come agenti responsabili con le ragioni che giustificano i precetti legislativi[99], li indirizza come esseri soltanto egoisti, con il linguaggio coercitivo della minaccia secondo la classica obiezione hegeliana[100]. L'introduzione dei detti limiti garantisce che la previsione della pena non minacci ma annunci come conseguenza della violazione della norma la pena, istituzione la quale si caratterizza come male[101]. Un sistema così congegnato può essere compatibile con il rispetto dei soggetti puniti, o avvertiti di pena, in quanto costituisce una specie di autodifesa della società[102], oppure perché offre agli interessati, sordi all'appello morale della legge, ragioni prudenziali che possono comprendere[103]. E, al di là dell'oscurità nelle sue implicazioni (malgrado i secolari e contrastanti sforzi dei filosofi) del divieto

[98] Santoro E., *Carcere e società liberale*, Torino, 1997; Castel, *From Dangerous to Risk*, in Burchell, Cordon, Miller (cur.), *The Foucault Effect. Studies in Governmentality*, London, 1991; Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit.

[99] V. Cocco, *Il fondamento*, cit., cap. I, § 3 s.,

[100] Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Roma, 1979 [*Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821)], 246; riproposto da Lewis, *The Humanitarian Theory of Punishment*, in *Res Judicatae*, 1953, rist. in Sellars, Hospers (cur.), *Readings in Ethical Theory*, New York, 2ª ed., 1970, 646; Morris H., *Persons and Punishment*, in *The Monist* 1968, 475; Von Hirsch, *Censure and Sanctions*, Oxford, 1993 (trad. sp., *Censurar y castigar*, Madrid, 1998), 9-14; von Hirsch, Ashworth (cur.), *Principled Sentencing*, Oxford, 2ª ed., 1998, § 1, 3.

[101] Neumann, *Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe*, in *FS Jakobs*, Köln, 2007, 438.

[102] Alexander, *The Doomsday Machine: Proportionality, Punishment and Prevention*, in *The Monist*, 1980, 199; Quinn, *The Right to Threaten and the Right to Punish*, Phil. & Public Affairs 1985, 327; Farrell, *The Justification of General Deterrence*, in *Phil. R.*, 1985, 367; Id., *Deterrence and the Just Distribution of Harm*, in *Social Phil. and Policy*, 1995, 220; Montague, *Punishment as Societal Defense*, Lanham, 1995; in Italia Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., 691.

[103] Baker, *Consequentialism, Punishment and Autonomy*, in Cragg (cur.), *Retributivism and its Critics*, Stuttgart, 1992, 149; inoltre Duff, *Punishment, Communication, and Community*, New York, 2001, § 1.3, 3.1-3.; Id., *Legal punishment*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (online), 2013.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

kantiano di usarsi reciprocamente «soltanto come mezzi», può escludersi che la sanzione dell'autore volontario di un delitto previsto dallo Stato di diritto ed accertato secondo le sue regole lo tratti soltanto come mezzo[104]. Infatti, chi volontariamente viola la legge penale perde almeno alcuni diritti comunemente riconosciuti ai cittadini e nei suoi confronti sono legittimi tipi di trattamento (ad es., riformativo o neutralizzatore) che normalmente costituiscono violazioni dei diritti[105].

Se non mancano critiche alla pena così considerata, a cui si ascrive di infettare il formalismo giuridico impedendo a priori di trattare in modo equivalente reati identici[106], occorre riconoscere che l'attribuzione alla pena di finalità generalpreventive limitate, ovvero che offre ai soggetti insensibili alle ragioni morali ragioni prudenziali di freno al crimine, costituisce la forma più plausibile di una sua giustificazione. Attraverso il sistema penale tutti vengono egualmente avvertiti che mettono a rischio i propri diritti se tengono intenzionalmente specifici tipi di condotta dannosa[107]. Resta dunque imprescindibile la prospettiva di prevenzione generale, che può anche definirsi *nuova*[108] nei termini in cui sia volta ad un ridimensionamento progressivo della materia penale e dell'uso del carcere per dare spazio ad altre forme di intervento che prevengano i comportamenti criminosi. In primo luogo, con l'intervento sulle cause socio-economiche e i processi culturali che determinano il diffondersi della criminalità[109] e, sul piano che direttamente ci interessa, con lo sviluppo di sanzioni diverse dalla detenzione, attingendo anche alle pene accessorie che possono essere ridefinite in pene principali, lavoro socialmente utile, detenzione di fine settimana. Inoltre, con l'applicazione di sanzioni

[104] Cfr. Walker, *Punishment, Danger and Stigma*, Oxford, 1980, 80 s.

[105] Goldman, *Toward a New Theory of Punishment*, in *Law and Phil.*, 1982, 57 ss.; Morris C., *Punishment and Loss of Moral Standing*, in *Canadian J. of Phil.*, 1991, 53 ss.; Wellman, *The Rights Forfeiture Theory of Punishment*, in *Ethics*, 2012, 371 ss.

[106] Cacciari, *Due passi all'inferno. Brevi note sul mito della pena*, in Curi, Palombarini (a cura di), *op. cit.*, 243, 248; Ross, *Colpa, responsabilità e pena*, cit., 223 ss.

[107] Hart H.L.A., *Prolegomenon*, cit.

[108] Mosconi, *La crisi postmoderna*, cit., 369; Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit.; Baratta, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di Tarello*, Milano, II, 1990, 19; Id., *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Bologna, 1982; Silva Sánchez, *Aproximación*, cit., *passim*.

[109] *Amplius* Mosconi, *La crisi postmoderna*, cit., 370

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

alternative già in sede di cognizione: pena pecuniaria, sanzioni interdittive e detenzione domiciliare[110]. Infine, con lo sviluppo di istituti che valorizzino la riparazione del danno e la tutela degli interessi materiali della vittima, nonché dove ammissibile (non certo, ad esempio, in materia di violenza sessuale) e utile ai fini preventivi con la mediazione per la soluzione dei conflitti impliciti a varie forme di criminalità.

[110] Bartoli, *Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena, carcere (appunti 'sistematici' per una riforma 'mirata' del sistema sanzionatorio)*, in *RIDPP*, 2013, 739 s.; Menghini, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo*, Torino, 2008, 263.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Enzo Colarullo

L'interpretazione costituzionale della legge: il metodo e alcuni esempi dalla giurisprudenza

Sommario: 1. Due metodi interpretativi a confronto. – 2. Il metodo linguistico-letterale e quello storicistico-interdisciplinare. – 3. Pressoché inevitabile l'interpretazione della Costituzione con il secondo procedimento, sia nel contesto in cui è stata approvata, sia per quelli che si sono succeduti. – 4. Anche l'interpretazione delle norme successive risente dell'evoluzione del significato delle norme costituzionali allorché si renda evidente una loro nuova valenza. – 5. Due esempi: l'interpretazione delle norme penalistiche poste a tutela del buon costume e gli sviluppi più attuali della protezione dalla pornografia. – 6. L'interpretazione recente dell'istituto della famiglia. – 7. Conclusioni.

1. *Due metodi intrepretativi a confronto*. – Ferme restando le premesse di base che il nostro ordinamento costituzionale pone in relazione al rapporto fra le fonti del diritto, questa indagine s'interroga su quale sia il metodo il più possibile esaustivo, ed attendibile, per interpretare la costituzione e le leggi in generale nonché la costituzionalità delle seconde alla luce della prima.

È opinione corrente negli ambienti accademici, giudiziari e dei patrocinatori legali, che la legge sia interpretabile secondo la capacità o la volontà di chi è chiamato ad utilizzarla. E cioè che entro i limiti in cui il testo lo consenta, senza cioè arrivare a formulazioni di fantasia, il significato del testo possa essere traslato nelle direzioni più diverse (anche assai divergenti), ed in particolare quelle che più interessano o convincano l'interprete o l'applicatore.

Anzi spesso questo viene ritenuto essere il ruolo dell'operatore, la misura delle sue capacità professionali.

All'origine di questa grave deviazione metodologica e mancato rispetto del significato del principio di legalità, c'è, non solo una malintesa propensione utilitaristica o protagonistica, ma anche una convinzione ch'è frutto dell'adozione di un metodo interpretativo antico, tradizionale, consolidato nel tempo. Si può definire tale metodo, quale quello dell'*interpretazione letterale della norma.* Sia la tradizione ro-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

manistica che quella ottocentesca hanno affermato che il significato della legge sta in quello che in essa v'è scritto. Da qui è derivata la grande esperienza linguistica e semantica dei più grandi giuristi: tutti grandi filologi. Nonostante l'apparenza di obiettività di tale presupposto, quello che non veniva mai detto ma che appariva facilmente comprensibile è che le tesi interpretative, i risultati a cui giungevano le loro dissertazioni, erano assai spesso viziati da tesi preconcette. Essi cioè tendevano a raggiungere uno scopo, un risultato, a dimostrare un'idea, un convincimento preesistente e presupposto. Pertanto le loro non risultavano essere interpretazioni della legge, tentativi cioè di cogliere il significato del testo, bensì sforzi di volgere il testo ad un significato soggettivamente voluto. È conseguenza di ciò che il significato della norma giuridica, qualsiasi esso fosse, ne risultasse svilito, portatore cioè di una certezza dubbia, a patto di non aderire alla tesi preconcetta, fatto questo che poteva infondere nel lettore o destinatario un altrettanto fallace sicurezza.

Il punto debole di questo metodo interpretativo, ancora assai largamente in uso a tutti i livelli degli ambienti che si occupano del diritto, sta proprio nella premessa e intenzione. È cioè la domanda che esso si pone che risulta essere fuorviante e sbagliata: «che cosa vuol dire quella norma contenuta in quel testo scritto?». Potrebbe apparire assai plausibile e corretto questo interrogativo, comunque rispettoso della volontà della legge, un tentativo realmente obiettivo. In realtà non è niente di tutto ciò.

A partire dai primi anni '70 si è fatto avanti un altro metodo interpretativo, dapprima incerto e isolato, spesso viziato da pesanti intenzioni manipolative, poi sempre più adottato, anche se non ancora in misura prevalente, comunque ancor oggi utilizzato in modo approssimativo, superficiale o pretestuoso, comunque non più ostracizzato. È quello che potremmo definire come: storicistico-interdisciplinare. I suoi precursori, almeno nell'ambito costituzionale e pubblicistico sono stati Paolo Barile, Enzo Cheli, Giuliano Amato, Sabino Cassese, Alberto Predieri, Donatello Serrani, Antonio Ruggeri (per citare solo i precursori)[1]. È la prospettiva di partenza che cambia,

[1] Fra i primi scritti che adottano il metodo storicistico interdisciplinare: P. Barile, *Le libertà nella Costituzione*, Padova, 1972. E. Cheli, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, 1968, S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, G. Amato, *Economia, politica e istituzioni in Italia*, Bologna, 1976, D. Serrani, *Lo stato finanziatore*, Milano, 1971, A. Predieri, *ll decreto*

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

l'interrogativo posto a premessa. Non ci si chiede più cosa c'è scritto in quella norma, bensì «cosa abbia voluto significare il legislatore approvando quel testo». Lungi dal volere essere un'interpretazione arbitraria è viceversa questo, il tentativo (per chi lo utilizza in modo non pretestuoso) di rendere più obiettiva possibile l'interpretazione della legge. Allontanandosi cioè da una presunta interpretazione asettica di ciò che si legge nello scritto ed interrogandosi sulle vere e più profonde intenzioni dell'autore del testo si cerca di dare autenticità a quelle parole un significato vero a quella disposizione. In questo caso dunque l'interrogativo che si pone alla base del processo interpretativo, non è quale sia il significato del testo, ma quale sia stata la volontà dell'estensore e deliberatore definitivo di quelle disposizioni. Il cambiamento di prospettiva è evidente dal momento che il testo scritto esce dalla sua impersonale oggettivazione per assumere una valenza profondamente soggettiva, non quella dell'interprete però, bensì quella dell'autore autentico. Il legislatore o il soggetto produttore della norma è un organo più comunemente direttamente rappresentativo di un corpo politico (parlamento, governo, regioni), talaltra lo è indirettamente come nel caso di fonti di secondo o terzo grado quali gli organi amministrativi a cui viene conferita una potestà normativa subordinata. In ogni caso il soggetto fonte della disposizione è un entità giuridica determinata e determinabile, dunque collocabile storicamente in un contesto di tempo e di spazio che ne influenzano l'operato. È un soggetto vivente nel momento della sua produzione normativa, sia che questo sia recente o lontano. E come qualsiasi essere vivente le sue determinazioni sono il frutto di una serie di influenze e fattori circostanziali che ne hanno indotto l'azione e l'esito susseguente.

2. *Il metodo storicistico-interdisciplinare*. – È evidente che per comprendere una legislazione di riforma è opportuno rifarsi alla legislazione precedente che viene modificata per meglio individuare il senso delle novità introdotte. O meglio ancora cogliere il significato della volontà rinnovatrice del legislatore successivo rispetto a quello precedente. È perfino possibile risalire più indietro ricostruendo l'evoluzione che ha subito quell'istituto giuridico, almeno fino a quando

legge fra Governo e Parlamento, Milano, 1975, A. Ruggeri, *Il Consiglio dei Ministri nella Costituzione italiana*, Milano, 1981.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

le relazioni fra il passato e il presente assumono un effettivo significato. Anche in questo caso però viene indagata l'intenzione dei diversi legislatori, gli effetti che hanno voluto perseguire con le norme successive e non le semplici interazioni fra i diversi testi.

Quando si opera in un ambito di soggettività umana, i fattori che influiscono sul risultato del suo operare e che dunque contribuiscono a darne il significato e valore, sono innumerevoli. Nel nostro caso anzitutto quelli politici. Tutti gli organi prima citati quali fonti di produzione hanno una loro dimensione politica, sia immediata e diretta perché eletti o perché a loro volta nominati o istituiti da quelli elettivi. Ad ogni conto sono tutti espressione di un orientamento politico che ne permea le azioni e le intenzioni.

Ma questo non è il solo fattore d'influenza, un altro è quello costituito dalle circostanze economiche più ravvicinate o più risalenti rispetto ad un momento storico, comunque determinanti. Il contesto di benessere economico o di ristrettezza, l'intenzione redistributiva o costrittiva, lo stato economico di gruppi o categorie, sono spesso alla base delle decisioni giuridiche e spesso ne costituiscono il motivo principale.

Un terzo elemento è quello delle condizioni sociali della società. Le diverse spinte che provengono dai suoi molteplici strati, le loro particolari composizioni, evoluzioni o involuzioni, influiscono fortemente sui soggetti che vi si trovano coinvolti o che tentano di determinarne vantaggi o svantaggi.

Ma il fattore forse maggiormente determinante anche perché tiene legati tutti gli altri e li arricchisce di innumerevoli ulteriori significati è quello culturale. A sua volta la cultura nei suoi molteplici aspetti ha la valenza di determinare il pensiero e le sue mutazioni. Generazioni di persone e i singoli in esse, risentono dei mutamenti culturali di cui sono partecipi e talvolta protagonisti. Le religioni, il loro rifiuto, le correnti letterarie, l'arte nelle sue innumerevoli varianti, la musica e i costumi sono altrettanti potenti veicoli degli esiti del pensiero e delle sue ricadute pratiche, quindi anche del diritto.

La conseguenza dell'intendere il diritto quale il risultato di tutti questi influssi, il portato in parte consapevole perché teso ad influire su taluni di essi, in parte invece inconsapevole perché semplicemente ne è espressione, è che il suo interprete deve essere il più possibile a conoscenza di ognuna di queste circostanze. Non può cioè non essere informato sugli avvenimenti politici che hanno indotto una determinata legislazione, la maggioranza politica che l'ha voluta, gli

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

obiettivi che essa si proponeva. Così anche le condizioni economiche e sociali della società del periodo, i fatti che si sono verificati, le prospettive che si intendevano perseguire. Deve conoscere gli innumerevoli aspetti della cultura più recente e di quella che permeava la società nel momento in cui veniva introdotta la legislazione più antica.

Non si tratta di diventare o chiedere agli altri di diventare studiosi esperti di ciascuno di questi settori, bensì solo conoscitori delle migliori conclusioni a cui è giunta la dottrina nei vari campi, acquisire le risultanze consolidate. Deve essere un bagaglio culturale interdisciplinare necessario e sufficiente ad inquadrare quel fenomeno culturale che sta in mezzo agli altri, che è la produzione normativa. Gli interpreti del diritto e chi è chiamato ad applicarlo sono operatori intellettuali che agiscono in una materia intellettuale, si devono dunque dotare degli strumenti sufficienti per esercitare al meglio la loro professionalità.

È evidente comunque che un'interpretazione delle norme giuridiche siffatta non costituisce garanzia di perfezione od esattezza e neppure di assoluta obiettività. Tutte le interpretazioni, così quelle politologiche, storiche, economiche, sociologiche, dell'arte e del costume, sono soggette a parzialità, limitazioni soggettive, errori. Comunque il loro sommarsi, il coglierne i nessi unificanti, lo sforzo di comprensione ed approfondimento che comportano, se non viziati da intenzioni manipolatorie, rappresentano la migliore ed unica garanzia per perseguire quegli obiettivi di esattezza ed attendibilità che devono essere alla base dell'azione di qualsiasi operatore del diritto.

3. *Pressoché inevitabile l'interpretazione della Costituzione con tale metodo, sia nel contesto in cui è stata approvata, sia per quelli che si sono succeduti.* – La nostra Costituzione, ancor più delle altre leggi, richiede un metodo interpretativo storicistico-interdisciplinare. Le disposizioni costituzionali sono destinate a durare nel tempo, spesso sono state concepite per adattarsi ai cambiamenti che si sarebbero verificati nella società, per questo la loro revisione è stata configurata in modo tale da non essere né agevole né veloce, così da distinguerla consistentemente da quella delle leggi ordinarie. Gli esempi sono innumerevoli: La garanzia e lo sviluppo della persona (artt. 2 e 3 Cost.) in relazione ai diritti dei lavoratori, alla famiglia, all'abolizione dei manicomi, all'assistenza sanitaria; la libertà di manifestazione del pensiero e comunicazione (artt. 21 e 15 Cost.) in relazione ai nuovi media, all'obiezione di coscienza, all'evoluzione del costume; la forma

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

di governo (gli articoli che coniugano i poteri del governo, del parlamento e del presidente della repubblica) in relazione all'evoluzione della rappresentanza politica (leggi elettorali e forma dei partiti). Questo solo per fare alcuni esempi.

Le diverse interpretazioni e attuazioni che queste norme hanno avuto nel corso dei decenni, segnalano come la legge costituzionale abbia resistito al trascorrere del tempo perché ha consentito di essere adattata alle trasformazioni che di volta in volta si sono verificate nella società e nelle sue istituzioni. Non si è trattato tanto di un'interpretazione giuridica evolutiva si è trattato piuttosto di un più ampio e complesso riconoscimento dei nuovi dati reali emergenti dalla società (tramite un'acquisizione interdisciplinare) che sono stati posti in relazione col dettato normativo risalente e verificato se la volontà del legislatore assumeva ancora valore e significato nelle mutate situazioni tali da disciplinarle in modo aggiornato.

4. *Anche l'interpretazione delle norme successive risente dell'evoluzione del significato delle norme costituzionali allorché si renda necessaria una loro nuova valenza*. – Lo stesso è accaduto per talune leggi e spesso ciò è stato possibile da un'interpretazione attualizzata delle norme costituzionali. Si è così verificata una feconda influenza reciproca fra una norma ordinaria che necessitava di una riforma esplicita che però non arrivava e una norma costituzionale che indicava la direzione a cui far tendere quella norma, ma che richiedeva a sua volta un'interpretazione aggiornata. La norma costituzionale, per le caratteristiche che le sono proprie, ha così reso più semplice se non addirittura possibile una nuova valenza spesso assolutamente necessaria della norma di legge. È evidente però come sia sempre preferibile un aggiornamento esplicito e ponderato delle normative sia costituzionali che ordinarie tramite la loro riforma, piuttosto che una loro interpretazione attualizzata.

5. *Due esempi: l'interpretazione delle norme penalistiche poste a tutela del buon costume e gli sviluppi più attuali della protezione dalla pornografia e l'interpretazione recente dell'istituto della famiglia*. – È noto che le basi giuridiche della tutela del buon costume sono state poste nel 1930 del Codice penale Rocco. Gli articoli 527, 528 e 529 di quel testo fondano ancor oggi le premesse giuridiche della repressione e in alcuni casi censura (allorché consentita dall'art 21 ultimo comma della Costituzione e prevista da specifiche leggi attuative, es.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

cinematografia) degli atti, spettacoli e pubblicazioni oscene. La loro interpretazione e applicazione è però profondamente mutata nel tempo fino ad una recente evoluzione normativa, quella sulla pedopornografia che sembra averne mutato profondamente il significato.

Sin dal suo albore quella normativa aveva posto gravi incertezze sul suo significato e sulla sua applicazione. Dubbi che non si erano sciolti dopo l'entrata in vigore della Costituzione del 1948 ma che si erano ancor di più accentuati nei decenni successivi. Anzitutto era lo stesso termine "osceno" posto ad oggetto dei reati (art. 527 e 528) così come svolto e spiegato nell' art. 529 (atti e oggetti osceni: nozione) ad avere creato quelle perplessità. Se i due articoli relativi agli atti e alla produzione-diffusione di oggetti e pubblicazioni si riferiscono al solo concetto di osceno (questa è l'unica parola usata dal codice) fanno intendere che la violazione abbia un contenuto sessuale: l'osceno è qualcosa che oltrepassa un limite attinente ai comportamenti sessuali. Almeno è con questo significato che la parola "osceno" veniva e viene largamente utilizzata nel linguaggio italiano. Ma è proprio l'art. 529 che dovrebbe spiegare di cosa si tratti riferendosi all' oscenità, a creare le maggiori perplessità. Anzitutto tale dispositivo svolge il concetto di osceno come una violazione del "comune sentimento del pudore". Si abbandona dunque un'accezione strettamente a sfondo sessuale per introdurne un'altra, più ampia, che ricomprende una morale intesa come "pudore" e cioè comportamento rispettoso della discrezione e del senso di opportunità. Ma, oltre a ciò, il rimando al comune sentimento del pudore riferisce il confine fra liceità ed illiceità ad un generale o prevalente modo di percepirlo. Oltre dunque ad un ampliamento del portato sostanziale della norma da morale sessuale a morale *tout court* si opera un rimando ad un fattore-circostanza meta giuridico (l'opinione corrente) che, di per sé risulta sfuggevole e in quanto tale rimessa ad una valutazione alquanto soggettiva dell'interprete. Se in questo si può cogliere anche un'intenzione positiva del legislatore di adeguare per via interpretativa il portato di quelle norme ai mutamenti che inevitabilmente si sarebbero verificati nella società nel corso del tempo, rimane comunque il fatto che il parametro del comune-generale-prevalente sentimento rende questo adeguamento regressivo, cioè attardato alla mera registrazione di ciò che è sicuramente già consolidato.

Ma l'art. 529 pone altre due incertezze interpretative: le esimenti del caso che si tratti di opere aventi carattere artistico o scientifico. Cioè quegli oggetti o spettacoli osceni che in una comune circostanza

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

sarebbero da considerarsi osceni, non lo sono se costituiscono opera d'arte o oggetto di comunicazione scientifica. Se nel secondo caso è di maggior facile individuazione l'ambito di applicazione della dirimente (comunque non sempre se la questione si è posta per la comunicazione aventi ad aggetto pratiche anticoncezionali ed abortive, per il rapporto Kinsey sulle abitudini sessuali degli americani e su una filmografia apparentemente divulgativa, ma di assai dubbia scientificità) appare di difficilissima applicazione per l'individuazione della valenza artistica.

Se per i decenni del fascismo l'applicazione di queste norme è stata dettata da rigorosi pregiudizi di natura culturale, ideologica, politica e religiosa, si pensi alla difesa della razza, all'esclusività della famiglia religiosamente consacrata, all'incentivazione della procreazione, al disprezzo per l'omosessualità e di una doppia moralità pubblico-privata (per cui si conferiva la licenza per case di appuntamenti ma se ne vietava la pubblicità nei giornali, oppure si puniva l'adulterio ma in modo differenziato fra i coniugi, consentendolo per i maschi se praticato con discrezione, oppure si usava in pubblico un turpiloquio giustificato dalle consuetudini militar-cameratesche), negli anni successivi si sono registrati notevoli sbandamenti sia da parte della dottrina che della giurisprudenza.

I più eminenti studiosi penalisti si sono caratterizzati per sorprendenti ondeggiamenti fra l'affermazione dell'ovvio e la tautologia delle proposizioni. Così: «è un'opera d'arte e come tale non può considerarsi oscena» (E.F. Carabba 1958) «l'opera d'arte o di scienza non è mai oscena mentre l'opera pornografica non è mai arte» (D. Pulitanò 1970). Oppure paradossali «non si tratta di opera d'arte quando spinga all'eccitamento erotico» mentre «si può ricomprendere nell'area tutelata tutto ciò che appare ispirato unicamente allo scopo intrinseco di realizzare il mondo dell'immaginazione» (Nuvolone 1971). Come se la fantasia erotica non fosse essa stessa immaginazione, a meno di non voler considerare l'eccitazione quale l'effetto penalmente rilevante. Oppure ancora: il comune sentimento del pudore quale: «il sentimento dell'uomo normale psichicamente ed eticamente maturo» (E. Morselli, 1970).

Dovevano intervenire dottrine non giuridiche, forse in termini più divulgativi rispetto ai più antichi Freud e Jung, a spiegare che l'immaginazione viene sollecitata anche dall'eccitazione erotica e che questa possa essere il frutto della stessa immaginazione. (W. Pasini 1971 e F. Alberoni 1988); ma forse la tesi più attendibile risultava quella

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

di E.F. Carabba (1970) che sosteneva «sono osceni quelli atti di natura sessuale che non è abitudine della grande maggioranza del popolo compiere in pubblico […] e che è oggetto osceno quello che rappresenta aspetti della vita sessuale che abitualmente non si mostra in pubblico».

Da questa incertezza interpretativa scaturiva una fantasiosa applicazione giurisprudenziale. Così quando si distinguevano due differenti linee di confine fra il bacio (rigorosamente eterosessuale) scambiato in pubblico: quello destinato al saluto se effettuato nelle stazioni ferroviarie o marittime dunque non osceno e quello valutato nella sua intensità e profondità quindi eventualmente osceno. Oppure anche quando si giudicava il romanzo Justine di De Sade (per la prima volta pubblicato in Italia): «volgare, disgustoso, intessuto di fatti sado-erotici, ma proprio perché totalmente privo di valore artistico e per il suo linguaggio dilettantesco e per la sua monotona volgarità, non suscettibile di offendere il comune sentimento del pudore» (Tribunale Rimini 1969).

Più in generale la giurisprudenza ai suoi diversi livelli è apparsa per tutti gli anni '50 e '60 appiattita sui dettami morali dalle gerarchie cattoliche. Le quali attivavano diversi e in innumerevoli canali per trasmetterli. Dalle riviste e i quotidiani direttamente o indirettamente ispirati che mettevano all'indice questo o quell'altro film o romanzo (ad es. Pasolini e Moravia), alle chiese e parrocchie che esponevano liste dei film non ammessi alla visione, ai canali televisivi RAI che adottavano rigorose regole di autolimitazione verbale e di immagini. Ne scaturiva quello che risultava essere il prevalente orientamento culturale della popolazione italiana.

Alla fine degli anni '60 e all'inizio dei '70 si verificano significativi mutamenti nell'opinione pubblica. Sono i movimenti studenteschi, nuovi gruppi politici, nuovi gruppi musicali, una moda più disinibita (ad es. Mary Quant), una filmografia più audace (ad es. Antonioni), un'arte nuovamente rivoluzionaria (ad es. Andy Warhol) che in Italia ma anche in tutto il mondo cambiano i canoni cultuali alla base dei costumi. Una forte ricaduta si ha nel mondo dei media con la proliferazione di nuove riviste, quotidiani, radio e televisioni (di proprietà privata e spesso gestite da giovani) con una copertura territoriale di ambito locale.

Anche gli interpreti delle norme ed in primo luogo i giudici non potevano non registrare queste trasformazioni consistenti ed evidenti della società.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

L'Associazione magistrati nel 1973 nella sua Assemblea nazionale si pronuncia a favore di una nuova interpretazione ed applicazione delle norme penalistiche. Prospetta di «superare la visione paternalistica che giudica un uomo eternamente bambino che deve essere guidato per adottare una concezione più ottimistica che riconosca all'uomo il diritto di decidere sulla propria virtù e di discernere sulla sua propria strada». È una svolta radicale, il reato viene disapplicato per le persone adulte (maggiorenni) e questo tramite una semplice interpretazione. Ad esse viene riconosciuta la libertà e il diritto di comunicare e di accogliere ogni tipo di comunicazione, anche quelle dichiaratamente pornografiche, solo che siano rese consapevoli di quale tipo di contenuti si tratti e li accettino liberamente. Diverso è il caso per i minorenni. Secondo l'Associazione magistrati il reato di comunicazione in violazione del buon costume continua a sussistere solo per essi. Questa parte della popolazione deve continuare ad essere protetta nella sua fragilità, portata ad una compiuta ed equilibrata formazione psicologica e sessuale. Questo compito continua a dover essere svolto anche dallo Stato con gli strumenti della prevenzione (censura lì dove è consentita e sussiste) e repressione giudiziaria.

Con qualche anno di ritardo ed in maniera timida anche la Corte costituzionale si adegua progressivamente a questa linea. Inizia nel 1971 con una prima sentenza (n. 49) sulla propaganda anticoncezionale dichiarando incostituzionale l'art. 553 del codice (incitamento a pratiche contro la procreazione) penale perché in contrasto con l'art. 21 Cost., pur ritenendo comunque detta propaganda soggetta ai limiti delle pubblicazioni e spettacoli osceni. Il che vuol dire non è di per se oscena, ma potrebbe anche esserlo. A questa sentenza ne succede un'altra l'anno successivo (la n. 93 del 1972) avente ad oggetto la diffusione di materiale osceno da parte degli edicolanti. La Corte sostiene che tale reato non sussista per i rivenditori in quanto non spetta a loro valutare la natura oscena o meno degli scritti ed immagini contenuti nelle pubblicazioni affidategli per la vendita. Non può essere affidata agli edicolanti una funzione censoria, fermo restante il loro libero giudizio soggettivo e la loro libertà personale di non volerle vendere.

Questo primo approssimarsi ad una apertura alla libertà soggettiva di acquisire informazioni sui metodi anticoncezionali considerate non violatrici del buon costume e di vendere pubblicazioni in ipotesi anche oscene (perché non ancora sottoposte a sequestro) segna una tendenza che avrà pieno spiegamento nel 1992 (con la sentenza

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

n. 27). Viene giudicato legittimo costituzionalmente il reato di commercio di materiale osceno (528 c.p.) «valutato però non nella sua potenziale contrarietà al comune sentimento del pudore, bensì nel contesto in cui quegli atti od oggetti sono compiuti o esposti». Per cui non può considerarsi offensivo il comportamento di un rivenditore di cassette preregistrate, fra cui una parte anche di carattere dichiaratamente pornografico, che ha riservato la visione e la vendita di queste ultime ai soli adulti in locali con accesso controllato.

La ripartizione della fattispecie dei reati di produzione e diffusione di materiale osceno e di comunicazione oscena fra soggetti adulti (lecita) e soggetti minori (illecita) risulta così compiuta.

Per molti anni (dalla metà dei '70 alla fine di '90) questa sistemazione interpretativa veniva riconosciuta ed adottata generalmente sia a livello giudiziario che non. La situazione però sfuggiva al controllo con l'avvento e la diffusione anche fra i minori della comunicazione via internet. Il dilagare della comunicazione pornografica in rete non trovava contromisure a protezione dei minori, se non quelle "non risolutive" del controllo genitoriale tramite programmi di limitazione all'accesso da parte dei bambini.

Questo fenomeno comunque veniva tollerato in ragione della difficoltà di perseguire i soggetti operatori nella rete e la scelta di non costituire un sistema di censura generalizzata sulla rete.

Alla fine degli anni '90 però e soprattutto a partire dal 1998 la sistematizzazione interpretativa ed applicativa adottata fino a quel momento veniva sostanzialmente rimessa in discussione. Con la legge n. 269 del 1998 veniva riformato l'art. 600 del codice penale (riduzione in schiavitù) aggiungendovi due commi: 600 ter e quater a tutela dei minori. Era stata la scoperta di un consistente scambio in rete di immagini pornografiche aventi come soggetti minori (cd. pedopornografiche) e la conseguente repressine giudiziaria a motivare la riforma legislativa. Il vecchio art. 600 non prevedeva un'ipotesi specifica di riduzione in schiavitù dei minori e tantomeno una fattispecie di sfruttamento tramite la produzione e la diffusione di loro immagini in rete. Il nuovo art. 600 estende il reato di riduzione in schiavitù anche nei confronti di chi usa minori come soggetti di immagini pedopornografiche. Penalizza poi l'utilizzo di queste immagini distinguendo le quattro ipotesi di commercio, diffusione, cessione e detenzione. Il commercio consiste nella vendita, la diffusione nella esposizione ad un pubblico indistinto o indistinguibile, la cessione nel passaggio o scambio fra due o più soggetti, la detenzione nel solo pos-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

sesso senza cessione. Ad ognuna di queste previsioni consegue una pena diversa: massima per il commercio e via via più ridotta fino a quella minima per la detenzione.

Se è evidente l'intenzione del legislatore di tutelare i minori dallo sfruttamento sessuale del loro corpo nel caso della produzione di immagini pedopornografiche, più difficile è individuare la ratio della differenziazione fra le quattro fattispecie ulteriori.

L'interrogativo da porsi è quale sia il bene protetto perché, a seconda di qual'è la risposta, cambia la ricaduta in termini di applicazione della norma. Si può ritenere (così come alcuni commentatori) che il commercio venga pesantemente penalizzato per la particolare ripugnanza delle ragioni utilitaristiche che vi stanno alla base, mentre la diffusione, la cessione e la detenzione pur nella loro gravità, si distinguono in quanto coinvolgono un numero sempre minori di soggetti: massimo e per ipotesi illimitato nella diffusione in rete, più ridotto nella cessione, limitato al solo detentore nel possesso.

In ognuno di questi casi, l'intenzione del legislatore di proteggere i minori dallo sfruttamento da parte dei pedofili nella diversa gravità dei loro comportamenti risulta evidente, ma questa risulta indeterminata, rimane sullo sfondo, non emergendo realmente come la vera e principale ratio delle norme.

Se invece si pone al centro della motivazione del legislatore proprio questa finalità, ponendo dunque questa legislazione in continuità con l'ormai pluridecennale interpretazione ed applicazione delle norme poste a tutela del buon costume, si conseguono conclusioni diverse. Se dunque l'esclusivo bene protetto è il minore si capisce come la consistente e medesima pena per chi produce e vende le immagini pedopornografiche è motivata dalla reciproca influenza che hanno il commercio e la produzione, per cui l'uno non sussisterebbe senza l'altro. Mentre le diverse sanzioni per la diffusione, cessione e detenzione sussisterebbero in quanto anch'esse inducono la produzione, ma si distinguono in quanto il minore inteso questa volta come eventuale spettatore solo eventualmente verrebbe coinvolto. Infatti la protezione del bambino deve essere intesa non solo come forzato protagonista delle immagini ma anche come possibile fruitore. Presupposto che l'adolescente può subire squilibranti effetti psico-fisici nel considerare come accettabili e da emulare le scene pedopornografiche che può visionare, il divieto e la repressione della loro esposizione ai minori si pone in evidente continuità con la loro protezione nei confronti della pornografia (sesso fra adulti), anzi ne accentua la

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

gravità e sanzionabiltà. Pertanto la diffusione di questo tipo di immagini via intenet in quanto potenzialmente visibili anche ai minori, spiega la maggiore pena comminabile per la duplice lesione del bene protetto (bambino attore e bambino spettatore), rispetto a quella (minore) comminabile a chi di quelle immagini fa solo cessione. Infatti la cessione allorché avvenga (e così sia accertato) fra soli adulti comporta la sola lesione dell'induzione alla produzione e quindi lo sfruttamento del minore. La conseguenza però di una tale interpretazione sarebbe che nell'ipotesi di cessione di immagini pedopornografiche in cui risultino coinvolti anche minori la pena da applicare non sarebbe quella ridotta per la fattispecie cessione, bensì quella più grave prevista per la diffusione, ma questo appare non facilmente compatibile con la lettera della norma.

Che quella di porre le norme sulla pedopornografia esclusivamente a tutela del minore non sia stata l'intenzione del legislatore ma a questa si sia sovrapposta quella di impedire la visione di tali immagini ai maggiorenni è dimostrato dal fatto che qualche anno dopo e precisamente nel 2006 con la legge n. 38 si è aggiunto un ulteriore comma all'art. 600 (il *quater*) che si riferisce alle immagini pedopornografiche virtuali.

Vengono definite come rappresentazioni virtuali quelle immagini che sono realizzate al computer «utilizzando immagini di minori degli anni 18 o parti di esse». In questo caso le pene già previste per la produzione, diffusione, cessione e detenzione di immagini "reali" sono le stesse e solo diminuite di un terzo. Da questa definizione risulta evidente che l'elaborazione virtuale è equiparata (pur con la diminuzione della sanzione) alla produzione reale. Viene dunque vietato il prodotto in quanto tale e non l'utilizzo del minore e dunque la sua protezione, dal momento che l'uso dell'immagine reale al fine della sua elaborazione virtuale può riferirsi a minori o a parti del loro corpo del tutto non coinvolti in situazioni pornografiche. Oltre a ciò non si prende minimamente in considerazione una differenziazione fra la situazione del coinvolgimento del minore come spettatore (l'unica che andrebbe perseguita secondo chi scrive) con quella in cui gli spettatori sono solo maggiorenni. Questa visione che ripropone (dopo decenni in cui era stata abbandonata) anche i maggiorenni come oggetto di tutela da parte dello Stato, arriva alle estreme ed esplicite conseguenze quando nel secondo comma dello stesso articolo si chiarisce che: «per immagini virtuali si intendono immagini realizzate con tecniche di elaborazione grafica non associate in tutto o in parte a

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

situazioni reali, la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali». Nella imprecisione concettuale della norma che può anche risultare in contrasto col comma precedente, risulta evidente la sottolineatura di voler perseguire la produzione e l'utilizzo di immagini pedopornografiche anche del tutto virtuali (non associate a situazioni reali) in cui il minore vero non sia il protagonista né in parte né del tutto.

Se allora la ratio della più recente riforma vieta la produzione di immagini pedopornografiche completamente virtuali e la loro visione anche nel caso ciò riguardi le sole persone maggiorenni, o si considera operata per via legislativa una revisione dell'interpretazione e applicazione che negli ultimi decenni era stata data alle norme costituzionali poste a tutela del buon costume, oppure sono da considerarsi incostituzionali le modifiche realizzate all'art. 600 del cod. penale, per la parte in cui non distinguono fra maggiorenni e minorenni e non pongono la tutela esclusivamente a protezione dei minori intesi come soggetti ridotti in schiavitù o come soggetti spettatori.

6. *L'interpretazione recente dell'istituto della famiglia*. – Un altro esempio assai significativo di come l'applicazione di norme di legge possa mutare a seguito di un'aggiornata interpretazione delle norme costituzionali pur nel rispetto del principio-valore in essa contenuto, è quello fornito dalla recente giurisprudenza della Corte di cassazione (I sezione civile del 10 febbraio 2017 n 11.504) avente ad oggetto i coniugi separati o divorziati. In costanza di un'immutata normativa costituzionale sulla famiglia (artt. 2, 3 e 29 Cost.) e così pure della normativa civilistica: art. 5 della legge n. 898 del 1970 (istitutiva del divorzio) la loro interpretazione e applicazione a distanza di 47 anni, muta radicalmente. Se nei tre articoli citati la Costituzione aveva garantito i diritti e l'eguaglianza delle persone nelle formazioni sociali (fra cui la famiglia) e gli obblighi di solidarietà economica che ne derivano, con l'introduzione della legge sul divorzio tali diritti e doveri erano stati estesi anche ai coniugi separati e a quelli divorziati. Si era cioè inteso che quei valori costituzionali comportassero l'obbligo per il separato o l'ex coniuge con disponibilità economiche di mantenere (separazione) e sostenere (divorzio) la parte più debole. Così almeno era stato interpretato l'art. 5 della legge n 898. In realtà quell'articolo dispone solo l'obbligo per «il coniuge divorziato con disponibilità economiche di versare un assegno all'altro che non ha mezzi adeguati e non possa procurarseli». Tale disposizione era stata interpre-

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

tata in modo estensivo ritenendo che l'ex coniuge più ricco dovesse mantenere l'altro nelle stesse condizioni precedenti sia la separazione che il divorzio e che la formazione di nuove famiglie non influisse di per sé sullo status economico dei coniugi, senza che peraltro sussistesse per quello sostentato un obbligo di ricerca di un'occupazione. (La Cassazione Civile ancora nel 2006 nella sentenza n. 24056 ha affermato che sia nella situazione di separazione tra coniugi che di divorzio: «Il diritto all'assegno di divorzio non può essere automaticamente negato per il fatto che il suo titolare abbia instaurato una convivenza more uxorio con altra persona»).

Questo *favor* non è mai stato messo in discussione da una giurisprudenza costante, fino a quando gli effetti di una crisi economica prolungata (dai primi anni 2000), l'evidente impoverimento a cui erano stati ridotti in genere gli ex coniugi maschi ed anche il venir meno di un atteggiamento culturale di favore per la parte femminile, hanno fatto mutare quelle premesse. La Legge del 20 maggio 2016, n. 76 istitutiva delle unioni civili ha poi definitivamente indebolito la concezione di una prevalenza e persistenza della famiglia fondata sul matrimonio anche a fronte di mutamenti intervenuti quali la separazione e il divorzio. È così che si è potuta inverare la sentenza del 2017 in cui si afferma che «con lo scioglimento del matrimonio […] il rapporto matrimoniale si estingue definitivamente […] per cui da quel momento i coniugi devono considerarsi persone singole». Con questa affermazione si annulla del tutto la prevalenza-persistenza della famiglia matrimoniale rispetto al suo scioglimento e/o sostituzione con una non fondata sul matrimonio. La conseguenza, nel caso affrontato dalla Corte, è che l'obbligo di mantenimento viene meno non solo quando muta la situazione patrimoniale degli ex coniugi, ma addirittura allorquando il coniuge supportato non ricerchi un'autonoma forma di sostentamento. Ne sono seguite numerose altre sentenze che hanno portato ancor oltre gli esiti di questa nuova impostazione. Così la sentenza sempre della Cassazione del giugno 2017 n. 15481 che ha considerato fra i motivi che giustificano l'esonero dall'obbligo della corresponsione dell'assegno divorzile la sopraggiunta indipendenza o autosufficienza dell'ex coniuge (anche a seguito del formarsi di nuove situazioni di convivenza, come precisato dall'ordinanza n, 4016 del 2019). Oppure il tribunale di Como, I sez. civ., che il 24 maggio ha limitato ad un ulteriore anno (dopo di che sarebbe cessata) la prosecuzione dell'assegno di mantenimento al fine di consentire la sola ricerca di un'occupazione da parte del ex moglie.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

7. *Conclusioni*. – Potrebbe sembrare questo delle due vicende giurisprudenziali esaminate l'esito di un'interpretazione evolutiva, cioè adeguata al mutamento della cultura, del convincimento generale, dei costumi, dello spirito della società. In realtà anche se di questo si tratta, c'è molto di più. Perché per enucleare il contenuto dei cambiamenti, per individuarne i parametri bisogna effettuare quella operazione ricostruttiva interdisciplinare di tutti quei fattori economici, politici e culturali che li hanno indotti. Si tratta di ricostruirli, esaminarli, discernerne il significato più proprio ed infine giungere alle conclusioni di quali siano i fattori che rendono attendibile e addirittura indispensabile la nuova interpretazione. Quello che qualifica allora questo percorso non è tanto il fatto che comporta un ammodernamento e adeguamento dell'applicazione delle norme, quanto la rigorosità opera di ricostruzione storicistica e interdisciplinare che lo caratterizza. Senza un'attenta e scientifica indagine così condotta l'interpretazione adeguatrice si ridurrebbe ad essere una pretestuosa e variamente motivabile interpretazione strumentale.

Le fonti di riferimento essenziali sono indicate alla nota 1. Per chi avvertisse la necessità di ulteriori specifici ragguagli, ritenendo una dissertazione scientifica fungibile con una tesi di laurea:

per il paragrafo 3 si veda:

G. Zagrebelsky, *Giustizia costituzionale,* Bologna 2012; G. Tarello, *L'interpretazione della legge,* Milano 1980; P. Perlingeri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*; Napoli, 2006; G. Pitruzzella, F. Teresi, G. Verde, *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Torino 2000. *Questioni di legittimità costituzionale* in Forum dei Quaderni costituzionali, 25 luglio 2016, Milano 1980.

per il paragrafo 5 si veda:

B. Romano, *Repressione della pedofilia e tutela del minore sessualmente sfruttato nella legge del 269 del 1998*, in *DFP*, 1998, 1544; A. Cadoppi, *Commento all'art. 1 Legge pedofilia,* in A. Cadoppi, a cura di, *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, II ed.; A. Peccioli, *Lotta contro lo sfruttamento sessuale di minori e la pedopornografia (commento alla l. 6 febbraio 2006 n. 38)*, in *DPP*, 2006, 941; L. Stilo, *Un nuovo intervento dell'Unione europea contro la pornografia infantile*, in *Il Nuovo diritto*, 2004, 2-3, 1, 4-13, Padova 1999, 431; G. Umani Ronchi, G. Bolino, L. Bonaccorso, *La tutela penalistica dei minori contro la violenza e lo sfruttamento sessuale (legge 66/96 e 269/98)*, in *RIML*, 1999; M. Troglia, *Lotta contro l'abuso, lo sfruttamento sessuale dei*

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

minori e la pornografia minori/e: alcune riflessioni sulla direttiva 2011/93/UE del Parlamento e del Consiglio del 13 dicembre 2011, in *CP*, 2012, 5, 1906-1918; 8. Giors, *L'impegno dell'Unione Europea contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minori/e*, in *Minorigiustizia*, 2012, 2, 217-223. Per il profilo virtuale del reato: A. Manna, F. Resta, *l delitti in tema di pedopornografia, alla luce della legge 38/2006. Una tutela virtuale?*, in *DI*, 3, 2006, 221-232; T. Padovani, *Dieci anni di lotta alla pornografia minori/e tra realtà virtuale e zone d'ombra*, in *GO*, 2009, 1, 12.

per il paragrafo 6 si veda:

Per la visione tradizionale: V.M. Caferra, *L'assegno di mantenimento nel giudizio di separazione dei coniugi*, 1977; G. Provera, *Degli alimenti*, Bologna-Roma, *Comm. cod. civ.,* a cura di Scialoja e Branca, 1972. Per un'interpretazione aggiornata: G. Cassano e G. Oberto, *La famiglia in crisi*, Milano, 2016; B. Filippis e M. Pisapia, *Mantenimento per il coniuge e per i figli nella separazione e nel divorzio*, Milano, 2017; B. De Filippis, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Milano, 2016.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Paoloefisio Corrias

L'assicurabilità dei fatti pregressi nelle assicurazioni della responsabilità civile

Sommario: 1. Premessa. – 2. Rischio e sinistro nell'assicurazione contro i danni. – 3. Rischio e sinistro nell'assicurazione della responsabilità civile nelle (diverse) impostazioni delle Sezioni Unite. – 4. Richiesta di risarcimento del terzo e copertura di fatti pregressi. - 4.1. Le possibili tipologie di danno nell'assicurazione della responsabilità civile. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*. – Una delle questioni più delicate e controverse sollevate dalla apposizione ad un contratto di assicurazione della responsabilità civile di una clausola *claims made*[1], riguarda la compatibilità di questa – quale che sia la tipologia prescelta e inserita nel contratto[2] – con la norma di cui all'art. 1895 c.c. In proposito ci si è do-

[1] Sul tema la letteratura è sconfinata. In aggiunta agli autori che verranno richiamati successivamente, ci si può limitare per il momento a menzionare M. Mazzola, *La copertura assicurativa su base* claims made*: origine, circolazione del modello e sviluppi normativi*, in *Eur. dir. priv*., 2017, p. 1012 ss.; A. Candian, *La giurisprudenza e le clausole* claims made, in *Riv. dir. civ*., 2018, p. 685 ss.; nonché le tre recenti monografie di G. Rossi, *Le clausole* claims made: *dalla valutazione della giurisprudenza alla logica del mercato assicurativo*, Padova, 2018, S. Bosa, *Istanze sociali e logiche di mercato nel modello assicurativo* claims made, Torino, 2019 e T. Febbrajo, *Clausole* claims made *e controllo di meritevolezza*, Napoli, 2019.

[2] Ci si può limitare in questa sede a ricordare la distinzione tra *claims made* pure ed impure, pur nella consapevolezza che sono riscontrabili diverse variabili e diverse articolazioni di questo schema biunivoco di base. Le *claims made* pure prevedono una garanzia estesa alle richieste di risarcimento presentate dall'assicurato per la prima volta durante il periodo di efficacia del contratto mentre le impure, definite anche spurie o miste, comprendono nella copertura le sole ipotesi nelle quali tanto le richieste di risarcimento, quanto i fatti illeciti alle quali esse si riferiscono si sono verificati nel corso del contratto. Tra le numerose possibili combinazioni va ricordata l'ipotesi nella quale alla clausola pura si accompagni un patto di ultrattività, in virtù del quale sono incuse nella copertura anche le richieste di risarcimento che pervengono successivamente al periodo di durata del contratto. In questo caso la garanzia, pur avendo come punto di riferimento per la determinazione temporale le richieste di risarcimento e non i fatti illeciti, copre non solo quelle ricevute durante la vigenza

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

mandati se la previsione pattizia di un fatto antecedente alla conclusione del contratto, quale presupposto della operatività della garanzia assicurativa, sia compatibile con la sussistenza di una situazione reale di rischio e, quindi, con la validità del contratto. Si tratta, in termini più semplici, del noto problema della assicurabilità dei fatti pregressi, ossia dei fatti illeciti dell'assicurato, già compiuti al momento della stipulazione del contratto, ma con riguardo ai quali, in tale momento, non è stata ancora formulata da parte del terzo danneggiato la richiesta di risarcimento.

Per impostare correttamente la questione occorre preventivamente mettere a fuoco i concetti, incerti ed in ordine ai quali sono state manifestate notevoli dissonanze[3], di sinistro e rischio nella assicurazione della responsabilità civile.

2. *Rischio e sinistro nell'assicurazione contro i danni*. – Prendendo le mosse dal paradigma generale della assicurazione contro i danni per poi arrivare alla assicurazione di responsabilità civile, che di quella costituisce una particolare manifestazione, rileviamo che il sinistro, nel comune linguaggio assicurativo, assume un significato anfibologico, potendosi con esso indicare tanto l'evento idoneo a produrre il danno quanto la fattispecie dannosa completa, costituita dall'evento e dalla manifestazione delle sue conseguenze nella sfera patrimoniale dell'assicurato[4]. È intuitivo che in caso di contemporaneità tra i due

del contratto, ma anche quelle pervenute in un periodo successivo concordato dalle parti. Altra combinazione non infrequente è quella costituita da una clausola (impura) prevedente che tanto le richieste di risarcimento da parte dei terzi danneggiati quanto i fatti illeciti debbano pervenire nel periodo di vigenza del contratto, la quale però è munita di un effetto retroattivo in ordine ai fatti pregressi. Conseguentemente l'oggetto della garanzia atterrà non solo alle richieste di risarcimento relative ai fatti illeciti verificatisi durante la vigenza del contratto, ma anche a quelle relative a fatti illeciti verificatisi nel precedente periodo, concordato dalle parti. Sul punto v., tra gli altri, recentemente, M. Campobasso, *Le clausole* claims made*: nella giurispudenza e nella legge Gelli-Bianco*, in *Diritto alla salute e contratto di assicurazione*, a cura di Corrias, Piras e Racugno, Napoli, 2019, p. 56 s.

[3] Cfr. A. Donati, *Trattato di diritto delle assicurazioni private*, III, Milano, 1956, p. 333 ss., spec. p. 349 s.; M. Rotondi, *Considerazioni sui concetti di rischio e sinistro nella assicurazione di responsabilità civile*, in *Ass.*, 1960, p. 331 ss., spec. p. 337; G. Fanelli, *Le assicurazioni*, nel *Trattato* Cicu-Messineo, XXXVI, 1, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 65 ss. e 111 ss.; G. Scalfi, *I contratti di assicurazione. L'assicurazione danni*, Torino, 1991, p. 222; ampiamente, G. Volpe Putzolu, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992, p. 61 ss.

[4] Lo rileva G. Volpe Putzolu, *Le assicurazioni*, cit., p. 67.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

momenti della dinamica causale (evento produttivo e fattispecie compiuta)[5], siffatta differenza terminologica risulta priva di rilevanza pratica[6], mentre nelle ipotesi in cui il fatto che genera il danno e la manifestazione dello stesso in capo all'assicurato non siano contestuali, occorre tenere ben distinti gli stessi[7].

Rendendosi, quindi, necessario individuare il significato strettamente giuridico di sinistro – ossia quello risultante dalle strutture normative del sistema – reputiamo che indicazioni molto chiare siano ricavabili soprattutto, anche se non esclusivamente, dagli artt. 1882, 1913 e 1914, comma 4, c.c. nel senso che tale vocabolo indichi il fatto idoneo a provocare il danno e non la fattispecie dannosa completa.

L'art. 1882 c.c. nel fissare il presupposto dell'obbligo dell'assicuratore di rivalere l'assicurato scinde i due momenti, richiamando il «*danno prodotto da un sinistro*» e non il sinistro *tout-court*, al quale, invece, il legislatore avrebbe presumibilmente fatto riferimento se avesse inteso ricomprendere nel sinistro anche le conseguenze negative dell'evento dannoso: in quest'ultima ipotesi, la formulazione della norma avrebbe potuto essere «*l'assicuratore si obbliga a rivalere l'assicurato in caso di sinistro*»[8].

[5] Tale duplicità di momenti della dinamica causale è riscontrabile, come è noto, anche nel meccanismo della responsabilità aquiliana di cui all'art. 2043 c.c., nel cui ambito il fatto doloso o colposo dell'agente e il danno da esso cagionato non sono necessariamente contestuali, potendo anzi tra essi intercorrere un lasso di tempo anche molto lungo (cc.dd. danni lungolatenti). Non v'è dubbio, del resto, che la fattispecie dalla quale deriva la nascita dell'obbligo risarcitorio in capo al danneggiante, si considera perfezionata unicamente nel momento in cui il danno si manifesta al soggetto danneggiato, in quanto l'evento-danno è elemento costitutivo della stessa. Il punto è pacifico, comunque cfr., tra i tanti, C.M. Bianca, *Diritto civile*, 7, *Le garanzie reali e la prescrizione*, Milano, 2012, p. 557; P. Vitucci, *La prescrizione (Artt. 2934-2940)*, nel *Cod. civ. comm.*, diretto da Schlesinger, Milano, 1990, p. 107.

[6] Si pensi alle assicurazioni contro i danni derivanti dal furto. Al momento della sottrazione (sinistro) si verifica anche il danno per l'assicurato (perdita della cosa assicurata); quindi il sinistro descrive concettualmente sia il fatto dannoso che il danno da esso provocato.

[7] Con riguardo ai danni da incendio, può ad esempio rilevarsi che tra il divampare anche graduale delle fiamme (sinistro) e il deterioramento del bene causato dal propagarsi delle stesse (danno) può intercorrere un lasso di tempo (più o meno breve), nel corso del quale si può incidere non solo sul *quantum* ma anche sull'*an* del danno, mediante gli interventi in salvataggio da parte sia dell'assicurato che dell'assicuratore.

[8] Ulteriori indicazioni in tal senso sono ricavabili dall'art. 514, comma 1, c. nav. che, a proposito del rischio c.d. putativo, distingue l'ipotesi nella quale «*il rischio*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Soprattutto però depongono, a nostro avviso, risolutivamente in tale direzione le disposizioni relative agli obblighi di avviso e salvataggio. Il legislatore, infatti, ha previsto che l'assicurato debba avvisare l'assicuratore del sinistro (art. 1913 c.c.) e che questi, una volta avvisato, possa intervenire per «*il salvataggio delle cose assicurate*» (art. 1914, comma 4, c.c.); salvataggio che significa «*fare quanto è possibile per evitare o diminuire il danno*» (art. 1914, comma 1, c.c.). Se, dunque, a fronte di un sinistro già verificatosi e di cui è stato dato avviso, il danno è suscettibile di essere non solo diminuito ma financo evitato grazie all'intervento (non solo dell'assicurato ma anche) dell'assicuratore, emerge con chiarezza che, allo stato, nel linguaggio legislativo, il sinistro indica unicamente il fatto suscettibile di provocare il danno e non anche le conseguenze che da esso derivano o possono derivare all'assicurato[9].

Su queste basi si può passare alla nozione di rischio assicurativo[10], rilevando che essa indica la possibilità di conseguenze negative derivanti da un evento o, ancora meglio, l'incertezza sulle conseguenze negative dello stesso. In questo senso depone l'intera disciplina dell'assicurazione contro i danni, connotata anzitutto dal principio indennitario. In tale modello, infatti, l'inesistenza del rischio, prevista in termini generali dall'art. 1895 c.c. viene specificata dall'art. 1904 c.c., il quale dispone la nullità del contratto se nel momento in cui l'assicurazione deve avere inizio, manca un interesse dell'assicurato al risarcimento del danno. È bene osservare che la legge non fa riferimento all'«*interesse al sinistro*» ma, appunto, all'«*interesse al risarcimento del danno*». Di qui la constatazione che il rischio equivale all'interesse al risarcimento del danno, il quale è evidentemente da reputare mancante solo quando, al momento della stipulazione, il danno

non è mai esistito o ha cessato di esistere» da quella in cui «*il sinistro è avvenuto prima della conclusione del contratto*» e dall'art. 1908, comma 1, c.c. che sembra distinguere il tempo del sinistro dal successivo accertamento del danno.

[9] Così, tra le altre, Cass., 7 novembre 1991, n. 11877, in *Dir. econ. ass.*, 1992, p. 961 s., secondo cui «nelle assicurazioni contro i danni, l'obbligazione dell'assicuratore di pagare l'indennità pattuita presuppone il verificarsi di due fatti: l'evento generatore del danno, o *sinistro* in senso stretto, secondo il lessico legislativo degli artt. 1882, 1905 e 1914 c.c.; e la lesione dell'interesse coperto dall'assicurazione o *danno* prodotto dal sinistro» (corsivi originali).

[10] In ordine al quale, recentemente, M. Mazzola, *Sul concetto di interesse nel contratto di assicurazione: inquadramento teorico e profili applicativi*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 1200 ss., spec. p. 1202 s.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

non è oggettivamente suscettibile di verificarsi, in quanto si è già verificato o mancano le condizioni perché possa verificarsi in futuro.

Corollario di questo ragionamento è che il rischio va ritenuto ancora sussistente qualora si siano verificati i fatti generatori ma non le conseguenze dannose che da essi possono derivare. Poiché, infatti, il rischio è costituito dal sinistro (*id est*: dall'evento dannoso) e dal danno da questo prodotto, unicamente quando entrambi i momenti si sono manifestati, può escludersi la situazione di incertezza e, quindi, lo stesso rischio. Depone del resto in tal senso, sul piano dello stretto diritto positivo, quanto appena rilevato con riguardo all'obbligo di salvataggio: se dopo la manifestazione del sinistro l'assicuratore, utilmente avvisato, ha la facoltà di incidere sulle conseguenze negative del medesimo persino evitando, come riconosce espressamente la legge, l'insorgenza delle stesse, ne consegue che la situazione di incertezza e, quindi, l'interesse al risarcimento deve reputarsi ancora sussistente nel periodo intercorrente tra l'accadimento dell'evento dannoso e la manifestazione del danno.

3. *Rischio e rischio nelle assicurazioni della responsabilità civile nelle (diverse) impostazioni delle Sezioni Unite*. – Passando alla assicurazione della responsabilità civile, appare, dunque, in linea con i principi appena ricordati, la conclusione alla quale sono giunte le Sezioni Unite con la sentenza n. 9140/2016, in punto di assicurabilità dei fatti pregressi secondo cui la stipulazione di un contratto di assicurazione avente ad oggetto sinistri già verificati, ma dei quali le conseguenze dannose siano ancora incerte per l'assicurato, è del tutto compatibile con gli artt. 1895 e 1904 c.c.[11]. Tenendo contro delle posizioni diametralmente opposte espresse, in epoca immediatamente precedente da due sentenze quasi contestuali della terza Sezione della Suprema Corte[12], le Sezioni Unite hanno operato sul punto una precisa scelta di campo, statuendo che affinché il rischio si intenda verificato occorre «la manifestazione del danneggiato a esercitare il diritto al risarcimento» e che, quindi, «la clausola claims made con garanzia pre-

[11] Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Banca, borsa, tit. cred*., 2016, II, p. 650 (nn. 8.1. e 9).

[12] Si tratta di Cass., 17 febbraio 2014, n. 3622 e 13 marzo 2014, n. 5791, annotate insieme da N. De Luca, *Act committed, loss occurrence e* claims made *nelle assicurazioni dei rischi professionali. Anche la Cassazione è giudice monocratico?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, II, p. 712 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

gressa (ossia relativa a fatti già verificatisi prima dell'operatività della polizza) è lecita perché afferisce ad un solo elemento del rischio garantito, la condotta colposa posta già in essere, e peraltro ignorata, restando invece impregiudicata l'alea dell'avveramento progressivo degli altri elementi costitutivi dell'impoverimento patrimoniale del danneggiante-assicurato, quale la richiesta del danneggiato»[13]. Secondo tale impostazione le parti hanno, dunque, la facoltà di assicurare i fatti illeciti dell'assicurato accaduti prima della stipulazione in quanto essi non sono ancora idonei a determinare l'impoverimento patrimoniale del danneggiante-assicurato: permanendo l'incertezza sui danni, deve ritenersi ancora sussistente il rischio e, quindi, la possibilità di stipulare un valido contratto di assicurazione.

In questa ipotesi, precisa altrettanto condivisibilmente la Suprema Corte, qualora l'assicurato, al momento della stipulazione, alteri la descrizione delle circostanze relative ai fatti illeciti accaduti prima della stipulazione od ometta anche in parte di riferire sulle stesse, diverrà operativa la tutela prevista nei confronti delle dichiarazioni inesatte e reticenti, con conseguente possibilità per l'impresa di reagire con i rimedi previsti dagli artt. 1892 e 1893 c.c.[14].

In tale contesto argomentativo la pronuncia si è anche espressa sul concetto di sinistro, rilevando che «nell'ambito della assicurazione della responsabilità civile il sinistro, delle cui conseguenze patrimoniali l'assicurato intende traslare il rischio sul garante, è collegato non solo alla condotta dell'assicurato danneggiante, ma altresì alla richiesta risarcitoria avanzata dal danneggiato, essendo sin troppo ovvio che ove al comportamento lesivo non faccia seguito alcuna domanda di ristoro, nessun diritto all'indennizzo – e specularmente nessun obbligo di manleva – insorgeranno a favore e a carico dei soggetti del rapporto assicurativo»[15].

A fronte di tale chiara presa di posizione, è intervenuta l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite del 19 gennaio 2018, n. 1465[16], che pur limitandosi, apparentemente, a segnalare la necessità di af-

[13] Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit., p. 650 (n. 9).

[14] Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit., p. 650 (n. 9). Sul punto e segnatamente, sul rilievo e sulla consistenza degli obblighi informativi dell'assicurato v. ampiamente Facci, *Le* claims made, *le* deeming clause *ed i fatti noti*, in *Riv. it. med. leg.*, 2019, p. 14 ss.

[15] Cass., Sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit., p. 652 (n. 14).

[16] Che può leggersi in *Foro it.*, 2018, I, 1, p. 452 ss., con nota di Palmieri.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

frontare alcuni problemi rimasti irrisolti, ha in realtà sollevato l'esigenza di sottoporre a revisione la questione di fondo relativa alla individuazione del rischio e del sinistro nell'assicurazione della responsabilità civile manifestando, in proposito, un dissenso, neppure tanto velato, rispetto alla linea argomentativa seguita delle Sezioni Unite[17]. Mentre, infatti, l'ordinanza nega recisamente che la richiesta di risarcimento possa essere considerata il «*sinistro*», considerando che «…nessuno oserebbe negare che l'assicurato si impoverisce non quando paga, ma quando nel suo patrimonio sorge l'obbligazione risarcitoria»[18], la sentenza n. 9140/2016, come si è rilevato, ha espresso l'idea opposta secondo cui il sinistro è collegato non solo alla condotta dell'assicurato danneggiante, ma altresì alla richiesta risarcitoria.

Su impulso dell'ordinanza, le Sezioni Unite hanno, dunque, nuovamente sottoposto a valutazione questo aspetto e, pur tenendo conto delle argomentazioni sviluppate nella stessa ordinanza, hanno sostanzialmente ribadito l'impostazione sostenuta dalla sentenza n. 9140/2016 compiendo, però, alcune importanti precisazioni. In particolare per un verso hanno stabilito che il sinistro «*è da ravvisarsi nel fatto materiale e storico (o, come si esprime l'art. 1917 cod. civ. il "fatto accaduto") idoneo a provocare il danno*» e per altro verso hanno messo in evidenza che poiché «*il danno rappresenta l'ubi consistam dell'interesse dell'assicurato a stipulare il contatto […], occorre centrare l'attenzione proprio su quest'ultimo fattore, che integra il rischio assicurabile, la cui incertezza deve permanere intatta sino al momento di inizio dell'assicurazione, come incertezza – nel caso della assicurazione della responsabilità civile – sull'impoverimento del patrimonio del danneggiante-assicurato, quale conseguenza del relativo fatto generatore*»[19].

Viene, dunque, sostenuto – disattendendo sul punto la precedente impostazione della prima sentenza delle Sezioni Unite[20] – che, in tutte

[17] La posizione dell'ordinanza è stata in larga misura anticipata da due sentenze gemelle della Suprema Corte, successive alla pronuncia a Sezioni unite. Trattasi di Cass., 28 aprile 2017, n. 10506 e n. 10509, anch'esse entrambe annotate da N. De Luca, *Richieste postume e immeritevolezza delle* claims made*. Nomofilachia o disorientamento?*, in *Banca, borsa, tit. cred*., 2017, II, p. 667. L'impostazione delle Sezioni Unite è stata, invece, confermata da Cass., sez. un., 2 dicembre 2016 n. 24645, in *Ass.*, 2016, p. 497 ss. e Cass., 23 novembre 2017, n. 27867.

[18] Cass. (ord.), 19 gennaio 2018, cit., p. 456.

[19] Cass., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2019, II, p. 130 (nn. 14.1. e 14.2).

[20] Secondo le quali nelle assicurazioni della responsabilità civile il sinistro sarebbe

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

le *species* di assicurazioni contro i danni, il nucleo centrale del sinistro risiede nel fatto generatore del danno e non nella richiesta del terzo danneggiato, e, allo stesso tempo, viene affermato, questa volta in dissenso con l'ordinanza, che il rischio – ossia l'elemento centrale del congegno assicurativo – non è costituito dall'incertezza sul sinistro, come pure talvolta è stato sostenuto[21], ma da quella sul danno[22]: solo quando entrambi i fattori (sinistro e danno) che costituiscono il rischio si sono manifestati, può escludersi la situazione di incertezza e, quindi, il rischio medesimo.

Quantunque sulla assicurabilità dei fatti pregressi venga quindi esplicitamente confermata[23] la conclusione alla quale sono giunte le Sezioni Unite del 2016, l'ultimo intervento delle Sezioni Unite non è privo di carica innovativa anche su questo aspetto, in quanto ha fatto emergere in modo cristallino che tale assicurabilità dei fatti pregressi dipende esclusivamente dalla (possibile) permanenza della situazione di rischio a seguito del verificarsi del sinistro e non da poco condivisibili riferimenti al rischio putativo – del tutto estraneo alle assicurazioni terrestri (*id est*: non disciplinate dal codice della navigazione) –, viceversa presenti nella precedenza sentenza delle Sezioni Unite[24].

4. *Richiesta di risarcimento del terzo e copertura di fatti pregressi.* – Val la pena di soffermarsi brevemente su quest'ultima condivisibile impostazione della Corte, per la quale la richiesta di risarcimento del terzo nella assicurazione di responsabilità civile non va considerata il nucleo centrale del sinistro (il quale è invece costituito dall'atto illecito del danneggiato), al fine di chiarire le ragioni per le quali, a nostro avviso, essa non presenta alcun profilo di incoerenza con la asserita possibilità di assicurare i fatti pregressi.

In proposito può essere utile appuntare l'attenzione, nel contesto

da intendersi come la richiesta da parte del danneggiato [(Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit., p. 652 (n. 14)].

[21] V. M. Rossetti, *Il diritto delle assicurazioni*, I, *L'impresa di assicurazione. Il contratto* di *assicurazione in generale*, Padova, 2011, p. 751.

[22] Così da tempo G. Volpe Putzolu, *Le assicurazioni*, cit., p. 63 ss.; in senso adesivo, sviluppando il pensiero della nota Studiosa, P. Corrias, *Il contratto di assicurazione*, cit., p. 33 ss.; Id., *Sinistro danno e rischio nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev*., 2018, p. 901 ss.

[23] Così, Cass., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, cit., p. 130 (n. 14.2).

[24] Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit., p. 650 (n. 9).

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

dell'assicurazione della responsabilità civile, invece che sul sinistro, ossia sul momento nel quale si consuma il compimento del fatto illecito da parte dell'assicurato[25], sul danno ossia su quello nel quale si realizza la diminuzione patrimoniale in capo allo stesso[26]. Si è cercato di dimostrare, infatti, che riposa sull'incertezza in merito a quest'ultimo elemento la valutazione decisiva per stabilire la sussistenza o meno di una situazione di rischio ed è altresì noto che in alcune ipotesi esso può manifestarsi anche a notevole distanza di tempo dal primo.

Tenendo conto della rilevantissima differenza tra ipotesi nelle quali il sinistro e la manifestazione del danno sono contestuali e casi nei quali, invece, non v'è soluzione di continuità tra gli stessi, può constatarsi che l'art. 1917 c.c. è modellato sulla prima ipotesi; disciplina e tipizza cioè, a nostro avviso, un preciso modello di assicurazione della responsabilità civile: quello nel cui ambito il rischio assicurabile è individuato sul presupposto che il sinistro sia contestuale al danno.

La legge, infatti, prevedendo che l'assicuratore sia obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo di assicurazione, «*deve pagare ad un terzo*», considera come danno (*id est*: impoverimento del patrimonio) incerto, l'insorgenza dell'obbligo risarcitorio – contestuale al compimento dell'illecito – nella sua sfera giuridica. Poiché, pertanto, in questo modello codicistico, il rischio assicurabile non contempla una possibile scissione tra sinistro (atto illecito dell'assicurato) e danno (nascita dell'obbligo risarcitorio), ma è individuato dal solo sinistro, qualora le parti ponessero in copertura un fatto pregresso, ossia un atto illecito già perfezionatosi prima della stipulazione del contratto, questo sarebbe da considerare nullo per mancanza di rischio (art. 1895 c.c.).

Il regime *claims made*, tuttavia, è stato introdotto, proprio, allo scopo di rimediare a questo limite del modello tradizionale e, quindi, si discosta dallo schema codicistico, appunto, sotto il profilo del rischio assicurabile. Precisamente, in ragione della distanza temporale che può sussistere e solitamente sussiste tra sinistro e danno, viene

[25] Di natura aquiliana, costituito dalla sua condotta dolosa o colposa e dal danno ad esso cagionato al terzo (art. 2043 c.c.), oppure contrattuale, costituito dall'inadempimento e dal danno (art. 1218 c.c.).

[26] Recentemente, sul punto, S. Bosa, *Istanze sociali e logiche di mercato*, cit., p. 96 ss., spec. p. 108 s., il quale, peraltro, giunge a conclusioni non dissimili a quelle che verranno proposte nel testo a seguito del ragionamento svolto.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

considerato, come si sta per precisare, un danno incerto diverso da quello previsto nel modello di cui all'art. 1917 c.c., e consistente nella diminuzione patrimoniale che si determina a seguito, non della nascita dell'obbligo dell'assicurato ma, della richiesta del terzo.

4.1. *Le possibili tipologie di danno nell'assicurazione della responsabilità civile*. – Per meglio comprendere questo distinguo è bene premettere che, a nostro modo di vedere, l'alterazione negativa del patrimonio dell'assicurato-responsabile può astrattamente manifestarsi in diversi modi, potendo essa riguardare (*i*) la nascita dell'obbligo risarcitorio in capo allo stesso; (*ii*) l'accertamento (o, comunque, il riconoscimento) dell'ammontare dello stesso; (*iii*) l'escussione dell'obbligo da parte del creditore; (*iv*) l'esecuzione dell'obbligo, mediante l'effettivo pagamento e il conseguente l'effetto solutorio.

Ad ognuno di questi momenti reputiamo che corrisponda un diverso rischio suscettibile di essere assunto dall'impresa (*breviter*, assicurabile) dal momento che l'insorgenza, la determinazione dell'ammontare (a seguito di accertamento o riconoscimento), l'escussione e, infine, l'adempimento di un'obbligazione pecuniaria, costituiscono vicende idonee ad incidere sul patrimonio del debitore in modo quantitativamente diverso.

Il diverso valore economico del debito-credito, a seconda della fase esecutiva nella quale si trova, invero, parrebbe un dato acquisito nella scienza aziendalistica, anche limitandosi a considerare le note regole del bilancio nelle s.p.a. – e, segnatamente gli artt. 2424 e 2424 *bis* c.c.[27] – in virtù delle quali un debito sarà da iscrivere nel passivo come tale oppure, invece, tra i fondi rischi e oneri {artt. 2424, co. 1, *sub* B) [passivo], 2424-*bis*, co. 3, c.c.} a seconda della probabilità dell'esborso, della certezza dei tempi dello stesso e della determinatezza del suo ammontare[28]. Del resto è evidente che tra la nascita dell'ob-

[27] Pur senza trascurare le indicazioni ricavabili dai principi contabili internazionali sui quali cfr. anche gli Autori richiamati nella nota successiva e, in particolare, G. Bianchi, *Il bilancio*, in *Le nuove s.p.a.*, a cura di Cagnasso e Panzani, Bologna, 2012, p. 189 ss.

[28] Sul punto v., anzitutto, G.E. Colombo, *Il bilancio di esercizio*, in *Bilancio di esercizio e consolidato*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, VII, 1, Torino, 1994, p. 343 ss., spec. 344 s., 347; G. Bianchi, *Il bilancio*, cit., p. 139 ss., spec. 145: «non debbono essere iscritti debiti dei quali non sia chiaramente individuato l'obbligo di pagamento», p. 150 s.: «nel caso in cui il debito sia

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

bligo e la sua esecuzione è riscontrabile una fase di incertezza, nell'ambito della quale possono assumere rilievo diversi fattori, quali la rinuncia del debitore, l'inerzia dello stesso e il conseguente decorso dei termini di prescrizione, la determinazione del *quantum* della pretesa nel caso essa sia indeterminata e qualora, viceversa, essa sia determinata *ab origine*, l'intervento di un accordo transattivo o di un accertamento che modifica l'oggetto della stessa.

Ad ulteriore sostegno di quanto sostenuto va, ancora, osservato, ponendosi nell'ottica speculare del credito, che nell'ambito dei negozi di cessione dei crediti – e, in particolare, del contratto di *factoring* (art. 1 l. 21 febbraio 1991, n. 52) –, il valore dei crediti ceduti è sempre inferiore a quello nominale degli stessi, in quanto vanno "scontati" a favore del cessionario (secondo il c.d. presumibile valore di realizzo), i costi di riscossione, il tempo necessario per la stessa nonché i rischi di insoddisfazione che gravano su tale soggetto[29].

Tenendo conto di questo ventaglio di rischi collegati al rapporto obbligatorio, è quindi ben possibile che nell'assicurazione della responsabilità civile le parti possano scegliere quale tra i possibili danni relativi all'obbligo dell'assicurato coprire e che, con l'apposizione della clausola *claims made*, operino la scelta implicita di considerare un danno diverso dall'insorgenza dell'obbligo risarcitorio in capo all'assicurato (previsto, come si è rilevato, dall'art. 1917, comma 1, c.c.) e, segnatamente, quello relativo all'escussione dello stesso.

L'idoneità dello stesso fatto storico generatore di danno (sinistro) a provocare diverse tipologie di danni suscettibili di essere coperti, del resto, è proprio anche di altri modelli assicurativi. Ci si riferisce, in particolare, all'assicurazione del credito, nel cui ambito il sinistro, al verificarsi del quale è collegata la nascita dell'obbligo di avviso (1913 c.c.), è costituito dal mancato pagamento del debito alla sca-

solamente probabile o non conosciuto con certezza l'importo da corrispondere (o la scadenza), il relativo importo non deve essere contabilizzato tra i debiti, ma nel fondo rischi», p. 163 s. Per alcuni riferimenti in tema di debiti non accertati e/o contestati cfr., inoltre, G. Racugno, *L'ordinamento contabile delle imprese*, in *Trattato Buonocore*, Torino, 2002, p. 129, nt. 31. Nella letteratura aziendalistica, v. G. Villa, *Gli elementi di struttura: lo stato patrimoniale e il conto economico*, in *Il bilancio di esercizio (Principi aziendali, giuridici e principi contabili)*[5], a cura di Palma, Milano, 2016, p. 121 ss. e, ampiamente, A. Palma, *Le valutazioni*, *ivi*, p. 303 ss., 382 ss.

[29] Sulla (s)valutazione dei crediti per perdita di valore (art. 2426, comma 1, *sub* 8, c.c.), cfr. A. Palma, *Le valutazioni*, cit., p. 319 ss.; G. Bianchi, *Il bilancio*, cit., p. 140 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

denza da parte del debitore dell'assicurato[30]. Ebbene tale sinistro può astrattamente provocare diminuzioni patrimoniali di diverso tipo in capo a quest'ultimo, le quali possono consistere nella perdita definitiva del credito (al termine della procedura esecutiva) o nella mancata disponibilità della somma sino a quando si manifesta l'insolvenza del debitore; insolvenza che, a sua volta, può essere considerata variamente dalle parti, e, segnatamente, sulla base dell'inadempimento del debito alla scadenza che si protragga per un dato periodo, oppure in relazione alle condizioni del debitore (esposizione complessiva, [in]capacità di adempiere le obbligazioni, fiducia dei finanziatori e simili). Le parti, in definitiva, hanno la facoltà di stabilire quali tra questi possibili danni siano da ricondurre alla copertura assicurativa scegliendo, così, la tipologia di rischi assicurabili.

5. *Considerazioni conclusive*. – Su queste basi possiamo osservare che tanto nello schema legale di cui all'art. 1917 c.c., quanto in quello oramai anch'esso tipico *claims made*, il sinistro è sempre lo stesso ed è costituito dal fatto illecito dell'assicurato, in quanto, come ha esattamente osservato l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 1465/2018, la volontà delle parti non può assegnare ad un fatto – quale la richiesta da parte del terzo danneggiato – l'idoneità a provocare una diminuzione patrimoniale[31].

Le due figure però divergono in ordine alle conseguenze dannose incerte suscettibili di essere provocate dal sinistro: nello schema legale, adatto alle ipotesi di contestualità tra sinistro e danno, esse attengono alla mera insorgenza dell'obbligo, nell'altro schema, utile nei casi di soluzione di continuità tra gli stessi, all'escussione dell'obbligo, ossia all'esercizio del diritto da parte del terzo, effettuato mediante la richiesta del pagamento all'assicurato.

Va rimarcato che tale diversa considerazione del rischio nel modello *claims made* costituisce, a nostro avviso, la ragione per la quale

[30] V. G. Volpe Putzolu, *Le assicurazioni*, cit., p. 157 s.

[31] Cass. (ord.), 19 gennaio 2018, cit., p. 456, la quale afferma che «se si ritenesse valida la clausola che qualifica "sinistro" la richiesta risarcitoria del terzo, si farebbe dipendere l'obbligazione dell'assicuratore da un evento non dannoso, in deroga a quanto stabilito dall'art. 1882 c.c.». Questa condivisibile considerazione ha condotto chi scrive a rettificare, anche in questa sede, l'opinione, espressa in uno scritto precedente (P. Corrias, *La clausola* claims made *al vaglio delle sezioni unite: un'analisi a tutto campo*, in *Banca, borsa tit. cred*., 2016, II, p. 662), volta, invece, a considerare la richiesta del terzo afferente all'ambito del sinistro anziché del rischio.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

il contratto assicurativo va considerato valido ed efficace nonostante la preesistenza del sinistro alla conclusione dello stesso; ragione che, appunto, poggia sulla circostanza che la rilevanza della richiesta del terzo nel modello *claims made* non si esprime e non potrebbe esprimersi sul piano del sinistro ma, come si è più volte rilevato, su quello del rischio assicurabile.

Con una chiosa finale rileviamo che, alla luce di quanto osservato, appare riduttiva l'asserzione secondo cui le clausole *claims made* inciderebbero unicamente sull'operatività temporale della garanzia; esse, invece, influiscono anche sui caratteri della copertura assicurativa e, quindi, sull'oggetto del contratto. Per effetto della clausola, tra i rischi dell'escussione relativi a obblighi dell'assicurato che potrebbero già esistere al momento della stipulazione, l'assicuratore assume quelli il cui pagamento viene richiesto nel periodo di vigenza della polizza.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Maria Francesca Cortesi

La riforma dell'ordinamento penitenziario per i condannati adulti (dai d.lgs. nn. 123-124 del 2018 al d.l. n. 18 del 2020)

Sommario: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il trattamento penitenziario. – 3. (*Segue*): i colloqui e la corrispondenza. – 4. (*Segue*): il lavoro. – 5. Il sistema sanitario. – 6. La semplificazione dei procedimenti. – 7. Le misure alternative. – 8. Il nuovo volto dell'art. 4-*bis* ord. penit. – 9. La detenzione domiciliare per "emergenza sanitaria".

1. *Considerazioni introduttive.* – Con i d.lgs. 2 ottobre 2018, nn. 123 *(Riforma dell'ordinamento penitenziario in attuazione della delega di cui all'art. 1, commi 82, 83, 85, lett. a), d), i), l), m), o), r), t) e u), l. n. 203 del 2017*) e 124 (*Riforma dell'ordinamento penitenziario in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario in attuazione della delega di cui all'art. 1, commi 82, 83, 85, lett. g), h) e r), l. n. 203 del 2017*), il legislatore ha dato avvio al percorso di rinnovamento del sistema penitenziario per i condannati adulti, percorso che è, poi, proseguito, seppure in maniera "quantitativamente" meno incisiva, ma "contenutisticamente" rilevante, prima con la l. 9 gennaio 2019, n. 3 (*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e dei movimenti politici*) e, successivamente, con la l. 19 luglio 2019, n. 69 (*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*).

Seppur per esigenze emergenziali, il legislatore è stato, da ultimo, costretto ad intervenire nuovamente nell'ambito penitenziario con l'art. 123, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e imprese connesse all'emergenza epidemiologica del COVID-19*), prevedendo, dall'entrata in vigore del decreto *de quo* e fino al 30 giugno 2020, sul modello operativo disegnato dalla l. 26 novembre 2010, n. 199 (*Disposizioni relative all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi*), il ricorso ad una misura alternativa alla detenzione che consente di

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

eseguire presso il domicilio pene detentive non superiori a diciotto mesi per fare fronte alla disperata situazione in cui versano gli istituti penitenziari in seguito all'emergenza epidemiologica mondiale da COVID-19, sul presupposto che la stessa possa essere più agevolmente gestita in presenza di una minore popolazione carceraria.

Il quadro d'insieme, che deriva dal complesso di tale reticolo normativo, è, comunque, da diversi punti di vista, deludente.

Il legislatore delegato, da un lato, ha omesso di esercitare proprio le deleghe relative ad aspetti della materia penitenziaria che da tempo costituiscono settori in sofferenza: a mero titolo esemplificativo si richiamano le problematiche legate al c.d. "ergastolo ostativo", che oggi, però, dopo l'intervento della Corte costituzionale dovranno finalmente essere affrontate[1] ovvero al riconoscimento del diritto all'affettività[2]; dall'altro, con la novella del 2019 interviene, invece, addirittura rafforzando i meccanismi preclusivi, ma utilizzando una tecnica così maldestra da generare, sin da subito, difficoltà interpretative, in particolare con riguardo all'assenza di un regime intertempo-

[1] Corte cost., 23 ottobre (dep. 4 dicembre) 2019, n. 253. Le problematiche connesse ai meccanismi di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. hanno ripreso nuovo e significativo vigore in seguito alla pronuncia Corte edu, Grande Camera, 7 ottobre 2019, M. Viola c./Italia, che ha respinto il ricorso dell'Italia avverso la decisione Corte edu, 13 giugno 2019, M. Viola c./Italia, inedita, ove si ritiene che l'attuale disciplina dell'ergastolo ostativo violi il principio della dignità umana – desumibile dall'art. 3 CEDU – nella parte in cui restringe alla sola ipotesi di collaborazione con la giustizia la possibilità per il ricorrente di accedere alla liberazione condizionale. Cfr. in dottrina F. Fiorentin, *L'ergastolo "ostativo" ancora davanti al giudice di Strasburgo*, in *wwwpenalecontemporaneo*, 14 marzo 2018; A. Ricci, *"Collaborazione impossibile" e sistema penitenziario. L'ammissibilità di misure premiali ed alternative per i non collaboranti condannati per delitto "ostativo"*, Padova, 2013; E. Sylos Labini, *Il cielo si tinge di Viola: verso il tramonto dell'ergastolo ostativo?*, in *Arch. pen. web*, n. 3, settembre-dicembre 2019; M.C. Ubaldi, *Ergastolo ostativo e preclusione all'accesso ai permessi premio: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3 e 27 Cost.*, in *wwwpenalecontemporaneo*, 29 gennaio 2019.

[2] V., in argomento, Corte cost., 11 dicembre (dep. 19 dicembre) 2012, n. 301, che, pur dichiarando l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 18, comma 2, ord. penit., sollevata in riferimento agli artt. 2, 3 commi 1 e 3, 27, comma 3, 29, 31 e 32, commi 1 e 2, Cost., nella parte in cui prevede il controllo visivo durante l'espletamento dei colloqui, ha precisato come l'ordinanza di rimessione evochi una esigenza reale e fortemente avvertita relativa al diritto dei detenuti ad avere una vita affettiva e sessuale intramuraria, diritto la cui declinazione, stante la varietà di soluzioni prospettabili, evoca scelte discrezionali di esclusiva spettanza del legislatore.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

rale, al punto da necessitare di un intervento del giudice delle leggi che ne ha, non a caso, dichiarato l'incostituzionalità, proprio nella parte in cui si applica anche a condannati per fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore della menzionata legge[3].

È fuor di dubbio che, in tal guisa, si sia persa l'occasione di riordinare la fase dell'esecuzione penitenziaria, limitandosi a modifiche che, seppur non del tutto prive di rilievo, lasciano irrisolti molti dei nodi che ostacolano il raggiungimento del fine rieducativo affidato alla pena dall'art. 27 Cost., restituendo una struttura, non solo, ben lontana dalle aspettative, ma anche in palese contrasto con i canoni convenzionali e costituzionali[4].

L'analisi che seguirà non ha certo la pretesa di fornire un esame approfondito di tutte le modifiche operate con gli interventi del 2018, 2019 e 2020, ma solo ed esclusivamente mettere in luce alcune novità ritenute significative, onde offrire una visione che fotografi i tratti più salienti ed attuali del regime detentivo dei condannati adulti.

2. *Il trattamento penitenziario*. – Sia il d.lgs. n. 123 del 2018 sia il d.lgs. n. 124 del 2018 intervengono in tema di assistenza sanitaria, semplificazione dei procedimenti, vita penitenziaria, lavoro.

Al fine di poter sviluppare le linee di riforma seguite con detti provvedimenti, appare opportuno prendere avvio dai precetti che costituiscono l'imprescindibile base normativa dell'esecuzione penitenziaria ossia gli artt. 1 (Trattamento e rieducazione), 13 (Individualizzazione del trattamento), 15 (Elementi del trattamento) ord. penit., i quali mostrano alcune interessanti integrazioni che, seppur non in grado di stravolgerne la pregressa forza precettiva, costituiscono una importante esplicitazione di aspetti, fino ad ora, non presenti nel dato positivo.

L'art. 1 ord. penit., norma emblematica e di principio, si arricchisce di ulteriori contenuti.

Si integra, in particolare, il disposto rendendo più chiare le finalità cui deve tendere il trattamento penitenziario, che costituisce il

[3] Corte cost., 12 febbraio (dep. 26 febbraio) 2020, n. 32. Cost.). In dottrina cfr. V. Manes, *L'estensione dell'art. 4*-bis *ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, in *wwwpenalecontemporaneo*, 14 febbraio 2019.

[4] F. Siracusano, *"Cronaca di una morte annunciata": l'insopprimibile fascino degli automatismi preclusivi penitenziari e le linee portanti della "riforma tradita"*, in *Arch. pen. web*, n. 3, settembre-dicembre 2019.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

precipitato diretto dell'art. 27, comma 3, Cost., rammentando come esso debba essere improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a sesso, identità di genere, orientamento sessuale, razza, nazionalità, condizioni economiche e sociali, opinioni politiche e credenze religiose e si conformi a modelli che favoriscono l'autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l'integrazione. Il tratto di maggiore rilievo è costituito dal richiamo ad aspetti (tra tutti l'orientamento sessuale ovvero la parità di genere) che, sebbene già valorizzati in via interpretativa, sono oggi presenti direttamente nel testo, indice di una sempre maggiore sensibilizzazione su tematiche che riflettono i mutamenti sociali intervenuti nel corso degli anni.

A dimostrazione di come tale modifica non costituisca una mera petizione di principio, ma come, al contrario, trovi un riconoscimento immediato e diretto, è sufficiente rammentare il nuovo testo dell'art. 11, comma 10, ord. penit., in tema di Servizio sanitario, ove si stabilisce che ai detenuti e agli internati che, al momento della custodia cautelare in carcere o dell'esecuzione dell'ordine di carcerazione, abbiano in corso un programma terapeutico ai fini di cui alla l. 14 aprile 1982, n. 164 (*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*), sono assicurati la prosecuzione del programma e il necessario supporto psicologico o, ancora, l'art. 14, ultimo comma, ord. penit., il quale prescrive che l'assegnazione dei detenuti e degli internati, per i quali si possano temere aggressioni o sopraffazioni da parte della restante popolazione detenuta, in ragione solo dell'identità di genere o dell'orientamento sessuale, deve avvenire per categorie omogenee, in sezioni distribuite in modo uniforme sul territorio nazionale previo consenso degli interessati, i quali, in caso contrario, saranno assegnati a sezioni ordinarie. Deve, in ogni caso, essere garantita la partecipazione ad attività trattamentali, eventualmente anche insieme alla restante popolazione detenuta.

In ossequio ai precetti costituzionali, la novella struttura dell'art. 1, ord. penit. impone inoltre, che ad ogni persona privata della libertà personale siano garantiti i diritti fondamentali, affermazione che, seppur implicitamente conseguente al canone di cui all'art. 2 Cost., assume nella sua dizione letterale un indubbio valore di principio.

Viene espunto, invece, il richiamo, presente nella bozza Giostra, all'utilizzo dello strumento della c.d. "sorveglianza dinamica", auspicata dalla Corte EDU, al fine di adeguare il sistema italiano agli standard imposti dall'art. 3 CEDU. Si tratta di un modello di vigilanza che sostituisce il controllo fisico in cella con una più complessa atti-

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

vità di controllo basata sull'osservazione e sulla conoscenza della persona, modello che valorizza il ruolo della polizia penitenziaria e contribuisce ad una maggiore responsabilizzazione del detenuto. La scelta di emendare il richiamo a tale forma di sorveglianza non può che essere valutata in modo negativo, perché la sua previsione avrebbe potuto offrire un valido supporto al complesso sistema di rieducazione, oltre che valorizzare le caratteristiche del singolo così come d'altronde auspicato attraverso l'individualizzazione del trattamento[5].

In siffatta prospettiva, seppure in maniera assai più modesta, si segnala l'innalzamento della durata della permanenza all'aperto (art. 10, ord. penit.) che è prevista ordinariamente di quattro ore (in luogo delle precedenti due ore), che possono essere ridotte a due ore per "giustificati motivi" (locuzione che sostituisce la precedente che richiedeva "motivi eccezionali") con provvedimento del direttore dell'istituto, comunicato al provveditore regionale ed al magistrato di sorveglianza. La sostituzione delle due espressioni non è, però, a ben vedere, di poco conto, in quanto la presenza di giustificati motivi, in luogo degli eccezionali prima vigenti, potrebbe consentire all'autorità amministrativa di incidere più facilmente sulla durata della permanenza all'aperto, con conseguenze per i detenuti che non possono non essere stigmatizzate.

Viene, altresì, integrato il testo dell'art. 13, ord. penit., rubricato "Individualizzazione del trattamento". Di peculiare rilievo è il nuovo comma 3, il quale contiene un esplicito richiamo alla giustizia riparativa come elemento rappresentativo del percorso di osservazione scientifica, laddove si precisa che «…nell'ambito dell'osservazione è offerta all'interessato l'opportunità di una riflessione sul fatto criminoso commesso, sulle motivazioni e sulle conseguenze, in particolare per la vittima, nonché sulle possibili azioni di riparazione». Si tratta di un elemento di novità di particolare importanza, poiché attribuisce all'opera di mediazione successiva alla sentenza di condanna un ruolo centrale, applicabile, ove possibile, ad ogni percorso trattamentale, laddove in precedenza l'unico riferimento ad aspetti in qual-

[5] A.M. Capitta, *La piccola riforma penitenziaria e le sue ricadute sul sistema*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 2, pp. 6 e 7; A. Della Bella, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in *wwwpenalecontemporaneo*, 7 novembre 2018; C. Fiorio, *Carcere: la riforma dimezzata*, in *Proc. pen. giust.*, n. 3, 2019, pp. 757-758.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

che modo riconducibili all'area della giustizia riparativa erano rinvenibili nel corpo dell'art. 47, ord. penit.

La l. n. 69 del 2019 ha, poi, riformulato il successivo art. 13-*bis* ord. penit., rubricato oggi "Trattamento psicologico per i condannati di reati sessuali, per maltrattamenti contro familiari o conviventi e per atti persecutori". La finalità a cui è rivolta detta disposizione è prevedere la possibilità per soggetti condannati per peculiari tipologie di reato tassativamente indicate di sottoporsi a un trattamento psicologico *ad hoc* con finalità di recupero e di sostegno. Allo scopo di incentivare l'avvio di tale percorso si dispone che l'eventuale partecipazione viene valutata, ai sensi dell'art. 4-*bis*, comma 1-*quinquies*, ord. penit., ai fini della concessione dei benefici ivi indicati. L'intervento di riforma ha, in primo luogo, ampliato il novero dei delitti, richiamando anche gli artt. 572, 583-*quinquies* e 612-*bis* c.p. ed ha eliso il periodo che ne limitava l'operatività ai soli reati commessi a danno di persona minorenne, permettendone, pertanto, un'applicazione più ampia. L'intento, condivisibile, sotteso a tali modifiche è legato alla volontà di offrire a tutti i condannati per siffatte ipotesi criminose l'opportunità di intraprendere uno specifico percorso trattamentale, calibrato sulle peculiari forme di devianza in esse manifestate, in modo da prevenire in maniera più mirata il pericolo di recidiva. Detta lettura sembra essere confermata dal contenuto del novello comma 1-*bis*, ove si specifica che le persone condannate per i delitti enucleati nel comma 1 dell'art. 13-*bis* ord. penit. possono essere ammesse a seguire percorsi di reinserimento nella società e di recupero presso enti e associazioni che si occupano di prevenzione, assistenza psicologica e recupero di soggetti condannati per i medesimi reati, organizzati previo accordo tra i suddetti enti o associazioni e gli istituti penitenziari[6].

Quantunque possa apparire un precetto di mera rilevanza organizzativa, ai fini del reinserimento sociale, acquisisce un ruolo non secondario anche il principio di territorialità sancito oggi in modo chiaro all'art. 14, comma 1, ord. penit., ove si prescrive che i detenuti e gli internati hanno diritto di essere assegnati a un istituto il più vicino possibile alla stabile dimora della famiglia o, se individuabile, al proprio centro di riferimento sociale, salvi specifici motivi contrari. L'assegnazione dei detenuti, come d'altronde si ricavava già dalla

[6] F. Fiorentin, *Sul banco di prova l'offerta territoriale dei trattamenti*, in *Guida dir.*, 2019, n. 37, pp. 112-113.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

precedente formulazione, deve, infatti, garantire il trattamento rieducativo comune e l'esigenza di evitare influenze nocive reciproche ed, in ragione di ciò, costituisce un aspetto non marginale nel cammino di risocializzazione. Siffatti obiettivi si scontrano, però, con la reale situazione in cui versano gli istituti penitenziari, a comprova di come una riforma non accompagnata da seri interventi di natura economica è purtroppo destinata a fallire. Sempre nella medesima prospettiva si segnala ancora l'art. 42, comma 2, ord. penit., ove si precisa che nel disporre i trasferimenti i soggetti sono comunque destinati agli istituti più vicini alla loro dimora o a quella della loro famiglia ovvero al centro di riferimento sociale, da individuarsi tenuto conto delle ragioni di studio, di formazione, di lavoro o di salute.

L'attuale struttura dell'art. 14, ord. penit. contiene, poi, alcuni precetti destinati alle detenute donne. Le aspettative riposte sulla riforma erano, invero, assai differenti, dal momento che alcuni punti della delega imponevano interventi specifici in materia, aspettative, però, deluse dalle scelte operate dal legislatore. I commi 5 e 6 si limitano, infatti, a stabilire che le donne sono ospitate in istituti separati da quelli maschili o in apposite sezioni in numero tale da non compromettere le attività trattamentali ed alle madri è consentito tenere presso di sé i figli fino all'età di tre anni, precetti che indubbiamente non costituiscono una novità. Meritano, in ogni caso, un cenno le modifiche contenute nell'art. 19, ord. penit., rubricato "Istruzione", ove si stabilisce che tramite la programmazione di specifiche iniziative è assicurata parità di accesso delle donne detenute e internate alla formazione culturale e professionale e nell'art. 31, ord. penit., rubricato "Costituzione delle rappresentanze dei detenuti e degli internati", in cui si precisa che negli istituti penitenziari che ospitano sezioni femminili detta rappresentanza comprende anche una detenuta o internata.

Altra categoria soggettiva pretermessa dall'intervento novellistico del 2018 nonostante le indicazioni della delega è quella degli stranieri. L'art. 19, comma 4, ord. penit. sottolinea solo che speciale attenzione deve essere dedicata all'integrazione dei detenuti stranieri anche attraverso l'insegnamento della lingua italiana e la conoscenza dei principi costituzionali, scelta che ha il chiaro scopo di garantire una maggiore partecipazione all'opera di rieducazione, partecipazione che non può mai prescindere dalla conoscenza.

A conforto della multiformità a cui deve ispirarsi il trattamento penitenziario, l'art. 15, comma 1, ord. penit. è stato, infine, integrato, indicando tra gli elementi attraverso cui lo stesso si dipana l'istru-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

zione, la formazione professionale, il lavoro, la partecipazione a progetti di pubblica utilità, la religione, le attività culturali, ricreative e sportive, con la imprescindibile specificazione che devono essere agevolati i contatti con il mondo esterno e i rapporti con la famiglia.

3. *(*Segue*): i colloqui e la corrispondenza*. – Alcune modifiche interessano anche la disciplina dei colloqui[7].

L'art. 18, comma 2, ord. penit., così come modificato, rammenta in maniera esplicita che, ferma la disciplina di cui all'art. 104 c.p.p., i detenuti e gli internati hanno diritto di conferire con il difensore sin dall'inizio dell'esecuzione della misura o della pena nonché hanno diritto ad avere colloqui con i garanti dei diritti dei detenuti. In ragione, poi, del ruolo centrale affidato ai colloqui per il mantenimento dei rapporti affettivi, si precisa che i locali destinati ai colloqui con i familiari devono favorire, ove possibile, una dimensione riservata ed essere collocati preferibilmente in prossimità dell'ingresso dell'istituto. Particolare cura deve, inoltre, essere dedicata ai colloqui con i minori di anni quattordici (art. 18, comma 3, ord. penit.). L'organo competente ad emettere l'autorizzazione per i colloqui, ad esclusione di quelli disposti ai sensi dell'art. 18-*bis*, ord. penit., è individuato grazie al rinvio all'art. 11, comma 4, ord. penit. Pertanto, per gli imputati fino alla sentenza di primo grado è l'autorità giudiziaria che procede; dopo la sentenza di primo grado provvede, invece, il direttore dell'istituto (art. 18, ultimo comma, ord. penit.). A tale disomogeneità consegue il ricorso a strumenti diversi ai fini dell'eventuale impugnazione del diniego: nel caso in cui vi abbia provveduto il direttore dell'istituto, il mezzo è, infatti, il reclamo di cui all'art. 35-*bis* ord. penit., non certo utilizzabile allorquando il provvedimento sia stato emesso dall'autorità giudiziaria. La giurisprudenza formatasi in argomento sostiene essere possibile, in quest'ultima ipotesi, il ricorso per cassazione, trattandosi di un inasprimento dell'esecuzione dello strumento cautelare[8]. Il confronto tra questi due mezzi pone in luce, però, una evidente disparità di trattamento a seconda della posizione giuridica rivestita dal destinatario del diniego, che appare essere del tutto ingiustificata ed, in tal guisa, foriera di un contrasto con l'art. 3 Cost.

[7] C. Fiorio, *Carcere: la riforma dimezzata*, cit., p. 766 ss.

[8] *Ex multis* Cass., sez. VI, 24 novembre 2015, n. 3729, in *CED Cass.*, n. 265927; Cass., sez. II, 6 maggio 2015, n. 23760, in *CED Cass.*, n. 264388; Cass., sez. V, 4 luglio 2013, n. 8798, in *CED Cass.*, n. 258823.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Infine, si opera una ridefinizione della competenza a decidere anche in materia di limitazioni e controllo della corrispondenza, ispirandosi al criterio guida della posizione giuridica del detenuto. Per il condannato e l'internato l'organo giudiziario è, dunque, il magistrato di sorveglianza; per l'imputato il giudice che procede ai sensi dell'art. 279 c.p.p. (se il giudice è collegiale decide il presidente del collegio o della corte di assise) (art. 18-*ter*, comma 3, ord. penit.). Tale redistribuzione non è stata, però, seguita da un adattamento del successivo comma 6, in materia di reclamo, ove continua ad operare la pregressa disciplina secondo cui è giudice dell'impugnazione il tribunale di sorveglianza, se il provvedimento è emesso dal magistrato di sorveglianza ovvero negli altri casi il tribunale nel cui circondario ha sede il giudice che ha emesso il provvedimento, che, pertanto, sarà chiamato a decidere le eventuali impugnazioni anche avverso i provvedimenti emessi nei successivi gradi di giudizio. Tale eccentricità normativa è acuita, altresì, dal raffronto con i precetti dettati in tema di permesso di necessità di cui all'art. 30 ord. penit., la cui disciplina è, del pari, mutata con il rinvio per gli imputati al citato criterio di cui all'art. 11, comma 4, ord. penit., ma ove si stabilisce, in maniera assai più condivisibile, che, in materia di reclamo, provvede rispettivamente il tribunale di sorveglianza ovvero la corte di appello (art. 30-*bis*, comma 3, ord. penit.).

4. *(*Segue*): il lavoro.* – Nel quadro del trattamento rieducativo assumono un rilievo centrale anche le modifiche operate in tema di lavoro penitenziario, che costituisce il più importante strumento attraverso cui si sviluppa il percorso di risocializzazione, ma che, però, nella prassi soffre di una patologica carenza di effettività.

L'art. 20, ord. penit. viene integralmente sostituito. Tralasciando le novità che incidono prettamente sulla struttura organizzativa, è degna di rilievo in questa sede, da un lato, l'estensione dei fruitori del lavoro operata con il richiamo non più solo a coloro che si trovano negli istituti penitenziari, ma anche a coloro che si trovano nelle strutture ove sono eseguite misure privative della libertà (ad esempio le REMS) ed, ancora, l'eliminazione dell'obbligatorietà del lavoro penitenziario.

È interessante, altresì, la previsione di una autonoma disciplina del lavoro di pubblica utilità (art. 20-*ter*, ord. penit.), che cessa, pertanto, di essere considerato solo una modalità di esecuzione del lavoro all'esterno. Siffatta scelta trova evidentemente la sua ragion d'essere

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

nella convinzione che lo svolgimento di una attività lavorativa che abbia una utilità sociale presenti una maggiore e più significativa efficacia risocializzante. È, dunque, consentito svolgere attività a titolo volontario o gratuito nell'ambito di progetti di pubblica utilità sia all'interno sia all'esterno degli istituti penitenziari (art. 21-*ter*, comma 2, ord. penit.). Sono, però, stabilite restrizioni per l'accesso a siffatta tipologia di lavoro per i detenuti e gli internati per il delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p. e per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, i quali non possono prestare attività fuori dall'istituto. I detenuti e gli internati di cui all'art. 4-*bis*, commi 1, 1-*ter* e 1-*quater*, ord. penit., diversi da quelli sopracitati, sono ammessi, invece, dal magistrato di sorveglianza al lavoro di pubblica utilità svolto all'esterno, tenuto conto delle esigenze di prevenire il pericolo di commissione di altri reati, della natura del reato commesso, della condotta tenuta, nonché del significativo rapporto tra la pena espiata e la pena residua[9].

5. *Il sistema sanitario.* – Anche l'art. 11 ord. penit. è stato integralmente sostituito nel dichiarato intento di dotare di maggiore effettività il diritto alla salute delle persone ristrette.

Nel rispetto della disciplina sul riordino della medicina penitenziaria costituisce un primo elemento di estrema importanza il richiamo al principio di parità tra detenuti e soggetti liberi, attraverso anche la pubblicità della carta dei servizi sanitari adottata dall'azienda sanitaria locale ove è ubicato l'istituto penitenziario. A ciò consegue, in primo luogo, l'obbligatorietà dell'istituzione di un servizio medico e farmaceutico calibrato sulle specifiche esigenze dei destinatari. Si segnala, però, l'omissione del riferimento alla presenza di un esperto in materie psichiatriche, lacuna che palesa una estrema criticità, poiché, non soltanto non si prevede, come richiesto dalla delega, un potenziamento del servizio, bensì addirittura sembrerebbe essere stato eliso del tutto[10].

Il trattamento della patologia psichica in condizioni di restrizione

[9] A. Della Bella, *Riforma dell'ordinamento penitenziario*, cit.; C. Fiorio, *Carcere: la riforma dimezzata*, cit., p. 773 ss.

[10] In senso critico A. Della Bella, *Riforma dell'ordinamento penitenziario*, cit.; F. Fiorentin, *La riforma penitenziaria*, Milano, 2018, p. 21; R.M. Geraci, *Detenzione e tutela del diritto alla salute*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, n. 4, p. 1013.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

della libertà personale è, non a caso, al centro di un inteso dibattito, dibattito solo in parte sopito con la previsione delle REMS, che hanno segnato il faticoso approdo del percorso di dismissione degli ospedali psichiatrici giudiziari, ma che non permette di estendere l'operatività di siffatte strutture nei confronti di soggetti affetti da patologie non incidenti o solo parzialmente incidenti sulla capacità di intendere e di volere, essendo le stesse destinate solo a soggetti non imputabili. La giurisprudenza di legittimità si è, poi, assestata su una posizione tesa a marcare una netta differenziazione tra le ipotesi di infermità fisica e quella di infermità "meramente" psichica, evidenziando una lacuna normativa che ora è stata solo, in parte, risolta con l'intervento della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 47-*ter*, comma 1-*ter*, ord. penit., nella parte in cui non prevede che, nell'ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta, il tribunale di sorveglianza possa disporre la detenzione domiciliare anche in deroga ai limiti imposti dal comma 1 della medesima norma[11].

Ove debbano essere apprestate cure o accertamenti medici che non possano essere svolti all'interno dell'istituto, i detenuti sono trasferiti in strutture sanitarie esterne con provvedimento del giudice che procede (art. 11, comma 4, ord. penit.). Il legislatore ha nell'occasione riordinato la competenza a disporre il trasferimento, tenendo conto della posizione giuridica del detenuto (imputato ovvero condannato o internato), criteri la cui operatività è, come emerso in precedenza, estesa ai permessi di necessità ed alla corrispondenza. Se il giudice è collegiale provvede, pertanto, il presidente; prima dell'esercizio dell'azione penale decide il giudice per le indagini preliminari ovvero il pubblico ministero in caso di giudizio direttissimo e fino alla presentazione dell'imputato in udienza per la contestuale convalida dell'arresto; se è, invece, proposto ricorso per cassazione provvede il giudice che ha emesso il provvedimento impugnato. Per i condannati e gli internati la competenza è, invece, del magistrato di sorveglianza. In ogni caso, permane in vigore il precetto che indica, nei casi di estrema urgenza, quando non sia possibile ottenere con immediatezza la decisione della competente autorità giudiziaria, la legittimazione a pronunciarsi del direttore dell'istituto, che deve darne contemporanea comunicazione alla predetta autorità e darne notizia al Diparti-

[11] Corte cost., 20 febbraio 2019 (dep. 19 aprile 2019), n. 99. In dottrina M. Pelissero, *Infermità psichica sopravvenuta: un fondamentale intervento della Corte costituzionale a fronte del silenzio del legislatore*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, n. 9, p. 1261 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

mento dell'amministrazione penitenziaria ed al provveditore regionale (art. 17, comma 8, d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230). Siffatta regolamentazione presenta una maggiore organicità, superando l'impostazione privilegiata dal Progetto Pellissero, che garantiva centralità alla competenza del magistrato di sorveglianza in quanto giudice di prossimità. Suscita ancora qualche perplessità l'individuazione del giudice competente dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio ovvero nell'ipotesi di giudizio immediato. La soluzione è, però, rinvenibile applicando il principio interpretativo che vige in materia cautelare con la conseguenza che la competenza deve ritenersi incardinata alla luce del principio della materialità degli atti.

Per sopravvenute ragioni di sicurezza il provvedimento di trasferimento presso strutture ospedaliere esterne può essere modificato ovvero revocato quando cessano le cause che lo hanno determinato. Nel rispetto del diritto alla dignità della persona, qualora non sussista il pericolo di fuga, i detenuti e gli internati possono non essere sottoposti al piantonamento durante la degenza, salvo che non sia necessario per la tutela della loro incolumità personale o dell'altrui (art. 11, comma 5, ord. penit.). L'allontanamento senza giustificato motivo del detenuto o dell'internato è, comunque, punito ai sensi dell'art. 385 c.p.

All'ingresso in carcere il detenuto e l'internato sono sottoposti alla visita medica obbligatoria e ricevono dai sanitari informazioni complete sul proprio stato di salute (art. 11, comma 7, ord. penit.). Nella cartella clinica il medico annota immediatamente ogni informazione relativa a segni o indici che facciano apparire che la persona possa aver subìto violenze o maltrattamenti e, fermo l'obbligo di referto, egli ne deve dare comunicazione al direttore dell'istituto ed al magistrato di sorveglianza. Tale precetto rappresenta una importante novità frutto, da un lato, delle esigenze palesate dalle cronache giudiziarie, essendo volto a riscontrare se il soggetto abbia subìto lesioni o maltrattamenti nella fase della cattura e delle attività di polizia, dall'altro, consente di rilevare con maggiore rapidità cause influenti ai fini di un eventuale rinvio dell'esecuzione della pena.

I detenuti e gli internati possono, altresì, chiedere di essere visitati, a proprie spese, da un esercente la professione sanitaria di fiducia. L'autorizzazione è concessa agli imputati fino alla sentenza di primo grado dal giudice che procede; nelle fasi successive nonché per i condannati e gli internati è chiamato a pronunciarsi il direttore dell'istituto (art. 11, comma 12, ord. penit.).

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

6. *La semplificazione dei procedimenti.* – Le modifiche che hanno interessato le norme contenute nell'ordinamento penitenziario appaiono nel complesso piuttosto marginali.

Le prime riguardano l'art. 35-*bis* ord. penit. e, di riflesso, anche l'art. 35-*ter*, ord. penit., a cui si estendono le medesime regole procedimentali. Si incide sulle modalità di *vocatio in iudicium* dell'amministrazione interessata, a cui, insieme all'avviso di fissazione dell'udienza davanti al magistrato di sorveglianza (ovvero al tribunale di sorveglianza ai sensi dell'art. 35-*bis*, comma 4, ord. penit.), viene comunicato anche il reclamo presentato dal detenuto. L'avviso *de quo* deve, altresì, contenere l'indicazione che l'amministrazione può comparire con un proprio dipendente ovvero trasmettere osservazioni e richieste. La previsione dell'invio del reclamo risponde, di certo, all'esigenza di garantire una *discovery* anticipata, *discovery* funzionale sia al deposito di eventuali memorie sia a consentire una valutazione ponderata della linea difensiva anche in vista di una eventuale partecipazione all'udienza[12]. La nuova dizione normativa fuga, inoltre, il dubbio interpretativo circa la legittimazione dell'amministrazione a comparire personalmente con un proprio funzionario e non soltanto a mezzo di difensore, nella specie, l'Avvocatura di Stato. La previsione recepisce sul punto l'approdo giurisprudenziale secondo cui queste forme di impugnazione sono ispirate a criteri di rapidità ed effettività di tutela nell'ambito di una giurisdizione di prossimità, con la conseguenza che l'amministrazione penitenziaria interviene personalmente quale titolare e responsabile del trattamento dei detenuti[13].

L'intervento sull'art. 69-*bis*, ord. penit., che ha determinato, invece, l'abrogazione del comma 5, attribuisce la competenza esclusiva al magistrato di sorveglianza in materia di liberazione anticipata, escludendo qualsiasi concorrenza con quella del tribunale di sorveglianza anche allorquando egli ne sia investito in via indiretta o incidentale. L'organo collegiale perde, pertanto, siffatta competenza giurisdizionale alternativa, criterio che, invero, era stato già nella pratica abrogato per desuetudine e la conserva in materia solo in sede di reclamo, così come previsto ai sensi dell'art. 69-*bis*, commi 3 e 4, ord. penit.

[12] M. Ruaro, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le principali novità dei decreti attuativi in materia di semplificazione dei procedimenti e di competenze degli uffici locali di esecuzione esterna e della polizia penitenziaria*, in *www.penalecontemporaneo*, 9 novembre 2018, p. 2.

[13] Cass., sez. un., 21 dicembre 2017, n. 3775, in *CED Cass.*, n. 271648.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

7. *Le misure alternative.* – Sono diverse le disposizioni interessate dalla riforma incidenti sull'applicazione delle misure alternative, quantunque sia assente una rivalutazione organica degli strumenti *de quibus*, rivalutazione che sembrerebbe, invece, necessaria e auspicabile per migliorarne l'efficacia.

L'art. 51-*bis*, ord. penit., rubricato "Sopravvenienza di nuovi titoli di privazione della libertà e di sospensione e revoca delle misure alternative" è stato integralmente sostituito. In primo luogo, con una scelta del tutto condivisibile, il legislatore abbandona il riferimento esplicito solo ad alcune misure per riferirsi in modo generico all'ipotesi in cui nei confronti di un soggetto in esecuzione di una misura alternativa sopravvenga un nuovo titolo esecutivo. Facendo ciò, determina, inoltre, un ampliamento dell'operatività dell'intervento del magistrato di sorveglianza rispetto alla formulazione precedente che richiedeva solo una verifica "aritmetico-formale"[14], essendo oggi chiamato a verificare il permanere delle condizioni di applicabilità della misura in esecuzione, con riguardo, pertanto, sia al *quantum* di pena espianda sia alle altre condizioni di legge. Il pubblico ministero a cui è demandato il compito di effettuare il nuovo cumulo delle pene è individuato ai sensi dell'art. 655 c.p.p. e corrisponde con l'ufficio che cura l'esecuzione del titolo sopravvenuto. La decisione del giudice di sorveglianza, assunta senza formalità, può disporre la prosecuzione ovvero la cessazione della misura. In tale ultima ipotesi, la competenza ad emettere l'ordine di accompagnamento in istituto del condannato è affidata al magistrato di sorveglianza e non già al pubblico ministero, in deroga rispetto a quanto disposto all'art. 659 c.p.p.

Anche l'art. 51-*ter*, ord. penit., rubricato "Sospensione cautelativa delle misure alternative", è stato integralmente sostituito. Dalla lettura del precetto emerge, in primo luogo, come la struttura sistematica risulti rovesciata rispetto alla precedente formulazione. Si prevede, infatti, che se la persona sottoposta a misura alternativa pone in essere comportamenti suscettibili di determinarne la revoca, il magistrato di sorveglianza, nella cui giurisdizione la misura è in esecuzione, ne dà immediata comunicazione al tribunale di sorveglianza affinché decida in ordine alla prosecuzione, sostituzione o revoca della misura. Il contenuto di questo primo comma, in modo analogo rispetto al disposto di cui all'art. 51-*bis* ord. penit., prevede il generico

[14] C. Fiorio, *Carcere: la riforma dimezzata*, cit., p. 752.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

richiamo a qualsiasi misura alternativa in luogo del precedente riferimento esplicito solo agli artt. 47, 47-*ter*, 47-*quinquies* e 50 ord. penit., circostanza che fuga il dubbio circa la sua estensibilità ad altri istituti primo fra tutti l'affidamento terapeutico di cui all'art. 94, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309. La sospensione cautelativa, in precedenza automatica ed obbligatoria, ora "può" essere disposta, scelta che sembra uniformarsi alla lettura sul punto offerta dalla giurisprudenza di legittimità[15]. Alcuni autori rinvengono tratti di reale novità nel potere attribuito al tribunale di sorveglianza di disporre, non solo, la prosecuzione o la revoca, ma anche la sostituzione *in peius* della misura alternativa. L'ampliamento dello spettro decisionale costituisce una opzione del tutto condivisibile. Esso consente, invero, di adattare la decisione alle reali emergenze del caso concreto, evitando, nelle situazioni più dubbie, l'effetto stigmatizzante determinato dal divieto di concessione delle misure alternative in caso di revoca di cui all'art. 58-*quater*, comma 2, ord. penit.[16].

L'art. 51-*quater*, ord. penit., rubricato "Disciplina delle pene accessorie in caso di concessione di misure alternative", è stato, invece, inserito *ex novo* dal d.lgs. n. 123 del 2018. Si tratta di una novità frutto delle difficoltà palesatesi già da tempo nella prassi operativa. L'art. 139 c.p. esclude, infatti, dal computo delle pene accessorie temporanee il tempo in cui il condannato sconta la pena detentiva ovvero la misura di sicurezza detentiva o si sottragga volontariamente all'esecuzione delle stesse, ma tace in ordine alle misure alternative. Di fronte ad una pericolosa incertezza interpretativa[17] si inserisce, pertanto, tale nuovo precetto che prescrive, da un lato, che, in caso di applicazione di una misura alternativa alla detenzione, sono eseguite anche le pene accessorie, salvo che il giudice che ha concesso la misura, tenuto conto delle esigenze di reinserimento sociale del condannato, ne disponga la sospensione (comma 1). Dall'altro, si precisa che, in caso di revoca della misura, ove disposta l'applicazione delle pene accessorie, l'esecuzione ne viene sospesa, ma il periodo già espiato è computato ai fini della loro durata. Si rammenta, poi, il disposto di cui all'art. 47, comma 12, ord. penit. che prevede in caso di esito

[15] Cass., sez. I, 7 luglio 1995, n. 4146. In dottrina cfr. C. Fiorio, *Carcere: la riforma dimezzata*, cit., p. 753; F. Fiorentin, *La riforma penitenziaria*, cit., p. 59.

[16] In questi termini M. Ruaro, *Riforma dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 9.

[17] Cfr. Cass., sez. I, 29 settembre 2014, n. 52551, in *CED Cass.*, n. 262196; Cass., sez. I, 9 marzo 2011, n. 13499, in *CED Cass.*, n. 249865.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

positivo della prova l'estinzione della pena detentiva e di ogni altro effetto penale, ivi comprese le pene accessorie. La l. n. 3 del 2019 ha apportato alcuni correttivi proprio al testo dell'art. 47 ord. penit., laddove oggi si specifica che l'effetto estintivo non si determina rispetto alle pene accessorie perpetue[18]. Tale previsione, da un lato, avvalora la lettura della giurisprudenza prevalente in merito all'estensibilità del citato effetto anche alle pene accessorie[19], dall'altro, però, parrebbe porsi in palese contrasto con la lettura offerta dalla Corte costituzionale che ha avuto, anche di recente[20], modo di sottolineare come la pena debba essere il più possibile "individualizzata" e, dunque, calibrata sulla situazione del singolo condannato, in attuazione del mandato costituzionale di "personalità" della responsabilità penale di cui all'art. 27, comma 1, Cost. L'esigenza di "mobilità" della pena mal si concilierebbe, infatti, con un precetto che esclude l'operatività del meccanismo estintivo delle pene accessorie, ancorato, tra l'altro, in maniera rigida alla durata perpetua, proprio in occasione della valutazione conclusiva del percorso rieducativo intrapreso dal condannato.

Si segnala, infine, come l'unico apporto novellistico effettuato sulla disciplina di singole misure alternative dai decreti legislativi del 2018 è contenuto nell'art. 47, comma 2, ord. penit., laddove si precisa che l'osservazione scientifica della personalità è condotta collegialmente per un mese in istituto se il soggetto è recluso e mediante l'intervento dell'ufficio di esecuzione penale esterna, se l'istanza è proposta da soggetto in libertà. Tale intervento deve essere letto in combinato disposto con l'ultimo periodo dell'art. 656, comma 6, c.p.p., il quale prescrive che il tribunale di sorveglianza decide non prima del trentesimo e non oltre il quarantacinquesimo giorno dalla ricezione della richiesta, al fine evidentemente di consentire agli uffici preposti di eseguire l'osservazione del condannato nonché con l'art. 72, ord. penit., ove si esplicita tra i compiti che sono affidati all'UEPE accanto allo svolgimento di indagini socio-familiari, l'attività di osservazione del comportamento per l'applicazione delle misure alternative alla detenzione per i condannati.

[18] Cfr. P. Di Luzio, *Effetti della l. 9 gennaio 2019, n. 3 sull'esecuzione penale e sul trattamento penitenziario*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, n. 4, p. 988 ss.

[19] In questi termini Cass., sez. I, 29 settembre 2014, n. 52551, in *CED Cass.*, n. 262196. In senso contrario Cass., sez. I, 9 marzo 2011, n. 13499, in *CED Cass.*, n. 249865; Cass., sez. I, 11 gennaio 1995, n. 88, in *CED Cass.*, n. 200430.

[20] Corte cost., 25 settembre 2018 (dep. 5 dicembre 2018), n. 222.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

L'art. 57, ord. penit., rubricato, "Legittimazione a richiedere le misure", viene, infine, implementato estendendone l'operatività da un punto di vista sia oggettivo sia soggettivo. In luogo della dizione più restrittiva presente nella precedente formulazione, ove il richiamo era al trattamento ed ai benefici di cui agli artt. 47, 50, 52 e 53 ord. penit., ora appare una espressione più ampia grazie al richiamo generico alle misure alternative (richiamo, peraltro, già utilizzato anche negli artt. 51-*bis* e 51-*ter* ord. penit.) nonché al riferimento specifico a nuovi istituti quali i permessi premio, i permessi di necessità e la remissione del debito. Si segnala, invece, da parte dei primi commentatori, l'assenza del riferimento ai procedimenti di revoca delle misure di sicurezza detentive, che, proprio in ragione delle condizioni dell'interessato, avrebbero necessità di un atto di impulso da parte di soggetti diversi, pur in presenza sempre della legittimazione *ex officio* di cui all'art. 679 c.p.p.[21]. I soggetti legittimati a presentare una richiesta, prima individuati nel condannato, nell'internato, nei prossimi congiunti o nel consiglio di disciplina, sono oggi il condannato, l'internato, i prossimi congiunti, il difensore ed, inoltre, le richieste possono essere proposte dal gruppo di osservazione e trattamento. Il riferimento al Consiglio di disciplina è, invece, contenuto nell'art. 76, comma 3, d.P.R. n. 230 del 2000.

L'art. 58, commi 2 e 3, ord. penit., rubricato "Comunicazioni e attività di controllo", prevede, infine, che alle attività di controllo partecipi, ove richiesta, la polizia penitenziaria, secondo le indicazioni del direttore dell'ufficio di esecuzione penale esterna e previo coordinamento con l'autorità di pubblica sicurezza. Tale attività riguarda esclusivamente l'osservanza delle prescrizioni inerenti alla dimora, alla libertà di locomozione, ai divieti di frequentare determinati locali e persone e di detenere armi. Le attività di controllo sono svolte con modalità tali da garantire il rispetto dei diritti dell'interessato e dei suoi familiari e conviventi, da recare il minor pregiudizio possibile al processo di reinserimento sociale e la minore interferenza con lo svolgimento di attività lavorative. Si tratta, invero, di una competenza concorrente che opera solo su richiesta e previo coordinamento con l'autorità di pubblica sicurezza. Se la polizia penitenziaria riveste istituzionalmente una funzione trattamentale *intra moenia*, quando è destinata a siffatti compiti, si ritiene, invece, che debba limitarsi alla ve-

[21] M. Ruaro, *Riforma dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 10.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

rifica delle prescrizioni indicate nel precetto senza estenderne in alcun modo la portata, dovendo intendersi il suo intervento solo quale utile supporto alle altre forze di polizia[22].

8. *Il nuovo volto dell'art. 4*-bis *ord. penit.* – Non è stato esente da interventi novellistici di un certo rilievo neppure il precetto di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., norma da sempre assai discussa in quanto espressione di un trattamento penitenziario in cui si sovverte il principio di individualizzazione di cui all'art. 13 ord. penit. rispetto a peculiari tipologie di reati, sintomatiche di una forma di pericolosità *ex lege* di carattere "assoluto", la quale può essere vinta solo attraverso un complesso meccanismo ivi disciplinato. Tale meccanismo dovrà, però, oggi essere riletto alla luce della sentenza della Corte cost. n. 253 del 2019, che ha posto in crisi l'intero apparato normativo con particolare riguardo al c.d. "ergastolo ostativo", dichiarando l'illegittimità dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit., nella parte in cui non prevede la concessione dei permessi premio ai condannati non collaboratori con la giustizia, sempre che siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità della partecipazione all'associazione criminale e, più in generale, la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata nonché ove l'interessato abbia dato piena prova di partecipazione al percorso rieducativo. La presunzione di pericolosità diventa, pertanto, ai soli fini della fruizione del permesso di cui all'art. 30-*ter* ord. penit., "relativa" e, quindi, superabile dal magistrato di sorveglianza con una valutazione da operarsi caso per caso.

La posizione assunta dal giudice delle leggi, fortemente influenzata dalla recente lettura dell'art. 4-*bis* ord. penit. da parte dei giudici europei[23], si scontra, però, con una impostazione legislativa del tutto differente, confermata, tra l'altro, sia con la l. n. 3 del 2019 sia con la l. n. 69 del 2019. Il legislatore del 2019 ha, infatti, con il primo provvedimento richiamato, previsto, da un lato, un ulteriore ampliamento del novero dei delitti ricompresi proprio nel comma 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit., inserendovi gli artt. 314, comma 1, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, comma 1, 320, 321, 322, 322-*bis* c.p., dall'altro, ha precisato che il divieto di concessione dei benefici penitenziari può essere superato con riguardo al comma 1 citato allor-

[22] C. Fiorio, *Carcere: la riforma dimezzata*, cit., p. 754; F. Fiorentin, *La riforma penitenziaria*, cit., p. 65.

[23] Corte edu, 13 giugno 2019, M. Viola c./Italia, inedita.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

quando il detenuto o l'internato collabori con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* ord. penit. ovvero dell'art. 323-*bis*, comma 2, c.p. Quest'ultima è una circostanza attenuante ad effetto speciale, che consente di ridurre la misura della pena tra un terzo e due terzi per i delitti di cui agli artt. 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322 e 322-*bis* c.p. nei confronti di chi sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite. Non può che suscitare perplessità, a parte l'inopinata decisione di allargare il ventaglio di condotte criminali per cui opera il regime di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., la circostanza che l'accertamento della collaborazione, nel caso di specie, resti affidato al giudice della cognizione, cosicché l'accesso ai benefici penitenziari risulta subordinato al riconoscimento di una circostanza attenuante all'interno della sentenza di condanna[24], collaborazione, tra l'altro, non esigibile per alcune tra le fattispecie inserite dallo stesso legislatore del 2019 o perché declinate in chiave monosoggettiva come il delitto di peculato (art. 314 c.p.) ovvero costruite su uno schema peculiare di plurisoggettività in cui l'*intraneus* è l'autore e l'*extraneus* è la persona offesa come nel delitto di concussione (art. 317 c.p.). La scelta operata rispetto ai delitti contro la pubblica amministrazione sembra, pertanto, ispirata a ragioni assai distanti rispetto a quelle che hanno indotto *ab origine* la previsione di un regime del "doppio binario". È chiaro, infatti, come sia assente la constatazione che trattasi di una forma di pericolosità in qualche modo omogenea rispetto a quella sottesa ai reati di criminalità organizzata, ma, al contrario, emerge in modo evidente la sola volontà di approntare un apparato anche nel sistema penitenziario dai connotati principalmente "sanzionatori", con ovvie conseguenze rispetto a ciò che impone l'art. 27 Cost.[25].

Seguendo la medesima impostazione volta ad includere nuove fattispecie delittuose nel catalogo dei delitti per cui opera il divieto di concessione dei benefici penitenziari, la l. n. 69 del 2019 ha inserito all'art. 4-*bis*, comma 1-*quater* ord. penit. il delitto, peraltro previsto

[24] P. Scotto Di Luzio, *Effetti della l. 9 gennaio 2019, n. 3 sull'esecuzione penale e sul trattamento penitenziario*, cit., pp. 983-984. Cfr. anche V. Manes, *L'estensione dell'art. 4*-bis *ord. pen. ai delitti contro la P.A.*, cit.

[25] Cfr. anche A.M. Capitta, *La piccola riforma penitenziaria e le sue ricadute sul sistema*, cit., p. 25 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

proprio con il medesimo intervento legislativo, di cui all'art. 583-*quinquies* c.p., rubricato "Deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso", la cui condanna inibirà l'accesso ai benefici penitenziari a meno che non risulti per l'interessato una valutazione positiva in seguito all'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno anche con la partecipazione degli esperti di cui all'art. 80 ord. penit. La medesima fattispecie criminosa è, altresì, inserita nel novero delle ipotesi delittuose per cui, se commesse a danno di un minorenne, il magistrato o il tribunale di sorveglianza valuta la positiva partecipazione al programma di riabilitazione specifica di cui all'art. 13-*bis* ord. penit. (art. 4-*bis*, comma 1-*quinquies*, ord. penit.).

9. *La detenzione domiciliare per "emergenza sanitaria"* – L'art. 123, d.l. n. 18 del 2020, emesso, come prima sottolineato, in occasione della grave emergenza sanitaria, in cui, tra gli altri, versa lo Stato italiano, prevede, in deroga alla disciplina dettata agli artt. 1, 2 e 4, l. n. 199 del 2010, che, su istanza, la pena detentiva non superiore a diciotto mesi (anche se residuo di maggior pena) venga eseguita presso l'abitazione del condannato o in altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza o accoglienza.

Il regime delle preclusioni soggettive ricalca in parte quelle già presenti nella l. n. 199 del 2000, inserendovene, però, delle nuove. Sono esclusi, infatti, dall'applicabilità del disposto in questione i soggetti: condannati per taluno dei delitti di cui agli artt. 4-*bis*, ord. penit. e 572 e 612-*bis* c.p. ovvero dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza (artt. 102, 105 e 108 c.p.) ovvero sottoposti al regime di sorveglianza particolare di cui all'art. 14-*bis*, ord. penit., salvo che sia stato accolto il relativo reclamo ovvero sanzionati, nell'ultimo anno, per le infrazioni disciplinari di cui all'art. 77, comma 1, nn. 18, 19, 20 e 21, d.P.R. n. 230 del 2000 ovvero destinatari di rapporto disciplinare di cui all'art. 81, comma 1, d.P.R. n. 230 del 2000, in quanto coinvolti nei disordini e nelle sommosse a far data dal 7 marzo 2020 ovvero, infine, detenuti privi di un domicilio effettivo e idoneo anche in funzione delle esigenze di tutela della persona offesa dal reato (art. 132, comma 1, lett. *a*), *b*), *c*), *d*), *e*) ed *f*), d.l. n. 18 del 2020).

Il provvedimento è disposto dal magistrato di sorveglianza, sempre che non ravvisi "gravi motivi" ostativi alla concessione della misura, espressione, invero, troppo vaga e, dunque, foriera nella prassi di differenti letture applicative in spregio all'art. 3 Cost.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Qualora debba essere eseguita una pena detentiva superiore a sei mesi, la detenzione domiciliare deve essere disposta con l'ulteriore previsione del c.d. "braccialetto elettronico", alla cui applicazione il condannato deve, dunque, prestare consenso; meccanismo che viene disattivato quando la pena detentiva da espiare scende al di sotto della soglia dei sei mesi (art. 123, commi 3 e 4, d.l. n. 18 del 2020).

Tale prescrizione in ragione della carenza strutturale dei mezzi elettronici di controllo costituisce, invero, l'aspetto più debole di una disciplina dettata allo scopo di favorire l'esecuzione extracarceraria del maggior numero di detenuti, tenuto, altresì, conto che appare ingiustificata ed irragionevole l'obbligatorietà del suo utilizzo rispetto, ad esempio, alla disciplina di cui all'art. 47-*ter*, ord. penit., ove, anche nel caso di esecuzione di condanne molto più elevate, il ricorso al "braccialetto elettronico" è sempre facoltativo.

Al fine di rendere ancora più semplificata la procedura applicativa si precisa, altresì, che la direzione dell'istituto penitenziario non è tenuta a predisporre una vera e propria relazione, ma può limitarsi ad attestare che il *quantum* di pena da scontare rientra nei limiti imposti dall'art. 123, d.l. n. 18 del 2020, l'insussistenza di una delle menzionate preclusioni soggettive, il consenso dell'interessato all'attivazione delle procedure di controllo nonché ad allegare il verbale di accertamento dell'idoneità del domicilio nonché la documentazione attestante lo stato di tossico o alcol dipendenza e l'idoneità del relativo programma se è sottoposto o intende sottoporsi ad un programma di recupero ai sensi dell'art. 94, d.P.R. n. 309 del 1990.

L'analisi di siffatta disciplina, pur considerando la grave e complicata situazione in cui è stata elaborata, dimostra, ancora una volta, l'incapacità del legislatore di prevedere uno strumento che realmente consenta di bilanciare esigenze di tutela della salute dei detenuti ed esigenze di tutela della sicurezza pubblica.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Andrea Deffenu - Stefano Aru*

Per un rilancio della specialità nel quadro del regionalismo delle differenze

Sommario: 1. Le origini dell'appiattimento e gli strumenti per superarlo. – 2. Un recente esempio di rilancio della specialità regionale: le norme di attuazione in materia finanziaria. – 3. Un potenziale caso di rilancio della specialità regionale: gli usi civici in Sardegna. – 4. Il rilancio della specialità all'interno del regionalismo delle differenze.

1. *Le origini dell'appiattimento e gli strumenti per superarlo*. – La riforma del Titolo V, come si ricorderà, ha introdotto nel testo costituzionale alcune importanti innovazioni che hanno generato, di fatto, un sostanziale appiattimento tra Regioni speciali e Regioni ordinarie.

La prima di tali novità si rinviene nell'art. 3 della l. cost. n. 1/1999[1], il quale, nel riformare l'art. 123 Cost., ha stabilito che ciascuna Regione (ordinaria) possa determinare la propria forma di governo con uno Statuto che, diversamente dal passato[2], non è più approvato con legge della Repubblica, ma con una legge regionale rinforzata. Così statuendo, però, il legislatore costituzionale ha determinato un primo, vistoso, paradosso della specialità. Difatti, se è vero che le Regioni speciali potevano già vantare un potere siffatto, è altrettanto vero che

* Il presente contributo è frutto della riflessione congiunta dei due autori, sono tuttavia da attribuire in via esclusiva ad Andrea Deffenu i §§ 1 e 3 e a Stefano Aru i §§ 2 e 4.

[1] La l. cost. 22 novembre 1999, n. 1, reca «*Disposizioni concernenti l'elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e l'autonomia statutaria delle Regioni*».

[2] Come è noto, nel previgente art. 123 Cost. si prevedeva che «ogni Regione ha uno statuto il quale, in armonia con la Costituzione e con le leggi della Repubblica, stabilisce le norme relative all'organizzazione interna della Regione. Lo Statuto regola l'esercizio del diritto di iniziativa e del referendum sulle leggi e provvedimenti amministrativi della Regione e la pubblicazione delle leggi e dei regolamenti regionali. Lo Statuto è deliberato dal Consiglio regionale a maggioranza assoluta dei suoi componenti, ed è approvato con legge della Repubblica».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

il suo esercizio richiedeva una revisione statutaria[3], secondo la procedura prevista dall'art. 138 Cost. per le leggi costituzionali[4]. In buona sostanza, dunque, mentre le Regioni ordinarie avrebbero potuto procedere alla determinazione della propria forma di governo tramite una fonte (rinforzata) regionale, per le Regioni speciali sarebbe stato necessario procedere alla revisione di una fonte che, avendo rango costituzionale, non risultava nella loro disponibilità, ma in quella del Parlamento.

Per ovviare a tale paradosso è intervenuta, a distanza di circa due anni, la l. cost. n. 2/2001[5], la quale, nel modificare gli Statuti speciali, ha previsto che anche le Regioni ad autonomia differenziata potessero procedere alla determinazione della propria forma di governo tramite una fonte (rinforzata) regionale: la legge statutaria. Con il che, però, non si è ripristinato quel rapporto originario che garantiva maggiore autonomia alle specialità regionali, ma si è sostanzialmente certificato l'appiattimento tra Regioni ordinarie e Regioni speciali.

La seconda novità concerne, invece, le modifiche introdotte al testo costituzionale dalla l. cost. n. 3/2001[6]. Quest'ultima, come è noto, oltre a rimodellare l'articolazione territoriale della Repubblica[7], ha previsto tra le altre cose: a) un significativo incremento, almeno sul piano formale, delle funzioni legislative, amministrative e regolamentari delle Regioni; b) il ribaltamento, rispetto al passato, dell'azione della clausola di residualità, la quale non opera più in favore dello

[3] Sul procedimento per la revisione dello Statuto si v. A. Alberti, *Il procedimento di revisione dello Statuto sardo e la clausola di adeguamento automatico*, in M. Betzu, G. Demuro, P. Pinna (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Sardegna*, Giappichelli, Torino, 2020, 43 ss.

[4] Nell'art. 54 dello St. sardo, come è noto, si stabilisce che per le modificazioni dello Statuto «si applica il procedimento stabilito dalla Costituzione per le leggi costituzionali».

[5] La l. cost. 31 gennaio 2001, n. 2, reca «*Disposizioni concernenti l'elezione diretta dei Presidenti delle Regioni a Statuto speciale e delle Province autonome di Trento e di Bolzano*».

[6] La l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, reca «*Modifiche al Titolo V della parte seconda della Costituzione*».

[7] Secondo G. Demuro, *Commento all'art. 114 della Costituzione*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Utet, 2006, 2168 ss., la modifica dell'art. 114 Cost. «potrebbe essere sinteticamente raccontata scrivendo semplicemente che la disposizione che definiva il *territorio* della *Repubblica* ripartito in *Regioni, Province e Comuni* dopo la riforma perde il territorio; emerge così una *Repubblica* che viene *costituita dagli* enti che prima erano semplici ripartizioni territoriali».

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Stato, bensì a beneficio delle Regioni, come è tipico di molti Stati federali; c) infine, la possibilità, riconosciuta alle Regioni ordinarie dall'art. 116, c. 3, Cost.[8], di ottenere, con legge dello Stato, *ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia* relativamente a talune competenze attribuite alle cure esclusive dello Stato e a tutto il novero di materie di potestà legislativa concorrente.

La l. cost. n. 3 del 2001, dunque, ha rappresentato per le Regioni ordinarie una sorta di «rivoluzione copernicana»[9], creando – almeno in astratto – i presupposti per un loro rilancio. Si è così determinato, però, un secondo, altrettanto vistoso, paradosso della specialità, per il fatto che gli ulteriori margini di autonomia riconosciuti alle Regioni ordinarie erano, invece, del tutto sconosciuti alle Regioni speciali.

Tuttavia, consapevole delle asimmetrie che si sarebbero generate, il legislatore ha deciso di introdurre, all'art. 10 della medesima l. cost., una clausola di adeguamento automatico, in forza della quale, sino all'adeguamento degli Statuti, le disposizioni in essa previste si sarebbero applicate, «per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite», anche alle Regioni speciali e alle Province autonome di Trento e Bolzano. Anche in questo caso, però, il correttivo intervenuto non ha restituito alle autonomie speciali un margine di autonomia maggiore, ma ha ulteriormente ribadito il loro appiattimento sulle Regioni ordinarie.

In un contesto siffatto, si aprivano per le Regioni speciali due diversi scenari: da un lato, infatti, avrebbero potuto limitarsi a sfruttare al meglio le innovazioni introdotte per le Regioni ordinarie, certifi-

[8] Per la tesi, accolta in questa sede, secondo cui la disciplina prevista nell'art. 116, c. 3, Cost., non sarebbe estendibile anche alle Regioni speciali si v. A. Ruggeri, *Attuazione dell'art. 116, III c., Cost. e prospettive della specialità regionale*, in *Diritti regionali*, n. 1, 2020, 22 ss., secondo cui tale estensione non sarebbe possibile «se non forzando lettera e *ratio* dell'enunciato costituzionale». In direzione opposta si v., invece, D. Galliani, *All'interno del Titolo V: le "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia" di cui all'art. 116.3 Cost. riguardano anche le Regioni a Statuto speciale?*, in *Le Regioni*, n. 2/3, 2003, 423, secondo cui «dalla lettura complessiva alla legge costituzionale 3/2001 si deduce che anche alle Regioni speciali possono essere attribuite le "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia" di cui all'art. 116, 3° comma, Cost».

[9] Così R. Cherchi, I. Ruggiu, *«Effettività» e «seguito» della giurisprudenza costituzionale sul principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *«Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Napoli, 2006, 369.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

cando così l'avvenuto appiattimento; dall'altro lato, invece, avrebbero potuto rapidamente avviare le procedure per la revisione degli Statuti e per l'approvazione delle leggi statutarie, nel tentativo di rilanciare il senso stesso della specialità e di riempirla di nuovi contenuti. Spiace constatare che, almeno per quanto riguarda la Regione Sardegna, nessuno dei due interventi è giunto a buon fine. Quanto alla revisione dello Statuto, infatti, il Consiglio regionale non è stato in grado, negli anni, di elaborare una proposta che, oltre al rilancio dell'idea stessa di specialità, avrebbe potuto garantire l'adeguamento di un testo ormai vetusto, non più in grado di cogliere appieno le istanze provenienti dal mutato tessuto regionale. Rispetto all'approvazione della legge statutaria – che avrebbe consentito di disciplinare la forma di governo e i rapporti tra gli organi, i principi fondamentali di organizzazione e funzionamento della Regione, l'iniziativa legislativa popolare e i referendum regionali, oltre ai casi di ineleggibilità e incompatibilità del Presidente, degli assessori e dei consiglieri regionali – un tentativo è stato pure fatto, ma la Corte, in sede di conflitto di attribuzione tra Stato e Regione, ha proceduto all'annullamento dell'atto di promulgazione[10]. Ad oggi, dunque, se si eccettua la legge statutaria n. 1 del 2013[11], la quale concerne, però, esclusivamente le modalità d'elezione del Presidente della Giunta e dei Consiglieri regionali, manca in Sardegna una disciplina organica sulla forma di governo, sicché continua ad applicarsi la normativa transitoria prevista nella richiamata l. cost. n. 2/2001[12].

[10] Con la sentenza n. 149 del 2009, infatti, la Corte ha dichiarato che «non spettava al Presidente della Regione Sardegna promulgare la legge statutaria regionale n. 1 del 2008 in assenza della sua approvazione da parte della maggioranza dei voti validi di coloro che avevano preso parte all'apposito referendum popolare» (Punto 5 del *Considerato in diritto*). Sulle vicende legate alla legge statutaria sarda si v. I. Carlotto, *Il quorum strutturale nel referendum statutario: nota alla sentenza della Corte costituzionale n. 149 del 2009*, in *Le Regioni*, n. 5, 2009, 1089 ss.; O. Chessa, *Problemi del quorum partecipativo nel referendum sulla legge statutaria sarda*, in *Le Regioni*, n. 3, 2008, 739 ss.; G. Demuro, *Invalidità del referendum e promulgazione della legge statutaria*, in *Le Regioni*, n. 3, 2008, 755 ss.; S. Pajno, *Il regime giuridico del controllo di costituzionalità della legge statutaria nella sentenza n. 149 del 2009*, in *Giur. cost.*, n. 3, 2009, 1642 ss.

[11] La l.r. statutaria 12 novembre 2013, n. 1, reca «*Legge statutaria elettorale ai sensi dell'art. 15 dello Statuto speciale per la Sardegna*».

[12] Difatti, nell'art. 3, c. 2, della l. cost. n. 2 del 2001, si prevede che «fino alla data di entrata in vigore della legge prevista dall'art. 15 dello Statuto speciale per la Sardegna […] il Presidente della Regione è eletto a suffragio universale e diretto. L'e-

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

In attesa, dunque, che si pervenga a tali obiettivi, occorre domandarsi se vi siano, ed eventualmente quali possano essere, gli strumenti in grado di rilanciare l'ormai dormiente specialità regionale. Intendiamo sostenere, al riguardo, la tesi secondo cui, a Statuto vigente, l'unico strumento che può restituire alla specialità una nuova linfa vitale è rappresentato dalle norme di attuazione dello Statuto speciale[13]. Queste, infatti, come ha precisato la stessa Corte, costituiscono «un formidabile strumento di flessibilità del quadro delle competenze regionali, che consente – all'esito di uno speciale procedimento di formazione che vede protagoniste le commissioni paritetiche Stato-Regione – un adeguamento delle attribuzioni statutarie delle autonomie speciali alle mutate esigenze delle comunità locali»[14].

Sotto questo punto di vista, qualcosa è stata fatta, ma senza la consapevolezza del ruolo e delle enormi potenzialità che le norme di attuazione possono oggi svolgere. Tanto resta ancora da fare se si vuole davvero rivitalizzare il circuito della specialità: diversamente, non solo sarà sempre più difficile rivendicarla, ma non vi saranno più valide argomentazioni da opporre al suo superamento.

2. *Un recente esempio di rilancio della specialità regionale: le norme di attuazione in materia finanziaria*. – Come facilmente si ricava dal sito web della Regione, ad oggi sono state approvate solamente 29

lezione è contestuale al rinnovo del Consiglio regionale. Entro dieci giorni dalla proclamazione il Presidente eletto nomina i componenti la Giunta e può successivamente revocarli […]. Se il Consiglio regionale approva a maggioranza assoluta dei suoi componenti una mozione motivata di sfiducia nei confronti del Presidente della Regione, presentata da almeno un quinto dei consiglieri e messa in discussione non prima di tre giorni dalla sua presentazione, entro tre mesi si procede a nuove elezioni del Consiglio e del Presidente della Regione. Si procede parimenti a nuove elezioni del Consiglio e del Presidente della Regione in caso di dimissioni, impedimento permanente o morte del Presidente».

[13] Sulle norme di attuazione si v. i lavori di M. Cosulich, *Il decreto legislativo di attuazione statutaria nelle Regioni ad autonomia speciale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017; S. Pajno, *Le disposizioni di attuazione dello Statuto*, in *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Sardegna*, cit., 73 ss.; M. Sias, *Le norme di attuazione degli Statuti speciali. Dall'autonomia differenziata all'autonomia speciale*, Jovene, Napoli, 2012. Si v., altresì, M. Corrias, *Le norme di attuazione come prospettiva per il rilancio della specialità sarda*, in M. Cardia (a cura di), *70 anni di Autonomia speciale della Sardegna*, Aipsa, Cagliari, 2018, 103 ss.

[14] Si v. Corte cost., sent. n. 65 del 2019, Punto 1.2 del *Considerato in diritto*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

norme di attuazione dello Statuto speciale[15]. Si tratta di un dato che, se raffrontato a quello di talune specialità del nord, mostra quanto poco la Sardegna abbia puntato su tale strumento[16]. Di recente, però, si è giunti all'approvazione di una norma di attuazione dell'art. 8 dello Statuto speciale, che ha rappresentato un importante punto di approdo nelle relazioni finanziarie con lo Stato.

Per comprendere fino in fondo la portata di tale provvedimento, può essere utile ricostruire brevemente il quadro entro il quale esso si è inserito. Come è noto, sulla base di quanto previsto dall'art. 54, c. 5, dello Statuto, le disposizioni sulle relazioni finanziare tra Stato e Sardegna, rinvenibili al Titolo III, risultano modificabili «con leggi ordinarie della Repubblica su proposta del Governo o della Regione, in ogni caso sentita la Regione». Per la loro modifica, dunque, non è necessario attivare il procedimento di revisione statutaria, ma è sufficiente pervenire all'approvazione di una legge statale, la cui elaborazione veda, però, il coinvolgimento della parte regionale.

Seguendo il procedimento richiamato, il più recente intervento normativo in materia si è avuto con la l. n. 296 del 2006[17], con la quale è stato modificato, per la seconda volta[18], l'art. 8 dello Statuto speciale[19]. Il provvedimento ha avuto natura duplice: da un lato, infatti, sono state riconosciute alla Regione, a decorrere dal 2010, ulteriori entrate[20]; dall'altro lato, invece, nell'ottica di un reciproco bilanciamento, sono state trasferite alla Sardegna funzioni fino a quel mo-

[15] Il dato richiamato è facilmente rinvenibile sul sito istituzionale della Regione Sardegna.

[16] Non è secondario ricordare che, ai sensi dell'art. 56 dello Statuto speciale, è attribuito a una Commissione paritetica di quattro membri, di cui due di nomina statale e due di nomina regionale, il potere di proporre «le norme relative al passaggio degli uffici e del personale dallo Stato alla Regione, nonché le norme di attuazione del presente Statuto. Tali norme saranno sottoposte al parere della Consulta o del Consiglio regionale e saranno emanate con decreto legislativo».

[17] La l. 27 dicembre 2006, n. 296, reca «*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007)*».

[18] Il primo intervento, infatti, si è avuto con la l. 13 aprile 1983, n. 122, recante «*Norme per il coordinamento della finanza della Regione Sardegna con la riforma tributaria e finanziamento del decreto del Presidente della Repubblica 7 giugno 1979, n. 259, e del decreto del Presidente della Repubblica 19 giugno 1979, n. 348; e disposizioni in materia finanziaria per la Regione Friuli-Venezia Giulia*».

[19] Per una più diffusa trattazione sul punto, si v. S. Aru, *La "vertenza entrate" tra Stato e Sardegna*, in *Diritti regionali*, n. 1, 2019, 12.

[20] Si v. l'art. 1, c. 838, della l. n. 296 del 2006.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

mento gestite (*rectius*, finanziate) a livello statale[21]. Più in particolare, per compensare l'incremento delle entrate, si è previsto che la Regione provvedesse integralmente al finanziamento del Servizio sanitario sul proprio territorio e che alla stessa venissero trasferite le funzioni relative al trasporto pubblico locale e alla continuità territoriale, con la possibilità, però, in relazione a questi ultimi due settori, di beneficiare, per gli anni 2007, 2008 e 2009, di finanziamenti statali[22].

Sennonché, mentre la Regione ha adempiuto alle sue funzioni, lo Stato si è mostrato particolarmente restio nel trasferire le risorse ad essa spettanti. Ne è scaturito un estenuante contenzioso davanti alla Corte, che ha condotto all'approvazione, a seguito di reiterate trattative tra le parti, del d.lgs. n. 124/2016[23], di attuazione dell'art. 8 dello Statuto speciale.

Si tratta di un provvedimento estremamente importante, con il quale, oltre ad aver stabilito i parametri per l'esatta definizione delle entrate e le modalità per il loro trasferimento, si è previsto sia un nuovo incremento delle entrate regionali, sia l'impossibilità per lo Stato, a parte talune eccezioni, di assoggettare a riserva erariale le compartecipazioni al gettito spettanti alla Regione Sardegna.

Più in particolare, con l'art. 1, c. 2, della norma di attuazione, si è statuito il principio per cui il *quantum* dei trasferimenti spettanti alla Regione debba essere calcolato, oltre che sulla base delle entrate riscosse sul proprio territorio, anche in forza «delle entrate di pertinenza regionale affluite […] a uffici situati fuori dal territorio della Regione». Per la verità, quello della *territorialità diffusa* è un principio che non era sconosciuto allo Statuto speciale, ma che applicandosi ora anche all'imposta sul reddito delle società (per le imprese con stabilimenti in Sardegna ma sede legali fuori)[24], a quella sulle assicurazioni e sulle riserve matematiche[25], nonché alle ritenute sui redditi di capitale (ad esempio le banche con filiali in Sardegna ma sede legale fuori)[26], ha generato un notevole incremento delle risorse re-

[21] Così l'art. 1, cc. 836 e 837, della l. n. 296 del 2006.

[22] Si v. l'art. 1, c. 840, della l. n. 296 del 2006.

[23] Il d.lgs. 9 giugno 2016, n. 114, reca «*Norme di attuazione dell'articolo 8 dello Statuto speciale della Regione autonoma della Sardegna - legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 3, in materia di entrate erariali regionali*».

[24] Si v. l'art. 5 del d.lgs. n. 114 del 2016.

[25] Così l'art. 12 del d.lgs. n. 114 del 2016.

[26] Si v. l'art. 7, c. 1, del d.lgs. n. 114 del 2016.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

gionali. Tanto più per il fatto che, con l'art. 18 del d.lgs. in esame, si è previsto che le norme ivi previste avrebbero avuto effetto retroattivo, decorrendone gli effetti a partire dal 2010[27].

Con l'art. 15, poi, come anticipato, si è stabilito che le compartecipazioni spettanti, a norma dell'art. 8 dello Statuto, alla Regione Sardegna, non possano «essere oggetto di riserva erariale»[28]. Non è consentito allo Stato, dunque, sottrarre «definitivamente all'ente territoriale una quota di compartecipazione al tributo erariale che gli sarebbe spettata», per appropriarsene «a tutti gli effetti al fine di soddisfare proprie finalità»[29]. Sennonché, nel comma successivo si prevede che tale previsione possa essere derogata, previa comunicazione alla Regione, laddove «intervengano eventi eccezionali e imprevedibili»[30]. In questo caso, infatti, «il gettito derivante dall'istituzione di nuovi tributi o da maggiorazioni di aliquote determinati con legge statale può essere riservato allo Stato, a condizione che il medesimo gettito sia specificamente finalizzato alla copertura degli oneri derivanti dagli eventi anzi detti, sia temporalmente delimitato e distintamente contabilizzato nel bilancio statale»[31]. In definitiva, dunque, l'approvazione delle norme di attuazione, oltre ad aver generato un incremento delle entrate, ha eretto un argine a garanzia della finanza regionale, il quale può essere valicato solo laddove intervengano eventi eccezionali e imprevedibili che autorizzino un prelievo di risorse da parte dello Stato.

Tuttavia, malgrado tale garanzia, lo Stato non ha tardato ad approvare misure volte a trattenere al centro risorse spettanti, ai sensi dell'art. 8 dello Statuto e della sua norma di attuazione, alla Regione Sardegna. Così, con la sentenza n. 31 del 2019, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi su un conflitto di attribuzione, proposto dalla Regione Sardegna avverso lo Stato, avente ad oggetto due decreti del Ministro dell'Economia e delle Finanze – il primo adottato il 21 settembre 2016 e riferito all'anno 2012; il secondo, invece, adottato l'8 maggio 2017 e riferito all'anno 2013 – con i quali si disponeva una riserva erariale sul maggior gettito derivante dalla tassa automobili-

[27] Difatti, nell'art. 18, c. 1, del d.lgs. in esame si prevede che «*Le disposizioni del presente decreto legislativo si applicano a decorrere dal 1° gennaio 2010*».

[28] Si v. l'art. 15, c. 1, del d.lgs. n. 114 del 2016.

[29] Così Corte cost., sent. n. 77 del 2015, Punto 10 del *Considerato in diritto*.

[30] Si v. l'art. 15, c. 2, del d.lgs. n. 114 del 2016.

[31] *Ibidem*.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

stica compartecipata, per i sette decimi, dalla Regione Sardegna[32]. I decreti in questione, quindi, essendo riferiti alle annualità 2012 e 2013, risultavano sottoposti alla disciplina prevista nel d.lgs. n. 114 del 2016, il quale, ancorché approvato successivamente, produceva i suoi effetti a partire dal 1° gennaio 2010.

Si trattava di capire, dunque, per la Corte, se lo Stato potesse applicare una riserva erariale sul gettito della tassa automobilistica che, a partire dal 2010, è compartecipato dalla Regione Sardegna e, dunque, soggetto alle sole deroghe previste dall'art. 15 del d.lgs. n. 114 del 2016, successivamente intervenuto. Ebbene, non rinvenendo la presenza di alcun *evento eccezionale e imprevedibile*, la Corte ha deciso per l'annullamento dei decreti in esame. Tuttavia, a suscitare maggiore interesse nella pronuncia in esame non è tanto questo aspetto, quanto l'affermazione della Corte secondo cui, quand'anche si ritenesse che i decreti impugnati siano di mera attuazione legislativa, essi sarebbero destinati a soccombere al cospetto delle norme di attuazione dello Statuto speciale. Queste, infatti, si fondano «su un potere attribuito dalla norma costituzionale in via permanente e stabile, la cui competenza ha carattere riservato e separato rispetto a quella esercitabile dalle leggi ordinarie della Repubblica»[33]. Esse, insomma, «non possono essere modificate che mediante atti adottati con il procedimento appositamente previsto negli Statuti»[34], prevalendo, così, «nell'ambito della loro competenza, sulle stesse leggi ordinarie»[35].

In conclusione, l'approvazione delle norme di attuazione dell'art. 8 dello Statuto ha rappresentato per la Sardegna una svolta importante nelle relazioni finanziarie con lo Stato. Tali norme, infatti, da un lato, hanno garantito un nient'affatto marginale incremento delle

[32] Difatti, la l. n. 296 del 2006, nel modificare l'art. 8 dello Statuto sardo, ha previsto che, a decorre dal 1° gennaio 2010 (art. 1, c. 838), sarebbe stata riconosciuta alla Regione una compartecipazione derivante «dai sette decimi di tutte le entrate erariali, dirette o indirette, comunque denominate, ad eccezione di quelle di spettanza di altri enti pubblici» (art. 1, c. 834, lett. *m*).

[33] Si v. Corte cost., sent. n. 31 del 2019, Punto 4.1 del *Considerato in diritto*.

[34] Si v. Corte cost., sent. n. 51 del 2006, Punto 5 del *Considerato in diritto*. Sulla sentenza in esame si v. G. Demuro, M. Betzu, *La tutela paesistico-ambientale tra interessi territoriali "speciali" e generali esigenze di uniformità*, in *Le Regioni*, n. 4, 2006, 840 ss.

[35] Si v. Corte cost., sent. n. 31 del 2019, Punto 4.1 del *Considerato in diritto*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

entrate regionali; dall'altro, grazie alla loro forza passiva, rappresentano un sicuro baluardo in grado di respingere le eventuali tendenze bulimiche statali.

3. *Un potenziale caso di rilancio della specialità regionale: gli usi civici in Sardegna*. – Se il caso richiamato mostra molto bene la rilevanza delle norme di attuazione, c'è un altro ambito rispetto al quale la loro approvazione sarebbe, a nostro avviso, decisiva. Ci riferiamo alla *vexata quaestio* degli usi civici in Sardegna. Si tratta di una tema centrale per le sorti della Regione, se si considera che all'esito dell'attività di accertamento, condotta – e oramai quasi ultimata – dall'Agenzia regionale Argea, più di un sesto del territorio dell'isola risulterà gravato da diritti di uso civico. La sua centralità è ribadita, inoltre, dal fatto che il tema delle terre civiche, così come quello delle relazioni finanziarie, è stato oggetto di un lungo contenzioso che ha visto contrapporsi, a più riprese, Stato e Regione Sardegna.

Può essere utile ripercorrere, brevemente, i termini della vicenda, a partire dalla diversità di vedute in merito alla titolarità della competenza in esame. Da un lato, infatti, la Regione Sardegna rivendica, ai sensi dell'art. 3, c. 1, lett. *n*), un titolo competenziale primario in materia. Dall'altro lato, invece, lo Stato ritiene che, dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 42 del 2004, vale a dire il Codice dei beni culturali e del paesaggio, l'ambito materiale in esame, considerata la sua soggezione a vincolo paesaggistico, sia da ritenersi sottoposto a una disciplina condivisa tra Stato e Regione. Al fondo dell'assunto statale vi sarebbero gli artt. 135 e 143 del decreto richiamato, i quali dispongono, in particolare, che: a) la disciplina sugli usi civici debba trovar sede nei Piani paesaggistici regionali; b) i Piani paesaggistici regionali debbano essere approvati congiuntamente tra Regione e Ministero. Ne risulta, dunque, secondo tale prospettiva, che, dovendo essere gli usi civici disciplinati nel Piano paesaggistico, ed essendo questo oggetto di concertazione con lo Stato, va da sé che qualsiasi intervento regionale in materia debba scaturire da un previo accordo con lo Stato. Resta però il fatto che, disponendo di un titolo primario in materia, la disciplina richiamata non dovrebbe intendersi applicabile anche alla Regione Sardegna. Sennonché – ed è questo il vero *punctum dolens* della vicenda – tale disciplina, essendo stata qualificata, sia dal legislatore che dalla Corte, come norma fondamentale di riforma economico-sociale, è da intendersi estendibile anche alla

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Sardegna, in quanto limite all'esercizio della potestà primaria della Regione in materia[36].

Su tale disputa si è innestato un aspro contenzioso costituzionale che ha visto sottoposte al vaglio del Giudice delle leggi ben tre leggi regionali, tutte accomunate dal medesimo obiettivo, ovvero: a) liberare dal diritto di uso civico tutte quelle terre che avessero irrimediabilmente perduto, nel corso degli anni, le loro caratteristiche originarie; b) risolvere intricate e risalenti questioni giuridiche legate alla titolarità e alla qualificazione di numerosi terreni, già soggetti o assoggettabili – a seguito di riconoscimento – a uso civico, che, negli anni, erano stati oggetto di alienazioni, occupazioni più o meno abusive, nonché di trasformazioni irreversibili del fondo.

In linea con tali obiettivi, la l.r. n. 19 del 2013[37] ha previsto, in particolare, la sclassificazione *ex lege* dei terreni ad uso civico che avessero perduto «la destinazione funzionale originaria di terreni pascolativi o boschivi» o, comunque, per i quali non fosse «riscontrabile né documentabile l'originaria sussistenza del vincolo demaniale civico»[38]. Ancor più netto, se si vuole, l'approccio sottostante alla l.r. n. 5 del 2016[39], con la quale, oltre alla possibilità di procedere alla sclassificazione di quei terreni che, alla data di entrata in vigore del provvedimento, fossero già adibiti «alla localizzazione di insediamenti produttivi»[40], si è stabilito: a) la sclassificazione *ex lege* di alcuni terreni siti nel Comune di Irgoli per i quali fosse «stata riconosciuta la perdita della destinazione funzionale originaria di terreni boschivi o pascolativi»[41]; b) la sclassificazione *ex lege* di alcuni terreni siti nel Comune di Orosei che avessero perduto «l'originaria destinazione di uso civico»[42]. Da tale intervento affiorava, dunque, il tentativo, nient'af-

[36] Non è ultroneo rammentare, al riguardo, che, ai sensi dell'art. 3, c. 1, dello Statuto speciale, la potestà legislativa primaria regionale deve essere esercitata «in armonia con la Costituzione e i principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica e col rispetto degli obblighi internazionali e degli interessi nazionali, nonché delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica».

[37] La l.r. 2 agosto 2013, n. 19, reca «*Norme urgenti in materia di usi civici, di pianificazione urbanistica, di beni paesaggistici e di impianti eolici*».

[38] Così l'art. 1, c. 3, della l.r. n. 19 del 2013.

[39] La l.r. 11 aprile 2016, n. 5, reca «*Disposizioni per la formazione del bilancio di previsione per l'anno 2016 e per gli anni 2016-2018 (legge di stabilità 2016)*».

[40] Si v. l'art. 4, c. 25, della l.r. n. 5 del 2016.

[41] Così l'art. 4, c. 26, della l.r. n. 5 del 2016.

[42] Si v. l'art. 4, c. 27, della l.r. n. 5 del 2016, nel quale si prevedeva, altresì, che «le cessazioni degli usi civici hanno efficacia dalla data degli atti o provvedimenti

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

fatto celato, di risolvere annose questioni giuridiche, le quali, però, avrebbero richiesto soluzioni più articolate e non meccanismi normativi, come quello della sclassificazione *ex lege*, volti esclusivamente ad eliminare i diritti di uso civico dalle terre che ne sono gravate. Il riferimento è, in particolare, al caso paradigmatico del Comune di Orosei che, nel corso degli anni, ha proceduto alla vendita a soggetti privati di numerosi terreni, situati lungo il litorale, sui quali gravavano, però, i diritti di uso civico. Aree nelle quali sono sorti, successivamente, complessi turistici e residenziali i cui acquirenti, a loro volta, non erano a conoscenza, prima dell'accertamento, dell'esistenza di tali vincoli[43].

Un caso, questo come altri, destinato a mantenersi irrisolto, giacché la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di entrambi gli interventi normativi regionali. Con la sentenza n. 210 del 2014, infatti, la Corte ha caducato le previsioni contenute nella l.r. n. 19 del 2013 per frontale contrasto con il principio di copianificazione previsto nel richiamato d.lgs. n. 42 del 2004. Secondo la Corte, infatti, la Regione non solo avrebbe dovuto coinvolgere lo Stato nelle scelte attinenti al regime giuridico delle terre, ma avrebbe dovuto garantirgli la possibilità di «far valere gli interessi di cui è portatore sin nella formazione del piano straordinario di accertamento demaniale, concorrendo a verificare se sussistano o meno le condizioni per la loro stessa conservazione»[44]. Con la sentenza n. 103 del 2017, invece, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale delle disposizioni previste nella l.r. n. 5 del 2016, la Corte, oltre a ribadire la violazione del principio di copianificazione, ha addotto come ulteriore argomento il fatto che le misure in essa contemplate fossero tutte dirette, pur con diversa tecnica normativa, «a ridurre, attraverso la piena sclassificazione, il patrimonio vincolato»[45].

Sulla scia degli indirizzi giurisprudenziali richiamati si inserisce il

ovvero, se precedenti, dalle date indicate negli atti o provvedimenti dalla data in cui è venuta meno la destinazione funzionale degli usi civici».

[43] Per una puntuale ricostruzione della vicenda si v. l'articolo *Ma che vuol fare la Giunta Solinas sugli usi civici?*, pubblicato sul sito web *www.gruppodinterventogiuridicoweb.com* il 20 settembre 2019.

[44] Si v. Corte cost., sent. n. 210 del 2014, Punto 9.2 del *Considerato in diritto*. Sulla sentenza in esame si v. il commento di A. Simonati, *Gli usi civici nelle Regioni a statuto speciale, fra tutela delle autonomie e salvaguardia dell'interesse nazionale*, in *Le Regioni*, n. 2, 2015, 411 ss.

[45] Si v. Corte cost., sent. n. 103 del 2017, Punto 4 del *Considerato in diritto*.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

terzo e ultimo intervento regionale, il quale contemplava, a ben riflettere, un'interessante soluzione di compromesso. Difatti, nella l.r. n. 11 del 2017[46], anziché stabilire che i terreni gravati da uso civico fossero definitivamente sottratti, tramite sclassificazione, alla collettività, si è prevista la possibilità di procedere, a seguito di sdemanializzazione, al «trasferimento dei diritti di uso civico in altri terreni di proprietà comunale idonei all'esercizio dei diritti di uso civico, agrario, boschivo o pascolativo, quantomeno di analoga estensione e valore paesaggistico»[47]. Non più, quindi, una riduzione del patrimonio civico, bensì una soluzione compensativa che avrebbe potuto addirittura determinare una sua notevole estensione.

Sta di fatto che neppure una soluzione siffatta ha incontrato il favore della Corte. Non solo. Difatti, nella sentenza n. 178 del 2018, la Corte, oltre a rilevare la lesione del principio di copianificazione, ha ulteriormente irrobustito il suo apparato argomentativo adducendo la violazione dell'art. 117, c. 2, lett. *l*), Cost., che attribuisce alle cure esclusive dello Stato la materia "ordinamento civile". Secondo la Corte, infatti, la previsione richiamata inciderebbe su una competenza, quella relativa al regime civilistico dei beni civici, che «non appartiene e non è mai appartenuta alla Regione autonoma della Sardegna»[48].

Insomma, dalla giurisprudenza costituzionale in materia emerge come, a prescindere dalla soluzione individuata, qualsiasi intervento regionale in materia di usi civici necessiti di un previo accordo con la Stato. Se si considera, poi, il regime di indisponibilità dell'uso civico, ribadito, peraltro, dalla recente l. n. 168 del 2017[49], l'unica ipotesi ammessa, a parte talune eccezioni[50], è quella del mutamento di

[46] La l.r. 3 luglio 2017, n. 11, reca «*Disposizioni urgenti in materia urbanistica ed edilizia. Modifiche alla legge regionale n. 23 del 1985, alla legge regionale n. 45 del 1989, alla legge regionale n. 8 del 2015, alla legge regionale n. 28 del 1998, alla legge regionale n. 9 del 2006, alla legge regionale n. 22 del 1984 e alla legge regionale n. 12 del 1994*».

[47] *Ibidem*. Si v. l'art. 39, c. 1, della l.r. n. 11 del 2017.

[48] Si v. Corte cost., sent. n. 178 del 2018, Punto 5 del *Considerato in diritto*.

[49] Nell'art. 3, c. 3, della legge 20 novembre 2017, n. 168, recante «*Norme in materia di domini collettivi*», si prevede, infatti, che «il regime giuridico dei beni […] resta quello dell'inalienabilità, dell'indivisibilità, dell'inusucapibilità e della perpetua destinazione agro-silvo-pastorale».

[50] Si tratta delle eccezioni contemplate nella l. n. 1766 del 1927, sulla quale si v. N. Colleo, *La dimensione paesaggistico-ambientale dell'uso civico. Riflessioni sulle origini e proiezioni verso una moderna dimensione della gestione delle terre di dominio collettivo*, in *Federalismi.it*, n. 2, 2020, 51 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

destinazione del terreno, il quale «ha lo scopo di mantenere, pur nel cambiamento d'uso, un impiego utile alla collettività che ne rimane intestataria»[51]. A differenza, infatti, delle ipotesi di sclassificazione, che «sottraggono in via definitiva il bene alla collettività e al patrimonio tutelato»[52], il mutamento di destinazione rimodella «il vincolo ambientale verso una nuova finalità comunque conforme agli interessi della collettività»[53].

Stando così le cose, è lecito domandarsi, anzitutto, cosa resti della competenza primaria in materia riconosciuta dall'art. 3, c. 1, lett. *n*), dello Statuto speciale; in secondo luogo, quali possano essere, in tale contesto, gli strumenti utili a risolvere le questioni sopra richiamate e, soprattutto, a disciplinare in modo organico una materia che, per la sua rilevanza, risulta determinante per le sorti della Regione Sardegna. Riteniamo possibili, al riguardo, tre diverse soluzioni normative.

La prima sarebbe quella di elaborare una nuova legge regionale che, seguendo le indicazioni promananti dalla Corte, provi ad individuare dei meccanismi che siano in grado sia di risolvere le questioni ancora aperte, sia di definire degli indirizzi di sviluppo e valorizzazione delle aree soggette ai diritti di uso civico. Tuttavia, si tratterebbe di una soluzione estremamente svilente rispetto al riconoscimento alla Regione di una competenza primaria in materia. Considerati poi gli approdi a cui è giunta la Corte, il rischio di una nuova caducazione sarebbe altissimo, dovendosi dunque preferire percorsi normativi alternativi.

La seconda soluzione sarebbe, in linea con tali riflessioni, quella di elaborare, con l'auspicabile supporto da parte di altre Regioni, una proposta di legge d'iniziativa regionale da presentare alle Camere[54].

[51] Si v. Corte cost., sent. n. 113 del 2018, Punto 6.1 del *Considerato in diritto*. Sulla sentenza in esame si v. E. Buoso, *La disciplina dei terreni gravati da usi civici e delle terre collettive tra paesaggio e ordinamento civile*, in *Le Regioni*, n. 5/6, 2018, 1074 ss. Si v., inoltre, F. Politi, *Una sentenza storica in materia di usi civici e proprietà collettive?*, in *Giur. cost.*, n. 3, 2018, 1275 ss., e L. De Lucia, *Gli usi civici tra autonomia delle collettività e accentramento statale*, *ivi*, 1284 ss.

[52] Si v. Corte cost., sent. n. 103 del 2017, Punto 3.4 del *Considerato in diritto*.

[53] *Ibidem*.

[54] Si tratta della tesi sostenuta dal *Gruppo d'Intervento Giuridico onlus*, associazione ecologista da sempre sensibile alla tematica degli usi civici in Sardegna. Difatti, in un contributo apparso in data 1° marzo 2020 nella pagina web di riferimento (*www.gruppodinterventogiuridicoweb.com*), si legge che «sarebbe, pertanto, opportuna un'iniziativa legislativa promossa dalla Regione autonoma della Sardegna in

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Si tratterebbe, insomma, di sollecitare il legislatore statale ad un nuovo intervento normativo in materia, il quale, oltre a prevedere meccanismi utili per la risoluzione del caso sardo, sia volto ad aggiornare una normativa, quella risalente alla l. n. 1766 del 1927, ormai anacronistica, giacché «le finalità oggi assegnate alle terre civiche – tutela e valorizzazione dell'ambiente e del paesaggio – si rivelano opposte e inconciliabili a quelle che tale atto ormai desueto era chiamato a perseguire»[55]. Tuttavia, quand'anche il legislatore statale decidesse di dar seguito alla proposta, il provvedimento normativo non sarebbe in grado di cogliere appieno le peculiarità del caso sardo, dovendo – per ovvie ragioni – tenere conto della dimensione nazionale del fenomeno.

Peraltro, è la stessa l. n. 168 del 2017, laddove stabilisce che i principi ivi contenuti «si applicano alle Regioni a statuto speciale […] in conformità ai rispettivi statuti e alle relative norme di attuazione»[56], a consigliare, pur implicitamente, al legislatore regionale di perseguire altre vie. E questa via, in linea con la tesi sostenuta in questo scritto, non può che essere quella dell'approvazione di una norma di attuazione dell'art. 3, c. 1, lett. *n*), dello Statuto, la quale, oltre a risolvere le ingarbugliate questioni giuridiche, contempli una disciplina organica in grado di trasformare gli usi civici da problema a strumento per lo sviluppo economico e sociale della Sardegna. Affinché ciò accada, è indispensabile che la Regione ottenga dallo Stato, più ancora che la materia, la gestione delle politiche pubbliche che insistono su tale oggetto[57]. E ciò è possibile solo attraverso le norme di attuazione dello Statuto speciale. Queste, infatti, rispondendo alle peculiarità del territorio, consentirebbero di definire un progetto di valorizzazione del patrimonio civico che si attagli alle esigenze regionali, le quali ri-

coordinamento con le altre Regioni e Province autonome per un'integrazione della legge n. 168/2017 che contemplasse le procedure relative a permute e trasferimenti dei diritti di uso civico».

[55] Così A. Deffenu, *Gli usi civici in Sardegna dopo le sentenze più recenti della Corte costituzionale: questioni aperte e possibili soluzioni*, in *Le Regioni*, n. 4, 2019, 1257.

[56] Si v. l'art. 2, c. 5, della l. n. 168 del 2017.

[57] La tesi secondo cui intercorre una netta differenza tra materie e politiche pubbliche è stata sostenuta da R. Bin, *Il governo delle politiche pubbliche tra Costituzione ed interpretazione del giudice costituzionale*, in *Le Regioni*, n. 3, 2013, 509, secondo cui, «purtroppo, la nostra Costituzione non parla di politiche pubbliche, ma organizza l'intero quadro dell'autonomia regionale e del rapporto tra lo Stato e le Regioni attraverso la tecnica della enumerazione delle materie: e le materie sono tutt'altra cosa dalle politiche pubbliche».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

sultano estremamente differenti rispetto ad altre realtà italiane. Ciò, peraltro, all'interno di una cornice normativa – come ci mostra molto bene il caso delle norme di attuazione in materia finanziaria – impermeabile a successive incursioni da parte del legislatore statale.

4. *Il rilancio della specialità all'interno del regionalismo delle differenze*. – Che la specialità sia – e non da oggi – sottoposta a *stress* è opinione tanto diffusa quanto condivisibile[58]. Sono sempre più frequenti, infatti, le posizioni di coloro che vorrebbero un suo definitivo superamento, in quanto non vi sarebbero più valide ragioni in grado di giustificarne la sopravvivenza. Si tratta di un indirizzo che, sebbene non condivisibile per la sua nettezza, non può non sollecitare agli studiosi un'attenta riflessione. Assunto che la specialità, per come era stata pensata in origine, sembra aver esaurito la sua spinta propulsiva, occorre domandarsi se, con gli strumenti disponibili a normativa vigente, essa possa superare la crisi da cui sembra essere irrimediabilmente afflitta e ritrovare una nuova e più forte legittimazione.

Abbiamo tentato di dimostrare, al riguardo, come, anziché rincorrere soluzioni allo stato irraggiungibili, come la revisione dello Statuto e/o l'approvazione di una legge statutaria organica, sarebbe preferibile che il decisore politico si concentrasse sulle norme di attuazione dello Statuto speciale, unico strumento in grado di restituire oggi alla specialità una nuova linfa vitale. Spesso erroneamente sottovalutate, esse non soltanto possiedono un sicuro ruolo «interpretativo […] delle […] espressioni statutarie»[59], ma consentono anche di ottenere «maggiori funzioni»[60] nell'ambito delle competenze da esse garantite. Le norme di attuazione, insomma, rappresentano un mezzo che, se sfruttato fino in fondo, può permettere alla Regione di attrarre dallo Stato non tanto ulteriori materie, quanto le politiche annesse alle materie già note al testo statutario.

Si tratta di un aspetto di non poco conto. Difatti, come è stato ben evidenziato, mentre le politiche «si svolgono per programmi» e «sollecitano a impiegare tutti gli strumenti utili alla soluzione del problema affrontato», le materie «etichettano ciascuno strumento e lo

[58] Sul punto si v. A. Riviezzo, *La persistente specialità regionale*, in *Federalismi.it*, n. 5, 2020, 177.

[59] Si v. Corte cost., sent. n. 51 del 2006, Punto 5 del *Considerato in diritto*.

[60] Così Corte cost., sent. n. 65 del 2019, Punto 1.2 del *Considerato in diritto*.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

collocano in un ambito separato dagli altri»[61]. Ottenere le politiche inerenti a una certa materia significa, dunque, per una Regione, poter approcciare alla sua disciplina avendo cura della sua complessità e delle peculiarità del contesto in cui tale disciplina produrrà i suoi effetti.

Tuttavia, perché ciò accada, è necessario che la classe dirigente regionale colga le trasformazioni in atto nel regionalismo italiano, ovvero comprenda che il riconoscimento di ulteriori margini di autonomia transita, oggi, non più attraverso le Assemblee rappresentative, ma tramite la contrattazione tra Esecutivi[62]. Del resto, che il modello pattizio stia assumendo sempre maggiore centralità si evince, ad esempio, dal versante finanziario, dove l'accordo è divenuto ormai il principale strumento di regolazione delle relazioni finanziarie tra Stato e autonomie speciali[63].

Ma la tendenza alla contrattazione si estende, oggi, a ben osservare, anche alle Regioni ordinarie. Si pensi, ad esempio, alle trattative avviate da Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna volte ad ot-

[61] Così R. Bin, *Il governo delle politiche pubbliche tra Costituzione ed interpretazione del giudice costituzionale*, cit., 510, il quale argomenta, altresì, che «una politica pubblica rivolta, per esempio, al rilancio di un certo settore produttivo può avere bisogno di agire sul costo del lavoro, sulla flessibilità contrattuale, sulla riqualificazione professionale, sulla conflittualità sindacale, sul regime fiscale dell'impresa dei suoi beni, sul costo dei servizi sociali garantiti ai dipendenti […] e su una quantità di altre "prestazioni" pubbliche che nemmeno riesco ad immaginare. Ognuna di esse ricade in una "materia" diversamente etichettata e diversamente attribuita».

[62] Che qualcosa, forse, si stia muovendo, emerge dalla deliberazione n. 50/11 del 10 dicembre 2019, con la quale la Giunta regionale ha approvato uno schema di decreto legislativo recante «Norme di attuazione dello statuto speciale per la Sardegna in materia di strade, porti, aeroporti e opere idrauliche e di edilizi pubblica ed in general di infrastrutturazione del territorio regionale». Il tentativo, esplicitato nella relazione illustrativa allegata, è di «superare i ristretti margini» entro i quali il legislatore statale ha definito i contorni della competenza legislativa regionale nella suindicata materia, conseguendo, in tal modo, «un adeguamento delle attribuzioni statutarie che consentirà l'individuazione e l'ampliamento in capo alla regione Autonoma della Sardegna di una competenza primaria in materia».

[63] Come si legge nella sentenza n. 19 del 2015, Punto 6.2 del *Considerato in diritto*, «lo strumento dell'accordo serve a determinare nel loro complesso punti controversi o indefiniti delle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni, sia ai fini del raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica nel rispetto dei vincoli europei, sia al fine di evitare che il necessario concorso delle Regioni comprima oltre i limiti consentiti l'autonomia finanziaria ad esse spettante». Sulla sentenza in esame si v. R. Bin, *L'autonomia finanziaria delle Regioni speciali tra vincoli europei, obbligo di solidarietà e leale cooperazione*, in *Le Regioni*, n. 3, 2015, 799 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

tenere dallo Stato, ai sensi dell'art. 116, c. 3, Cost., *ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia* con riferimento ad alcune materie di potestà esclusiva statale e a tutto il novero delle materie concorrenti. Sono trattative che, come è noto, richiedono il raggiungimento di un'intesa tra Stato e Regione, alla quale si perviene, però, non tanto nelle Assemblee rappresentative quanto nei tavoli ministeriali.

La strada intrapresa dal regionalismo italiano appare, in definitiva, quella della contrattazione tra Stato e singola autonomia regionale, dove il modello duale Regioni ordinarie/Regioni speciali, che ha caratterizzato fino ad oggi i rapporti tra Stato e Regioni, è destinato ad essere superato da un regionalismo fondato sulle differenze, nel quale ad essere protagoniste non saranno più le ragioni storico-istituzionali dell'autonomia, ma le peculiarità dei singoli territori[64]. È necessario rendersi conto, insomma, che il regionalismo dell'uniformità, nel quale a tutte le Regioni sono riconosciute le medesime materie, non appare più al passo coi tempi, essendo sempre più pressante, viceversa, la necessità di una differenziazione fondata sulle istanze provenienti dal territorio. Basti pensare, in questa prospettiva, alla richiamata materia degli usi civici, la quale se non è centrale per la maggior parte delle Regioni italiane, lo è sicuramente per la Sardegna. Sia chiaro, non si vuole così rinunciare all'idea di specialità, bensì affermare, al contrario, che la strada da percorrere è proprio quella della «specialità diffusa»[65], la quale si ponga a fondamento di un regionalismo che, valorizzando le differenze tra le diverse realtà regionali, sia comunque rispettoso del principio di unità della Repubblica.

[64] Sono pienamente condivisibili, al riguardo, le affermazioni di R. Bin, *Prospettive della specialità*, in *Le Regioni*, n. 3, 2016, 443, secondo cui «le Regioni italiane sono profondamente diverse le une dalle altre. Sono diverse sotto ogni profilo, da quello orografico e quello demografico, da quello produttivo a quello culturale, diverse per tradizioni e capacità di auto-amministrazione, per capacità tributaria, spesso anche per ragioni linguistiche e di organizzazione politica. La loro differenziazione non è perciò una scelta, ma una conseguenza necessaria della diversità».

[65] Sul punto si v. A. Ruggeri, *La "specializzazione" dell'autonomia regionale: i (pochi) punti fermi del modello costituzionale e le (molte) questioni aperte*, in *Consulta online*, n. 3, 2019, 604.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Carlo Dore

*Prestito vitalizio ipotecario: tra tutela del credito e varianti esecutive dell'*Obligationsprogram

Sommario: 1. Genesi e profili strutturali del "nuovo" prestito vitalizio ipotecario. – 2. Il prestito vitalizio ipotecario nel quadro delle "soluzioni marciane". - 2.1. Rilevanza dell'effetto esdebitativo e *ratio* composita del prestito vitalizio ipotecario. – 3. Il prestito vitalizio ipotecario come operazione economica: varianti attuative del programma negoziale. – 4. Fondamento e modalità di esercizio del potere del mutuante di "vendere" il bene ipotecato. – 5. L'attribuzione di prezzo come momento attuativo del rapporto di mutuo: ricostruzione in chiave delegatoria della vendita conclusa su iniziativa del creditore. – 6. Natura configurativa dell'accordo tra debitore e mutuante per la vendita dell'immobile. – 7. Considerazioni conclusive.

1. *Genesi e profili strutturali del "nuovo" prestito vitalizio ipotecario.* – Introdotto nel nostro ordinamento attraverso l'art. 11 *quaterdecies* della l. n. 248 del 2005 sulla falsa riga delle soluzioni adottate in Francia e presso alcuni sistemi di Common Law[1], il prestito vitalizio ipotecario, nella sua originaria configurazione, assumeva i connotati propri di un mutuo garantito da ipoteca di primo grado erogato a favore di una persona fisica di età superiore ai sessantacinque anni; mutuo da rimborsare in un'unica soluzione, con capitalizzazione annuale di interessi e spese, dopo la morte del finanziato da parte degli eredi dello stesso[2].

[1] Il riferimento è alla varie figure di *reverse mortgage* sviluppatesi negli Stati Uniti e in Inghilterra, e a quella della *hypotéque inversée* regolata all'art. 314-1 del *Code de la consommation* francese. Per un'analisi dei profili comparatistici dell'istituto, si fa rinvio agli scritti di A. Fusaro, *Il prestito vitalizio ipotecario in prospettiva comparatistica*, in *Notariato*, 2, 2017, p. 117 ss.; C.M. Cascione, *L'ipoteca inversa tra discipline nazionali e prassi applicative: esperienze a confronto*, in *Il prestito vitalizio ipotecario*, a cura di Lobuono, Torino, 2017, p. 1 ss.; V. Ivone, *Il prestito vitalizio ipotecario: luci e ombre del principale istituto della c.d. finanza della terza età*, in *Contratto e impresa*, 1, 2018, p. 383 ss.; di B. Vari, *La riforma dell'ipoteca convenzionale in Francia*, in *Riv. dir. civ*., 2009, p. 249; F. Fiorentini, *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, in *Europa e dir. priv*., 2006, 3, p. 1155 ss.

[2] Sull'originaria formulazione dell'art. 11 *quaterdecies* della l. n. 248 del 2005, si

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

La *ratio* che presiede al funzionamento di siffatta stipulazione viene generalmente rinvenuta nella necessità di assicurare alle persone fisica in età relativamente avanzata uno strumento utile per "mettere a reddito" un immobile (procurandosi così un capitale impiegabile per migliorare le proprie condizioni di vita o per sostenere economicamente i figli), senza però perderne la proprietà[3]: uno strumento reso peraltro più accattivante nella sua attuazione dalla possibilità di scaricare sugli eredi del finanziato il "peso economico" dell'operazione.

A causa della sua estrema onerosità e dei molteplici ostacoli incontrati dalle banche nel recupero del finanziamento, la figura negoziale in questione non ha però incontrato, nei primi dieci anni di vigenza della disposizione sopra richiamata, grande diffusione nella pratica degli affari. Delle criticità che ne caratterizzavano la disciplina il legislatore ha preso atto nel momento in cui ha scelto di procedere, attraverso la l. n. 44 del 2015, ad una importante riforma dell'istituto, riforma la quale (oltre ad abbassare a sessant'anni l'età per accedere a questa forma di finanziamento) incide proprio sulla fase di rientro della somma mutuata.

In questo senso, il nuovo comma 12 *quater* dell'art. 11 *quaterdecies* della l. n. 248 del 2005 (approvato proprio nell'ambito della riforma appena menzionata) prevede che, trascorsi dodici mesi dalla morte del finanziato o dagli altri eventi previsti dalla norma (vendita

segnalano in particolare i contributi di D. Farace, voce *Prestito vitalizio ipotecario*, in *Enc. giur.* Treccani, XV, Roma, 2007, *passim*; C. Caccavale, *Contratto e successioni*, in *Tratt. del contratto*, diretto da Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di Roppo, Milano, 2006, p. 525 s.; F. Chessa, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Imm. propr.*, 2006, p. 305 ss:, M. Mazzeo, *Prestito vitalizio ipotecario: prospettive e rischi*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 286 ss.; G. Gigliotti, *Il prestito vitalizio ipotecario: un* reverse mortgage *all'italiana*?, in *Corr. merito*, 2011, p. 677 ss.; P. Buzzonetti, C. Pacella, *Il prestito vitalizio*, Milano, 2010, *passim*, ai quali si rinvia per ulteriori riferimenti di dottrina.

[3] La fattispecie che si esamina propone, dal punto di vista economico-sostanziale, una serie di affinità con la vendita con riserva di usufrutto, rispetto alla quale, *ex latere debitoris*, si caratterizza per il vantaggio di non determinare la dismissione del diritto di proprietà da parte del soggetto in questione, piuttosto comprimendo il diritto dominicale (che il mutuatario appunto conserva) con un diritto reale di garanzia a favore del mutuante. Del pari, rispetto all'ordinario schema del mutuo ipotecario, essa si caratterizza per il fatto che il finanziamento non deve essere restituito ratealmente, ma in un'unica soluzione, venendo a ravvisarsi nella capitalizzazione annuale di interessi e spese prevista dalla norma una deroga al divieto dell'anatocismo ex art. 1283 c.c.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

dell'immobile ipotecato da parte del debitore; costituzione sullo stesso immobile di un diritto reale di godimento o di un ulteriore diritto reale di garanzia), in caso di mancata restituzione del finanziamento la banca mutuataria possa procedere, in alternativa all'esecuzione forzata, alla vendita diretta della *res garantita*, previa stima della medesima ad opera di un perito nominato dalla stessa banca, così da potersi soddisfare sul ricavato. La medesima norma contempla inoltre la possibilità di un accordo tra istituto di credito e debitore (identificabile essenzialmente nell'erede del mutuatario) avente ad oggetto l'alienazione dell'immobile ipotecato da parte di quest'ultimo, con prezzo sempre destinato a tacitazione della pretesa creditoria[4].

La nuova disciplina è completata da due ulteriori e fondamentali previsioni: in primo luogo, essa precisa che il debitore ha diritto a vedersi riconosciuta l'eventuale eccedenza tra il prezzo ricavato dalla vendita e l'ammontare del finanziamento; in secondo luogo, stabilisce che «l'importo del debito residuo non può superare il ricavato dalla vendita dell'immobile, al netto delle spese sostenute», di fatto riconnettendo alla vendita dell'immobile posta in essere su iniziativa del mutuante o conclusa dal debitore previo accordo con il finanziatore l'effetto (c.d. esdebitativo) della estinzione dell'obbligazione *ex mutuo*, anche nell'ipotesi in cui il prezzo ottenuto risulti inferiore all'importo finanziato[5].

[4] Sulla disciplina del prestito vitalizio ipotecario dopo l'entrata in vigore della l. 44 del 2015, si segnalano in particolare i contributi di G.O. Mannella, G.C. Platania, *Il prestito vitalizio ipotecario*, Milano, 2015, *passim*; Aa.Vv., *Il prestito vitalizio ipotecario*, a cura di Lobuono, cit., *passim*; S. Cherti, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *I contratti bancari*, a cura di Piraino e Cherti, Torino, 2016, p. 245 ss.; Id., *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Corr. giur*., 8-9, 2015, p. 1099 ss.; F. Mazzini, *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *I contratti bancari*, a cura di Capobianco, in *Tratt. dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino, 2016, p. 1257 ss.; T. Rumi, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni "marciane" a garanzia del credito immobiliare*, in Aa.Vv., *I nuovi marciani*, Torino, 2017, p. 105 ss.; Id., *La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *I contratti*, 10, 2015, p. 937 ss.; B. Salvatore, *Trasferimenti di proprietà tra garanzia del credito e liquidazione di beni*, Napoli, 2018, p. 41 ss.; A. Iuliani, *Il prestito vitalizio ipotecario nel nuovo "sistema" delle garanzie reali*, in *Nuova giur. civ. comm*., 4, 2016, p. 717 ss; M. Robles, *Problema e sistema nel prestito vitalizio ipotecario*, in *Riv. dir. civ*., 6, 2018, p. 1590 ss.

[5] La formula "effetto esdebitativo", con riferimento all'alienazione del bene prevista dalla disposizione che si esamina, viene espressamente utilizzata da A. Luminoso, *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2017, p. 1399, nota 2. Sul punto, v. inoltre G. D'Amico, *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *I nuovi marciani*,

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

2. *Il prestito vitalizio ipotecario nel quadro delle "soluzioni marciane"*. – La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario si inquadra nell'orizzonte degli interventi normativi posti in essere per contrastare la crisi economica in atto, e che si identificano principalmente nelle previsioni degli artt. 48 *bis* e 120 *quinquiesdecies* del TUB, rispettivamente in tema di finanziamenti alle imprese e di mutui ai consumatori garantiti da ipoteca[6]. Le disposizioni appena richiamate

cit., p. 16, ad avviso del quale questa statuizione si giustifica anche alla luce dei connotati del prestito vitalizio ipotecario, naturalmente caratterizzato dall'incertezza in ordine all'esatto ammontare del credito alla cui corresponsione la banca ha diritto (incertezza riferibile alle variabili che rendono attuale la suddetta obbligazione restitutoria). Esiste dunque un rischio di *cross over* (ossia il rischio che l'entità del debito ecceda il valore dell'immobile garantito) che l'ordinamento sceglie di riversare sul finanziatore piuttosto che sul finanziato, individuando nell'estinzione dell'obbligazione un effetto ineludibile della vendita della *res* ad opera della parte creditrice. Occorre peraltro precisare che l'effetto esdebitativo contemplato dal nuovo comma 12 *quater* (quale vicenda estintiva dell'intero rapporto obbligatorio) sembra assumere un significato differente da quello riconnesso alle varie forme di esdebitazione dal recente Codice della crisi e dell'insolvenza, contenuto nel d.lgs. n. 14 del 2019 e destinato a entrare in vigore nell'agosto del 2020. Soffermando l'attenzione sulle varie forme di insolvenza civile, l'art. 278 CCI precisa che l'esdebitazione «consiste nella liberazione dai debiti e comporta la inesigibilità dal debitore dei crediti rimasti insoddisfatti nell'ambito della procedura concorsuale che prevede la liquidazione dei beni»: ad avviso della maggioranza degli studiosi, l'esdebitazione così descritta «non comporta l'estinzione (parziale) dell'obbligazione pecuniaria, ma solo una (eccezionale) limitazione della responsabilità del debitore, ai sensi del comma 2 dell'art. 2740 c.c.». In questi termini sempre G. D'Amico, *Esdebitazione e concorso dei creditori nella disciplina del sovraindebitamento*, in *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, a cura di D'Amico, Torino, 2018, p. 44 s. Segnala inoltre l'Autore che, applicando la tesi da lui proposta, il pagamento eventualmente effettuato dal debitore dopo il completamento della procedura troverebbe sempre nell'obbligazione (la quale non si estingue per effetto dell'esdebitazione) il proprio fondamento giustificativo, rendendo così inutile ogni riferimento alla liberalità. Sulla stessa lunghezza d'onda anche S. Pagliantini, *L'insolvenza del consumatore tra debito e responsabilità*, *ibidem*, spec. p. 57 s. Sembrano invece ravvisare nell'esdebitazione una vicenda estintiva del credito S. Landini, voce *Esdebitazione*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2004, p. 435; e R. Di Raimo, *Debito, sovraindebitamento ed esdebitazione del consumatore: note minime sul nuovo diritto capitalismo postmoderno*, in Aa.Vv., *Il sovraindebitamento del consumatore tra diritto interno e ordinamenti stranieri*, Napoli, 2018, p. 29 ss.

[6] Le discipline da ultimo richiamate hanno richiamato l'attenzione della dottrina negli ultimi anni. Senza pretese di completezza, si segnalano i contributi di S. Pagliantini, *Sull'art. 48-bis TUB: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, in *I nuovi marciani*, cit., p. 41 ss.; Id., *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto*

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

contemplano infatti la possibilità di apporre ai contratti di finanziamento una clausola che permette alla banca creditrice di procedere – sempre in alternativa all'esecuzione forzata e previa stima ad opera di un perito imparziale – o all'acquisto della proprietà della *res garantita*, ovvero (limitatamente ai mutui erogati ai consumatori) all'alienazione diretta della medesima. Rimane peraltro fermo l'obbligo per il creditore di corrispondere al debitore l'eccedenza tra ammontare del finanziamento e valore del bene, e, sempre limitatamente alla norma consumeristica, l'effetto esdebitativo conseguente all'esperimento dei mezzi satisfattori di nuova introduzione[7].

Oltre a far emergere il rinnovato rilievo che l'ordinamento sembra voler riconoscere all'autonomia privata nella gestione della fase successiva alla mancata restituzione del finanziamento, il contenuto delle disposizioni di nuovo conio viene generalmente identificato come una "soluzione marciana", come la definitiva conferma dell'orientamento, incardinato nella tradizione romana, che sostiene la piena validità del patto marciano – intesa come l'alienazione da debitore a creditore, sospensivamente condizionata al fatto dell'inadempimento

europeo della dir. 2014/17/UE, in *Nuove leggi civ. comm*., 2015, 181 ss.; A. Scotti, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis TUB è davvero il patto marciano?*, in *Corr. giur*., 2016, p. 1477 ss; F. Piraino, *L'inadempimento del contratto di credito ai consumatori e il patto marciano*, in *I nuovi marciani*, cit., p. 149 ss.; G. D'Amico, *op. ult. cit*., p. 29 ss.; P. De Gioia Carabellese, C. Chessa, *La direttiva 2014/17/UE in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Resp. civ. prev*., 2016, p. 1422 ss.; M. Astone, *Inadempimento del consumatore e autotutela del fianziatore tra (divieto del) patto commissorio e patto marciano*, in *Europa dir. priv*., 2017, p. 733.

[7] La dottrina prevalente tende ad escludere l'estensibilità dell'effetto esdebitativo previsto dalla disciplina consumeristica ai finanziamenti erogati a favore delle imprese. Sul punto, v. A. Luminoso, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1413, ad avviso del quale appunto esistono: «serie difficoltà ad applicare analogicamente al patto marciano di cui all'art. 48 *bis* TUB la norma che prevede l'effetto "esdebitativo" di cui all'art. 120 *quinquiesdecies* TUB. Innanzi tutto, perché tale effetto costituisce una conseguenza non coerente con la causa del patto marciano, atteso che la causa autosatisfattiva, che contraddistingue tale convenzione, comporta il permanere del diritto del creditore ad essere soddisfatto integralmente». Ad una conclusione differente sembra pervenire G. D'Amico, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 19, secondo cui l'art. 48 *bis* TUB dovrebbe essere interpretato nel senso che «il legislatore abbia attribuito efficacia (normalmente) liberatoria al trasferimento del bene immobile in attuazione del patto marciano, ammettendo cionondimeno che questa conseguenza possa essere esclusa dalle parti, introducendo la previsione (pattizia) della possibilità per il creditore di richiedere l'eventuale debito residuo, non coperto dal valore del bene immobile trasferito (come stimato al momento dell'inadempimento)».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

(o risolutivamente condizionata al fatto dell'adempimento) ma contraddistinta dalla presenza della stima della *res tradita* ad opera di un perito imparziale e dall'obbligo per il creditore/acquirente di riconoscere l'eccedenza alla controparte – in contrapposizione al patto commissorio, nullo ai sensi dell'art. 2744 c.c.[8].

[8] Premesso che non è questa la sede opportuna per approfondire il delicatissimo e controverso tema del divieto del patto commissorio (e per individuare in maniera analitica le ragioni che possono invece giustificare l'affermazione della piena validità della stipulazione marciana), ci limitiamo solamente ad osservare che, secondo la ricostruzione più semplice (e comunque non pacificamente accolta) del fenomeno, la nullità del patto commissorio troverebbe la propria ragion d'essere nelle esigenze di tutela della posizione del debitore, il quale, pressato dal bisogno di denaro e allettato dalla prospettiva di non privarsi immediatamente la proprietà della *res garantita*, sarebbe indotto a vincolare a garanzia del proprio adempimento un bene dal valore molto superiore rispetto all'ammontare del finanziamento ricevuto, bene di cui perde immediatamente e irreversibilmente la proprietà a seguito dell'inadempimento dell'obbligazione *ex mutuo*, nel quadro di una vicenda traslativa caratterizzata da un ingiustificato vantaggio a favore del creditore percipiente. I pericoli che si annidano nella stipulazione commissoria non sarebbero viceversa riscontrabili nel patto marciano, giacché gli elementi della stima e dell'obbligo di restituzione dell'eccedenza escluderebbero la possibilità di ravvisare una convenzione usuraria a favore del titolare del credito. La letteratura in tema di patto commissorio e patto marciano è pressoché sterminata: sempre senza pretese di completezza, cfr. i contributi di C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, *passim*; Id., *Diritto civile*, 7, *Le garanzie reali - La prescrizione*, Milano, 2012, p. 275; V. Roppo, *La responsabilità patrimoniale*, in *Tratt. dir. priv*., diretto da Rescigno, XIX, 1997, p. 433 ss.; M. Bussani, *Il problema del patto commissorio - Studio di diritto comparato*, Torino, 2000, *passim*; A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, *passim*; A. Luminoso, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ*., 1990, p. 219 ss.; U. Carnevali, voce *Patto commissorio*, in *Enc. dir*., XXXII, Milano, 1982, p. 449 ss.; M. Iacuaniello Bruggi, voce *Patto commissorio*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, *passim*; G.F. Minniti, *Patto commissorio e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm*., 1997, I, p. 29 ss.; L. Barbiera, *La responsabilità patrimoniale*, in *Cod. civ. comm*., diretto da Schlesinger e Busnelli, artt. 2740-2744, Milano, 2010, p. 285 ss.; E. Carbone, Debitoris suffocatio *e patto commissorio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 2012, p. 1087 ss.; M. Lasciafari, voce *Alienazioni a scopo di garanzia*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2004, *passim*. Sulla figura del patto marciano, v. invece N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano - proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, *passim*; M. Ebner, voce *Patto marciano*, in *Enc. giur. Treccani*, 2007, *passim*; C. De Menech, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto del patto commissorio*, in *I contratti*, 8/9, 2015 p. 823 ss; C. Botta, *Gli incerti confini applicativi del divieto del patto commissorio e il sempre più diffuso favore per la pattuizione marciana*, in *Nuova giur. civ. comm*, 6, 2016, 911 ss.; A. Luminoso, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ*., 1, 2017, p. 10 ss.; A.A. Dolmetta, *Alla ricerca del "marciano utile"*, in *Riv. dir. civ*., 4, 2017, p. 811.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

In questa prospettiva, un patto marciano caratterizzerebbe la disciplina dei finanziamenti alle imprese, laddove è appunto contemplata la convenzione che permette alla banca, in presenza di un inadempimento particolarmente qualificato, di rendersi acquirente di un bene del debitore, sempre ferma restando la preventiva stima e l'obbligo di restituzione dell'eccedenza; un patto marciano sarebbe ravvisabile nella norma sui mutui ipotecari a favore dei consumatori, la quale contempla l'apponibilità al negozio di finanziamento di un accordo che consente al creditore di procedere, sempre in caso di inadempimento qualificato, o all'acquisto o alla vendita diretta dell'immobile ipotecato, previa stima da parte di un perito imparziale e con obbligo per il finanziatore di riconoscere al debitore l'eccedenza tra valore della *res* e ammontare del mutuo; una "soluzione marciana" contraddistinguerebbe infine il nuovo comma 12 *quater* sul prestito vitalizio ipotecario, laddove prevede la possibilità per l'istituto di credito di addivenire, sempre previa stima e con obbligo di restituzione dell'eccedenza, alla vendita diretta della *res garantita*, così da soddisfarsi sul ricavato[9].

2.1. *Rilevanza dell'effetto esdebitativo e* ratio *composita del prestito vitalizio ipotecario.* – Al netto dei profili dell'*aestimatio* e dell'obbligo di restituzione dell'eccedenza, una più attenta analisi delle figure di nuova introduzione rende tutt'altro che scontata la riconducibilità dei meccanismi satisfattori in esse contemplati al tradizionale schema del patto marciano. Posto infatti che la funzione propria di tale stipulazione risiede nella realizzazione della pretesa creditoria attraverso l'attribuzione della proprietà della *res garantita* (attribuzione che – a differenza di quanto emerge dall'analisi del patto commissorio – risulta rigorosamente parametrata al contenuto della

[9] Descrivono la previsione dell'art. 11 *quaterdecies*, comma 12 *quater*, della l. 248 del 2005 alla stregua di una variante del patto marciano, tra gli altri, N. Cipriani, *Il patto marciano tra discipline di settore e sistema*, in Annali SISDIC, 1, 2017, p. 191 ss.; A. Iuliani, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 738 ss.; V. Ivone, *op. cit*., p. 406 ss.; A. Chianale, *Qualche pensiero sulle recenti vicende del patto marciano*, in *Riv. not*., 2016, p. 752 s., laddove precisa che: «La norma per la verità non prevede espressamente il patto marciano; ma esso è sotteso al mandato a vendere l'immobile ipotecato, *post mortem exequendum*, conferito per legge al finanziatore, che deve restituire l'eccedenza agli eredi del debitore». Alla più generica formula della "soluzione marciana" ricorre invece T. Rumi, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 130 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

suddetta pretesa proprio dalla stima e dalla corresponsione del supero), la convenzione marciana viene generalmente descritta come una forma di autotutela consensuale con funzione esecutiva, come un accordo diretto a consentire la soddisfazione del creditore attraverso una forma di esecuzione diversa da quella tipicamente giudiziale regolata dal Codice di procedura civile[10].

Consegue a quanto appena affermato che il patto marciano risulta esclusivamente orientato alla tutela della posizione del creditore: in questo senso, se l'obbligo di restituzione dell'eccedenza tra valore del bene e ammontare del finanziamento mette al riparo il debitore dagli abusi propri della stipulazione commissoria, il suddetto patto ovviamente non preclude allo stesso creditore – nella remota, ma non inconfigurabile ipotesi in cui l'entità del debito fosse superiore al valore della *res garantita* – di far valere la quota della sua pretesa rimasta insoddisfatta sugli altri beni presenti nel patrimonio dell'obbligato.

Alla luce delle considerazioni dianzi svolte, se i connotati tipici del patto marciano appaiono ravvisabili nella disciplina dell'art. 48 *bis* del TUB (pur con tutti i profili fi specificità che caratterizzano tale disciplina)[11], l'effetto esdebitativo presente tanto nell'art. 120 *quinquiesdecies* TUB sui mutui ai consumatori, quanto nel comma 12 *quater* dell'art. 11 *quaterdecies* in tema di prestito vitalizio ipotecario sembra rendere i meccanismi satisfattori previsti dalle disposizioni in parole non riconducibili allo schema tradizionale del patto mar-

[10] Sul concetto di autotutela consensuale, cfr. E. Betti, voce *Autotutela*, in *Enc. dir*., IV, Milano, 1959, p. 532; e anche G. Bongiorno, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984, p 25 ss. sul punto, però, v. inoltre le considerazioni di C.M. Bianca, voce *Autotutela*, in *Enc. dir. (agg.)*, IV, Milano, 2000, p. 133, il quale, con riferimento all'autotutela consensuale, osserva: «In realtà, quest'ultima non è propriamente autotutela. Per via contrattuale le parti possono certamente rimuovere situazioni lesive dei loro diritti. Proprio in quanto scaturenti dall'accordo, tali risultati non sono però l'esercizio contro la violazione di diritti»

[11] Si segnala in particolare che, in base alla norma in analisi, l'inadempimento qualificato non determina *ex se* il prodursi dell'attribuzione traslativa dal debitore al creditore, ma rappresenta il momento finale di un complesso ed articolato procedimento nel corso del quale il debitore medesimo ha la possibilità di impedire, attraverso la restituzione del finanziamento, la perdita della proprietà della *res*. Da questo punto di vista, dunque, il meccanismo satisfattorio approntato dalla disposizione di nuova approvazione appare molto più protettivo della posizione del debitore di quanto non lo sia il patto marciano, nello schema ereditato dalla tradizione romana. Sul punto, v. in particolare le riflessioni di D. Russo, *Oltre il patto marciano*, Napoli, 2017, p. 129 ss.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

ciano, imponendo all'interprete uno sforzo di riflessione ulteriore sulla *ratio* che presiede al funzionamento di essi.

Partendo dalla manifesta esigenza di tutela del consumatore quale contraente debole (esigenza resa ancor più avvertita con riguardo alla persona fisica *over* sessanta), è possibile che il legislatore, sempre nella prospettiva di inoculare nuova linfa nell'asfittico mercato del credito, abbia improntato le discipline sopra richiamate al perseguimento di un duplice obiettivo: da un lato, l'ordinamento ha infatti inteso affrancare il creditore dalle sabbie mobili dell'esecuzione forzata, predisponendo dei congegni satisfattori di rapida attuazione, ancorché parametrati al *quantum* dovuto; d'altro lato, ha considerato l'interesse del debitore a liberarsi dall'obbligazione restitutoria nascente dal negozio di mutuo, attraverso la dismissione dell'immobile ipotecato, interesse a cui l'effetto esdebitativo risulta a sua volta funzionale.

Questa chiave di lettura suggerisce di qualificare i suddetti congegni non come meri strumenti di reazione offerti al creditore a fronte dell'inadempimento dell'obbligato, ma come vicende più esattamente volte all'attuazione dell'intero *Obligationsprogramm*, basate sulla produzione di un'attribuzione patrimoniale differente, per provenienza o consistenza, da quella oggetto dell'obbligazione restitutoria nascente dal contratto di mutuo. Una chiave di lettura, quella proposta nel presente studio, peraltro già riscontrabile nelle riflessioni di parte della dottrina, la quale (seppure con riferimento alla diversa ipotesi regolata dall'art. 48 bis TUB), ha rilevato che: «la *causa solvendi* sunteggia qui, in realtà, l'intento delle parti di governare pattiziamente la patologia di un rapporto obbligatorio ineseguito, facendolo deviare dal disposto dell'art. 1218 c.c. Il tutto *cave*!, in vista comunque di una realizzazione dell'interesse creditorio, a vantaggio di un'estinzione diversa sì dall'adempimento ma che rileva pur sempre da attuazione del rapporto (obbligatorio) di finanziamento»[12].

[12] In questi termini S. Pagliantini, *Sull'art. 48 bis TUB*, cit., p. 54 s Nello stesso senso, cfr. anche Cfr. N. Cipriani, *Il patto marciano*, cit., p. 20, secondo cui: «In nessuna delle discipline di recente introduzione e sulle quali ci si è soffermati si può registrare la presenza di alienazioni a scopo di garanzia, perché in nessuna di esse la funzione di garanzia è perseguita mediante una vicenda traslativa: nel prestito vitalizio ipotecario e nel mutuo essa è svolta dall'ipoteca, nel pegno è ovviamente svolta dal pegno, nella alienazione condizionata (che funzionalmente è equiparata all'ipoteca) si ha un vincolo che assicura seguito e preferenza, ma non mediante una vicenda traslativa immediata: quest'ultima, in tutti i casi, quando si verifica (con l'operare del marciano) produce pagamento ed estinzione dell'obbligazione». Si precisa

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

3. *Il prestito vitalizio ipotecario come operazione economica: varianti attuative del programma negoziale.* – Seguendo siffatta linea di ragionamento, è possibile offrire una particolare e differente ricostruzione della nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario, la cui distanza dal patto marciano è peraltro ulteriormente confermata sia dall'assenza di una apposita convenzione (i congegni satisfattori/solutori sono attivabili in forza della previsione legale), sia dalla mancata previsione di un'attribuzione traslativa dal debitore al creditore, esaurendosi la tutela spettante a quest'ultimo nella possibilità di appropriarsi del ricavato dalla vendita della *res garantita*, conclusa secondo le modalità previste dalla disposizione in esame.

In tal senso, è possibile ipotizzare che le previsioni contenute nel nuovo comma 12 *quater* non tendano tanto a configurare un singolo tipo contrattuale, quanto a normare una complessa operazione economica che contempla vari percorsi diretti all'attuazione del programma divisato dal contratto di mutuo, e che può conseguentemente dipanarsi in termini differenti a seconda di quelle che sono le scelte dei soggetti coinvolti in essa[13].

Posto infatti che il concetto di operazione economica vale a descrivere quegli assetti di interessi la cui attuazione non si esaurisce nella stipulazione di un singolo contratto, ma passa da una molteplicità di negozi, atti, strumenti e comportamenti[14], nell'ambito del-

peraltro che, secondo l'impostazione da noi accolta, proprio l'art. 48 bis del TUB contempla un meccanismo satisfattorio posto unicamente a presidio della tutela del creditore, e non a caso, non caratterizzato dall'effetto esdebitativo che viceversa contraddistingue sia la disciplina che si esamina, sia quella dell'art. 120 *quinquiesdecies* TUB, in tema di mutui ipotecari ai consumatori.

[13] Il concetto di operazione economica impegna da tempo le riflessioni di dottrina e giurisprudenza, venendo in rilievo soprattutto allorquando emerge la necessità di descrivere un assetto di interessi perseguito dalle parti, e non rigorosamente sussumibile entro i confini del singolo negozio. Sul punto, si vedano gli scritti di G. Palermo, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, spec. 136; Id., *Divergenza e incompatibilità fra il tipo negoziale e l'interesse perseguito*, in *Studi in onore di Santoro Passarelli*, III, Napoli, 1972, spec. p. 646; M. Nuzzo, *Predisposizione di clausole e procedimento di formazione del contratto*, *ibidem*, p. 574; G. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 222; A. D'Angelo, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992, *passim*; C. Scognamiglio, *Problemi della causa e del tipo*, in *Tratt. del contratto*, diretto da Roppo, II, *Regolamento*, a cura di Vettori, Milano, 2006, pp. 119, 177 ss.; E. Gabrielli, *"Operazione economica" e teoria del contratto - Studi*, Milano, 2013, *passim:* ivi ulteriori riferimenti di dottrina.

[14] Cfr., sul punto, E. Gabrielli, *Contratto e operazione economica*, *ibidem*, p.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

l'operazione del prestito vitalizio ipotecario possono essere ricompresi, oltre al contratto di mutuo da cui l'operazione stessa imprende, l'ipoteca che assiste l'obbligazione restitutoria, la vendita dell'immobile su iniziativa del mutuante e l'eventuale accordo tra creditore e debitore avente ad oggetto l'alienazione dell'immobile. In questa prospettiva, la realizzazione dell'interesse del mutuante e la correlativa liberazione del debitore possono avvenire o a seguito della semplice restituzione del finanziamento, ovvero attraverso l'attivazione dei congegni satisfattori/solutori da ultimo richiamati, che si collocano però sempre all'interno dell'operazione economica quali possibili sviluppi della stessa, assumendo l'attribuzione pecuniaria conseguente alla vendita dell'immobile ipotecato il valore di momento attuativo del programma convenzionale.

Qualificandosi, come si è sopra anticipato, i congegni previsti dal nuovo comma 12 *quater* come alternativi all'esecuzione forzata, si rileva dunque come la mancata restituzione del finanziamento nel termine previsto dalla norma apra idealmente al creditore la possibilità di una scelta: o "uscire" dal tracciato dell'operazione pattizia ricorrendo alle normali tutele contro l'inadempimento (destinate a condurre all'esecuzione forzata ordinaria), ovvero "rimanere" all'interno dell'operazione stessa, attivando gli appena richiamati congegni volti ad addivenire all'alienazione dell'immobile ed alla conseguente attuazione del rapporto sulla base di un'attribuzione (quella di prezzo, incamerata dal mutuante) diversa da quella iniziale, e che il presupposto dell'inadempimento colloca in una posizione sussidiaria rispetto alla prestazione restitutoria.

Proprio il carattere della sussidiarietà che caratterizza l'attribuzione

159, il quale appunto afferma che l'operazione economica non si esaurisce necessariamente nel singolo contratto, ben potendo la medesima svilupparsi attraverso una «sequenza unitaria e composita che comprende in sé il regolamento, tutti i comportamenti che con esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti, e la situazione oggettiva nella quale il complesso delle regole e gli altri comportamenti si collocano, poiché tale situazione concorre nel definire la rilevanza sostanziale dell'atto di autonomia privata». Successivamente (p. 170), l'Autore precisa: «La pluralità e la diversità degli interessi sottostanti l'atto di autonomia privata non si esauriscono a volte in un singolo e unitario contratto, ma, caratterizzando in concreto la funzione perseguita dall'autoregolamento di interessi, rendono necessario che tale complessità si esprima nell'unità formale dell'operazione economica la quale, in quanto tecnica di costruzione concettuale della fattispecie, è di per sé stessa sovraordinata alla qualificazione, nel senso della tipicità o atipicità, dello schema negoziale scelto dalle parti».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

pecuniaria incamerata dal finanziatore a seguito della vendita dell'immobile (vendita conclusa su iniziativa dello stesso creditore, o dal debitore/proprietario previo accordo con il mutuante) costituisce lo spunto per una riflessione ulteriore sulle dinamiche che scandiscono l'evolversi dell'operazione di prestito vitalizio ipotecario: il riferimento alla sussidiarietà non assolve infatti (secondo la visione della prestazione sussidiaria offerta da autorevolissima dottrina) la «funzione di circoscrivere o precisare l'ambito di rispondenza del debitore per l'inadempimento del dovere a sussidio del quale esse sono poste», ovvero di ampliare questo ambito attraverso l'imposizione all'obbligato di doveri ulteriori[15]. Nella prospettazione in questa sede offerta, siffatto riferimento mira viceversa ad evidenziare il carattere secondario e (in termini atecnici) eventuale che l'attribuzione in parola assume nell'ambito dell'*Obligationsprogramm*, e la sua dipendenza dalla scelta del creditore di attivare, dinanzi alla mancata restituzione del finanziamento, i congegni di vendita previsti dalla norma in luogo dell'esecuzione forzata.

Il diritto riconosciuto al titolare del credito di scegliere tra più prestazioni dedotte nel rapporto obbligatorio (o, più latamente, programmate come possibili sviluppi dell'affare) è peraltro riscontrabile in altre figure dell'ordinamento, come le obbligazioni alternative o quella facoltative, allorquando risulti rimessa allo stesso creditore la scelta sulla condotta da esigere[16]. Occorre immediatamente precisare che lo schema del prestito vitalizio ipotecario non è caratterizzato dalla presenza di obbligazioni alternative o facoltative: le obbligazioni alternative, come è noto, si basano sulla presenza di due o più prestazioni nell'ambito del rapporto, assumendo la scelta (che di regola spetta al debitore, ma che può essere assegnata anche al creditore) la funzione di determinare la concentrazione sulla condotta destinata ad

[15] In questi termini, C.A. Cannata, *Le obbligazioni in generale*, in *Tratt. dir. priv*., diretto da Rescigno, *Obbligazioni e contratti*, I, Torino, 1984, p. 41.

[16] Sul tema, si richiamano in particolare i contributi di D. Rubino, *Obbligazioni alternative. Obbligazioni in solido, Obbligazioni divisibili e indivisibili*, in *Comm. cod. civ*., a cura di Scialoja e Branca, artt. 1285-1320, Bologna-Roma, 1968 p. 1 ss.; A. Di Majo, B. Inzitari, voce *Obbligazioni alternative*, in *Enc. dir*., XXIX, Milano, 1979, p. 212 ss.; F. Girino, voce *Obbligazioni alternative e facoltative*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, *passim*; R. Calvo, *Le obbligazioni oggettivamente complesse*, in *Tratt. dir. civ. comm*., diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger e Anelli, Milano, 2018, *passim*; P. Stanzione, *Situazioni creditorie meramente potestative*, Napoli, 1982, spec. p. 48 ss.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

essere adempiuta[17]; le obbligazioni facoltative sono altresì contraddistinte dalla presenza di una sola prestazione dovuta, e dalla possibilità per il debitore di liberarsi – o, a seconda dei casi, del creditore di pretendere – un'attribuzione diversa da quella inizialmente programmata[18].

Tutto ciò premesso, non v'è dubbio sul fatto che l'obbligazione *ex mutuo* trovi il suo unico oggetto nella restituzione della somma finanziata (corredata da interessi e spese), e che l'attivazione degli ulteriori congegni solutori presupponga la mancata attuazione della prestazione principale[19]. Tuttavia, il richiamo a siffatte figure è utile a

[17] Cfr. R. Calvo, *op. cit*., p. 12 s.

[18] Sul punto, v. ancora R. Calvo, *op. cit*., p. 204, secondo cui: «il soggetto attivo, quando si avvale della situazione potestativa che precede, finisce con il mutare unilateralmente – tramite semplice dichiarazione – l'oggetto contrattuale, il quale ultimo – con effetto *ex nunc* – è così costituito dalla prestazione originariamente esclusa dal rapporto di scambio, dipendendo per l'appunto il suo radicamento in esso dalla potestà della suddetta parte. Anche qui l'obbligazione è unica; la specificità consiste in ciò, che l'avente causa ha il potere di modificare l'oggetto chiedendo la prestazione subordinata all'esercizio del *ius variandi*».

[19] Al riguardo, la sussistenza di una alternativa o di una facoltà alternativa viene altresì esclusa allorquando una delle prestazioni risulta esigibile solo in caso di inadempimento dell'altra, giacché, in questo caso, «il rapporto fra le due prestazioni non è di alternativa, che presuppone parità iniziale di grado e libertà di scelta, ma di subordinazione graduale: il debitore è originariamente tenuto ad una sola prestazione, e può rendere dovuta la seconda prestazione solo in modo indiretto, e cioè non adempiendo la prima. Questa ipotesi si distingue anche dall'obbligazione facoltativa, che pur essa importa una graduazione fra le due prestazioni, perché ora, a differenza che nell'obbligazione facoltativa, la seconda prestazione è dovuta non in forza di un atto lecito di volontà del debitore, ma per inadempimento: essa sorge come prestazione succedanea, a titolo di sanzione». Così D. Rubino, *Obbligazioni alternative*, cit., p. 17 s.; e anche R. Calvo, *op. cit*., p. 36., In giurisprudenza, Cass. 2 dicembre 2013, n. 26988. Le considerazioni appena richiamate – e che trovano il loro naturale riferimento nella clausola penale e nella relativa disciplina – fanno emergere la diversità in essere tra la prestazione principale (diretta a realizzare l'interesse del creditore, dedotto *sin ab origine* nel rapporto obbligatorio) e quella esigibile in caso di inadempimento, la quale assume la differente valenza di *solutio* dovuta a titolo di risarcimento del danno ex art. 1218 c.c. Una diversità di funzione confermata tanto dall'art. 1382 – secondo cui la previsione della penale assolve la finalità di "limitare il risarcimento" alla prestazione dedotta nella clausola, a meno che non sia prevista "la risarcibilità del danno ulteriore" – quanto dall'art. 1383 c.c., laddove viene escluso il cumulo tra prestazione principale e penale, proprio in ragione del fatto che: «la penale è diretta a risarcire l'interesse del creditore leso dalla mancata prestazione, e non è quindi compatibile col conseguimento di quest'ultima». (In questi termini, C.M. Bianca, *La responsabilità*, cit., p. 253). Il discorso assume una sua

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

comprendere come la scelta del mutuante, conseguente alla mancata restituzione del finanziamento, di addivenire alla vendita diretta della cosa o al relativo accordo con il debitore si collochi appieno nel perimetro dell'operazione del prestito vitalizio ipotecario, come tratteggiato dal legislatore. Un meccanismo non dissimile, sotto questo aspetto, proprio da quello che governa le obbligazioni facoltative per il creditore, laddove si ravvisa «un rapporto di subordinazione fra le due prestazioni, che invece stanno su un piede di parità nell'obbligazione alternativa: nel senso che ora solo una prestazione è dovuta in via principale, e l'altra solo in quanto il creditore la preferisca, rinunziando alla prima»[20].

Il nuovo comma 12 *quater*, in altri termini, prevede che il debito di mutuo possa essere saldato tramite il ricavato della vendita della *res garantita*, configurandosi l'alienazione dell'immobile su iniziativa del credito o da parte del debitore previo accordo con il mutuante come possibili sviluppi dell'operazione già previsti dal legislatore e contemplati *ex ante* dalle parti, alle quali viene dunque accordato uno strumento (appunto la nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario) in grado di contemperare, grazie alle sue varie possibili articolazioni, il già descritto interesse del mutuante ad una rapida realizzazione della sua pretesa con quello del debitore a liberarsi dall'obbligazione attraverso la dismissione del bene gravato dalla garanzia reale.

4. *Fondamento e modalità di esercizio del potere del mutuante di "vendere" il bene ipotecato*. – La complessità che dunque contraddistingue le possibili articolazioni del prestito vitalizio ipotecario im-

differente prospettiva nel momento in cui si riscontra non un'obbligazione risarcitoria destinata a prendere il posto della (o ad affiancarsi alla) obbligazione principale, ma una complessa articolazione interna alla stessa obbligazione, articolazione in forza della quale il creditore – a seguito dell'inesecuzione della prestazione principale – si trova nella condizione di scegliere tra le diverse attribuzioni che, collocandosi sempre all'interno del rapporto, assumono non una valenza risarcitoria, ma di momento attuativo dell'*Obligationsprogramm*. In tali ipotesi, premessa l'unicità della prestazione inizialmente dovuta, l'inadempimento non esclude la libertà di scelta tra una molteplicità di prestazioni, ma, per certi versi ne costituisce il presupposto: il concetto di sussidiarietà proposto nel testo vuole infatti rappresentare come la mancata attuazione della prestazione principale (oltre a rendere attuale l'obbligo di risarcire il danno) "apra" una nuova fase del rapporto, caratterizzata dalla presenza di una pluralità di attribuzioni rimesse alla determinazione del creditore, tutte funzionali all'esecuzione del programma divisato nell'obbligazione iniziale.

[20] In questi termini ancora D. Rubino, *op. cit.*, p. 38.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

pone di soffermarsi sulla funzione di ciascuna componente dell'operazione (iniziale contratto di mutuo; ipoteca di primo grado; vendita della *res garantita* su impulso del creditore; vendita ad opera del debitore in ragione del precedente accordo intervenuto con il mutuante) allo scopo di cogliere ed evidenziale l'intrinseca armonia della stessa. In particolare, con specifico riguardo all'alienazione dell'immobile ipotecato su iniziativa del finanziatore, emergono due sostanziali interrogativi: è infatti necessario, innanzi tutto, determinare la fonte e le modalità di esercizio di siffatto potere di vendita; quindi, occorre ricostruire il meccanismo in base al quale il finanziatore può trattenere il prezzo ricavato dalla dismissione di un bene di proprietà del debitore.

Muovendo dal primo dei profili problematici appena segnalati, la dottrina prevalente ravvisa la fonte di siffatto potere di vendita in un mandato (desumibilmente con rappresentanza) conferito dal mutuatario al finanziatore, da esercitarsi di regola dopo la morte dello stesso finanziato (si tratterebbe, dunque, di un mandato *post mortem*) e condizionato nel suo esercizio alla mancata restituzione del finanziamento nel termine stabilito dal comma 12 *quater*[21].

Questa soluzione, per quanto largamente condivisa, si presta però ad una molteplicità di rilievi critici che la rendono difficilmente accoglibile. Al netto delle difficoltà a riconoscere un mandato in assenza di riferimenti al negozio di gestione nell'ambito del testo normativo e a ravvisare una obbligazione gestoria laddove la vendita dell'immobile si pone, per il mutuante, come alternativa all'esecuzione forzata, si segnala, in primo luogo, che la soluzione in analisi risulta poco compatibile con la disciplina di nuova introduzione, la quale individua nella alienazione del bene ipotecato da parte del mutuatario uno degli eventi che legittimano il creditore a esigere la restituzione del finanziamento e, in caso di persistente inadempienza, a pro-

[21] Al mandato quale fonte del potere di vendita del mutuante fanno espressamente riferimento, tra gli altri, A. Iuliani, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 738 ss.; M. Robles, *Problema e sistema*, cit., p. 1064 ss.; A. Chianale, *L'inutilità dell'ipoteca nel "prestito vecchietti"*, in *Notariato*, 4, 2016, p. 360. In termini critici, sul punto, si esprime invece T. Rumi, *Il prestito vitalizio ipotecario*, cit., p. 131, secondo cui: «La definizione del p.v.i. come "mandato irrevocabile a vendere di fonte legale" poco si addice alla figura qui esaminata dove manca proprio il (contratto di) mandato, in quanto il finanziatore procede alla vendita del bene "senza passare dalla normale procedura esecutiva", non in base ad un accordo con la controparte, ma in virtù di un potere regolamentato ed a lui attribuito direttamente dalla legge».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

cedere di sua iniziativa alla vendita di siffatto bene. Non può sfuggire infatti che, se effettivamente il potere di vendere del creditore riposasse su un mandato ad alienare, il precedente atto di disposizione compiuto dal debitore/mandante dovrebbe determinare la risoluzione del contratto gestorio per impossibilità sopravvenuta[22].

In secondo luogo, il ricorso al mandato implica la qualificazione del potere di vendita spettante al finanziatore come avente natura personale, e dunque come non esercitabile in confronto di eventuali terzi: ne consegue che, in base all'impostazione qui confutata, nei confronti degli aventi causa dal mutuatario il finanziatore sarebbe tutelato unicamente dal diritto di seguito assicuratogli dall'ipoteca, senza potersi però avvalere degli strumenti satisfattori contemplati dalla disciplina di recente approvazione.

Le difficoltà collegate alla tesi del mandato possono essere superate se si giunge ad ammettere che la norma di nuovo conio, nel regolare l'operazione in analisi, ha eccezionalmente arricchito il contenuto della garanzia ipotecaria di un potere di vendita della *res* analogo a quello accordato al creditore dagli artt. 2796 e 2797 c.c. in materia di pegno[23]. La logica che potrebbe aver ispirato le scelte del le-

[22] Sul punto, cfr. A. Luminoso, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. dir. civ. comm*., diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, Milano, 1984, p. 479, spec. i riferimenti richiamati alla nota 18. Si tratta di una obiezione cui gli stessi sostenitori della tesi in confutazione dimostrano peraltro di avvedersi nel momento in cui, nel tentativo di superare la critica formulata nel testo ammettono che «la coerenza dogmatica delle soluzioni deve qui lasciare il posto ad una ricostruzione razionale ed efficiente della nuova disciplina» , manifestando così la necessità di adattare i principi che normalmente governano il funzionamento del mandato alle caratteristiche peculiari dell'operazione che si esamina. In questi termini A. Chianale, *Le garanzie reali*, in *Tratt. dir. priv*., diretto da Iudica e Zatti, Milano, 2019, p. 565 s.

[23] Un importante spunto è offerto, in questo senso, dalle riflessioni di A. Luminoso, *Patto marciano*, cit., p. 1399, nota 1, il quale ravvisa nella previsione del suddetto 11 *quaterdecies*, comma 12 *quater*, L. n. 248 del 2005 un congegno legale volto a dare vita «ad uno strumento di autotutela esecutiva (nel settore dei mutui bancari) non di natura convenzionale ma operante direttamente *ex lege* – il quale si colloca lungo la stessa linea concettuale delle fattispecie previste, in materia di pegno, agli artt. 2796 e 2797 c.c. – diretto ad assicurare l'autosoddisfacimento del creditore in via stragiudiziale». Come già è stato anticipato e come si ribadirà nel corso di questo studio, la totale assimilazione della figura che si esamina alla disciplina della vendita da parte del creditore pignoratizio viene inclusa dalle presenze dell'effetto esdebitativo che contraddistingue la disciplina del prestito vitalizio ipotecario, e che non rende il congegno previsto dal nuovo comma 12 *quater* inquadrabile nella semplice tutela del credito.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

gislatore non è dissimile da quella riscontrabile alla base delle varie disposizioni di privilegio speciale ed ipoteca legale: logica secondo cui, ritenendo alcuni crediti degni di una superiore protezione (in ragione della loro fonte o del loro contenuto), l'ordinamento decide di rafforzare la posizione del titolare di siffatti crediti attraverso la predisposizione della garanzia legale.

Secondo questa linea di pensiero, lo stesso legislatore potrebbe aver considerato particolarmente meritevole di tutela la posizione dell'istituto di credito che sceglie di erogare un finanziamento ad una persona fisica over sessanta: tutela che appunto si traduce tanto nella previsione dell'ipoteca di primo grado, quanto nella ricomprensione nell'ambito della stessa garanzia ipotecaria del potere di vendere l'immobile al di fuori dell'esecuzione forzata. Il contenuto di siffatto potere di vendita risulta peraltro conformato – a differenza di quanto previsto dalle richiamate disposizioni in materia di pegno – alla *ratio* complessiva dell'operazione di prestito vitalizio ipotecario, ispirata alla già descritta ricerca di un punto di equilibrio tra l'esigenza del creditore a realizzare speditamente la sua pretesa, e quella del debitore a liberarsi dall'obbligazione attraverso la dismissione della *res garantita*, assecondata dalla previsione dell'effetto esdebitativo.

La costruzione da noi proposta assegna quindi all'ipoteca un ruolo centrale nell'economia dell'operazione[24]: ipoteca la cui funzione peraltro varia a seconda delle scelte che il mutuante assume dinanzi alla mancata restituzione del finanziamento. Se decide di procedere all'esecuzione forzata ordinaria, la garanzia reale assicura infatti al medesimo creditore il diritto di sequela e lo *ius prelationis* che normalmente la caratterizzano; se invece sceglie di seguire lo sviluppo dell'operazione, avvalendosi dei meccanismi satisfattori/solutori previsti dalla norma per dare attuazione all'*Obligationsprogramm* attraverso un'attribuzione diversa per provenienza o consistenza da quella inizialmente prevista, allora lo stesso diritto reale di garanzia gli assicura l'ulteriore opportunità di procedere direttamente all'alienazione dell'immobile, così da potersi soddisfare sul ricavato.

[24] Un'importanza che viceversa, con riferimento all'operazione in analisi, è negata da A. Chianale, *L'inutilità dell'ipoteca*, cit., p. 360 ss., ad avviso del quale, nella sistematica del prestito vitalizio ipotecario, la garanzia ipotecaria assolverebbe unicamente la finalità di rendere opponibile ai terzi quello che lui considera un patto marciano, in adesione a una tesi che abbiamo ritenuto di non accogliere nei paragrafi precedenti.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Per quanto attiene alle modalità di esercizio del "diritto a vendere" spettante alla banca, la formula impiegata dal nuovo comma 12 *quater* (il finanziatore "vende l'immobile") sembra escludere *in nuce* ogni riferimento all'agire in nome altrui, indicando piuttosto una vendita conclusa in prima persona dal mutuante; analogamente, poco praticabile appare la ricostruzione di un negozio traslativo concluso dal mutuante in proprio nome, giacché tale negozio programma di fatto l'attribuzione a favore del compratore di un bene spettante in proprietà al debitore.

L'impossibilità di ricorrere ai consolidati schemi dell'"agire per altri" induce ad ipotizzare che la norma in questione abbia riconosciuto al creditore, a seguito della mancata restituzione del finanziamento nei termini stabiliti, un diritto – di natura potestativa, e appunto collegato alla garanzia ipotecaria – a determinare l'instaurazione di un rapporto di vendita tra il debitore/proprietario e il terzo acquirente dello stesso immobile[25]. Un diritto per certi versi coincidente a quello che i già richiamati artt. 2796 e 2797 c.c. riconoscono al creditore pignoratizio, ricomprendendo appunto nel contenuto della garanzia reale il potere di procedere (in alternativa all'esecuzione forzata ordinaria) all'alienazione della *res garantita*, così da potersi soddisfare sul relativo prezzo[26].

Soffermando l'analisi sul contenuto di questo particolare "diritto al contratto", occorre precisare che tale diritto non accorda al mutuante il potere di contrarre per sé, e di rendersi dunque direttamente acquirente dell'immobile; egli semmai ha il diritto, nella sua qualità di creditore ipotecario, di promuovere un procedimento che – im-

[25] L'ordinamento talvolta ricorre alla previsione di un diritto al contratto associata alla titolarità di un diritto reale: paradigmatico, in questo senso, è il caso del diritto all'affrancazione spettante all'enfiteuta, definita da alcuni «come una vendita coatta di fronte al concedente, come una compera volontaria di fronte all'enfiteuta» (in questi termini E. De Ruggiero, *Affrancazione*, in *Dizionario pratico del diritto privato*, I, Milano, 1900, p. 109), da altri «come un negozio giuridico bilaterale (contratto) risultante dalla dichiarazione dell'enfiteuta e del concedente, avente regole sue proprie, distinte da quelle relative alla vendita, i cui istituti e le cui norme non sono, perciò, applicabili all'affrancazione» (così E. Favara, voce *Affrancazione di canoni enfiteutici e di altre prestazioni perpetue*, in *Noviss. Dig. it*., I, Torino, 1957, p. 386).

[26] Sul punto, oltre ai contributi che verranno richiamati nelle note seguenti, cfr. in particolare E. Gabrielli, *Del pegno*, in *Comm. cod. civ*., diretto da Gabrielli, *artt. 2784-2906*, a cura di Bonilini e Chizzini, Torino, 2015, p. 294 ss.; A. Chianale, *Le garanzie reali*, cit., p. 258 ss.; C.M. Bianca, *Le garanzie reali*, cit., p. 211. Ivi ulteriori riferimenti di dottrina.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

prendendo dalla scelta di avvalersi dello strumento satisfattorio/solutorio dell'alienazione immediata della *res garantita*, per poi svilupparsi attraverso la determinazione del prezzo ad opera del perito nominato dall'istituto di credito e la necessaria individuazione del compratore – giunge al perfezionamento di un contratto di vendita che trova le proprie parti in senso sostanziale nel debitore/proprietario e nello stesso terzo acquirente, con l'interesse del creditore procedente destinato a risolversi nell'incameramento del prezzo versato da quest'ultimo[27].

Per meglio comprendere la dinamica che conduce, a seguito dell'iniziativa del creditore, all'instaurazione di un rapporto di vendita tra il debitore ed il terzo acquirente, tornano utili le considerazioni proposte da autorevole dottrina in ordine alle appena citate disposizioni in materia di pegno, considerazioni secondo le quali: «il costituente del pegno, in quanto ha dato la cosa in pegno, affinché il creditore possa soddisfarsi con la vendita, ha inizialmente consentito alla vendita stessa. Egli deve pertanto rispondere dei danni per l'evizione (oltre che della restituzione del prezzo) e dei vizi redibitori nei confronti dell'acquirente»[28]. Del pari, secondo l'impostazione in questa sede accolta, attraverso la stipulazione del mutuo assistito da ipoteca di primo grado (e specialmente a seguito della costituzione di quest'ultima), il mutuatario acconsente alla futura vendita dell'immobile garantito che il finanziatore di regola conclude in pregiudizio dell'e-

[27] Il mutuante si considera dunque investito, in forza della garanzia ipotecaria, del diritto a determinare il perfezionarsi di un contratto tra debitore e terzo proprietario, al quale egli rimane estraneo, risultando interessato soltanto ad appropriarsi del prezzo. Uno schema, quello da noi proposto, comparabile a quello che, secondo alcuni autori, caratterizza la fase esecutiva del rapporto di agenzia, caratterizzato dal diritto dell'agente di vedere accettate dal preponente le proposte contrattuali favorevoli da lui raccolte presso la clientela. Un diritto al contratto, quello spettante all'agente in confronto del preponente secondo la prospettiva appena esposta, avente però natura di diritto di credito e non suscettibile di esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c. Sul tema, ci permettiamo di rinviare a C. Dore, *Sull'obbligo del preponente di non rifiutare le proposte convenienti inoltrategli dall'agente*, in *Resp. civ. prev*., 1, 2013, p. 317 ss., ed ai riferimenti di dottrina e giurisprudenza ivi richiamati.

[28] In questi termini G. Gorla, *Del pegno - Delle ipoteche*, in *Comm. cod. civ*., a cura di Scialoja e Branca, *artt. 2784-2899*, Bologna-Roma, 1968, p. 100. Nello stesso senso, S. Ciccarello, voce *Pegno (dir. priv.)*, in *Enc. dir*., XXXII, Milano, 1982, p. 699 s.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

rede dello stesso finanziato, così da favorire la soddisfazione del medesimo creditore in via stragiudiziale.

5. *L'attribuzione di prezzo come momento attuativo del rapporto di mutuo: ricostruzione in chiave delegatoria della vendita conclusa su iniziativa del creditore.* – Venendo quindi alla trattazione del secondo dei profili problematici individuati nel paragrafo precedente (quello relativo al meccanismo in virtù del quale è consentito al mutuante di incamerare l'attribuzione di prezzo), occorre preliminarmente ribadire che – se la vendita regolata dalle suddette disposizioni in materia di pegno descrive una forma di espropriazione stragiudiziale, collocata «in una posizione intermedia tra l'autotutela consensuale satisfattoria e l'autotutela unilaterale»[29] – la presenza dell'effetto esdebitativo impone di collocare il congegno previsto dal nuovo comma 12 *quater* nel diverso ambito dell'attuazione dell'*Obligationsprogramm*, e di chiarire pertanto il meccanismo in forza del quale la prestazione di prezzo – oggetto del rapporto di vendita – può ricadere sulla diversa obbligazione *ex mutuo* per determinarne l'estinzione.

Partendo dalla premessa in forza della quale il compratore paga in base alla sua posizione di debitore nel rapporto di vendita e il finanziatore incassa siffatta attribuzione palesando la sua qualità di creditore *ex mutuo*, siffatta attribuzione viene rivestita dalla legge di un duplice significato: significato che le parti dell'operazione hanno presente nel momento in cui decidono di dare vita e di prendere parte alla stessa, e che viene in rilievo a seguito della scelta del mutuante di addivenire all'alienazione diretta dell'immobile ipotecato. Dal punto di vista del compratore, essa rappresenta infatti il momento attuativo dell'obbligazione di prezzo nascente dalla vendita; nella diversa prospettiva del creditore procedente e del debitore/proprietario, essa assume il differente valore di momento esecutivo del rapporto di mutuo.

Sotto quest'ultimo profilo, il significato della *solutio* in parola varia a seconda della sua consistenza: qualora infatti essa si traduca in un importo pari o superiore a quello del finanziamento erogato, la medesima riceve dalla norma di nuovo conio (assecondata dalla volontà delle parti che si avvalgono della corrispondente schema operativo legale) il significato di adempimento dell'obbligazione restitu-

[29] Così G. Bongiorno, *Profili sistematici e prospettive dell'esecuzione forzata in autotutela*, in Aa.Vv., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, p. 757.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

toria *ex mutuo*, venendo, nell'idea del legislatore e delle parti che ad essa si conformano, il compratore (che pure mantiene la sua posizione di soggetto tenuto alla dazione del prezzo) a sostituirsi al debitore (cioè al mutuatario o al di lui erede) nella realizzazione della prestazione oggetto di tale obbligazione. La presente ricostruzione giustifica l'obbligo per il finanziatore di restituire al debitore l'eccedenza tra il prezzo ricavato dalla vendita e l'ammontare del mutuo: risultando l'attribuzione in parola volta a realizzare la pretesa del mutuante, questi può trattenere solo ciò che rientra nel contenuto della stessa pretesa, mentre l'eventuale residuo deve essere destinato al debitore in quanto proprietario della *res tradita* e parte sostanziale del rapporto di vendita.

Nella differente ipotesi in cui il prezzo risulti viceversa inferiore all'importo finanziato, il pagamento incassato dal mutuante (oltre a mantenere il significato di momento attuativo dell'obbligazione pecuniaria nascente dal contratto di vendita) riceve il differente valore di "surrogato dell'adempimento", di attribuzione diversa per consistenza (oltre che per provenienza) da quella principale, ma ritenuta comunque idonea – per raggiungere il più volte descritto contemperamento tra l'esigenza del creditore a un rapido soddisfacimento del suo interesse e quella del debitore a liberarsi attraverso il conferimento dell'immobile ipotecato – a determinare l'estinzione della suddetta obbligazione restitutoria[30].

Alla luce delle considerazioni svolte, sembra che l'operazione descritta nel nuovo comma 12 *quater* dell'art. 11 *quaterdecies* l. 248 del 2005 miri ad una sorta di concentrazione degli adempimenti, ad assecondare cioè l'interesse del finanziatore e dell'erede del finanziato (o del finanziato stesso, con riferimento alle altre ipotesi previste dalla norma) ad utilizzare la prestazione di vendita per dare attuazione al rapporto di mutuo: un interesse per certi versi coincidente con quello

[30] La formula "surrogato dell'adempimento" è utilizzata in particolare da E. Moscati, La d*isciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2015, p. 200 ss., per raggruppare in una medesima categoria: «non solo quelle figure di modi di estinzione, che in un'ottica tradizionale sono qualificati come "satisfattori" (compensazione e confusione), ma anche tutte quelle altre figure che portano comunque alla realizzazione dell'interesse creditorio (*omissis*). La formula "surrogati" dell'adempimento appare concettualmente più esatta rispetto a quella di "modi satisfattori", in quanto in tutte queste figure vi è un profilo effettuale comune: il diverso meccanismo voluto dalle parti o previsto dalla legge che ha la medesima valenza dell'esecuzione (esatta) della prestazione originariamente dovuta».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

che ispira la delegazione solutoria, nella quale il delegante si avvale della prestazione di provvista dovutagli dal delegato per dare attuazione al rapporto di valuta che intrattiene con il delegatario[31].

Le differenze in essere tra le due figure – principalmente riferibili al fatto che, mentre la delegazione di pagamento prende avvio dallo *iussum* impartito dal delegante (debitore del rapporto di valuta) al delegato (soggetto passivo nel rapporto di provvista), la vendita della *res garantita* prevista nella disciplina del prestito vitalizio ipotecario trova origine nell'iniziativa del mutuante/ceditore del rapporto principale (che potremmo accostare al rapporto di valuta) – non escludono la possibilità di proporre una ricostruzione in termini delegatori dell'alienazione della *res garantita* prevista dal nuovo comma 12 *quater*. Una possibilità resa ancora più concreta dall'esistenza di una serie di ipotesi di delegazione legale di pagamento, nelle quali l'incarico delegatorio non risiede in un accordo tra delegante e delegato, ma è previsto all'interno di una disposizione di legge – con la conseguenza che il delegato, ricorrendo le condizioni richieste dalla norma, non può sottrarsi all'ordine del delegante – la quale peraltro individua il significato che la prestazione del delegato al delegatario assume alla luce dei rapporti di base[32].

[31] Sulla delegazione di pagamento, si segnalano in particolare i contributi di P. Schlesinger, *Il pagamento al terzo*, Milano, p. 79 ss.; W. Bigiavi, *La delegazione*, Padova, 1940, p. 51 ss.; P. Rescigno, voce *Delegazione*, in *Enc. dir*., XI, Milano, 1962, p. 939 ss.; E. Bottiglieri, voce *Delegazione*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1988, *passim*; U. Breccia, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv*., diretto da Iudica e Zatti, Milano, 1991, p. 809; G. Giacobbe e D. Giacobbe, *Delegazione, espromissione, accollo*, in *Comm. cod. civ*., a cura di Scialoja, Branca e Galgano, artt. 1268-1276, Bologna-Roma, 1992, p. 31 ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 629 ss.; E. Briganti, *La circolazione del debito*, in E. Briganti, D. Valentino, *Le vicende delle obbligazioni - La circolazione del credito e del debito*, Napoli, 2007, p. 275; B. Grasso, *Delegazione, espormissione e accollo*, in. *Cod. civ. comm*., diretto da Schlesinger e Busnelli, *artt. 1268-1276*, Milano, 2011, p. 47 ss.; C. Dore, *La delegazione di pagamento nel quadro dei negozi sull'esecuzione del rapporto obbligatorio*, Napoli, 2017, *passim*.

[32] Si fa riferimento in particolare al disposto dell'art. 58 del D.P.R. n. 180/1950, in tema di delega impartita dagli impiegati pubblici all'Amministrazione da cui dipendono a pagare, sopra stipendi, salari e pensioni, le quote di prezzo di alloggi popolari ed economici, nonché le quote per le sottoscrizioni a prestiti nazionali. Dispone la norma in esame che: "Gli impiegati e salariati e i pensionati delle pubbliche amministrazioni indicate nell'art. 1 hanno facoltà di rilasciare delega, fino alla metà dello stipendio o salario o della pensione, per il pagamento delle quote del prezzo o della pigione afferenti ad alloggi popolari od economici costruiti dagli enti o dalle società di cui agli articoli 16 e 22 del Testo unico delle disposizioni sulla edi-

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

A questo si aggiunga che lo schema descritto dagli artt. 1268 e ss. c.c. è estremamente rarefatto come lo sono tutte le fattispecie produttive di effetti sull'obbligazione in generale, posto che il legislatore ha qui intenti differenti da quelli che ispirano la disciplina dei tipi contrattuali. L'offerta del delegato, conseguente all'iniziativa del delegante, lascia ferma infatti la necessità che laddove si sovrapponga una delegazione titolata sul rapporto di provvista ricorre la volontà del creditore del debito di valuta a sostituirsi nella posizione altrui, ovvero, nelle ipotesi di delegazione pura o titolata rispetto alla valuta, di accettare la sostituzione del terzo *solvens* nell'esecuzione della prestazione a cui risultava tenuto il delegante[33].

In queste ipotesi, se il delegante, in presenza dei presupposti previsti dalla legge, decide di procedere al conferimento della delega, la prestazione richiesta al delegato risulta *ex se* investita del significato, previsto dalla norma, di *solutio* attuativa dei rapporti di base, che il delegato esegue per estinguere il rapporto di provvista e che il delegatario riceve in ragione dell'esistenza della relazione di valuta. Analogamente, nella fattispecie da noi esaminata, qualora il creditore scelga di avvalersi della possibilità di procedere alla vendita dell'immobile ipotecato, la prestazione che il compratore realizza a titolo di prezzo nella compravendita (rapporto di provvista) assume l'ulteriore rilievo di atto di adempimento o di surrogato dell'adempimento dell'obbligazione *ex mutuo*, in un contesto complessivo comparabile a quello proprio della delegazione titolata rispetto ad entrambi i rapporti fondamentali[34].

lizia popolare ed economica approvato con regio decreto 28 aprile 1938, n. 1165. La delegazione sullo stipendio o salario si riversa sulla pensione fino ad estinzione del debito. La delegazione può essere fatta a favore degli istituti finanziatori e degli enti o società mutuanti, nonché degli istituti di assicurazione per il pagamento dei premi quando con la polizza si sia ottenuto un mutuo destinato al pagamento del prezzo dell'alloggio". Si tratta di una delegazione legale di pagamento, desumibilmente titolata rispetto ad entrambi i rapporti di base. Peraltro, nella delegazione legale possono essere ricomprese ulteriori fattispecie, in quanto previste dalla legge, dalla contrattazione collettiva o concernenti servizi resi dall'Amministrazione, anche in via indiretta per mezzo di soggetti terzi (in tali fattispecie si annoverano, ad esempio, la delega a favore di organizzazioni sindacali relativamente al pagamento delle quote associative, il pagamento per la fruizione di alloggi di servizio, il pagamento delle rette degli asili aziendali).

[33] Sulla rilevanza che l'accettazione del delegatario assume nell'ambito della delegatio solvendi, cfr. sempre C. Dore, *op. ult. cit*., p. 106 ss.

[34] La tesi da noi proposta trova peraltro conforto nella lettera della legge, di-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

6. *Natura configurativa dell'accordo tra debitore e mutuante per la vendita dell'immobile.* – Sempre nella prospettiva dell'attuazione dell'*Obligationsprogramm* delineato dal contratto iniziale si colloca l'ulteriore vicenda contemplata dal comma 12 *quater* dell'art. 11 *quaterdecies* della l. n. 248 del 2005, ovvero sia l'accordo tra finanziatore e debitore (erede del mutuatario)[35] affinché quest'ultimo curi la vendita dell'immobile ipotecato, destinando il prezzo così conseguito alla soddisfazione del mutuante (rimangono fermi l'obbligo di restituzione dell'eccedenza e l'effetto esdebitativo). Volendo riflettere sugli effetti che promanano da tale accordo, non sfugge come il medesimo insista sulla fase esecutiva dell'obbligazione nascente dal contratto di mutuo attraverso la programmazione di comportamenti non vincolati per le parti, che conducono all'attuazione dell'assetto di interessi convenzionalmente divisato se e quando vengono concretamente posti in essere, assumendo un significato irretrattabile proprio alla luce del suddetto accordo.

In questo senso, attraverso l'intesa intervenuta con il finanziatore, il debitore/proprietario non assume un "obbligo a vendere" con riferimento alla *res garantita*; del pari, il finanziatore non si vede preclusa dalla stessa intesa la possibilità di far valere sulla suddetta *res* le prerogative che gli spettano in quanto creditore ipotecario, scegliendo liberamente di non esercitare prerogative per i dodici mesi di vigenza del patto. L'accordo in parola programma dunque un determinato assetto di interessi la cui attuazione dipende da una serie di comportamenti liberi delle parti: solamente se il debitore effettivamente decide di vendere l'immobile ipotecato (e se il finanziatore sce-

sponendo il nuovo comma 12 *quater* che le somme ricavate dalla vendita vengono utilizzate per estinguere il credito vantato in dipendenza del finanziamento stesso: si conferma dunque la rilevanza che entrambi i rapporti (di vendita e di mutuo) mantengono nell'ambito dell'operazione, e l'utilizzo della prestazione relativa alla vendita (rapporto di provvista) per dare attuazione all'obbligazione *ex mutuo* (rapporto di valuta).

[35] Ci si è chiesti se un simile accordo possa intervenire anche tra il creditore e il mutuatario, in presenza degli altri eventi previsti dalla norma, che legittimano il mutuante stesso a esigere l'immediata restituzione del finanziamento. Posto che tali eventi si identificano nella vendita della *res garantita* ad opera del finanziato, o nella costituzione di un diritto reale di godimento o di garanzia da parte di quest'ultimo, anche nel silenzio della norma un simile accordo sembra, in concreto, difficilmente configurabile, ritenendosi dunque preferibile la tesi che identifica nel solo erede del mutuatario il soggetto a cui può essere affidata l'alienazione dell'immobile, con destinazione del relativo prezzo a tacitazione delle pretese della banca.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

glie di non agire esecutivamente su tale bene nei dodici mesi dedotti nella convenzione), la relativa attribuzione di prezzo assume l'ulteriore e già descritto significato di adempimento o di surrogato dell'adempimento dell'obbligazione *ex mutuo*.

Il riferimento ad un assetto di interessi da attuarsi sulla base di condotte non vincolate orienta il discorso verso il negozio configurativo, strumento ormai accolto entrato a far parte dell'armamentario concettuale della più autorevole civilistica[36], e recentemente utilizzato, proprio in ragione dell'estrema leggerezza dei suoi effetti, per ricostruire le dinamiche dei negozi insistenti sulla fase esecutiva del rapporto obbligatorio, i quali determinano (non la nascita di nuovi diritti ed obblighi, ma) delle deviazioni relative al profilo oggettivo o soggettivo di una condotta già investita dal crisma della doverosità[37].

Se tutto questo è vero, lo schema della configurazione sembra applicabile anche all'accordo tra mutuante e debitore contemplato dal

[36] L'elaborazione del negozio configurativo si deve in particolare ai contributi di G. Palermo, *Il contratto preliminare*, Padova, 1991, p. 117 ss; Id., *L'autonomia negoziale*, Torino, 2015, p. 20 ss.; S. Romano, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, p. 77 ss.; G. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., p. 47 ss.; B. Troisi, *La prelazione volontaria come regola privata, integrativa del procedimento di formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ*., 1984, p. 580 ss; V. Caredda, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996, p. 223 ss.; L. Mezzanotte, *Il negozio configurativo*: *dall'intuizione alla categoria (storia di un pensiero)*, in *Studi in onore di Benedetti*, II, Napoli, 2008, p. 1155 ss. Di recente, alla fattispecie *de qua* hanno dedicato spazio le opere di A.M. Benedetti, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto tra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002, p. 237 ss., 344 ss.; e di R. Franco, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, Padova, 2012, p. 389 ss.

[37] In questo senso, una componente di configurazione può essere ravvisata sia nell'adempimento del terzo – dato che la realizzazione della pretesa creditoria (e l'eventuale estinzione dell'obbligo) discende dalla libera determinazione del terzo di realizzare una prestazione coincidente con quella attesa dal debitore –, sia nell'indicazione di pagamento – nella quale il debitore indicato può scegliere se rivolgere la condotta dovuta al creditore indicante o al terzo indicatario – sia nella *datio in solutum* – che rimette al debitore la possibilità di estinguere l'obbligazione attraverso la dazione dell'*aliud* – sia, infine, nella delegazione di pagamento, in cui – accanto al profilo obbligatorio presente nel contratto gestorio di conferimento dell'incarico delegatorio – vive comunque un elemento di libertà che caratterizza tanto la posizione del delegato (il quale sceglie di estinguere il rapporto di provvista rivolgendo la sua prestazione al delegatario, e realizzando così l'interesse del delegante all'estinzione del rapporto di valuta) quanto quella del delegatario, che accetta di ricevere dal delegato la prestazione attesa dal delegante. Sul tema, ci permettiamo di nuovo di rinviare al nostro C. Dore, *La delegazione*, cit., *passim*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

nuovo comma 12 quater, accordo appunto volto a dare esecuzione all'obbligazione restitutoria *ex mutuo*: i comportamenti liberi delle parti (la scelta del debitore/proprietario di vendere; quella del creditore ipotecario di non aggredire esecutivamente la res durante la vigenza del patto) generano la produzione di una attribuzione patrimoniale (il prezzo pagato al terzo) alla quale le parti stesse, attraverso il patto, ricollegano il già descritto significato di adempimento o di surrogato dell'adempimento della suddetta obbligazione restitutoria.

7. *Considerazioni conclusive.* – Le considerazioni dianzi esposte tendono dunque a proporre una particolare chiave di lettura della nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario: disciplina che non si riduce nella semplice predisposizione di una serie di tutele volte a favorire la realizzazione stragiudiziale della pretesa creditoria, ma fa emergere una serie di varianti esecutive dell'*Obligationsprogramm* collocate nell'ambito di quella che appare come un'operazione complessa, nella quale – accanto all'interesse ad una rapida attuazione della pretesa creditoria – campeggia anche l'ulteriore interesse del debitore all'estinzione dell'obbligazione *ex mutuo* tramite lo smobilizzo dell'immobile ipotecato. Queste varianti esecutive possono essere ravvisate appunto nella vendita della *res garantita* su iniziativa del finanziatore e nell'accordo per la vendita della stessa *res* ad opera del debitore, le quali non rappresentano dunque semplici forme di autotutela legale o convenzionale – funzione che viceversa caratterizza, in tutte le sue possibili esplicazioni, la convenzione marciana –, ma si collocano nel perimetro dell'operazione nascente dal contratto di mutuo, quali strumenti volti a generare delle attribuzioni patrimoniali alternative alla restituzione della somma mutuata, a cui la legge o la volontà delle parti assegnano, nel senso precedentemente illustrato, il valore di adempimento o di surrogato dell'adempimento dell'obbligazione restitutoria nascente dal negozio di finanziamento.

Lungi dall'esaurirsi in una mera elaborazione teorica, la ricostruzione in questa sede proposta risulta (con particolare riguardo all'ipotesi della vendita avvenuta su iniziativa del finanziatore) densa di ricadute pratiche, riferibili tanto al ruolo assunto dall'ipoteca nell'ambito dell'operazione, quanto al fondamento giustificativo della prestazione del terzo compratore incassata dal mutuante a tacitazione della sua pretesa.

Sotto il primo profilo, si è già avuto modo di segnalare che l'ancoraggio alla garanzia ipotecaria del potere del creditore di promuo-

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

vere la vendita dell'immobile, piuttosto che ad un contratto di mandato, consente al creditore medesimo di procedere all'alienazione dello stesso immobile anche in pregiudizio dell'eventuale terzo avente causa dal debitore (soluzione, quest'ultima, difficilmente sostenibile qualora siffatto potere di "vendere" venisse ricompreso nella posizione personale che il mandatario assume in seno al rapporto gestorio). Sotto il secondo profilo, non sfugge invece come il riferimento alla delegazione – in forza del quale il finanziatore si sostituisce al debitore/proprietario nella ricezione della prestazione dovuta a titolo di prezzo (rapporto di provvista) e il compratore subentra al debitore/proprietario nell'esecuzione della prestazione *ex mutuo* (relazione di valuta), secondo uno schema analogo a quello che caratterizza la delegazione titolata ad entrambi i rapporti di base – consente di assegnare al pagamento del compratore il significato di momento attuativo di entrambi i suddetti rapporti, ancorando la *solutio* eseguita dal medesimo compratore alle vicende inerenti alle relazioni di base.

In particolare, l'acquirente potrebbe contestare tanto le eventuali anomalie collegate al contratto di mutuo – le quali comprometterebbero peraltro l'insorgenza della garanzia reale e del relativo potere del mutuante di promuovere la vendita dell'immobile, rendendo così ripetibile il pagamento eseguito sulla base di un rapporto (quello appunto collegato al rapporto di vendita) nei fatti mai sorto – quanto quelle inerenti al negozio traslativo, risultando il suddetto compratore nella condizione di opporre al creditore procedente l'eccezione di inadempimento collegata agli eventuali difetti della *res*, ovvero di ripetere il prezzo già versato una volta ottenuta la risoluzione del contratto in attuazione dei rimedi collegati alla garanzia per vizi o per evizione proposti in confronto del debitore, individuato quale parte venditrice nell'ambito del rapporto di vendita.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Rossella Fadda

La legge n. 40/2004 tra morale kantiana e diritto alla procreazione

Sommario: 1. I modelli familiari e i modelli genitoriali: simmetria e dissimmetria delle rispettive evoluzioni. – 2. – Il diritto alla procreazione: fondamento costituzionale, limiti e bilanciamento di interessi in conflitto. – 3. – La filiazione nella famiglia omosessuale: l'assetto normativo e l'evoluzione giurisprudenziale. – 4. – Conclusioni: bilanciamento di interessi e prospettive evolutive.

1. *I modelli familiari e i modelli genitoriali: simmetria e dissimmetria delle rispettive evoluzioni.* – Negli ultimi decenni la concezione di famiglia si è distaccata dal fondamento matrimoniale, cui risultava ancorata nel disposto costituzionale, e si è declinata in molteplici modelli accomunati dall'elemento fondante riconducibile ad una formazione sociale intesa quale luogo di sviluppo della personalità ed espressione della solidarietà affettiva dell'individuo[1]. L'evoluzione dei modelli familiari si riflette nel rapporto di filiazione e nella concezione della procreazione, svincolandola dall'ottica naturalistica e di legittimità cui è rimasta ancorata per secoli. Lo *status* di genitore, inscindibilmente legato alla procreazione naturale, si distacca da quest'ultima per trovare fondamento nell'elemento volontaristico e nel principio della responsabilità per la nascita[2]. Così, come accanto alla famiglia legittima e alla famiglia di fatto trova riconoscimento la famiglia omosessuale, monoparentale, allargata, ricomposta, analogamente, alle figure di genitore naturale o adottivo, si aggiungono quelle di genitore sociale, intenzionale, biologico, gestazionale. Peraltro, la

[1] Sulla pluralità di modelli familiari, tra i tanti, v. Lipari, *I rapporti familiari tra autonomia e autorità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2018, 927; Sesta, *La crisi genitoriale tra pluralità di modelli di coppia e di regole processuali*, in *Fam. dir*., 2017, 1145; Paradiso, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ*., 2016, 1307; Scalisi, *Le stagioni della famiglia dall'unità d'Italia a oggi*, P. II, in *Riv. dir. civ*., 2013, 1287 ss.

[2] Scalisi, *Maternità surrogata: come «far cose con regole»*, in *Riv. dir. civ*., 2017, 1104, afferma che genitorialità è anche e soprattutto responsabilità.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

simmetria tra i due fenomeni non è perfetta se si tiene conto che sul piano normativo la varietà dei modelli familiari emersa nel contesto sociale trova pieno riconoscimento con riferimento alla coppia, mentre i "nuovi" modelli genitoriali risultano osteggiati se svincolati dalla procreazione naturale ed estranei al modello bigenitoriale tradizionale.

Nonostante l'evoluzione dei modelli familiari, infatti, il sistema normativo italiano è rimasto ancorato ad un concetto di bigenitorialità basato su due figure di diverso genere, attribuendo rilevanza ai modelli monoparentali, o biparentali riconducibili a unioni tra persone dello stesso sesso, nei soli casi in cui la deroga trovi una giustificazione nel *best interest of child*[3].

Il rilevato distacco dello *status* di genitore dal modello famigliare tradizionale viene ammesso come conseguenza dell'affermazione dell'unico stato di figlio, che trova riconoscimento e rilevanza a prescindere dal rapporto tra i genitori[4]. La genitorialità è riconosciuta anche se il figlio nasce fuori dal matrimonio, da persona omosessuale, da persona single, a seguito di fecondazione artificiale da parte di coppia coniugata o convivente, ma sempre sulla base del legame genetico, e ora anche artificiale nei limiti in cui è ammesso.

La varietà dei modelli, pertanto, non deve indurre a confondere due piani distinti: il primo concerne il rapporto di filiazione già costituito, che viene riconosciuto in funzione della protezione dello stesso figlio, restando irrilevante la scelta del genitore in ordine al modello familiare nell'ambito del quale svolgere la sua personalità; il secondo riguarda il diritto alla procreazione, che viene ricondotto al diritto dell'individuo ad una vita familiare conforme ai propri interessi e alle proprie aspirazioni; tale diritto, tutelato dalla legge in ambito nazionale e sovranazionale, resta invece legato ad un modello tradizionale di genitorialità e non giustifica qualunque scelta dell'in-

[3] Salanitro, *Il diritto del minore alla bigenitorialità e il D.D.L. "Pillon"*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2019, 334, parla di bigenitorialità in senso forte e in senso debole; sui modelli genitoriali e familiari, Nicolussi, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Eur. dir. priv*., 2019, 713 ss.

[4] Sul concetto di famiglia, Sesta, *Famiglia e figli in Europa: i nuovi paradigmi*, in *Fam. dir*., 2019, 1049 ss.; Passaniti, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della società coniugale in Italia*, Milano, 2011, 639; Marella, *Riproduzione assistita e modelli familiari*, in *Scienza, etica e legislazione della procreazione assistita*. Atti del convegno di Perugia, 4 ottobre 2002, a cura di Di Pilla, Napoli, 2003, 235.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

dividuo, ma incontra limiti in funzione della salvaguardia dei diritti del nascituro, come tra breve di dirà.

Nonostante la realtà offra modelli differenti di genitorialità, legati al progresso tecnologico, dal quale scaturisce uno scenario che scardina il tradizionale modello della famiglia con un padre e una madre legati geneticamente al figlio, la normativa prevede specifici presupposti e limiti per l'accesso alle tecniche procreative e non riconosce un diritto a procreare con qualsiasi mezzo diverso da quello naturale.

Le soluzioni adottate talvolta appaiono insoddisfacenti e inadeguate rispetto alle esigenze manifestate nel contesto sociale. La possibilità di ricorrere all'estero per realizzare il desiderio di genitorialità, attraverso pratiche non ammesse nel nostro ordinamento, pone non solo il problema della riconoscibilità del "risultato" ottenuto, ma anche della inadeguatezza del nostro ordinamento e della necessità di adeguarlo alle nuove istanze sociali.

Se nel diritto di famiglia, più che in ogni altro settore del diritto, appare condivisibile l'assunto che il diritto nasca dal contesto sociale[5], perché ciò accada è pur sempre necessaria una condivisione di valori e un substrato sociale idoneo ad accoglierli. Il passaggio dal "vecchio al nuovo" non sempre avviene con una scelta legislativa innovativa ma è spesso preceduto da una fase in cui il compito di operare scelte volte a conciliare esigenze contrapposte e valori diversi viene assolto dalla giurisprudenza, che cerca di adeguare il diritto vigente alla evoluzione dei fenomeni sociali, talvolta travalicando la sua funzione nomofilattica[6].

[5] Lipari, *op. ult. cit*., 928; Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, 64.

[6] Per l'orientamento "evolutivo" v. Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Fam. dir*., 2016, 1025, riconosce la *stepchild adoption* (art. 44, lett. d) nel caso di coppia unita civilmente; Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Foro it*., 2015, 2324, ha dichiarato illegittimo il divieto di fecondazione eterologa; Corte cost., 14 maggio 2015, n. 96, in *Foro it*. 2015, 2250, ammette l'accesso alle tecniche fecondative alle coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili eliminando il divieto di diagnosi preimpianto; la spinta progressista subisce un arresto con Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, in *Corr. giur*., 2019, 1460 ss., che esclude l'illegittimità delle norme della legge n. 40/2004, nella parte in cui escludono dalla PMA le coppie omosessuali; Corte cost., 15 novembre 2019, n. 237, in *Fam. dir*., 2020, 329, dichiara inammissibile la questione di costituzionalità delle norme in materia di formazione dell'atto di nascita che impediscono il riconoscimento di un cittadino straniero da parte di due madri; Cass., SU, 8 maggio 2019, n. 12193, in *Fam. dir.*, 2019, 653 ss., esclude l'efficacia in Italia, per contrarietà all'ordine pubblico, del provvedimento straniero

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

2. – *Il diritto alla procreazione: fondamento costituzionale, limiti e bilanciamento di interessi in conflitto*. – Il diritto alla procreazione, nonostante la mancata espressa previsione normativa, può trovare fondamento nelle norme della Costituzione e in particolare negli artt. 2, 13, 29, 30, 31 e 32[7]. Il diritto di procreare e di formare una famiglia può essere considerato espressione della personalità e della libertà di autodeterminazione dell'individuo, la cui tutela non è limitata alle ipotesi tipiche previste dalla legge ma, secondo una visione unitaria della personalità, si esplica in molteplici manifestazioni della stessa, variabili in base al contesto storico e culturale[8]. In questa direzione

che dichiara il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante maternità surrogata, e il partner maschile del genitore biologico, mentre ritiene ammissibile il riconoscimento del rapporto di filiazione con due madri (delle quali una biologica); cfr. però, da ultimo, Cass., 29 aprile 2020, n. 8325, in *Fam. dir.*, 2020, 675 ss., che considera non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale delle norme che non consentono la trascrizione dell'atto di nascita o del provvedimento straniero che indichi la doppia paternità del bambino nato da maternità surrogata eseguita all'estero.

[7] Sul diritto alla procreazione, Rimoli, *Appunti per uno studio sul diritto alla procreazione*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, Padova, 1995, 465; Cassone, *Diritto a procreare e diritto alla bigenitorialità. Uno sguardo alle norme*, in *Minori giustizia*, II, 2008, 60 ss.; Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative: riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017, 699 ss., 737; Zanon, *Introduzione*, in Celotto, Zanon (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, Milano, 2004, 8 ss.; Baldini, *Diritto di procreare e fecondazione artificiale tra libertà e limiti*, in *Dir. fam. pers.*, 1997, I, 343; Santosuosso, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, 26 ss.; D'aloia, Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, in Canestrari, Ferrando, Mazzoni, Rodotà, Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà e Zatti, Milano, 2011, 1341; Sesta, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Enc. giur.* Treccani, Roma, 2004, 2. Sul diritto alla procreazione nella giurisprudenza di merito, Trib. Palermo, 8 gennaio 1999, in *Foro it*., 1999, 1653; Trib. Roma, 17 febbraio 2000, *Giur. it*., 2001, 300; Trib. Catania, 3 maggio 2004, in *Nuova giur. civ. comm*., 2004, 415; Trib. Salerno, ord. 9 gennaio 2010, n. 191; Trib. Bologna, 9 maggio 2000, in *Dir. fam. pers*., 2010, 745; nella giurisprudenza costituzionale, Corte cost., 16 marzo 1971, n. 49; Corte cost., 24 luglio 2000, n. 332, in *Foro it*., 2000, 2739; Corte cost., 28 gennaio 2005, n. 45, in *Foro it*., 2005, 629; Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Giust. civ*., 2009, 1177; Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, cit.; Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, cit.

[8] Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 325; Minervini, *La procreazione medicalmente assistita*, Matelica, 2007, 27; Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*,

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

possono essere lette le norme costituzionali che tutelano la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, riconoscono la filiazione anche fuori del matrimonio, prevedono il diritto e dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, proteggono la maternità e la salute, intesa non solo come assenza di malattia ma anche come benessere ed equilibrio psichico[9]. Oltre ai principi costituzionali, il diritto in questione può trovare fondamento nelle previsioni contenute nelle leggi n. 194/1978 e 40/2004, che fanno riferimento al diritto alla procreazione cosciente e responsabile e al diritto di superare le cause di infertilità che impediscono la procreazione.

Lo stesso diritto trova fondamento in ambito europeo nelle norme della Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che riconoscono il diritto al rispetto della vita privata e familiare, inteso come diritto di costituire una famiglia e avere figli anche attraverso il ricorso alla procreazione medicalmente assistita[10].

Non sembra peraltro che siffatto diritto possa assumere i caratteri di un diritto della personalità assoluto ed esente da limiti, venendo in considerazione altri interessi costituzionalmente rilevanti e potenzialmente confliggenti con quello sottostante all'esigenza di procreare. Né tale diritto può fondare una pretesa incondizionata nei confronti

Padova, 2003, 123, Modugno, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 1, 12, afferma che al diritto di libertà personale possono ricondursi la gran parte dei presunti nuovi diritti emergenti; Nicorta,Guerrera, *Vita e sistema di valori nella costituzione*, Milano, 1997, 113 ss.; Ruotolo, *Art. 13*, in Bifulco, Celotto, Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006, 324; Cerri, *Libertà personale* (*Dir. cost*.), in *Enc. giur*. Treccani, Roma, 1992, 3.

[9] Sulla accezione psichica del diritto alla salute, v. Liberali, *Problematiche*, cit., 62 ss.; Ferrando, *La donazione dei gameti in prospettiva bioetica e nella legge 40, alla luce delle recenti pronunce giurisprudenziali*, in Barenghi A. (a cura di), *Procreazione assistita e tutela della persona*, Padova, 2011, 19; Perlingieri, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ*., 1982, 1020; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 353. Sul punto, Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Giur. cost*., 1975, 117 ss.; Corte cost., 24 maggio 1985, n. 161, *ivi*, 1985, 1173 ss.; Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, cit., nel consentire la PMA eterologa ha dato rilievo all'art. 32 Cost. e alla necessità di tutelare la salute della coppia nella sua specifica accezione psichica.

[10] Corte Edu, 4 dicembre 2007, Dickson v. UK, ric. N. 44362/04, in www.echr.coe.int., riconduce il diritto di avere un figlio mediante ricorso alla PMA nella previsione dell'art. 8 della CEDU; il diritto alla procreazione è contemplato anche nella Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. 675 del 1972, che riconosce alle coppie il diritto di avere figli nel numero e nel tempo individuato.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

dello Stato alla realizzazione dell'aspirazione dell'individuo alla genitorialità in qualsiasi circostanza e con ogni mezzo.

Richiamando le categorie dottrinali utilizzate per classificare i diritti della personalità, il diritto di procreare può agevolmente essere inquadrato tra i "diritti di libertà", che tutelano l'interesse della persona a realizzarsi secondo le proprie aspirazioni e inclinazioni. In generale, la libertà della persona, intesa come diritto della personalità, può trovare un limite negli interessi altrui e negli interessi pubblici reputati prevalenti dall'ordinamento in un certo momento storico[11]. Il legislatore può definire il contenuto e i confini dei suddetti diritti nell'ottica di un bilanciamento tra bisogni e interessi contrastanti, esprimendo una scelta che si traduce in regola giuridica suscettibile di mutare nel tempo in ragione dell'evoluzione del costume e della coscienza sociale.

I dati normativi forniti dal nostro ordinamento confermano la rilevanza del diritto alla procreazione come diritto della persona, ma evidenziano nel contempo l'esistenza di limiti e presupposti derivanti in particolare da un modello familiare bigenitoriale, circoscrivendone l'esercizio all'interno di un rapporto di coppia[12]. In tal senso depongono le norme sulla PMA e sull'adozione, che offrono un modello di bigenitorialità c.d "forte"[13], limitando l'accesso all'adozione alle sole coppie coniugate e l'accesso alla fecondazione assistita a coppie, anche non coniugate, viventi, fertili e di sesso diverso. Il principio può essere derogato o quantomeno attenuato solo al fine di realizzare il miglior interesse del nato e quindi quasi sempre nella fase successiva alla nascita, seppure quest'ultima consegua ad una violazione della legge, consentendo la costituzione del rapporto anche in difetto della bigenitorialità intesa in senso "forte". Deroghe in questo senso si possono ravvisare nei casi in cui la fecondazione eterologa sia stata effettuata in difetto dei presupposti indicati dalla legge (fecondazione da parte di donna single, fecondazione *post mortem*), e in quelli in cui si ammette la bigenitorialità omosessuale, a seguito del riconosci-

[11] Bianca, *Diritto civile. La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 1984, 167; Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 323.

[12] Liberali, *Problematiche*, cit., 714, in relazione al diritto alla procreazione sottolinea la differenza tra portata individuale e collettiva dello stesso.

[13] Salanitro, *Il diritto del minore alla bigenitorialità e il D.D.L. "Pillon"*, cit., 334, parla di bigenitorialità in senso forte e in senso debole.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

mento di atti di nascita formati all'estero con l'indicazione di due madri o due padri, fermo restando il limite dell'ordine pubblico[14].

Non sembra invece che la legge ammetta deroghe prima della nascita del figlio, precludendo l'esercizio del diritto alla procreazione svincolato dalla famiglia "tradizionale" e dal principio della bigenitorialità (eterosessuale). Come sopra rilevato, infatti, l'evoluzione dei modelli familiari giuridicamente rilevanti si accompagna alla evoluzione del concetto di genitorialità con un processo che non segue un percorso coincidente né sul piano normativo né su quello giurisprudenziale.

La definizione comunemente ricorrente del diritto alla procreazione come espressione della libertà della persona di formare una famiglia, rischia attualmente di apparire generica e tautologica, nella misura in cui lo stesso concetto di famiglia è generico e mutevole.

Inoltre, la nozione richiamata può risultare superata se il legame tra procreazione e famiglia non appare più indissolubile, posto che la filiazione è tutelata anche al di fuori del rapporto tra i genitori e a prescindere dal progetto di vita familiare degli stessi[15]. Il diritto di procreare si potrebbe così configurare come diritto della persona non più legato alla coppia dei genitori e al loro progetto familiare, ma come espressione della libertà dell'individuo e del suo diritto alla genitorialità, con la conseguenza che se ne dovrebbe ammettere la realizzazione

[14] Sul problema della compatibilità dei provvedimenti stranieri con l'ordine pubblico, v. Tuo, *Riconoscimento di* status *familiari e ordine pubblico: il difficile bilanciamento tra tutela dell'identità nazionale e protezione del preminente interesse del minore*, in *Corr. giur*., 2017, 952 ss.; Valongo, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2017, 124; Sesta, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2000, II, 204; Salanitro, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2019, 737 ss.; Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Foro it*., esclude la contrarietà all'ordine pubblico dell'atto di stato civile formato all'estero dal quale risulti che il minore è figlio di due donne; Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, in *Foro it*., 2017, 2280; Cass. 3 aprile 2020, n. 7668, rigetta il ricorso con il quale una coppia omosessuale formata da due donne chiedeva la rettifica dell'atto di nascita formato in Italia con l'inserimento del riferimento alla doppia maternità; Corte cost., 15 novembre 2019, n. 237, cit.; Cass., SU. 8 maggio 2019, n. 12193, cit.; Cass., 29 aprile 2020, n. 8325, cit.

[15] Giunchedi, *Maternità surrogata tra ordine pubblico,* favor veritatis *e dignità della maternità*, in *Corr. giur*., 2019; Winkler, *Le Sezioni Unite sullo statuto giuridico dei bambini nati all'estero da gestazione per altri: punto di arrivo o punto di partenza?*, in *Corr. giur*., 2019, 1225 ss.; Renda, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia ad un bivio*, in *Eur. dir. priv*., 2015, 419.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

anche con tecniche che prescindono da un rapporto tra individui (potenzialmente) fertili e capaci di procreare. Occorre peraltro distinguere la libertà di procreare dal diritto di procreare, postulando la prima una pretesa alla non ingerenza nelle decisioni personali e il secondo una pretesa nei confronti dello Stato a fornire i mezzi e le risorse per realizzare il suddetto diritto[16]. Se la donna è libera di procreare al di fuori di un rapporto stabile di coppia, perseguendo un progetto di famiglia monogenitoriale, non può parimenti pretendere di realizzare lo stesso progetto attraverso il ricorso a una metodica di procreazione artificiale superando i limiti in cui è ammessa dalla legge. L'intervento dello Stato è disciplinato dalla legge con presupposti e requisiti che garantiscono, in quanto prioritario, l'interesse del minore ad essere cresciuto da due genitori, secondo un modello familiare che per quanto non sia totalmente rigido è tuttavia definito nei suoi caratteri minimi ritenuti indispensabili per la migliore tutela del figlio.

Nell'individuare il contenuto del diritto alla procreazione occorre tener conto che l'esercizio dello stesso coinvolge interessi che travalicano la sfera del soggetto che lo esercita, incidendo sulla vita della persona che viene concepita[17]. La scelta delle "modalità" e il contesto nel quale si esplica l'esercizio del diritto a procreare determinano le condizioni familiari, e in definitiva condizionano lo *status* del na-

[16] Ferrando, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, 311.

[17] Sulla soggettività dell'embrione, Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84, in *Foro it*., 2016, 1509, considera l'embrione una «entità che ha in sé il principio della vita e costituisce un valore costituzionale riconducibile al precetto generale dell'art. 2 Cost.»; conforme Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Giust. civ*., 2009, 1177; Corte cost., 19 luglio 2012, n. 196, in *Resp. civ. prev*., 2012, 2069; Corte cost., 21 ottobre 2015, n. 229; Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, riconosce i diritti involabili del concepito ex art. 2 Cost., affermando che «non è persona ma soggetto»; Zatti, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2001, 149 ss.; Grasso, *Sulla soggettività del concepito e dell'embrione prodotto in vitro*, in *Dir. giur*., 1997, 316 ss.; Busnelli, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ*., 2011, 459 ss.; Busnelli, *Il problema della soggettività del concepito a cinque anni dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in Dossetti, Lupo, Moretti (a cura di), *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, Milano, 2010, 141 ss.; Rescigno, *La nascita*, in Canestrari, Ferrando, Mazzoni, Rodotà, Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., 1735; Sciancalepore, *Norme in materia di procreazione assistita: principi generali*, in Stanzione, Sciancalepore (a cura di), *Procreazione assistita, Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, 30; Giacobbe, *Il concepito come persona in senso giuridico*, Torino, 2003, 129 ss., 259, afferma che il concepito è «soggetto, sovente però, senza diritti».

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

scituro. Se è vero che esiste un solo stato di figlio, non si può negare che le condizioni familiari nell'ambito delle quali si sviluppa il rapporto di filiazione incidono anche sulle situazioni giuridiche del figlio. La nascita da un genitore single o da due genitori, coniugati o no, determina situazioni giuridiche differenti.

Certamente in astratto non si può prefigurare un modello familiare "migliore" rispetto ad un altro, ma la legge nella delineazione della fattispecie può trovare un punto di equilibrio tra interessi potenzialmente confliggenti che ponga dei limiti ad un incondizionato esercizio del diritto a procreare[18]. Nella realtà concreta il modello così individuato potrà essere scardinato e sostituito da modelli differenti, non ammessi in astratto dal legislatore, ma riconosciuti *ex post* in ragione dell'emergere di esigenze diverse del minore già nato e per la realizzazione del suo *best interest*[19].

Le leggi sull'interruzione della gravidanza e sulla PMA, nel cercare un punto di equilibrio tra esigenze contrapposte, sembrano muoversi all'interno di una contraddizione di fondo, laddove da un lato enunciano la tutela della vita e il rispetto dell'embrione, dall'altro ammettono il sacrificio della prima e la strumentalizzazione del secondo.

Quanto alla legge 194/1978, si tratta probabilmente di una contraddizione solo apparente. La prospettiva della normativa in esame di costituire un limite alla pratica abortiva potrebbe non essere incoerente con l'enunciazione della tutela della vita umana sin dal suo inizio[20]. Parrebbe piuttosto il frutto della consapevolezza acquisita che

[18] Si fa riferimento a Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, cit.

[19] Ferrando, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., 331; Liberali, *Problematiche*, cit., 294.

[20] Ferrando, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., 241, afferma che la legge 194 compie un bilanciamento tra salute della donna e vita del concepito. In una diversa prospettiva, i limiti all'esercizio del diritto alla procreazione emergono nel caso in cui la scelta della madre di far nascere il figlio risulti *ex post* contraria all'interesse dello stesso figlio nato con gravi malformazioni. Il tema richiama la problematica della risarcibilità del danno da procreazione o da nascita indesiderata (c.d. *wrongful birth*), nonché da vita indesiderata (*wrongful life*). Sulla risarcibilità del danno da procreazione, Trib. Piacenza, 31 luglio 1950, in *Foro it*., 1951, I, 987; Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 124, 640; in senso contrario, Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 2063, esclude il «diritto a non nascere se non sano»; Cass., 14 luglio 2006, n. 16123, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 56; Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 1348, riconosce (al più) il diritto del nascituro a nascere sano; dovrebbe aver posto una battuta di arresto alle discussioni e alle disarmonie giudiziarie, Cass. SU, 22 dicembre 2015, n. 25767, in

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

nella vita intrauterina tra madre e figlio si genera una relazione *sui generis*¸ difficilmente riconducibile all'ordinaria intersoggettività e questo non necessariamente per la mancanza di soggettività in uno dei suoi termini (il concepito)[21]. La Corte costituzionale nel lontano 1975 aveva evidenziato come per il rapporto intrauterino fossero da superare i limiti stabiliti per lo stato di necessità, in quanto il danno o il pericolo conseguente al protrarsi della gravidanza è differente da quello ipotizzabile ordinariamente[22].

Più in generale, occorre riconoscere che siamo dinanzi ad una situazione del tutto particolare nella quale non è necessario escludere o ridurre la soggettività del concepito per affermare che la madre è l'unica legittimata a decidere "entro precisi confini". In tal senso si può ritenere che la disciplina in questione costituisca applicazione del principio di autodeterminazione della donna e che il legislatore rinunci ad intervenire nella scelta valoriale[23].

Diversamente, la legge relativa alla PMA, nell'assicurare i diritti del (futuro) concepito come soggetto coinvolto, rivela una intima incoerenza nei suoi obiettivi laddove da un lato limita le tecniche pro-

Resp. civ. prev., 2016, 152, che esclude fermamente il diritto del nato a non nascere e dunque la risarcibilità per lui del danno da vita indesiderata. In dottrina, tra i tanti, v. Feola, *Il danno da "nascita malformata"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 75 ss.; Ferrario, *Il danno da nascita indesiderata*, Milano, 2011; Facci, *Il danno da vita indesiderata*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 254 ss.; Liserre, *In tema del danno prenatale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 97 ss.; Guarnieri, *Nascita di figlio malformato, errore diagnostico e regola di responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 829 ss.; Dogliotti, *Diritto a non nascere e responsabilità civile*, in *Dir. fam.*, 1995, 1475 ss.

[21] Sul legame inscindibile tra madre e concepito, Tommasini, *Art. 1*, *Legge 22 maggio 1978, n. 194*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Gabrielli, *Della famiglia*, a cura di Di Rosa, Torino, 2018, 329; Zanchetti, *La legge sull'interruzione della gravidanza. Commentario sistematico alla legge 22.5.1978 n. 194*, Padova, 1992, 90.

[22] Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Giur. cost.*, 1975, 1098, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 546 del codice penale, nella parte in cui non prevede che la gravidanza possa venir interrotta quando l'ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato nei sensi di cui in motivazione e non altrimenti evitabile, per la salute della madre; Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 35, in *Giur. it.*, 1997, I, 348, ribadisce che «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute della madre, che è già persona, e quello dell'embrione che persona ancora deve diventare».

[23] L'ordinamento interviene con metodi di supporto, non punitivi, per tutelare la maternità, e assume il compito di far rispettare i presupposti di liceità dell'interruzione della gravidanza. Foti, *Art. 4, Legge 22 maggio 1978, n. 194*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Gabrielli, cit., 356, parla di "scelta tragica"; Calabresi, Bobbit, *Scelte tragiche*, Milano, 1986.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

creative, e quindi il diritto alla procreazione, dall'altro strumentalizza l'embrione, prima di tutto facendolo venire ad esistenza poi condizionandone la sorte, per soddisfare il desiderio di genitorialità della persona.

Così se la legge 40 appare rifarsi al principio Kantiano dell'uomo «come fine e mai come mezzo»[24], il riconoscimento del diritto alla procreazione come manifestazione di un diritto della personalità, e conseguentemente la strumentalizzazione dell'embrione per la realizzazione di un fine individuale ed egoistico, rivelano la contraddittorietà dei due obiettivi e la necessità di definire con cautela e rigore i limiti del rispettivo perseguimento. Gli interventi della Corte costituzionale che hanno abbattuto, almeno in parte, i limiti per accedere alla PMA, spostano l'ago della bilancia in direzione della libertà di procreare e allontanano la legge dal suo presupposto originario che precludeva la strumentalizzazione dell'embrione[25].

3. – *La filiazione nella famiglia omosessuale: l'assetto normativo e l'evoluzione giurisprudenziale*. – Il problema della genitorialità della coppia *same sex* è particolarmente avvertito a causa della continua tensione tra un legislatore ostile nei confronti del genitore omosessuale e le esigenze della realtà sociale recepite dall'evoluzione giurisprudenziale.

L'impianto normativo accolto dal nostro ordinamento in materia di filiazione, matrimonio e unioni civili, evidenzia la suddetta ostilità, differenziando i modelli familiari proprio in ragione della idoneità a fondarsi su un progetto procreativo, e sulla base della presunta incompatibilità tra coppia omosessuale e procreazione. Depone in tal senso la disciplina dell'adozione, riservata a coppie unite in matrimonio, la normativa sulla fecondazione artificiale concepita come rimedio per l'infertilità della coppia (di coniugi o di conviventi) di diverso sesso, la disciplina del matrimonio da un lato e delle unioni civili dall'altro, differenziate proprio in ragione della finalità, almeno potenzialmente, procreativa esclusivamente riservata al primo. La legge sulle unioni civili, infatti, nel rinviare alla disciplina del matrimonio evita accuratamente di richiamare non solo le norme relative alla fi-

[24] KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, a cura di V. Mathieu, Milano, ed. 1994, 145.

[25] RENDA, *op. cit*., 422.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

liazione ma anche tutti i dati normativi che presuppongono un modello familiare con prole[26].

L'argine legislativo, tuttavia, appare labile a fronte della spinta sociale che evidenzia l'esigenza di riconoscere rilevanza giuridica a rapporti di filiazione che riguardano coppie omosessuali; in particolare vengono in considerazione i casi in cui il genitore si unisca ad una persona dello stesso sesso, ovvero ricorra alla fecondazione artificiale all'estero, o ancora la coppia adotti un figlio all'estero. In questi casi si pongono problematiche differenti, ma tutte relative alla riconoscibilità del rapporto di filiazione all'interno di una relazione omosessuale.

Al riguardo, una oramai copiosa giurisprudenza, pur in assenza di un dato normativo che equipari la coppia omosessuale a quella eterosessuale in relazione al rapporto di filiazione, estende alla coppia omosessuale la norma dettata in materia di adozione in casi particolari (art. 44, lett. d), configurando l'impossibilità di affidamento preadottivo come impossibilità giuridica e non solo materiale. L'estensione, nonostante l'evidente forzatura, si basa sul concetto di *best interest of child*, privilegiato in ambito europeo e conforme alla ispirazione dell'intera disciplina della filiazione e dell'adozione nel nostro ordinamento.

Sul problema della riconoscibilità di provvedimenti stranieri che dichiarano il rapporto di filiazione tra un minore, nato all'estero mediante maternità surrogata, e il partner del genitore, è intervenuta la Suprema Corte a Sezioni Unite, escludendo l'efficacia in Italia, per contrarietà all'ordine pubblico, del provvedimento straniero che dichiara il rapporto di filiazione tra il minore e il partner maschile del genitore biologico, ritenendo invece ammissibile il riconoscimento del rapporto di filiazione costituito all'estero tra il minore e la partner femminile della madre biologica[27].

La decisione, motivata dall'esigenza di ribadire il divieto di maternità surrogata, è stata stigmatizzata in quanto foriera di una discriminazione di genere tra figli di coppie femminili e maschili[28], e in

[26] Sul punto, Fadda, *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2016, 1386 ss.

[27] Cass., SU, 8 maggio 2019, n. 12193, cit.; Cass., 3 aprile 2020, n. 7668, cit., ove si ribadisce che il riconoscimento in Italia di atti stranieri dichiarativi del rapporto di filiazione da due donne non contrasta con l'ordine pubblico; Cass., 29 aprile 2020, n. 8325 cit., rimette la questione alla Corte costituzionale.

[28] In senso critico Ferrando, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo com-*

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

generale nei confronti dei nati a seguito di pratiche di fecondazione artificiale[29].

Nonostante la plausibilità di tali rilievi, in una diversa prospettiva, la sentenza costituisce un precedente rilevante ai fini della riconoscibilità della filiazione della coppia *same sex*, posto che la contrarietà all'ordine pubblico viene riferita alla maternità surrogata (e riguarda tutte le coppie anche eterosessuali), mentre viene accolto il principio della irrilevanza dell'orientamento sessuale nell'esercizio della genitorialità. In un'ottica di bilanciamento di valori, la Suprema Corte, pur riconoscendo l'omogenitorialità alla sola coppia formata da due donne, non ha escluso la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale del minore con il partner del padre biologico, mediante il ricorso all'adozione in casi particolari.

Sul punto è intervenuta la Corte europea dei diritti dell'uomo mediante una pronuncia di interpretazione preventiva[30], affermando che gli Stati membri devono assicurare il riconoscimento di un legame di filiazione con il genitore di intenzione, non necessariamente con la trascrizione dell'atto di nascita ma anche attraverso l'istituto dell'adozione, purché sia realizzato effettivamente e in tempi rapidi il superiore interesse del minore[31].

Più tortuosa appare la strada per il riconoscimento di un diritto della persona alla procreazione, svincolato dalla tradizionale figura

mento, in *Fam. dir*., 2019, 685; Dogliotti, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, ivi, 675.

[29] Il rischio di creare una categoria di figli artificiali veniva segnalato anche da Bianca, *Stato delle persone*, in *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana*, Padova, 1987, 112; Ferrando, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., 323; Perlingieri, *L'inseminazione artificiale tra principi e riforme legislative*, in Ferrando (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova, 1989, 141 ss.; Liberali, *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio di costituzionalità?*, in *Osservatorio costituzionale*, 2019, 5, 215.

[30] Sui pareri consultivi della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, previsti dal Protocollo n. 16, v. Lipari, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo*, in *Federalismi*, 2019; Lamarque (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2015.

[31] Corte Edu, 10 aprile 2019, ric. P16-2018-001- Advisory Opinion, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 956 e in *Nuova giur. civ. comm*., 2019, 757.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

della famiglia con due figure genitoriali di sesso diverso. I presupposti per l'accesso alla procreazione artificiale, così come i requisiti per l'adozione piena, sono infatti vincolati ad un modello bigenitoriale eterosessuale, fondato su un rapporto stabile seppure non esclusivamente matrimoniale[32].

L'accoglimento di una prospettiva puerocentrica, accolta non solo in ambito nazionale ma anche sovranazionale, giustifica il riconoscimento della genitorialità omosessuale, e la possibilità per la coppia *same sex* di accogliere e crescere un figlio, solo nel caso in cui venga in considerazione un rapporto già costituito tra il minore e il genitore o la coppia omosessuale.

La giurisprudenza di merito e di legittimità ha da tempo riconosciuto l'idoneità all'esercizio della responsabilità genitoriale della persona omosessuale, escludendo così che il modello familiare eterosessuale sia indispensabile per la migliore crescita ed educazione del minore. In questa ottica sono stati adottati numerosi provvedimenti di affidamento (esclusivo o condiviso con collocazione prevalente) al genitore omosessuale separato o divorziato, e di affidamento familiare di minori temporaneamente privi di un ambiente familiare idoneo alla crescita, ai sensi della l. 184/1983, a coppie omosessuali[33].

La legge non consente invece l'esercizio del diritto alla procreazione nell'ambito di una coppia *same sex*, esclusa dalla procreazione artificiale così come dall'adozione. Come sopra rilevato, l'esercizio del diritto alla procreazione è limitato in funzione del divieto di strumentalizzazione dell'embrione e, in questa ottica, legato al modello familiare bigenitoriale considerato dal legislatore come il più idoneo ad accogliere un figlio. Qualunque progetto difforme appare una deviazione vietata in quanto considerata pregiudizievole per il futuro nato, seppure conforme agli interessi dell'aspirante genitore. Appare allora coerente escludere dall'ambito applicativo della legge tutti i sog-

[32] Baldini, *Diritto di procreare, responsabilità civile, condizione giuridica del nascituro*, in Baldini, Cassano, *Persona, biotecnologie e procreazione*, Torino, 2002, 26.

[33] Valongo, *op. cit*., 199; Cass., 13 gennaio 2013, n. 601, in *Giur. it*., 2013, 1036; Cass., 18 giugno 2008, n. 16593, in *Foro it*., 2008, 2446; Trib. Bologna, 15 luglio 2008, in *Dir. fam*., 2009, 251; Corte Edu, 21 dicembre 1999, Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo (ric. n. 33290), in *Corr. giur*., 2000, 69; sull'affidamento familiare a coppie omosessuali, Trib. Palermo, 4 dicembre 2013, in *Fam. dir*., 2014, 351; Trib. Parma, 3 luglio 2013, in *Fam. dir*., 2014, 273; Trib. Bologna, 31 ottobre 2013, in *Corr. giur*., 2014, 205.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

getti che non soddisfano i requisiti richiesti dal modello astratto delineato, comprese le coppie omosessuali.

La rilevata contraddittorietà insita nella legge che riconosce il diritto alla procreazione, in qualche modo strumentalizzando l'embrione al fine di soddisfare l'aspirazione della persona alla genitorialità, e la previsione di presupposti che limitano l'esercizio del diritto, rappresenta il punto di equilibrio prescelto dal legislatore per la composizione di interessi in conflitto. La discrezionalità delle legislazioni nazionali nella disciplina della fecondazione assistita in relazione ai profili nei quali non si riscontri un generale consenso a livello europeo, riconosciuta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, giustifica e legittima la disciplina nazionale ancora restrittiva rispetto a quella recepita da altri Stati e privilegiata ma non imposta dalla normativa comunitaria[34].

4. – *Conclusioni: bilanciamento di interessi e prospettive evolutive*. – La Corte costituzionale ha ridisegnato i confini della legge 40 e ne ha chiarito il fondamento, intervenendo in una materia in continua evoluzione, influenzata dal contesto storico e sociale di riferimento e dalla inevitabile mutevolezza che ne consegue.

Dopo i primi interventi volti ad accogliere le istanze di maggior libertà nell'accesso alle tecniche procreative, attraverso il riconoscimento dell'ammissibilità della fecondazione eterologa e della diagnosi preimpianto, inizialmente vietate[35], più di recente la Corte ha posto un freno all'apertura progressista, ribadendo la finalità *lato sensu* "terapeutica" della PMA e la legittimità dei presupposti di cui all'art. 5 della suddetta legge[36].

La stessa Consulta, peraltro, ha ammesso la precarietà delle soluzioni offerte, precisando che il legislatore nel ponderare gli interessi in gioco ha trovato un punto di equilibrio tra diverse istanze, basandosi sugli «orientamenti maggiormente diffusi nel tessuto sociale, nel singolo momento storico», e che la materia rimane aperta a «so-

[34] Corte Edu, 15 marzo 2012, Gas e Dobois c. Francia, esclude che la legge nazionale che riservi la PMA a coppie eterosessuali possa dar luogo a una disparità di trattamento; Corte Edu, 3 novembre 2011, S.H. c. Austria, ritiene non incompatibile con la CEDU il divieto di fecondazione eterologa previsto dalla legge austriaca.

[35] Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Foro it*., 2015, 2324; Corte cost., 14 maggio 2015, n. 96, in *Foro it*. 2015, 2250; Ferrando, *Maternità per sostituzione all'estero*, cit., 686; Scalisi, *Il superiore interesse del minore*, in *Riv. dir. civ*., 2018, 429.

[36] Cost., 23 ottobre 2019, n. 221, cit.; Corte cost., 15 novembre 2019, n. 237, cit.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

luzioni di segno diverso in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata».

L'apertura ad una prospettiva evolutiva ipotizzata dalla Corte, potrebbe determinare un nuovo scenario attraverso ulteriori interventi non necessariamente normativi, volti a cogliere un nuovo modo di sentire nella collettività e una concezione ancora diversa di famiglia e di filiazione.

Percorrendo tale strada, l'evoluzione dei fenomeni sociali potrebbe determinare un nuovo criterio di bilanciamento degli interessi coinvolti e nuove priorità, ribaltando il quadro dei valori e scardinando il sistema delineato dalla legge. Il venir meno dei presupposti di cui all'art. 5 – coppia eterosessuale e finalità terapeutica – dovrebbe allora valere per tutti e non solo per la coppia omosessuale. Non si vede infatti il motivo per eliminare la "discriminazione" fondata sul sesso e non quella fondata sull'età o sulle scelte di vita. Per questa via si potrebbe riconoscere un diritto alla procreazione come diritto all'autodeterminazione dell'individuo, anche *single* o in età avanzata, o ancora come diritto alla salute anche psico-fisica, intesa come stato di benessere della persona suscettibile di venire alterato dalla mancata realizzazione del desiderio genitoriale[37].

Si realizzerebbe così un ribaltamento della gerarchia valoriale, e nel bilanciamento degli interessi, determinando la prevalenza dell'interesse egoistico della persona e l'abbandono della morale Kantiana sopra richiamata.

Resta l'ostacolo della maternità surrogata che potrebbe giustificare una discriminazione a carico del sesso maschile, posto che il diritto alla procreazione non può prevalere sul diritto alla dignità della donna e sulla tutela della maternità. Ma anche questo baluardo potrebbe cadere se si riconoscesse che la scelta della donna di portare a termine la gravidanza per altri è una scelta di vita altruistica, espressione della libertà della persona e riconducibile alla scelta di non essere madre del figlio partorito, ammessa nel caso di fecondazione naturale. Invero, il nostro ordinamento, oltre a consentire alla donna di chiedere di non essere menzionata nell'atto di nascita (art. 30 d.p.r. 396/2000), ammette la donazione dei gameti, nonché l'adozione, che pur costituendo situazioni differenti dimostrano che la filiazione può essere svincolata dal legame genetico, anche materno.

[37] Camardi, *Diritti fondamentali e* status *della persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 51.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

In questo caso rimarrebbe aperto il problema della revocabilità del consenso che farebbe riemergere il limite al diritto di procreare, in considerazione di preminenti interessi della donna, difficilmente superabile alla luce dei principi costituzionali di tutela della salute e della maternità. Si potrebbe replicare che il limite è superabile giustificando l'irrevocabilità del consenso con l'esigenza di privilegiare l'interesse del figlio, coerentemente con l'irrevocabilità della scelta della donna che accede alla PMA, stante il divieto di avvalersi della facoltà di non essere nominata nell'atto di nascita, previsto dall'art. 9 della legge 40, e ferma restando la disciplina già in vigore relativa al diritto di conoscere le proprie origini[38].

Ancora, il bilanciamento degli interessi in conflitto potrebbe giustificare la scelta "permissiva", anche in relazione alla maternità surrogata, senza scardinare del tutto la legge 40 nel suo attuale impianto, tenendo conto che lo stesso concetto di salute e di infertilità può essere ridefinito senza venir meno come presupposto della PMA[39]. Se per salute si intende il benessere psico-fisico, l'impossibilità di avere figli, derivante da qualunque causa, può costituire motivo di alterazione dell'equilibrio piscologico della persona giustificando il ricorso alla fecondazione artificiale in funzione terapeutica non solo per la coppia eterosessuale infertile ma anche per il singolo individuo privo delle condizioni per procreare naturalmente.

La complessità dei valori contrapposti dimostra che non esiste un perfetto bilanciamento, e l'equilibrio può trovarsi con soluzioni diverse, tutte riconducibili a dati normativi suscettibili di interpretazioni differenti, favorite dal profilo di contraddittorietà sopra rilevato insito nella legge 40.

La soluzione evolutiva e permissiva, peraltro, pur compatibile con

[38] Liberali, *Problematiche*, cit., 159; sul punto Ferrando, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., 444; Id., *I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2019, 819; Scalisi, *Maternità surrogata: come «far cose con regole»*, cit., 1100; Salanitro, *Ordine pubblico internazionale*, cit., 740.

[39] Ferrando, *op. ult. cit*., 312; Liberali, *Problematiche*, cit., 140 ss.; in senso contrario, Renda, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, in *Corr. giur*., 2015, 471; Corte app. Milano, ord. 25 novembre 2015, solleva la questione di legittimità costituzionale del divieto di maternità surrogata; Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000, in *Giur. it*, 2001, 1417, ritiene valido il negozio atipico di maternità surrogata a titolo gratuito; contra, Trib. Monza, 27 ottobre 1989, 303, considera nullo per illiceità dell'oggetto il contratto di affitto di utero.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

la lettera della norma, non ne rispetterebbe la *ratio*, comportando l'adozione di una visione completamente diversa da quella inizialmente accolta dal legislatore.

In una prospettiva etica, l'impianto normativo originario della legge sulla PMA appariva ispirato alla visione sostanzialista o del personalismo ontologicamente fondato, che privilegia il diritto inviolabile alla vita, all'integrità fisica e genetica, alla salute; in questa logica, la legge 40 permetteva le pratiche volte a curare e prevenire la sterilità della coppia, senza sostituirle all'atto umano procreativo ma facilitandolo e supportandolo per raggiungere l'obiettivo "naturale" e vietava tutti gli interventi che potevano determinare una «estraniazione e sostituzione dei coniugi, una scissione dell'atto unitivo da quello procreativo»[40], riducendo l'atto finalizzato alla procreazione ad un procedimento tecnico e impersonale e il figlio ad un oggetto, così come la cura a medicina dei desideri. Inoltre, nella stessa visione etica, appariva coerente il divieto di fecondazione eterologa, giustificato dall'esigenza di non svincolare la filiazione dal legame genetico e non scardinare i punti di riferimento dell'identità procreativa umana[41], nonché il divieto di sperimentazione sull'embrione, di selezione eugenetica, di crioconservazione e soppressione di embrioni, la creazione di un numero massimo di (tre) embrioni, giustificati dall'esigenza di evitare il paradosso di predisporre procedure finalizzate a produrre vita per poi negarla per assicurare il risultato prefissato[42].

La caduta di gran parte dei divieti richiamati, per effetto delle note sentenze della Corte costituzionale, oltre a ridisegnare il quadro normativo ne ridefinisce il substrato etico. La possibilità di ricorrere alla fecondazione eterologa, la possibilità di creare embrioni sovrannumerari se necessari per il successo della procedura, l'ammissibilità della crioconservazione, evidenzia il superamento della logica sostanzialista e l'apertura verso una logica funzionalistica-attualistica, in cui l'uomo è valutato nelle funzioni che può svolgere e nelle qualità di

[40] Romano, *Procreazione assistita o fecondazione artificiale? Un figlio a tutti i costi? Riflessioni bioetiche*, in https://www.bioeticacs.org/iceb/seleccion_temas/procreacion/investProcrAss.pdf, 5, osserva che sono illecite le tecniche che intervengono nelle dinamiche personali della procreazione in un'ottica sostitutiva degli attori principali che sono estraniati dal progetto che si realizza attraverso una dislocazione spazio-temporale dell'origine; Pessina, *Bioetica, L'uomo sperimentale*, Milano, 1999, 113.

[41] Vegetti Finzi, *Volere un figlio*, Milano, 1997, 172.

[42] Romano, *op. loc. ult. cit.*

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

cui è dotato e non nella sua essenza[43]. Da qui potrebbe essere breve il passo per consentire la surrogazione delle funzioni umane con tecniche funzionali alla realizzazione del volere egoistico dell'individuo.

L'apertura, grazie all'atteggiamento resiliente espresso dalla Corte costituzionale nei suoi recenti interventi, è ancora contenuta e non si è realizzato un completo ribaltamento di valori, permanendo ostacoli alla realizzazione del desiderio di genitorialità in presenza di condizioni che implicano la lesione della dignità della persona e della vita anche embrionale. È proprio sul piano etico che si realizza quel bilanciamento di interessi che si riflette in ambito giuridico determinando regole, anche compromissorie, frutto di scelte legislative e giurisprudenziali storicamente mutevoli in quanto dettate dalle esigenze del contesto sociale. In assenza di un intervento legislativo, il compito di adeguare la legge seguendo il comune sentimento etico, salvaguardandone l'obiettivo latamente terapeutico, coniugando libertà e responsabilità nella procreazione ed evitando la riduzione dell'embrione a mero oggetto del desiderio egoistico, è stato assunto dalla Corte costituzionale con interventi al contempo innovativi e conservativi, che pur rischiando di cadere nella contraddittorietà realizzano un risultato attento ai principi sovranazionali, rispettoso dell'etica nazionale e aperto all'evoluzione del modello familiare con giusta misura ed equilibrio.

[43] Possenti, *Concezione sostanziale e concezione funzionale della persona nella filosofia contemporanea*, in *Espiritu*, LXII, 146, 2013, 375-394.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Alle allieve ed agli allievi del corso
di Fondamenti del diritto europeo 2019/2020

Riccardo Fercia

Gli effetti dell'atto obbligante tra mera bilateralità ed interdipendenza dei rapporti nel diritto romano classico

Sommario: 1. I termini della questione. – 2. Esegesi di Ulp. D. 17.1.19. – 3. Ancora su Ulp. D. 50.16.19. – 4. Esegesi di Ulp. D. 17.1.8 pr. – 5. Esegesi di Paul. D. 13.6.17.3.

1. *I termini della questione*. – In due recenti studi pubblicati a distanza di pochi anni, l'uno di Silvia Viaro[1], l'altro di Antonino Milazzo[2], è stata affacciata una tesi che mi pare esporsi a qualche perplessità in ordine all'esegesi di alcune fonti centrali per la comprensione della materia degli atti leciti produttivi di *obligationes*: il mandato ed il comodato, infatti, sarebbero, secondo questa impostazione, contratti sinallagmatici.

Più precisamente, del mandato si è sottolineato non tanto il «carattere perfettamente bilaterale», quanto semmai, «anzi, squisitamente sinallagmatico»[3]; si è poi detto, con identico approccio teorico, che le *actiones civiles* «servono a tutelare gli interessi sinallagmatici delle parti nel comodato»[4], e che «questa bilateralità di interessi crea una bilateralità di obbligazioni che si pongono su un piano sinallagmatico»[5], così che il comodato si sarebbe trasformato, specie per epoca

[1] S. Viaro, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Padova, 2011, p. 315 ss.; Ead., *Il mandato romano tra bilateralità perfetta e imperfetta*, in *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, p. 331 ss.

[2] A. Milazzo, *Il contratto di comodato. Modelli romani e disciplina moderna*, Torino, 2018, p. 161 ss.

[3] S. Viaro, *Il mandato romano tra bilateralità perfetta e imperfetta*, cit., p. 353.

[4] A. Milazzo, *Il contratto di comodato*, cit., p. 223.

[5] *Ivi*, p. 224.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

severiana, «da contratto primitivamente unilaterale a contratto sinallagmatico»[6].

A fronte di queste affermazioni, in cui la 'bilateralità' è distinta dalla 'sinallagmaticità', sento necessario precisare cosa io intenda per 'contratto sinallagmatico': penso ad un contratto che produce obbligazioni non solo bilaterali, cioè a carico di entrambi i contraenti, ma altresì reciprocamente interdipendenti, vale a dire l'una in funzione dell'altra.

In altre parole, si parla di scambio[7].

Se ciò è vero, a seguire queste recenti prospettive in tutte le loro implicazioni, mandato e comodato sarebbero dunque figure contrattuali sovrapponibili sul piano degli effetti – e dunque anche sul piano funzionale – a vendita e locazione: essi sarebbero, in altre parole, contratti a prestazioni corrispettive, produttivi, cioè, non tanto di due *obligationes*, quanto di due rapporti che si pongono l'uno in funzione dell'altro.

Mi propongo in queste poche righe di verificare l'impostazione in esame.

Dico subito di dubitare che i *prudentes* ragionassero davvero in questi termini: ed anzi, sono persuaso che la lettura di cui discutiamo derivi più che altro dalla suggestione di alcuni testi che, di primo acchito, potrebbero effettivamente orientare l'attuale interprete nella direzione suggerita dalle nuove esegesi alle quali si deve la proposta ricostruttiva da cui abbiamo preso le mosse, non foss'altro perché contenenti una traccia linguistica nel segno della 'reciprocità', vale a dire l'espressione '*ultro citroque*' e l'avverbio '*invicem*'.

Cercherò qui di dimostrare, dunque, come questi due segni linguistici abbiano, di per sé, contenuto del tutto generico e descrivano – come emerge a scorrere le occorrenze risultanti da *BIA*[2] – un fatto giuridico non necessariamente contrattuale, ma riferibile, quale ne sia la ragione, ad entrambe le parti di un qualsiasi rapporto giuridico: il che, però, è ben lontano dall'idea di συνάλλαγμα in senso tecnico, che, sul piano funzionale, vale sempre come 'scambio' e, sul piano effettuale, esprime non solo la reciprocità, ma soprattutto l'interdipendenza dei rapporti obbligatori scaturiti da una figura di *contractus*.

[6] *Ivi*, p. 224.

[7] L. Garofalo, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, p. 47 e nt. 117.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Ritengo opportuno muovere dalla tesi della Viaro, precisando sin d'ora di condividere – quanto meno per l'epoca di Gaio – il risultato cui è pervenuta la studiosa in ordine alla bilateralità – in sé considerata – del mandato romano[8], ma di dissentire in ordine alla sua rilevata 'sinallagmaticità': per me, il mandato era visto dai Romani, nella più matura epoca classica, come una figura di *contractus* ad efficacia perfettamente bilaterale, ma le *obligationes* delle parti non erano in alcun modo interdipendenti[9], tant'è vero che non abbiamo nelle fonti – quanto meno, io non ho trovato riscontri di sorta, fermo restando che *negativa non sunt probanda* – alcuna traccia di soluzioni inerenti ad un possibile regime di *periculum* in senso tecnico[10], intendendo con questa espressione la regola applicabile ai soli contratti a prestazioni corrispettive – tre le figure nominate, vendita[11], locazione[12] e società[13] – per stabilire la permanenza o meno di un'*obligatio* quando divenga impossibile, naturalmente per fatto inimputabile alle parti, l'altra.

È dunque il *periculum* in senso tecnico la 'cartina al tornasole' per verificare se una determinata figura contrattuale si connoti, sul piano effettuale, per l'interdipendenza funzionale dei rapporti patrimoniali, o comunque di eventuali prestazioni già eseguite.

[8] S. Viaro, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, cit., p. 315 ss., ed in particolare, per Gai 3.155, p. 318 s. e nt. 5; Ead., *Il mandato romano tra bilateralità perfetta e imperfetta*, cit., p. 343 ss.

[9] Non a caso, la stessa S. Viaro, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, cit., p. 345, considera il mandato «un ambito di indagine piuttosto deludente per chi si aspettava di trovarvi conferme in merito agli effetti che la buona fede avrebbe provocato sul regime delle obbligazioni, provocando tra queste un nesso rispondente al moderno canone dell'interdipendenza funzionale».

[10] La dogmatica che seguo è quella di C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, 1996, p. 83 ss.

[11] Sul *periculum rei venditae* cfr. la messa a fuoco di M. Scognamiglio, *Note su sinallagma condizionale e 'periculum rei venditae' in diritto romano*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2007, p. 171 ss.; M. Talamanca, *Considerazioni sul 'periculum rei venditae'*, in *Sem. Compl.*, VII, 1995, p. 217 ss.; Id., voce *Vendita (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 393 ss.

[12] Sul problema del *periculum locatoris* cfr. l'ampio saggio di L. Vacca, *Considerazioni in tema di risoluzione del contratto per impossibilità della prestazione e di ripartizione del rischio nella 'locatio conductio'*, in *'Iuris vincula'. Studi in onore di M. Talamanca*, VIII, Napoli, 2001, p. 249 ss.

[13] Sul rischio contrattuale nella *societas* cfr. M. Talamanca, voce *Società (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 857.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

In materia di mandato, il diritto romano – che ha costruito come gratuita la figura, pur conoscendo una grande linea di tendenza verso la gratificazione del mandatario[14] – ignora del tutto questa configurazione del rischio: manca un 'enjeu' patrimoniale rispetto al quale, al verificarsi di un evento casuale, una delle parti possa dirsi 'perdente' rispetto ad esso[15], non potendosi rapportare a questo meccanismo l'ovvia attribuzione al *dominus rei* delle conseguenze patrimoniali del perimento totale, che egli sopporta in quanto *dominus* e non in quanto parte di un contratto.

2. *Esegesi di Ulp. D. 17.1.19*. – Il testo chiave per orientarsi nella direzione suggerita dalla Viaro, e leggere un συνάλλαγμα nel mandato, è un passo in cui Ulpiano riferisce – senza apportare, per quanto è dato intuire, un proprio specifico apporto – pensiero di Pomponio:

Ulp. 43 *ad Sab*. D. 17.1.19: *Si servus meus de semet emendo mandaret, ut redimatur, Pomponius eleganter tractat, an is, qui servum redemerit, ultro convenire possit venditorem, ut servum recipiat,* [*quoniam mandati actio ultro citroque est*] < ? >. *sed esse iniquissimum Pomponius ait ex facto servi mei cogi me servum recipere, quem in perpetuum alienari volueram, nec magis in hunc casum debeo mandati teneri, quam ut eum tibi venderem.*

Nel passo si fa il caso – di cui discuteva Pomponio e, probabilmente, da ascriversi ad un articolato lemma sabiniano che, nel discorso di Ulpiano, va probabilmente riferito al caso considerato – di un servo, evidentemente già messo in vendita, che incarica un terzo di acquistarlo al fine di procedere alla sua *manumissio*[16]: si domanda se il mandatario-acquirente del servo possa esperire contro il venditore, *dominus* del mandante, l'*actio mandati* (*contraria*), con la fina-

[14] Cfr. G. Finazzi, *'Amicitia' e doveri giuridici*, in *'Homo', 'caput', 'persona'. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana (dall'epoca di Plauto a Ulpiano)*, a cura di A. Corbino, M. Humbert e G. Negri, Pavia, 2010, p. 766 ss., in particolare p. 770 ss.

[15] Cfr. C.A. Cannata, *Sul problema*, cit., p. 95 s.

[16] La fattispecie è nota anche a Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.8.5 e Papin. 7 *quaest*. D. 17.1.54.1 (relativi, peraltro, ad un *liber homo bona fide serviens*): sul problema, cfr. R. Knütel, *Das Mandat zum Freikauf*, in *'Mandatum' und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*, herausgegeben von D. Nörr, S. Nishimura, Berlin *et al. loc*., 1993, p. 353 ss., con lo *status quaestionis*.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

lità pratica di ottenere ristoro dell'interesse a non acquistare il servo al solo fine di manometterlo e, quindi, restituirlo, ovviamente *ante manumissionem*, al venditore, 'dato che l'azione del mandato è offerta ad entrambe le parti'.

La questione di fondo consiste dunque nel determinare cosa rientri in questa peculiare ipotesi di mandato ad acquistare: la *forma mandati* abbraccia solamente acquistare il servo, oppure acquistarlo ed altresì manometterlo, così da ritenere che questa specifica ed ulteriore finalità 'colori in concreto' la funzione del contratto? E dunque: solamente '*emere*', oppure inscindibilmente '*emere et redimere*' *servum*?

Nel primo caso, l'*actio mandati* non troverebbe spazio: il mandatario non avrebbe dovuto fare altro che *emere*, per modo che, stante il risultato commutativo dello scambio, l'esito patrimoniale dell'esecuzione della prestazione non avrebbe inciso neppure in astratto sulla gratuità del mandato; è diverso, invece, nella seconda ipotesi, in quanto la correlazione dell'*emere* al *redimere*, imponendo all'acquirente di *manumittere* e dunque di privarsi dell'acquisto, neutralizzerebbe il significato del prezzo sborsato dal mandatario-*emptor* esponendolo ad una *deminutio patrimonii*, che può interpretarsi come incompatibile con la gratuità del contratto: l'*actio mandati contraria* avrebbe allora una funzione empiricamente 'risolutoria' della compravendita.

Ciò chiarito, è a questo punto inevitabile chiedersi se la frase *quoniam-est* sia o meno – ne ha tutta l'aria – un glossema esplicativo rientrato nel testo, od al limite un'interpolazione voluta in sede compilatoria, che potrebbe aver sostituito un originario discorso sulla *conceptio verborum* dalla *formula* da adoperarsi a seguire appunto la seconda ipotesi prospettata, ove si consideri che pur sempre parliamo del *negotia gerere* di un *servus* finalizzato alla sua stessa cessione, sicché è singolare che nel testo pervenutoci non circolino questioni in tema di azioni *adiecticiae qualitatis*: se il mandante – che non è Ego[17], ma il *servus*, a prescindere dal problema dei riflessi pretori degli effetti in capo al primo – è *in potestate*, la *formula de peculio et de in rem verso*, in ipotesi, consentirebbe di esperire contro il *dominus* – ovvero contro il venditore – l'*actio mandati contraria* che si darebbe contro il servo se fosse libero e *sui iuris*.

Questi silenzi, a mio avviso, sono indice di un taglio coperto con

[17] Come scrive S. Viaro, *Il mandato romano tra bilateralità perfetta e imperfetta*, cit., p. 349.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

la conservazione di un glossema esplicativo, più che con l'inserimento di un'interpolazione *ad hoc* in sede compilatoria.

Per Pomponio, 'tuttavia', è oltremodo iniquo – dunque: contrasta con la *bonae fidei interpretatio* dell'*id quod actum est*[18] – che, per un'iniziativa negoziale del servo che ha conferito il mandato ad acquistarlo, suscettibile di riverberarsi *iure honorario* sulla sfera del *dominus* venditore, quest'ultimo debba vedersi costretto a riacquistare un *mancipium* che aveva messo in vendita ed intendeva invece alienare definitivamente, ove si consideri che, in questo caso, il perimetro dell'*obligatio mandati* non va oltre il concludere la compravendita ed adempiere, di conseguenza, l'obbligazione di *rem praestare* sorta *ex vendito*.

Pomponio si orienta, dunque, per la prima possibilità poc'anzi ipotizzata: il mandato concerne solamente l'*emere*, non anche il *redimere*, sicché l'*actio mandati* non spetta contro il venditore, *dominus* del servo mandante.

Perché, però, la soluzione del giurista è prospettata come un'antitesi? Perché, in altri termini, 'è tuttavia oltremodo iniquo' che il venditore sia soggetto all'azione?

Non escluderei che, negando l'*actio mandati* contro il venditore, Pomponio criticasse Sabino, che forse l'ammetteva, al contrario, come azione *de peculio et de in rem verso*, sul presupposto che il mandato abbraccerebbe inscindibilmente l'*emere* ed il *redimere*, così da incidere sulla neutralità patrimoniale del mandato per il mandatario: ciò spiegherebbe perché la soluzione di Pomponio è introdotta dall'avversativa *sed*; ne conseguirebbe che la prima parte del passo sintetizzerebbe, pur se in termini incompleti, il lemma sabiniano, mentre la seconda ne sarebbe una parafrasi dialettica, in cui si legge pensiero di Pomponio filtrato da Ulpiano.

Ragioniamo, però, come se il tratto *quoniam-est* fosse senz'altro classico, mettendo da parte le perplessità poc'anzi formulate.

È sufficiente l'espressione '*mandati actio ultro citroque est*' per dire che il mandato è un contratto sinallagmatico? Secondo me no: il giurista – che a quel punto sarebbe Sabino, e non Pomponio, il che suggerirebbe una connessione suggestiva del passo con l'esposizione di Gai 3.155, in cui il Maestro antoniniano presenta il mandato come

[18] Nei termini chiariti esattamente da E. Stolfi, *'Bonae fide interpretatio'. Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica* (Napoli 2004) p. 83 ss.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

contratto bilaterale – direbbe unicamente che le tutele (e, dunque, le *obligationes*) sono due, non anche che esse siano l'una in funzione dell'altra.

Cerchiamo di capire, però, come venga usata nelle fonti l'espressione *ultro citroque*.

Essa si riscontra, a seguire *BIA*[2], in sole dieci occorrenze, in cui normalmente significa 'da una parte e dall'altra', anche – e questo dato va ben sottolineato – al di fuori di contesti rapportabili alla materia delle obbligazioni[19].

Particolarmente significativo, per intuire la valenza generalissima di questa espressione in sé considerata, mi pare

Ulp. 37 *ad ed*. D. 9.4.38.2: *Si servus meus rem tuam subtraxerit et vendiderit tuque nummos quos ex pretio habebat ei excusseris, locus erit furti actioni ultro citroque: nam et tu adversus me furti ages noxali servi nomine et ego adversus te nummorum nomine*.

Un servo di Ego ruba un bene di Tu e lo vende; Tu trova il ladro e gli strappa di mano i *nummi* profitto della vendita.

In questo caso, l'*actio furti* spetta *ultro citroque*: contro Ego con clausola nossale, contro Tu con *formula* ordinaria, sicché mi pare evidente l'impossibilità – a meno di considerare due furti un συνάλλαγμα – di ragionare sulla base di un'equazione tra '*ultro citroque obligatio*' e reciprocità funzionale di *actiones* a protezione di rapporti obbligatori, qui sorgenti – neppure contestualmente – *ex delicto*[20], e nondimeno descritti con il ricorso a questa espressione.

Vediamo, però, un passo gaiano.

Evidenziando il formalismo della successione *ab intestato* ultimativamente configurata sulla base della legislazione decemvirale, il giurista così si esprimeva:

Gai 3.24: *Similiter non admittuntur cognati, qui per feminini sexus personas necessitudine iunguntur, adeo quidem, ut nec inter matrem*

[19] Oltre alle fonti considerate in testo, cfr. anche Iul. 2 *ad Urs. Fer*. D. 10.2.52.2; *Impp. Grat, Valent. et Theodos. AAA. have Posumiane karissime nobis* CTh. 13.1.13; I. 3.2.3; I. 3.3 pr.

[20] È la *poenae obligatio* di Iul. 22 *dig*. D. 47.2.57 pr., su cui cfr. M. Talamanca, *Delitti e pena privata nelle XII Tavole*, in *Forme di responsabilità in età decemvirale*, Atti del convegno (Roma, 7 dicembre 2007), a cura di L. Capogrossi Colognesi, M.F. Cursi, Napoli 2008, p. 67.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

et filium filiamve ultro citroque hereditatis capiendae ius conpetat, praeterquam si per in manum conventionem consanguinitatis iura inter eos constiterint.

Io non credo che l'*ultro citroque hereditatis capiendae ius* che compete tra madre e figli possa ritenersi, in astratto, un συνάλλαγμα: la reciprocità di cui Gaio tratta consegue *recta via* all'elaborazione delle norme sulla successione legittima e non è in alcun modo rapportabile ad uno scambio, dovendosi semmai riferire alla reciprocità della chiamata, in ragione della premorienza, a condizione che la madre sia entrata per parentela civile nella famiglia agnatizia con lo strumento della *conventio in manum*.

Ma si tratta di una reciprocità formale, sganciata da un qualsiasi programma che la renda correlabile ad un'idea di interdipendenza, forse in termini ancor più evidenti di quanto non emerga a leggere la nostra espressione utilizzata per configurare la reciproca soggezione all'*actio furti*: qui, infatti, '*ultro citroque*' neppure si riferisce ad un rapporto giuridico, come l'obbligazione, ma a quel che il giurista chiama '*ius*', vale a dire i presupposti normativi oggettivi per l'acquisizione di uno specifico vantaggio, il *capere hereditatem*.

Tra le occorrenze che ancora si riferiscono ad obbligazioni esaminerei, invece, un interessante passo in tema di *negotiorum gestio* escerpito dall'*ad edictum provinciale* gaiano:

Gai. 3 *ad ed. prov*. D. 3.5.2: *Si quis absentis negotia gesserit licet ignorantis, tamen quidquid utiliter in rem eius impenderit vel etiam ipse se in rem absentis alicui obligaverit, habet eo nomine actionem: itaque eo casu ultro citroque nascitur actio, quae appellatur negotiorum gestorum. et sane sicut aequum est ipsum actus sui rationem reddere et eo nomine condemnari, quidquid vel non ut oportuit gessit vel ex his negotiis retinet: ita ex diverso iustum est, si utiliter gessit, praestari ei, quidquid eo nomine vel abest ei vel afuturum est.*

Il testo riguarda il *iudicium bonae fidei* scaturente dalla *negotiorum gestio*[21] ed è stato utilizzato non solo per la compilazione del titolo D. 3.5, *de negotiis gestis*, ma anche per la stesura della corri-

[21] G. Finazzi, *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'*, I, *Azione pretoria e azione civile*, Napoli, 1999, p. 202 ss.; Id., *op. cit.*, II.2, *Obbligazioni gravanti sul gestore e sul gerito e responsabilità*, Cassino, 2006, p. 19 ss.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

spondente esposizione delle Istituzioni imperiali che leggiamo in I. 3.27.1[22], in cui si afferma, appunto, che tra gestore e gerito '*ultro citroque inter eos nascuntur actiones, quae appellantur negotiorum gestorum*'.

Ora, nella 'Geistesart' giustinianea, in cui i quasi contratti sono costruiti parallelamente alle 'analoghe' (o, quanto meno, percepite come tali in quel contesto) figure contrattuali (la *negotiorum gestio* e, se vogliamo, la *tutela* come figura gestoria si correla al *mandatum*; l'*indebiti solutio* alla *mutui datio*; il *legatum per damnationem* alla *stipulatio*; la *communio* alla *societas*), l'idea gaiana della perfetta bilateralità del mandato – desumibile da Gai 3.155[23] – si proietta sulla *negotiorum gestio*.

Può ritenersi sicuramente classico, dunque, il tratto '*itaque eo casu ultro citroque nascitur actio, quae appellatur negotiorum gestorum*'?

Si è osservato come nella *negotiorum gestio* «i giuristi romani vedessero una bilateralità genetica, ma non sinallagmatica del rapporto»[24]: il che è esatto, anche se, dal mio punto di vista, va precisato come anche il rapporto, e non solo il momento genetico del fatto obbligante, abbia avuto – probabilmente nella più matura riflessione classica – struttura 'naturalisticamente' bilaterale, nel senso che le obbligazioni sono due, ancorché non anche interdipendenti.

Anche il riferimento all'*ultro citroque obligatio* nella *negotiorum gestio*, se letto in questi termini, può ricondursi al sostrato classico del testo: certo è che in nessun punto le due obbligazioni quasi contrattuali sono considerate l'effetto di un assetto d'interessi di scambio.

Può dirsi, infatti, che mandato e gestione d'affari producono allo stesso modo – vi sia o meno, cioè, *conventio* – due obbligazioni: ma

[22] G. Finazzi, *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'*, II.1, *Requisiti delle 'actiones negotiorum gestorum'*, Cassino, 2003, p. 511.

[23] Gai 3.155: *Mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus sive aliena; itaque sive ut mea negotia geras sive ut alterius, mandaverim, contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet*. Sul passo, cfr. S. Viaro, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, cit., p. 318 s. e nt. 5: non convince l'accostamento ad *emptio*, *locatio* e *societas*, che la studiosa riprende in *Il mandato romano tra bilateralità perfetta ed imperfetta*, cit., p. 343, dove osserva come, alla luce di questa testimonianza, «il *mandatum* avrebbe prodotto non soltanto effetti obbligatori bilaterali, ma addirittura corrispettivi, tali cioè da legare le parti vicendevolmente tra loro a compiere le prestazioni che di volta in volta sarebbero state richieste dal carattere *bonae fidei* del contratto».

[24] G. Finazzi, *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'*, I, cit., p. 211, nt. 41.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

proprio il ricorrere di due *obligationes* in conseguenza di una *negotiorum gestio*, che prescinde appunto dalla *conventio* sicché per definizione non 'programma' un dovere di prestazione, meno che mai configurato nel contesto di uno scambio, dimostra come la mera bilateralità sia altro rispetto all'interdipendenza dei rapporti obbligatori.

In sostanza, per me non esiste il 'quasi contratto sinallagmatico': né l'espressione '*ultro citroque*' ne è il tratto identificativo, stante la sua connotazione semantica in tutto generica.

3. *Ancora su Ulp. D. 50.16.19*. – L'occorrenza forse più significativa e famosa del sintagma '*ultro citroque*' con riferimento alle obbligazioni si trova in

Ulp. 11 *ad ed*. D. 50.16.19: *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam 'agantur', quaedam 'gerantur', quaedam 'contrahantur': et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re < sive litteris > quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione < vel in nominibus transscripticiis >: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.*

Non è necessario ripercorrere integralmente il tormentato travaglio esegetico su questo passo, che ha visto la progressiva formazione di una letteratura pressoché sterminata[25]: a me interessa riflettere solo su alcuni dati strettamente necessari per comprendere il circoscritto problema che stiamo esaminando[26].

[25] Me ne occupo *ex professo* in *Il 'fieri' della fattispecie contrattuale 'sine nomine' e l'evizione dell'"ob rem datum'*, in «Atti del Convegno di Studi *Nomen contractus*. Tutele edittali nella Roma classica (Verona, 14 maggio 2013)», in *Diritto @ Storia*, XII, 2014, p. 8 ss., cui rinvio anche per la discussione della letteratura sul punto, il cui integrale riesame mi pare in questa sede improponibile.

[26] A volte una traduzione può essere il miglior principio di un'esegesi; qui mi sembra necessario, e ne propongo dunque una: «Labeone, nel primo libro del commento all'editto del pretore urbano, traccia i confini del significato di alcuni termini di uso corrente, evidenziando come alcuni affari rientrino nel campo semantico del termine '*agere*', altri del termine '*gerere*', altri ancora del temine '*contrahere*': al riguardo, egli dice che *agere*, innanzitutto, è un termine generale, che si integri per attribuzione, per parole, o per scritto, come nella promessa, nell'erogazione di mutuo a contanti o nei crediti da risultanze contabili vincolanti; il termine *contrahere*,

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Innanzitutto, concordo – tra gli autori che di recente hanno espresso esegesi di rilievo per la nostra indagine – essenzialmente con il Fiori[27] nel ritenere che i termini *actum*, *contractum* e *gestum* siano non già sostantivi, ma participi passati delle forme al congiuntivo individuate nella prima frase: sicché il tratto '*contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant*', a mio avviso, può tradursi come 'il termine *contrahere*, invece, è l'obbligazione reciproca che in greco suona συνάλλαγμα', a giustapposizione di quanto invece rientra nel più antico *agere*, produttivo unilateralmente di *oportere* e rapportato agli esempi della *stipulatio* (*agere verbis*), culla dell'obbligazione romana, della *numeratio*, vale a dire il mutuo di denaro (*agere re*), nonché del *nomen transscripticium*[28], certamente caduto per mano dei Compilatori (*agere litteris*)[29].

Va sottolineato: *contrahere* non è la generica *ultro citroque obligatio*, come nell'esempio ulpianeo della reciproca soggezione, in conseguenza della genesi di due *obligationes ex delicto* connesse, all'*actio furti*; ma semmai 'la specifica *ultro citroque obligatio*' correlabile a quanto in greco è detto συνάλλαγμα.

Al riguardo, è plausibile che Labeone utilizzasse questo termine senza necessariamente evocare l'*Etica a Nicomaco* di Aristotele[30], non foss'altro perché il giurista si limita a dire che l'*ultro citroque obligatio* si qualifica bene con un termine greco 'tout court', al di là di qualsiasi ascendenza filosofica: esso, invero, appare utilizzato in un'accezione atecnica, che peraltro richiama l'idea di un bilanciamento di interessi interpersonale, funzionale ad evitare forme di sperequazione,

invece, è l'obbligazione reciproca che in greco suona συνάλλαγμα, come compravendita, locazione, società; laddove *gerere* significa un affare che si realizza senza parlarsi».

[27] R. Fiori, *'Contrahere' in Labeone*, in *'Carmina iuris'. Mélanges en l'honneur de M. Humbert*, éd. par E. Chevreau, D. Kremer, A. Laquerrière-Lacroix, Paris, 2012, pp. 316 e 326.

[28] Cfr. C.A. Cannata, *Qualche considerazione sui 'nomina transscripticia'*, ora in *Scritti scelti di diritto romano*, II, a cura di L. Vacca, Torino, 2012, p. 613 ss.

[29] Per tutti M. Talamanca, *Contratto e patto nel diritto romano*, ora in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di A. Burdese, Padova, 2006, p. 50 e nt. 52. Il passo doveva evocare il *nomen transscripticium*; e la *divinatio* suggerita in testo riprende la terminologia di Gai 3.128.

[30] Cfr. C. Pelloso, *Le origini aristoteliche del συνάλλαγμα di Aristone*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, I, a cura di L. Garofalo, Padova, 2007, p. 51 ss., in particolare p. 59.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

in quanto innegabilmente contiene, dal punto di vista etimologico, l'idea dello scambio[31], implicita in quella dell'alterità[32].

Dunque per Labeone *contrahere* non è mera reciprocità di vincoli, ma decisamente qualcosa di più: *contrahere*, infatti, è una reciprocità qualificata, nel senso che l'*ultro citroque*, altrimenti genericamente correlabile alla duplicità di rapporti, si identifica con il συνάλλαγμα non 'di Aristotele', ma 'dei Greci', e si presenta dunque come la bilateralità propria non già del mandato (e, se vogliamo, della *negotiorum gestio*) nell'ottica di Gaio, ma semmai della vendita, della locazione e della *societas*, le uniche figure tipiche per le quali emerge, come si diceva, il problema del *periculum* contrattuale in senso tecnico.

Vero è, peraltro, che è stato Gaio ad accostare il mandato alle tre figure sinallagmatiche richiamate da Labeone: ma il Maestro antoniniano l'ha fatto per affinità non già funzionale, ma essenzialmente strutturale, in quanto è il mero consenso, senza necessità di alcuna altra *proprietas*, a produrre nelle quattro figure *consensu contractae* quelle obbligazioni reciproche che non si riscontrano nei casi del *re*, *verbis*, *litteris contrahere*, dove l'obbligazione prodotta è una sola[33].

Ipotizzare, dunque, che Labeone non abbia affiancato il mandato[34] alla triade costituita da *emptio*, *locatio* e *societas* perché la figura non sarebbe stata bilaterale è, in linea di principio, un modo infruttuoso di porsi il problema[35]: a monte, semmai, si può discutere se ai tempi di Labeone il mandato fosse stato già riconosciuto – il che è plausibile[36] – come una figura di *ius civile*, fermo restando che, in ogni caso, difficilmente risulterebbe già compiutamente elaborato come una figura di *contractus* perfettamente bilaterale; qualunque idea si abbia

[31] P. Chantraine, *Dictionnaire étimologique de la langue greque*, Paris, 1968, *sub voce* ἄλλος, p. 64.

[32] Cfr. C. Pelloso, *Giustizia correttiva e rapporti sinallagmatici tra dottrina etica e declinazioni positive*, in *Atene e oltre. Saggi sul diritto dei Greci*, a cura di C. Pelloso, Napoli, 2016, p. 309.

[33] In questa logica non vedo l'«errore» che L. Garofalo, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, cit., p. 58 ss., in particolare p. 62, attribuisce a Gaio.

[34] Diversamente J. Paricio, *Contrato. La formación de un concepto*, Cizur Menor, 2008, p. 47 ss., in particolare p. 49 s.

[35] Cfr. ad esempio B. Albanese, *'Agere', 'gerere' e 'contrahere' in D. 50.16.19. Congetture su una definizione di Labeone*, in *SDHI*, XXXVIII, 1972, p. 242 (ora in *Scritti giuridici*, II, a cura di M. Marrone, Palermo, 1991, p. 1166).

[36] La recezione del mandato nel *ius civile* può rapportarsi al II secolo a.C.: cfr. per tutti C.A. Cannata, *Materiali per un corso di Fondamenti del diritto europeo*, II, Torino, 2008, p. 70 e nt. 169.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

in merito, poi, anche quando il mandato è percepito come atto obbligante perfettamente bilaterale – almeno Gaio ce lo presenta così di sicuro, ma siamo in epoca antoniniana – la duplicità di *obligationes* non avrebbe lo stesso significato funzionale della duplicità di *obligationes* nella compravendita, nella locazione, nella *societas*.

Né, a mio avviso, il problema si risolve ipotizzando che il mandato rientrasse nel *gerere*, come suggerisce il Garofalo[37]: nonostante l'apertura che manifestavo qualche anno fa a questa possibilità ricostruttiva[38], mi pare più probabile, e non altro, che nel *gerere* il '*fieri sine verbis*' della *res* debba individuarsi – con un approccio euristico che, mi rendo conto, appare assai distante dallo stato dell'arte progressivamente consolidatosi[39] – negli atti leciti a struttura non convenzionale, produttivi di *obligationes*, che per i commissari imperiali rientreranno nei quasi contratti: ma su questo specifico aspetto avremo modo di ritornare a breve.

A me pare, infatti, che si debba evidenziare come l'espressione '*sine verbis*', riferita alla *res* oggetto di un *fieri*, vale a dire una vicenda procedimentale e formativa, vada intesa semplicemente come 'senza parlarsi': la *res* è *facta*, cioè, *sine verbis* quando viene ad esistenza in un contesto ostativo al dialogo, cuore dell'atto lecito obbligante a base convenzionale alla luce della storia giuridica della *civitas*, che appunto nel dialogo precipitato nel rapporto qualificato – il ricorso al verbo *spondere* – tra *interrogatio* e *responsio* aveva visto il primo riconoscimento dell'*oportere*[40].

Al riguardo, solo rileverei come la congettura del Lenel, che collocava nel frammento 372 di Ulpiano[41], in stretta successione, le testimonianze confluite in D. 4.2.9.1-2[42] e D. 50.16.19 in quanto ri-

[37] L. Garofalo, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, cit., p. 47 ss.

[38] In *Il 'fieri' della fattispecie contrattuale 'sine nomine' e l'evizione dell''ob rem datum'*, cit., p. 9.

[39] Da ultimo, cfr. la ricognizione critica di G. Finazzi, *Note in margine a Ulp. 11 'ad ed.' D. 50.16.19: 'Labeo… definit'*, in *Homenaje al profesor A. Torrent*, coord. A. Murillo Villar, A. Calzada González, S. Castán Perez-Gómez, Madrid, 2016, p. 317 ss.; nonché L. Garofalo, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, cit., p. 48 e nt. 119 per lo *status quaestionis*, che ravvisa nel *gerere* un «rapporto di matrice consensuale, il quale assumeva però rilevanza giuridica unicamente in virtù del tipo di attività, materiale o giuridica, dovuta da una delle parti (la *res facta* del testo)».

[40] Per tutti cfr. C.A. Cannata, *Corso di istituzioni di diritto romano*, II.1, Torino, 2001, p. 61 ss.

[41] O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, II, Leipzig, 1889, col. 461 s.

[42] Ulp. 11 *ad ed*. D. 4.9.2.1.1: *Animadvertendum autem, quod praetor hoc edicto*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

conducibili al commento alla rubrica edittale *quod metus causa gestum erit*, esaminata nel libro XI *ad edictum*, mostra solo come il giurista severiano evocasse, in termini certamente più ampi di quanto oggi possiamo intuire, la definizione labeoniana dell'*agere*, del *contrahere* e del *gerere* per sottolineare come l'editto evocasse il '*gerere*' in termini generici, sicché il *metus* rilevava comunque per qualsiasi atto produttivo di effetti giuridici, così da consentire di ravvisare i presupposti applicativi delle norme edittali sulla violenza anche per condotte tenute *sine verbis*, vale a dire senza che i soggetti coinvolti avessero dialogato: mi sembra improbabile, però, che l'originario discorso di Labeone – che nel riuso di Ulpiano, e poi in quello ulteriore dei Compilatori, è stato ovviamente decontestualizzato – avesse pretese esaustive, funzionali, cioè, ad esaurire con questa tripartizione l'ambito di ogni e qualsivoglia attività negoziale astrattamente ipotizzabile.

In altri termini, una *definitio* linguistico-concettuale si riferisce solo ai termini considerati: per me *agere*, *contrahere* e *gerere* non erano «articolazioni di un insieme superiore»[43], quanto meno non nel senso che questo insieme, se davvero ipotizzabile, fosse inteso come esaustivo di una classe semantica, tanto più ove si consideri che, come già ho avuto modo di evidenziare, la *definitio* labeoniana ha ad oggetto una *partitio*[44], che non necessariamente esaurisce un insieme superiore, come può agevolmente intuirsi a ricordare le *partes formularum* gaiane, dove i quattro elementi considerati nella *partitio* di Gai 4.39 non esauriscono, con tutta evidenza, le clausole ordinariamente disponibili nell'editto, mancando all'appello *partes* fondamentali altrove trattate, come a titolo d'esempio *compensatio* (Gai 4.64), *de-*

generaliter et in rem loquitur nec adicit a quo gestum: et ideo sive singularis sit persona, quae metum intulit, vel populus vel curia vel collegium vel corpus, huic edicto locus erit. sed licet vim factam a quocumque praetor complectatur, eleganter tamen Pomponius ait, si quo magis te de vi hostium vel latronum vel populi tuerer vel liberarem, aliquid a te accepero vel te obligavero, non debere me hoc edicto teneri, nisi ipse hanc tibi vim summisi: ceterum si alienus sum a vi, teneri me non debere, ego enim operae potius meae mercedem accepisse videor. (2) *Idem Pomponius scribit quosdam bene putare etiam servi manumissionem vel aedificii depositionem, quam quis coactus fecit, ad restitutionem huius edicti porrigendam esse*.

[43] G. Finazzi, *Note in margine a Ulp. 11 'ad ed.' D. 50.16.19*, cit., p. 318; ma cfr. anche a p. 302 s.

[44] In *Il 'fieri' della fattispecie contrattuale 'sine nomine' e l'evizione dell''ob rem datum'*, cit., p. 56, nt. 22.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

ductio (Gai 4.65), *exceptio* (Gai 4.115), *replicatio* (Gai 4.126), *praescriptio* (Gai 4.131).

Pensare che con il riferimento ad *agere*, *contrahere* e *gerere* Labeone intendesse davvero esaurire l'universo – in ipotesi – degli atti obbliganti, o comunque delle figure negoziali riconosciute dall'ordinamento, equivarrebbe a pensare che – se non disponessimo degli altri *loca* gaiani or ora ricordati – Gaio intendesse esaurire, con le quattro *partes formularum* prospettate nel § 39 del quarto commentario, l'universo della tecnica formulare.

La *definitio* non ha, in definitiva, la pretesa di esaurire ogni classe concettuale – in questo caso, si procederebbe per tricotomia – descrivibile con il ricorso alla lingua tecnica: ne desumerei che il mandato non rientrasse, sul piano semantico prima ancora che giuridico, né nell'*agere*, né nel *contrahere*, né nel *gerere*, ma fosse semplicemente 'altro'; e che il giurista, per finalità espositive che la decontestualizzazione del suo pensiero ci preclude irrimediabilmente di apprezzare appieno, non avesse interesse, in quel contesto espositivo, a procedere ad un'operazione di qualificazione di questa come di altre figure obbliganti.

Domandiamoci, del resto, se per Labeone fosse davvero necessario qualificare con questa terminologia il mandato: a me pare che un'esigenza qualificatoria, o comunque classificatoria per segno linguistico, connotata da 'completezza illuministica' sia un atteggiamento culturale più contemporaneo che proprio del modo di pensare di un giurista romano.

Sul punto, poi, neppure sarei propenso, come suggerisce ora il Finazzi[45], ad attribuire eccessivo rilievo alla provenienza del discorso labeoniano dal primo libro del commento all'editto del pretore urbano[46]: vero è che l'altro commento di Labeone, quello all'editto del pretore peregrino, constava di almeno trenta libri, sulla scorta di Ulp. D. 4.3.9.4a[47]; ma è altresì vero che, se nel commento all'editto del pretore urbano Sabino si occupava nel libro V del titolo edittale *de*

[45] G. Finazzi, *Note in margine a Ulp. 11 'ad ed.' D. 50.16.19*, cit., p. 301 ss.

[46] Lab. 5 Lenel (*Palingenesia*, I, cit., col. 502).

[47] Lab. 4 Lenel (*Palingenesia*, I, cit., col. 501); tralascio qui, in quanto privi di rilevanza ricostruttiva della questione in esame, i frammenti escerpiti secondo Lenel *ex alterutro opere* (Lab. 6, 7, 8 Lenel, nell'*op. cit*., col. 502 s.) così come quelli *alterutrius operis*, in cui Labeone è solo nominato (Lab. 9-191 Lenel, nell'*op. cit*., coll. 503-528).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

iure patronatus[48], che si colloca verosimilmente a metà dell'opera[49], è difficile, secondo me, che Labeone ne avesse precedentemente – qualche decennio appena – composti più di una decina: che poi, in ipotesi, il giurista abbia dedicato una maggiore attenzione all'editto del pretore peregrino, come conseguirebbe a questa ricostruzione, non sarebbe un assurdo, se immaginiamo promanare da quel *corpus* edittale i dati fondamentali per l'apertura di Roma agli ordinamenti esterni e, più ampiamente, al *ius gentium*.

Se ciò è vero, non escluderei affatto che il primo libro dell'*ad edictum praetoris urbani* abbracciasse tutta la prima parte dell'editto come a noi noto sulla base della palingenesi leneliana, e si concludesse – come già si è rilevato[50] – con il commento al titolo *de pactis et conventionibus*, cioè il IV dell'editto giulianeo, che spiegherebbe agevolmente – molto più dell'ipotesi[51] che si correla al (precedente) titolo II, *de iurisdictione*, ed in particolare al *ius domum revocandi* – la ragione per cui il giurista incentrava la sua *definitio* sull'*agere*, per distinguerlo dal *contrahere* e dal *gerere*, intese come atti idonei a produrre l'*oportere*.

Inoltre, non mi pare fruttuoso dare per scontato che i tre *verba*

[48] Sab. 1 Lenel (*Palingenesia*, II, cit., col. 187), sulla scorta di Paul. 40 *ad ed.* D. 38.1.18: *Suo victu vestituque operas praestare debere libertum Sabinus ad edictum praetoris urbani libro quinto scribit: quod si alere se non possit, praestanda ei a patrono alimenta*. Non riesco a condividere M. Brutti, *I giuristi del I secolo d.C. e le scuole di diritto*, in *Lineamenti di storia del diritto romano*[2] sotto la direzione di M. Talamanca, Milano, 1989, p. 442, secondo il quale Sabino avrebbe scritto l'*ad edictum* in cinque libri.

[49] Si tratterebbe, infatti, del titolo XXIV dell'editto perpetuo ricostruito dal Lenel (O. Lenel, *Das Edictum perpetuum. Ein Versucht zu seiner Wiederherstellung*[3], Leipzig, 1927, p. 338 ss.): proiettando la palingenesi leneliana – i cui titoli sarebbero, come noto, quarantacinque – sull'architettura dell'editto del *praetor urbanus* conosciuto da Labeone e Sabino, è ragionevole collocare il libro V del commento di quest'ultimo grosso modo alla metà dell'intera opera, che dunque sarà stata composta in una decina di libri; è improbabile che il commento di Labeone fosse più esteso.

[50] Così soprattutto R. Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *AUPA*, XXXVII, 1983, pp. 158; 174 ss.; 180 ss.; 284 ss.; non esclude questa ipotesi A. Burdese, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in «Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano», Milano, 7-9 aprile 1987», I, Milano, 1988, p. 25; A. Schiavone, *La scrittura di Ulpiano. Storia e sistema nelle teorie contrattualistiche del quarto libro 'ad edictum'*, in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea*. «Atti del Convegno di diritto romano, Siena, 14-15 aprile 1989», a cura di N. Bellocci, Napoli, 1991, p. 157.

[51] G. Finazzi, *Note in margine a Ulp. 11 'ad ed.' D. 50.16.19*, cit., p. 309 ss.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

oggetto della *definitio* – non una classificazione, ma la determinazione dei reciproci *fines* semantici dei termini considerati – fossero necessariamente contenuti nell'editto[52]: non vedo per quale ragione il commento al *convenire* edittale, ed in particolare all'espressione '*pacta conventa*', non potesse consentire al giurista di proporre un'analisi terminologica di più ampia portata pratica, che Labeone ricavava dalla sua esperienza 'sul campo' nell'esercizio delle funzioni di *praetor*.

Doveva trattarsi, cioè, di termini di uso corrente nella pratica della *iurisdictio*.

In definitiva, il frammento labeoniano, che giustappone tre esempi per l'*agere* (quello relativo all'*expensum ferre* è caduto per compressione compilatoria) e tre per il *contrahere*, sembra riferibile unicamente ad atti produttivi di *oportere*, con effetto unilaterale (*agere*) così come bilaterale implicante interdipendenza funzionale dei rapporti (*contrahere*), sicché doveva essere estraneo al *metus*[53]: Labeone, cioè, procedeva probabilmente ad orientare terminologicamente l'interprete, indicando alcuni elementi lessicali essenziali, nell'ambito delle tutele dell'*oportere*; Ulpiano, nel trattare dell'editto sul *metus* nel libro XI *ad edictum*, ha riportato ad altri fini parte dell'argomentazione del giurista augusteo, con ogni probabilità perché vi trovava uno spunto utile in tema di *gerere*, nel senso che, se il *metus* e le conseguenti sanzioni edittali prescindono dai *verba*, la *vis* è tale anche quando la minaccia non sia esplicitata verbalmente.

In altri termini, se il *gerere* è idoneo ad obbligare, allora è idoneo anche ad integrare il *metus*: di qui l'utilità della citazione di Labeone nella prospettiva euristica di Ulpiano.

Ma torniamo al problema degli atti obbliganti *sine verbis*.

Il *gerere* di Labeone è, a mio parere, una protoforma (non già classificatoria, ma) definitoria, nel senso poc'anzi precisato, delle *figurae* che ricadranno nel VI secolo nel novero dei quasi contratti, vale a dire gli atti obbliganti che avrebbero ogni requisito per essere *contractus*, tranne la *conventio*, perché appunto *fiunt* – 'si formano', nella chiave della disciplina procedimentale – *sine verbis*, senza un dialogo che consenta la *conventio*: secondo me, il discorso di Labeone era un tentativo di individuare, per il tramite di un'analisi lessicale, le fonti dell'*oportere* da atto lecito in una logica alternativa a quella

[52] *Ivi*, p. 308.

[53] Su questo specifico aspetto concordo con G. Finazzi, *Note in margine a Ulp. 11 'ad ed.' D. 50.16.19*, cit., p. 303 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

muciana – incentrata sulla correlazione speculare tra il meccanismo costitutivo e quello estintivo del rapporto, come ci testimonia D. 46.3.80[54] – che prendeva in considerazione, al di là della compressione incidente, anche in questo frammento, sul *litteris contrahere*, soltanto le figure obbliganti sottese da *conventio*, non anche la *res sine verbis facta*. Ed allora, l'*agere*, rispetto agli altri due termini, si correla, in rigoroso ordine di 'apparizione storica', all'*obligatio verbis*, *re*, *litteris*; il *contrahere* alle 'nuove' *obligationes* consensuali, connotate da reciproca interdipendenza, e quindi, a compravendita e locazione, nonché a *societas*; infine, il *gerere* si rapporta alle figure obbliganti che si formano – *fiunt*: ecco la traccia della disciplina procedimentale e formativa dell'atto obbligante, che ritroviamo identicamente configurata in Ulp. D. 2.14.1.3[55], nonché in Gai 3.90[56], 92[57],

[54] Pomp. 4 *ad Q. Muc.* D. 46.3.80 (*SIR*, I, *frg.* n. 12): *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit. aeque cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest.* Sul passo cfr. C.A. Cannata, *Materiali per un corso di Fondamenti del diritto europeo*, II, cit., p. 61 ss.; E. Stolfi, *I 'libri iuris civilis'*, in L. Ferrary, A. Schiavone, E. Stolfi, *Quintus Mucius Scaeuola. Opera*, Roma, 2018, p. 124, e quindi p. 196 ss. per il commento, cui rinvio per lo *status quaestionis.*

[55] Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.1.3: *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt,* [*id est in unam sententiam decurrunt*]. *adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis < sive litteris > fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*. Il *fieri* dell'antico *agere* obbligante viene qui evocato sia nel *dictum Pedii*, sia in quel che a me pare la parafrasi ulpianea del *dictum* stesso; per l'integrazione congetturale del riferimento al *litteris fieri*, cfr. C.A. Cannata, *Materiali per un corso di Fondamenti del diritto europeo*, II, cit., p. 82.

[56] *Re contrahitur obligatio velut mutui datione; mutui autem datio proprie in his fere rebus contingit, quae res pondere, numero, mensura constant, qualis est pecunia numerata, vinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eaedem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit.* Nel caso del *re contrahere*, il *fieri* viene da Gaio riferito all'effetto reale della *traditio* con *causa credendi*.

[57] *Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, velut* dari spondes? spondeo, dabis? dabo, promittis? promitto, fidepromittis? fidepromitto, fideiubes? fideiubeo, facies? faciam.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

128[58] e 135[59] – senza i *verba* che la storia giuridica della *civitas* ha consacrato a indice di serietà della *conventio*, e dunque all'*oportere* che sorge da atto lecito[60] *sine verbis*, senza il dialogo che porta all'accordo.

Quanto appena detto impone un chiarimento immediato.

È da dirsi, infatti, che il modello fondamentale che ha visto la genesi dell'obbligazione *ab antiquo* si radica sulla rilevanza dei *verba*: l'obbligazione, cioè, 'nasce *verbis*', mentre il *gestum* è il caso – che evidentemente abbisogna di specifica attenzione – in cui l'obbligazione nasce '*sine*' *verbis*, 'senza parlarsi'.

I *verba*, nella logica della tradizione di Roma in materia di obbligazioni, sono lo strumento con cui i pontefici, per la prima volta, hanno riconosciuto l'atto obbligante: è dunque il 'Geschichtsverständnis' di Labeone a sottendere, in quest'ordine di idee, i *fines* tra il *gerere* e le due categorie linguistico-concettuali dell'*agere* e del *contrahere*.

Di questa ipotesi, invero, il testo di D. 50.16.19 non ci conserva esempi, probabilmente compressi dai Compilatori perché presentati in termini disarmonici rispetto alla logica delle *variae causarum figurae* e della correlata classificazione delle (fonti delle) obbligazioni nelle Istituzioni imperiali: ai tempi di Labeone, si può pensare, come fonte di *oportere* 'quasi contrattuale' *ante litteram*, vale a dire come '*res sine verbis facta*', all'*indebiti solutio*, ai legati *per damnationem* – relativamente da poco ricondotti, in quel momento storico, ad un'obbligazione qualificata, di *certum* come di *incertum* (nel caso del legato *sinendi modo*)[61] – ed alla *tutela*[62].

V'è forse un indizio per ragionare in questi termini.

Infatti, per l'*agere* Labeone faceva tre esempi (*stipulatio*, *numeratio*, *nomen transscripticium*), ed altri tre per il *contrahere* (*emptio*, *lo-*

[58] *Litteris obligatio fit veluti in nominibus transscripticiis. fit autem nomen transscripticium duplici modo, vel a re in personam vel a persona in personam.*

[59] *Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis.*

[60] Per me, dunque, nel *gerere* non rientrano gli atti illeciti: diversamente G. Finazzi, *Note in margine a Ulp. 11 'ad ed.' D. 50.16.19*, cit., p. 319.

[61] Cfr. da ultimo R. Cardilli, *'Damnatio' e 'oportere' nell'obbligazione*, Napoli, 2016, pp. 263 ss. e 273 ss.

[62] Per G. Finazzi, *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'*, II.1, cit., p. 81 ss., in particolare p. 99 s., il *negotia gerere* non rientrerebbe *a priori* in alcuna delle tre figure considerate da Labeone (*agere*, *contrahere*, *gerere*).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

catio, *societas*): è singolare che il giurista non facesse tre esempi anche per il *gerere*, così da creare tre tricotomie di ciascuna categoria linguistico-concettuale considerata.

È ragionevole ritenere che i tre esempi fatti per il *gerere* siano caduti per mano compilatoria perché la sistemazione giustinianea delle figure quasi contrattuali, per come viene esposta in I. 3.27, *de obligationibus quasi ex contractu*, era chiaramente incompatibile con una correlazione di indebito, legato obbligatorio e tutela – si tratta degli esempi che mi paiono, per congettura diagnostica, più probabili – all'area semantica del *gerere*: in questo caso, secondo me, un silenzio – che interpreto come interpolazione per compressione – ha un ben preciso valore diagnostico.

V'è poi un ulteriore indizio da considerare.

La possibilità di considerare l'*indebiti solutio* come una *res* '*sine verbis*' *facta*, e dunque senza un contatto verbale dialogico utile a programmare un assetto d'interessi, suggerisce, a ben vedere, una suggestiva correlazione con la '*tacita*' *obligatio* che Pomponio, rimeditando su materiali celsini[63], ravvisava – pur senza alcun intendimento

[63] Pomp. 11 *ad Sab.* D. 13.6.13.2: *Si libero homini, qui mihi bona fide serviebat, quasi servo rem commodavero, videamus, an habeam commodati actionem.* < ? > *nam et Celsus filius aiebat, si iussissem eum aliquid facere, vel mandati cum eo vel praescriptis verbis experiri me posse: idem ergo et in commodato erit dicendum. nec obstat, quod non hac mente cum eo, qui liber bona fide nobis serviret, contraheremus quasi eum obligatum habituri: plerumque enim id accidit, ut extra id quod ageretur tacita obligatio nascatur, veluti cum per errorem indebitum solvendi causa datur*. Di questo passo – da ritenersi un testo in materia di errore – mi sono occupato in *Appunti per un'esegesi di Pomp. D. 13.6.13.2*, in *'Liber amicorum' per B. Troisi*, a cura di C. Cicero, G. Perlingieri, Napoli, 2017, p. 495 ss.: in (parziale) dissenso rispetto alla ricostruzione del Cannata (da ultimo esposta in *Materiali per un corso di Fondamenti del diritto europeo*, II, cit., pp. 147 ss. e 182 ss.), avevo escluso – ed escludo – che Pomponio, aderendo ad una lettura celsina, considerasse 'rapporti contrattuali di fatto' – e dunque figure correlabili all'area quasi contrattuale – i contratti (nel passo si fa il caso del comodato, del mandato e di una figura sinallagmatica atipica) conclusi con il *liber homo bona fide serviens*: a mio avviso, il giurista si limitava a dire che l'errore sulla (qualità della) *persona* (non *servus*, ma *liber homo*) non è essenziale, sicché si integra comunque una fattispecie contrattuale strutturalmente retta da una *conventio*; se, dunque, l'*obligatio* sorge nel caso dell'*error* delle parti che procedono ad *indebitum solvere*, *a fortiori* sorge quando si concludono i contratti con il *liber homo*. Solo qui va rivisto quanto scrivevo a p. 501 del contributo del 2017: l'espressione '*tacita obligatio*' può riferirsi esclusivamente all'obbligazione che sorge dall'*indebiti solutio*, non anche a quella che sorge dai contratti conclusi dal *liber homo*; o meglio, quest'ultima, pur non sorgendo '*tacita*', vale a dire '*sine verbis*' e dunque senza dialogo prodromico al *fieri* della *conventio*, evoca

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

dogmatizzante – come effetto che si produce, nel caso dell'indebito appunto, al di fuori dell'*agere* delle parti.

Concluso questo ineludibile riesame di alcuni – quelli essenziali per la nostra prospettiva euristica – problemi implicati nell'esegesi di Ulp. D. 50.16.19, siamo ora in grado di riprendere il nostro discorso intorno al significato della bilateralità delle *obligationes* nelle figure contrattuali classiche.

Quel che a mio parere emerge con sufficiente chiarezza è che altro è la mera bilateralità, cui è estraneo il *periculum* in senso tecnico, altro la bilateralità 'funzionale', vale a dire l'interdipendenza dei rapporti, che invece lo implica sistematicamente, perché presuppone lo scambio.

Collegare Ulp. D. 50.16.19 ad Ulp. D. 17.1.19 sulla base di un solo tratto del discorso che Ulpiano attribuiva a Labeone (*contractum autem ultro citroque obligationem*) senza tener conto che quel discorso conteneva, subito dopo, un'importantissima precisazione (*quod Graeci συνάλλαγμα vocant*) non può che condurre l'interprete a procedere ad un'esegesi che tiene conto, come direbbe Celso, soltanto d'*una aliqua particula* di un più ampio problema[64].

questa qualificazione descrittiva, e non altro, per assonanza con quella che sorge senza dubbio '*tacita*' dall'indebito, in ragione del dato fattuale che ne costituisce il minimo comune denominatore, cioè un errore delle parti. In altri termini, se il tratto *plerumque-datur* è, come credo, un *argumentum a fortiori*, il giurista non considerava *tacita* l'obbligazione che sorgeva dai contratti conclusi con il *liber homo bona fide serviens*, limitandosi ad affermare che 'non è d'ostacolo alla sua genesi' il fatto che concludiamo un contratto senza l'intendimento di vincolarlo, tanto più ove si consideri – *enim* – che vi sono casi in cui l'obbligazione sorge *tacita* al di fuori dell'*agere* delle parti, come nel caso dell'indebito, che presenta con il *contrahere* con il *liber homo* un elemento fattuale comune, vale a dire un errore che, pur se per diverse ragioni, determina la produzione di un effetto anomalo rispetto al contenuto dell'*id quod actum est*. Conseguentemente, i contratti conclusi dal *liber homo* non sono, in questa argomentazione di Pomponio, la traccia di una percezione celsina del problema degli atti leciti non contrattuali produttivi di *obligationes*; semmai, tenderei a leggere una sinapsi tra la *res* '*sine verbis*' *facta* di Ulp. D. 50.16.19 e la '*tacita*' *obligatio* di Pomp. D.13.6.13.2: se, poi, in questa sinapsi possa aleggiare un possibile nesso tra il pensiero labeoniano citato da Ulpiano, e quello celsino tenuto presente da Pomponio, è difficile, ma certamente assai suggestivo, ipotizzare.

[64] In questa direzione S. Viaro, *Il mandato romano tra bilateralità perfetta e imperfetta*, cit., p. 351 e nt. 53, evoca l'autorevolezza di F. Gallo, *'Synallagma' e 'conventio' nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano*, II, Torino, 1995, p. 242, nt. 39: il termine '*ultro*', infatti, indicherebbe in D. 17.1.19 la corrispettività della tutela in correlazione con un negozio sinallagmatico. Piuttosto, è da dirsi che

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Altro è, secondo me, la bilateralità perfetta, ancorché al limite asimmetrica[65], nel senso che le due obbligazioni (con le relative tutele) esistono – e, se vogliamo, creano un essenziale 'Schuldverhältnis als Organismus', dato che pur sempre sorgono dalla stessa fonte[66] – sin dal momento della costituzione del mandato; altro è la bilateralità che non solo è perfetta, ma è qualcosa di più: è *quod Graeci συνάλλαγμα vocant*.

È lo scambio che postula l'interdipendenza funzionale di obbligazioni e prestazioni; ma nel mandato non v'è scambio, perché l'assetto d'interessi è gratuito: non v'è bilateralità funzionale.

Il che, secondo me, si ha solo nelle tre figure indicate in Ulp. D. 50.16.19: esse sono gli unici contratti sinallagmatici conosciuti dai Romani, in disparte, ovviamente, i problemi posti dalle convenzioni atipiche, che nelle fonti hanno molto spesso (ma non sempre) funzione di scambio[67].

Più ampiamente, la gratuità è dogmaticamente incompatibile con qualsiasi assetto d'interessi oneroso – implicante, cioè, uno scambio – anche se l'atto genera due obbligazioni.

Come esattamente sostiene la Viaro, dunque, sulla scorta di Gaio il mandato è un contratto perfettamente bilaterale, ma, secondo me, non sinallagmatico.

Che poi i Romani abbiano da subito inquadrato il problema in questi termini è da escludere: l'esposizione di Gaio, probabilmente,

'*ultro*' indica semplicemente la reciprocità delle tutele, che certamente può (e non deve) correlarsi – nella rilevata ampiezza semantica che emerge dalle fonti – con i negozi sinallagmatici. In altri termini, il più contiene il meno: altro è la bilateralità in senso lato, che può risultare espressa anche da '*ultro*', '*invicem*', così come da equivalenti risorse linguistiche; altro è quella che si configura in senso stretto e tecnico come interdipendenza di rapporti obbligatori, i quali, cioè, hanno un significato pratico solo l'uno in funzione dell'altro; il che non si ha né nel mandato, né nella *negotiorum gestio*.

[65] Cfr. S. Randazzo, *'Mandare'. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005, p. 233 ss., che parla di 'bilateralità asimmetrica' connotata da una «dialettica mai sopita, fra unilateralità 'strutturale' e bilateralità 'funzionale'» (Id., *op. cit*., p. 245).

[66] Non siamo, cioè, di fronte all'unilateralità della *stipulatio*: cfr. C.A. Cannata, *Corso di istituzioni di diritto romano*, II.1, cit., p. 77.

[67] È lo scambio, del resto, il presupposto funzionale del discorso di Aristone confluito in D. 2.14.7.2, di cui mi sono occupato non solo in *Il 'fieri'*, cit., p. 19 ss., ma anche in *Appunti per un'esegesi di Pomp. D. 13.6.13.2*, cit., p. 495 ss., cui rinvio anche per l'esame della letteratura in merito.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

rappresenta un punto d'arrivo, perché in un primo momento è del tutto naturale pensare che, con la recezione della figura, i *prudentes* abbiano cercato innanzitutto di configurare la tutela del mandante; per converso, la tutela del mandatario deve essere emersa come necessità di pari passo con un ordito economico sempre più complesso.

Penso, in particolare, al riconoscimento del mandato di credito, di difficoltosa configurazione ancora per Servio, come si desume da Gai 3.156: è, anzi, suggestivo pensare che proprio il mandato di credito abbia dato uno specifico impulso per l'allineamento della figura contrattuale in termini di bilateralità perfetta.

4. *Esegesi di Ulp. D. 17.1.8 pr.* – Veniamo così ad esaminare

Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.8 pr.: *Si procuratorem dedero nec instrumenta mihi causae reddat, qua actione mihi teneatur? et Labeo putat mandati eum teneri nec esse probabilem sententiam existimantium ex hac causa agi posse depositi: uniuscuiusque enim contractus initium spectandum et causam.*

Nella ricerca della Viaro pubblicata nella collettanea su gratuità e scambio questo frammento viene evocato per collegare il mandato al *contractus* nel pensiero di Labeone emergente da Ulp. D. 50.16.19: nondimeno, già la riconduzione – condivisa dalla studiosa[68] – del neutro '*contractum*' non già al sostantivo, ma al participio passato del verbo *contrahere* esclude che in quel contesto Labeone utilizzasse il termine *contractus*.

Nel passo in esame, dunque, si fa il caso di un collaboratore processuale della parte – ai nostri fini è ininfluente la sua qualificazione[69] – che non restituisce gli *instrumenta* – le fonti di prova – della causa: quale azione è esperibile? 'Anche' Labeone – come Ulpiano? – pensa che si debba esperire l'*actio mandati*, escludendo la fondatezza della *sententia* di chi, valorizzando la dazione in sé e per sé degli *instrumenta* stessi, ha pensato al *depositi agere*; e dato che – diversamente

[68] S. Viaro, *Il mandato romano tra bilateralità perfetta e imperfetta*, cit., p. 344, nt. 35.

[69] È la correzione normalmente proposta: cfr. per tutti T. dalla Massara, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova 2004, p. 215 e nt. 44.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

da un *usus scribendi* ampiamente rappresentato – la *sententia* criticata non è prospettata in termini di 'minore *veritas*' rispetto a quella ritenuta applicabile al caso, si ha la sensazione che Labeone vi ravvisasse un vero e proprio errore di dogmatica.

Segue poi una precisazione: di ciascun contratto bisogna guardare il momento costitutivo e la causa.

Esporrò adesso alcune mie perplessità tenendo sott'occhio l'esegesi di Tommaso dalla Massara[70], che a mio parere ha dato un contributo significativo all'intelligenza del passo.

Innanzitutto, la chiusa al gerundivo impersonale non sottintende necessariamente l'infinito *esse*, sicché nulla ci consente di riferirla con certezza al precedente discorso indiretto: la frase può leggersi indifferentemente come *spectandum esse* oppure come *spectandum est*; inoltre, nel passo il termine '*causa*' è utilizzato con tre significati diversi: nell'ordine dell'andamento del testo, 'processo', 'fattispecie concreta' e 'assetto d'interessi'.

Questi indizi mi inducono a ritenere – in adesione alla dottrina or ora citata[71] – che la frase finale esprima pensiero non già di Labeone, ma di Ulpiano: solo aggiungerei a quanto evidenziato in questa ricostruzione che ad Ulpiano si rapporta non solo l'uso del termine '*causa*' come 'assetto d'interessi divisato', ma anche la rilevanza dell'*initium contractus*, da rapportarsi alla dottrina del *fieri* – la disciplina procedimentale, vale a dire della formazione del *contractus* – che proprio ad Ulpiano è possibile, a mio modesto avviso, riferire[72].

E dunque, Labeone non discuteva affatto di '*initium* contrattuale', affermando con decisione la riconducibilità della figura negoziale ad un mandato, sicché la sua polemica, che riecheggia in pochissimi tratti nel discorso di Ulpiano, doveva dirigersi contro chi dava risalto esclusivamente alla dazione in sé degli *instrumenta*, così da rapportare la tutela al *depositi agere*, e dunque ad una fattispecie che, quantunque già protetta, alla fine del I secolo, con *formula in ius concepta*[73], difficilmente rientrava nei *nomina contractus* edittali.

[70] T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto*, cit., p. 215 ss.

[71] *Ivi*, p. 222 ss.

[72] Cfr. quanto dico in *Il 'fieri' della fattispecie contrattuale 'sine nomine' e l'evizione dell''ob rem datum'*, cit., p. 5 ss.

[73] Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 549; G.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Invero, Labeone non ricorda il mandato nel tratto ulpianeo conservato in D. 50.16.19 non già perché la figura non fosse bilaterale, ma perché, *a priori*, non poteva rapportarsi ad un συνάλλαγμα, cioè ad uno scambio: è fuorviante – ribadisco – evocare l'*ultro citroque obligatio* in sé e per sé, come tale correlabile a qualsiasi contesto in cui sorgano due obbligazioni *tout court*, e trascurare nel contempo la precisazione '*quod Graeci συνάλλαγμα vocant*' che immediatamente seguiva in quella concisa rappresentazione del contenuto di *agere*, *contrahere*, *gerere*.

Contrahere non è semplicemente *ultro citroque obligatio*, come nel mandato per Gaio.

È semmai *ultro citroque obligatio, quod Graeci συνάλλαγμα vocant*: il che è assai diverso.

Ma riprendiamo l'esegesi del passo.

In sostanza, per i sostenitori della tesi rifiutata la *causa* doveva radicarsi su un elemento 'corporale', vale a dire la consegna degli *instrumenta*; dare gli *instrumenta*, per Labeone, doveva essere invece solo il presupposto – rilevante alla stregua di una 'provvista' – per eseguire l'incarico: e poiché il mandatario – ovvero il collaboratore nel processo privato, quale ne sia la qualificazione esatta – non può trattenere alcunché dal mandato, l'*actio mandati* spetta perché nell'*oportere ex fide bona* rientra anche il *reddere instrumenta*.

La discussione verteva, dunque, sulla possibilità o meno di valorizzare un elemento di carattere 'reale', quantunque integrasse una 'realità' ben diversa da quella della *mutui datio*.

Conclusivamente, l'espressione '*ultro citroque*' è neutra rispetto all'idea di interdipendenza delle obbligazioni: in Ulp. D. 50.16.19 è contestualizzata dal riferimento al συνάλλαγμα mutuato dalla lingua greca, per cui siano di fronte ad un *ultro citroque* qualificato, comunque non rapportabile – qualunque idea si abbia dell'originaria esemplificazione – a quanto rientrasse nel *gerere*, che presuppone l'assenza di *conventio* nella vicenda costitutiva della *res*.

5. *Esegesi di Paul. D. 13.6.17.3*. – Neutro è pure l'avverbio '*invicem*', che significa in termini generici, sempre a scorrere le occorrenze restituite da *BIA*[2], 'vicendevolmente', senza che in linea di

GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano, 1976, p. 69 ss., in particolare p. 89 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

principio possa attribuirsi al lemma un significato rapportabile allo scambio in senso funzionale nella materia delle obbligazioni: nondimeno, a seguire la tesi del Milazzo il suo ricorrere in un interessante testo indurrebbe a considerare il comodato come un contratto sinallagmatico[74].

Esaminiamo dunque

Paul. 29 *ad ed*. D. 13.6.17.3: *Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit. cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque. geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles. ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit: neque enim impune peritura deseret: suscepisset enim fortassis alius, si is non coepisset: voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo: nam si negasses, vel emissem vel testes adhibuissem. idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti aut etiam sciens vitiosa commodaveris: adiuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet. ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum est.*

L'esposizione di Paolo, su cui il Milazzo si sofferma ampiamente, descrive i presupposti per l'esperibilità del *iudicium contrarium* di comodato: intempestiva richiesta di restituzione, impeditiva del *commodum utendi*; oppure consegna di beni viziati.

Il giurista fa l'esempio del comodato di tavolette cerate, che il comodatario adopera per procurarsi la prova scritta di un credito: se il comodante ne richiede *inportune* la restituzione, il comodatario – che altrimenti le avrebbe comperate, oppure si sarebbe premurato di avere dei testimoni del fatto costitutivo dell'obbligazione – perde la prova del credito; al comodato di *pugillares*, Paolo affianca quindi il co-

[74] A. Milazzo, *Il contratto di comodato*, cit., p. 172 ss. (ma più ampiamente la tesi è esposta nel capitolo III).

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

modato di *tigna* adoperati per puntellare un caseggiato in costruzione, ma fatti levare prima del consolidamento dell'opera, oppure consegnati al costruttore nella consapevolezza del fatto che fossero *vitiosa*.

Ora, il fatto che entrambe le parti abbiano un'*actio* – e dunque la abbiano *invicem* – non significa che le obbligazioni protette siano interdipendenti; a ragionare diversamente, del resto, ogni qual volta i *prudentes* ammettano i *iudicia contraria* ci troveremmo di fronte a contratti (o quasi contratti, il che mi pare davvero assurdo) sinallagmatici: il che, anche per mandato e comodato, mi pare sostanzialmente escluso dalla più recente riflessione in merito[75], che – a proposito del passo in esame – evidenzia unicamente una «bilateralità di effetti obbligatori»[76].

Il passo mostra soltanto, a mio avviso, una specifica sensibilità del giurista – condivisa con Ulpiano, a ragionare su Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.5.8[77] – per la (mera) bilateralità della figura, che non si traduce in sinallagmaticità: il che significa che per Paolo il comodato genera *ex fide bona* due obbligazioni, che però non sono l'una in funzione dell'altra come, ad esempio, nella compravendita; ed a guidarlo in questo percorso è, secondo me, la 'naturalistica' bilateralità della clausola di buona fede.

Approfondiamo un poco questo aspetto.

Infatti, se la buona fede – la cui natura oggettiva e normativa 'scrive' *invicem* il contenuto dello spettro della prestazione – è bilaterale, allora anche nel comodato, ormai divenuto istituto di *ius civile* e protetto da *iudicium bonae fidei*, le obbligazioni devono essere due: nondimeno, due obbligazioni, di per sé, esprimono solo la mera bilateralità effettuale della figura contrattuale, e non anche quel *quid pluris* che è l'interdipendenza tra esse, 'quel che in greco è denominato συνάλλαγμα'.

[75] E. Sciandrello, *Ricerche in tema di 'iudicia contraria'*, Napoli, 2017, pp. 108 ss. e 155 ss.

[76] *Ivi*, p. 109.

[77] Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.5.8: *Quin immo et qui alias re commodata utitur, non solum commodati, verum furti quoque tenetur, ut Iulianus libro undecimo digestorum scripsit. denique ait, si tibi codicem commodavero et in eo chirographum debitorem tuum cavere feceris egoque hoc interlevero, si quidem ad hoc tibi commodavero, ut caveretur tibi in eo, teneri me tibi contrario iudicio: si minus neque me certiorasti ibi chirographum esse scriptum, etiam teneris mihi, inquit, commodati: immo, ait, etiam furti, quoniam aliter re commodata usus es, quemadmodum qui equo, inquit, vel vestimento aliter quam commodatum est utitur, furti tenetur.*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Né un indizio in tal senso si può ricavare dall'avverbio *invicem*, che in materia di obbligazioni risulta adoperato – focalizzando l'indagine sul linguaggio di Paolo – indifferentemente quando vi è interdipendenza[78], così come quando la stessa non vi sia nel modo più assoluto[79]: l'avverbio, dunque, ha sicuramente un significato neutro da un punto di vista tecnico.

Quanto or ora rilevato trova, a mio avviso, un altro riscontro.

Dal frammento risulta che, dopo la consegna del bene che dà vita alla fattispecie contrattuale, sorge un'*obligatio inter dandum accipiendumque*: il che va inteso nel senso che il comodante deve 'continuare a' *dare* (in senso atecnico: consentire il *commodum utendi*) senza *inportune repetere*, ed assicurare che il bene consegnato non cagioni danni al comodatario, il quale è *invicem* tenuto a *rem reddere*, vale a dire restituire il bene integro, nelle condizioni in cui è stato ricevuto.

Muovendo dal *quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona* in cui si contestualizza per via processuale il contenuto di questa *obligatio inter dandum accipiendumque*, e dunque le *mutuae praestationes* protette da *actiones*, i doveri gravanti in capo al comodante, nel ragionamento di Paolo, vanno rapportati non tanto al dovere di procurare un determinato bene, né tanto meno un servizio, ma alla stretta connessione del *dare facere* con la clausola di buona fede, che impone di consentire il *commodum utendi* una volta perfezionato il contratto, oltre che di non prestare beni difettosi: *adiuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet*.

Si tratta di una prestazione che mi pare correlabile con il *purgari dolo malo* che in D. 19.1.1 pr. lo stesso Paolo, come noto, riconosce in capo al venditore, ai fini della responsabilità equiparato dal giurista, in D. 18.6.3, ad un comodatario: tutto questo, però, non fa del comodato una sorta di inconcepibile 'vendita gratuita', ma (solo) un contratto perfettamente bilaterale (almeno nella prospettiva severiana) perché bilaterale è il dovere di buona fede che grava sulle parti, e che informa l'*obligatio inter dandum accipiendumque*.

[78] In materia di locazione, cfr. Paul. 48 *ad ed*. D. 39.2.18.4; in materia di *societas*, cfr. Paul. 23 *ad ed*. D. 10.3.1.

[79] *Invicem stipulari* in materia di *receptum arbitri*, cfr. Paul. 30 *ad ed.* D. 4.8.32.18; in materia di pena convenzionale, cfr. Paul. 5 *resp*. D. 19.2.54.1. Ulp. 10 *disp*. D. 12.6.30 usa l'avverbio per descrivere la coesistenza dei due debiti in tema di compensazione.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Da questo punto di vista, il frammento può ritenersi sostanzialmente classico: non può condividersi chi vi scorga il συνάλλαγμα né per sospettare del testo[80], né per affermare che Paolo trattasse del comodato come di un contratto a prestazioni corrispettive.

In questa direzione – non, dunque, in quella percorsa dal Milazzo[81] – depone, del resto,

Ulp. 28 *ad ed*. D. 19.5.17.3: *Si, cum unum bovem haberem et vicinus unum, placuerit inter nos, ut per denos dies ego ei et ille mihi bovem commodaremus, ut opus faceret, et apud alterum bos periit, commodati non competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum, verum praescriptis verbis agendum est*.

In questa fattispecie, l'attività negoziale delle parti viene descritta con il *verbum* che doveva essere stato prospettato nel quesito: *commodare*.

Due contadini hanno ciascuno un solo bue, ma per l'aratura del fondo – ed ogni altra attività agricola che lo richieda – evidentemente ne occorre piuttosto una coppia da aggiogare: nella parallela sfera laica, sono convinti di aver dato vita ad un reciproco prestito d'uso del proprio bue, per modo che sulla base di questa prospettazione chiedono lumi al giurista circa l'azione esperibile in caso di perimento di uno di questi buoi, quando si trovava presso il *non dominus*.

Poiché il comodato – come è emerso nella ricerca del Milazzo – è, per epoca severiana, un contratto perfettamente bilaterale, Ulpiano – che probabilmente sintetizza la discussione su una casistica ben nota, dato che si correla agevolmente alla questione controversiale esposta da Gai 3.144[82] – non stravolge del tutto l'idea che le parti hanno del contratto concluso: si tratterebbe di un *commodatum*, ma *non gratuitum*, come tale irriducibile al tipo negoziale edittale in quanto lo scambio dei buoi è senza dubbio un vero e proprio συνάλλαγμα, rapportabile – in assenza di *datio* traslativa – ad un *facio ut facias*, vale a dire mettere a disposizione il proprio unico bue

[80] G. Scherillo, voce *Comodato (dir. rom.)*, in *Enc. dir*., VII, Milano, 1960, p. 981, nt. 2.

[81] A. Milazzo, *Il contratto di comodato*, cit., p. 188 ss.

[82] Gai 3.144: *Item si rem tibi utendam dederim et invicem aliam rem utendam acceperim, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur.*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

per consentire all'altra parte di aggiogarlo al suo ed arare il campo, a condizione di reciprocità alternativamente per dieci giorni.

Rapportare questo 'comodato oneroso' – non a caso, in Gai 3.144 il problema della qualificazione dell'*id quod actum est* si pone dal punto di vista della riconducibilità della figura non già ad un comodato, ma alla *locatio conductio* – a συνάλλαγμα, escludendo per corollario la possibilità di esperire l'*actio commodati* prevista per la figura tipica a favore della tutela *praescriptis verbis*, significa solo una cosa: che per Ulpiano e Paolo la bilateralità perfetta – vale a dire la contestuale genesi di due obbligazioni – che connota il *commodatum* tipico non coincide affatto con la diversa, ed ulteriore prospettiva che piuttosto connota l'interdipendenza in senso tecnico di esse.

Anche in questo caso, dunque, concordo con il Milazzo nel momento in cui configura il comodato come un contratto perfettamente bilaterale, quanto meno per epoca severiana; dissento dall'ulteriore prospettazione di esso – sicché la distanza è la stessa che corre dalla tesi della Viaro – come contratto (anche) sinallagmatico.

Due obbligazioni che sorgono dalla medesima fonte non fanno uno scambio in senso patrimoniale: fanno sì un 'Obligationsprogramm', ma di certo non configurato come nella vendita, nella locazione e nella società, che per diritto classico restano gli unici contratti tipici sinallagmatici.

Altro, dunque, è la mera bilateralità del mandato e del comodato tra II e III secolo; altro la bilateralità dei rapporti che connota, sin dalla loro recezione nell'ordinamento della *civitas*, *emptio*, *locatio* e *societas*.

Abstract

The study shows how mandate and commodate, in the Severan age, may be deemed bilateral agreements, in the sense that they give life to two *obligationes* and consequently legitimize the contracting parties to carry out two (autonomous) *actiones*, without, however – contrary to what a recent trend of the doctrine believes – considering them synallagmatic contracts: from Ulp. D. 50.16.19, in fact, it is possible to see that in the mentioned *emptio*, *locatio* and *societas* contractual types, the *obligationes* generated are not just 'reciprocal' (that is, they are not 'just two'), but they are also depending on one another, so that the interdependency of the mandatory relations is what leads to the exchange, both at the fundamental level, that is as the *causa* of the contract, and on the functional level, that is for its its execution, and this is because in the latter contractual types, the *ultro citroque obligatio* –

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

which with the meaning of general reciprocity may occur, in the more advanced classical experience, even by mandate and commodate – become the subject matter of another important detail: 'other' is the *ultro citroque obligatio*, without further explanation; 'other' is the *ultro citroque obligatio*, '*quod Graeci συνάλλαγμα vocant*', an expression the latter to be understood as an essential technical qualification of the former.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Gianmarco Gometz

Psicoprivacy *e libertà di pensiero*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Psicoprivacy, profilazione e neurotecnologie. – 3. Il valore della psicoprivacy. – 4. Privacy e libertà di pensiero.

1. *Introduzione*. – Il concetto di *privacy* è notoriamente controverso, e parimenti dibattuta è la giustificazione etico-politica del relativo diritto[1]. Per soprammercato, le più ricorrenti traduzioni italiane del termine, "riservatezza" e "vita privata" [2], ne sono sinonimi soltanto *faut de mieux*, giacché ovviamente può essere riservato anche ciò che non è privato/personale[3], e vengono oggi ascritti alla privacy anche dati non riguardanti la vita privata strettamente in-

[1] D. Lyon, *Surveillance after Snowden*, Polity Press, Cambridge 2015, p. 101, parla di «concetto storicamente e culturalmente relativo», e gli studi storici e antropologici confortano ampiamente questo giudizio; cfr. ad es. P. Aries, G. Duby (eds), *History of Private Life*, Belknap Press, Cambridge, Mass. 1987-91. Judith Thomson e altri autori non si limitano a rilevare l'elevato grado di disaccordo su che cosa sia la privacy, ma addirittura negano che sussista un autonomo diritto alla privacy, che sarebbe riducibile ad un *cluster of derivative rights*, personali e patrimoniali; cfr. J.J. Thomson, *The Right to Privacy*, in *Philosophy and Public Affairs*, 4, 1975, pp. 295-314, e, ben prima di Thomson, F. Davis, *What Do We Mean by "Right to Privacy"?*, in *South Dakota Law Review*, Spring 1959, p. 20 e W. Prosser, *Privacy*, in *California Law Rewiev*, vol. 48, 1960.

[2] Privacy è reso con "vita privata" ad esempio nelle traduzioni correnti dell'art. 12 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948, come pure nel suo testo ufficiale in francese, russo e spagnolo, che parlano rispettivamente di "vie privée", "личную жизнь" e "vida privada". La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea non menziona il termine "privacy", sebbene sancisca all'art. 7 il diritto di ogni individuo al "rispetto della propria *vita privata e familiare*" ("private and family life" nel testo inglese), e all'art. 8 il diritto di ciascuno alla *protezione dei dati personali* che lo riguardano. Gli esperti italiani di privacy si imbattono non infrequentemente nel sostantivo "privatezza", col quale si intende offrire una traduzione pedissequa di quel termine inglese.

[3] Si pensi alle informazioni coperte dal segreto di Stato, che in Italia può riguardare "documenti, notizie, attività ed ogni altra cosa", comprese informazioni che non rientrano affatto nella nozione di dato personale; cfr. Legge 3 agosto 2007, n. 124.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

tesa[4]. Tra i recenti tentativi di formulare una definizione generale e relativamente pacifica del concetto di privacy, molto noto è quello di Andrei Marmor, il quale ha proposto di utilizzare la *interest theory of rights* per ridefinire il diritto alla privacy sulla base dell'*interesse* da esso protetto[5], che secondo l'autore è quello ad avere un ragionevole controllo sui modi in cui gli individui presentano se stessi e ciò che è proprio agli altri[6]. La protezione giuridica della privacy, sostiene Marmor, serve a consentirci di presentare diversi aspetti di noi stessi a diverse persone, ciò che è a sua volta una componente essenziale del nostro benessere; guarderemmo infatti con orrore a un mondo panottico (e, aggiungo, panfonico, pangrafico ecc.) in cui più nulla potesse essere celato al prossimo. Marmor non lo cita, ma Isaac Asimov immagina un mondo del genere nel suo racconto del 1956 "*The Dead Past*", in cui si narra dell'invenzione di un dispositivo, il *cronoscopio*, che consente a chiunque di vedere e ascoltare qualunque cosa sia successa in qualsiasi luogo negli ultimi 125 anni. Nel racconto, una speciale agenzia governativa tenta di impedire la divulgazione di questa scoperta appunto per evitare che chiunque «viva d'ora in poi in una boccia per pesci rossi»[7]. Per Marmor, situazioni del genere sarebbero orrende in quanto verrebbe meno «something that is essential for shaping our interactions with others; it is, first and fo-

[4] «È un fatto che il diritto alla riservatezza non esaurisca la nozione di privacy e che la protezione dei dati personali non si esaurisca in una mera attività strumentale alla tutela della riservatezza»; R. Panetta, *Diritti, regole, libere professioni e mercato, tra circolazione e protezione dei dati*, in R. Panetta (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 162. Tra i "dati personali" protetti dalle varie discipline giuridiche che in Italia si sono avvicendate nel regolare la materia della privacy ve ne sono alcuni relativi ad aspetti di pregnante valenza pubblicistica, ad esempio i dati relativi alle condanne penali e ai reati o a connesse misure di sicurezza (cfr. art. 10 Regolamento UE 2016/679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, che d'ora in avanti indico come d'uso con l'acronimo GDPR).

[5] Questa strategia di ricerca del *core* del concetto di privacy risale almeno a T. Scanlon, *Thomson on Privacy*, in *Philosophy and Public Affairs*, 4, 1975.

[6] Cfr. A. Marmor, *What Is the Right to Privacy?*, in *Philosophy and Public Affairs*, 43 (1), 2015, pp. 3-4. Tale definizione amplia quella, più risalente, di R. Parker, *A Definition of Privacy*, in *Rutgers Law Review*, vol. 27, 1974, p. 280: «Privacy is control over when and by whom the various parts of us can be sensed by others».

[7] Così si esprime Araman, il funzionario che nel racconto tenta invano di censurare la scoperta del cronoscopio.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

remost, our social lives that would be severely compromised, not necessarily or primarily our inner or private world, so to speak»[8].

Quella ridefinita da Marmor è insomma:

a) una privacy espressamente qualificata come *informational*[9], in quanto il controllo giuridicamente garantito in cui si sostanzia è sulle *informazioni* attraverso cui le persone presentano sé stesse agli altri; ciò accosta questo concetto a quello di *protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali*, su cui si sono recentemente spostati il fulcro della regolazione giuridica europea e il dibattito degli studiosi;

b) una privacy centrata sulla protezione giuridica della possibilità degli individui di costruire e mantenere diversi tipi di relazioni personali, più o meno intime, con diverse cerchie di soggetti (familiari, amici, conoscenti, colleghi di lavoro ecc.);

c) una privacy non necessariamente concernente la protezione di ciò che l'autore chiama "*our inner or private world*", ovvero la dimensione interna, personalissima e per così dire solipsistica dell'individuo, bensì la sua socialità.

Benché certo non nuova in letteratura, quest'ultima puntualizzazione di Marmor è a mio avviso problematica. Non si vede infatti perché escludere dalla protezione accordata dal diritto alla privacy proprio la sfera più intima e personale degli individui, quella dimensione interiore che i giuristi sono soliti chiamare *foro interno*, specie in considerazione della sempre più concreta possibilità che gli odierni conseguimenti tecnologici, psicologici e neuroscientifici consentano di mettere a punto delle tecniche per indovinare attendibilmente, o addirittura *rilevare*, le preferenze, le idee, le memorie, i piani, le attitudini e gli stati d'animo delle persone, anche a distanza e senza il loro consenso. Che innovazioni del genere abbiano una portata dirompente per la privacy è del resto immediatamente evidente se si immagina uno scenario in cui il cronoscopio del citato racconto di Asimov sia in grado non solo di monitorare i contegni esteriori dei soggetti spiati, ma anche di interpretare la struttura e le configurazioni

[8] Cfr. A. Marmor, *What Is the Right to Privacy*, cit., p. 7.

[9] Cfr. *ivi*, p. 21. Le concezioni della privacy focalizzate sul controllo delle informazioni circa se stessi dominano da tempo la letteratura dedicata al nostro tema; cfr. ad. es. A. Westin, *Privacy and Freedom*, Atheneum, New York, 1967; C. Fried, *An Anatomy of Values*, Harvard University Press, Cambridge, 1970; W. Parent, *Privacy, Morality and the Law*, in *Philosophy and Public Affairs*, 12, 1983, pp. 269-288.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

elettrochimiche dei loro cervelli in modo da carpirne i pensieri consci e inconsci, i ricordi, i propositi e i sentimenti[10]. Non riterremmo questo *psicoscopio* ancora più intrusivo della privacy degli individui osservati rispetto al cronoscopio di *The Dead Past*?[11] E soprattutto, sarebbe soltanto la varietà/qualità della vita sociale delle persone a esser minacciata dall'uso di questo strumento, come sembrano supporre Marmor e altri assertori della valenza eminentemente sociale della privacy, o verrebbe menomato qualcosa di ancor più fondamentale, magari la loro stessa libertà di *autodeterminarsi* al riparo da supervisioni indesiderate?

In questo articolo, sosterrò che le stesse ragioni normative che inducono ad ascrivere alle persone fisiche un diritto fondamentale alla privacy implicano *a fortiori* un certo grado di protezione giuridica contro la *rilevazione* e la *rivelazione* indesiderate delle loro idee, credenze, opinioni, preferenze, gusti, sentimenti, stati d'animo, disposizioni, ricordi, aspirazioni, piani d'azione ed altri prodotti consci o inconsci della loro mente. Chiamo *psicoprivacy* questo aspetto del diritto alla privacy riferito alla dimensione mentale – ovvero cognitiva, doxastica, intenzionale, mnemonica ed emotiva – degli individui[12], e mi ripropongo di esaminarne nel seguito la relazione con la libertà di pensiero. Sosterrò in particolare che la psicoprivacy degli individui è in conflitto con la libertà di pensiero solo se quest'ultima è considerata dalla prospettiva del *soggetto parlante*, ossia colui che ri-

[10] Il lettore contrariato dagli esempi fantascientifici che costellano questo mio contributo consideri che i riferimenti *sci-fi* sono un cliché della letteratura sulla privacy fin dall'*instant classic* di Judith Thomson (*The Right to Privacy*, cit.), che immaginò le conseguenze dell'uso di un ipotetico dispositivo a raggi X capace di scrutare attraverso gli oggetti solidi.

[11] Certamente lo sarebbe per autori come Amitai Etzioni, che considerano le informazioni circa i pensieri personali come le più *sensibili*, ossia quelle la cui *disclosure* produce danni maggiori all'interessato; cfr. A. Etzioni, *Privacy in a Cyber Age: Policy and Practice*, Palgrave Macmillan, New York, 2015, p. 8.

[12] Per ragioni di spazio, tratto qui alla rinfusa stati e processi mentali molto diversi tra loro, fiducioso che nel contesto nel quale intendo collocare il mio discorso, che è essenzialmente quello dell'analisi della giustificazione etico-politica del diritto alla privacy, essi presentino problemi tutto sommato simili. Per un'introduzione allo studio di tali processi e stati mentali si veda S. Pinker, *How the Mind Works*, Penguin Books, London-New York, 1998. A un livello superiore di astrazione, la teoria della mente a cui faccio riferimento in questo articolo risente fortemente dei contributi di Daniel Dennett e Douglas Hofstadter, di cui sia qui sufficiente citare il classico D.C. Dennett, D.R. Hofstadter, *L'io della mente*, Adelphi, Milano, 1985.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

vendichi la libertà di *esprimere* i propri pensieri senza restrizioni giuridiche di sorta; se invece la libertà di pensiero è centrata sul *soggetto pensante*[13], ed intesa come diritto di coltivare i propri pensieri e propositi a prescindere da una qualsivoglia loro espressione o traduzione in pratica, allora non v'è alcun conflitto con la piscoprivacy, bensì armonia.

2. *Psicoprivacy, profilazione e neurotecnologie*. – Come abbiamo visto, Marmor e molti altri autori fondano il diritto alla privacy/protezione dei dati personali sull'interesse degli individui ad avere un ragionevole controllo sui modi in cui possono presentare se stessi agli altri, onde poter costruire e mantenere con costoro diversi tipi di relazioni sociali. Che questo interesse sia meritevole di protezione giuridica contro possibili abusi da parte di soggetti pubblici o privati credo sia fuori discussione; mi pare tuttavia che una sua componente essenziale consista appunto nell'esigenza di riservatezza di quei «*thoughts, emotions, sentiments and sensations*» che già nel 1890 Samuel Warren e Louis Brandeis posero alla base della prima teorizzazione sistematica del *right to privacy*[14]. Secondo i due autori, la divulgazione indesiderata dei pensieri, degli stati d'animo e dei sentimenti degli individui è suscettibile di provocare ad essi notevoli importi di sofferenza ed è perciò «*wrongful in itself*»[15], ossia indipendentemente dalle conseguenze sulle loro relazioni sociali, sul loro patrimonio o sui loro affari. Che tale riservatezza abbia valore intrinseco e individuale, ancor prima che strumentale e sociale, mi pare del resto confermato dal fatto che la rivelazione, la pubblicazione e financo la mera ricognizione indesiderate di certi nostri pensieri, sentimenti, memorie e propositi, sono suscettibili di pregiudicare direttamente il nostro benessere, anche a prescindere dagli effetti prodotti sui nostri rapporti sociali e dalle eventuali ulteriori sofferenze che ne conseguono[16]. Si tratterà naturalmente di patimenti d'animo più o meno

[13] L'opposizione tra *speaker* e *thinker* qui tracciata riprende quella teorizzata da S.V. Shiffrin, *A Thinker-Based Approach to Freedom of Speech*, in *Constitutional Commentary*, 27, 2, 2011, p. 283 ss.

[14] Cfr. S. Warren, L. Brandeis, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 4, 1890, p. 205 ss.

[15] Così *ivi*, p. 213.

[16] Le giustificazioni che si fondano sul valore intrinseco della privacy sono numerose; oltre alla risalente trattazione di Warren e Brandeis, si vedano le giustificazioni citate in D.J. Solove, *Conceptualizing Privacy*, in *California Law Review*, vol.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

intensi secondo la natura della violazione, il suo oggetto, la sua entità e la sensibilità soggettiva dell'interessato, che a sua volta dipende sia da fattori culturali sia da inclinazioni individuali (dopotutto, chi è senza vergogna o pudore non può sperimentarli). Ingenti o modeste che siano tali sofferenze, mi pare però che discendano tutte dalla lesione di un unico interesse: quello a restare esenti da intrusioni in ciò che per motivi culturali, sociali e forse addirittura etologici[17] consideriamo a buon diritto "affari nostri"[18]. E non riesco a immaginare affari più *nostri* di quelli che trovano stanza all'interno della nostra mente, distinguendoci e connotandoci per le persone che siamo.

È appena il caso di ricordare che questo interesse alla riservatezza dei propri pensieri ed emozioni è storicamente tutelato dal diritto ben prima dell'affermazione di un autonomo diritto alla protezione dei dati personali, ad esempio nelle forme dei diritti alla segretezza della corrispondenza e all'inviolabilità del domicilio, che infatti hanno svolto un ruolo fondamentale nella genesi del diritto alla privacy per come oggi è riconosciuto[19]. Noto inoltre che non solo la riservatezza della dimensione interiore degli individui rappresenta il nucleo originario della nozione di privacy, ma ne è tuttora considerato l'aspetto più *sensibile*, ossia meritevole di una protezione giuridica particolarmente intensa e rigorosa. In Europa, dove l'attenzione per questi temi è particolarmente viva, il diritto prevede ad esempio un divieto generale

90, No. 4, Jul. 2002, p. 1145 ss. Nella tradizione europea, tali giustificazioni che *guardano indietro* al valore intrinseco della privacy sono spesso fondate sulla *dignità umana*. Non mi soffermo su queste tesi (non sconosciute, peraltro, neppure negli Stati Uniti; cfr. ad es. E.J. Blounstein, *Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser*, in *New York University Law Rewiev*, 39, 1964, p. 974) perché reputo la dignità un bene *omnibus* definito in termini talmente generici, vaghi, controversi e incerti da prestarsi alla giustificazione di qualsiasi intervento pubblico la cui giustezza/opportunità non riesca a fondarsi su ragioni più specifiche e determinate. Una critica della dignità come presidio per giustificazioni suggestive ma superficiali è in G. Gometz, *L'odio proibito: la repressione giuridica dello hate speech*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 32/2017, p. 29 ss.

[17] Quest'ultima, è la tesi di A.D. Moore, *Privacy: Its Meaning and Value*, in *American Philosophical Quarterly*, 40, 2003, p. 219 ss.

[18] Avallo dunque la tesi di Thomas Scanlon, che fonda il diritto alla privacy su un interesse degli individui «in being free from specific offensive observations and, more generally, in having a well-defined zone within which we need not be on the alert against possible observations»; T. Scanlon, *Thomson on Privacy*, cit., p. 320.

[19] Cfr. A. Di Martino, *Profili costituzionali della privacy in Europa e negli Stati Uniti*, Jovene, Napoli, 2017.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

di trattamento dei dati che rivelino tra l'altro le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, nonché dati relativi alla salute (nel senso più ampio), alla vita sessuale o all'orientamento sessuale di una persona[20]. È inoltre limitata o, per i minori, vietata, la *profilazione* intesa come qualsiasi trattamento automatizzato di dati personali consistente nel loro utilizzo per analizzare o prevedere aspetti riguardanti tra l'altro le preferenze personali[21], gli interessi, l'affidabilità e il comportamento degli individui[22].

Proprio le attività di profilazione appaiono particolarmente intrusive nella psicoprivacy tematizzata nel presente contributo. Alcune di queste tecniche, sfruttate non solo nel marketing ma anche per finalità di propaganda politica mirata[23], utilizzano infatti informazioni variamente ottenute circa attività, scelte, interessi e opinioni degli individui per classificarli secondo certi loro tratti psicologici, affinché li si possa successivamente fare oggetto di comunicazioni confezionate apposta per risultare interessanti, efficaci e/o persuasive rispetto a quel *target* di destinatari[24]. Tali operazioni vengono compiute automaticamente, attraverso varie combinazioni di tecnologie di *data mining*, *advanced analytics*, *machine learning* e intelligenza artificiale che consentono di ricostruire con notevole esattezza la *mentalità* dei soggetti profilati, intesa sia come il loro modo particolare di intendere, sentire e giudicare le cose, sia come il conseguente complesso di preferenze e disposizioni pratiche[25].

[20] Cfr. art. 9 GDPR, che include tra le "categorie particolari di dati personali" oggetto di tutela rafforzata i dati *sensibili* già specialmente protetti dal d.lgs. 196/2003. Il divieto generale di trattamento di dati appartenenti a queste categorie vige salvo specifiche eccezioni, previste dal paragrafo 2 dello stesso articolo.

[21] Il considerando 24 GDPR parla altresì di "posizioni personali", facendo evidente riferimento alle idee dell'individuo.

[22] Cfr. gli artt. 4, 21, 22 e 23 GDPR.

[23] È il caso della famigerata Cambridge Analytica, società di consulenza britannica il cui nome è associato a uno scandalo connesso alla gestione occulta di dati personali con finalità di propaganda personalizzata in campagne elettorali occorse nel 2016.

[24] Un esempio è dato dal c.d. modello psicografico OCEAN, che deve il nome ai "Big Five personality traits" in base ai quali gli individui potrebbero classificarsi secondo la loro Openness to experience (inventive/curious vs. consistent/cautious), Conscientiousness (efficient/organized vs. easy-going/careless), Extraversion (outgoing/energetic vs. solitary/reserved), Agreeableness (friendly/compassionate vs. challenging/detached), Neuroticism (sensitive/nervous vs. secure/confident).

[25] Una ricognizione generale sul controllo che le tecnologie elettroniche consen-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Nuove possibili intrusioni indesiderate nella psicoprivacy potrebbero inoltre arrivare dallo sviluppo di *neurotecnologie* dirette a interpretare l'attività elettrica del cervello umano col fine di "leggerne" i pensieri (i neuroscienziati parlano a questo proposito di *brain-reading* or *thought identification*)[26]. Ricerche di questo tipo sono attualmente condotte su iniziativa di vari centri di ricerca, aziende e perfino governi nazionali (Neuralink, azienda del fondatore di Tesla Elon Musk, la UCSF, sostenuta da Facebook, Nissan, Nielsen, il governo cinese ecc.), e già oggi consentono di stabilire attendibilmente se una persona stia sperimentando emozioni positive, negative o neutre, oppure ansia, o stia pensando a una particolare forma o a una certa parola/numero, o se sia sonnolenta durante la guida. Diversi studiosi hanno denunciato con allarme le possibilità di auto-incriminazione inconscia aperte dall'uso di queste tecniche (in patente violazione, tra l'altro, del principio *nemo tenetur se detegere*)[27], mentre altri sono disposti a consentirne l'impiego per esigenze di sicurezza nazionale o di prevenzione del crimine[28].

Considerati sulla base di concezioni come quella di Marmor, i sistemi di profilazione e le neurotecnologie in corso di sviluppo risultano ledere la privacy individuale se e in quanto consentano di accedere abusivamente (cioè senza consenso) alla sfera cognitiva, doxastica, intenzionale, mnemonica ed emotiva degli individui, così riducendo o annullando la loro possibilità di presentarsi all'esterno come preferiscono. Ritengo che ciò sia indesiderabile non solo per via dei suoi effetti sui rapporti sociali dei singoli o sulla collettività tutta, ma anche in quanto perturba quell'*inner world* individuale così curiosamente trascurato dall'autore. Nel controllo sui modi in cui le persone possono presentarsi agli altri che secondo Marmor sostanzia il diritto alla privacy va infatti senz'altro inclusa anche la facoltà di pre-

tono di operare sui comportamenti e le disposizioni individuali è in G. Ziccardi, *Internet, controllo e libertà. Trasparenza, sorveglianza e segreto nell'era tecnologica*, Cortina, Milano, 2015.

[26] Allo stato, tali neurotecnologie comprendono sia tecniche di misurazione del flusso sanguigno interno all'area cerebrale sia tecniche di analisi dell'attività elettrica cerebrale come *Neuroimaging*, Tomografia Computerizzata (TM), Risonanza Magnetica Funzionale (fMRI), Tomografia ad Emissione di Fotone singolo (SPECT), Tomografia ad Emissione di Positroni (PET).

[27] Cfr. ad es. N.A. Farahany, *Incriminating Thoughts*, in *Stanford Law Review*, April 2011.

[28] È il caso di Frederick Schauer, cfr. *infra*, nota 46.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

sentarsi *falsamente* al prossimo, assumendo pose, atteggiamenti affettati o senz'altro ipocriti e tuttavia conformi all'immagine che – spesso maldestramente – si intende trasmettere all'esterno[29]. La profilazione e le neurotecnologie di *brain-reading* portano invece nella direzione di quell'atroce *onestà totale* che, secondo lo stesso Marmor, è la peggior nemica della privacy[30]. E lo è proprio perché realizza la possibilità di rivelare contro la nostra volontà aspetti della nostra personalità che in molti casi preferiremmo celare perfino a noi stessi.

3. *Il valore della psicoprivacy*. – Come abbiamo visto, ciò che in questo contributo chiamo "psicoprivacy" costituisce il nucleo originario, più sensibile e attualmente minacciato di una privacy oggi declinata principalmente come esigenza di protezione degli individui con riguardo al trattamento dei loro dati personali. Le ragioni per apprezzarla ed eventualmente proteggerla con gli strumenti del diritto mi paiono di tre ordini[31]:

1) In primo luogo, come abbiamo visto, la ricognizione e la divulgazione indesiderate di pensieri, memorie, propositi ed emozioni sono *di per sé* avvertite come un male da chi le subisce, e dunque incidono direttamente sul suo benessere.

2) In secondo luogo, la ricognizione e la divulgazione indesiderate di pensieri, memorie, propositi ed emozioni possono provocare delle *conseguenze* spiacevoli sulla qualità e varietà dei rapporti sociali

[29] Questo aspetto è evidenziato dai critici della privacy come *concealment of information*, ad esempio R.A. Posner, *Economic Analysis of Law* (5th ed.), Aspen Law & Business, New York, 1998, p. 46; R.A. Posner, *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1981, pp. 234 e 271.

[30] Cfr. A. Marmor, *What is the Right to Privacy?*, cit., p. 8. James Rachels non ravvisa invece alcuna disonestà nella scelta di riservare o occultare alcuni aspetti della propria personalità di fronte a certe persone, visto che nessuno di essi può considerarsi da solo come più autentico degli altri; cfr. J. Rachels, *Why Privacy is Important*, cit., p. 327. Ricordo a questo proposito la battuta di Borges: «In ciascuna persona ci sono due individui: quello vero è l'altro».

[31] Si tratta di ordini di ragioni che non si escludono a vicenda, e anzi possono congiuntamente concorrere alla medesima giustificazione. Alla psicoprivacy, come a molti beni giuridici, può infatti essere ascritto valore finale/intrinseco e *nel contempo* strumentale rispetto ad altri fini; così fa ad esempio D.J. Solove, *Conceptualizing Privacy*, cit., p. 1144 ss. Sulla cumulatività delle giustificazioni deontologiche e teleologiche, mi permetto di rimandare a G. Gometz, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, ETS, Pisa, 2008, spec. § 2.2.3 e ss; G. Gometz, *Deontologia*, in: M. Ricciardi, A. Rossetti, V. Velluzzi (a cura di), *Filosofia del diritto. Norme, concetti, argomenti*, Carocci, Roma, 2015, p. 104 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

degli individui, o sul loro patrimonio[32], oppure sulla loro libertà di autodeterminazione (per via dell'esposizione a pressioni e ricatti)[33].

3) In terzo luogo, la psicoprivacy è funzionale alla garanzia di «una serie di altre libertà individuali di comportamento che potrebbero essere di fatto seriamente impedite se l'interessato non potesse appunto tenerle riservate»[34]. Il catalogo di queste libertà copre in verità la maggior parte di quelle proclamate dagli attuali ordinamenti liberaldemocratici: libertà di associazione, di religione, di coscienza, di istruzione, di voto, di attività politica e sindacale, di iniziativa economica e molti altri diritti (all'identità sessuale, all'integrità morale, di difesa, d'autore, di comunicazione privata ecc.)[35] al cui godimento effettivo giova senz'altro lo schermo offerto da un eventuale divieto di rivelazione della dimensione mentale degli individui.

Naturalmente non intendo sostenere che queste ragioni normative assegnino alla psicoprivacy o alla privacy in generale un valore assiologicamente prioritario rispetto a tutti gli altri diritti ed esigenze attualmente o potenzialmente confliggenti. Contro gli eccessi sacralizzanti di certa letteratura dedicata al tema, Mario Jori ricorda che quello alla privacy, come in verità tutti i diritti, «è un diritto *prima facie*, un diritto formulato in modo abbreviato, la cui formulazione normativamente completa dovrebbe comprendere tutti i limiti posti al suo esercizio dall'osservanza di tutti gli altri diritti i cui comportamenti attuativi, le cui garanzie, sono potenzialmente in conflitto con il diritto in questione»[36]. I più evidenti tra questi limiti discendono dalle esigenze di sicurezza e di salute pubblica, su cui in questa sede non posso ovviamente trattenermi[37]; mi limito a menzionare lo stri-

[32] Lo ricorda, con riferimento alla privacy in genere, J. Rachels, *Why Privacy is Important*, cit., p. 326 ss., e analoghe considerazioni valgono a maggior ragione per la psicoprivacy.

[33] Lo osserva, relativamente alla privacy in genere, N.M. Richards, *Four Privacy Myths*, in A. Sarat (ed.), *A World Without Privacy. What Law Can and Should Do?*, Cambridge University Press, New York, 2015, p. 65 ss., e analoghe considerazioni valgono a maggior ragione per la psicoprivacy.

[34] Così M. Jori, *Privacy e libertà di pensiero*, cit., p. 109.

[35] Questi diritti e libertà sono a loro volta apprezzabili in sé o come condizioni/presupposti/strumenti di altri beni etico-politici quali l'autonomia individuale, la democrazia ecc.

[36] Cfr. M. Jori, *Libertà di parola e protezione dei dati*, in *Ragion Pratica*, 12, 1999, p. 125 ss.

[37] Noto soltanto che un attento critico delle politiche securitarie come Mauro Barberis ricorda che vi sono anche delle limitazioni alla privacy effettivamente *utili*

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

dente attrito che si avverte tra la privacy e la salute durante la pandemia da Covid-19 che imperversa mentre scrivo queste righe: un chiaro caso in cui l'interesse alla protezione dei dati personali si scontra con l'interesse dei cittadini e degli apparati pubblici a sapere chi sono/dove si trovano i soggetti contagiosi, onde poter diminuire le probabilità di essere a propria volta contagiati (i cittadini) e meglio operare la gestione delle eventuali misure restrittive e dei trattamenti medici (gli apparati pubblici).

Tra i molteplici conflitti tra il diritto alla privacy e altri diritti, interessi ed esigenze meritevoli di considerazione, mi ripropongo comunque di esaminarne in questa sede soltanto uno, discendente dall'ovvia ma curiosamente trascurata circostanza che «l'individuo non è solo il soggetto passivo del trattamento dei dati, ma ne è anche il soggetto attivo»[38]. Alludo al conflitto tra la psicoprivacy e la libertà di pensiero, a cui è dedicato il paragrafo seguente.

4. *Privacy e libertà di pensiero*. – In un'era caratterizzata dalla libera e massiccia circolazione delle informazioni qual è quella digitale, si avverte ancor più chiaramente l'attrito tra il principale veicolo giuridico di questo flusso informativo, ossia la libertà di manifestazione del pensiero, e la tutela della privacy, che a tale circolazione impone giocoforza vari rallentamenti e stop. Il conflitto tra la privacy e la libertà di pensiero è peraltro un topos della politica del diritto fin dai tempi di Warren e Brandeis, che concepirono il *right to privacy* appunto come un presidio legale contro «the too enterprising press, the photographer, or the possessor of any other modern device for recording or reproducing scenes or sounds»[39]. In Europa, tale tensione trova da ultimo riscontro nel GDPR, che nel considerando 4 chiarisce che il diritto alla protezione dei dati di carattere personale va contemperato con altri diritti fondamentali, tra cui appunto «la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, la libertà di espressione e d'informazione […] nonché la diversità culturale, religiosa e linguistica». Questa previsione risente della precedente giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che ben prima dell'entrata in vigore del GDPR avevano dovuto ope-

alla sicurezza collettiva M. Barberis, *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo*, Il Mulino, Bologna, 2017, p. 110.

[38] Lo osserva sempreM. Jori, *Libertà di parola e protezione dei dati*, cit., p. 125.

[39] Warren, Brandeis, *The Right to Privacy*, cit., p. 206.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

rare molti delicati bilanciamenti tra i due diritti. Si noti però che la libertà di pensiero, in quelle pronunce come nella letteratura sul conflitto in esame, è intesa quasi costantemente come libertà di *manifestazione* del pensiero, ossia come libertà d'espressione[40]. Ebbene, se la libertà di pensiero viene intesa come diritto dei *parlanti* a esprimere i propri pensieri senza restrizioni di sorta, l'antinomia col diritto alla privacy è di tutta evidenza[41]: le manifestazioni del pensiero possono senza dubbio consistere in condotte espressive variamente riconducibili alla nozione di *trattamento di dati personali*, esteso in Europa tra l'altro alle *comunicazioni* di «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile»[42] e consentito soltanto sulla base di specifiche condizioni di liceità[43].

C'è però almeno un altro accostamento possibile alla libertà di pensiero. Si può infatti alludere al diritto di concepire e mantenere qualsivoglia idea, credenza, opinione, gusto, proposito, posizione etica, filosofica, religiosa ecc. considerati indipendentemente da una loro manifestazione tramite condotte comunicative o non comunicative[44].

[40] In Italia, come è noto, questa sovrapposizione tra libertà di pensiero e libertà di espressione discende dalla formulazione stessa dell'art. 21 Cost., secondo cui «Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione». Nel considerando 4 del GDPR, come visto sopra, libertà di pensiero e di espressione sono invece menzionati partitamente, la prima assieme alla libertà di coscienza e di religione, la seconda assieme alla libertà di informazione.

[41] E vi si allude non solo nel considerando 4 del GDPR, ma anche nel successivo considerando 153, che stabilisce tra l'altro che «il diritto degli Stati membri dovrebbe conciliare le norme che disciplinano la libertà di espressione e di informazione, comprese l'espressione giornalistica, accademica, artistica o letteraria, con il diritto alla protezione dei dati personali ai sensi del presente regolamento».

[42] Cfr. art. 4 GDPR.

[43] Consenso dell'interessato, obbligo legale, salvaguardia di interessi vitali ecc.; cfr. art. 6 GDPR. Mario Jori nota che una legislazione sulla privacy che si propone di disciplinare un trattamento di dati personali esteso alle *comunicazioni* di *qualunque informazione relativa a persona fisica identificata o identificabile* pone norme generalissime ed estremamente vincolanti sul contenuto di ciò che si può dire o non dire, incidendo pesantemente sulla libertà di parola costituzionalmente garantita. L'autore invita a considerare la privacy anche nella sua guisa di libertà *dal* diritto, che comporta «una certa mancanza di protezione giuridica, nella misura in cui tutti possono dire ciò che vogliono e quindi non possono essere protetti da ciò che viene detto»; cfr. M. Jori, *Libertà di parola e protezione dei dati*, cit., §§ 2.1 e 2.3.

[44] Secondo Seana Shiffrin, quest'ultima declinazione della libertà di pensiero è anzi prioritaria nel contesto di giustificazione, giacché la libertà d'espressione serve soprattutto a proteggere una *freedom of thought* a sua volta fondata sull'opportu-

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Questa libertà centrata sul soggetto *pensante*, che la civiltà giuridica occidentale contemporanea onora tanto quanto la libertà d'espressione se non di più[45], è oggi minacciata non solo nei regimi autoritari e fondamentalisti che tuttora affliggono ampie porzioni di mondo, ma anche da un sempre più nutrito coro di voci che propongono di restringere l'estensione del concetto di "pensiero" in modo da escludervi senz'altro le idee giudicate odiose, o, addirittura, di punire i pensieri considerati *dannosi*, in spregio dei tradizionali principi liberali di materialità e del *cogitationis poena nemo patitur*. Un esempio di questo atteggiamento benintenzionato ma liberticida è dato da certe recenti prese di posizione di Frederick Schauer[46], ma un'analoga intolleranza – sovente giustificata con appelli all'*auctoritas* di Popper[47] – è alla base di slogan volutamente ambigui quali «il fascismo non è un'opinione, è un crimine!»[48] o di certe forme di proscrizione giuridica del c.d. *hate speech* sconfinanti nel diritto penale d'autore[49].

nità di tutelare il libero sviluppo e funzionamento (*operation*) della mente degli individui; cfr. S.V Shiffrin, *A Thinker-Based Approach to Freedom of Speech*, cit., p. 287 ss. Vale la pena di ricordare che la Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948 dedica due distinti articoli, il 18 e il 19, rispettivamente alla libertà di pensiero e alla libertà di espressione.

[45] Gli odierni ordinamenti liberaldemocratici, infatti, proteggono tale libertà non solo attraverso le disposizioni dedicate alla *manifestazione* del pensiero, ma anche tramite quelle che tutelano la libertà religiosa, di associazione, di corrispondenza, di insegnamento, di voto ecc. o vietano le discriminazioni per motivi di religione, opinioni politiche, orientamento sessuale e convinzioni personali.

[46] Schauer si spinge ad affermare che il Primo Emendamento della Costituzione USA è *sbagliato* perché protegge indebitamente gli *harmful thoughts* delle persone, che invece avremmo ogni diritto di scoprire e reprimere al fine di prevenire la commissione di crimini, se solo disponessimo di adeguate tecniche per farlo; cfr. F. Schauer, *On the Distinction between Speech and Action*, in University of Virginia School of Law - Public Law and Legal Theory Research *Paper Series*, 68, November 2014, pp. 22-23. Ho criticato queste tesi nel mio *Il pensiero come limite del diritto*, in *Notizie di Politeia*, Anno XXXIII, n. 125, 2017.

[47] Il quale per via di una nota a margine del suo *La società aperta e i suoi nemici* dedicata al c.d. *paradosso della tolleranza* è diventato suo malgrado il paladino dei più accaniti censori delle idee, che per sentirsi autorizzati dal filosofo a reprimere con la forza ogni opinione contraria alla loro non hanno che da qualificarla come "intollerante"; cfr. K. Popper, *La società aperta e i suoi nemici. Platone totalitario*, vol. I, Armando, Roma, 2014, nota 4, p. 214.

[48] L'ambiguità discende dal fatto che non si distingue tra l'opinione e la pratica politica della riorganizzazione del disciolto partito fascista (cfr. XII disposizione transitoria e finale della Costituzione italiana).

[49] Un esempio è il reato di apologia del genocidio ex art. 8 della legge 962/1967,

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Non intendo occuparmi in questa sede della giustificazione etico-politica delle misure restrittive della libertà di pensiero intesa nel senso rilevante per il presente contributo, ossia la libertà di costruirsi la propria casa morale, il proprio sistema di convinzioni e più in generale il proprio orizzonte esistenziale secondo i propri personalissimi gusti, preferenze e inclinazioni, senza subire turbative da parte di soggetti pubblici o privati. Qui mi interessa soltanto esaminare il nesso tra questa libertà – che d'ora in poi designerò con l'espressione "libertà psichica"[50] – e la privacy intesa con particolare riferimento alla protezione dei dati rivelatori della dimensione interiore degli individui, o psicoprivacy[51].

Per procedere a questo esame, trovo utile riprendere il *Gedankenexperiment* dello psicoscopio menzionato nell'introduzione. Ci si potrebbe infatti domandare: l'intrusione nella psicoprivacy degli individui operata attraverso un dispositivo in grado di rilevare infallibilmente i loro pensieri consci e inconsci, i ricordi, i propositi e le emozioni, sarebbe o no capace di perturbare la loro libertà psichica

che secondo la giurisprudenza italiana va represso «per l'odioso culto dell'intolleranza razziale che esprime, per l'orrore che suscita nelle coscienze civili ferite dal ricordo degli stermini perpetrati dai nazisti e dal calvario ancora tragicamente attuale di alcune popolazioni africane ed asiatiche; l'idoneità della condotta ad integrare gli estremi del reato non è quella a generare un improbabile contagio di idee e di propositi genocidari, ma quella più semplice di manifestare chiaramente l'incondizionato plauso per forme ben identificate di fatti di genocidio»; Cass. pen., sez. I, 29 marzo 1985 in *Foro it.*, 1986, II, 19. Un esame critico delle ragioni addotte a giustificazione di questo e altri reati d'opinione è in G. Gometz, *L'odio proibito*, cit., pp. 1-39.

[50] Evito invece di adoperare le ben note categorie della "libertà di coscienza" e della "libertà di opinione", che coprono soltanto degli ambiti mentali circoscritti e non l'intero spettro dei pensieri, disposizioni, emozioni, memorie e attitudini consce o inconsce degli individui.

[51] La materia che intendo trattare è stata affrontata a un più elevato livello di generalità dalla cospicua letteratura che ha divisato vari tipi di relazioni condizionali, strumentali o funzionali, tra la privacy e la *libertà/autonomia* individuale o collettiva. Vari autori si spingono a considerare la privacy come un aspetto particolare del più ampio concetto di libertà, o a trattare le rivendicazioni della privacy come un sottoinsieme delle rivendicazioni di libertà; cfr. ad es, A. Allen, *Unpopular Privacy: What Must We Hide?*, Oxford University Press, Oxford, 2011; J. DeCew, *In Pursuit of Privacy: Law, Ethics, and the Rise of Technology*, Cornell University Press, Ithaca, 1997; J. Reiman, *Driving to the Panopticon: A Philosophical Exploration of the Risks to Privacy Posed by the Information Technology of the Future*, in Beate Roessler (ed.), *Privacies: Philosophical Evaluations*, Stanford University Press, Stanford, 2004.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

intesa come libertà di pensare, provare sentimenti e opinare senza subire costrizioni e interferenze di sorta? Il lettore converrà che tale perturbazione ricorrerebbe solo se sono *congiuntamente* soddisfatte tre condizioni:

1) che gli individui siano consapevoli dell'esistenza di un dispositivo del genere;

2) che gli individui sappiano, o almeno credano, di poter essere monitorati più o meno probabilmente e frequentemente attraverso un dispositivo del genere;

3) che gli individui associno effetti o conseguenze più o meno desiderabili/indesiderabili alla scansione dei loro pensieri, emozioni, disposizioni, memorie e propositi e/o alla circolazione dei relativi dati.

Quanto alla condizione 1), noto che se un individuo neppure sospetta l'esistenza di un dispositivo psicoscopico come quello che stiamo immaginando nel nostro esperimento mentale, la sua libertà psichica non verrà minimamente intaccata dal monitoraggio operato per il suo tramite: egli continuerà a pensare, opinare, pianificare ecc. come ha sempre fatto, ignaro di qualunque supervisione attuale o potenziale sulla sua psiche. Un monitoraggio del tutto occulto della mente degli individui, in altri termini, viola la loro (psico)privacy, ma non la loro libertà psichica. Da ciò segue che il rispetto della psicoprivacy intesa come mera imperscrutabilità del foro interno non è, di per sé, *condizione necessaria* di libertà psichica.

Quanto alla condizione 2), congetturo che la credenza/consapevolezza della possibilità di subire un monitoraggio psichico influisca sui pensieri, le idee e i propositi degli individui in proporzione alle presunte probabilità e frequenza della supervisione: un monitoraggio che si assume improbabile e infrequente avrà verosimilmente un'influenza minore di un monitoraggio reputato certo e continuo. Questa condizione è dunque relativa, mi pare, al *quantum* dell'interferenza sui pensieri e i processi decisionali di cui parlo al punto seguente.

La condizione 3) mi pare la più importante per comprendere il nesso tra la psicoprivacy e la libertà psichica. Per provare a dimostrarlo, ricorro a un'estensione del nostro esperimento mentale. Supponiamo che l'uso dello psicoscopio sia riservato a una speciale agenzia, che lo impiega esclusivamente per finalità statistiche col più assoluto divieto di far qualsivoglia altro uso o comunicazione delle informazioni raccolte. Supponiamo pure che il pubblico sia a conoscenza di queste circostanze, come anche del rigoroso rispetto del se-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

greto da parte dell'agenzia stessa. Non sarebbe forse questo un altro caso in cui l'invasione della psicoprivacy produce interferenze tutto sommato modeste sulla libertà psichica? Dopotutto, come è stato osservato, «più importante ancora di controllare *quali* dati riveliamo è diventato sapere *a chi* essi vengono rivelati e per quali fini»[52]: i patimenti che derivano dalle violazioni della psicoprivacy dipendono in primo luogo da quante e soprattutto chi sono le persone che accedono ai dati relativi agli aspetti della nostra personalità che intendiamo tenere riservati. Beninteso, qualcuno potrebbe vivere con imbarazzo o disagio la prospettiva di un monitoraggio della propria psiche perfino se questo è operato da parte di un ignoto supervisore mosso esclusivamente da intenti di rilevazione statistica, o addirittura da un impersonale sistema automatico, e conformare di conseguenza la propria "condotta mentale" reprimendo pensieri o propositi reputati moralmente reprensibili, disdicevoli ecc. Ritengo tuttavia che in questi casi, specie nel lungo termine, l'interferenza della supervisione sui pensieri della generalità dei soggetti osservati sarebbe piuttosto modesta, o almeno più modesta rispetto al caso in cui sia noto che alla *rilevazione* di certi pensieri segue la loro *rivelazione* al pubblico o a certi soggetti privati o istituzionali (soprattutto qualora questi ultimi imputino ai pensieri/stati d'animo rilevati delle sanzioni negative). Supponiamo infatti che l'agenzia di cui sopra non sia un iperregolato centro di ricerca ma una variante potenziata della *Precrime Division* di *Minority Report*[53], ossia una forza di polizia incaricata di arrestare gli autori di certi pensieri illeciti per poi sottoporli a degli appositi *processi delle intenzioni* (o delle credenze, delle idee ecc.), oppure che gli individui paventino il rischio che i propri pensieri/emozioni, una volta scoperti tramite lo psicoscopio, siano rivelati al pubblico o a soggetti privati a cui si preferirebbe non fossero rivelati. Ecco dei casi in cui la violazione della psicoprivacy, ricorrendo le prime due condizioni di cui sopra, sarebbe senz'altro in grado di compromettere la libertà di pensare/sentire ciò che si crede, inducendo i consociati a *reprimere* certi propositi, convinzioni, stati d'animo, sentimenti e forse perfino pulsioni: i loro processi mentali sa-

[52] Così P. Tincani, *Un altro dono dello spirito maligno. Nuova sorveglianza e comportamenti individuali*, in Pelliccioli L. (a cura di), *La privacy nell'età dell'informazione*, L'ornitorinco, Milano, 2016, p. 46.

[53] Celebre racconto di Philip K. Dick da cui è liberamente tratto l'omonimo film di Steven Spielberg del 2002.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

rebbero coartati dalla prospettiva di subire considerevoli sofferenze determinate sia dalla rivelazione dei pensieri in sé, dia dalle ulteriori conseguenze giuridiche sociali, patrimoniali ecc. che ne derivano.

Si noti peraltro che in tutti i casi appena immaginati la menomazione della libertà/autonomia psichica degli individui conseguirebbe non alla mera rilevazione dei pensieri di per sé considerata, bensì alla *consapevolezza* di (poter) subire tale scrutinio, e soprattutto alla prospettiva di patire sofferenze o conseguenze indesiderate a causa della eventuale *rivelazione* di quanto rilevato. Ciò mi pare conduca alle seguenti conclusioni:

1) Il rispetto della psicoprivacy non è di per sé *condizione necessaria* di libertà psichica, giacché, come visto sopra, possiamo immaginare casi in cui la prima viene violata senza che ciò implichi alcuna violazione della seconda.

2) Il rispetto della psicoprivacy non è neppure *condizione sufficiente* di libertà psichica, giacché da sola non basta a garantirla; dall'Inquisizione al caso Regeni, e dalla Russia sovietica alle odierne condanne per apostasia, la storia del diritto pullula di tragiche evenienze in cui gli individui vengono puniti non a cagione dei loro *effettivi* pensieri o stati mentali – che dopotutto non si è mai stati in grado di rilevare con sufficiente attendibilità – bensì sulla base dei loro contegni esteriori, verbali o non verbali, reputati sintomatici di idee o tendenze giuridicamente proscritte.

3) Il rispetto della psicoprivacy è però sempre almeno *funzionale* alla libertà psichica, nella misura in cui i divieti di monitoraggio mentale e/o di trattamento dei dati da esso ricavati concorrano a proteggere gli individui contro l'eventualità che delle conseguenze giuridiche o sociali indesiderate vengano imputate direttamente ai loro pensieri piuttosto che ai loro contegni esteriori. Più estesi e rigorosi sono tali divieti, infatti, meno gli eventuali dati rivelatori di idee, convinzioni, sentimenti, pregiudizi, disposizioni ecc., potranno essere usati per *provare* che un soggetto ha concepito i relativi pensieri o sperimentato le relative emozioni, e dunque per discriminare o punire qualcuno per ciò che ha solo pensato. Il caso limite è quello in cui l'*irrilevabilità* normativamente prescritta dei pensieri si traduca in una loro totale *irrilevanza giuridica*: se invero il diritto vieta di rilevare i pensieri a pena di irrilevanza di quanto sia abusivamente rilevato, allora psicoprivacy e libertà psichica divengono la stessa cosa guardata da prospettive differenti. Come un declivio è "salita" per chi sta in basso e "discesa" per chi lo sormonta, così l'irrilevanza giuridica dei

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

pensieri è "diritto alla psicoprivacy" per chi la guardi considerando il divieto di monitoraggio e trattamento dei pensieri degli individui, e "libertà psichica" per chi la guardi considerando la possibilità degli individui di coltivare i pensieri che vogliono senza subire turbative.

Considerata in rapporto alla libertà psichica, la psicoprivacy è dunque una sorta di schermo normativo che, garantendo l'imperscrutabilità, l'incomunicabilità e al limite l'irrilevanza giuridica della dimensione interiore degli individui, concorre a impedire che costoro siano sanzionati, discriminati o comunque penalizzati a causa delle loro idee, credenze, opinioni, preferenze, gusti, sentimenti, stati d'animo, disposizioni, piani d'azione ed altri prodotti consci o inconsci della loro mente. I due concetti, tuttavia, possono tenersi distinti: la libertà psichica è il diritto di pensare, opinare e pianificare ciò che si vuole, esenti da pressioni o condizionamenti; il diritto alla psicoprivacy protegge invece la riservatezza di ciò che si pensa, opina e pianifica, impedendo la rilevazione o la circolazione dei relativi dati. Mentre il primo diritto consente agli individui di pensare, credere e sentire ciò che preferiscono nel chiuso della propria casa mentale, il secondo fornisce a questa stessa casa robuste serrature normative che rendono assai più arduo il compito di chi intenda penetrarvi col proposito di punire o discriminare il suo proprietario per il modo in cui l'ha arredata. Il che mi pare conferisca alla psicoprivacy un valore assai elevato, quantomeno in un'etica liberale, individualista e garantista.

In conclusione, tra psicoprivacy e libertà di pensiero intesa come libertà psichica non v'è antinomia ma ciò che con licenza semiotica potremmo chiamare *sinomia*, ovvero un armonioso concorso al medesimo fine normativo: la massima attuazione possibile di quella libertà/autonomia individuale di cui proprio la libertà psichica sostanzia l'aspetto più pregnante ed essenziale.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Olimpia Giuliana Loddo

*La disciplina del trattamento dei dati delle persone giuridiche**

Sommario: 1. Introduzione. – 2. I limiti alla protezione del trattamento dei dati delle persone giuridiche (breve ricostruzione diacronica del quadro normativo). - 2.1. Il parere 4/2007 WP 29. - 2.2. Il decreto legge 201 del 2011. - 2.3. Il regolamento (UE) 2016/679 (GDPR). – 3. Ipotesi di applicabilità alle persone giuridiche della normativa sul trattamento dei dati personali. - 3.1. Raccolta indistinta dei dati delle persone fisiche e delle persone giuridiche. Parere 4/2007 (Article 29 Working Party). - 3.2. Il decreto legislativo 196 del 2003. Capo I "Servizi di comunicazione elettronica" del titolo X "Comunicazioni elettroniche" e provvedimento 20 settembre 2012, n. 262. - 3.3. *Segue*. Il decreto legislativo 196 del 2003, art. 130. Comunicazioni indesiderate. La tutela dei dati personali del "contraente" persona giuridica. – 4. Il trattamento dei dati delle persone giuridiche: strumenti di tutela. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*. – Il tema della tutela del trattamento dei dati personali delle persone giuridiche è indubbiamente controverso. Il *General Data Protection Regulation* GDPR (Regolamento UE 2016/679) include esclusivamente le persone fisiche tra i soggetti interessati[1] e (all'art. 4) definisce il dato personale come «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile».
Eppure, anche se il GDPR circoscrive esplicitamente il suo oggetto alla disciplina del trattamento dei dati delle persone fisiche, nella pra-

* La presente ricerca è stata condotta nell'ambito del progetto "Valorizzazione dei risultati della ricerca e del loro trasferimento tecnologico del CREA" - "SPRINT", finanziato a valere sulla l.r. n.7/2007 - CUP F25D17000000002 (codice sotto-progetto ASSEGNO_CLUSTER_GIURISPRUDENZA_SPRINT).

Ringrazio l'ing. Massimiliano Saba, responsabile del progetto STARTS, che mi ha incoraggiato ad affrontare questa tematica nell'ambito della mia collaborazione con la Direzione per la ricerca ed il territorio dell'Università di Cagliari e il prof. Giuseppe Lorini per aver rappresentato un punto di riferimento fondamentale nel corso della mia attività di ricerca.

[1] Ricordo che l'art. 4 del GDPR definisce esplicitamente l'interessato come una persona fisica identificata o identificabile (in modo diretto o indiretto) attraverso il dato personale.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

pratica, le forme di trattamento dati[2] elencate nell'art. 4 del GDPR possono vertere al contempo sia su dati di persone fisiche sia su dati di persone giuridiche.

Il problema della separazione tra i dati delle persone giuridiche e i dati delle persone fisiche emerge nitidamente nell'ambito delle piattaforme online e dei social network professionali[3]. In particolare, le piattaforme online[4] e i social network come, ad esempio, Linkedin o TripAdvisor raccolgono sia dati di persone fisiche (studenti, turisti, lavoratori, etc.) sia dati di persone giuridiche (ad esempio, i dati delle imprese registrate sulla piattaforma). Il trattamento dei dati dei diversi tipi di utenti non è agevolmente differenziabile, nella misura in cui il sito è strutturato al fine di favorire l'interazione di tali diverse tipologie di utenti. Più precisamente, dal punto di vista giuridico, il trattamento dei dati di questi due tipi di utenti non è identico. Dal punto di vista tecnico invece, è piuttosto complesso scindere il trattamento dei dati delle persone fisiche da quello delle persone giuridiche.

In questi frangenti, infatti, non è raro che nel medesimo blocco siano riscontrabili sia dati di persone fisiche sia dati di persone giuridiche o che uno stesso dato derivi dalla collaborazione di persone fisiche e persone giuridiche.

Un interessante esempio di come una piattaforma online possa avere ad oggetto il trattamento dei dati di eterogenee tipologie di sog-

[2] Nello specifico, la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione).

[3] I social network consentono ai loro utenti di svolgere tre fondamentali attività (1) costruire un profilo pubblico o semi-pubblico all'interno di un sistema limitato, (2) definire un elenco di altri utenti con cui condividono una connessione e (3) visualizzare la propria lista di connessioni e quelle altrui all'interno del sistema. La natura e la denominazione di queste connessioni può variare da sito a sito (Boyd & Ellison, 2008, p. 211). Queste tecnologie stanno sempre più frequentemente divenendo uno strumento di condivisione tra gli attori economici. Sul tema si veda (Furlani & Lutman, 2012).

[4] Le tipologie delle piattaforme online sono estremamente eterogenee. In generale, le piattaforme online possono essere definite come infrastrutture in grado di supportare la comunicazione tra due parti (ad esempio, produttori e consumatori) (Canepa, 2017, p. 53). Una piattaforma, in questo senso, rappresenta al contempo un luogo di incontro ed uno strumento funzionale all'erogazione di un bene o di un servizio.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

getti è dato da STARTS, una piattaforma gestita dall'Università di Cagliari[5] che offrirà la possibilità ai ricercatori non solo di interagire tra loro, ma anche di collaborare con aziende ed enti pubblici al fine di sviluppare idee progettuali finalizzate al trasferimento tecnologico. Gli utenti di STARTS possono collaborare all'interno del medesimo gruppo, condividere materiali, pubblicare dei documenti sviluppati congiuntamente.

L'applicazione della disciplina del trattamento dati, in questi casi, deve tener conto della necessità di armonizzare il trattamento dei dati personali dei due tipi di utenti, della differente disciplina prevista nel nostro ordinamento, delle esigenze degli utenti e di quelle del titolare del trattamento.

2. *I limiti alla protezione del trattamento dei dati delle persone giuridiche (breve ricostruzione diacronica del quadro normativo).* – Come è noto, originariamente, il trattamento dei dati personali era disciplinato dalla *direttiva 46/95/CEE relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione dei dati*. La direttiva era stata recepita nel nostro ordinamento attraverso la legge n. 675/1996, entrata in vigore nel maggio del 1997. Mentre nella direttiva 46/95/CEE (in particolare, in base alla definizione fornita all'articolo 2, b) il trattamento dei dati era esplicitamente inteso come trattamento dei dati di persone fisiche, l'art. 1, comma 1 della legge n. 675/1996 includeva esplicitamente gli enti, le associazioni e le persone giuridiche tra i soggetti tutelati dalla disciplina sul trattamento dei dati personali.

Anche successivamente all'abrogazione della legge n. 675/1996, avvenuta a mezzo del decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali), il legislatore ha continuato ad estendere l'applicazione della disciplina del trattamento dei dati anche alle persone giuridiche. Più precisamente, originariamente, in base all'art. 4 del d.lgs. 196/2003 era inteso come dato personale: «qualunque informazione relativa a persona fisica, *persona giuridica, ente o associazione*, identificati o identificabili, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale».

[5] Il progetto Unica STARTS è volto allo sviluppo e all'acquisizione da parte dell'Università di Cagliari di un'architettura informatica finalizzata all'interazione tra ricerca, imprese e altri *stakeholder* (POR Sardegna FESR 2014-2020).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

2.1. *Il parere 4/2007 WP29*. – Invero, la distinzione tra il dato personale riconducibile alla persona fisica e quello riconducibile ad una persona giuridica non è sempre tracciabile in modo nitido. In questo senso, sembra interessante il parere 4/2007 sul concetto di "dato personale delle persone giuridiche" fornito dal Gruppo di lavoro per la protezione dei dati personali (noto anche come *Article 29 Working Party* o WP29)[6]: *le informazioni sulle persone giuridiche possono considerarsi "concernenti" persone fisiche in virtù della loro situazione specifica*. È quel che accade, ad esempio, nel caso di *una denominazione di una persona giuridica derivante dal nome di una persona fisica (ad esempio, del socio fondatore)*. Un caso piuttosto comune è anche quello *dell'indirizzo e-mail di un'impresa* regolarmente usato dal medesimo dipendente. Più in generale le informazioni su una piccola impresa possono di fatto consentirci di ricostruire le abitudini del titolare.

Quando "contenuto", "finalità" o "risultato" rendono i dati di una persona giuridica o di un'impresa riconducibili a quelli di una persona fisica è opportuno applicare la medesima disciplina sulla protezione dei dati prevista per le persone fisiche.

2.2. *Il decreto legge 201 del 2011*. – Nel 2011, il legislatore ha tentato di semplificare la disciplina sul trattamento dei dati attraverso la promulgazione del *decreto legge 201 del 2011 (c.d. decreto "Salva Italia")*, convertito nella *legge 214 del 2011*, che ha modificato il Codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. 196 del 2003). L'opera di semplificazione del legislatore ha portato all'esclusione dell'applicabilità *delle disposizioni sul trattamento dei dati personali ai dati relativi a soggetti nell'esercizio dell'attività d'impresa*. L'esclusione dell'applicabilità della disciplina alle persone giuridiche è esplicita[7]. In

[6] Fondato sull'art 29 della direttiva europea 95/46 WP29 era il gruppo di lavoro delle autorità nazionali di vigilanza e protezione dei dati. Il gruppo ha operato fino all'entrata in vigore del GDPR.

[7] Nello specifico, l'articolo 40, comma 2, lettera a) stabilisce che per la riduzione degli oneri in materia di privacy, sono apportate le seguenti modifiche al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196: a) all'articolo 4, comma 1, alla lettera b), le parole «persona giuridica, ente od associazione» sono soppresse e le parole «identificati o identificabili» sono sostituite dalle parole «identificata o identificabile». b) All'articolo 4, comma 1, alla lettera i), le parole «la persona giuridica, l'ente o l'associazione» sono soppresse. c) Il comma 3-*bis* dell'articolo 5 è abrogato. d) Al comma 4, dell'articolo 9, l'ultimo periodo è soppresso. e) La lettera h) del comma i dell'articolo 43 è soppressa. L'ultima modifica a questo articolo risale alla legge 28 dicembre 2015, n. 221 ma non riguarda il comma 2. Questo testo è ad oggi in vigore.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

base all'art. 40 del decreto legge 201 del 2011, alle persone giuridiche, enti ed associazioni è preclusa la possibilità di fondare sulla normativa relativa sul trattamento dei dati il diritto *all'accesso ai propri dati personali, all'indicazione sull'origine, alle finalità e modalità del trattamento, agli estremi identificativi del titolare del trattamento, alla rettificazione o l'aggiornamento e persino la cancellazione.* Inoltre, già dal 2011 non si applicano alle persone giuridiche i principi di liceità del trattamento, di scopo determinato, esplicito e legittimo della raccolta dei dati e di conservazione del dato[8]. In questo senso, la regolamentazione del trattamento dati può essere intesa come un corollario del diritto all'autodeterminazione dell'individuo inteso come persona fisica (Alvisi, 2019, p. 778).

2.3. *Il regolamento (UE) 2016/679 (GDPR).* – L'art. 1 (comma 1 e 2) del GDPR circoscrive chiaramente la disciplina del trattamento dati alle persone fisiche[9]. Il regolamento non disciplina, quindi, direttamente il trattamento dei dati personali relativi a persone giuridiche.

L'esclusione delle persone giuridiche dalla disciplina del GDPR trova pieno riscontro nei considerando 14, 15, 16 e 18. In particolare, il considerando 14 del regolamento (UE) 2016/679 (GDPR) *esclude dalla disciplina del regolamento il trattamento dei dati personali relativi a persone giuridiche* (compresi il nome della persona giuridica e i suoi dati di contatto).

Il legislatore europeo, analogamente al legislatore italiano del 2011, ha operato al fine di semplificare la gestione dei dati nell'ambito dei rapporti tra le imprese. I dati delle persone giuridiche possono, quindi, essere raccolti, trattati e comunicati a terzi, senza che la persona giuridica possa vantare alcun diritto sui suoi dati basato sul GDPR. Tut-

[8] T.A.R. Abruzzo sez. I - Pescara, 22/11/2018, n. 347. «Si può porre un problema di tutela della «riservatezza commerciale» o «industriale» […] laddove emerga l'esigenza di tenere riservato il c.d. know-how d'impresa, ossia più nel dettaglio le conoscenze, il patrimonio di esperienze, la metodologia tecnica o commerciale che l'imprenditore utilizza, in modo esclusivo o segreto, nella propria attività produttiva che nel suo complesso è riconducibile alla libertà di iniziativa economica privata tutelata e riconosciuta dall'art. 41 della Costituzione».

[9] Ecco il testo dell'art. 1 del GDPR «1. Il presente regolamento stabilisce norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché norme relative alla libera circolazione di tali dati. 2. Il presente regolamento protegge i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

tavia, parte della dottrina si mostra critica riguardo all'esclusione delle persone giuridiche dal momento che i diritti della personalità sono ormai estesi in tutti gli ordinamenti anche agli enti collettivi, in questo senso, le persone giuridiche sono da intendersi come «uno schermo, una funzione, dietro la quale operano pur sempre persone fisiche» (Alpa, 2018). Invero, non solo in ragione della "controversa natura"[10] della persona giuridica, ma anche per la concreta impossibilità di separare i due tipi di dati, sorge il dubbio che l'esplicita esclusione delle persone giuridiche dalla disciplina del GDPR si possa risolvere di fatto in un indebolimento della tutela delle persone fisiche.

3. *Ipotesi di applicabilità alle persone giuridiche della normativa sul trattamento dei dati personali.* – Nell'ambito dell'ordinamento italiano, emergono, tuttavia, alcune ipotesi nelle quali la disciplina sul trattamento dei dati personali potrebbe essere applicabile anche nei confronti delle persone giuridiche.

3.1. *Raccolta indistinta dei dati delle persone fisiche e delle persone giuridiche. Parere 4/2007 (Article 29 Working Party).* – Abbiamo già evidenziato che, conseguentemente alle modalità di utilizzo concretamente adottate dal titolare del trattamento, i dati delle persone fisiche possono essere di fatto assoggettati al medesimo trattamento dei dati delle persone giuridiche. In questi casi, può essere opportuno applicare (per quanto possibile) la normativa sul trattamento dei dati personali in modo uniforme sia alle persone fisiche sia alle persone giuridiche[11]. In effetti, paradossalmente, per il titolare del trattamento, un'applicazione uniforme delle norme sulla protezione dei dati che prescinda dalla distinzione tra persone fisiche e persone giuridiche può essere più agevole (Dell'Utri, 2019, p. 182).

3.2. *Il decreto legislativo 196 del 2003. Capo I "Servizi di comunicazione elettronica" del titolo X "Comunicazioni elettroniche" e provvedimento 20 settembre 2012, n. 262.* – Il d.lgs. 28 maggio 2012, n. 69[12], con il quale il nostro ordinamento ha recepito la direttiva

[10] Sul concetto di persona giuridica si veda (Pintore, 1983).

[11] Nello specifico, in base al parere 4/2007, quando il titolare del trattamento raccoglie indistintamente dati sulle persone fisiche e giuridiche e li include negli stessi gruppi di dati, i meccanismi di trattamento dei dati e i sistemi di audit possono essere concepiti in modo da conformarsi alle norme di protezione dei dati.

[12] L'art. 1 del Codice delle comunicazioni elettroniche d.lgs. 1 agosto 2003, n.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

2009/136/CE, ha parzialmente modificato alcune disposizioni del Capo I ("Servizi di comunicazione elettronica") del titolo X ("Comunicazioni elettroniche") del d.lgs. 196 del 2003, estendendo la disciplina della protezione dei dati alle persone giuridiche che siano parti di un rapporto contrattuale con un fornitore di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico.

Il Garante, nel provvedimento del 20 settembre 2012 n. 262, affermava, in relazione alla non applicabilità alle persone giuridiche del Codice in materia di protezione dei dati personali, che alle innovazioni apportate dal sopraccitato decreto Salva Italia (decreto legge n. 201 del 6 dicembre 2011) si pongono dei limiti. Infatti, «nonostante la definizione di interessato non ricomprenda più le persone giuridiche, la quasi totalità delle altre disposizioni contenute nel capo 1 del titolo X (Comunicazioni elettroniche) del Codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196) si rivolgono a destinatari individuati non in funzione della loro qualifica soggettiva (se, cioè, persone fisiche ovvero giuridiche), bensì di una qualifica ulteriore che ne prescinde: segnatamente, quella di "*contraente*" […] Il concetto di […] "contraente", è certamente applicabile, anche sulla base di principi comunitari, tanto alle persone fisiche quanto a quelle giuridiche»[13].

3.3. *Segue. Il decreto legislativo 196 del 2003, art. 130. Comunicazioni indesiderate. La tutela dei dati personali del "contraente" persona giuridica*. – L'applicazione della disciplina sul trattamento dei dati personali alle persone giuridiche non è solo opportuna, ma risulta essere necessaria riguardo la fattispecie disciplinata dall'art. 130

259 definisce «'contraente': la persona fisica o giuridica che sia parte di un contratto con il fornitore di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, per la fornitura di tali servizi».

[13] Provvedimento del 20 settembre 2012 n. 262. In tal senso, cfr. il considerando 12 della direttiva 2002/58/CE in base al quale «gli abbonati ad un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico possono essere persone fisiche o persone giuridiche. La presente direttiva, integrando la direttiva 95/46/CE, è volta a tutelare i diritti fondamentali delle persone fisiche e in particolare il loro diritto alla vita privata, nonché i legittimi interessi delle persone giuridiche. La presente direttiva non comporta in alcun caso per gli Stati membri l´obbligo di estendere l´applicazione della direttiva 95/46/CE alla tutela dei legittimi interessi delle persone giuridiche, tutela che è assicurata nel quadro della vigente normativa comunitaria e nazionale».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

del d.lgs. 196/2003 Codice in materia di protezione dei dati personali (come modificato dal d.lgs. 101 del 2018).

L'art. 130, rubricato "comunicazioni indesiderate", stabilisce che il consenso dell'interessato è condizione di legittimità per l'invio di comunicazioni promozionali automatizzate o tramite operatore.

Sul tema il Garante si è espresso chiaramente affermando che il consenso preventivo è necessario a legittimare l'invio di comunicazioni promozionali. L'invio di comunicazioni promozionali non è legittimo neanche se i dati personali sono tratti da registri pubblici, elenchi, siti web, atti o documenti conosciuti o conoscibili da chiunque[14].

Le disposizioni del Codice sulla protezione dei dati personali a tutela dei «contraenti» destinatari di comunicazioni indesiderate non proteggono, quindi, soltanto le persone fisiche (come invece accade normalmente in materia di *data protection*): esse si applicano anche a persone giuridiche, enti ed associazioni[15]. La disposizione di cui all'art. 130 si riferisce al contraente e non all'interessato-persona fisica. Il trattamento dei dati personali di un contraente-persona giuridica, finalizzato all'invio di comunicazioni automatizzate a contenuto promozionale è legittimo solo se sia stato preliminarmente domandato e accordato il suo consenso.

Rientrano nella categoria tutelata, poiché assumono il ruolo di contraente, le persone giuridiche che si registrano ad una piattaforma online o ad un social network. Pur accedendo ai servizi offerti dalla piattaforma senza l'obbligo di versare un corrispettivo monetario, tali soggetti hanno comunque concesso al gestore della piattaforma l'uso dei propri dati e dei contenuti da loro pubblicati (Alvisi, 2019, p. 692)[16].

[14] Garante per la protezione dei dati personali, Linee guida in materia di attività promozionale e contrasto allo spam - 4 luglio 2013, doc. web n. 2542348. Si veda anche Garante per la protezione dei dati personali, Trattamento di dati personali per finalità di marketing - 12 gennaio 2017, doc. web n. 5986406; Garante per la protezione dei dati personali, Trattamento di dati relativi a utenze telefoniche per finalità di marketing - 18 aprile 2018, doc. web n. 9358243.

[15] Mantovani, 2019.

[16] Il GDPR si applica al trattamento di accordi che non prevedono necessariamente un corrispettivo in denaro da parte dell'utente. A tal riguardo si AGCM ha riconosciuto l'effettivo valore economico delle utilità che il professionista ricava dal trattamento dei dati personali degli utenti. L'accordo tra gestore della piattaforma e utente configura, quindi, un vero e proprio contratto di scambio. Tali accordi sono dunque assoggettati al controllo dell'AGCM (Alvisi, 2019, p. 682; Zeno-Zenovich & Codiglione, 2016).

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

4. *Il trattamento dei dati delle persone giuridiche: strumenti di tutela* – Già anteriormente all'entrata in vigore del GDPR la giurisprudenza del Garante ha stabilito che: «i dati attinenti allo svolgimento di attività economiche, possono essere utilizzati e divulgati anche senza il consenso delle società»[17].

In base al provvedimento (n. 262 del 20 settembre 2012) del Garante per la protezione dei dati personali circa l´applicabilità alle persone giuridiche del Codice come modificato dal decreto legge n. 201 del 2011, «le persone giuridiche, gli enti e le associazioni, a far data dal 6 dicembre 2011, non sono più legittimati a proporre segnalazioni, reclami e ricorsi dinanzi all'Autorità Garante dovendo avvalersi, se del caso, degli ordinari strumenti di tutela apprestati dall'ordinamento, ivi compreso – qualora ne ricorrano i presupposti – il ricorso all'autorità giudiziaria di cui all'art. 152[18] del d.lgs. 196 del 2003»[19].

L'articolo 152 del d.lgs. 196 del 2003 (Codice in materia di protezione dei dati personali) rimanda a sua volta per l'autorità giudiziaria all'articolo 10 del decreto legislativo n. 150 del 2011 che è stato oggetto di recente modifica dall'd.lgs. 101 del 2018.

In particolare, il decreto legislativo n. 150 del 2011 all'art. 10 disciplina *le controversie in materia di applicazione delle disposizioni in materia di protezione dei dati personali* e stabilisce che le controversie previste dall'articolo 152 del decreto legislativo n. 196 del 2003, siano regolate dal rito del lavoro, ove non diversamente disposto e siano decise dal Tribunale in composizione monocratica con sentenza non appellabile, ma ricorribile in Cassazione[20].

I danni cagionati a persone giuridiche per effetto del trattamento potrebbero eventualmente trovare soddisfazione attraverso gli ordinari rimedi giurisdizionali dinanzi all'Autorità giudiziaria. L'interes-

[17] Iannini, 2018, p. 126.

[18] Ecco il testo dell'art. 152 del d.lgs. 196 del 2003: *Autorità giudiziaria ordinaria*. 1. Tutte le controversie che riguardano le materie oggetto dei ricorsi giurisdizionali di cui agli articoli 78 e 79 del Regolamento e quelli comunque riguardanti l'applicazione della normativa in materia di protezione dei dati personali, nonché il diritto al risarcimento del danno ai sensi dell'articolo 82 del medesimo regolamento, sono attribuite all'autorità giudiziaria ordinaria.

[19] Provvedimento in ordine all'applicabilità alle persone giuridiche del Codice in materia di protezione dei dati personali a seguito delle modifiche apportate dal d.l. n. 201/2011 - 20 settembre 2012.
https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/2094932

[20] Valerini, 2018.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

sato-persona giuridica può agire ex art. 2043 cod. civ. (con onere della prova a carico del danneggiato) qualora il gestore compia un trattamento illecito di dati personali cagionando un danno di natura extra-contrattuale[21].

5. *Conclusioni.* – La persona giuridica può essere oggetto di diversi livelli di descrizione (Lorini, 2008, pp. 113-120; Pintore, 1983, p. 772) essa non è riducibile al prodotto di un insieme di regole che attribuiscono ad un gruppo di persone o ad un patrimonio una particolare *funzione di status* o una qualificazione giuridica. Questa considerazione, prettamente filosofica, presenta un'indubbia rilevanza pratica dal momento che la persona giuridica può essere al contempo entità giuridica costituita da regole, utente di una piattaforma informatica e parte di un contratto con il gestore del social network[22]. Indubbiamente, in quanto utente di una piattaforma, può essere soggetta a limitazioni meramente tecniche, definite dall'architettura della piattaforma e che non presentano necessariamente carattere deontico (Lorini & Moroni, 2020). Tuttavia, essa interagisce col gestore della piattaforma non solo come utente, ossia utilizzatore di una piattaforma informatica predisposta dal gestore e caratterizzata da specifiche regole tecniche, ma anche come parte di un accordo negoziale più o meno esplicito. Proprio in quanto parte di un accordo negoziale, essa acquisisce specifiche forme di tutela in relazione al trattamento dei dati personali.

Bibliografia

Alpa, G. (2018). Protezione da estendere alle persone giuridiche. *Il Sole 24 ore*.

Alvisi, C. (2019). Dati personali e diritti dei consumatori. In V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto (eds), *I dati personali nel diritto europeo* (pp. 674-728). Torino: Giappichelli.

Boyd, D.N., Ellison, N.B. (2008). Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship. *Journal of Computer-Mediated Communication*, *13*, 210-230.

Canepa, A. (2017). *L'era delle piattaforme fra opportunità e rischi* FinTech*:*

[21] Ai sensi dell'art. 140-*bis* del d.lgs. 196 del 2003 (Forme alternative di tutela).

[22] (Caterina, 2011; Resta & Zeno-Zencovich, 2018). Invero, la natura giuridica di tali accordi è assai controversa, sul tema si veda (Perlingieri, 2014).

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari. Torino, Giappichelli.

Caterina, R. (2011). Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto. *AIDA. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 93-101.

Dell'Utri, M. (2019). Principi generali e condizioni di liceità del trattamento dei dati personali. In V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto (eds), *I dati personali nel diritto europeo* (pp. 179-148). Torino: Giappichelli.

Furlani, A., Lutman, F. (2012). *Social Innovation. Reti sociali: le nuove protagoniste dell'innovazione. Una guida pratica per le aziende italiane*. Milano: FrancoAngeli.

Iannini, A. (2018). Privacy e imprese: un rapporto difficile?. *Media Law*, 124-130.

Lorini, G. (2008). *Oggetto e atto*. Torino: Giappichelli.

Lorini, G., Moroni, S. (2020). Ruling without Rules: Not Only Nudges. Regulation beyond Normativity. *Global Jurist*, 1-11.

Mantovani, A. (2019). Questioni relative al trattamento dei dati personali per finalità di marketing e profilazione. *Law and Media. Working Paper Series*.

Perlingieri, C. (2014). *Profili civilistici dei social networks*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.

Pintore, A. (1983). Il concetto di persona giuridica nell'indirizzo filosofico analitico. *Quaderni Fiorentini*, *11/12*, 721-776.

Resta, G., Zeno-Zencovich, V. (2018). Volontà e consenso nella fruizione dei serivizi in rete. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, *72(2)*, 411-440.

Valerini, F. (2018). Le novità processuali in materia di privacy dopo il Reg. 679/2016 (GDPR) e il D.lgs. 101/2018. *Judicium*, *10*.

Zeno-Zenovich, V., Codiglione, G.G. (2016). Ten Legal Perspectives on the «Big Data Revolution». *Concorrenza e mercato*, *16*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Giuseppe Lorini

«Chiamare le cose con il loro nome». La filosofia della giuridicità di Antonio Pigliaru

«Se i nomi non sono corretti, il linguaggio è privo di oggetto.»
Confucio (*K'ung-fu-tzu*)[1]

Sommario: 1. «Chiamare le cose con il loro nome». – 2. «Che cosa è *il* diritto?» vs. «Che cosa è diritto?» – 3. La domanda di Antonio Pigliaru: «Che cosa è diritto?» – 4. «Che cosa è diritto?» Una domanda tra filosofia del diritto e antropologia del diritto. – 5. Sono diritto le norme della vendetta barbaricina? – 6. Un *curiosum* linguistico. – 7. «Vendetta barbaricina» (Antonio Pigliaru) vs. «familismo amorale» (Edward Banfield). – 8. Riferimenti bibliografici.

1. *«Chiamare le cose con il loro nome»*. – Pablo Picasso (2008, 16) disse che nella pittura «ciò che bisogna fare è *nominare* le cose. Bisogna chiamarle con il loro nome.» Credo che quanto Picasso dice della pittura valga *a fortiori* anche per la filosofia: «ciò che bisogna fare è *nominare* le cose. Bisogna chiamarle con il loro nome».

Questa è anche la sfida che accetta Antonio Pigliaru, quando scrive *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico.* È a questo (solo all'apparenza) semplice dovere di dare alle cose il loro giusto nome che si riferisce il sottotitolo del presente saggio: *La filosofia della giuridicità di Antonio Pigliaru*. Ma perché parlare di Pigliaru come «filosofo della *giuridicità*» e non come «filosofo del *diritto*»?

2. *«Che cosa è* il *diritto?» vs. «Che cosa è diritto?»*. – Per spiegare questo sottotitolo, devo introdurre una coppia di domande che è stata proposta ed indagata dal filosofo pavese Amedeo Giovanni Conte nel saggio *Sic et non*, apparso sulla «Rivista internazionale di Filosofia del diritto» nel 2009. Conte parte dalla celeberrima domanda sul diritto formulata da Immanuel Kant nel libro *Die Metaphysik der Sitten*, 1797:

[1] Confucio 2006, 98.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

> «Che cosa è il diritto?» (in latino: *Quid ius?*)

per formulare una seconda domanda (dalla formulazione quasi identica: manca solo l'articolo 'il', ma dal contenuto profondamente differente):

> «Che cosa è diritto?»

La *prima domanda* (la *domanda kantiana*), «Che cosa è il diritto?», è generalmente considerata la domanda fondamentale della filosofia del diritto (si vedano, ad esempio, Giorgio Del Vecchio e Norberto Bobbio); è la domanda alla quale molti filosofi del diritto hanno cercato di dare una risposta. Qui il problema è quello di dare una definizione del concetto di «diritto» (ovviamente, qui, come in tutto il saggio, con la parola 'diritto' ci si riferisce al diritto oggettivo e non al diritto soggettivo). Questa domanda concerne il significato (cioè il *Sinn*, nel lessico di Gottlob Frege), l'intensione, della parola 'diritto'. In altri termini, la domanda potrebbe essere così formulata: «Che cosa significa la parola 'diritto'?» Ad esempio, quando parliamo di «diritto francese», di «diritto romano», di «diritto islamico», di «diritto cinese», che cosa intendiamo con la parola 'diritto'?

Da questa prima domanda «Che cosa è il diritto?» (domanda alla quale diedero una risposta due maestri di Pigliaru: Giuseppe Capograssi e Santi Romano) si deve distinguere una *seconda domanda* (la *domanda contiana*, la domanda formulata da Amedeo Giovanni Conte), senza l'articolo 'il': «Che cosa è diritto?»

Questa domanda non concerne il *significato* (l'*intensione*) della parola 'diritto', quanto piuttosto (ciò che i linguisti chiamano) l'*estensione* della parola 'diritto', cioè tutte quelle entità che possiamo chiamare 'diritto', quelle entità alle quali spetta il nome 'diritto'. Nel lessico di Frege, si potrebbe dire che questa domanda riguarda non il *Sinn*, ma la *Bedeutung* del termine 'diritto'. (Comprendiamo allora la rilevanza di quanto diceva Picasso: «ciò che bisogna fare è *nominare* le cose. Bisogna chiamarle con il loro nome.») In altri termini, la domanda «Che cosa è diritto?», come scrive Conte (2009, 186), potrebbe essere così riformulata:

> «Quali entità sono diritto? Quali entità fanno parte dell'estensione del termine 'diritto'? Quali entità ricadono sotto il concetto di diritto?»

Queste due domande («Che cosa è *il* diritto?» e «Che cosa è di-

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

ritto?») individuano due differenti direzioni di ricerca sul diritto che non sono confatali. Prendiamo in considerazione, ad esempio, l'ipotesi che non vi sia un concetto universale di «diritto», come sembra sostenere Alf Ross e come afferma il linguista Giacomo Devoto, riflettendo sul confronto tra grammatica e diritto. Nel saggio *La grammatica*, 1963, 1965, p. 121, Devoto sostiene infatti l'inesistenza del concetto di diritto come «universale noetico»:

> «Grammatica e diritto non esistono […] come universali. Ne esistono tante e tanti quante sono le comunità delimitate dalle frontiere delle convenzioni linguistiche o giuridiche. Al massimo potremo inventare schemi generali, unità di misura che ci permettono di confrontare strutture di lingue, strutture di società, ma questi sì saranno criteri soltanto empirici, non simboli di una universalità inesistente.»[2]

Anche nell'ipotesi dell'inesistenza di un concetto universale di diritto, la validità e il valore teoretico della seconda domanda («Che cosa è diritto?») non verrebbero meno.

3. *La domanda di Antonio Pigliaru: «Che cosa è diritto?»*. – È la *seconda* (e non la *prima*) la domanda alla quale intende principalmente rispondere Pigliaru nel libro *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico.* Ecco perché il sottotitolo *La filosofia della giuridicità di Antonio Pigliaru*: per sottolineare che la domanda che sottende la sua opera *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico* è una domanda diversa da quella sulla quale si sono interrogati due suoi maestri (Giuseppe Capograssi e Santi Romano).

La mia ipotesi ermeneutica è questa. Pigliaru non si interroga tanto sulla domanda:

> «Che cosa è *il* diritto?» (la domanda *con* l'articolo 'il')

quanto sulla domanda:

> «Che cosa è diritto?» (la domanda *senza* l'articolo 'il')

In altri termini, Pigliaru non parte dai *concetti*, dalle *idee*, ma parte dalla *realtà*. Non parte dal concetto di «diritto», ma parte da un par-

[2] Una tesi analoga appare nel filosofo del diritto canadese Louis Lachance e nel filosofo del diritto francese René-Georges Renard. Si veda Passerini Glazel 2009.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

ticolare *ordinamento normativo*: l'ordinamento normativo che regola e costituisce la pratica della vendetta barbaricina. E si interroga sulla natura giuridica di questo ordinamento normativo folklorico.

4. *«Che cosa è diritto?» Una domanda tra filosofia del diritto e antropologia del diritto*. – Questa seconda domanda («Che cosa è diritto?») accomuna la filosofia del diritto e l'antropologia del diritto, due discipline alle quali Pigliaru ha contribuito con l'opera *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico.*

Per inciso, ricordo che la rilevanza del libro di Antonio Pigliaru *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico* per l'antropologia del diritto è testimoniata dall'inclusione di questa opera nella prima grande bibliografia di antropologia del diritto a cura di Laura Nader (professore di Antropologia giuridica alla University of California at Berkeley), Klaus F. Koch, Bruce Cox: *Ethnography of Law: A Bibliographical Survey*, apparsa sulla rivista americana di antropologia «Current Anthropology» nel 1966.

La centralità della domanda: «Che cosa è diritto?» per l'antropologia è stata affermata, ad esempio, dal grande giurista piemontese Rodolfo Sacco nel suo libro *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, 2007. In quest'opera, Sacco (2007, 18) sprona a vincere i pregiudizi che ci accecano nella ricerca scientifica e filosofica sul diritto:

> «Lo studioso chiama giuridica anche la norma i cui contenuti non corrispondono alle sue preferenze, o che – al limite – destano la sua repulsione. Si chiamano diritto anche la schiavitù romana, le purghe staliniane, le leggi di Norimberga».

Come evidenzia Sacco (2007, 19), l'operazione di «chiamare le cose con il loro nome» quando si parla della parola 'diritto' è complicata dal fatto che:

> «Diritto (*ius*, *droit*, *Recht*, *law*, *pravo*) è una nozione che non ha un corrispondente preciso in tutte le culture. La *šarīʿa* islamica, il *fa* della tradizione cinese, il *dharma* indiano non combaciano completamente con il "diritto". Dobbiamo dunque sapere della non universale presenza della categoria occidentale "diritto"»[3].

[3] Qui Rodolfo Sacco sembra essere in sintonia con quanto sostenuto da Giacomo Devoto sull'inesistenza di un concetto universale del diritto.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

5. *Sono diritto le norme della vendetta barbaricina?* – Nell'opera di Pigliaru la domanda «Che cosa è diritto?» si specifica nella domanda che ha ad oggetto l'ordinamento normativo che regola la pratica della vendetta barbaricina. La domanda-chiave che si pone Pigliaru più precisamente è la seguente:

> «Sono "diritto" tutte quelle norme che regolano la pratica della vendetta nella comunità barbaricina?»

In altri termini:

> «Possiamo chiamare "diritto" quell'ordinamento normativo che regola la pratica della vendetta e che ha la sua norma principale nel dovere di vendicare l'offesa?»

A questa domanda Pigliaru (come mostra già dal titolo della sua opera: *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*) risponde positivamente. Pigliaru sostiene che quell'entità così impalpabile, ma nello stesso tempo così reale che è quell'ordinamento normativo che regola e costituisce la vendetta barbaricina sia *diritto*, cioè (come già dice nel titolo della sua opera) sia un vero e proprio *ordinamento giuridico*. Egli dà il nome di 'diritto' a quell'ordinamento normativo che regola la vendetta barbaricina e che egli codifica in 23 articoli. Pigliaru riconosce esplicitamente la natura giuridica, la giuridicità, dell'ordinamento normativo che regola la vendetta barbaricina.

6. *Un* curiosum *linguistico*. – A questo proposito vorrei segnalare una curiosità linguistica che solo apparentemente contraddice quanto ho appena affermato: un *curiosum* che emerge da una rapida analisi testuale del Codice della vendetta barbaricina. Nei 23 articoli del Codice della vendetta barbaricina *non appaiono mai:*

(i) né il sostantivo 'diritto',
(ii) né l'aggettivo 'giuridico'.

Nel testo dei 23 articoli del Codice della vendetta barbaricina non troviamo elementi linguistici che «autoqualifichino» le norme della vendetta barbaricina (codificate nei 23 articoli) come «*norme giuridiche*», o che «autoqualifichino» l'intero ordinamento normativo che regola la pratica della vendetta barbaricina come «*diritto*». Curiosamente Pigliaru impiega, invece, sia l'aggettivo 'morale' nel sintagma

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

'superiore motivo morale' (art. 1), sia l'avverbio 'moralmente' (art. 4).

La giuridicità sembra essere un carattere che trascende il Codice della vendetta barbaricina sintetizzato da Pigliaru. Il testo e le parole del Codice della vendetta barbaricina di per sé non ci dicono ancora nulla sulla natura (giuridica o non-giuridica) delle norme dell'ordinamento normativo barbaricino. Ciò rivela la non-confatalità delle due imprese scientifiche di Pigliaru (che hanno reso visibile un «diritto invisibile»):

(i) la *codificazione delle norme* che regolano la pratica della vendetta barbaricina,
(ii) l'*indagine sulla natura giuridica delle norme e dell'ordinamento* che regolano la pratica della vendetta barbaricina.

7. *«Vendetta barbaricina» (Antonio Pigliaru) vs. «familismo amorale» (Edward Banfield).* – Che le due imprese scientifiche non coincidano e non siano confatali è illuminato dal confronto tra il libro *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico* ed un'opera coeva e per molti versi affine: il libro del politologo americano Edward Banfield dal titolo *The Moral Basis of a Backward Society*, edita nel 1958 (un anno prima del libro di Pigliaru). I titoli delle due opere sono già rivelatori: Pigliaru parla di «ordinamento giuridico», Banfield parla di «*moral basis*», di base morale.

In quest'opera, Banfield espone la sua ricerca di antropologia sul campo, svolta in un piccolo paese della Basilicata: Chiaromonte. Da questa ricerca emerge l'esistenza di un ordinamento normativo spontaneo ed autoctono che condiziona pesantemente il comportamento dei membri della comunità di Chiaromonte, determinando, secondo Banfield, l'estrema povertà e arretratezza di questa comunità.

A differenza di Pigliaru, però, Banfield non usa il termine «*law*» per caratterizzare questo ordinamento normativo. Egli usa le categorie della morale: propone per questo ordinamento normativo il nome di «*ethos*» e conia, per questo particolare «*ethos*» che contraddistingue la comunità di Chiaromonte, un termine che sarebbe divenuto famoso: 'familismo amorale' ('*amoral familism*').

Riferimenti bibliografici

Aristotele (2009), *Metafisica*, testo greco a fronte, traduzione di M. Zanatta, Milano, BUR.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Banfield E.C. (1958), *The Moral Basis of a Backward Society*, Glencoe [Ill.], The Free Press, 1958; tr. it. di G. Guglielmi, A. Colombis e D. De Masi, *Basi morali di una società arretrata*, Bologna, Il Mulino, 1976.
Confucio (2006), *I detti di Confucio*, a cura di S. Leys, edizione italiana a cura di C. Laurenti, Milano, Adelphi.
Conte A.G. (2009), *Sic et non*, in «Rivista internazionale di Filosofia del diritto», 86, 179-192.
Devoto G. (1963), *La grammatica*, in «La Nazione», 26 gennaio 1963; riedito in G. Devoto, *Civiltà di parole*, Firenze, Valsecchi, 1965, 119-123.
Kant I. (1797), *Die Metaphysik der Sitten*, Königsberg, Friedrich Nicolovius.
Nader, L., Koch, K.F., Cox, B. (a cura di) (1966), *Ethnography of Law: A Bibliographical Survey*, in «Current Anthropology», 7, 267-294.
Passerini Glazel L. (2009), *La tetracotomía delle istituzioni in René-Georges Renard*, in *Saggi in ricordo di Aristide Tanzi*, Milano, Giuffrè, 353-365.
Picasso P. (2008), *«Una forma di magia». Pensieri sull'arte*, a cura di A. Castronuovo, Pistoia, Via del vento.
Pigliaru A. (1959), *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Milano, Giuffrè, 1959; riedizione con una introduzione di L.M. Lombardi Satriani, *Il banditismo in Sardegna. La vendetta barbaricina come ordinameno giuridico*, Milano, Giuffrè, 1975.
Platone (2006), *Teeteto*, testo greco a fronte, traduzione italiana di M. Valgimigli, Roma-Bari, Laterza.
Sacco R. (2007), *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, Il Mulino.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Giovanni Manca

Riparazione alternativa al diritto penale in Italia? Il modello fuori rotta *della 'sanzione pecuniaria civile'* ex *d.lgs. n. 7/2016*

Sommario: 1. Risveglio traumatico. – 2. Senza devoluzione alla vittima il modello funziona? – 3. Inefficacia del modello italiano. – 4. Crisi d'identità nella foresta di Sherwood: qualche soluzione.

1. *Risveglio traumatico*. – L'esordio della nuova categoria degli illeciti sottoposti a sanzione pecuniaria civile, previsto nei principi e criteri direttivi della l. 67/2014, era stato indicato[1] come l'alba di un

[1] Il riferimento ai *punitive damages* come matrice degli illeciti *ex* l. 67/2014 è in Mannozzi, *Il 'legno storto' del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc*., 2014, p. 78; simile Selvaggi, *La depenalizzazione e le altre politiche deflattive nelle più recenti iniziative di riforma (con particolare riferimento alle novità introdotte dalla l. 28 aprile 2014, n. 67)*, in *Arch. pen*., 2014, 42, p. 427. Individuava nelle istruzioni della delega un nuovo modello di "*specifico illecito civilistico*" in luogo dei reati abrogati Ronco, *I decreti delegati al Governo in tema di riforma del sistema sanzionatorio*, in *Arch. pen*., 2014, 1, p. 612; e la nascita d'una "*innovativa pena privata*" Sereni, *La depenalizzazione nella società di massa tra logica liberale e logica economica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ*., 2015, p. 571; per gli studi più aggiornati Risicato, *L'illecito civile punitivo come ircocervo giuridico: brevi considerazioni su pregi, difetti e possibili degenerazioni della privatizzazione del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2019, p. 487; Id., *L'illecito civile punitivo tra intenti deflattivi incerti e ibridazione di categorie giuridiche eterogenee: un esperimento sostenibile?*, in *Discrimen*, 2019; Piergallini, *Pene 'private' e prevenzione penale: antitesi o sincrasi?*, in Paliero, Viganò, Basile, Gatta (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studio in onore di Emilio Dolcini*, II, Milano, 2018, p. 643; Padovani, *I nuovi illeciti civili. Procedibilità e applicazioni, le differenze più nette*, in *Guida dir*., 2816, 8, p. 78; Gargani, *Illecito civile punitivo*, in *Enc. dir*., *Annali*, X, Milano, 2017, p. 487; Id., *La depenalizzazione bipolare, la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie amministrative e civili*, in *Dir. pen. proc*., 2016, p. 579; Gullo, *La depenalizzazione in astratto tra vecchi e nuovi paradigmi. Un'analisi dei decreti legislativi 7 e 8 del 15 gennaio 2016*, in www.legislazioneopenale.eu, 2016; Lombardo, *Depenalizzazione* versus *sanzioni pecuniarie civili*, in *Digesto pen*., agg. X, Torino, 2018, p. 118; e volendo Manca, *La riparazione del danno tra diritto penale*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

modello sanzionatorio di recepimento dei *punitive damages*, ovvero d'un nuovo paradigma di depenalizzazione fondato non sulla trasposizione in illeciti amministrativi[2], ma sulla "*privatizzazione*" della risposta punitiva[3], intravedendo una riforma "*destinata a passare alla storia del diritto penale italiano*"[4].

Tuttavia, tra istruzioni del delegante e scelte del delegato corre una *rilevante linea di rottura*. Si tratta del *beneficiario* della somma, ulteriore al risarcimento, imposta al violatore: profilo non disciplinato nella legge di delegazione[5], e che, ove detto beneficiario fosse stato individuato non nella vittima, ma nell'erario, avrebbe inoculato un'anomalia *inedita* rispetto ai modelli noti di *punitive damages*, in cui coincidono *sanzione per l'autore*, *deterrenza per i consociati*, e *ultracompensazione per la vittima*, destinataria di quanto tolto all'autore. Ebbene, l'art. 10 d.lgs. 7/2016 ha previsto che "*Il provento della sanzione pecuniaria civile è devoluto a favore della Cassa delle ammende*". Destabilizza l'abbinamento tra dichiarata natura "*civile*" dell'esborso e arnese penitenziario della "*Cassa delle ammende*" in cui dovrebbe confluire, ma la scelta del legislatore delegato rende il tema centrale al fine sia di individuare quale modello sia stato introdotto – ibrido[6] o "*ircocervo*"[7] di transizione (incompiuta) al civile, inedita

e diritto punitivo. Nel caleidoscopio delle recenti riforme, Padova, 2019; Id., *Il diritto punitivo*, in Cocco, Ambrosetti (a cura di), *Trattato breve di diritto penale*, *Parte generale*, I-1, *La legge penale*, Padova, 2019, p. 231.

[2] Per una recente sintesi v. Manca, *Il diritto punitivo*, cit., p. 231, ss.

[3] Selvaggi, *op. cit.*, p. 427; Gargani, *Illecito civile punitivo*, cit., p. 487.

[4] Per Gatta, *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, p. 1, principale "*novità*" d'una riforma "*destinata a passare alla storia del diritto penale italiano*" è una sanzione pecuniaria civile "*apparentata con i* punitive damages *dei sistemi di* common law"; simile Gargani, *op. ult. cit.*, p. 487

[5] Notava Mannozzi, *Il 'legno storto'*, cit., p. 785, che "*Vago resta il beneficiario della somma: sarà il privato* oppure l'*erario, considerato che allo* ius civilis *ripugna l'arricchimento del singolo conseguente all'illecito, dovendo questi ritenersi soddisfatto dalla mera pretesa risarcitoria?*".

[6] Cfr. Piergallini, *op. cit.*, p. 644; Sereni, *op. cit.*, p. 572.

[7] Così Risicato, *L'illecito civile punitivo come ircocervo giuridico: brevi considerazioni su pregi, difetti e possibili degenerazioni della privatizzazione del reato*, cit., p. 492, che vede nella novella un "*caso di ermafroditismo giuridico*"; per l'idea dell'istituto transizionale anche Id., *L'illecito civile punitivo tra intenti deflattivi incerti e ibridazione di categorie giuridiche eterogenee: un esperimento sostenibile?*, cit., p. 8 ("*Siamo di fronte ad un illecito non più penale e nemmeno amministrativo ma non ancora compiutamente civilistico*").

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

sanzione davvero civile, o sanzione amministrativa[8] di competenza del giudice civile? – sia di comprendere come dovrebbe funzionare soddisfacendo i fini del diritto penale[9]. Delle tre leve sulla cui contestuale operatività si fonda l'equilibrio dei *punitive damages*, capaci d'un colpo di soddisfare retribuzione del reo, prevenzione (generale e speciale), e istanze della vittima[10], se ne mantengono *prima facie* a mala pena due: interamente quella retributiva volta al reo, destinatario d'una afflizione ulteriore alla riparazione civile (*desert*), e solo apparentemente, si vedrà, quella preventiva, col messaggio di *deterrence* volto alla collettività; ma si rinuncia alla terza, che, attribuendo alla vittima la somma di cui è privato l'autore, centra il *target* del più ampio ripristino dell'equilibrio leso, portando con sé, di riflesso, anche il rafforzamento di prevenzione speciale (percorso ulteriormente riparatorio), e generale (creazione d'un serio interesse per il danneggiato a farsi carico dell'azione civile risarcitoria, originante la competenza alle sanzioni *ex* d.lgs. 7/2016).

2. *Senza devoluzione alla vittima il modello funziona?* – L'affermazione che la devoluzione alla Cassa delle ammende segni una rottura rispetto al modello dei *punitive damages*, conservando una dimensione pubblicistica, ricorre in dottrina[11], ma scendendo sul pra-

[8] Così concludo in Manca, *La riparazione del danno tra diritto penale e diritto punitivo*, cit., p. 81.

[9] "*Le denunciate disfunzionalità scaturiscono proprio*", osserva infatti Piergallini, *op. cit.*, p. 655, "*dalla destinazione pubblica delle somme corrisposte al titolo di sanzione civile*".

[10] V. *infra*, § **2**.

[11] Per Romano M., *Pene pecuniarie, esborsi in denaro, risarcimento del danno, danni punitivi*, in Paliero, Viganò, Basile, Gatta (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, II, Milano, 2018, p. 514, così, "*hanno a loro volta poco o nulla a che vedere con i danni punitivi, le sanzioni c.d. "civili" introdotte, sulla base della legge delega 67/2014 di riforma del sistema sanzionatorio, dal d.lgs. 7/2016*"; chiaro Gullo, *op. cit.*, p. 44, per cui è stata proprio questa la "*scelta che ha poi orientato verso un allontanamento dall'esperienza dei danni punitivi, da cui invero aveva preso le mosse il legislatore delegante*"; simile Severino, *Prefazione*, in Donini, Foffani (a cura di), *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, p. XV; F. Mazzacuva, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, p. 126; e Piergallini, *op. cit.*, p. 654, che mette in campo la metafora kafkiana della *Metamorfosi* per descrivere un istituto che la sera (nella l. di delegazione) si addormenta persona, e la mattina (nel decreto) si risveglia "*insetto dannoso*". Per Risicato, *L'illecito civile punitivo*, cit., p. 494, la devoluzione alla Cassa delle ammende

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

tico il punto è: il meccanismo dei danni punitivi, se chiamato a operare sorretto da due gambe su tre, ovvero senza ultracompensazione della vittima, *funziona lo stesso*? L'interrogativo introduce una domanda cruciale: la destinazione del pagamento alla vittima è – sia *storicamente*, sia *funzionalmente* – necessaria al modello dei *punitive damages*?

Il tema richiede un – breve, nei limiti del presente lavoro[12] – quadro del modello d'origine. Dal sec. XVIII[13] (primo caso: 1763[14]) l'esperienza anglosassone conosceva modelli di *punitive damages* (o *exemplary damages*[15]) fondati sul riconoscimento al danneggiato, nel giudizio civile da lui promosso come *plaintiff* (o *pubblico ministero*

è indice che "*l'anima penalistica è rimasta, perché la potestà punitiva non può che appartenere al diritto pubblico*".

[12] Più ampia ricostruzione in Manca, *La riparazione del danno tra diritto penale e diritto punitivo*, cit., p. 14.

[13] Le origini vengono invero fatte risalire già all'Inghilterra del sec. XII, come modello risolutivo di casi non disciplinati, cfr. Cicero, *Il perimetro dei "risarcimenti punitivi"*, in Cicero (a cura di), *I danni punitivi*, Napoli, 2019, p. 46; Moccia L., voce *Equity*, in *Dig. disc. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 498; Ellis, *Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages*, in *South Carolina Law Review*, 56, 1982-83, p. 12.

[14] *Court of Common Pleas*, Wilkes vs. Wood, in *Eng. Rep*., 1763, p. 498. La vicenda riguardava arresto e perquisizione illegittima d'un editore e parlamentare, John Wilkes, ad opera del *Secretary of State*, che determinò la sanzione punitiva "*with a thousand pounds damages*"; precedente consolidato in altro simile (*Court of Common Pleas*, Huckle vs. Money, 1763, 2, *Wils K.B*., 215 e *Eng. Rep*., 1763, p. 768), cui la corte inglese ancora reagì con i *punitive damages* in favore del soggetto ingiustamente detenuto, non solo quale ristoro in suo favore (non richiedendo perdita economica, *injury* fisica o psichica), ma soprattutto per "*punire il convenuto per la cattiva condotta*", cfr. Vanni di San Vincenzo, *Osservazioni sui* Punitive Damages *in prospettiva comparatistica*, in Bagni, Nicolini *et al.* (a cura di), *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze*, II, *La dottrina nella giurisprudenza oltre i confini di spazio, giurisdizione e materia*, in Berlinguer, Favale *et al.* (dir.), *Studi di diritto comparato*, Torino, 2016, p. 207; cfr. Cicero, *op. cit.*, p. 50; Serio, *Studi comparatistici sulla responsabilità civile*, Torino, 2007; Pardolesi, *Seminari di diritto privato comparato*, Bari, 2011.

[15] L'espressione *exemplary damages* sottolinea (ad es. *House of Lords*, Rookes vs. Barnard, 1964, AC, 1129, 1167) il fine di "*punire e prevenire*", non compensare le perdite come nei danni ordinari, cfr. Manna, *La vittima del reato:* "à la recherche" *di un difficile modello dialogico nel diritto penale*, in Dolcini, Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, p. 991; Vanni di San Vincenzo, *op. cit.*, p. 207; ovvero i profili retributivo e di deterrenza, mentre quello di simultanea ultracompensazione è reso come "*aggravated damages*".

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

privato[16]), d'una riparazione ulteriore al danno civile classico, posta a carico del danneggiante e rivolta a soddisfare *uno actu*, col trasferimento della somma dall'autore-*defendant* alla vittima-*plaintiff*, più funzioni: retributiva per il violatore, deterrente verso la collettività (dando pubblica "*proof of the detestation*"[17]) e ultracompensativa per la vittima, superando cioè la compensazione civile classica valorizzando sia il *mental distress* subìto dal leso, sia l'essersi reso attore di giustizia per la riaffermazione del diritto[18]. Presupposto è la presenza d'un danno extracontrattuale (*tort*) o contrattuale (*breach of contract*) inflitto in condizioni di disvalore tipiche e dolose, che rendano la punizione, all'un tempo, meritata ("*deserved*"[19]) per l'agente, adeguata per la vittima, ed equa ("*fair*"[20]) agli occhi della collettività. Rapportato alle nostre categorie, può concludersi che nel contesto d'origine il modello corredi la responsabilità civile[21] d'una ulteriore funzione, "*retributiva*" per il reo e "*deterrente*" per i consociati, appartenente

[16] Come nel modello statunitense, in cui il leso agisce da "*Private Attorney General*", cfr. Broggini, *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna a risarcimento di "punitive damages" con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Europa dir. priv*., 1999, p. 489; Croff, *La prassi giudiziaria statunitense antitrust e il Protection of Interests Trading Act del Regno Unito*, in *Riv. dir. internaz*., 1981, p. 600; Busnelli, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa dir. priv*., 2009, p. 909.

[17] "*Damages are designed not only as a satisfaction to the injured person, but likewise as a punishment to the guilty, to deter from any such proceeding for the future, and as a proof of the detestation of the jury to the action itself*", cfr. Wilkes vs. Wood, in *Eng. Rep*., cit.

[18] Esigenza chiara in Walther, *Reparation and Criminal Justice: Can they be integrated?*, in *Israel Law Review*, 1996, p. 315: il 90% dei giudizi penali è attivato dal privato, per cui "*compared to what the victim gives the state, the state traditionally gives little to the victim*"; oltretutto, l'assenza del principio di soccombenza nell'*amercan rule* alloca a ultracompensazione (anche, ma non solo) il ristoro delle spese legali, v. Ponzanelli, *Quale futuro per i danni punitivi*, in Donini, Foffani (a cura di), *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, p. 189.

[19] Ellis, *Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages*, in *South Carolina Law Review*, 56, 1982-83, p. 7.

[20] Sul "*fairness principle*" v. Ellis, *op. cit.*, p. 39.

[21] Tocci, *Il danno punitivo in prospettiva comparatistica*, Bologna, 2014, p. 15; Schirripa, *I danni punitivi nel panorama internazionale e nella situazione italiana: verso il loro riconoscimento?* in *Comparaz. dir. civ.*, 2017, p. 2; Koziol, Wilcox (eds), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, New York-Wien, 2009.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

ai fini classici del diritto penale[22]. Mancando parametri legali di determinazione del *quantum*[23], il modello è infatti arricchito da criteri di *ragionevolezza* e *prevedibilità*[24] dell'aggravio.

Sotto il profilo *storico* può dunque affermarsi che l'istituto dei *punitive damages* non abbia mai sofferto il dubbio che il beneficiario della condanna inflitta al *defendant* sia altri che il *plaintiff*. Affermazione costante è che i "*damage awards simultaneously compensate the injuried and punish the defendant*"[25], mentre mancano pronunce che, a fronte di vittima privata[26], devolvono i *punitive damages* all'erario o individuano destinatari diversi dall'*injuried*. L'idea che la soddisfazione delle esigenze repressive, preventive e ultracompensative si realizzi "*simultaneously*" trasferendo alla vittima la somma tolta all'autore, si osserva[27], emerge dalla semantica stessa del termine *da-*

[22] Sulla genetica funzione sanzionatoria del diritto civile nell'esperienza angloamericana v. Ponzanelli, *Quale futuro per i danni punitivi*, cit., p. 188.

[23] Il primo caso di *punitive damages* eclatanti nel *quantum* fu quello dell' "*Hot Coffee*", (*New Mexico District Court*, Liebeck vs. McDonald's Restaurants, 18.8.1994), in cui la *defendant* fu condannata a 20.000 dollari di danni compensativi, e 2,9 milioni di danni punitivi (ridotti a 480.000 in appello) per il caffè bollente riversatosi sulla cliente che aveva rimosso il coperchio del contenitore. Nota anche *US Supreme Court*, Philip Morris USA vs. Mayola Williams, 20.2.2007, 549 US 346 (2007), relativa al riconoscimento, confermato dalla *Supreme Court* dell'Oregon, di 79 milioni e mezzo di dollari per aver cagionato la morte di cancro del marito della ricorrente "*after a life spent smoking three packs of Marlboro cigarettes per day*".

[24] *Amplius* Manca, *La riparazione del danno*, cit., p. 14; cfr. Mattei, *Common Law. Il diritto anglo-americano*, Torino, 1992, p. 35; Ponzanelli, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ*., 1983, I, p. 438; Id., "*Punitive damages*" *e* "*due process clause*"*: l'intervento della Corte suprema Usa*, in *Foro it*., 1991, IV, p. 236; Benatti, *I danni punitivi: origine e funzioni*, in Cicero (a cura di), *I danni punitivi*, Napoli, 2019, p. 3; Ellis, *op. cit.*, p. 7.

[25] Ellis, *op. cit.*, p. 16: "*Many of the judicial opinions*", si osserva "*explicitely reflect the belief that the welfare losses in insult cases must be redressed if plaintiffs are to be fully compensated and defendants are to bear the social costs of their acts*".

[26] Per Gullo, *op. cit.*, p. 38, la dottrina civilistica (P. Gallo, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, p. 200) evidenzia anche "*come la stessa esperienza dei* punitive damages *di matrice nordamericana si caratterizzi, nella legislazione di alcuni Stati, per la previsione di un meccanismo misto di devoluzione delle somme (in parte allo Stato, in parte al privato), almeno rispetto ai danni diffusi*": ma il nostro termine di paragone, avendo il d.lgs. 7/2016 selezionato solo reati a vittima determinata e individuale, è lo schema del danno individuale al privato, non a vittima diffusa o pubblica (Risicato, *L'illecito civile punitivo*, cit., p. 495; cfr. Ellis, *op. cit.*, p. 28; Abel, Marsh, *Punishment and Restitution*, cit., p. 155).

[27] Schirripa, *op. cit.*, p. 3.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

mage, che significa 'danno' ma anche 'risarcimento', cosicché il concetto di *punitive damages* può anche tradursi "*Risarcimento Punitivo*"[28]: la connotazione civilistica di *risarcimento* – dunque rivolto al danneggiato – non è un *accessorio* o *variabile*, ma in esso risiede l'essenza, *geneticamente trilatera* (retribuzione, prevenzione e risarcimento, *uno actu*) dello schema in esame.

La soluzione si conferma sul versante *funzionale*, cui l'elaborazione nordamericana, interrogandosi sulla *necessità o meno* di devoluzione alla vittima per l'*effettività* del modello, offre rilevanti spunti: l'affermarsi dell'approccio *Law and Economics*[29], con i noti interrogativi sulla "*efficiency*" degli istituti giuridici, ha introdotto la questione della effettiva necessità, rispetto ai *target* dell'istituto dei *punitive damages*, di devoluzione alla vittima di quanto sottratto al *defendant*. Il tema è affrontato da Robert D. Cooter, che – pur muovendo dall'idea della simultaneità, per cui l'espressione *punitive damages* "*usually refers to damages awarded to the plaintiff in a civil trial in order to punish the defendant*"[30] – non ritiene scontata la pari irrinunciabilità delle dette funzioni, domandandosi, in chiave alterna-

[28] Questa, per Schirripa, *op. cit.*, p. 3, la "*traduzione più corretta*", mentre il classico "*Danni Punitivi*" sarebbe "*in qualche modo ingannevole*", perché incapace di trasmettere che l'istituto tratta della "*somma di denaro al cui pagamento l'autore dell'illecito è tenuto nei confronti della vittima*"; così Cicero, *Il perimetro dei "risarcimenti punitivi"*, cit., p. 41.

[29] L'approccio economico al diritto è delineato, a partire dagli anni '60 del XX sec., in numerosi studi anglosassoni, tra cui Coase, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Political Economy*, 1960, p. 1; Becker, *Crime and Punishment: an Economic Approach*, in *Journal of Political Economy*, 1968, p. 169; Posner, *Economic Analysis of Law*, 4ª ed., New York, 2003; Shavell, *Economic Analysis of Law*, Foundation Press, 2003, trad. it. *Analisi economica del diritto*, Torino 2007; nella penalistica italiana v. Paliero, *L'economia della pena (un* work in progress*)*, in Dolcini, Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, p. 539 e in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2005, p. 1336; già Id., *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 1990, p. 430, 447; Id., *Il principio di effettività nel diritto penale*, Napoli, 2011; Forti, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. 39, 96, 101, 128; Id., *Tra criminologia e diritto penale. Brevi note su "cifre nere" e funzione generalpreventiva della pena*, in Marinucci, Dolcini (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 53; Alessandri, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2005, p. 534.

[30] Cooter, *Punitive Damages, Social Norms and Economic Analysis*, in *Law & Contemp. Probs.*, 60, 1997, p. 75; già Id., *Economic Analysis of Punitive Damages*, in *South California Law Review*, 59, 1982-3, p. 79; Id., *Punitive Damages for Deterrence: When and How Much?*, in *Alabama Law Review*, 40, 1988-89, p. 1143.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

tiva, "*whether the purpose of punitive damages is to punish the defendant, to deter potential injuriers, to reward victims*"[31]: diviene possibile chiedersi se, tra le funzioni dei danni punitivi distillate dalla prassi ("*punishing offenders*"; "*deterring injurers*"; "*rewarding plaintiffs*" e "*fully compensating victims*"), tutte abbiano stesso fondamento e necessità, o solo le prime due, repressiva e preventiva, siano *costanti* dell'istituto, mentre le ultime, volte alla vittima, descrivano un mero utilizzo *tradizionale* o *socialmente accettato* di quanto sottratto al violatore. La scomposizione della simultaneità si fonderebbe anche sul legame tra *punitive damages* e *dolo*, che sarebbe lo spartiacque tra sufficienza della compensazione, capace di sensibilizzare al *self-monitoring* per i fatti colposi, e necessità di "*additional liability*"[32] per contrastare l'intenzionalità dell'illecito: tema dunque incentrato sul profilo soggettivo, e non sull'adeguatezza all'*injury* subìta dalla vittima, criterio solo conseguente e semmai da ridurre al ragionevole, già ricreando la "*compensation*" una condizione (patrimoniale) indistinguibile dal non aver subito il danno ("*leaves the victim indifferent between no harm and harm with compensation*"[33]). L'approccio è sviluppato da Dorsey D. Ellis *Jr*., per cui i fini di ultracompensazione della vittima, e sua gratificazione quale privato promotore di giustizia, potranno anche rispondere alla domanda "*Why should Y be benefitted?*" (Y = vittima), ma non a quella "*Why should X be punished?*" (X = autore): cosicché la ultracompensazione della vittima non sarebbe "*justification*", ma solo "*byproduct*", (sottoprodotto) dei *punitive damages*[34]. Questi avrebbero, dunque, i due soli fondamenti di meritevolezza della sanzione, ovvero retribuzione ("*that wrongdoers deserve punishment*"[35]) e deterrenza ("*that imposing a detriment on defendants promotes efficiency by deterring loss-creating conduct*"[36]), mentre la destinazione alla vittima sarebbe solo conseguenza "*permised*", e preferita dalla prassi per la maggior identificazione sociale ("*re-*

[31] Cooter, *Economic Analysis*, cit., p. 90.

[32] Cooter, *Punitive Damages, Social Norms and Economic Analysis*, cit., p. 73 sottolinea la distinzione tra "*intentional*" e "*unintentional wrongdoing*", osservando che "*liability for compensatory damages provides efficient incentives for self-monitoring. Deterring intentional wrongdoing, however, requires additional liability*".

[33] Cooter, *op. ult. cit.*, p. 75.

[34] Ellis, *op. cit.*, p. 10.

[35] Richiedente per Ellis, *op. cit.*, p. 11, che si superi la risposta *compensative*: "*beyond that provided by reparative damages*".

[36] Ellis, *op. cit.*, p. 11.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

flect society's decision"), rispetto ad altre soluzioni quali distruzione, confisca, beneficienza, distribuzione, e acquisizione all'erario ("*deposited in the public treasury*")[37]. L'approdo è però, per Ellis, che se anche l'ultracompensazione non fosse un fondamento o conseguenza necessitata dei *punitive damages*, sarebbe purtuttavia *l'unica soluzione socialmente accettata*, dunque l'unica possibile in termini di *efficency*: il "*fully compensating victims*" sopravvive al vaglio *Law and Economics* non come necessità dogmatica, ma per l'impareggiabile accettazione sociale, che la rende condizione di efficienza dei danni punitivi. La condivisione, da parte dei consociati, delle soluzioni che gli ordinamenti oppongono all'illecito non è solo questione di morale comune, ma incide concretamente sulla loro effettività ed efficacia, perché facilita comprensione e applicazione delle norme[38]: chiude il cerchio David G. Owen, che, sulla traccia di Ellis, afferma la concreta necessità all'obbiettivo di "*deterrence*" della "*full compensation*" delle vittime. Proprio l'accettazione sociale, infatti, attua la *fairness* dello strumento sanzionatorio, che equo non potrebbe apparire, perdendo anzi la capacità di prevenzione generale e conservazione della pace sociale (*public good*), se all'*amount* sottratto all'autore venissero impressi altri usi, tutti percepibili come artificiosi e innaturali rispetto alla devoluzione alla vittima, "*the easiest objective to state*"[39]. In sostanza, per Owen, il tema è la giustificazione dell'uso del potere punitivo, meglio accettato dalla collettività, amplificando l'efficacia di deterrenza e condivisione dei fini dell'ordinamento, se le risorse così create ricadono sulle vittime[40], invece di venir sottratte ai

[37] Osserva Ellis, *op. cit.*, p. 11, che, dopo aver imposto l'esborso all'autore, "*we must do something with the money*", ad es. "*It could be destroyed, as is often done with confiscated contraband*"; o "*deposited in the public treasury*", o "*donated to an object of our benevolence*", o "*random distributed*", ma la circostanza che "*none of these uses has been chosen may reflect society's decision that the best use of the wealth acquired through punitive damages* […] *is to compensate plaintiffs for losses or attorney's fees*".

[38] V. *infra*, § 4.

[39] Owen, *Civil Punishment and the Public Good*, in *South California Law Review*, 56, 1982, p. 103, 109, per cui "*The final goal, compensation, including the victim's costs of litigation* […] *is the easiest objective to state in terms of fairness in a scheme of punitive damages*", e infatti è naturale che "*once the group has discovered a theft, the stolen resources (or a monetary equivalent) should be returned to the rightful owner*"; già Id., *Punitive Damages in Product Liability Litigation*, in *Michigan Law Review*, 1975-76, 74, p. 1257.

[40] Conclude Owen, *Civil Punishment and the Public Good*, cit., p. 112, che il

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

membri della comunità per sterile distruzione, confisca o devoluzione all'erario.

3. *Inefficacia del modello italiano*. – Vediamo, ora, le ragioni della scelta per la destinazione delle sanzioni civili alla *Cassa delle ammende* addotte nella Relazione Illustrativa al d.lgs. 7/2016[41], ovvero: con quali argomenti si rinuncia a un pilastro così consolidato della *effettività* del modello che si vuole importare?

La scelta del delegante di "*prevedere una sanzione pecuniaria civile*" operante "*fermo restando il suo carattere aggiuntivo al diritto al risarcimento del danno*" (art. 2, co. 3°, lett. d l. 67/2014) è inizialmente letta dal delegato in termini aderenti ai *punitive damages*, perché, esordisce la relazione, "*i criteri di riferimento emergenti dalla delega*" delineano la "*funzione, per un verso, ultra-compensativa e, per l'altro, preventiva e repressiva*"[42] dell'istituto. Coerente la scelta di delimitazione ai fatti dolosi, ricalcante il visto discrimine dei *punitive damages*. I concetti si disallineano, però, quando la Relazione illustra la scelta distonica, e "*non imposta dalla legge delega*", di "*devolvere a favore dello Stato (e, in particolare, alla Cassa delle ammende) i proventi delle peculiari sanzioni in esame*"[43]: scompare l'affermazione resa nell'incipit, per far spazio al monocorde manifesto d'una "*vocazione pubblicistica*" e "*marcatamente general-preventiva*"[44] del nuovo istituto, fondata su "*profili di omogeneità funzionale*" con la "*depenalizzazione*"[45] – con i quali sarebbe stato "*incoerente prevedere che del provento della sanzione debba beneficiare la persona offesa*"[46]. In sostanza il legislatore, a un tratto, espelle dalle "*sanzioni*

"*civil punishment* […] *appears to accord with the fair expectations of the group on the limits of the use of the power and resources of its members*".

[41] in *Dir. pen. cont*., 2017.

[42] Rel., cit., p. 4. Su queste basi la giurisprudenza presenta il d.lgs. 7/2016, come "*gemello diverso*" della depenalizzazione, o modello "*inedito*" di "*depenalizzazione diversa*", e "*ulteriore e significativo strumento di prevenzione dell'illecito*" in cui il legislatore "*ha voluto riconsiderare il ruolo tradizionalmente compensativo attribuito alla responsabilità civile*", ritenendo di avere a che fare con un sanzione civile "*connotata anche da requisiti di tipo compensativo*", cfr. Cass. pen., sez. un., 29.9-7.11.2016, n. 46688, in *Dir. pen. cont*., 2016.

[43] Rel., cit., p. 5, individuava anche la terza ipotesi d'una destinazione "*in parte alla persona offesa, in parte allo Stato*".

[44] Rel., cit., p. 6.

[45] Rel., cit., p. 1.

[46] Rel., cit., p. 5.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

pecuniarie civili" la funzione ultracompensativa, illudendosi di poter ugualmente mantenere in vita quella di prevenzione generale, finendo così per varare "*sanzioni pecuniarie*" pubbliche in funzione afflittiva, indistinguibili dagli illeciti amministrativi classici se non per la *sedes*, distonicamente (v. *infra*) affidata alla libera azione del leso di fronte al giudice civile.

Il ragionamento non fila: il tema della *deterrence* non è in contrasto con la devoluzione alla vittima, anzi all'opposto la richiede quale naturale, e non "*incoerente*", rafforzamento della accettazione sociale dell'esercizio del potere punitivo[47]. La banale replica degli illeciti amministrativi *ex* l. 689/81 emerge anche dalla disciplina dell'istituto, che non si discosta dalla *scia penalistica*[48]. Gli illeciti (art. 4) replicano *fatto tipico* e *dolo* (art. 3, co. 1°) dei delitti 'abrogati', e prevedono una *cornice edittale*. La *commisurazione* (art. 5) ricalca l'art. 133 c.p., come negli artt. 5, 11 l. 689/1981; la *reiterazione* (art. 6) la recidiva *ex* art. 99, co. 2°, c.p. L'art. 9, co. 5° vieta la "*copertura assicurativa*", sulla scia afflittiva dell'intrasmissibilità della sanzione *ex* art. 7 l. 689/81[49]. L'art. 11 prevede un 'registro informatizzato' (*casellario*) delle condanne, utile a rilevare la reiterazione *ex* art. 6. La *prescrizione* (art. 3, co. 2°) è quella degli illeciti amministrativi (art. 28, l. 689/81). Nessun indice contrario offre, in tal contesto, la sola intitolazione come "*civile*" della sanzione: in breve, "*nessun problema esegetico serio può essere risolto con la lettura di un dizionario*"[50].

[47] V. Ellis e Owen, *supra*, § 2. Ben osserva Piergallini, *op. cit.*, p. 655, che "*non pare profilarsi alcuna contraddizione tra la natura non meramente risarcitoria del danno punitivo e la circostanza che esso sia indirizzato al danneggiato. Vale il contrario: la devoluzione al danneggiato è cofunzionale alla logica punitiva del risarcimento o della sanzione. La 'meta' del guadagno ultracompensativo costituisce un valido incentivo all'azione, una sorta di* enforcement *privato: il soggetto leso assume le vesti di* private prosecutor *anche nell'interesse della comunità, facendosi carico di un'iniziativa giudiziale destinata ad avere ricadute collettive, in termini di punizione (del danneggiante, in ragione della gravità della sua condotta), di deterrenza e di ricompensa del danneggiato per l'attuazione dell'ordinamento giuridico e del suo rafforzamento*".

[48] La "mini *parte generale*" del d.lgs. 7/2016 evidenza la scelta di "*ancorarsi al retroterra penalistico*" anche per Gullo, *op. cit.*, p. 43. Per Piergallini, *op. cit.*, p. 654, "*Il 'Penale' o il 'Penale-Amministrativo' non molla la presa: solo che, calandosi in un territorio 'altrui' germina disfunzioni*".

[49] Cfr. Gullo, *op. cit.*, p. 44.

[50] Pulitanò, *Principio di legalità ed interpretazione della legge penale*, in Cocco (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Padova, 2005, p. 27.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

I *punitive damages* non possono considerarsi, dunque, innestati con il d.lgs. 7/2016 nel nostro ordinamento: probabilmente, ha avuto il sopravvento la genetica *diffidenza per le opzioni riparatorie*, limitate dal Cod. Rocco all'attenuante *ex* art. 62 n. 6 c.p. e alla commisurazione *ex* art. 133 c.p. per non stimolare *cupidigia di lucro* nella vittima[51]: in questo retaggio può rinvenirsi la *matrice culturale* del ripiegamento verso il *porto sicuro della depenalizzazione* dell'iniziale apertura al modello di danni punitivi che principî e criteri direttivi della l. 67/2014 in effetti consentivano. "*Nel nostro paese*", insomma, "*l'hanno fatta da padrone*" i paradigmi "*della* fiscalizzazione (monetizzazione)" ai quali funge da mera copertura il "*nomen iuris* della sanzione"[52]. Anche sul versante civilistico l'unico modello noto di approccio ai danni punitivi era d'altronde, al momento del varo del d.lgs. 7/2016, quello della loro *contrarietà all'ordine pubblico interno*, che non consentiva la delibazione di sentenze straniere recanti la condanna ai *punitive damages*, tradizionale *Leitmotiv* superato di stretta misura solo nel 2017[53].

Fondare una scelta di diritto sanzionatorio, o *punitivo*, sulla compatibilità con i paradigmi del diritto *civile* è stato forse il più evidente equivoco in cui è incorso il legislatore del 2016: se si capiscono resistenze a riconoscere al danneggiato un "surplus *di risarcimento*" nel campo civile, in cui "*la legge dispone di compensare, livellare, eguagliare il danno civile subito dalla vittima*"[54], rendendo senza "*causa*" l'ulteriore arricchimento che le deriverebbe dall' "*andare oltre*" la "*misura*"[55] dello stretto pareggio, è però anche vero che dette resistenze perderebbero di senso calando il problema nella prospettiva

[51] Donini, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, cit., p. 236; Fondaroli, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, p. 190; volendo Manca, *La riparazione del danno tra diritto penale e diritto punitivo*, cit., p. 88.

[52] Piergallini, cit., p. 643.

[53] Cass. civ., sez. un., 5.7.2017 n. 16601, in *Danno e resp.*, 2017, p. 435; cfr. Barbieri, *Il risarcimento come pena? Il 'Danno morale' (ri)visto con le lenti del penalista*, in Paliero, Viganò, Basile, Gatta (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, II, Milano, 2018, p. 819; Benedetti, *Funzione sanzionatoria e compensazione. Troppe pagine per un falso problema*, in Cicero (a cura di), *I danni punitivi*, Napoli, 2019, p. 17; Munarini, *I* "punitive o exemplary damages": *la giurisprudenza più recente*, in *Giur. civ.*, 2018, p. 7.

[54] Così Romano M., *op. cit.*, p. 515; cfr. Ponzanelli, *Quale futuro per i danni punitivi*, cit., p. 187.

[55] Romano M., *op. cit.*, p. 515.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

sanzionatoria, perché muta il paradigma di riferimento. Il *target* non è più, infatti, il riequilibrio del patimento subìto dal danneggiato, ma la soddisfazione dei fini della pena, ovvero retribuzione e prevenzione generale e speciale, tutti realizzati senza controindicazioni dall'ultra-compensazione[56] della vittima, che trova anzi "*giustificazione quale (contributo alla) 'copertura' del c.d. danno criminale, cioè dell'offesa – la lesione del bene giuridico – in cui il reato consiste*"[57]. Il legislatore del 2016, in definitiva, è caduto nella trappola concettuale (e nell'evidente errore di tecnica esegetica comparatistica nel rapportarsi ai modelli anglosassoni) di trattare l'operazione come la trasposizione al diritto pubblico di un istituto prettamente civilistico – mentre si trattava del recepimento di un istituto dallo storico 'DNA' già sanzionatorio[58] – ritenendo che ciò richiedesse l'amputazione del profilo ritenuto più 'civilistico' di tutti (la devoluzione alla vittima), e così amputando invece, quello… in realtà meno civilistico di tutti, che era invece connaturato, per rodaggio plurisecolare, all' efficienza sanzionatoria e preventiva del modello.

Particolari sanzioni amministrative, concludendo, trovano inedita sede processuale nel giudizio civile di danno, sfruttando il veicolo del procedimento già eventualmente instaurato dal danneggiato, la cui legittimazione all'azione è ricorrente negli illeciti *ex* d.lgs. 7/2016, tutti incidenti su modeste lesioni a beni economici individuali e riparabili. Soluzione in effetti capace di deflazionare il carico sia del giudizio penale sia delle autorità amministrative, e senza aggravio per la stessa giustizia civile, chiamata a pronunciarsi solo se il procedimento sia radicato dal privato, cui appartiene il potere di innescare o meno la

[56] Consistente appunto in un "surplus *di risarcimento*", per usare la già citata definizione di Romano M., *op. cit.*, p. 515.

[57] "*Nessun serio problema*", conclude Romano M., *op. cit.*, p. 515, "*per tali danni punitivi*": ove individuati, come il d.lgs. 7/2016 ha fatto, "*in una misura data, tra un minimo e un massimo*", nemmeno potrebbe contrapporsi "*una violazione dell'art. 25, comma 2 Cost., nei limiti validi per le pene pecuniarie del sistema penale vigente*"; "*Ma ciò che più conta è che in tali casi detta pena, ancorché destinata alla vittima e seppure diversa dalla pena pecuniaria, quantomeno ne condividerebbe la funzione punitiva*".

[58] Osserva Ponzanelli, *op. ult. cit.*, p. 189, come non sia sempre chiaro in Italia che nell'evoluzione storica della *law of tort* l'illecito civile ha "*carattere fortemente punitivo*", perché "*nasce dal grembo della responsabilità penale e, anche quando raggiunge la sua autonomia, mantiene una caratteristica fortemente sanzionatoria*".

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

punizione; ma cui l'ordinamento non presenta stimoli ad attivarsi, così ponendo le basi d'una prognosi di ineffettività del nuovo strumento.

La condanna alla sanzione civile è, si, pronunciata *ex officio* – ricorda la Relazione, che vi individua un illusorio profilo di coerenza con le "*connotazioni pubblicistiche*" e la "*destinazione pubblicistica del provento*"[59] – ma il nuovo istituto è collocato in un rito ad esclusiva azione di parte. Anche la procedibilità a querela cui i reati abrogati erano soggetti richiedeva, è vero, l'impulso della persona offesa[60]: ma, a livello d'impegno *reale* di risorse del privato, altro è proporre querela, azionando senza spese un meccanismo pubblicistico che procede per impulso del P.M.; altro è agire in sede civile, affrontando spese di difesa[61], e colmando da soli l'*onus probandi*[62], col rischio di soccombenza *ex* art. 91 c.p.c. Anzi, come autorevolmente osservato, l'unico vero stimolo patrimoniale rivolto al soggetto leso è quello opposto, ovvero a non intentare l'azione civile ma ricercare una soluzione transattiva, richiedendo al danneggiante "*sia pure in via ufficiosa*" un importo proporzionato, oltre alla compensazione, anche alla sanzione *ex* d.lgs. 7/2016 cui andrebbe altrimenti incontro in giudizio[63].

Manca, poi, una disciplina dei punti critici di (*inedito*) impatto tra giudizio civile e diritto punitivo. Mentre la tipizzazione di fatti e sanzioni pare rassicurare su principio di legalità e corollari[64], si sottolinea, in primo luogo, il problema delle garanzie[65]: se alla condanna *ex*

[59] Rel., cit., p. 6.

[60] Gargani, *Illecito civile punitivo*, cit., p. 494; cfr. Palazzo, *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 288.

[61] Lo sottolinea Risicato, *L'illecito civile punitivo come ircocervo giuridico*, cit., p. 493.

[62] Ovvero reggendo la prova a carico senza poter contare né sui poteri del P.M. né sullo strumento delle indagini difensive penali *ex* artt. 327 *bis*, 391 *bis* e ss. c.p.p. (richiedenti l'esistenza o la prospettiva di un procedimento penale), e senza poter deporre come testimone, come possibile alla persona offesa nel giudizio penale ma non all'attore nel civile (Gargani, *Illecito civile punitivo*, cit., p. 490).

[63] Cfr. Risicato, *op. ult. cit.*, p. 494, s., che ben osserva come l'esito transattivo, non quello giudiziale, sarebbe l'unico in cui riaffiorerebbe, nei fatti, per scelta dei "*protagonisti*", l'ultracompensazione tradita dal legislatore.

[64] E dunque su *frammentarietà* e *divieto di analogia*, così Risicato, *op. ult. cit.*, p. 496, s.; Id., *L'illecito civile punitivo tra intenti deflattivi incerti e ibridazione di categorie giuridiche eterogenee*, cit., p. 13; cfr. Romano M., *op. cit.*, p. 515.

[65] Palazzo, *Il limite della* political question *fra Corte costituzionale e Corti europee. Che cosa è "sostanzialmente penale"?* in Donini, Foffani (a cura di), *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, p. 11; Risicato, *op. ult. cit.*, p. 13.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

d.lgs. 7/2016 non bastano quelle della materia civile (l'art. 8, co. 3°, ad es., non la consente per l'irreperibile *ex* art. 143 c.p.c.), richiedendosi quelle della "*materia penale*" ai fini CEDU[66], quale soluzione circa la regola di giudizio applicabile? "*Omogeneizzazione*"[67] dell'accertamento civile sotteso alla compensazione e dell'accertamento sanzionatorio *ex* d.lgs. 7/2016 sotto l'unico criterio (penalistico) dell'*oltre il ragionevole dubbio*, finendo per penalizzare inopinatamente pure il civile classico? Creazione, altrimenti, di un unico giudizio con due *standard* decisori diversi, in cui la responsabilità civile è accertata col civilistico *più probabile che non*, e quella sanzionatoria con l'*oltre il ragionevole dubbio*, potendo così pronunciare il giudice – in termini noti all'accademico[68], ma incomprensibili al cittadino, e nuovi all'abito mentale degli operatori – che un danno ingiusto v'è stato al fine della compensazione, e non v'è stato ai fini sanzionatori? Un dilemma che il legislatore avrebbe dovuto districare, avendo a mente la portata sistematica dell'innesto.

4. *Crisi d'identità nella foresta di Sherwood*: *qualche soluzione*. – La domanda finale è se valesse la pena[69] di rinunciare alla devoluzione alla vittima: i 'danni punitivi all'italiana' possono funzionare? Una prognosi favorevole pare impossibile: il nodo ineludibile è che, alla fine del giudizio, l'erario espropria a valle la vittima del frutto del suo incoercibile impegno, sconsigliandolo a monte. L'impianto compromette, così, i pilastri cui l'efficace attuazione del modello è condizionata. Compromesso è lo stimolo per il soggetto leso ad attivare il giudizio in cui la sanzione *ex* d.lgs. 7/2016 dovrebbe pren-

[66] Risicato, *op. ult. cit.*, p. 13; Id., *L'illecito civile punitivo come ircocervo giuridico*, cit., p. 496; su 'materia penale' e CEDU cfr. Cocco, *Il fondamento*, in Cocco, Ambrosetti (a cura di), *Trattato breve di diritto penale*, *Parte generale*, I, 1, *La legge penale*, Padova, 2019, p. 3, e i contributi sul tema in Donini, Foffani (a cura di), *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018.

[67] Risicato, *op. ult. cit.*, p. 497, per cui la soluzione omologherebbe civile e penale, "*vanificando l'intento della decriminalizzazione*".

[68] Cfr. il magistrale Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3ª ed., Milano, 2003, p. 154, e in specie la nota vicenda di O.J. Simpson (p. 201), che per l'omicidio della moglie fu assolto in sede penale mancando la prova *beyond any reasonable doubt* e condannato in sede civile sotto il minor *burden of proof* della *preponderance of the evidence* (probabilità maggiore del 50%).

[69] Si domanda "*Ne valeva la pena?*" Piergallini, *op. cit.*, p. 653, che conclude "*no di certo*".

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

der vita: è il tema dell'induzione al *law enforcement*[70], coessenziale alla effettività della funzione di *deterrence* perché la credibilità della minaccia rivolta alla collettività presuppone l'effettivo rischio, per il trasgressore, che il soggetto leso renda possibile l'applicazione della sanzione agendo nell'interesse sì proprio, ma coincidente con quello pubblico[71]. Il dirottamento della sanzione alla "*Cassa delle ammende*", lungi dall'essere coerente con la "*funzione marcatamente general-preventiva*" che la Relazione rivendica[72], all'opposto, dunque, si pone in netto contrasto con essa e la travolge, affidando l'azione a un soggetto cui tutto consiglia di non agire, e dipingendo il manifesto di un sistema da cui non sono da attendersi risposte reattive al sopruso. Con la prevenzione generale cade quella speciale: il versamento all'erario non è, neanche sul piano risocializzante, equivalente al ripristino dell'offesa. Fallisce, così, la ricerca di legittimazione morale, e condivisione sociale, dell'esercizio della potestà punitiva: il legislatore si presenta nei panni di Robin Hood, che tutela le vittime sottraendo al reo i vantaggi del sopruso, ma agisce da Sceriffo di Nottingham, passando a fine raccolto – lavorato dall'offeso a proprie spese e rischi – per appropriarsene. Emerge contraddittoria, dunque, la "*voce*" del legislatore penale, il quale, "*se vuole rivolgersi ai membri della comunità i cui valori pretende di esprimere*"[73], deve parlare "*con la razionale voce dei valori che richiedono la fedeltà dei cittadini quali valori della comunità*", cioè affermare che "*che vi sono buone ra-*

[70] Ellis, *op. cit.*, p. 11, individua una funzione dei *punitive damages* nell'"*inducing private law enforcement*"; per Piergallini, *op. cit.*, p. 655, "*la devoluzione al danneggiato è cofunzionale alla logica punitiva del risarcimento o della sanzione. La 'meta' del guadagno ultracompensativo costituisce un valido incentivo all'azione, una sorta di* enforcement *privato: il soggetto leso assume le vesti di* private prosecutor *anche nell'interesse della comunità, facendosi carico di un'iniziativa giudiziale destinata ad avere ricadute collettive*", anche in termini di "*deterrenza*"; ma l'obbiettivo richiede la "*ricompensa del danneggiato per l'attuazione dell'ordinamento giuridico e del suo rafforzamento*".

[71] Così Piergallini, *op. cit.*, p. 655.

[72] Per la Rel., cit., p. 6, "*si reputa che, tenuto conto della funzione marcatamente general-preventiva sottesa alla comminatoria della sanzione pecuniaria civile*", "*non sia coerente far dipendere l'applicazione della sanzione pecuniaria dalla volontà della persona offesa*", nelle cui mani è però posta proprio la scelta di avvio o meno del giudizio in cui dette sanzioni trovano sede.

[73] Cfr. Cocco, *La voce della legge penale liberale: i limiti morali*, in Cocco, Ambrosetti (a cura di), *Trattato breve di diritto penale*, *Parte generale*, I, 1, *La legge penale*, cit., p. 26.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

gioni"[74] per l'esercizio della potestà punitiva. Fronte su cui il d.lgs. 7/2016 fallisce, lasciando il messaggio *ambiguo* di un sistema che non giustifica la pressione punitiva né con la tutela della vittima né con obbiettivi di prevenzione, ma con la fiscalizzazione predatoria della disavventura occorsa ad un privato[75].

Immaginando, *de iure condendo*, una razionalizzazione del modello *ex* d.lgs. 7/2016, le soluzioni paiono due.

Una di retroguardia, volta a recuperare la funzionalità dell'istituto come illecito amministrativo, restituisce la competenza a un'autorità investita d'azione *ex officio* (e non di decisione *ex officio* nel giudizio a impulso di parte), supplendo alla mancanza di stimolo del privato all'azione. Tuttavia, rimarrebbe incomprensibile perché mai reati perseguibili a querela dovrebbero diventare 'affare di tutti' se degradati a illeciti amministrativi.

Quella d'avanguardia, volta a completare un recepimento dei *punitive damages*, richiede la devoluzione della sanzione alla vittima, capace di realizzare *simultaneamente* gli scopi di retribuzione, prevenzione generale e speciale del modello. Su queste basi potrebbe progettarsi – superando l'iniziale parsimonia del legislatore nell'individuare i fatti devoluti al d.lgs. 7/2016, dovuta alla dimensione ancora sperimentale dell'istituto[76] – il traghettamento al nuovo istituto di più reati lesivi di beni riparabili, realizzando una più razionale deflazione del sistema penale. Sorgerebbe così davvero una nuova demarcazione del confine tra diritto civile e penale, comportando l'attribuzione al primo di funzioni, obbiettivi, nonché reali *condizioni di efficienza*, propri ad oggi del solo diritto penale e punitivo, ovvero la connotazione *afflittiva* della sanzione, costituendo il nucleo inedito d'un 'diritto civile sanzionatorio', questa volta davvero *ibrido*.

[74] Cocco, *op. ult. cit.*, p. 29.

[75] Sull'esito potrebbero aver gravato inespressi intenti deflattivi del contenzioso civile, che la devoluzione alla vittima stimolerebbe: cfr. Gargani, *Illecito civile punitivo*, cit., p. 493.

[76] Gullo, *op. cit.*, p. 14; Gargani, *La depenalizzazione bipolare*, cit., p. 579.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Anna Maria Mancaleoni

La 'sorte' del diritto privato europeo post-Brexit nel Regno Unito: il punto della situazione

Sommario: 1. Le tappe della Brexit in breve. – 2. Gli interventi della *UK Supreme Court* e la posizione della Scozia e dell'Irlanda del Nord. – 3. La 'sorte' dell'*acquis communautaire* alla luce dello *European Withdrawal Act* 2018. – 4. Il difficile rapporto Inghilterra-CEDU. – 5. Sul dialogo *common law-civil law*.

1. *Le tappe della Brexit in breve*. – Il Regno Unito è entrato a far parte dell'Unione europea il 1° gennaio 1973 e ha cessato di farne parte il 31 gennaio 2020 (47 anni dopo).

La *Brexit* ha preso l'avvio dal referendum svoltosi il 23 giugno 2016 su iniziativa del Primo Ministro David Cameron, nel quale, sia pure con una maggioranza minima, il popolo del Regno Unito si è espressa a favore del «leave»; in Scozia e in Irlanda del Nord e, in percentuale maggiore, nella *City of London*, ha prevalso il «remain».

In base al Trattato sull'Unione europea ogni Stato membro può decidere di recedere dall'Unione europea nel rispetto delle proprie norme costituzionali. A tal fine, lo Stato membro interessato dovrà notificare tale intenzione al Consiglio europeo; quindi, lo Stato interessato e l'Unione europea dovranno negoziare e concludere un accordo che definisce le modalità del recesso, tenendo conto del quadro delle future relazioni con l'Unione. I trattati dell'Unione europea cesseranno di essere applicabili allo Stato interessato a partire dalla data di entrata in vigore dell'accordo di recesso o, in mancanza di tale accordo (scenario c.d. «no deal»), due anni dopo la notifica del recesso, salva proroga del termine disposta dal Consiglio europeo all'unanimità, d'intesa con lo Stato membro interessato (art. 50 TUE).

Per quanto il referendum del 23 giugno 2016 non fosse formalmente vincolante, il Governo britannico ha scelto di dare attuazione alla volontà manifestata dai cittadini. Il 29 marzo 2017, pertanto, il Primo Ministro Theresa May ha avviato la procedura di recesso *ex*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

art. 50 TUE. Tale momento ha segnato l'inizio di un percorso tribolato: a causa della difficoltà di trovare il consenso sui contenuti dell'accordo con l'Unione europea, la procedura di recesso si è perfezionata oltre i tempi previsti, al termine di dibattiti, negoziazioni, rinvii[1] e correlate vicende politiche interne (tra cui, in particolare, le elezioni parlamentari; tre 'bocciature' del *deal* tra Regno Unito e Unione europea da parte del Parlamento; la successione di Boris Johnson a Theresa May, a propria volta subentrata a David Cameron; gli attriti tra Westminster, da una parte, e la Scozia e l'Irlanda del Nord, dall'altra). Infine, il Primo Ministro Boris Johnson, grazie alla più ampia maggioranza ottenuta dal partito conservatore nelle elezioni politiche del 12 dicembre 2019, resesi necessarie proprio per tentare di superare l'*impasse* interna, ha finalmente ottenuto l'approvazione da parte del Parlamento del *deal* negoziato con l'Unione europea[2], poi formalizzata mediante lo *European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020*.

Lo *European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020* incorpora nel diritto interno l'accordo concluso con l'Unione europea e apre una fase di transizione («implementation period», «IP»), destinata a chiudersi alla fine del 2020. Durante l'*IP* il diritto dell'Unione europea sarà applicato come se il Regno Unito fosse ancora uno Stato membro, salvo il venir meno della sua partecipazione all'interno delle istituzioni e nella *governance* dell'UE; nel corso dell'*IP* si svolgeranno le trattative volte a definire i futuri rapporti, in conformità con il *Withdrawal Agreement*[3]. *Rebus sic stantibus*, pertanto, la situazione rimane immutata e soltanto a partire dal 1° gennaio 2021 saranno applicabili le regole, ulteriori rispetto a quanto stabilito nel *Withdrawal Agreement*, che dovrebbero scaturire dalle negoziazioni in corso, o

[1] La data originariamente prevista per la Brexit – 29 marzo 2019 – è stata posticipata due volte: dapprima al 31 ottobre 2018, mediante lo *European Union (Withdrawal) Act 2019*; quindi al 31 gennaio 2020, mediante lo *European Union (Withdrawal) Act 2019* (n. 2).

[2] *European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020*: «An Act to implement, and make other provision in connection with, the agreement between the United Kingdom and the EU under Article 50(2) of the Treaty on European Union which sets out the arrangements for the United Kingdom's withdrawal from the EU».

[3] L'*Agreement* include un Protocollo sull'Irlanda e Irlanda del Nord, uno su Gibilterra e uno su Cipro; in un documento separato è incorporata la «Dichiarazione politica sulla struttura delle future relazioni tra Regno Unito e Unione europea».

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

quali comunque risulteranno vigenti in mancanza di nuovi accordi una volta che l'*IP* sia decorso.

A partire dall'esito del referendum, per circa tre anni e mezzo il dibattito giuridico britannico – vista anche la pervasività del diritto dell'Unione europea, oltre che il significato storico, politico e culturale dell'evento – non ha potuto prescindere dalla *Brexit* e si è incentrato in larga parte sulla «previsione» delle conseguenze da essa scaturenti, sia dal punto di vista teorico, sia da quello concreto-applicativo, settore per settore. Nel momento in cui il presente contributo viene scritto (in pendenza dell'*IP*), permane ancora incertezza sul più preciso assetto dei rapporti tra Regno Unito e Unione europea e sulle ricadute interne, sia nel breve termine, sia, *a fortiori*, nel lungo periodo: in particolare, non è dato prevedere, al di là di quanto si dirà oltre, quali saranno le più profonde implicazioni di «sistema», sia dal punto di vista costituzionale, sia dal punto di vista privatistico, nella prospettiva del diritto comparato e del ravvicinamento degli ordinamenti giuridici, con particolare riferimento al diritto privato.

2. *Gli interventi della* UK Supreme Court *e la posizione della Scozia e dell'Irlanda del Nord*. – Durante il processo che ha portato alla Brexit la *Supreme Court* è stata chiamata a pronunciarsi sia sulla ripartizione di poteri tra il Primo Ministro e il Parlamento, sia sul rapporto tra il Governo centrale e i *devolved territories*.

In *Miller* (I)[4] la Corte Suprema ha stabilito che la procedura di recesso *ex* art. 50 TUE può essere formalmente avviata dal Parlamento, e non dal Governo: il potere di recedere dai trattati internazionali, normalmente spettante al Governo, viene meno qualora tale recesso implichi modifiche di diritto interno, giacché, altrimenti, la *sovereignty of Parliament* non sarebbe rispettata; tale condizione, secondo la Corte Suprema, non risulta soddisfatta nel caso specifico del recesso dai Trattati dell'Unione europea, giacché, a causa delle peculiarità del diritto dell'Unione europea, le conseguenze che il recesso comporta per l'ordinamento interno non sarebbero assimilabili a quelle scaturenti dal recesso dagli ordinari trattati internazionali. A seguito della sentenza, il Parlamento ha emanato un'apposita legge per autorizzare il Primo Ministro a recedere (*European Union (Notification*

[4] *R (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

of Withdrawal) Act 2017), così avviando formalmente la procedura *ex* art. 50 TUE.

Con la stessa sentenza, la *Supreme Court* si è pronunciata sull'assetto costituzionale interno anche con specifico riferimento al rapporto tra il Governo di Westminster da una parte, e la Scozia e l'Irlanda del Nord, dall'altra. Il problema, in un caso e nell'altro, si è posto per le conseguenze che la Brexit potrebbe comportare sull'assetto risultante dalla *devolution*, attuata nel 1998[5]: il pericolo è che, in conseguenza della Brexit il Governo centrale, riacquistando le competenze prima attribuite all'Unione europea, si riappropri, sostanzialmente, anche di quelle oggetto di *devolution*[6]. Tali implicazioni sarebbero maggiori per la Scozia rispetto all'Irlanda del nord[7], giacché la *devolution* ha comportato un più ampio trasferimento di competenze alla prima rispetto alla seconda.

Con riferimento alla Scozia, a quanto sopra si aggiunge che l'"uscita' dall'Unione europea senza il suo assenso – considerando anche che nel referendum la percentuale a favore del 'remain' è risultata maggiore rispetto a quella dell'Irlanda del Nord – e senza che essa partecipi alle trattative con l'Unione europea potrebbe dare nuova forza alle marcate tendenze indipendentiste, manifestatesi nel referendum del 2014 (conclusosi, peraltro, con esito negativo)[8].

Rispetto all'Irlanda del Nord, la Brexit presenta le specifiche implicazioni scaturenti dalla situazione storico-politica e dalla posizione geografica. Si teme che la *Brexit* possa determinare un'involuzione del processo di pace avviato con gli accordi del 1998, che hanno po-

[5] *Scotland Act 1998* e *Northern Ireland Act 1998*.

[6] In particolare in materia di pesca, agricoltura e ambiente.

[7] A. McHarg, J. Mitchell, *Brexit and Scotland*, in *The British Journal of Politics and International Business*, (19) 2017, pp. 512-526. Inghilterra e Irlanda presentano una tradizione giuridica più omogenea in quanto l'Irlanda è stata il primo paese occupato dai Normanni dopo l'Inghilterra e da allora in poi le vicende giuridiche «formative» hanno rispecchiato quelle inglesi: v. *Byrne and McCutcheon on the Irish Legal System*, Dublin, 2014, p. 4 ss.

[8] Nel 2014 si è svolto il referendum sull'indipendenza. Il 28 marzo 2017 il Primo Ministro scozzese ha chiesto e ottenuto a maggioranza dal Parlamento scozzese l'autorizzazione ad indire un nuovo referendum. Il 24 gennaio 2020 il primo Ministro Boris Johnson ha respinto la richiesta del Primo Ministro scozzese di trasferire alla Scozia le competenze necessarie ai fini del nuovo referendum sull'indipendenza della Scozia; tale rifiuto è stato motivato sulla base dell'interesse superiore dell'intera nazione e ricordando che il referendum del 2014 era stato concordato sul presupposto che sarebbe stato l'unico per la generazione in corso.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

sto fine ai c.d. «troubles»[9]. Inoltre, con l'"uscita' del Regno Unito dall'Unione europea il confine tra le due Irlande, attualmente invisibile e indifferente ai fini della circolazione tra i due Stati, sarà anche l'unico confine fisico tra il Regno Unito e l'Unione europea, con le conseguenze che possono derivarne, anche a seconda delle scelte che saranno fatte, per quanto concerne i flussi in genere e gli adempimenti doganali; a ciò è correlato il timore che il mutato assetto possa riaccendere le precedenti tensioni tra le due Irlande. Le modalità attraverso le quali tracciare il confine (questione della «backstop» e dell'«hard border»), in quanto attinenti alla circolazione in entrata e in uscita dal mercato interno, è importante anche dal punto di vista dell'Unione europea e ha svolto e svolgerà un ruolo significativo anche nelle trattative tra Regno Unito e Unione europea[10].

Rispetto alle due Irlande, inoltre, la Brexit ha aperto un ulteriore scenario: si ipotizza che, nel mutato assetto determinato dalla Brexit ed essendo l'attuale situazione socio-politica significativamente diversa da quella dell'epoca dei «troubles», sia pure non nel breve termine, possano maturare presupposti per la riunificazione dell'isola in un unico Stato[11].

Ciò premesso, nella stessa sentenza *Miller (I)* la Corte Suprema ha affermato che non è necessario l'assenso dell'Irlanda del Nord e della Scozia ai fini del recesso dall'Unione europea, giacché la *devolution* interna è avvenuta a prescindere dall'appartenenza all'Unione europea e non assume rilievo, pertanto, nei rapporti tra Regno Unito e Unione europea. Con specifico riferimento all'Irlanda del Nord, la Suprema Corte ha affermato che il fatto che gli accordi raggiunti nel 1998 si basino sulla presunzione che le parti contraenti appartengano all'Unione europea non preclude l'avvio della procedura *ex* art. 50 TUE senza il consenso dell'Irlanda del Nord[12].

[9] *Good Friday Agreement* o *Belfast Agreement*, concluso nel 1998 tra l'Irlanda e il Regno Unito. Al fine di facilitare e rafforzare il processo di pace, l'Unione europea finanzia vari progetti di cooperazione tra le due Irlande.

[10] Cfr. M. Dougan, *The 'Brexit' Threat to the Northern Irish Border: Clarifying the Constitutional Framework*, in *The UK after Brexit*, M. Dougan ed., Cambridge, 2018, p. 53 ss.

[11] Cfr. O. Doyle, *Irish Unification: Processes and Considerations*, in *U.K. Const. L. Blog*, https://ukconstitutionallaw.org/, 12 febbraio 2020; C. Murray, *A Referendum on a United Ireland: Perspectives from UK Constitutional Law*, *ivi*, 18 febbraio 2020.

[12] Tra i tanti commenti alla sentenza cfr., in senso critic, M. Elliott, *The Su-*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

La Corte Suprema, quindi, si è pronunciata anche in relazione a un'altra vicenda concernente i rapporti tra Governo centrale e *devolved territories*[13]: è stata chiamata a stabilire se fosse o meno legittima la legge approvata dal Parlamento scozzese – *UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Act* – al fine di disciplinare, in parallelo con lo *European Union Withdrawal Act 2018 (EUWA 2018*, su cui v. *infra*, par. 3) emanato dal Parlamento centrale, le conseguenze della Brexit rispetto al diritto scozzese; la Corte Suprema ha ritenuto che, in quanto implicante una modifica dello (UK) *EUWA 2018*, tale legge andasse oltre le competenze del Parlamento scozzese[14].

La *Supreme Court*, quindi, è stata chiamata a stabilire se il provvedimento con cui Boris Johnson ha disposto la c.d. «prorogation» del Parlamento[15] rientrasse nell'ambito dei *prerogative powers* ordi-

preme Court's Judgment in Miller: in Search of Constitutional Principle, in *Cambridge Legal Studies Research Paper Series*, 23/2017, aprile 2017: la Corte Suprema sarebbe stata eccessivamente severa con riguardo ai *prerogative powers* del Primo Ministro e eccessivamente prudente rispetto alle questioni inerenti alla *devolution*, rispetto alle quali le argomentazioni sarebbero deboli sotto il profilo del fondamento costituzionale.

[13] *Supreme Court*, 13 dicembre 2018, *The Uk Withdrawal From The European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill - A Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland (Scotlantd)* [2018] UKSC 64.

[14] I Primi Ministri della Scozia e del Galles hanno qualificato tale iniziativa legislativa come un atto di usurpazione delle competenze dei rispettivi Governi ("a naked power grab"), in quanto la legge, in particolare, consente ai Ministri britannici di modificare il diritto di fonte europea ("*retained EU law*"), anche se inerente alle nuove *devolved matters,* senza il consenso dei *devolved territories*. Per questa ragione il Parlamento scozzese aveva negato il proprio assenso allo *EUWA* e aveva approvato una propria legge, la quale differiva da quella britannica per alcuni profili: in particolare, diversamente da quella britannica, non escludeva dallo *retalined EU law* la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e ciò avrebbe consentito alla Scozia di rimanere al passo con questa anche post-Brexit. L'*Act* scozzese sanciva l'inefficacia della legislazione *subordinate* relativa al diritto di fonte europea ("*retained EU law*") introdotta dai ministri britannici sulla base dello *EUWA 2018*, in mancanza del consenso dei ministri scozzesi, che, se emanata in forma di *statute*, sarebbe ricaduta nella sfera di competenza del Parlamento scozzese. Gran parte del dibattito dinanzi alla Corte Suprema è stato volto a stabilire se il Parlamento scozzese avesse o meno competenza legislativa nelle materie non riservate al Regno Unito e se il fatto che il diritto dell'Unione europea cessasse di essere applicabile nel Regno Unito incidesse sulla divisione di competenze stabilite con la *devolution*.

[15] La *prorogation* è, sostanzialmente, la 'chiusura' del Parlamento; durante tale

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

nariamente spettanti al *Prime Minister* (sentenza *Miller II*)[16]. La Corte Suprema, in sessione plenaria e all'unanimità, dopo aver escluso che la materia debba ritenersi «non justiciable», cioè sottratta allo scrutinio giudiziale, ha sancito l'illegittimità della *prorogation*. La sentenza si sofferma, ancor più della precedente *Miller (I)*[17], sulla descrizione del peculiare assetto costituzionale britannico, nel quale la garanzia di separazione dei poteri e la salvaguardia della superemazia del Parlamento, quale organo democraticamente eletto, sono comunque garantiti, in assenza di costituzione scritta, sulla base dei principi radicati nella tradizione[18]. Proprio in considerazione del ruolo che il Parlamento è chiamato a svolgere, e *a fortiori* nel contesto della procedura di Brexit, la *prorogation* è illegittima in quanto priva di ragioni che la giustifichino, tenuto conto dell'eccezionalità della misura (la durata assai più lunga dell'ordinario) e della gravità delle conseguenze che ne scaturirebbero (giacché il Parlamento sarebbe privato della possibilità di esprimersi rispetto ad un evento di grande impatto per il Paese).

La *Supreme Court*, decidendo, in entrambi i casi, sulla ripartizione di poteri in base a principi e regole che sono in larga parte non scritte, ha svolto il ruolo sostanziale di vera e propria Corte costituzionale, e non già di ultima istanza di giudizio, nel contesto di un ordina-

periodo sono sospese le sedute di entrambe le Camere e, pertanto, i *Commoners* e i *Lords* non possono discutere né votare sulle leggi. La *prorogation* valuta da Boris Johnson avrebbe determinato una sospensione di cinque settimane (a partire dal 9 settembre 2019); la nuova sessione parlamentare si sarebbe aperta il 14 ottobre 2019 (con il *Queen's speech*) e quindi in prossimità della data allora stabilita per la Brexit (il 31 ottobre).

[16] *R (Miller) v The Prime Minister and Cherry v Advocate General for Scotland* [2019] UKSC 41.

[17] Cfr. par. 40-46 della sentenza *Miller* (I) e par. 28 ss. *Miller* (2)

[18] V. par. 39 Miller (II): «Although the United Kingdom does not have a single document entitled «The Constitution», it nevertheless possesses a Constitution, established over the course of our history by common law, statutes, conventions and practice. Since it has not been codified, it has developed pragmatically, and remains sufficiently flexible to be capable of further development. Nevertheless, it includes numerous principles of law, which are enforceable by the courts in the same way as other legal principles. In giving them effect, the courts have the responsibility of upholding the values and principles of our constitution and making them effective. It is their particular responsibility to determine the legal limits of the powers conferred on each branch of government, and to decide whether any exercise of power has transgressed those limits. The courts cannot shirk that responsibility merely on the ground that the question raised is political in tone or context».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

mento giuridico che si caratterizza tuttora per l'assenza di una costituzione scritta e di un controllo sulla costituzionalità delle leggi nell'accezione più comune[19].

3. *La 'sorte' dell'acquis communautaire alla luce dello European Union (Withdrawal) Act 2018*. – La Brexit mette in discussione, prima di tutto, il complesso di regole e principi di fonte europea (*acquis communautaire*), legislativa o giurisprudenziale, vigenti nel Regno Unito. L'area del diritto privato maggiormente interessata dal diritto dell'Unione europea è quella del diritto patrimoniale, in quanto più strettamente inerente al mercato interno: viene in considerazione, dunque, soprattutto la legislazione interna attuativa delle numerose direttive in materia di contratti e la relativa giurisprudenza (della Corte di giustizia e interna). L'ambito della responsabilità extracontrattuale risulta più marginalmente toccato dalla legislazione europea (fatta parziale eccezione per la disciplina della responsabilità del produttore per danno da prodotto difettoso di cui alla direttiva CEE 85/374).

Per tutto il complesso di norme di fonte europea il Regno Unito si è trovato ad affrontare il problema, di natura qui marcatamente tecnico-giuridica, di determinarne la 'sorte' una volta venuto meno l'obbligo di conformità con il diritto dell'Unione europea. La continuità e la certezza del diritto verrebbero disattese qualora tutte le norme di diritto interno promananti, direttamente o indirettamente, dall'Unione europea, perdessero efficacia improvvisamente, al momento dell'*exit* (o della successiva fase transitoria); si aprirebbe, oltre tutto, un vuoto normativo incolmabile, senza che, d'altra parte, ciò corrisponda a una sostanziale esigenza dell'ordinamento giuridico interno. Non essendo l'abrogazione una strada percorribile, si pone allora il problema di definire quale status di diritto interno tali fonti acquisiscano con la Brexit: ciò, ai fini della loro collocazione nella

[19] Sul punto cfr., in prospettiva, V. Bogdanor, *Beyond Brexit: Towards a British Constitution*, 22 febbraio 2019, https://constitution-unit.com/, e, più ampiamente, la monografia dallo stesso titolo (London, 2019). In sintesi, secondo l'autorevole costituzionalista, proprio perché l'impatto del diritto dell'Unione europea è stato significativo, la Brexit potrebbe, insieme con altri cambiamenti significativi dell'assetto costituzionale verificatisi a partire dalla fine degli anni '90 del secolo scorso, portare a un cambiamento epocale: dallo stato di incertezza esistente in tre aree-chiave dell'ordinamento costituzionale (referendum, tutela dei diritti fondamentali, *devolution*), emerso nel corso della Brexit, potrebbe scaturire il 'bisogno' di una costituzione scritta, e da ciò l'allineamento della Gran Bretagna con le moderne democrazie.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

gerarchia interna delle fonti, da cui dipendono anche le modalità tramite le quali potrà eventualmente procedersi alla modifica o all'abrogazione.

Il problema si pone in termini diversi a seconda che si tratti di disposizioni e atti legislativi di fonte europea direttamente applicabili (tipicamente, ma non esclusivamente, i regolamenti) o di provvedimenti interni che danno attuazione a disposizioni e atti legislativi di fonte europea non direttamente applicabili (tipicamente, ma non esclusivamente, le direttive).

Per quanto concerne, invece, le regole derivanti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, si tratta di individuare i criteri ai quali le corti interne dovranno attenersi per il futuro.

Tali profili, di diritto interno, inerenti alla Brexit sono stati trattati nello *European (Withdrawal) Act 2018*. La legge dispone, prima di tutto, l'abrogazione dello *European Union Act 1972*, con conseguente riappropriazione da parte del Regno Unito delle competenze legislative prima trasferite all'Unione europea, a far data dall'*exit*, e quindi dal 31 gennaio 2020; tuttavia, in conseguenza delle modifiche apportate all'*Act* del 2018 dallo *European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020* in conseguenza dell'andamento della Brexit, il diritto dell'Unione europea sarà applicato durante il periodo transitorio (c.d. «implementation period», «IP» secondo l'abbreviazione legislativa).

In sintesi e limitatamente alle regole di più ampia portata, l'*Act* del 2018 prevede che la normativa di fonte europea presente nell'ordinamento giuridico interno prima della Brexit continui a produrre effetti sino al completamento dell'*IP*; una volta conclusosi l'*IP* tale diritto di fonte europea permarrà nell'ordinamento giuridico interno (da ciò la categoria «retained EU law»).

Tale *retained EU law* viene suddiviso in due categorie: quello «derivato», cioè quello incorporato nel diritto interno mediante provvedimenti attuativi del diritto dell'Unione europea («EU-derived domestic legislation»: tipicamente i provvedimenti interni di attuazione delle direttive); quello che ha efficacia diretta («directly effective EU law»: tipicamente i regolamenti).

Il diritto «derived» conserva lo stesso *status* che assumeva nel diritto interno pre-*Brexit* (cioè quello di normativa «primary», «subordinate» o altro), con le conseguenze che ne derivano, secondo il diritto interno, per quanto attiene alle modalità attraverso le quali si potrà eventualmente procedere per la modifica o l'abrogazione (*s.* 7, *Status of retained EU law*, par. 1).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Il *retained EU law* «direct» è costituito da normativa che, in quanto direttamente applicabile, non era stata recepita nel diritto interno e non aveva acquisito, pertanto, alcuno status di diritto interno. Con riferimento a questa categoria, l'*Act* si limita a stabilire, in via generale e salvi specifici casi, lo status degli eventuali provvedimenti di modifica o abrogazione (*s.* 7, par. 2, e 3).

Con riferimento alle regole di fonte giurisprudenziale, l'*Act* stabilisce che, a far data dalla Brexit, il principio di supremazia cessa, di regola, di essere applicabile in riferimento al diritto dell'Unione europea adottato dopo la Brexit; analogamente per quanto riguarda la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, specificandosi sul punto che ciò non pregiudica la permanenza nel diritto interno dei diritti fondamentali e dei principi che esistono a prescindere dalla Carta (*s.* 5, *Exceptions to savings and incorporation*).

I giudici non saranno vincolati dalle sentenze della Corte di giustizia relative al *retained EU law* rese successivamente alla conclusione dell'*IP*; tuttavia, qualsiasi questione relativa al *retained EU law*, nella misura in cui quest'ultimo non sia stato modificato alla data finale dell'*IP*, deve essere decisa in conformità con la giurisprudenza della Corte di giustizia (*retained case law*) e con i «retained general principles of EU law». Tuttavia la *Supreme Court* e la *High Court of Justiciary* (corte di massima istanza in Scozia in materia penalistica) potranno discostarsi dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e da quella diritto interno (*retained domestic case law*) nella stessa misura in cui possono discostarsi dai precedenti di diritto interno. Si prevede che, nel rispetto di una determinata procedura, il Ministro possa emanare provvedimenti volti a specificare i vincoli gravanti sui giudici (*s.* 6, *Interpretation of retained EU law*)[20].

Inoltre, al termine dell'*IP* non saranno più ammesse azioni volte a far valere l'invalidità del *retained EU law* sulla base dell'asserita invalidità della corrispondente fonte di diritto dell'Unione europea; i principi generali di diritto dell'Unione europea non saranno parte del diritto interno qualora non fossero stati riconosciuti dalla Corte di giustizia prima della Brexit; l'azione per risarcimento del danno nei confronti della stato per violazione del diritto dell'Unione europea (*Francovich*) non potrà essere esercitata (*Schedule* 1).

[20] Sul punto cfr. T. Horsley, *Brexit and UK Courts: Awaiting Fresh Instruction*, in *The UK after Brexit*, cit., p. 72 ss.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Le questioni connesse al diritto applicabile nelle controversie internazionalprivatistiche sono affrontate nel *Withdrawal Agreement* (Titolo VI, *Cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale*), in quanto, in tal caso, la problematica non riguarda soltanto il diritto interno, ma tutti gli Stati membri. In particolare, con riferimento al diritto dei contratti, quale area fisiologicamente interessata dalle regole di conflitto, si prevede che il regolamento CE 593/2008 concernente la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (c.d. Roma I), si applica ai contratti conclusi prima della fine del periodo di transizione (cioè prima del 31 gennaio 2020; art. 66, *Legislazione applicabile in materia contrattuale ed extracontrattuale*, par. 1).

4. *Il difficile rapporto Inghilterra-CEDU*. – Il Regno Unito è uno degli Stati a suo tempo promotori della CEDU[21]. Nel progresso di tempo la CEDU ha acquisito importanza crescente nell'ordinamento interno ed è stata invocata sempre più spesso dinanzi ai giudici nazionali, anche per il tramite del diritto comunitario; inoltre, i casi che vedevano il Regno Unito convenuto davanti alla Corte di Strasburgo sono aumentati. Di fronte a questa situazione, il Governo britannico ha ritenuto opportuno emanare lo *Human Rights Act 1998*: la legge nasce dalla volontà di «riportare i diritti a casa» («to bring rights home», con le parole del Governo laburista di Tony Blair), cioè a fare in modo che i cittadini britannici possano rivolgersi alle corti nazionali per chiedere tutele adeguate contro violazioni dei diritti previsti dalla CEDU imputate al Regno Unito.

Lo *HRA 1998* detta un'articolata disciplina, indicando in dettaglio quali siano le conseguenze derivanti dalla violazione dei diritti previsti dalla CEDU (riportati in allegato allo *HRA*). In sintesi, chi sia stato leso in uno di tali diritti ha la possibilità di rivolgersi alle corti nazionali per far accertare la sussistenza della violazione commessa

[21] Sin dal 1966 il Regno Unito ha accettato che i propri cittadini presentino ricorso alla Corte di Strasburgo, istituita nel 1959, rinnovando l'adesione a tale sistema alle successive scadenze triennali; nel 1994 ha firmato il Protocollo 11, che, riformando il precedente sistema di controllo, ha reso esclusiva la giurisdizione della Corte (prima condivisa con la Commissione), ha introdotto – anche a seguito di pressioni dello stesso Regno Unito – la possibilità del *rehearing* da parte della Grande Camera e ha reso permanente il ricorso individuale diretto alla Corte. V. J. Bates, *British sovereignty and the European Court of Human Rights*, in *Law Quarterly Review*, 2012, p. 382 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

da una «public authorities» (*s. 7 HRA*) e ottenere, eventualmente, il ristoro monetario previsto dall'art. 41 CEDU («just satisfaction»).

In base allo *HRA*, inoltre, il giudice adito che ritenga sussistente un contrasto tra la legge interna applicabile nel caso concreto e i diritti CEDU, può emettere una «declaration of incompatibility»: tale pronuncia non produce alcun effetto nel giudizio *de quo*, ma attribuisce al ministro competente – una volta che la sentenza non sia più impugnabile – il potere (ma non l'obbligo) di avviare la procedura prevista dallo stesso *HRA* con modalità agevolate rispetto a quelle ordinarie. Per quanto il controllo circa la compatibilità della legge con la CEDU così delineato sia 'blando' rispetto ai corrispondenti meccanismi previsti negli altri ordinamenti europei, la sua introduzione ha costituito un momento significativo dell'evoluzione dell'ordinamento interno sotto il profilo costituzionale: si tratta comunque di una deroga, che si aggiunge a quelle imposte dall'ordinamento dell'Unione europea, al principio della *sovereignty of Parliament*, in quanto consente al giudice di sindacare la legge del Parlamento.

In base allo *HRA*, inoltre, nell'interpretare i diritti CEDU i giudici devono prendere in considerazione («to take into account») la giurisprudenza della Corte EDU (s. 2 *HRA*) e attribuire al diritto interno, «as far as it is possible», un significato conforme con la Convenzione (s. 3 *HRA*; e quanto maggiori sono i margini di cui il giudice dispone per poter assegnare alla legge un significato conforme, tanto più si restringono i margini per la dichiarazione di incomapatibilità[22]). Sia l'una, sia l'altra disposizione sono state oggetto di let-

[22] Tale rapporto di complementarietà è esemplificato dal caso *Ghaidan v. Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30, in cui era in discussione la compatibilità con la CEDU della disposizione di diritto interno che attribuiva il diritto di succedere nel contratto di locazione alla morte del conduttore al convivente eterosessuale: si poneva il problema del riconoscimento di analogo diritto nel caso di convivenza tra *partners* omosessuali. La *House of Lords* ritenne che la soluzione fosse positiva, alla luce dell'interpretazione del diritto interno in conformità con il principio di non discriminazione (c.d. artt. 8 e 14 CEDU) e che tale interpretazione fosse legittima a prescindere dall'ambiguità del testo della legge: il giudice deve poter attribuire alla legge un significato diverso da quello originariamente voluto dallo stesso Parlamento, fermo restando che quest'ultimo mantiene il diritto a emanare leggi non compatibili con la Convenzione. Nel caso *de quo*, secondo la *House of Lords*, la legge poteva essere interpretata in conformità senza in tal modo scalfire la *sovereignty of Parliament*, in quanto non finalizzata alla tutela della famiglia fondata sul matrimonio, ma ad una *ratio* di politica sociale estensibile alle coppie omosessuali.

Lord Steyn, in particolare, afferma che i giudici dovrebbero avvalersi più spesso

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

ture differenti, a seconda del momento storico e delle personalità dei giudici che si sono succeduti nelle corti superiori.

Il rapporto tra Regno Unito e CEDU è entrato in crisi nella seconda metà degli anni '90: in varie occasioni la Corte di Strasburgo ha ritenuto il Regno Unito responsabile della violazione della CEDU, generando reazioni di protesta. La tensione è esplosa quando la Corte EDU ha ritenuto incompatibile con la CEDU la legislazione interna che limitava il diritto di voto dei detenuti (quale pena accessoria alla condanna penale; c.d. «prisoner voting») e le misure anti-terrorismo adottate dal Regno Unito dopo l'11 settembre 2001.

Nel 2009 una 'violenta' critica alla Corte di Strasburgo è stata rivolta da Lord Hoffmann, giudice della *Court of Appeal*. L'autorevole giurista, che precedentemente e pur non condividendo le censure mosse al Regno Unito si era pronunciato per la sussistenza dell'obbligo di rispettare le decisioni della Corte di Strasburgo *ex s.* 2 *HRA 1998*, ha accusato quest'ultima, extragiudizialmente, di aver «usurpato» la giurisdizione britannica[23]. Afferma Lord Hoffmann che se è vero, infatti, che i diritti umani tutelati tramite la CEDU sono universali a livello di astrazione, la loro applicazione richiede delle operazioni di bilanciamento e di compromesso che possono essere compiute soltanto all'interno di una data società e di un dato sistema giuridico; la Corte di Strasburgo, ignorando tale dato, avrebbe invece applicato con eccessiva discezionalità la dottrina del margine di apprezzamento, comportandosi come se fosse la corte suprema di uno stato federale e pur essendo priva di legittimazione; così facendo, essa sarebbe andata ben oltre il mandato conferitogli dagli Stati con la firma della Convenzione.

La polemica ha trovato seguito nel dibattito parlamentare[24] e da

dell'interpretazione conforme, e ricorrere alla *declaration of incompatibility* soltanto come *extrema ratio*, abbandonando l'approccio interpretativo letterale per favorire lo scopo della legge, giacché è lo stesso Parlamento che, emanando lo *HRA*, ha voluto la piena tutela dei diritti della persona (par. 38 ss.). Lord Millet *dissenting*: la lettera della legge deve essere rispettata, in omaggio alla *sovereignty of Parliament*, e se il contrasto non è sanabile in via interpretatativa deve farsi ricorso alla *declaration of incompatibility*.

[23] L.H. Hoffmann, *The Universality of Human Rights*, in *Law Quarterly Review*, 2009, p. 416 ss.

[24] La Corte di Strasburgo obbligherebbe il Regno Unito a modificare il proprio diritto interno anche quando il contrasto con il c.d. «consenso europeo» non sia dimostrato: cfr. *Commission on a Bill of Right*s, *Reform of the Eur. C.H.R.*, 20 luglio

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

ciò anche l'impulso dato dal Regno Unito alla rinegoziazione dell'assetto organizzativo CEDU[25].

Sul piano giuridico, si è assistito ad un atteggiamento di maggiore chiusura nei confronti della Corte di Strasburgo. Più specificamente, è stato rivisitato l'orientamento secondo cui, pur in assenza di un obbligo chiaramente enunciato dalla *s.* 2 *HRA*, sarebbe comunque opportuno attenersi, di regola, alla giurisprudenza di Strasburgo (anche al fine di prevenire un successivo ricorso alla Corte europea): i giudici nazionali possono ora limitarsi a «prenderla in considerazione», senza esserne vincolati[26].

Successivamente, in più occasioni, la Corte EDU è tornata sui propri passi[27]. Per quanto riguarda la vicenda del *prisoner voting*, in risposta ai rilievi mossi dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, il Regno Unito si è impegnato a introdurre le modifiche idonee a garantire la conformità del diritto interno con la CEDU[28]; quindi, nel settembre 2018, il Consiglio d'Europa ha ritenuto il caso chiuso[29].

2011; v. anche la *Speech on the European Court of H.R.*, 25 gennaio 2012, del Primo Ministro D. Cameron.

[25] In tale prospettiva v. le dichiarazioni di Brighton e di Interlaken e il piano di azione sulla riforma della Corte EDU, risalenti al 2010.

[26] *R. v. Horncastle (Michael Cristopher)* [2009] UKSC 14; [2010] 2 A.C. 373; il conflitto tra la giurisprudenza interna e quella di Strasburgo difficilmente si concretizzerebbe, e, anche qualora tale ipotesi si verificasse, si tratterebbe di un'opportunità per la Corte di Strasburgo di riconsiderare la propria posizione e si avvierebbe un proficuo dialogo tra le corti (par. 11, *per* Lord Phillips).

[27] La richiesta, avanzata in *Horncastle* (vedi nota prec.) dalla *Supreme Court* alla Corte di Strasburgo, di riconsiderare la propria posizione, ha portato la Grande Camera a cambiare rotta anche in *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, 15 dicembre 2011: la *hearsay evidence*, quale prova unica o decisiva, non è automaticamente in contrasto con l'art. 6 CEDU, ma dovrà essere, caso per caso, controbilanciata da altri fattori che costituiscano garanzia di salvaguardia processuale.

[28] Il Comitato dei Ministri, nel dicembre 2017, aveva approvato tali cambiamenti, ritenendoli un adeguato compromesso; il Governo avrebbe dovuto modificare il diritto interno entro la fine del 2018.

[29] Ma cfr. E. Adams, *Prisoners Voting Rights: Case Closed?*, in *U.K. Const. L. Blog*, 30 gennaio 2019, https://ukconstitutionallaw.org, secondo cui le modifiche introdotte sarebbero «di facciata», non sarebbero in grado di rimuovere l'incompatibilità e sarebbero state approvate dal Consiglio dei Ministri per non inasprire il clima di euroscetticismo suscettibile di rafforzarsi e indirizzarsi, a seguito della Brexit, anche verso la CEDU; inoltre, non essendo state introdotte con legge del Parlamento tali modifiche sottrarrebbero a quest'ultimo potere legislativo a vantaggio dell'esecutivo.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Il clima di 'conflitto', o 'dialogo', tra le Corti fa da sfondo anche alla casistica concernente la responsabilità extracontrattuale (in *tort*) delle «public authorities» verso i privati. La tensione tra le corti, in tal caso, è emersa in conseguenza delle peculiarità del diritto inglese della responsabilità extracontrattuale, se osservato dal punto di vista *civilian*, sia in generale, sia con specifico riferimento alla responsabilità delle *public authorities.*

Più specificamente, nel caso *Osman* (1998)[30], la Grande Camera della Corte di Strasburgo ha riscontrato all'unanimità la violazione, da parte del Regno Unito, dell'art. 6 CEDU: lo *striking out* della *cause of action* in *negligence*[31], promossa dal privato contro la pubblica amministrazione per addotte ragioni di *policy* (la non sindacabilità della condotta della pa in quanto implicante valutazioni discrezionali finalizzate all'interesse pubblico[32]) equivarrebbe a conferire una sostanziale immunità in capo alla pubblica amministrazione.

Successivamente la Corte europea, ha 'ritrattato' il precedente *Osman*, a ciò indotta anche dall'atteggiamento di maggiore apertura al riconoscimento della sussistenza della *cause of action* (e fatto salvo il merito) nei confronti della pubblica amministrazione dimostrato *medio tempore* dai giudici inglesi[33].

[30] *Osman v. Regno Unito*, 28 ottobre 1998, no. 87/1997/871/1083. Nel caso *de quo* un insegnante di scuola, preso da passione morbosa per un suo allievo, dopo averlo «perseguitato», uccise il padre dell'allievo e ferì quest'ultimo; da ciò l'azione di risarcimento del danno nei confronti della polizia che, seppure a conoscenza dei fatti e della pericolosità della situazione, non si sarebbe attivata tempestivamente.

[31] Le corti inglesi possono avvalersi della facoltà di non ammettere («to strike out») la controversia alla fase processuale di merito qualora si ritenga che non vi siano ragioni sufficienti a sostegno dell'azione («no reasonable grounds for bringing or defending the claim», ai sensi delle *Civil Procedure Rules 1998*, r. 3.4.2, lett. a).

[32] La giurisprudenza cui si fa riferimento, nello stabilire se il *duty of care*, requisito del *tort of negligence*, sussista, applica il precedente *Caparo Industries plc v. Dickman* [1990] UKHL, secondo cui il *duty of care* non sussiste qualora non sia «fair, just and reasonable to impose a duty on one party for the benfit of the other»: tale requisito consente di escludere la sussistenza del *duty of care* per ragioni di *policy* (quali, per esempio: non interferire con valutazioni discrezionali, non creare ulteriori oneri in capo alla pa, non incentivare condotte meramente difensive da parte, di quest'ultima). In punto di responsabilità in *tort* della pa nel diritto inglese mi sia consentito il rinvio a A.M. Mancaleoni, *Diritto europeo e tort(s) law*, Torino, 2018, p. 95 ss. e, con specifico riferimento alla CEDU, p. 131 ss.

[33] Corte EDU, 10 maggio 2001, *Z and Others v. the United Kingdom*, no. 29392/95. In relazione all'art. 6 (giusto processo) la Corte, con una maggioranza di dodici a cinque, conclude in senso negativo: i ricorrenti hanno avuto la possibilità

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Peraltro, in materia di responsabilità extracontrattuale l'interazione tra *HRA*, CEDU e disciplina della responsabilità extracontrattuale nel diritto interno va al di là delle singole vicende. La necessità di individuare i criteri sulla base dei quali determinare il ristoro monetario a favore della vittima ai sensi dell'art. 41 CEDU e dalla *s.* 8.4 *HRA* – se, ed entro quali limiti, quelli stabiliti dalla Corte EDU oppure quelli estrapolabili dal diritto interno – giudici e dottrina sono divisi. La soluzione varia a seconda della funzione che voglia assegnarsi alla responsabilità in caso di violazione dei diritti umani e in base alla *law of tort*: non è chiaro, guardando al dibattito dottrinale e giurisprudenziale, se la tutela dei diritti umani, promossa dalla CEDU e dallo *HRA*, debba attuarsi seguendo un sistema autonomo o se debba integrarsi nel sistema ordinario di responsabilità extracontrattuale[34].

La CEDU ha sicuramente influenzato l'evoluzione del diritto interno in materia di responsabilità extracontrattuale per «defamation» e «invasion of privacy»[35].

L'eventuale *exit* del Regno Unito dalla CEDU era questione centrale nel dibattito interno prima che sopraggiungesse, inaspettatamente e sopravanzandola per importanza, la questione Brexit[36]. Nel 2015 il partito conservatore aveva inserito nella propria agenda l'abrogazione dello *HRA* e la sua sostituzione con un *British Bill of Rights*; nel manifesto per il 2019 ha dichiarato che sino alla conclusione della Brexit la situazione rimarrà immutata: il quadro è già sin troppo complesso.

di far valere le proprie ragioni davanti al giudice, anche se il caso non è stato discusso nel merito; la procedura di *striking out* non è di per sé contraria all'art. 6 CEDU, in quanto non lede la garanzia del contraddittorio e, anzi, ha il pregio di comportare risparmi di costi e tempi per le parti. La decisione ha il pregio di «soddisfare tutti»: i ricorrenti hanno ottenuto il riconoscimento della violazione della Convenzione ed un significativo risarcimento; il Governo britannico l'ha avuta vinta per quanto concerne l'art. 6 CEDU, ciò che costituiva l'aspetto più importante della controversia; la Corte EDU ha potuto comunque censurare, sia pure su altre basi, il Governo britannico (così D. Fairgrieve, *State Liability in Tort: A Comparative Law Study*, Oxford, 2005, p. 76 s.).

[34] Sul punto v. la sintesi del dibattito in Mancaleoni, *op. cit*., pp. 207-210.

[35] V. P. Giliker, *The Europeanisation of English tort law*, Oxford, 2016, cap. 6.

[36] Cfr. C. Bevan, *Anti-HRA Rhetoric and the Conservative Party 2019 Manifesto: Are the Proposals for a British Bill of Rights and Repeal of the Human Rights Act «Dead in the Water»?*, in *U.K. Const. L. Blog*, 28 novembre 2019, https://ukconstitutionallaw.org/.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Inoltre, guardando ai rapporti tra il governo centrale e i *devolved territories* della Scozia e dell'Irlanda del Nord, sovrapporre ai problemi della Brexit quelli, ulteriori, connessi all'eventuale abrogazione dello *HRA 1998*, significherebbe inasprire le tensioni già presenti: i diritti umani attengono anche alle *devolved subjects* e sono oggetto di disciplina aggiuntiva rispetto a quella dello *HRA 1998* (in base allo *Scottish Act 1998* e al *Northern Ireland Act 1998*). In entrambi i contesti, si teme che dall'abrogazione dello *HRA 1998* possa scaturire una perdita sotto il profilo della tutela dei diritti umani[37].

5. *Sul dialogo common law civil law*. – Le classificazioni degli ordinamenti giuridici, com'è noto, hanno valore relativo, particolarmente nell'età della globalizzazione. La contrapposizione tra la famiglia di *common law* e quella di *civil law* è comunque tuttora centrale nella sistemologia, e più specificamente in quella privatistica[38], pur constatandosi che le differenze – qui, in particolare tra il diritto inglese e quello degli ordinamenti dell'Europa continentale – sono divenute meno marcate nell'evoluzione[39].

Negli anni '90, in conseguenza dell'espansione della legislazione comunitaria nell'area dei rapporti tra privati, numerosi e autorevoli privatisti europei sono stati coinvolti nel progetto di «costruzione» di un eventuale diritto dei contratti europeo, capace di porre rimedio alla frammentarietà del diritto dell'Unione europea, colmando la mancanza di regole generali e di criteri capaci di fornire ausilio nell'individuazione di una soluzione condivisa. A quel momento storico appartiene la controversa e ambiziosa ipotesi di un «codice civile europeo» (perlomeno nella *species* contrattuale)[40]. Varie commissioni, co-

[37] Il Governo scozzese è ufficialmente schierato contro l'abrogazione dello *HRA 1998* e la sua sostituzione con un *British Bill of Rights*. Sull'Irlanda del Nord v. G. Anthony, *«Britain alone»: A view from Northern Island*, in *Britain alone! The implicaions and consequences of United Kingdom Exit from the EU*, edited by P.J. Birkinshaw, A. Biondi, The Netherlands, 2016, p. 59.

[38] La distinzione tra le due famiglie «perde la sua piena potenzialità esplicativa se la si impiega nel campo del diritto pubblico comparato»: A. Rinella, *Famiglie, sistemi giuridici, fonti del diritto*, in G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Rinella, M. Volpi, *Diritto pubblico comparato*, Torino, 2016, p. 37.

[39] Sul punto, tra le trattazioni più aggiornate, v., in chiave critica e per l'originalità, M. Siems, *Comparative Law*, Cambridge, 2014, p. 41 ss.

[40] Per una ricostruzione v. E. Ioratti Ferrari, *Codice civile europeo. Il dibattito, i modelli le tendenze*, Padova, 2006. Tra le posizioni critiche cfr. in particolare

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

stituite da esponenti delle diverse tradizioni nazionali e a volte dietro la speinta e con il supporto, istituzionale e finanziario, dell'Unione europea, hanno elaborato regole («principi»), prevalentemente in materia contrattuale, secondo una logica simile, *mutatis mutandis*, a quella del *restatement* statunitense[41].

Nel contesto di allora sembrava guadagnare terreno l'ipotesi della «graduale convergenza» *common law-civil law*[42]: l'appartenenza del Regno Unito all'Unione europea non soltanto avrebbe comportato la condivisione della legislazione e della giurisprudenza comunitaria, ma avrebbe contribuito a una maggiore apertura del dialogo *common law-civil law* e, nel lungo termine, ad un ravvicinamento anche per quanto concerne la *forma mentis* dei giuristi, che è uno dei fattori che concorrono a determinare lo «stile» degli ordinamenti giuridici[43].

L'«incoming tide» del diritto dell'Unione europea (con la parole di Lord Denning)[44]. Avrebbe obbligato il giurista inglese chiamato a

P. Legrand, *Against a European Civil Code*, in *Modern Law Review*, 1997, pp. 44-63. La letteratura in materia è sterminata: tra i tanti, V. Zeno Zencovich, *Il codice europeo, le tradizioni giuridiche nazionali e il neo-positivismo*, in *Foro it*., 1998, 60 ss.; U. Mattei, *Il problema della codificazione civile europea e la cultura giuridica. Pregiudizi, strategie e sviluppi*, in *Contratto e impresa Europa*, 1998, p. 207 ss.; B.S. Markesinis, *Why a code is not the best way to advamce the cause of European legal unity*, in *European Rev. of Private Law*, 1997, p. 519 ss.

[41] Il riferimento è, ovviamente, prima di tutto, ai Principi Unidroit per il commercio internazionale, ai *Principi di diritto europeo dei contratti* (o Principi Lando), poi confluiti nel *Quadro comune di riferimento*, al codice pavese. Per un quadro completo delle molteplici inziative, nel contesto della «rinascita del diritto comune», v. G. Benacchio, *Diritto privato della Unione europea*, Padova, 2016, p. 161 ss.

[42] B.S. Markesinis, *Learning from Europe and learning in Europe*, in *The Gradual Convergence. Foreign Ideas, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21st Century*, B.S. Markesinis ed., Oxford, 1994, p. 20 s.: «there is enough material here to support the thesis that English law is progressively being Europeanized»; p. 30: «no doubt that convergence is taking place».

[43] K. Zweigert, H. Kötz (*Introduzione al diritto comparato*, I, Milano, 1998).

[44] *HP Bulmer Ltd & Anor v. J. Bollinger SA & Ors* [1974] EWCA Civ 14: «It flows into the estuaries and up the rivers. It cannot be held back, Parliament has decreed that the Treaty is henceforward to be part of our law. It is equal in force to any statute»; «What a task is thus set before us! The Treaty is quite unlike any of the enactments to which we have become accustomed. The draftsmen of our statutes have striven to express themselves with the utmost exactness. They have tried to foresee all possible circumstances that may arise and to provide for them.

They have sacrificed style and simplicity. They have foregone be brevity. They have come long and involved. In consequence, the Judges have followed suit. They interpret a statute as applying only to the circumstances covered by the very words.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

interpretare il diritto interno in conformità con il diritto di fonte esterna a confrontarsi con un modo di esprimersi, ragionare e di argomentare diverso da quello tradizionale (e in deroga, dunque, alla *sovereignty of Parliament*, quale limite all'interpretazione della legge che condiziona significativamente anche il discorso privatistico)[45].

Contro l'ipotesi, o tesi, della «graduale convergenza», si sosteneva che il diritto dell'Unione europea non abbia la capacità di 'unire': agirebbe sugli ordinamenti interni come «elemento perturbatore», mettendo in moto un processo di trasformazione dell'ordinamento giuridico interno il cui esito non sarebbe necessariamente la convergenza[46].

Nella cornice del vivace dibattito di quella fase storica, a distanza di oltre venti anni e nel mutato quadro della Brexit, viene spontaneo guardare all'impatto del diritto privato dell'Unione europea nei vari settori dell'ordinamento interno, pur con le difficoltà e i limiti che tale 'misurazione' comporta (per esempio e in particolare, giacché non è comunque possibile, per la frammentarietà del diritto dell'Unione europea e l'occasionalità delle pronuce giurisprudenziali, fare valutazioni estese al diritto privato in generale, o anche soltanto contrattuale, giacché talvolta il diritto dell'Unione europea potrebbe semplicemente sovrapporsi a tendenze spontanee presenti nell'ordinamento giuridico, giacché i cambiamenti di *forma mentis* sono difficilmente tracciabili nel breve periodo).

L'impressione che si trae, guardando alla giurisprudenza e alla valutazione del fenomeno da parte degli esponenti della dottrina priva-

They give them a literal interpretation. If the words of the statute do not cover a new situation – which was not foreseen – the Judges hold that they have no power to fill the gap. To do so would be a «naked usurpation of the legislative power», see Magor and St. Mellons R.D.C. v. Newport Borough Council (1952) A.C. 189. The gap must remain open until Parliament finds time to fill it.

How different is this Treaty. It lays down general principles. It expresses its aims and purposes. All in sentences of moderate length and commendable style. But it lacks precision. It uses words and phrases without defining what they mean. An English lawyer would look for an interpretation clause, but he would look in vain. There is none. All the way through the Treaty there are gaps and lacunae. These have to be filled in by the Judges, or by Regulations or Directives. It is the European way».

[45] Su cui v., con particolare riferimento all'interpretazione della legge, J. Cartwright, *Contract Law*, Oxford, 2016, p. 28 ss.; Siems, *op. cit*., pp. 44-48 ss.; V. Varano, V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, 2018, pp. 309-311.

[46] G. Teubner, *Legal irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergencies*, in *Modern LR*, (61) 1998, p. 11 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

tistica inglese nei campi di specifica competenza, è che l'impatto concreto del diritto dell'Unione europea nei singoli settori sia stato meno dirompente rispetto a quanto ipotizzato *ex ante*.

Per quanto attiene al diritto dei contratti, può farsi riferimento, embleticamente, alla direttiva 93/13 CEE sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori[47]: tale scelta è giustificata dal fatto che si tratta della disciplina di fonte europea destinata a trovare più ampia applicazione (in quanto concernente tutti i contratti con i consumatori non oggetto di negoziato individuale) e che essa contiene il rinvio a un criterio – la buona fede – che è ritenuto estraneo alla tradizione inglese – perlomeno sotto il profilo formale – e che pure è stato fedelmente trasposto nella normativa attuativa interna. Guardando alla giurisprudenza in materia, per quanto possa osservarsi che la Corte di giustizia sia più pronta, rispetto alle corti inglesi, a interpretare il test di abusività in senso favorevole al consumatore, il recepimento della direttiva non pare aver creato conflitti rispetto al preesistente approccio al problema dell'equilibrio contrattuale nell'ordinamento interno. Dall'analisi della casistica emergerebbe, tuttalpiù, una certa riluttanza da parte delle corti interne a rivolgersi alla Corte di giustizia in casi che pure meriterebbero un intervento chiarificatore[48].

Con riferimento alla responsabilità extracontrattuale, può farsi riferimento alla direttiva CEE 85/374 sulla responsabilità del produt-

[47] G.G. Howells, *The European Union's influence on English consumer contract law*, in *George Washington LR*, (85) 2007, p. 1904.

[48] L'omesso rinvio pregiudiziale è, d'altra parte, un punto debole del rapporto tra Corte di giustizia e giudici nazionali: la Corte di giustizia, infatti, ha stabilito che lo Stato può essere chiamato a risarcire il danno arrecato al privato per violazione commessa da un organo giurisdizionale, ivi incluso il caso in cui una corte di ultima istanza – l'unica obbligata al rinvio ai sensi dell'art. 267 TFUE – ometta il rinvio pur in presenza delle circostanze che lo impongano (circostanze determinate dalla stessa Corte di giustizia). Tuttavia, ai fini della responsabilità e del conseguente obbligo risarcitorio devono sussistere tutte le condizioni richieste in generale per tutte le fattispecie di violazione del diritto dell'Unione europea: in particolare, l'omesso rinvio deve configurarsi come violazione «grave e manifesta» e deve sussistere il nesso causale tra l'omesso rinvio e il danno, e tali requisiti sono difficilmente dimostrabili ai fini della responsabilità dello Stato in genere e *a fortiori* con riferimento alla *species* dell'omesso rinvio pregiudiziale. Sul punto v. per tutti E. Calzolaio, *The elusion of the duty of final courts to submit a preliminary reference to the CJEU: comparative remarks*, in *I giudici nazionali e la Corte di giustizia dell'Unione europea*, a cura di A.M. Mancaleoni, E. Poillot, Roma, 2020, in corso di pubblicazione.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

tore per danno da prodotto difettoso, che costituisce, in tale area, l'intervento più significativo dell'Unione europea, la dottrina ha rilevato come la disciplina dell'Unione europea non abbia avuto la capacità di incidere sulle categorie tradizionali del *common law*[49]. A conclusioni simili può prvenirsi per quanto riguarda la responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea, che è governata esclusivamente da regole giurisprudenziali[50]. Peraltro, particolarmente in tali ambiti è lo stesso diritto dell'Unione europea, ivi inclusa la Corte di giustizia quando chiamata a dirimere il dubbio, ad accordare agli Stati membri e ai giudici ampia discrezionalità.

Non può prevedersi, allo stato, quale sorte avrà l'*acquis communautaire* privatistico nel Regno Unito. A prescindere dall'esito delle nogoziazioni con l'Unione europea, e salvi ulteriori colpi di scena, una volta terminato il periodo transitorio non soltanto il Regno Unito non sarà più soggetto alle obbligazioni 'di conformità' con il diritto dell'Unione europea, ma potrà eventualmente modificare i contenuti della legislazione *retained* e sinanche sostituirla con diritto puramente domestico di diverso contenuto. Peraltro, se è vero che il diritto dell'Unione europea è stato in concreto assimilato dal sistema senza provocare rotture significative con la tradizione, l'abrogazione o la modifica non sono al momento in agenda.

Per quanto riguarda il rapporto tra le corti nazionali e la Corte di giustizia dell'Unione europea, venendo meno il rapporto di 'subordinazione' delle prime alla seconda, sarà legittimo l"overruling' dei 'precedenti' da parte delle corti britanniche.

Guardando al processo che si è potuto osservare durante gli oltre quattro decenni di permanenza del Regno Unito nell'Unione europea, può affermarsi con certezza che vi è una maggiore 'comunicabilità' tra *common law* e *civil law*: basti pensare alla maggiore conoscenza degli ordinamenti giuridici 'altri' acquisita per il tramite della giurisprudenza della Corte di giustizia e della dottrina europea. Tuttavia, secondo un ampio studio dedicato all'analisi del 'dialogo' tra le

[49] J. Stapleton, *Products liability in the United Kingdom: the myths of reform*, in *Texas Int. LJ*, (34) 1999, p. 45 ss.; con riferimento alla casistica più recente v. Giliker, *The europeanisation of English tort law*, cit., cap. 3; Mancaleoni, *Diritto europeo e tort(s) law*, cit., p. 169 ss.

[50] Giliker, *The europeanisation of English tort law*, cit., pp. 109-115; Id., *English law and the challenge of Francovich liability: 20 years on*, in *Law Quarterly Review*, (128) 2012, pp. 541-563, spec. 549 s.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

corti[51], i giudici inglesi tenderebbero comunque, per ragioni di varia natura[52], 'a dialogare' con le altri corti di *common law* piuttosto che con le corti nazionali europee; l'influenza dell'Europa si avvertirebbe soltanto nelle aree oggetto di diritto dell'Unione europea, mentre là dove il riferimento al diritto straniero sia meramente facoltativo gli interlocutori privilegiati sarebbero i colleghi delle giurisdizioni del *Commonwealth*[53].

[51] M. Bobek, *Comparative reasoning in European Supreme Courts*, Oxford, 2013.

[52] Si pensi al fattore linguistico, e quindi all'accessibilità del materiale, prima di tutto; quindi al prestigio che si riconosce alle altri corti di *common law* e la maggior propensione a farsi condizionare da queste, anche per la più sentita somiglianza culturale: v. P. Giliker, *The influence of EU law and European human rights on English private law*, in *Int. & Comp. Law Quarterly*, 2015, p. 249 ss.

[53] Bobek, *op. cit.*, p. 75 ss.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Marcella Martis

Il Temporary Framework *dettato dalla Commissione Europea in occasione dell'emergenza sanitaria scaturente dal Covid-19, recepisce l'approccio comunitario tendente alla modernizzazione della nozione degli aiuti di Stato*

Sommario: 1. Delimitazione del campo d'indagine. – 2. la tradizionale nozione di aiuti di Stato. Elementi costitutivi e *ratio.* Gli aiuti di Stato in materia tributaria. – 3. Il processo di integrazione positiva delle deroghe agli aiuti di Stato quale base per le misure emergenziali atte al contrasto dell'evento pandemico nell'eurozona. – 4. La natura "meramente dichiarativa" del *Temporary framework* Covid-19 non adombra la positività della (sempre auspicabile) integrazione "attiva" della disciplina degli aiuti di Stato.

1. *Delimitazione del campo d'indagine*. – La nozione di aiuti di Stato, riconducibile in campo tributario alla fiscalità funzionale cosiddetta di vantaggio, di sostegno e di sviluppo, eccezionalmente consentita perché destinata a riequilibrare la normalità ambientale alterata da eventi imprevisti e straordinari[1], deve necessariamente essere oggetto di una rinnovata attenzione e di uno specifico studio, e ciò alla luce della congiuntura emergenziale venutasi a creare a seguito della diffusione del fenomeno pandemico di cui al COVID-19 (*Coronavirus Disease 19*).

È infatti evidente come una simile crisi sanitaria costituisca uno *shock* per le economie dell'Unione e del mondo intero, con conseguente necessità per gli Stati di intervenire a sostegno del mercato senza che ne risulti falsata la concorrenza, con ciò garantendo il rispetto dell'art. 107 del TFUE.

In questo contesto è intervenuta la Commissione Europea, che con la comunicazione del 13 marzo 2020, denominata "Communication from the commission to the european parliament, the european council, the council, the european central bank, the european

[1] Cfr. F. Gallo, *Politiche europee, finanza e fiscalità per le aree danneggiate*, in *Rass. trib*., 2013/6, p. 1215.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

investment bank and the eurogroup"[2], e la successiva del 19 marzo 2020, rubricata "Temporary framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak"[3], di recente ulteriormente integrata[4], ha dettato delle linee guida in materia di aiuti, prevedendo – tra le altre – delle forme di fiscalità di vantaggio idonee, a seguito dell'adozione da parte degli Stati, ad attenuare l'impatto della pandemia sui mezzi di sussistenza delle persone e, in generale, sull'economia.

Si tratta, a ben vedere, di un articolato sistema di *State aid measures* incentrate su determinati requisiti a carico di ogni singolo Stato membro (testualmente: "to take swift and e ective action to support citizens and undertakings, in particular SMEs, facing economic di culties due to the COVID-19 outbreak"), e riassumibili nelle seguenti tipologie: sovvenzioni dirette e agevolazioni fiscali selettive fino a 800.000,00 euro in favore di ciascuna impresa; garanzie di Stato per prestiti contratti da imprese con le banche; prestiti pubblici agevolati alle imprese; garanzie per le banche che veicolano gli aiuti di Stato all'economia reale; assicurazione al credito all'esportazione a breve termine; sostegno per le attività di ricerca e sviluppo e produzione di prodotti connesse al coronavirus.

Come meglio si vedrà nel corso della trattazione, le *guidelines* dettate per fronteggiare l'evento COVID-19, risultano in sintonia con il percorso di "*modernizzazione*" della disciplina sugli aiuti di Stato, principiato nella seconda metà del secolo scorso, ulteriormente implementato in occasione della crisi economica del 2008[5], e culminato con la Comunicazione della Commissione Europea C 262/01 del luglio 2016[6].

[2] Comunicazione COM (2020) del 13.03.2020, *Communication from the commission to the european parlament, the european council, the council, the european central bank, the european investment bank and the eurogroup*, reperibile nel sito ufficiale della Commissione europea, *www.ec.europa.eu*.

[3] Comunicazione COM (2020/C 91 I/01) del 19.3.2020, *Temporary framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak*, ribattezzato "*Temporary framework*", COM (2020) 1863 *final*, in vigore fino al 31 dicembre 2020.

[4] Cfr. Comunicazione COM (2020/ 2215) *final*, del 3 aprile 2020.

[5] Cfr. Comunicazione del 26.11.2008 (COM 2008/800), e la successiva Comunicazione 2009/C/1601, con le quali è stato adottato un piano volto a favorire la ripresa dell'Europa dalla crisi finanziaria del 2008.

[6] Ci si riferisce alla Comunicazione dell'8 maggio 2012, della Commissione europea, «*Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE*«, finalizzata ad avviare un pro-

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Trattasi di interventi che sono stati caratterizzati, fin dal principio, dall'esigenza di fornire una migliore illustrazione dell'istituto di aiuti di Stato, onde garantirne un'applicazione più agevole, trasparente, e coerente in tutta l'Unione, pur nel rispetto della nozione di cui all'articolo 107, par. 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e delle relative deroghe di cui ai par. 2 e 3 della medesima disposizione.

In tal senso, nelle pagine che seguono si offrirà una riflessione sul reale apporto delle sopra citate comunicazioni della Commissione all'evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato, e ciò al fine di verificare se, e in che termini, le stesse si configurino come idonee a renderne più flessibile la nozione, onde porre rimedio al turbamento dell'economia degli Stati membri in un contesto emergenziale.

Tale disamina non può tuttavia prescindere dall'enucleazione dell'attuale definizione del concetto di aiuti di Stato e dall'individuazione dei cardini normativi, con particolare riguardo al generale divieto di aiuti, nonché alle relative deroghe.

2. *La tradizionale nozione di aiuti di Stato. Elementi costitutivi e* ratio*. Gli aiuti di Stato in materia tributaria*. – Come sopra accennato, l'analisi della natura degli aiuti di Stato contenuta nel quadro provvisorio cd. "Temporary framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak", deve necessariamente prendere l'avvio dalla normativa comunitaria in materia di aiuti, spesso oggetto di approfondimenti da parte della dottrina e della giurisprudenza comunitaria in virtù della cresciuta rilevanza dell'istituto.

La base normativa di riferimento per la ricostruzione della nozione di aiuto di Stato è l'art. 107, paragrafo 1, del TFUE, contenente una definizione ampia e omnicomprensiva, che inquadra quali incompatibili con il mercato interno tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza.

La predetta disposizione difetta, tuttavia, di una precisazione analitica di ciascuno dei diversi elementi costitutivi della fattispecie. Ciò

cesso di riforma complessiva del sistema europeo di controllo degli aiuti di Stato e alla Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato, del 16 luglio 2016 (2016/C 262/01).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

ha indotto l'interprete ad avvalersi dei riferimenti offerti dalla giurisprudenza della stessa Corte di giustizia[7].

Più nel dettaglio, l'art. 107 del TFUE considera aiuto ogni vantaggio, avente natura economica e/o finanziaria, attribuito ad un'impresa mediante un intervento pubblico, indipendentemente dalla modalità tecnica o giuridica attraverso cui l'aiuto viene conferito al destinatario[8].

[7] La nozione comunitaria di aiuto di Stato è stata, infatti, oggetto di costante innovazione a seguito dell'apporto della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, che ha contribuito a individuare la reale portata e significato dei requisiti, la cui presenza cumulativa è sempre necessaria affinché sia configurabile un aiuto, ai sensi dell'art. 107 del Trattato. E così, solo per citarne alcune, con la sentenza del 23 febbraio 1961, Causa 30/59, veniva specificato che il concetto di aiuto ricomprenderebbe non solo prestazioni positive, quali le sovvenzioni, ma anche diverse e variabili forme di interventi, finalizzati ad alleggerire gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un'impresa, a prescindere dalla forma giuridica nella quale la misura si presenta; con la più recente pronuncia del 06.09.2009, C-88/03 (cd. caso Azzorre) la Corte precisava che per "aiuto" dovesse intendersi ogni vantaggio, di origine statale, concesso solo a favore di alcuni soggetti di impresa senza alcuna contropartita (o con minima contropartita) e senza essere proporzionato all'effettivo vantaggio ricevuto. Tra le altre decisioni intervenute sullo specifico argomento, cfr. anche Corte giust. CE, 22 gennaio 2002, C-218/; Corte giust. CE, 19 gennaio 1994, C-364/92; Corte giust. CE, 23 aprile 1991, C-410.

[8] Le norme del Trattato non chiariscono cosa debba intendersi per aiuto di Stato, limitandosi ad indicare genericamente quali siano gli elementi essenziali affinché possa configurarsi tale fattispecie. Detta caratteristica, lungi dall'essere considerata negativamente, consente di ascrivere alla nozione di aiuto di Stato varie modalità di erogazione di aiuti. Per ciò che concerne la materia tributaria, l'ampiezza della nozione di aiuto di Stato consente di inserirvi anche misure di carattere fiscale, tanto è vero che le norme del TFUE vietano di introdurre discriminazioni tributarie a carico di soggetti esteri al fine di evitare di condizionare la neutralità nell'allocazione degli investimenti all'interno dell'Unione, così da scongiurare la censura da parte degli organi dell'Unione. Cfr. sul punto, tra gli altri, G. Bizioli, *Potestà tributaria statale, competenza tributaria della comunità europea e competenza tributaria della Corte di Giustizia: il caso Saint-Gobain*, nota a Corte giust. UE, 21.09.2000, causa C-307/97, in *Riv. dir. trib*., 2000, III, p. 193. Per una bibliografia essenziale sul rapporto tra agevolazioni tributarie e aiuti di stato, si richiamano tra gli altri, M. Basilavecchia, *Agevolazioni* (diritto tributario), in *Enc. dir*., Milano, 2001, p. 56; Id., *Agevolazioni, esenzioni, esclusioni* (diritto tributario), in *Rass. trib.*, 2002, p. 434; L. Del Federico, *La Corte di giustizia chiamata a pronunciarsi sulle agevolazioni per i redditi delle fondazioni bancarie*, in *Rass. trib*., 2004, p. 574; Id., *I principi di equivalenza e di effettività nelle procedure di recupero degli aiuti di Stato fiscali*, in M. Ingrosso, G. Tesauro (a cura di), *Agevolazioni fiscali e aiuti di Stato*, Napoli, 2009; A. Di Pietro, *La tutela europea ed internazionale del contribuente nell'accertamento tributario*, Padova, 2009, *passim*; A. Fantozzi, *Problemi di adeguamento dell'ordinamento fiscale*

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Detta norma, idonea ad incidere su ogni settore, compreso quello tributario, identifica quattro caratteristiche fondamentali che completano la nozione di aiuto di Stato, e che fungono da criteri per comprendere quando una data misura sia da considerarsi come tale. Si tratta, in particolare, del trasferimento di risorse statali[9]; della realizzazione di un vantaggio economico in capo all'impresa beneficiaria, tale da falsare il regime di concorrenza[10]; della selettività o specificità

nazionale alle sentenze della Corte Europea di Giustizia e alle decisioni della Commissione CE, in *Rass. trib*., 2003, p. 2250; Id., *The applicability of State aid rules to tax competition measures: a process of "de facto" harmonization in the tax field*?, in W. Schon (a cura di), *Tax competition in Europe*, Amsterdam, 2003, p. 128; V. Ficari, *Aiuti fiscali regionali, selettività e insularità dalle Azzorre agli enti locali italiani*, in *Rass. trib*., 2006, 1760; C. Fontana, *Aiuti di Stato di natura fiscale*, Torino, 2012; F. Gallo, *L'inosservanza delle norme comunitarie sugli Aiuti di Stato e sue conseguenze nell'ordinamento fiscale interno*, in *Rass. trib*., 2003, p. 2271; C. Glendi, *Processo tributario e recupero di aiuti di Stato*, in *Corr. trib*., 2008, p. 1670; G. Melis, *La c.d. "fiscalità di vantaggio" nella delega sul federalismo fiscale e gli aiuti di Stato. Alcune riflessioni*, in A.E. La Scala (a cura di), *Federalismo fiscale e autonomia degli enti territoriali*, Torino, 2010, p. 109; A. Quattrocchi, *Profili tributari degli aiuti di Stato*, Milano, 2012; P. Russo, *Le agevolazioni e le esenzioni fiscali alla luce dei principi comunitari in materia di aiuti di Stato*, in *Rass. trib*., 2003, p. 330; Id., *Le agevolazioni e le esenzioni fiscali alla luce dei principi comunitari in materia di aiuti di Stato: i poteri del giudice nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com*., 2004, p. 225; L. Salvini, *Aiuti di Stato in materia fiscale*, Padova, 2007, *passim*; M. Basilavecchia, L. Del Federico, A. Pace, C. Verrigni, *Interventi finanziari e tributari per le aree colpite da calamità fra norme interne e principi europei*, 2015, p. 176. Sul rapporto degli aiuti di stato con il principio di neutralità dell'Iva, si richiama senza pretesa di esaustività; P. Coppola, *Il fisco come leva ed acceleratore delle politiche di sviluppo*, Milano, 2016, p. 50; M. Martis, *Riflessioni sul trattamento iva dei finanziamenti pubblici. Il caso delle società aeroportuali. Profili di diritto interno e comunitario (Nota a Commissione Tributaria Provinciale Cagliari, Sez. 3, Sent. n. 49 del 18 gennaio 2019 (udienza del 10 dicembre 2018*), in *Riv. dir. trib. int.*, 2/2019, p. 145 ss.

[9] Il primo elemento idoneo a ricondurre la misura erogata nell'alveo degli aiuti di Stato, è rappresentato dalla necessità che detta misura venga concessa attraverso risorse pubbliche. Sul tema Cfr. F. Rasi, *I confini della nozione*, in L. Salvini (a cura di), *Aiuti di Stato in materia fiscale*, cit., p. 62; V. Di Bucci, *Aiuti di stato e misure fiscali nella recente prassi della commissione CE e nella giurisprudenza delle giurisdizioni comunitarie*, in *Rass. trib*., 2006, p. 2315.

[10] La misura disposta dallo Stato deve apportare al beneficiario un vantaggio economico che altrimenti l'impresa non avrebbe conseguito nel normale corso della propria attività. In questo senso la nozione di vantaggio economico fa riferimento a tutti quegli interventi idonei a sollevare l'impresa da tutti gli oneri che diversamente graverebbero sul proprio bilancio, sul punto vedasi, A. Marotta, *Aiuti di Stato e a iuti fiscali: struttura e differenze*, M. in Ingrosso, G. Tesauro (a cura di), *Agevolazioni fiscali e aiuti di stato*, cit., p. 147 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

della misura nazionale, atta a favorire solo talune imprese[11]; dell'incidenza dell'aiuto nel mercato dell'Unione Europea[12].

Segnatamente, l'operazione sarà considerata un "aiuto" quando le sue caratteristiche siano tali da far sì che in analoghe circostanze un investitore privato, che opera in un'economia di mercato, non rischierebbe il proprio capitale (cd. principio dell'investitore in un'economia di mercato). Sul punto cfr. V. Di Bucci, *Aiuti di Stato e misure fiscali nella recente prassi della Commissione Ce e nella giurisprudenza delle giurisdizioni comunitarie*, cit., p. 2315; A. Marotta, *Aiuti di Stato e aiuti fiscali: struttura e differenze*, in M. Ingrosso, G. Tesauro (a cura di), *Agevolazioni fiscali e aiuti di stato*, cit., p. 137.

[11] Un ulteriore requisito attorno al quale ruota il divieto degli aiuti di Stato è rappresentato dalla selettività degli aiuti, considerando tale qualsiasi provvedimento di natura sia legislativa che amministrativa, che comporti un trasferimento di risorse statali secondo criteri materialmente o territorialmente selettivi. Sul punto cfr. M. Aulenta, *Gli aiuti di Stato*, in A.F. Uricchio, M. Aulenta, G. Selicato (a cura di), *La dimensione promozionale del fisco*, Bari, 2015, p. 90.

[12] Al beneficio economico erogato deve conseguire – seppur solo potenzialmente – una distorsione della concorrenza e, quindi, dei mercati. Il legislatore comunitario ha inteso vietare non solo tutte le misure che determinano un'alterazione della concorrenza, ma anche quelle che generino il rischio che tale distorsione si verifichi. Su questo tema la dottrina e la giurisprudenza si assestano su posizioni discordanti. Secondo una parte della dottrina la valutazione in esame è assistita dalla presunzione che l'aiuto provochi in ogni caso effetti distorsivi, della concorrenza, escludendo dalla nozione di aiuto solamente la misura che non e nemmeno potenzialmente oggetto di scambi infracomunitari. Cfr A. Marotta, *Aiuti di Stato e aiuti fiscali: struttura e differenze*, in M. Ingrosso, G. Tesauro (a cura di), *Agevolazioni fiscali e aiuti di Stato*, cit., p. 142. Anche la Commissione segue il medesimo orientamento, secondo il quale il rafforzamento della posizione di un'impresa sul mercato si traduce inevitabilmente in un pregiudizio per le altre imprese operanti nel medesimo mercato, cfr. Commissione, decisione 87/585/ CEE del 15 luglio 1987; decisione 92/ 329/ CEE del 25 luglio 1990; decisione 93/13/ CEE del 4 novembre 1992.

A tale impostazione si contrappone una diversa linea interpretativa volta a negare l'operatività di una tale presunzione. In questo senso si osserva infatti che, se si accogliesse tale lettura, si giungerebbe alla conclusione che l'unica ipotesi in cui un intervento statale non crei una distorsione della concorrenza, sarebbe da riscontrarsi nel caso in cui il beneficio sia rivolto ad un soggetto che non opera in un regime di concorrenza con le altre imprese, e che quindi svolge la propria attività in un sistema di monopolio legale, ovvero adoperando nuove tecnologie coperte da brevetto. A sostegno di tale posizione cfr. M. Orlandi, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1995, 174; D. Casale, *Aiuti di Stato e distorsioni alla libera concorrenza*, in M. Ingrosso, G. Tesauro (a cura di), *Agevolazioni fiscali e aiuti di stato*, cit., p. 165.

In senso conforme al suindicato approccio è intervenuta la Corte di giustizia europea, la quale ha invitato la Commissione ad abbandonare la prassi basata su logiche presuntive, e a svolgere un esame economico più attento, diretto ad indagare la sussistenza di un potere di mercato in capo al beneficiario dell'aiuto e la presenza

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

In presenza di tutti i predetti presupposti – e solo a questa condizione – gli aiuti di Stato sono da considerarsi «incompatibili».

Orbene, il divieto degli aiuti di Stato, finalizzato a contrastare i regimi protezionistici degli Stati membri, nel corso del tempo ha ampliato le proprie finalità quale misura di potenziamento negativo, includendovi all'interno anche tutte quelle disposizioni tributarie, idonee a produrre un effetto selettivo, discriminatorio o anticoncorrenziale[13].

Tra gli aiuti di Stato potenzialmente vietati dall'art. 107 del TFUE sono state pertanto sussunte le misure nazionali di agevolazione tributaria, in quanto idonee a causare una contrazione del gettito per l'Ente erogatore, ed un consequenziale vantaggio nei confronti di determinati soggetti, con l'implicita esclusione di altri che si trovino nelle medesime condizioni[14].

di un nesso causale tra selettività e la distorsione della concorrenza. Così Corte giust. CE, 19 ottobre 2000, cause riunite C15/98 e C 105/99 in *Racc*., 2000, I; 8855. Per una panoramica generale si veda G. Melis, *Coordinamento fiscale nell'Unione Europea*, in *Enc. dir*., Annali I, 2007, p. 398 ss.; G. Marino, *Note brevi sull'evoluzione del divieto di aiuti di Stato e sostenibilità dei sistemi fiscali*, in *Riv. dir. trib*. 4/2018, 393 ss.; C. Fontana, *Gli aiuti di Stato di natura fiscale*, Torino, 2012, 67 ss.

[13] R. Miceli, *La metamorfosi del divieto sugli aiuti di Stato nella materia tributaria*, in *Riv. dir. trib*., 1/2015, p. 31 ss.; M. Greggi, *Regime fiscale delle ristrutturazioni bancarie e aiuti di Stato: il caso BNP Paribas-BNL sotto la lente del Tribunale*, in *Rass. trib.*, 4/2011, p. 1082.

[14] Per quanto attiene alla nozione di agevolazione fiscale, deve precisarsi come il suindicato concetto presenti degli aspetti problematici di non poco conto, da cui è scaturito un ampio dibattito dottrinale. Ebbene, le criticità riscontrate in ordine ad una puntuale definizione del fenomeno agevolativo, rappresentano il frutto delle peculiarità che contraddistinguono le agevolazioni, le cui norme di riferimento sono spesso approssimative lasciando agli interpreti un ampio margine di opinabilità definitoria. La ragione della suddetta approssimazione del concetto di agevolazione fiscale, viene ravvisata nella circostanza che non esiste una normativa in grado di fornire elementi idonei ad orientare l'interprete in ordine ad una precisa definizione sistematica del fenomeno, a differenza di quanto avviene per la disciplina della fattispecie impositiva. Ne consegue che la ricerca di una definizione del sistema agevolativo avvenga in maggior misura mediante l'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale. In ogni caso, volendo offrire una prima definizione di tale nozione, l'agevolazione fiscale può essere definita come una misura avente l'effetto di attenuare il carico fiscale incidente sul beneficiario. In tal senso cfr. P. Boria, *Il sistema tributario*, Torino, 2008, p. 1029. In generale sulle agevolazioni fiscali vedasi tra gli altri F. Battistoni Ferrara, *Agevolazioni ed esenzioni fiscali*, in *Dizionario di diritto tributario*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, p. 175; S. La Rosa, *Esenzioni e agevolazioni tributarie*, in *Enc. giur.* Treccani, vol. XII, Roma, 2989, p. 1; M. Basilavecchia, *Agevolazioni, esenzioni ed esclusioni*, in *Rass. trib*., 2002, p. 421; A. Pace, *Le agevolazioni fiscali e gli schemi di attuazione dei tributi*, in *Rass. trib*., 2011, p.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Ciò posto, non può non darsi atto come il tradizionale divieto contemplato dal paragrafo 1 dell'art. 107 del TFUE, risulti fortemente temperato, già a livello di Trattato, dalla previsione normativa degli aiuti esenti o esentabili, di cui ai par. 2 e 3 del medesimo art. 107, volti a consentire l'armonizzazione del principio della libera concorrenza con obiettivi economici e sociali.

In tal senso, nel paragrafo che segue, emergerà, nell'ambito della disamina delle deroghe al divieto di aiuti di Stato, come in materia sia ravvisabile una fondamentale direttrice di crescita, tendente a valorizzare l'ambito degli aiuti ammessi.

Si assiste, infatti, ad una metamorfosi del tradizionale impianto delle cc.dd. azioni «*negative*», che si traducono in concreto nell'applicazione dei divieti sanciti dal TFUE, e che vengono bilanciate da una tendenza verso l'integrazione c.d. «*positiva*», rappresentata dall'esercizio, da parte delle istituzioni comunitarie, dei poteri di armonizzazione e di ravvicinamento attraverso la previsione di aiuti fiscali ammessi purché compatibili con le finalità del mercato[15].

3. *Il processo di integrazione positiva delle deroghe agli aiuti di stato quale base per le misure emergenziali atte al contrasto dell'evento pandemio nell'eurozona*. – Inquadrata la natura e la *ratio* del generalizzato divieto degli aiuti di Stato, occorre ora disaminare il tenore dei par. 2 e 3 di cui all'art. 107 del TFUE, i quali contemplano due diverse ipotesi di esenzione che limitano il principio di incompatibilità degli aiuti.

E così, da un lato il par. 2 dell'art. 107 sopra citato prevede un regime di esenzioni che si concretano in aiuti qualificati compatibili *de iure* secondo un giudizio *ex ante*, e che completano, in positivo,

1540; M. Ingrosso, G. Tesauro, *Agevolazioni fiscali e aiuti di Stato*, Napoli, 2009; S. La Rosa, *Esenzioni e agevolazioni tributarie*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Milano, 1966; S. La Rosa, *Le agevolazioni tributarie*, in *Trattato di Diritto tributario*, a cura di A. Amatucci, vol. I, tomo I, Padova, 1994.

[15] Sulla dibattuta questione dell'integrazione «*negativa*» e delle cc.dd. azioni «*positive*» in materia di aiuti di Stato, cfr. *infra* nota 24. In dottrina, P. Boria, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2017, p. 66 ss.; G. Fransoni, *Profili fiscali della disciplina comunitaria degli aiuti di Stato*, Pisa, 2007, p. 29 ss., M. Ingrosso, G. Tesauro, *Agevolazioni fiscali e aiuti di stato*, cit., p. 52 ss.; M. Basilavecchia, *L'evoluzione della politica fiscale dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, p. 391 ss.; G. Palmieri, *Gli aiuti di Stato alle attivita produttive ed il loro regime comunitario*, Bologna, 1992, p. 100 ss.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

la fattispecie costitutiva del divieto degli aiuti di Stato sul piano normativo[16]; dall'altro, il par. 3 dell'art. 107 del TFUE, disciplina gli aiuti che "possono" essere compatibili con il mercato comune, autorizzati *ex post* sulla base di valutazioni discrezionali[17].

In particolare, quanto agli aiuti compatibili *de iure*, si tratta di misure per le quali è già stato effettuato il necessario vaglio diretto a verificarne la compatibilità con il mercato comune[18]. Si è pertanto in presenza di una presunzione di ammissibilità, che si fonda su un giudizio di meritevolezza, formulato *ex ante*, delle finalità cui tendono le misure e che, in ultima analisi, risulta assorbente dell'eventuale loro incompatibilità in concreto[19]. La deroga, in particolare, trova la sua *ratio* nell'opportunità di tutelare situazioni sociali ed obiettivi di svi-

[16] Il paragrafo 2 dell'art. 107 del TFUE considera *de iure* compatibili con il mercato interno: a) gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti; b) gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali; c) gli aiuti concessi all'economia di determinate regioni della Repubblica federale di Germania che risentono della divisione della Germania, nella misura in cui sono necessari a compensare gli svantaggi economici provocati da tale divisione. Cinque anni dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare una decisione che abroga la presente lettera.

[17] Il paragrafo 3 dell'art. 107, precisa che "*possono*" considerarsi compatibili con il mercato interno: a) gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione, nonché quello delle regioni di cui all'articolo 349, tenuto conto della loro situazione strutturale, economica e sociale; b) gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro; c) gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse; d) gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nell'Unione in misura contraria all'interesse comune; e) le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, su proposta della Commissione.

[18] F. Fichera, *Gli aiuti fiscali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. fin. scie. finanze*, 1998, I, p. 123.

[19] Così G. Fransoni, *Profili fiscali della disciplina comunitaria degli aiuti di Stato*, cit., p. 18. La dottrina ha tuttavia precisato come, in ogni caso, gli obiettivi previsti da tali disposizioni non possano mai giustificare l'adozione di misure che si rivelino concretamente distorsive della concorrenza. Sul punto cfr. P. Russo, *Le agevolazioni e le esenzioni fiscali alla luce dei principi comunitari in materia di aiuti di Stato: i poteri del giudice nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, p. 228; T. Ballarino, L. Bellodi, *Gli aiuti di stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1997, pp. 187-88.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

luppo economico che non determinano distorsioni della concorrenza, giustificando così la scelta della prevalenza di valori comunque rilevanti e tutelati dal Trattato.

Ai fini della presente trattazione, tra gli eventi riconducibili all'interno del par. 2 dell'art. 107 del Trattato, debbono senz'altro essere menzionati gli aiuti destinati ad ovviare ai danni causati dalle "*calamità naturali*" o da altri "*eventi eccezionali*" di cui alla lettera b) del medesimo paragrafo.

Difatti, sebbene il concetto di evento eccezionale non sia definito all'interno del TFUE, lo stesso è stato delineato dalla prassi della stessa Commissione, che negli anni vi ha ricompreso guerre, scioperi o situazioni di crisi scaturite da eventi naturali, industriali o tecnologici, di esclusiva natura metereologica o geologica[20].

Si tratta, a ben vedere, di fattispecie che debbono essere interpretate restrittivamente[21], e che legittimano l'applicazione della deroga solo ove sia stata fornita la prova puntuale, da parte dei soggetti interessati-beneficiari, della sussistenza di un danno diretto causato dall'evento eccezionale[22].

[20] Conferma tale lettura il Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione del 17 giugno 2014 che disciplina le c.d. *block exemptions*, ossia i particolari regimi di aiuto in relazione ai quali gli Stati sono anche esentati dall'obbligo di notificazione preventiva. In particolare, ai sensi dell'art. 50 di tale regolamento «I regimi di aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati da terremoti, valanghe, frane, inondazioni, trombe d'aria, uragani, eruzioni vulcaniche e incendi boschivi di origine naturale sono compatibili con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 2, lettera b)». Conforme anche il punto 330 degli Orientamenti dell'Unione Europea per gli aiuti di Stato nei settori agricolo e forestale e nelle zone rurali 2014-2020, in cui viene testualmente riportato che «Fino ad oggi la Commissione ha considerato come calamita naturali i terremoti, le valanghe, le frane e le inondazioni. Inoltre, essa tiene contro degli sviluppi intervenuti nel contesto dell'iniziativa per la modernizzazione degli aiuti di Stato, che consentono di applicare un'esenzione di categoria anche ai seguenti tipi di calamita naturali: trombe d'aria, uragani, eruzioni vulcaniche e incendi boschivi di origine naturale».

[21] Cfr. CGUE, sentenza 11 novembre 2004, Spagna c. Commissione, C-73/03, punto 37; e sentenza 23 febbraio 2006, Giuseppe Atzeni e altri, C-346/03 e C-529/03, punto 79.

[22] Cfr. sulla tematica F. Racioppi, *Principali tipologie di aiuti fiscali*, in L. Salvini (a cura di), *Aiuti di Stato in materia fiscale*, Padova, 2007, p. 461; F. Tenuta, *Deroghe al principio di incompatibilità*, *ivi*, 255; nonché sentenza 23 febbraio 2006, cause riunite C-346/2003 e C-529/2003; sentenza 23 febbraio 2006, cause riunite C-346/2003 e C-529/2003, Atzeni e A., Racc. pag. I-11075, punto 79; sentenza 11 novembre 2004, causa C-73/2003, Spagna/Commissione, non pubblicata nella Raccolta, punto 37; sentenze 11 novembre 2004, causa C-73/2003, Spagna/Commissione, punto

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Il danno, quindi, deve essere conseguenza diretta di questa circostanza, e va dimostrato il nesso causale tra lo stesso, specificamente subito dalla singola impresa, e l'evento calamitoso. Fornita tale prova, gli Stati potranno richiederne il riconoscimento alla Commissione ai fini dell'attivazione del regime di aiuti istituiti per indennizzare le attività economiche colpite.

Per ciò che interessa in questa sede, deve rilevarsi che all'interno della nozione di "disastri ambientali" ed "eventi eccezionali" deve ricondursi l'emergenza pandemica da Covid-19, così come emerge dalla Comunicazione "*Temporary framework*" del 19.3.2020, in cui è stato chiarito che sulla base dell'art. 107, paragrafo 2, lettera b), del TFUE, gli Stati membri possono indennizzare anche le imprese di settori particolarmente colpiti dall'epidemia o gli organizzatori di eventi annullati per i danni subiti e direttamente causati dall'epidemia.

Le misure di compensazione rientranti nella previsione di cui all'art. 107, par. 2, di fatto oggetto di una valutazione di meritevolezza *ex ante*, sono oggetto di notifica da parte degli Stati membri con valutazione diretta da parte della Commissione[23].

Posto quanto sopra in ordine agli aiuti qualificati compatibili *de iure* ai sensi dell'art. 107, par. 2 del TFUE, occorre porre in rilievo come il sistema di aiuti quadro di cui al "*Temporary framework*" della Commissione del 19.3.2020 vada soprattutto ricondotto in un'altra tipologia di misure, inquadrabili nella differente fattispecie di cui al par. 3 dell'art. 107 del TFUE. Tale norma costituisce, senza dubbio, il primigenio cardine della c.d. "integrazione positiva" della disciplina degli aiuti di Stato[24].

37, nonche 23 febbraio 2006, cause riunite C-346/2003 e C-529/2003. Sentenza 25 giugno 2008 causa T 268/2006, cit., punto 52.

[23] Sul punto cfr. testualmente la più volte citata Comunicazione 2020/C 91 I/01 del 19.3.2020, secondo la quale «Pertanto, a norma dell'articolo 107, paragrafo 2, lettera b), del TFUE, gli Stati membri possono compensare i danni derivanti direttamente dall'epidemia di COVID- 19 alle imprese che hanno ottenuto aiuti sulla base degli orientamenti per il salvataggio e la ristrutturazione».

[24] Dibattuta e la questione se l'aiuto di Stato – ivi compreso quello fiscale – sia esclusivamente oggetto di un'integrazione negativa in funzione della tutela della libera concorrenza, così da doversi intendere il «divieto», in senso assoluto, finalizzato a precludere ogni intervento extrafiscale da parte dello Stato in quanto ritenuto distorsivo della concorrenza. Ovvero, se l'aiuto possa essere oggetto di integrazione attiva, e quindi il «divieto», che dovrebbe intendersi in senso relativo, consentirebbe pur sempre misure tributarie extrafiscali di promozione degli investimenti o dell'occupazione. Secondo questa diversa interpretazione, l'aiuto fiscale avrebbe la funzione

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Si tratta, come detto, di quelle misure temporanee e contingenti, che soggiacciono ad una concreta valutazione di compatibilità *ex post* da parte delle istituzioni comunitarie e, nello specifico, della Commissione.

Risulta allora evidente l'aspetto «*positivo*» dell'attività della Commissione Europea, giacché in tali ultime ipotesi gli effetti derivanti dal provvedimento dell'organo comunitario – vale a dire la compatibilità dell'aiuto – non conseguono, in via diretta ed immediata, all'integrazione di una fattispecie puntualmente definita sul piano normativo, ma si producono in via mediata, a seguito dell'esito positivo di un giudizio valutativo discrezionale demandato in via esclusiva alla Commissione stessa[25].

La decisione adottata dalla Commissione e soggetta al controllo giurisdizionale da parte del Tribunale di primo grado e della Corte di giustizia, i quali, competenti a verificare il rispetto delle norme

di indirizzare gli Stati ad agire in campo economico e sociale, secondo comportamenti interventistici «meritevoli» alla stregua dei parametri o valori comunitari. Ebbene, la conclusione accolta a fronte di tali posizioni contrastanti, inserisce gli aiuti di Stato in una linea di confine tra le ipotesi di integrazione negativa (quindi basata esclusivamente su divieti) e quelle definite di integrazione positiva, tendenti verso fondamentali principi comunitari, cfr. M. Ingrosso, F. Tesauro *Agevolazioni fiscali e aiuti di Stato*, cit., p. 250; P. Boria, *Diritto tributario europeo*, cit., p. 66 ss.; G. Fransoni, *Profili fiscali della disciplina comunitaria degli aiuti di Stato*, cit., p. 29 ss.; M. Basilavecchia, *L'evoluzione della politica fiscale dell'Unione Europea*, p. 391 ss; G. Palmieri, *Gli aiuti di Stato alle attivita produttive ed il loro regime comunitario*, Bologna, 1992, p. 100 ss.

[25] Il carattere discrezionale del potere della Commissione e unanimemente sostenuto sia in dottrina, sia in giurisprudenza. Quanto alla dottrina, cfr. V. Caputi Jambrenghi, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario vivente*, in *Riv. ital. di dir. pub. Com.*, 1998, p. 1279 ss.; G. Della Cananea, *Il ruolo della Commissione nell'attuazione del diritto comunitario: il controllo sugli aiuti statali alle imprese*, in *Riv. ital. dir. pub. Com.*, 1993, p. 410 ss.; C. Malinconico, *Tutela della concorrenza ed aiuti di Stato nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. ital. dir. pub. Com.*, 1992, p. 438 ss.; K. Mortelmans, *The compensatory justification criterion in the practice of the Commission in decisions on State aids*, in *Common Market Law Review*, 1984, p. 419 ss.; M. Orlandi, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, cit., 243 ss.; C. Pinotti, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, 2000, p. 116 ss. Quanto, invece, alla giurisprudenza, il suindicato carattere e stato riconosciuto per la prima volta dalla Corte di giustizia nella famosa sentenza del 17 settembre 1980, relativa alla causa C-730/79, *Philip Morris Holland B.V.* c. Commissione, par. 17. Sul punto vedasi, tra le altre, la sentenza del 21 marzo 1990, relativa alla causa C-142/87, Belgio c. Commissione, par. 56, nonché, la sentenza del 14 febbraio 1990, relativa alla causa C-301/87, Francia c. Commissione, par. 49.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

procedurali e di motivazione, l'esattezza materiale dei fatti considerati, nonché l'assenza di errori di diritto, di errori manifesti nella valutazione dei fatti o di sviamento del potere, non potranno sostituire la propria valutazione a quella della Commissione[26].

Orbene, proprio per gli aiuti di cui al par. 3 dell'art. 107 del TFUE, la giurisprudenza comunitaria ha ritenuto che, ai fini dell'esercizio della competenza in questione, la Commissione possa adottare delle linee guida che, senza derogare il Trattato, contengano norme indicative sull'orientamento che tale istituzione seguirà nella valutazione[27].

In tal senso gli aiuti di Stato elencati nel "*Temporary framework*" della Commissione del 19.3.2020 trovano la propria base giuridica nella disciplina derogatoria di cui al par. 3 dell'art. 107 sopra citato. Tali misure di sostegno sono oggetto di un processo di approvazione *ex post* particolarmente snello e rapido, e ciò alla luce della corrispondenza degli aiuti nazionali con le *guidelines* fornite dalla stessa Commissione.

E così, secondo la stessa Commissione Europea, gli aiuti di cui al quadro temporaneo più volte menzionato saranno oggetto di una valutazione di compatibilità con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107, par. 3, lett. b), del TFUE, che espressamente si riferisce agli aiuti rivolti ad un progetto di comune interesse europeo che sia comunque parte di un progetto transnazionale, sostenuto congiuntamente da diversi governi di Stati membri, per far fronte ad una minaccia comune o ad una grave turbativa.

La stessa giurisprudenza, ai fini dell'applicazione della riportata deroga ritiene necessario che il progetto – concreto, preciso, definito – rientri in un programma europeo sostenuto congiuntamente da vari Governi, e che detto programma si esplichi mediante un'azione positiva tesa alla suindicata realizzazione[28].

Per "grave turbamento dell'economia" s'intende, invece, una situazione tale da interessare l'intera economia dello Stato membro,

[26] Cfr. Corte giust., 13 febbraio 2003, in causa C-409/00, Spagna c. Commissione, punto 93; Id., 26 settembre 2002, in causa C-351/98, Spagna c. Commissione, punto 74; Id., 7 marzo 2002, in causa C- 310/99, Italia c. Commissione, punto 52.

[27] Cfr. Corte giust., 5 ottobre 2000, in causa C-288/96, Germania c. Commissione, punto 62.

[28] Cfr. seppur risalenti, la decisione 98/490/CE, C 47/96, *Credìt Lyonnais*, punto 10.1; decisione 2005/345/CE, C 28/02, *Bankgesellschaft Berlin*, punti 153 e ss e la decisione 2008/263/CE, C-50/06, *Bawag*, punto 166

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

non integrando gli estremi richiesti dalla norma una crisi che risulti limitata a singoli settori o riferita a singole aree geografiche[29].

Tanto osservato in merito alle fattispecie derogatorie sinteticamente proposte, occorre adesso verificare in che termini le misure quadro di cui al *Temporary framework* del marzo 2020 si pongano in linea con il processo di modernizzazione del sistema di aiuti di Stato che, come si vedrà, ha storicamente subito una rapida (e contingentata) accelerazione proprio in occasione di situazioni emergenziali come quella sanitaria oggi in corso.

4. *La natura "meramente dichiarativa" del* Temporary framework *Covid-19 non adombra la positività della (sempre auspicabile) integrazione "attiva" della disciplina degli aiuti di Stato*. – Nel paragrafo che precede si è avuto modo di illustrare le tipologie di misure derogatorie al generalizzato divieto di aiuti di Stato, e si è posto in rilievo come, nell'ambito delle predette deroghe, il *Temporary framework* del marzo 2020 elaborato dalla Commissione Europea in risposta all'emergenza sanitaria dovuta alla diffusione del Covid-19, costituisca il fondamento, unitamente all'imprescindibile TFUE, delle normative nazionali volte a controbilanciare gli effetti economici della crisi pandemica, quale portato della generale tendenza alla c.d. "integrazione positiva" della disciplina degli aiuti di Stato[30].

Ebbene, nonostante non si possa negare che i provvedimenti della Commissione Europea del 13 e del 19 marzo 2020, così come integrati dal successivo del 3 aprile 2020, si inseriscano nel percorso evolutivo della materia, deve tuttavia rilevarsi come gli stessi non pos-

[29] C. Fontana, *Gli aiuti di stato di natura fiscale*, cit., p. 179; M. Ingrosso, *Agevolazioni tributarie per i giochi del mediterraneo ed aiuti di Stato: il caso Almeria* 2005, in *Rass trib*, 2004, p. 1781; F. Tenuta, *Deroghe al principio di incompatibilita*, in L. Salvini (a cura di), *Aiuti di Stato in materia fiscale*, cit., p. 267. Vedasi, inoltre, Sentenza CGUE, Germania/Commissione, 30 settembre 2003, C-301/96, Racc., I-9919; sent. Trib. del Primo Grado, 15 dicembre 1999, cause riunite T-132/96 e T 143/96.

[30] Nell'ambito della tendenza evolutiva verso la fiscalità di vantaggio, un ruolo fondamentale ha rivestito anche l'art. 109 del TFUE che ha legittimato diverse categorie di aiuti ammessi, caratterizzati dall'assenza di una specifica autorizzazione da parte della Commissione europea, ed in tal modo conducendo ad una rielaborazione del sistema delle deroghe strutturalmente inserito nell'art. 107 del TFUE. cfr. R. Miceli, *La metamorfosi del divieto sugli aiuti di Stato nella materia tributaria*, cit., 31 ss.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

sano a pieno titolo definirsi quali effettivi propulsori di una nuova flessibilità in tema di aiuti di Stato.

Il c.d. "Quadro Temporaneo" individuato dalla Commissione, pur prevedendo delle misure "tipo" senz'altro idonee a fronteggiare l'impatto economico derivante dal Coronavirus ha, infatti, una natura che può definirsi come "meramente dichiarativa", e ciò alla luce di una comparativa con i provvedimenti precedentemente adottati dal medesimo Organo comunitario in analoghi contesti emergenziali.

Sono infatti evidenti i punti di contatto tra il *Temporary framework* del marzo 2020 e i provvedimenti adottati dalla Commissione per fronteggiare la crisi dei mercati finanziari dell'anno 2008, che ha fortemente pregiudicato l'economia complessiva degli Stati membri dell'Unione Europea.

Anche in tale occasione (e quella volta in termini innovativi), la Commissione era intervenuta con un quadro temporaneo di aiuti a sostegno delle economie nazionali dell'Eurozona, volti a salvaguardare le imprese e a stabilizzare i mercati attraverso l'erogazione di liquidità alle istituzioni finanziarie, sussumibili, all'epoca, nelle misure temporanee di cui all'art. 87, par. 3, lett. b) trattato CE, attualmente rispondente all'attuale art. 107, par. 3, lett. b)[31].

E ancora, dopo il superamento della fase acuta della crisi economica del 2008, nel maggio 2012, con la Comunicazione "Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE"[32], la Commissione aveva dichia-

[31] Cfr. la Comunicazione del 26.11.2008 (COM 2008/800) e la successiva Comunicazione 2009/C/1601, con le quali è stato adottato un piano volto a favorire la ripresa dell'Europa dalla crisi finanziaria del 2008. Tale piano di ripresa era imperniato su due elementi principali, con misure a breve termine per rilanciare la domanda e salvare posti di lavoro, da un lato, e con "investimenti intelligenti" per garantire una maggior crescita e una prosperità sostenibile a lungo termine, dall'altro. La Commissione in quell'occasione aveva precisato testualmente l'opportunità di coordinare le diverse forme di intervento attuate dagli Stati proprio al fine di «garantire condizioni di parità tra le imprese europee ed evitare che gli Stati membri si lancino in una azione di aiuti economici che si rileverebbe insostenibile e dannosa per la comunità… Il ruolo della politica di concorrenza è proprio quello di garantire che queste condizioni siano rispettate».

[32] Con la Comunicazione dell'8 maggio 2012, della Commissione europea, «*Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE*«, è stata sottolineata l'opportunità di concentrare l'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato sui casi con maggior impatto sul mercato interno, prevedendo, da un lato, maggiori controlli degli aiuti di entità considerevole e con potenziali effetti di distorsione; e, dall'altro, una revisione del sistema delle esenzioni attraverso un'analisi semplificata dei casi con scarse possibilità di provocare distorsioni sulla concorrenza.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

ratamente dato l'avvio a un processo di revisione dell'intero comparto, culminato nella Comunicazione 2016/C 262/01 del 19 luglio 2016[33], e volto a rendere più organica e coerente la politica di controllo all'interno del sistema europeo.

Si tratta, a ben vedere, di un radicale mutamento di rotta che, come sopra accennato, ha sublimato una modernizzazione che perseguiva, tra gli obiettivi di carattere generale, quello volto a conseguire una politica intelligente, sostenibile ed inclusiva, con un uso più efficiente delle finanze pubbliche; la concentrazione del controllo *ex ante* solo per le misure maggiormente incisive sul mercato unico; la semplificazione della disciplina quadro, con incentivazione dell'integrazione positiva, e del regime delle esenzioni della notifica per gli aiuti con minimo impatto negativo sulla concorrenza, con decisioni *ex post* più rapide in ordine alla loro compatibilità col mercato[34].

È allora evidente come, già dal 2008, e a seguire negli anni successivi, la Commissione abbia mostrato un atteggiamento meno intransigente e più flessibile, pur sottolineando l'opportunità di rispettare un insieme di principi trasversali, atti a garantire che l'aiuto perseguisse obiettivi di interesse comune, preservando le stesse condizioni di concorrenza per tutte le imprese.

In questo modo gli aiuti fiscali, oggetto dell'integrazione positiva da parte della Commissione, hanno assunto quel ruolo di ausilio alle

[33] La disciplina sul controllo degli aiuti di Stato ha subìto una notevole evoluzione nel corso del tempo che ne ha esteso progressivamente l'ambito di applicazione e ha portato ad articolare meglio le tipologie di intervento. Le recenti istanze di riforma (*rectius*, "modernizzazione") della disciplina sugli aiuti di Stato, che si prefiggono per fini di certezza anche «il chiarimento e la migliore illustrazione» di tale nozione, onde garantirne un'applicazione più agevole, trasparente e coerente in tutta l'Unione, sono state, da ultimo, precisate dalla Commissione UE, Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, (2016/C 262/01), 19 luglio 2016, finalizzata ad avviare un processo di riforma complessiva del sistema europeo di controllo degli aiuti di Stato.

Per un approfondimento in dottrina sulla modernizzazione della disciplina degli aiuti di Stato, cfr. C. Schepisi (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina degli aiuti di Stato secondo l'action plan della Commissione Europea: un primo bilancio*, in *La modernizzazione della disciplina degli aiuti di Stato*, Torino, 2011, p. 19 ss.; M. Aulenta, *Gli aiuti di Stato*, in A.F. Uricchio, M. Aulenta, G. Selicato (a cura di), *Le dimensioni promozionali del fisco*, cit., p. 145.

[34] Si richiama la Comunicazione dell'8 maggio 2012, della Commissione europea, «Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE".

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

politiche nazionali in campo economico e sociale, in cui gli Stati sono stati messi in condizione di adottare comportamenti interventistici meritevoli di tutela, alla stregua dei parametri o valori comunitari.

Orbene, chiarito il contenuto dei provvedimenti che, di fatto, costituiscono l'antecedente storico del *Temporary framework* del marzo 2020, può allora affermarsi come, in effetti, nel dettare una disciplina quadro per l'emergenza sanitaria da Covid-19, la Commissione non si sia affatto spinta a rivedere le ipotesi derogatorie ben strutturate nel Trattato, e dalla stessa già sviluppate nelle cardinali Comunicazioni emanate dal 2008 al 2016. L'Organo comunitario si è infatti limitato a prevedere tra le maglie delle eccezioni del divieto di aiuti, una pluralità di misure di favore, disposte secondo una scala gerarchica differenziata a secondo della tipologia di verifica imposta dal quadro temporaneo.

E così, se da un lato, con specifico riferimento alla Comunicazione del 19.3.2020, la Commissione ha dato atto delle misure inquadrabili nell'art. 107, par. 2, lett. b), compatibili *de iure* con il mercato, e applicabili indistintamente a tutte le imprese di settori particolarmente colpiti dall'epidemia[35]; dall'altro, l'Organo comunitario ha individuato, in maniera affatto dissimile a quanto già fatto in occasione della crisi del 2008, le misure temporanee e contingenti che soggiacciono ad una concreta valutazione di compatibilità *ex post* da parte della stessa Commissione, tutte rientranti nell'art. 107, paragrafo 3, lett. b), con integrazione in via mediata, sebbene non del tutto innovativa, della disciplina degli aiuti di Stato[36].

Posto quanto sopra, è tuttavia d'obbligo rilevare come, in defini-

[35] Ci si riferisce alla previsione di integrazioni salariali, la sospensione del pagamento delle imposte sulle società, la sospensione dell'IVA o dei contributi previdenziali; o ancora, misure di sostegno finanziario concesso direttamente ai consumatori per servizi cancellati o biglietti non rimborsati dagli operatori interessati. Cfr. Comunicazione COM (2020/C 91 I/01) del 19.3.2020, Par. 1.1.6; Par. 1.1.12; Par. 1.1.15.

[36] Trattasi, come già accennato di un insieme articolato di misure, e segnatamente: 1) sovvenzioni dirette, agevolazioni fiscali selettive e pagamenti anticipati che concedano ad ogni impresa fino a 800.000 euro per affrontare bisogni urgenti di liquidita; 2) garanzie di Stato per prestiti contratti da imprese con le banche; 3) prestiti pubblici agevolati alle imprese; 4) garanzie per le banche che veicolano gli aiuti di Stato all'economia reale; 5) assicurazione al credito all'esportazione a breve termine; 6) Sostegno per le attività di ricerca e sviluppo e produzione di prodotti connesse al coronavirus. Cfr. Comunicazione COM (2020/C 91 I/01) del 19.3.2020, Par. 2; Par. 3, Comunicazione del 03.04.2020, Par. 2.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

tiva, la natura non strettamente innovativa del *Temporary framework* Covid-19, non debba in alcun modo porre nell'ombra la positività dell'intervento della Commissione, e ciò sia nell'ottica del contrasto immediato all'evento pandemico, sia nella prospettiva della necessaria (e naturale) evoluzione del diritto comunitario.

È infatti evidente come, attraverso il Quadro temporaneo fornito con le Comunicazioni del marzo e dell'aprile 2020, la Commissione abbia garantito il contenimento degli effetti negativi dell'epidemia sul tessuto socio economico dell'Unione, nonché, consentito un'organica modernizzazione della disciplina degli aiuti di Stato, ergendosi a faro guida per i legislatori nazionali, chiamati a introdurre delle misure di sostegno, oggetto di una mera valutazione *ex post*, vista la conformità alle *guidelines* fornite dalla stessa Commissione.

Proprio in questa cornice di riferimento si inserisce la normativa domestica, che con il d.l. 17 marzo 2020, n. 18 – c.d. "Decreto cura Italia"[37] e con il d.l. 8 aprile 2020, n. 23 – c.d. "Decreto liquidità"[38], ha effettivamente introdotto diverse misure fiscali conformi alla linee guida del quadro temporaneo della Commissione Europea più volte menzionato, riguardanti, *inter alia*, il credito d'imposta per le spese di sanificazione degli ambienti di lavoro e per botteghe e negozi; la

[37] Cfr. d.l. 17 marzo 2020, n. 18, c.d. «Decreto cura Italia", pubbl. nella Gazz. uff. n. 70 del 17 marzo 2020 rubricato: "*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*" che, come sopra precisato, ha introdotto delle misure di potenziamento del Servizio Sanitario Nazionale; di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese, connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. Più in dettaglio, il decreto è intervenuto con provvedimenti su quattro fronti principali di seguito riportati, nonché su altre misure settoriali: a) finanziamento ed altre misure per il potenziamento del Sistema Sanitario Nazionale, della Protezione civile e degli altri soggetti pubblici impegnati sul fronte dell'emergenza; b) sostegno all'occupazione ed ai lavoratori per la difesa del lavoro e del reddito; c) supporto al credito per famiglie e micro, piccole e medie imprese, tramite il sistema bancario e l'utilizzo del fondo centrale di garanzia; d) sospensione degli obblighi di versamento per tributi e contributi, nonché con altri adempimenti fiscali ed incentivi per la sanificazione dei luoghi di lavoro e premi ai dipendenti che restano in servizio. In sostanza, provvedimenti adottati per evitare che la crisi transitoria delle attività economiche indotta dall'epidemia in corso, possa produrre effetti permanenti, come la scomparsa definitiva di imprese nei settori maggiormente colpiti.

[38] Cfr. Decreto Legge 8 aprile 2020, n. 23, (Decreto "Liquidità") "*Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali*".

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

rimessione in termini per i versamenti; la sospensione dei versamenti di ritenute, dei contributi previdenziali ed assistenziali; la sospensione dei termini degli adempimenti e dei versamenti fiscali, oltre a una pluralità di varie misure di supporto al credito per le famiglie, nonché per le piccole e medie imprese, tramite il sistema bancario e l'utilizzo del fondo centrale di garanzia[39].

Anche le misure adottate dall'Italia confermano, allora, quanto precedentemente affermato in ordine alla modernizzazione della disciplina degli aiuti di Stato, in cui la c.d. "integrazione positiva" rappresenta senz'altro una risposta alla situazione di emergenza economica derivante dall'epidemia di Covid-19, secondo un approccio fondato sulla dialettica tra Stati membri e Organi comunitari[40], e ciò in un'ottica che garantisca, al contempo, la celerità dell'intervento e il rispetto dei principi unionali.

[39] Per ciò che concerne le misure non strettamente fiscali, ma degne di rilievo, in quanto squisitamente conformi alla *guidelines* della Commissione Europea, non possono non citarsi le varie misure di aiuto, indirizzate a tutte le imprese e riguardanti, solo per citarne alcune, la concessione di prestiti a tasso zero o agevolato, garanzie su prestiti che coprono il 100% del rischio, che possono legittimamente essere combinate anche con gli aiuti '*de minimis*'.

[40] Esaustiva sul punto la dottrina che ha individuato nella evoluzione della gestione delle misure di sostegno agli Stati «una risposta ad una situazione di emergenza economica che supera la sterile diatriba relativa al primato della teoria dello Stato liberale, rispetto a quella del *welfare State*», Cfr. G. Cerrina Feroni, *Gli aiuti di Stato*, in A.F. Uricchio, M. Aulenta, G. Selicato (a cura di), *La dimensiona promozionale del fisco*, cit., p. 149.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Enrico Maria Mastinu

*Legge e contratto collettivo nella disciplina del lavoro pubblico regionale. Note a margine della vicenda concernente i giornalisti assunti presso le giunte e i consigli regionali**

Sommario: 1. Privatizzazione del pubblico impiego e competenza legislativa statale in materia di *ordinamento civile*. – 2. La privatizzazione del pubblico impiego nel riparto di competenze Stato-regioni prima della riforma del Titolo V della Costituzione. – 3. Il regime delle fonti di disciplina dell'impiego regionale nella riforma del Titolo V della Costituzione. - 3.1. *segue* …e nella giurisprudenza della Corte costituzionale. – 4. Riserva di legge statale nella conformazione degli istituti del diritto privato e riserva di contrattazione collettiva nella determinazione delle condizioni particolari dello scambio lavoro-retribuzione. – 5. I limiti alla contrattazione collettiva nella disciplina dell'impiego pubblico regionale.

1. *Privatizzazione del pubblico impiego e competenza legislativa statale in materia di ordinamento civile*. – Al tempo in cui fu avviato il processo di privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, l'art. 117 Cost. non enumerava le materie di competenza legislativa statale. Anche allora lo Stato aveva la potestà riservata di normare gli istituti del diritto privato[1], ma non è stato nell'esercizio di questo titolo di competenza che sono stati approvati l'art. 2, l. 421/1992 e poi il d.lgs. 29/1993, bensì di quello a dar forma e contenuto all'*ordinamento e*

* Il presente saggio ripete, ampliandolo, il contenuto di un contributo già destinato alla pubblicazione sulla rivista *Argomenti di diritto del lavoro*.

[1] Corte cost., 13 novembre 2009, n. 295, Per una ricostruzione dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale intorno al c.d. limite del diritto privato, prima e dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, rinvio alle puntuali annotazioni di M. Pallini, *La modifica del Titolo V della Costituzione: quale federalismo per il diritto del lavoro?* in *RGL*, 2002, p. 27 ss.; di F. Ghera, *Pubblico impiego regionale e ordinamento civile*, in *Giur. cost.*, 2010, pp. 4111 e ss, e, da ultimo, nel contesto di un'articolata ricostruzione dei limiti all'esercizio delle competenze legislative regionali in materia di diritto del lavoro, a quelle di R. Salomone, *Il diritto del lavoro nella riforma costituzionale*, Cedam, Padova, 2005, p. 92 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali, secondo la formula che sarebbe poi rifluita nel nuovo testo dell'art. 117, c. 2, lett. g), Cost[2].

L'assunto ha una spiegazione stringente: prima e al momento della riconduzione al diritto privato, la materia era *altro* rispetto al diritto privato e non avrebbe potuto per ciò essere attinta dalla legge nazionale nell'esercizio della potestà il cui oggetto, nell'attuale formulazione dell'art. 117, c. 2, lett. l), Cost., ha preso la denominazione di *ordinamento civile.* In aggiunta, si deve considerare che la disciplina del pubblico impiego nazionale è rimasta in parte di matrice pubblicistica.

L'affermazione corrente, secondo la quale la scelta della privatizzazione si imporrebbe alle regioni in quanto rientrante nella competenza statale esclusiva in materia di *ordinamento civile* contiene dunque un'aporia.

2. *La privatizzazione del pubblico impiego nel riparto di competenze Stato-regioni prima della riforma del Titolo V della Costituzione*. – Prima della riforma del Titolo V della Costituzione, la riconduzione sotto la disciplina del diritto civile dei rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione impegnava anche le regioni: quelle ordinarie per la via dell'obbligo del rispetto dei *principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato* previsto dall'art. 117, c. 1, Cost; quelle speciali tramite le disposizioni dei rispettivi statuti di autonomia, che impegnavano l'esercizio delle loro potestà legislative al rispetto delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica[3]. Coerentemente con questa premessa, l'art. 1, c. 3, d.lgs. 29/1993 qualificava la disciplina statale del pubblico impiego contrattualizzato a stregua di norme principio, vincolanti per le regioni ordinarie ai sensi dell'art. 117, c. 1, Cost., e i principi desumibili dall'articolo 2, l. 421/1992 e dall'articolo 11, c. 4, l. 59/1997 a stregua di norme fondamentali di grande riforma economica e sociale della Repubblica, da osservarsi dalle regioni speciali. Sicché, la scelta di un regime giuridico dei rapporti di lavoro pubblico diverso da quello paritetico-privatistico avrebbe voluto dire per le regioni or-

[2] Corte cost., 19 dicembre 2003, n. 359; Corte cost., 24 gennaio 2005, n. 26; Corte cost., 27 gennaio 2005, n. 37.

[3] Art. 3, c. 1, St. Sardegna; art. 4, c. 1, St. Friuli Venezia Giulia; art. 14, c. 1, St. Sicilia; art. 4, c. 1, St. Trentino Alto Adige; art. 2, c. 1, St. Valle D'Aosta.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

dinarie violare l'art. 117, c. 1, Cost; per quelle speciali contravvenire ai rispettivi statuti di autonomia.

Non essendo consentito a ciascuna fonte di disporre della propria efficacia, né attribuirsi «una natura diversa da quella ad esse propria quale risulta dalla oggettiva sostanza»[4], l'(auto)qualificazione fatta dalla legge statale era superflua per quanto atteneva all'attribuzione di forza vincolante nei confronti delle regioni, ma confermava due assunti.

Il primo è che, almeno in origine, il vincolo della privatizzazione nella disciplina della burocrazia regionale non è stato veicolato dall'esercizio della potestà legislativa statale in materia di diritto privato. È stato bensì l'oggetto dei vincoli derivanti dall'art. 117, c. 1 Cost. e dalle disposizioni degli Statuti speciali attributive di potestà legislative primarie in materia di stato giuridico ed economico del personale regionale[5].

Il secondo è che il pubblico impiego regionale, senza distinzione fra organizzazione amministrativa e stato giuridico ed economico del personale, era considerata materia di competenza legislativa ripartita delle regioni ordinarie[6]: una premessa già saldamente acquisita nella teoria e nella prassi applicativa precedente, che sarà di cruciale importanza per i futuri assetti della materia[7].

[4] Corte cost.,28 dicembre 2006, n. 447; Corte cost., 7 giugno 2010, n. 207.

[5] Art. 3, c. 1, lett. a), St. Sardegna; art. 4, c. 1, n. 1, St. Friuli Venezia Giulia; art. 14, c. 1, lett. p) e q), St. Sicilia; art. 4, c. 1, n. 1, St. Trentino Alto Adige; art. 2, c. 1, lett. a), St. Valle D'Aosta.

[6] L'art. 117, c. 1, Cost., nel testo ante riforma del Titolo V, assegnava alla competenza ripartita delle regioni ordinarie l'*ordinamento degli uffici degli enti amministrativi dipendenti dalla Regione* ma taceva sullo *stato giuridico ed economico del personale*, che invece era menzionato nei cinque statuti delle regioni ad autonomia differenziata. Ma dacché il d.lgs. 29/1993 aveva per contenuto anche la disciplina di non pochi istituti del rapporto individuale di lavoro, l'autoqualificazione dell'intero suo articolato a stregua di norme di principio, ai sensi dell'art. 117, c. 1, Cost., suonava come conferma dell'idea che tutto il pubblico impiego e non la sola porzione dell'organizzazione interna doveva ritenersi attratto nell'orbita della competenza dei legislatori delle regioni ordinarie. Sul punto cfr. Corte cost., 30 luglio 1993, n. 359.

[7] Nella giurisprudenza costituzionale, cfr. specialmente Corte cost., 3 marzo 1972, n. 40, ove l'affermazione che «la materia dello stato giuridico ed economico del personale regionale rientra in quella della organizzazione degli uffici, che l'art. 117, primo alinea, Cost. attribuisce alla potestà legislativa delle Regioni». Si veda anche Corte cost., 30 gennaio 1980, n. 10, che definisce lo stato giuridico e il trattamento economico del personale «una componente dell'ordinamento degli uffici e degli enti amministrativi dipendenti dalla Regione». Si veda altresì Corte cost., 21 settembre

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

3. *La privatizzazione del pubblico impiego e il regime delle fonti dell'impiego regionale nella riforma del Titolo V della Costituzione*. – Nel testo dell'art. 117 Cost. sortito dalle modifiche introdotte dalla l.c. 3/2001, la competenza delle regioni ordinarie in materia di organizzazione degli uffici e di stato giuridico ed economico del personale è salita di grado, divenendo esclusiva da ripartita che era[8]. Se ne

1983, n. 277 e n. 278, ove la proposizione che «lo stato giuridico dei dipendenti regionali non può essere valutato per sé solo, ma va considerato in funzione dell'ordinamento degli uffici e delle complessive caratteristiche dell'ente Regione». Sulla stessa linea di pensiero si vedano, infine, Corte cos., 18 luglio 1989, n. 407 e Corte cost., 25 luglio 1984, n. 219. Significative sono anche quelle sentenze della Corte che hanno scrutinato leggi regionali intervenute a disciplinare aspetti del rapporto di lavoro senza rilevare carenza di competenza legislativa (Corte cost., 21 settembre 1983, n. 278; Corte cost., 19 dicembre 1984, n. 290; Corte cost., 8 giugno 1987, n. 217; Corte cost., 30 luglio 1993, n. 359; Corte cost., 25 maggio 1999, n. 185; Corte cost., 29 novembre 1995, n. 528).

In dottrina, l'opinione favorevole all'ascrizione della sub materia dello stato giuridico ed economico del personale alla competenza ripartita delle regioni ordinarie è stata diffusamente sostenuta. Cfr. L. Zoppoli, *Neoregionalismo e contrattualizzazione del lavoro pubblico*, in *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Commentario, diretto da M. D'Antona, F. Carinci, Giuffrè, Milano, 2000, p. 81; Id., *La riforma del Titolo V della Costituzione e la regolamentazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni: come ricomporre i "pezzi" di un difficile puzzle?*, in *LPA*, suppl. I, 2002, p. 159; P. Sordi, *Il sistema delle fonti nella disciplina del lavoro pubblico (dopo il d.lgs. n. 150/2009)*, in *LPA*, 2010, p. 823; A. Trojsi, *Le fonti del diritto del lavoro tra Stato e Regione*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 124 ss.; Id., *Il regime giuridico dell'impiego pubblico regionale…*, cit., p. 97 ss.; Id., *L'impiego regionale: fonti e spazi di iniziativa legislativa delle regioni*, in *Ist. fed.*, 5/6 2009, p. 823 ss.; F. Ghera, *Pubblico impiego regionale e ordinamento civile*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 4111 ss.; F. Carinci, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *ADL*, 2003, p. 63 ss.; Id., *Regola maggioritaria, alternanza e bulimia riformatrice*, in *LPA*, 2002, p. 849; A. Trojsi, *Lavoro pubblico e riparto di potestà normativa*, in *LPA*, 2005, p. 491 ss.; F. Borgogelli, *L'ordinamento del lavoro fra Stato e regioni*, in L. Ammannati, T. Groppi, *La potestà legislativa fra Stato e regioni*, Giuffré, Milano, 2003, p. 83 ss.; L. Zoppoli, *Applicabilità della riforma del lavoro pubblico alle regioni e riforma costituzionale*, in F. Carinci, L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, 2004, vol. V, p. 62 ss., che, sul punto, rettifica l'opinione espressa nella precedente edizione del Commentario.

[8] Dopo le modifiche introdotte dalla l.c. 3/2001, l'art. 117 Cost. non ha annoverato più l'*ordinamento degli uffici degli enti amministrativi dipendenti dalla Regione* fra le materie ascritte alla competenza ripartita Stato-regioni ordinarie. Ha assegnato alla potestà esclusiva statale la materia dell'*ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali* ma nulla ha disposto a pro-

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

sarebbe dovuta trarre, a quel punto, la conseguenza che la scelta della privatizzazione fatta a livello nazionale avrebbe smesso di costituire un *principio fondamentale* capace di limitare la loro attività legislativa nella materia considerata.

Per parte loro, le regioni speciali, che traevano le ragioni e i limiti della loro autonomia non dall'art. 117 Cost. ma dai rispettivi statuti, non avrebbero goduto di analogo privilegio. Per loro la scelta della privatizzazione, insieme agli altri principi desumibili dall'articolo 2, l. 421/1992 e dall'articolo 11, comma 4, l. 59/1997, avrebbe continuato a rappresentare un vincolo costituzionale irretrattabile in quanto contenuto di una norma fondamentale di grande riforma economico-sociale della Repubblica.

A evitare una così vistosa incongruenza non vi sarebbe stata altra soluzione che attrarre la vicenda sotto la clausola di adeguamento automatico prevista dall'art. 10, l.c. 3/2001 e così estendere anche alle regioni speciali la maggiore autonomia assegnata a quelle ordinarie[9]. A quel punto, la scelta del regime privatistico delle fonti di disciplina dei rapporti di lavoro pubblico avrebbe cessato di essere oggetto di un vincolo *statutario* per le regioni ad autonomia differenziata, che così sarebbero state parificate a quelle ordinarie.

3.1. Segue *…e nella giurisprudenza della Corte costituzionale*. – Questa lineare sistemazione della materia è stata fatta propria dalla

posito *dell'ordinamento e organizzazione amministrativa delle regioni*, né dello *stato giuridico ed economico del relativo personale*.

Nel silenzio della legge, la materia è rifluita all'interno della competenza legislativa residuale, esclusiva delle regioni ordinarie, in applicazione del criterio enunciato dall'art. 117, c. 4, Cost., che assegna alle regioni «la potestà legislativa in riferimento a ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato». In dottrina, cfr. A. Trojsi, *Lavoro pubblico e riparto di potestà normativa*, in *LPA*, 2005, p. 491 ss.; F. Ghera, *Pubblico impiego*, cit., p. 4112; C. Padula, *Il riparto di competenze legislative fra Stato e regioni in materia di pubblico impiego*, in *Federalismi.it*, 2017, p. 6.

[9] Sul funzionamento della clausola di adeguamento automatico contenuta nell'art. 10 della l.c. 3/2001 rinvio a G. Coinu e G. Demuro, *Regioni a statuto speciale e clausola di adeguamento automatico*, in P. Caretti, (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2002*, Giapichelli, Torino, 2003, p. 101 ss.; I. Ruggiu, *Regioni speciali, norme di attuazione e clausola di adeguamento (art. 10, l.c. 3/2001)*, in R. Bin, L. Coen (a cura di), *L'impatto del Titolo V sulle regioni speciali: profili operativi*, Ceup, Padova, 2012, p. 62 ss.; spunti anche in P. Pinna, *Il diritto costituzionale della Sardegna*, Giappichelli, 2003, p. 89 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Corte costituzionale a partire dalla nota sentenza n. 274/2003[10]. Vi sono state, è vero, sentenze di segno contrario, ma si è trattato di arresti poco o nulla motivati, come tali incapaci di dar vita a un orientamento alternativo[11]. Ed invero, una volta ascritta la materia del pubblico impiego regionale alla competenza *esclusiva* delle regioni ordinarie, non si può più sostenere che le regioni speciali, nella stessa materia, abbiano conservato l'antica e minore competenza *primaria*[12].

A dispetto del suo spessore teorico, la questione della sopravvivenza degli antichi canali di penetrazione in ambito regionale del vincolo della privatizzazione ha avuto una rilevanza pratica limitata. E si intende bene il perché: tutti i legislatori regionali che si sono cimentati nella normazione autonoma della propria burocrazia hanno ricalcato di fatto struttura e contenuti dell'omologa nazionale[13], distinguendo il regime delle fonti di disciplina, fra: a) alta organizzazione degli uffici, sottoposti al diritto pubblico; b) disciplina del contratto e governo del rapporto di lavoro, nonché della bassa organizzazione degli uffici, affidata ad atti di natura privatistica.

Una volta distinto il regime giuridico dell'area dell'organizzazione da quello del rapporto di lavoro, la penetrazione della legge statale

[10] Cfr. Corte cost., 24 luglio 2003, n. 274.

[11] Cfr. A. Bellavista, *Federalismo e lavoro pubblico regionale*, in *Diritto del lavoro i nuovi problemi. L'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, Cedam, 2005, spec. pp. 13 e 14.

In generale, sul tema della sopravvivenza del limite delle *grandi riforme* anche in relazione alle materie già nominate negli statuti speciali e assegnate alla competenza esclusiva delle regioni ordinarie nel nuovo contesto ordinamentale, cfr. E. Gianfrancesco, *Corsi e ricorsi storici nella giurisprudenza costituzionale in tema di norme fondamentali di riforma economico-sociale*, in *Giur cost.* 2017, p. 3054 ss.

[12] Non è appropriato qualificare *esclusiva* la potestà legislativa di più ampia portata assegnata alle regioni ad autonomia speciale dai rispettivi statuti, come talora si afferma anche in certa pubblicistica. Nel riparto di competenze disciplinato dagli statuti speciali, la legge statale non è esclusa da nessuno degli ambiti riservati alle regioni. Nessuno Statuto, del resto, la definisce così, a eccezione di quello della Regione Sicilia (art. 14, c. 1).

Una vera potestà legislative esclusiva, in quanto almeno formalmente non subordinata alla legge statale, è invece quella che le regioni ordinarie si sono viste assegnare dal dall'art. 117, c. 4, Cost. post riforma del titolo V.

[13] A proposito del caso Sardegna, in termini di *rincorsa* del legislatore statale da parte di quello regionale si esprime G. Loy, *Le competenze delle regioni a statuto speciale in materia di lavoro alla luce della modifica del Titolo V della Costituzione italiana*, in A. Di Stasi (a cura di), *Diritto del lavoro e federalismo*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 24 ss.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

nell'area del pubblico impiego regionale si è potuta svolgere per lo più a partire dall'attribuzione di potestà legislativa esclusiva prevista dall'art. 117, c. 2, lett. l), Cost. e non dall'obbligo statutario di rispettare le norme fondamentali delle grandi riforme economico e sociali della Repubblica e meno che meno dall'art. 117 Cost.

La vicenda dei giornalisti impiegati presso i consigli e le giunte regionali è ben esplicativa dell'assunto.

È accaduto che rispetto alla medesima disposizione di legge statale che regolava alcuni aspetti del rapporto di lavoro del personale addetto agli uffici stampa delle pubbliche amministrazioni, alcune regioni abbiano preteso di dettare una disciplina differente. Fra queste, il Lazio e il Friuli Venezia Giulia. Precisamente, laddove la legge statale ha prescritto che l'individuazione e la regolamentazione dei profili professionali dovessero essere concordate con le amministrazioni «nell'ambito di una speciale area di contrattazione, con l'intervento delle organizzazioni rappresentative della categoria dei giornalisti»[14], i due legislatori regionali hanno disposto che, al proprio personale con qualifica di giornalista, dovesse continuare ad applicarsi il contatto collettivo di lavoro giornalistico[15].

[14] Art. 9, c. 5, l. 7 giugno 2000, n. 150. Per completezza, annoto che, successivamente alla definizione della vicenda narrata, la menzionata disposizione di legge ha subito due modifiche. La prima ad opera dell'art. 25 bis della l. 28 marzo 2019, n. 26, che ha aggiunto il seguente periodo: «ai giornalisti in servizio presso gli uffici stampa delle regioni a statuto speciale e delle province autonome di Trento e di Bolzano, in via transitoria, sino alla definizione di una specifica disciplina da parte di tali enti in sede di contrattazione collettiva e comunque non oltre il 31 ottobre 2019, continua ad applicarsi la disciplina riconosciuta dai singoli ordinamenti». La seconda ad opera dell'art. 1, c. 160, l. 27 dicembre 2019, n. 160, che ha aggiunto il comma 5 bis del seguente tenore: «ai dipendenti di ruolo in servizio presso gli uffici stampa delle amministrazioni di cui al comma 1 ai quali, in data antecedente all'entrata in vigore dei contratti collettivi nazionali di lavoro relativi al triennio 2016-2018, risulti applicato il contratto collettivo nazionale di lavoro giornalistico per effetto di contratti individuali sottoscritti sulla base di quanto previsto dagli specifici ordinamenti dell'amministrazione di appartenenza, può essere riconosciuto il mantenimento del trattamento in godimento, se più favorevole, rispetto a quello previsto dai predetti contratti collettivi nazionali di lavoro, mediante riconoscimento, per la differenza, di un assegno *ad personam* riassorbibile, in attuazione di quanto previsto dall'articolo 2, comma 3, ultimo periodo, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, con le modalità e nelle misure previste dai futuri contratti collettivi nazionali di lavoro».

[15] Art. 17, c. 97, l.r. Lazio 14 agosto 2017, n. 9; art. 1, c. 3, l.r. Friuli-Venezia Giulia, 9 febbraio 2018, n. 5.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Entrambe le leggi regionali sono state sottoposte al vaglio della Consulta, che le ha dichiarate incostituzionali, sulla premessa che l'istituto regolato – il contratto collettivo – avesse natura privatistica[16]. Ma nel giudizio che ha riguardato la regione automa del Friuli Venezia Giulia è stato evocato anche il limite statutario derivante dall'obbligo di rispettare le norme di grande riforma economico e sociale della Repubblica, senz'altra motivazione se non il richiamo al precedente, di dubbia pertinenza, di Corte cost. 314/2003 e, soprattutto, senza trarne alcuna conseguenza sul piano sostanziale, tutto reggendosi sulla contestuale evocazione del limite previsto dall'art. 117, c. 2, lett. l), Cost.[17], che, da solo, aveva retto la pronuncia resa nell'analoga controversia che ha interessato la regione ordinaria Lazio[18].

È bene indugiare su quest'aspetto della vicenda. La Corte ha potuto permettersi di glissare su una questione altrimenti di massima importanza, come sarebbe la sopravvivenza del limite statutario delle grandi riforme economiche e sociali della Repubblica nel nuovo contesto ordinamentale scaturito dalla l.c. 3/2001, perché, nel suo opinare, la disciplina degli istituti privatistici del rapporto di lavoro sarebbe stata comunque interdetta alle regioni per la via dell'art. 117, c. 2, lett. l. Cost. Ma rispetto alla disciplina di matrice privatistica del pubblico impiego, gli antichi limiti verticali discendenti dall'obbligo di rispettare i principi fondamentali delle leggi statali (art. 117, c. 1, vecchio testo Cost.) e le norme fondamentali delle grandi riforme economiche e sociali della Repubblica non sono affatto equivalenti al limite *laterale* derivante dall'assegnazione allo Stato della potestà legislativa esclusiva in materia di *ordinamento civile.*

Nell'esercizio di questo titolo di competenza, la legge statale può disciplinare gli istituti del diritto del contratto individuale e collettivo di lavoro, ma non può *direttamente* variare la geometria delle competenze legislative regionali, riducendone o ampliandone il perimetro a suo piacimento sol che decida di attrarre la disciplina di un determinato istituto del pubblico impiego sotto il regime del diritto privato[19]. Per ottenere questo risultato ci vuole qualcosa di più della di-

[16] Corte cost., 11 aprile 2019, n. 81; Corte cost., 25 gennaio 2019, n. 10.

[17] Corte cost., 11 aprile 2019, n. 81.

[18] Corte cost., 25 gennaio 2019, n. 10.

[19] Contro la conclusione rassegnata nel testo non si può opporre il *dictum* di Corte cost., 24 settembre 2003, n. 300, in materia di fondazioni bancarie. In quella vicenda, la legge statale (nella specie l'art. 2, c. d.lgs. 153/1999) qualificò le fonda-

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

sciplina del riparto di competenze regolato nell'art. 117, c. 2, lett. l, Cost. e questo qualcosa è un'abilitazione costituzionale *diretta* a disciplinare il pubblico impiego anche regionale. In questa direzione, se non si erra, si era mosso il disegno di legge costituzionale del 12 aprile 2016, approvato dal Parlamento ma bocciato nella consultazione referendaria del 4 dicembre 2016[20]. Vi si prevedeva, fra le molte altre cose, l'assegnazione al Parlamento nazionale della competenza a normare il *lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche tesa ad assicurarne l'uniformità sul territorio nazionale.* Qui l'assegnazione allo Stato della potestà di disciplinare il *lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, sia pure nei limiti della necessità di *assicurarne l'uniformità sul territorio nazionale*, non avrebbe attenuto solo al profilo della conformazione degli istituti privatistici del rapporto di lavoro del pubblico dipendente ma avrebbe portato con sé anche il potere di imporne l'applicazione alle regioni; e non solo quanto ai contenuti materiali ma anche quanto al regime giuridico.

4. *Riserva di legge statale nella conformazione degli istituti del diritto privato e riserva di contrattazione collettiva nella determinazione delle condizioni particolari dello scambio lavoro-retribuzione*. – Ci si avvicina con questa considerazione al cuore della questione evocata dalla vicenda dei giornalisti impiegati presso gli uffici delle regioni.

zioni bancarie a stregua di persone giuridiche private, estranee alla funzione di erogazione del credito. Ma quell'estraneità fu predicata sulla base di criteri materiali, aventi contenuto nelle funzioni assegnate a quegli enti. Ond'è che la legge statale dispose di un suo oggetto, anche se con l'effetto indiretto di sottrarlo alla disciplina della fonte regionale. Ma la sottrazione ha riguardato *quello specifico modello giuridico*, la fondazione bancaria, che, in realtà, e non per mera qualificazione formale, non eserciterebbe funzioni creditizie. Diverso è il caso della disciplina del pubblico impiego, che non è un modello giuridico, ma una materia.

Neppure si possono trarre argomenti in favore della avvenuta costituzionalizzazione della privatizzazione del pubblico impiego da quelle sentenze che hanno dichiarato l'incostituzionalità di leggi regionali concernenti istituti privatistici dei rapporti di lavoro con il personale regionale o che hanno dichiarato vincolanti per le regioni leggi nazionali riguardanti i medesimi istituti privatistici, dove il terreno del giudizio di costituzionalità non è stato segnato dalla scelta della privatizzazione fatta a livello nazionale, ma dalla condivisione fattane a livello regionale (si veda ad. es. Corte cost., 14 giugno 2007, n. 189; Corte cost., 21 marzo 2012, n. 63; Corte cost., 18 novembre 2000, n. 507).

[20] Gazz. uff., 15 aprile 2016. In dottrina, se vuoi, cfr. A. Pace, *Le finalità accentratrici della riforma costituzionale Renzi-Boschi*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 355 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Per intenderne il contenuto e la portata bisogna considerare che quanto più si sono nominalmente ampliate le potestà legislative regionali in materia di pubblico impiego tanto più la legge statale, nell'esercizio della competenza assegnata dall'art. 117 c. 2, lett. l. Cost., ha avanzato pretesa a ingerirsi in quell'area materiale. E non solo nella e per la conformazione degli istituti fondamentali del contratto individuale e collettivo di lavoro, come solo sarebbe nella natura di questo titolo di competenza legislativa[21], ma anche nella *regolazione delle condizioni particolari dello scambio lavoro retribuzione.* Non solo il contenitore, cioè il contratto individuale e collettivo (modifica delle mansioni, passaggi diretti, rapporti fra contratti di diverso livello, ecc.), ma il contenuto, cioè la regolazione particolare dei rapporti di lavoro sotto la forma dell'introduzione di limiti di vario tipo all'utilizzo di determinati istituti contrattuali o all'ammontare di determinati emolumenti retributivi[22].

Per piegare la resistenza delle regioni, che, opponendo torto a torto, si sentivano espropriate di una loro competenza legislativa quando avrebbero dovuto dolersi piuttosto dell'invasione di una loro competenza contrattuale, la Corte costituzionale ha argomentato sulla base dell'esistenza di una riserva di contrattazione collettiva, il che è esatto[23]; ma ha fondato detta riserva per lo più sul criterio formale dell'inerenza del contratto collettivo e della contrattazione collettiva alla materia dell'*ordinamento civile*, il che è proposizione con la quale non si concorda, perché le esigenze di uniformità della disciplina giuridica e di unità dell'ordinamento, che giustificano l'accentramento della competenza in materia di ordinamento civile, riguardano la conformazione degli istituti del diritto privato e non la regolamenta-

[21] M. Persiani, Devolution *e diritto del lavoro*, in, *ADL*, 2002, p. 29; G. Alpa, *L'ordinamento civile nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Contratti*, 2004, p. 178 ss. e da E. Gianfrancesco, *La ripartizione di competenze tra stato e Regioni in materia di tutela e sicurezza del lavoro*, in *RE*, 2005, p. 522 ss. Per ulteriori riferimenti bibliografici sulla portata della competenza statale in materia di ordinamento civile in rapporto alla disciplina dell'impiego regionale, rinvio per brevità al mio precedente scritto, *Potestà legislativa delle regioni e ordinamento civile*, in *LPA*, 2019, n. 4.

[22] *Infra*, testo e note 45-49.

[23] Cfr. Corte cost., 19 luglio 2013, n. 218; Corte cost., 18 luglio 2014, n. 211; Corte cost., 18 novembre 2014, n. 269; Corte cost., 14 luglio 2016, n. 175; Corte cost., 5 dicembre 2016, n. 257; Corte cost., 11 luglio 2017, n. 160; Corte cost., 6 giugno 2019, n. 138; Corte cost., 19 giugno 2019, n. 146.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

zione particolare dei singoli rapporti di lavoro, che può e, entro certi limiti esterni, deve essere diversificata, in questa possibilità di differenziazione risiedendo l'essenza dell'autonomia privata anche collettiva[24].

Oltre a ciò, argomentando nel senso qui avversato, si finirebbe per rimettere ancora una volta la determinazione dell'ampiezza dell'autonomia regionale alle scelte della legge statale. Ed invero, se si premette che alla legge regionale sarebbe inibito regolare gli aspetti particolari del rapporto individuale di lavoro del dipendente pubblico perché quest'attività sarebbe riservata alla contrattazione collettiva e contemporaneamente si afferma che detta riserva è tale perché prescritta dalla legge statale nell'esercizio della sua competenza esclusiva in materia di *ordinamento civile* è gioco forza concludere che quella riserva vale solo per la legge regionale e che la disciplina del rapporto di lavoro del dipendente pubblico, tutta o quella di alcuni istituti, è interdetta alle regioni *perché la legge statale ha scelto di riservarla alla contrattazione collettiva*. Che è quanto candidamente affermato dalla Consulta nella ripetuta vicenda concernente i giornalisti assunti negli uffici stampa delle regioni, dove il problema non era che tutto o una parte del loro rapporto di lavoro dovesse essere disciplinato dal contratto collettivo, ma che detto contratto collettivo dovesse avere come parte stipulante proprio l'amministrazione datrice di lavoro[25]. Non dunque la disciplina in via contrattuale, ma secondo un certo contratto collettivo di lavoro, avente un certo contenuto *particolare*.

Riguardato in questa luce, il richiamo alle norme di grande riforma economica e sociale della Repubblica fatto dalla sentenza concernente il Friuli Venezia Giulia avrebbe colto esattamente questa necessità di dare una base normativa più adeguata alla pretesa avanzata dalla legge statale[26]. Ma il prezzo da pagare, a voler seguire questa via, è siste-

[24] Sul piano positivo la non coincidenza fra l'area riservata alla competenza legislativa statale in materia di ordinamento civile e quella riservata alla contrattazione collettiva risulta dal tenore dell'art. 2, c. 2, d.lgs. 165/2001, che, sia pure con terminologia impropria, distingue, dentro la *disciplina* dei rapporti di lavoro, le *materie affidate alla contrattazione collettiva* in relazione alle quali si può dispiegare la forza derogatoria del contratto collettivo. Di rincalzo, nel successivo comma 3, la competenza del contratto collettivo è più specificamente declinata con riferimento alla disciplina particolare per eccellenza del rapporto di lavoro, ossia il trattamento economico.

[25] Corte cost., 11 aprile 2019, n. 81; Corte cost., 25 gennaio 2019, n. 10.

[26] Corte cost., 11 aprile 2019, n. 81.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

maticamente insostenibile, perché questa soluzione varrebbe solo per le regioni speciali, alle quali si dovrebbe riconoscere un'autonomia minore rispetto a quelle ordinarie. Di qui il ripiegare di quella pronuncia sul limite costituito dall'assegnazione allo Stato della potestà legislativa esclusiva in materia di *ordinamento civile*, che, essendo generale, vale anche per le regioni ordinarie. Salvo che, così argomentando, si è posto rimedio all'errore iniziale di premessa con uno strumento insufficiente.

Il vero è che la *riserva di contrattazione collettiva*, se vi è, non può che valere in modo eguale per la legge statale e per quella regionale e deve essere fondata su di una base normativa superiore all'art. 117, c. 2, lett. l. Cost.

Prima però bisogna intendersi sul significato della formula. Che i rapporti di lavoro pubblici debbano essere regolati in via negoziale non equivale a dire che debbano per necessità esserlo con i modi e con le tecniche oggi disciplinate dal d.lgs. 165/2001 e più o meno pedissequamente ripresi a livello regionale. Se così fosse si dovrebbe dubitare della legittimità costituzionale della più parte delle esclusioni dall'ambito di applicazione di quel regime normativo[27]. E avrebbe qualche spazio l'obiezione di chi afferma che non sarebbe dato «reperire nella Costituzione, così come nelle norme europee, una norma che sia una da cui desumere un vincolo giuridico tale da obbligare il datore di lavoro pubblico a regolare necessariamente per via contrattuale ambiti del rapporto di lavoro»[28].

Occorre piuttosto distinguere il nucleo essenziale del principio, indisponibile da parte dei legislatori statale e regionale, dai profili contingenti della sua attuazione, in relazione ai quali gli spazi di manovra da parte della legge sono più ampi.

[27] Secondo quanto dispone l'art. 3, c. 1, d.lgs. 165/2001, rimangono sotto il regime del diritto pubblico le seguenti categorie di personale: 1) i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, 2) gli avvocati e procuratori dello Stato, 3) il personale militare e delle Forze di polizia di Stato, 4) il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia, 5) il personale delle autorità indipendenti e degli organi costituzionali, 6) il personale, anche di livello dirigenziale, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, 7) il personale della carriera dirigenziale penitenziaria, 8) i professori e dei ricercatori universitari, a tempo indeterminato o determinato.

In dottrina, F. Carinci, V. Tenore (a cura di), *Il pubblico impiego non privatizzato*, Giuffrè, Milano, 2007, Volumi I-V.

[28] L. Olivieri, *L'atto unilaterale sostitutivo del mancato accordo decentrato è attualmente vigente*, in *lexitalia.it*, 2010, nn. 7-8.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Il nucleo essenziale è rappresentato precisamente dal metodo contrattuale/conflittuale, quale sistema che meglio di ogni altro è in grado di contemperare le esigenze di buon andamento dell'amministrazione (art. 97, c. 2 Cost.) con le ragioni di tutela del lavoro (art. 39 Cost.). Onde non di riserva di contrattazione collettiva dovrebbe discorrersi ma più propriamente di riserva di determinazione consensuale delle condizioni *particolari* dello scambio lavoro-retribuzione, da effettuarsi con il concorso di sindacati autenticamente rappresentativi dei lavoratori.

Quel metodo, sia pure calato in seno ad un procedimento destinato a sfociare nell'adozione di un provvedimento autoritativo da parte dell'amministrazione datrice di lavoro, è stato il cuore del sistema della l.q. 93/1983[29]. Lo è stato anche in seno al regime precedente, almeno a partire dagli anni '70 del secolo scorso, quando, in modo disorganico ma esteso, una serie di leggi particolari hanno introdotto procedure formali di negoziazione delle condizioni di lavoro del pubblico dipendente, talora destinate ad essere recepite in provvedimenti autoritativi delle amministrazioni[30], tal altra immediatamente applicabili ai rapporti di lavoro[31]. Lo è o lo va diventando anche per alcune categorie di personale escluse dalla contrattualizzazione, anche quelle più lontane dalla logica privatistica, come le forze di polizia[32], che pure esprimono un'evidente specificità nel panorama delle pubbliche amministrazioni[33]. E dove il metodo negoziale non è penetrato

[29] Nell'ampia letteratura sulla legge quadro 93/1983, cfr. L. Zoppoli, *Contrattazione…*, cit., p. 65 ss.

[30] Cfr. l'art. 40, u.c., l. 12 febbraio 1968, n. 132 per il personale degli enti ospedalieri; l'art. 24, l. 28 ottobre 1970, n. 775 e poi l'art. 9, l. 22 luglio 1975, n. 382 per gli impiegati civili dello Stato; gli arttt. 26, 27, 28, l. 20 marzo 1975, n. 70 per i dipendenti del comparto Parastato; l'art. 6, l. 27 febbraio 1978, n. 43 per i dipendenti degli enti locali.

Nell'ampia letteratura in materia cfr. A. Orsi Battaglini, *Gli accordi sindacali nel pubblico impiego*, Giuffré, Milano, 1982; G. Ferraro, *Autonomia collettiva e pubblico impiego*, in *RGL*, 1973, p. 573 ss.; U. Romagnoli, *La resistibile ascesa del contrattualismo nel pubblico impiego*, in *GDLRI*, 1980, p. 192 ss.

[31] Cfr. l'art. 25, l. 14 agosto 1967 per il personale degli enti lirici.

[32] Artt. 43 e 95, l. 1 aprile 1981, n. 121; art. 2, 3 e 7, d.lgs. 12 maggio 1995, n. 195.

[33] Dopo Corte cost., 13 giugno 2018, n. 120 (che si può leggere anche in *ADL* 2019, p. 109 ss., con nota di G. Pacchiana Parravicini, *Il difficile cammino delle tutele sindacali per i militari*), sono state avanzate diverse proposte di legge in materia di rappresentanza sindacale e contrattazione collettiva delle forze armate, indi-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

direttamente, la legge ha previsto che almeno la dinamica delle retribuzioni sia regolata *per relationem* rispetto agli incrementi conseguiti dal personale in regime contrattualizzato, con un risultato finale che la giurisprudenza amministrativa giudica del tutto omologo a quello riconosciuto al personale contrattualizzato[34].

A queste condizioni la riserva di regolazione consensuale/conflittuale dei rapporti di lavoro in ambito pubblico non riposa sull'assegnazione allo Stato della competenza in materia di ordinamento civile. Ha, piuttosto, base negli artt. 39, 36, 97, c. 2, 117, c. 1, Cost. e vincola in egual maniera il legislatore statale e quello regionale nel senso di costituire il limite basso sotto il quale non sarebbe possibile ritornare, sia con (contro)riforme organiche della materia, sia con misure singolari invasive o espropriative dell'area riservata alla negoziazione sindacale[35].

In questo più limitato senso mi pare sia recuperabile l'idea di chi, in una forma che giudico troppo radicale, ha teorizzato la costituzionalizzazione in blocco della scelta della privatizzazione del regime delle fonti del pubblico impiego[36]. Ciò che ha avuto e ha radici nel

rizzate con vari accenti a uniformare il relativo regime rispetto a quello previsto dal d.lgs. 165/2001 per la generalità dei dipendenti pubblici. Sul punto cfr., se vuoi, P. Lambertucci, *Brevi riflessioni sulle iniziative legislative in materia di rappresentanza dei corpi militari*, in *ADL*, 2019, p. 569 ss.

[34] Art. 24, comma 1, della legge n. 448 del 1998, ove la previsione che la retribuzione delle categorie di personale non contrattualizzato è adeguata di diritto annualmente in ragione degli incrementi medi, calcolati dall'Istituto nazionale di statistica, conseguiti nell'anno precedente dalle categorie di pubblici dipendenti contrattualizzati sulle voci retributive, utilizzate dal medesimo Istituto per l'elaborazione degli indici delle retribuzioni contrattuali. Sul punto cfr. Cons. Stato, 21 settembre 2010, n. 6991.

[35] In dottrina l'idea che la privatizzazione del pubblico impiego obblighi a rileggere i rapporti fra l'art. 97, c. 2 e l'art. 39 Cost., in guisa da rendere costituzionalmente necessitato il ricorso alla negoziazione collettiva di diritto privato per la determinazione delle condizioni di lavoro dei pubblici dipendenti è sostenuta, se mal non ho inteso il suo pensiero, da M. Barbieri (*Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, Cacucci, Bari, 1997, p. 100 ss. spec., pp. 121-122). Sul punto cfr., anche, G. Rolla, *Autonomia costituzionale e limite dei principi della materia in tema di organizzazione e disciplina del personale: profili costituzionali del decreto legislativo n. 29 del 1993*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti Di Celso*, vol. II, Cedam, Padova, 1995, p. 577 ss.

[36] La tesi è stata argomentata in dottrina a partire dal rapporto di strumentalità della privatizzazione rispetto al principio costituzionale di efficienza della Pubblica amministrazione. Si è sostenuto che l'abilitazione del datore di lavoro pubblico a operare con i poteri del privato datore di lavoro costituirebbe il mezzo più appro-

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

sotto e nel sopra suolo del nostro ordinamento positivo e che può trovare una base di legittimazione costituzionale non è il regime privatistico dei rapporti di lavoro e degli atti che lo governano. È piuttosto il principio di regolazione sindacale delle condizioni particolari di lavoro, opportunamente temperato dall'esigenza di tenere conto delle ragioni dell'eguaglianza fra i lavoratori nonché dell'efficienza e dell'equilibrio finanziario degli apparati pubblici.

La più compiuta teorizzazione dell'idea che la riserva di contrattazione collettiva in materia di pubblico impiego sia tale non per scelta del legislatore ordinario nell'esercizio della potestà prevista dall'art. 117, c. 2, lett. l), Cost. ma si imponga anche a questo in forza di un titolo di legittimazione superiore è contenuta in Corte cost. 23 luglio 2015, n. 178, resa sulla nota vicenda del blocco della contrattazione sindacale per i pubblici dipendenti, disposto dall'art. 9, cc. 1 e 17, d.l. 78/2010 e poi prorogato dall'art. 16, c. 1, lett. b), d.l. 98/2011, dall'art. 1, c. 453, l. 147/2013 e dall'art. 1, c. 254, l. 190/2014.

Fuori dalle strettoie del riparto di competenze Stato-regioni e della potestà legislativa in materia di ordinamento civile, salutarmente fuori gioco giacché non era in discussione l'applicabilità della legge statale alle regioni, è stato sufficiente alla Corte incrociare la premessa della universalità del principio di libertà di organizzazione sindacale con quella della naturale inerenza, rispetto a questo, dell'autonomia collettiva[37], per concludere che esiste anche nel pubblico impiego una

priato e dunque vincolato per garantire il buon andamento degli apparati pubblici a tutti i livelli. Donde l'asserita impossibilità di riportare l'intera disciplina del pubblico impiego regionale, anche quella concernente la c.d. bassa organizzazione degli uffici e il rapporto individuale di lavoro, in regime di diritto amministrativo, quindi sotto il governo di atti di carattere autoritativo-provvedimentale, come è stato in passato per la generalità degli enti e come è tutt'ora per quelli esclusi dall'applicazione del d.lgs. 165/2001.

Se non che, in disparte la considerazione che l'equazione fra privatizzazione e maggiore efficienza dell'amministrazione è priva di adeguati riscontri sul piano empirico, l'esistenza di ampie ed eterogenee categorie di enti che hanno conservato l'antico regime di diritto pubblico dimostra l'insostenibilità dell'idea che la privatizzazione sia oggetto di un vincolo costituzionale *diretto*, il quale, proprio in quanto tale, non potrebbe che riguardare anche il legislatore statale.

Sul punto cfr. C. Spinelli, *Il datore di lavoro pubblico. Autonomia organizzativa e poteri del dirigente*, Cacucci, Bari, 2012, p. 90 ss.; in termini problematici F. Carinci, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *ADL*, 2003, p. 63 ss.

[37] Punto 16 della motivazione ove il richiamo ai precedenti Corte cost., 23 giugno 1988, n. 697; Corte cost., 7 febbraio, 1985, n. 34.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

sfera di dominio riservato al contratto collettivo di lavoro non comprimibile dalla legge ordinaria oltre i limiti dettati dalle «esigenze di razionale distribuzione delle risorse e controllo della spesa, all'interno di una coerente programmazione finanziaria (art. 81, primo comma, Cost.)»[38].

Il contratto collettivo nel pubblico impiego, prosegue la Corte, non è solo il naturale complemento della libertà sindacale: «nei limiti tracciati dalle disposizioni imperative della legge […] si atteggia come imprescindibile fonte […], ponendosi, per un verso, come strumento di garanzia della parità di trattamento dei lavoratori […] e, per altro verso, come fattore propulsivo della produttività e del merito…»[39]. Proposizione nella quale è trasparente il riferimento ai principi enunciati nell'art. 97, c. 2, Cost.[40].

Se a questo punto si transita sul terreno dell'art. 117, c. 1, Cost., cioè sul piano dell'esercizio delle potestà legislative di Stato e regioni, l'ulteriore conclusione da trarre è che, in materia di pubblico impiego regionale, esiste una riserva di contrattazione collettiva relativamente intangibile tanto dalla legge statale che dalla legge regionale. E se non bastasse il diritto interno, che per vero basta, vi sarebbe il diritto internazionale, cui la Corte opportunamente si appoggia per allargare la base normativa del nesso funzionale fra sindacato e contratto collettivo.

Le tre convenzioni OIL sul diritto sindacale, innanzi tutto: la n. 87/1948 in materia di libertà sindacale; la n. 98/1949, in materia di organizzazione sindacale e negoziazione collettiva[41]; la n. 151/1978 in materia di organizzazione sindacale e procedure per la determinazione delle condizioni di impiego nella funzione pubblica[42].

[38] Punto 17 della motivazione.

[39] Punto 17 della motivazione.

[40] Non contraddicono la ricostruzione proposta nel testo quelle disposizioni del d.lgs. 165/2001 che, sul presupposto dell'intromissione della legge nella sfera riservata al contratto collettivo, prevedono che il secondo possa derogare alla prima o una cedevolezza della prima rispetto alle disposizioni sopravvenute del secondo. La garanzia prevista dall'art. 2, cc. 2 e 3, d.lgs. 165/2001 opera su di un piano diverso, di fatto sussidiario, rispetto all'eventuale intervento demolitorio di una pronuncia di illegittimità costituzionale.

[41] Entrambe queste convenzioni sono state ratificate e rese esecutive in Italia con la l. 23 marzo 1958, n. 367.

[42] Quest'ultima ratificata e resa esecutiva in Italia con la l. 19 novembre 1984, n. 862.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

A seguire, le fonti eurounitarie in materia di diritto alla negoziazione collettiva nei settori pubblico e privato: l'art. 11 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nell'interpretazione datane dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella nota pronuncia Demir e Baykara contro Turchia[43]; poi l'art. 6 della Carta sociale europea; infine l'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Beninteso, l'esistenza di un perimetro entro il quale l'attività di negoziazione collettiva deve potersi muovere liberamente non significa immunità assoluta dalla legislazione, ma solo da quegli interventi non giustificati dall'esigenza di tutela di interessi preminenti.

Ferma restando la porzione di organizzazione amministrativa sulla quale le intese sindacali non debbono e possono interferire[44], ferme restando l'imposizione delle garanzie sostanziali e procedurali volte a garantire il rispetto dei vincoli e degli equilibri di bilancio, al Legislatore nazionale non dovrebbe essere consentito variare a suo piacimento il perimetro della contrattazione collettiva regionale, includendovi o escludendovi istituti del rapporto di lavoro e delle relazioni sindacali.

Meno che meno, la legge dello Stato potrebbe sostituirsi alle parti sindacali nel dare regola agli interessi *particolari* del personale delle amministrazioni regionali. Non che gli sia vietato in assoluto, ma la determinazione degli importi massimi di certe indennità[45] o la loro soppressione[46], l'ammissibilità di certi rimborsi spese, la pre-

[43] Corte EDU, Grande Camera, 12 novembre 2008, Demir e Baykara vs. Turchia, su cui vedi V. De Stefano, *La protezione del diritto di sciopero nella dialettica tra corti e organi di supervisione internazionali*, in *GDLRI*, 2014, p. 461 ss.; S. Sciarra, *Un confronto a distanza: il diritto di sciopero nell'ordinamento globale*, in *Pol. dir.*, 2012, p. 213 ss.

[44] La riserva di regime autoritativo provvedimentale, cioè di legge e di provvedimento amministrativo, prescritta per la c.d. alta organizzazione degli uffici dall'art. 2, c. 1, lett. c, l. 421/1992 e poi variamente specificata dal d.lgs. 165/2001 è stata ritenuta diretto svolgimento dei principi di imparzialità dell'amministrazione sanciti dagli artt. 28, 51, 97, 98 Cost., capaci di imporsi ad ogni livello di produzione legislativa da Corte cost., 16 ottobre 1997, n. 309. In dottrina, anche per riferimenti, rinvio a C. Spinelli, *Il datore di lavoro pubblico*, cit., p. 117 ss.

[45] Cfr. ad es. l'art. 1, c. 216, l. 266/2005, in materia di riduzione dell'importo dei rimborsi delle spese di viaggio aereo, di spettanza del personale regionale, al costo della classe più economica, sul quale vedi Corte cost., 21 marzo 2007, n. 95. Vedi anche Corte cost., 11 febbraio 2013, n. 19 ove ampi riferimenti alla giurisprudenza precedente.

[46] Art. 1, c. 213, l. 266/2005, in materia id indennità di trasferta.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

determinazione del numero e del costo dei singoli buoni pasto[47], l'imposizione di tetti massimi alle retribuzioni dei dirigenti pubblici, la previsione di restrizioni nell'erogazione di trattamenti economici accessori[48], i blocchi temporanei e generalizzati agli incrementi retributivi e alla contrattazione collettiva[49], più in generale i limiti *eteroimposti* assai ricorrenti nella prassi applicativa, non potrebbero giudicarsi ammissibili sulla base del solo criterio formale dell'inerenza dell'istituto considerato alla materia all'ordinamento civile[50]; richiederebbero bensì l'allegazione di criteri di legittimazione materiale superiori, quali l'inerenza a un principio costituzionale o internazionale cogente per Stato e regioni[51] oppure, se ci si vuole calare sul terreno dell'esercizio di potestà legislative statali trasversali, l'inerenza alla funzione di coordinamento della finanza pubblica[52] o di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale[53].

[47] Ad es., l'art. 5, c. 7, l. 135/2012.

[48] Ad es., l'rt. 24, d.lgs. 165/2001.

[49] Ad es., l'art. 9, c. 1, d.l. 78/2010; art. 1, c. 452, l. 27 dicembre 2013, n. 147; art. 1, c. 254, l. 23 dicembre 2014, n. 190.

[50] Cfr. ad es. Corte cost., 21 marzo 2007, n. 95, che ha validato l'art. 1, c. 213, l. 266/2005 nella parte in cui ha imposto anche alle regioni la soppressione dell'indennità di trasferta sul presupposto la legge abolitiva statale sarebbe intervenuta su di un istituto del diritto civile. Con argomentazione analoga si è espressa Corte cost., 19 luglio 2013, n. 225 in merito all'art. 5, c. 7, d.l. 95/2012, che ha introdotto una disciplina limitativa dell'importo dei buoni pasto. In situazione analoga Corte cost., 6 giugno 2017, n. 160 ha cassato l'art. 8, c. 2, l.r. Liguria 8/2016 nella parte in cui ha dettato le condizioni per l'attribuzione a una parte del personale regionale dell'indennità di trasferta prevista dal contratto collettivo. Anche in questo caso, il parametro costituzionale invocato è stato l'art. 117, c. 2, lett. l. Cost., sebbene in ricorso si fosse censurata anche la violazione dei principi di coordinamento finanziario.

[51] Ad una stregua simile, anche nel settore privato, la Corte costituzionale ha ritenuto ammissibili gli interventi limitativi della dinamica salariale mediante l'imposizione di tetti massimi alla contrattazione collettiva, purché per periodi limitati di tempo e in vista del perseguimento di determinati obiettivi macro economici. Cfr. Corte cost., 26 marzo 1991, n. 124; nello stesso senso, cfr. Corte cost., 24 marzo 1988, n. 330; Corte cost., 7 febbraio, 1985, n. 34. In dottrina cfr. L. Mengoni, *Legge e autonomia collettiva*, in *MGL*, 1980, p. 296; M. Ricci, *Autonomia collettiva e giustizia costituzionale*, Cacucci, Bari, 1999, p. 55 ss.; A. Topo, *Legge e autonomia collettiva*, cit., p. 142 ss.; M. Martone, *Governo dell'economica e azione sindacale*, Cedam, Padova, 2006, p. 159 ss.

[52] *Infra* § successivo.

[53] *Infra* § successivo.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

5. *I limiti legittimamente imponibili alla contrattazione collettiva nella disciplina dell'impiego pubblico regionale*. – In questo quadro di considerazioni, il controllo di costituzionalità sulle leggi delle regioni, se vuole essere rispettoso dell'autonomia di questi enti, dovrebbe più appropriatamente selezionare i suoi strumenti. Se l'obiettivo è garantire le possibilità di governo della spesa per il personale, questo deve e può ben essere perseguito senza puntarlo per il segmento breve del monopolio statale della legislazione in materia di ordinamento civile.

Altri dovrebbero essere gli strumenti da utilizzare.

Si consideri ancora la vicenda recente della disciplina del rapporto di lavoro dei giornalisti impiegati presso i consigli o le giunte regionali. L'interesse che la legge nazionale ha protetto con l'imporre l'applicazione di un determinato contratto collettivo e dunque di una certa disciplina *particolare* del rapporto di lavoro di queste figure professionali non atteneva tanto all'uniformità della disciplina giuridica su tutto il territorio nazionale. L'opzione di alcuni legislatori regionali per l'applicazione del contratto collettivo di lavoro giornalistico si svolgeva piuttosto in pregiudizio della possibilità di governare il costo del personale, che sfuggiva alle possibilità di controllo delle regioni, perché queste si trovavano ad applicare al personale in argomento un contratto collettivo alla cui stipula e al cui rinnovo non avevano partecipato.

Una recente ordinanza della sezione regionale Basilicata della Corte dei conti ha meglio impostato la soluzione del problema, rilevando che l'applicazione del contratto collettivo di lavoro giornalistico da parte di quella regione avesse comportato un incontrollato incremento dei costi del personale, coerentemente evocando, insieme al monopolio statale in materia di ordinamento civile, anche la funzione statale di coordinamento della finanza pubblica quale titolo di prevalenza della legge statale su quella regionale[54].

Sulla stessa linea argomentativa si è mossa la Corte costituzionale in due vicende recenti riguardanti leggi regionali istitutive di fondi contrattuali per l'erogazione del salario accessorio a determinate ca-

[54] Corte dei conti, sez. Basilicata, ordinanza n. 25 del 4 luglio 2019. L'ordinanza ha sollevato questione incidentale di legittimità costituzionale dell'art. 2, commi 2 e 6 e dell'art. 6, commi 1 e 2, l.r. Basilicata 9 febbraio 2001 n. 7, in riferimento agli artt. 117, comma 2, lett. l), 81, 97, comma 1 e 117, comma 3, della Costituzione. Al momento in cui si scrive la Corte non si è ancora pronunciata.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

tegorie di personale[55]. I giudizi sono stati originanti ancora una volta da due ordinanze di rimessione delle sezioni regionali della Corte dei conti in sede di parificazione dei bilanci regionali, il che ha fornito alla Consulta una prospettazione della questione di costituzionalità dall'angolo visuale della violazione dei vincoli di finanza pubblica, più che dello sconfinamento della legge regionale nell'area materiale dell'*ordinamento civile*. E tanto sarebbe bastato a reggere la pronuncia di incostituzionalità, senza bisogno, come invece si è fatto, di chiamare in causa l'onnipresente limite del diritto privato, la cui portata si è dovuta estendere fino a fargli ricomprendere gli aspetti *economici e finanziari*, così da renderlo capace di ridondare «inevitabilmente, nella violazione dei principi costituzionali in tema di tutela del bilancio e degli equilibri finanziari, e ciò in quanto il legislatore regionale – nel sostituirsi *sine titulo* al legislatore nazionale – ha innestato nel sistema oneri e sottratto risorse in assenza di copertura normativa, *rectius* in violazione dei parametri costituzionali». Dove è evidente la singolare inversione di priorità costituzionali, posto che la salvaguardia dei bilanci è garantita negli artt. 81, 97, c. 1 e 119, c. 1, Cost. in guisa tale da impegnare direttamente ogni livello di normazione, senza bisogno della mediazione dell'esercizio di nessuna competenza statale se non quella in materia di coordinamento della finanza pubblica.

In quest'ordine di considerazioni, meglio ha fatto Corte cost. 2 dicembre 2011, n. 325, la quale ha dichiarato incostituzionale una legge regionale che introdusse una disciplina dei sistemi di rilevazione delle presenze al fine della erogazione del compenso per lavoro straordinario[56]. Nell'occasione il parametro di controllo evocato non è stato quello della competenza statale esclusiva in materia di ordinamento civile, bensì quello dell'interesse nazionale al coordinamento finanziario.

Sullo stesso registro si è attestata anche Corte cost. 1 luglio 2012, n. 189, che ha giudicato l'art. 13, c. 6, lett. c) e d) della legge della Provincia di Bolzano n. 15 del 2010, la quale aveva stabilito un blocco della contrattazione salariale per il quadriennio 2010-2013 e contestualmente dato indicazione che «alla ripresa della contrattazione collettiva saranno definiti congrui meccanismi tesi a conseguire il pro-

[55] Corte cost., 6 giugno 2019, n. 138; Corte cost., 19 giugno 2019, n. 146.
[56] Cfr. l'art. 51, l.r. Puglia 31 dicembre 2010, n. 19.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

gressivo riallineamento dei trattamenti economici complessivi fra i comparti del contratto collettivo di intercomparto».

L'istituto sul quale la legge provinciale è intervenuta – la negoziazione collettiva – sarebbe stato di quelli riservati alla legge statale secondo la costante giurisprudenza della Consulta. Ma il vaglio di costituzionalità è stato svolto evocando il parametro del coordinamento finanziario e non il limite del diritto privato. Anzi, in un modo che alla luce dei precedenti sopra passati in rassegna sarebbe da giudicare sorprendente, la Corte ha dato atto che la legge scrutinata sarebbe stata «indubbiamente emessa nell'esercizio della competenza legislativa provinciale nella materia *disciplina dell'ordinamento degli uffici provinciali e del personale ad essi addetto* prevista dall'art. 8, numero 1), dello statuto d'autonomia». Che è proposizione bensì contraria ai precedenti arresti sulla stessa materia ma che non contraddice il principio della riserva di contrattazione collettiva proprio perché l'intervento del legislatore regionale è stato giustificato dalla superiore necessità di tutela degli equilibri di bilancio, sulla scia di quanto disposto a livello nazionale dall'art. 9, d.l. 78/2010.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Carlo Pilia

I diritti abitativi nelle crisi familiari

Sommario: 1. L'evoluzione dell'assegnazione della casa coniugale in Italia. – 2. L'affermarsi del pluralismo nei modelli familiari e nei sistemi di gestione delle crisi. – 3. L'affido condiviso e l'unificazione dello *status filiationis*. – 4. Il regime comune dell'art. 337-*sexies* c.c. – 5. L'istituzione delle unioni civili. – 6. La disciplina delle convivenze di fatto. – 7. I contratti di convivenza. – 8. Le semplici convivenze di fatto. – 9. Gli accordi di scioglimento della convivenza, la negoziazione assistita tramite avvocati e la mediazione familiare. – 10. Conclusioni.

1. *L'evoluzione dell'assegnazione della casa coniugale in Italia*. – Nel conformare il regime della famiglia fondata sul matrimonio, il legislatore italiano ha sempre dedicato una particolare attenzione alle questioni inerenti alla casa nella quale i coniugi e i figli convivono. L'abitazione familiare comprende l'insieme di beni finalizzati all'esistenza domestica della comunità familiare e garantisce valori personali ed esistenziali che sono preminenti rispetto ai diritti patrimoniali. Dalla sistematica delle fonti, il codice civile e le principali leggi speciali in materia, risulta l'elaborazione di una disciplina complessiva della casa familiare che non ha considerato solamente la costituzione e il fisiologico svolgimento delle relazioni familiari ma si è soffermata anche sulle vicende critiche dell'attenuazione e della cessazione del vincolo coniugale[1].

[1] Sulla disciplina dell'assegnazione della casa familiare, tra i tantissimi contributi, S. Asprea, *L'assegnazione della casa coniugale nella separazione, nel divorzio e nella convivenza*, Torino, 2003; G. Frezza, *I luoghi della famiglia*, Torino, 2004; M.G. Cubeddu, *La casa familiare*, Milano, 2005; *L'assegnazione della casa coniugale nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2010; G. Ferrando, *L'assegnazione della casa familiare*, in *La separazione personale*, a cura di G. Ferrando, G. Oberto, Padova, 2011, p. 309 ss.; R. Marini, *Il diritto all'abitazione nei rapporti familiari*, Napoli, 2012; C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, Milano, 2014, p. 220 ss.; M. Mantovani, v. *Casa familiare (assegnazione della)*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 2008, p. 1 ss.; E. Quadri, *Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma*, in *Familia*, 2006, p. 395 ss.; C. Rimini, *L'assegnazione della casa*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Anzitutto, tra gli obblighi reciproci dei coniugi scaturenti dal matrimonio è annoverato espressamente quello della coabitazione (art. 143, comma 2, c.c.) e, inoltre, si prevede che siano i medesimi coniugi a concordare la vita familiare e a fissare la residenza della famiglia, secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa (art. 144, comma 1). L'allontanamento senza giusta causa dalla residenza familiare del coniuge che rifiuti di tornarvi sospende il diritto all'assistenza morale e materiale (art. 146, comma 1). Pur in presenza di una giusta causa, costituita dalla proposizione della domanda di separazione[2], di annullamento o di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio[3], a seconda delle circostanze, il giudice può disporre il sequestro dei beni del coniuge allontanatosi a garanzia dell'adempimento degli obblighi tra i coniugi e verso i figli (art. 146, comma 3).

A fronte dell'obbligo imposto dal matrimonio ad ambedue i genitori di mantenere, istruire, educare e assistere moralmente i figli, nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni (art. 147), è ravvisabile il corrispondente diritto in capo ai figli (art. 315-*bis*, comma 1), i quali hanno diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti continuativi con i parenti (comma 2). I figli minori che abbiano compiuto gli anni dodici, come pure quelli di età inferiore se capaci di discernimento, hanno altresì diritto di essere ascoltati in tutte le questioni e le procedure che li riguardano (comma 3). Quanto ai loro doveri, inoltre, i figli devono rispettare i genitori e contribuire,

familiare: l'art 155 quater *c.c. alla luce delle più recenti affermazioni giurisprudenziali*, in *Fam. pers. succ.*, Torino, 2007, p. 497 ss.; V. Carbone, *Assegnazione della casa coniugale*, in *Corr. giur.*, Milano, 2005, p. 319 ss.; T. Auletta, *Il diritto di famiglia*, Torino, 2004, p. 255 ss.; M. Finocchiaro, v. *Casa familiare* (*attribuzione della*), in *ED*, *Agg.*, I, Milano, 1997, p. 271 ss.; G. Carapezza Figlia, J.R. De Verda Y Beamonte, *Interessi rilevanti nell'assegnazione della casa familiare. Un confronto tra le esperienze spagnola e italiana*, in *Il diritto della famiglia e delle persone*, 1, 2013, p. 267 ss.

[2] Presupposto della separazione giudiziale, peraltro, è proprio la situazione di intollerabilità della prosecuzione della convivenza tra i coniugi, oltre che di pregiudizio dei figli (art. 152, comma 1, c.c.).

[3] Fuori delle fattispecie di condanna penale, lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio può essere domandato da uno dei coniugi principalmente nei casi in cui la separazione dei coniugi si sia protratta ininterrottamente per un predeterminato arco temporale [art. 3, comma 1, n. 2, lett. *b*), *c*) e secondo capoverso, Legge 1 dicembre 1970, n. 898 (*Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*)].

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa (comma 4).

In relazione alla responsabilità dei genitori sui figli minori, l'attuale disciplina codicistica (art. 316) dispone che «Entrambi i genitori hanno la responsabilità genitoriale che è esercitata di comune accordo tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del figlio. I genitori di comune accordo stabiliscono la residenza abituale del minore». In caso di contrasto, sono previsti l'intervento del giudice e l'ascolto del figlio munito di capacità di discernimento, al fine di raggiungere una soluzione possibilmente concertata e rispettosa delle posizioni coinvolte. Infine, sono da richiamare le disposizioni sull'abbandono della casa del genitore (art. 318), che prescrivono che «Il figlio, sino alla maggiore età o all'emancipazione, non può abbandonare la casa dei genitori o del genitore che esercita su di lui la responsabilità genitoriale né la dimora da essi assegnatagli. Qualora se ne allontani senza permesso, i genitori possono richiamarlo ricorrendo, se necessario, al giudice tutelare».

L'importanza strategica dell'ambiente comunitario per il corretto svolgimento delle relazioni familiari, inoltre, ha determinato l'introduzione di specifiche tutele finalizzate alla salvaguardia del diritto alla casa familiare nelle situazioni di crisi. All'ampliamento degli ambiti di intervento, si sono accompagnati l'aggiornamento e la differenziazione dei contenuti delle tutele privatistiche in un processo di continua evoluzione del sistema.

Con riguardo al regime successorio, anzitutto, il codice civile contiene disposizioni significative a favore del coniuge superstite, al quale spettano necessariamente alcuni diritti anche sull'attribuzione della casa familiare (art. 540 c.c.)[4]. Più precisamente, a favore del coniuge

[4] Sul regime successorio del diritto di abitazione della casa familiare spettante al coniuge superstite, v. M.G. Falzone Calvisi, *Il diritto di abitazione del coniuge superstite*, Napoli, 1993; M. Dossetti, *La riserva a favore del coniuge (art. 540 c.c.)*, in *Codice delle successioni e donazioni*, a cura di G. Bonilini, M. Confortini, G. Mariconda, Torino, 2015, p. 490 ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile. 2.2. Le successioni*, Milano, 2015, 179 ss.; D. Restuccia, sub *art. 540*, in *Codice delle successioni e donazione*, a cura di M. Sesta, Milano, 2011, p. 902 ss.; L. Ferri, *I diritti di abitazione e di uso del coniuge superstite*, in *RTDPC*, I, 2006, p. 366 ss.; G. Azzariti, *Il diritto di abitazione sulla casa già adibita a residenza familiare e di uso dei mobili che la corredano da parte del coniuge superstite*, in *Giustizia civile*, 1987, n. 7-8, p. 2377 ss.; G. Basini, *I diritti successorî del coniuge separato senza addebito. Il problema relativo al*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

è riservata la metà del patrimonio dell'altro coniuge, salve le disposizioni per il caso di concorso con i figli (comma 1). In particolare, al coniuge, anche quando concorra con altri chiamati, sono riservati i *diritti di abitazione* sulla casa adibita a residenza familiare e di *uso* sui *mobili* che la corredano, se di proprietà del defunto o comuni. Tali diritti gravano sulla *porzione disponibile* e, qualora questa non sia sufficiente, per il rimanente sulla quota di riserva del coniuge ed eventualmente sulla quota riservata ai figli. In sostanza, al coniuge superstite spetta, oltre alla sua quota di eredità, anche un legato *ex lege* contenente il diritto di abitazione della casa coniugale e di uso sui mobili che la arredano. Queste ultime attribuzioni, valevoli vita natural durante del coniuge superstite, incidono significativamente sulla ripartizione dell'eredità del *de cuius*. La *ratio* della norma è quella di preservare la sfera degli affetti del coniuge superstite, consentendo a questo di continuare a vivere nella casa familiare.

Con riguardo alla legislazione locatizia degli immobili urbani, inoltre, è stata disciplinata espressamente la successione nel contratto in caso di morte, separazione e divorzio del conduttore per garantire la continuità del rapporto abitativo a favore dell'altro coniuge e dei familiari conviventi. Più precisamente, all'art. 6 (*Successione nel contratto*), della legge 27 luglio 1978, n. 392 (*Disciplina delle locazioni di immobili urbani*), si è stabilito che «In caso di morte del conduttore, gli succedono nel contratto il coniuge, gli eredi ed i parenti ed affini con lui abitualmente conviventi. In caso di separazione giudiziale, di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili dello stesso, nel contratto di locazione succede al conduttore l'altro coniuge, se il diritto di abitare nella casa familiare sia stato attribuito dal giudice a quest'ultimo. In caso di separazione consensuale o di nullità matrimoniale al conduttore succede l'altro coniuge se tra i due si sia così convenuto»[5]. La finalità della norma è sempre quella di

diritto di abitazione sulla casa familiare ed al diritto di uso sui mobili che la corredano, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, III, *Famiglia e persona*, Torino, 2016, p. 2275 ss.; D. Poletti, *A proposito del diritto di abitazione del coniuge superstite (e di interessi creditori)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2015, p. 403 ss.; E. Moscati, *Rapporti di convivenza e diritto successorio*, in *Notariato*, 2, 2014, p. 173 ss.

[5] Con riferimento alla disciplina in esame, v. G. De Lucia, *Cessione, successione, cessazione e risoluzione del contratto di locazione*, in *Le locazioni*, a cura di M. De Giorgi, D. Maffei, C. Marvasi, Padova, 2015, p. 421 ss.; S. Tomasi, *Locazioni di immobili urbani adibiti ad uso di abitazione*, in *Commentario al codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, XLI, a cura di G. Di Rosa, Torino, 2018, p. 473 ss.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

preservare la sfera degli affetti del coniuge, dei figli e dei familiari conviventi, in modo da permettere loro di continuare a vivere nella casa familiare malgrado le criticità del rapporto coniugale.

Con riferimento alla separazione e al divorzio dei coniugi, inoltre, sono state dettate delle ulteriori disposizioni significative al fine di garantire una continuità dell'ambiente familiare, soprattutto a tutela dei figli all'indomani dell'aprirsi della crisi coniugale. Tra le misure economiche applicabili dal giudice, accanto a quelle pecuniarie degli assegni di mantenimento o degli alimenti[6], infatti, si contempla anche l'assegnazione della casa coniugale. Più precisamente, la precedente formulazione della norma codicistica (art. 155 c.c.) prevedeva che il giudice potesse disporre l'assegnazione della casa coniugale a favore del coniuge affidatario dei figli minori e che di detta assegnazione si tenesse conto ai fini della definizione dei rapporti economici conseguenti alla separazione[7].

Con l'approvazione in Italia della disciplina del divorzio (Legge 1

[6] In caso di crisi familiare, le misure in favore dei figli sono stabilite dagli artt. 155 ss. c.c. e dagli artt. 6, 8, 9-*bis*, L. div.; mentre quelle tra i coniugi risultano dagli artt. artt. 156 ss. c.c. e dagli artt. 5 e 8, 9, 9-*bis* L. div. In generale, sull'applicazione delle misure economiche conseguenti alla separazione e al divorzio, v. *La famiglia in crisi*, a cura di G. Cassano, G. Oberto, Padova, 2016; *Famiglia e patrimonio*, a cura di G. Oberto, Padova, 2015; *Gli aspetti di separazione e divorzio nella famiglia*, a cura di G. Oberto, Padova, 2012, p. 919 ss.; *Lo scioglimento del matrimonio*, a cura di G. Bonilini, F. Tommaseo, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da F.D. Bunelli, Milano, 2010; *Commentario del codice civile* Scioloja-Branca, *Libro primo persone e famiglie (art. 155-155* sexies), *Provvedimenti riguardo ai figli*, a cura di S. Patti, L. Rossi Carleo, Bologna-Roma, 2010; M. Acerno, C. Cecchetti, *Divorzio, Adozione, Unione civile*, in *Codice civile*, a cura di P. Rescigno, Milano, 2014, p. 1 ss.; G. Corapi, *Gli effetti patrimoniali della separazione dei coniugi*, in *Trattato di diritto di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, III, *Famiglia e persone*, Torino, 2016, p. 2223 ss.

[7] Sull'assegnazione della casa familiare in caso di separazione personale dei coniugi, M. Paladini, *L'abitazione della casa familiare nell'affido condiviso*, in *Famiglia e diritto*, 2006, p. 329 ss.; A. Zaccaria, *Opponibilità e durata dell'assegnazione della casa familiare, dalla riforma del diritto di famiglia alla nuona legge sull'affidamento condiviso*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 775 ss; L. Rossi Carleo, C. Caricato, *La casa familiare*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, IV. *Il diritto di famiglia*, *II - La crisi familiare*, a cura di T. Auletta, Torino, 2013, p. 222 ss.; C. Irti, *Art. 155*-quater. *Assegnazione della casa familiare e prescrizioni in materia di residenza*, in *Comm. cod. civ.* Scioloja-Branca, *Libro primo persone e famiglie (art. 155-155* sexies*)*, *Provvedimenti riguardo ai figli*, a cura di S. Patti, L. Rossi Carleo, cit., p. 260 ss.; M.S. Merello, «Affectio familiaris» *ed opponibilità del «diritto» al godimento della casa familiare*, *Dir. fam. pers.*, 4, 2017, p. 1371 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

dicembre 1970, n. 898, «*Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*»), ancora, è stata prevista l'applicazione del provvedimento giudiziale di assegnazione della casa coniugale in caso di scioglimento o cessazione degli effetti del matrimonio (art. 6, comma 6)[8]. L'assegnazione, infatti, è disposta a favore dell'*ex* coniuge convivente con i figli, anche se diventati maggiorenni. Il regime della casa familiare, per l'effetto, sopravvive anche allo scioglimento o alla cessazione degli effetti del matrimonio dal quale scaturisce.

L'importanza anche economica dell'assegnazione della casa familiare ha segnato il grande successo dell'istituto giuridico e, per tanti versi, anche la sua notevole conflittualità applicativa. Per un verso, l'assegnazione della casa familiare, specie in periodi di accentuata difficoltà nel reperimento di alloggi urbani, ha finito per esasperare l'adozione della decisione giudiziale che, sovente, costituisce la misura economica di gran lunga più importante operante tra i coniugi separati o divorziati. Per altro verso, nell'adozione della misura si sono dovute fronteggiare situazioni nuove e maggiormente conflittuali rispetto al passato, che hanno comportato la necessità di un ripensamento complessivo dell'approccio tradizionale verso l'assegnazione della casa coniugale nelle molteplici situazioni di convivenza, non solo *post* ma anche *extra* matrimoniale.

L'istituto giuridico è stato perciò sottoposto a un'intensa attività di adattamento ermeneutico e di revisione normativa. Tanto negli ambiti applicativi, quanto nei contenuti normativi, infatti, l'iniziale disciplina è stata modificata in ragione dei profondi cambiamenti che sono sopraggiunti nell'ordinamento giuridico in generale e negli statuti familiari in particolare. Dallo statuto tradizionale della famiglia «legittima» fondata sul matrimonio, invero, l'istituto in esame è stato progressivamente esteso ai diversi modelli familiari che dalla «dimensione fattuale» sono assurti ad «altrettanti statuti giuridici», per effetto dell'azione combinata degli interventi interpretativi della giurisprudenza e di quelli legislativi del Parlamento.

[8] Sull'assegnazione divorzile della casa familiare, v. C.M. Bianca, *Commento all'art. 6, l. 1 dicembre 1970, n. 898*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, VI, 1, Padova, 1993; E. Quadri, *La nuova legge sul divorzio. I. Profili patrimoniali*, Napoli, 1987; K. Mascia, *L'assegnazione della casa familiare*, in *Gli aspetti di separazione e divorzio nella famiglia*, a cura di G. Oberto, cit., p. 919 ss.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

2. *L'affermarsi del pluralismo nei modelli familiari e nei sistemi di gestione delle crisi*. – L'affermarsi sul piano sociale dei nuovi modelli familiari[9], che per tanti versi differiscono da quello della tradizionale famiglia matrimoniale, ha sollevato delicate questioni giuridiche proprio con riguardo all'istituto dell'assegnazione della casa familiare. Malgrado essa sia stata introdotta con riferimento alla famiglia caratterizzata dalla stabilità, anche se non più dall'iniziale indissolubilità del vincolo matrimoniale, e dalla formalizzazione pubblica del rapporto tra i coniugi e rispetto ai figli, da tempo si è avvertita l'esigenza di estenderne l'applicazione anche alle altre specie di famiglia, al fine di garantire a tutti i componenti una corrispondente protezione abitativa nelle situazioni di crisi.

In tal senso, uno dei primi e più significativi riconoscimenti giurisprudenziali della tutela della convivenza di fatto si è avuto in Italia proprio con riferimento all'abitazione familiare, per quanto concerne l'estensione dell'ambito applicativo della richiamata disposizione sull'automatica successione nella posizione del coniuge conduttore. La Corte costituzionale con la sentenza n. 404/1988[10] ha dichiarato la illegittimità costituzionale «dell'art. 6, primo comma, della l. n. 392/1978, nella parte in cui non prevede tra i successibili nella titolarità del contratto di locazione, in caso di morte del conduttore, il convivente more uxorio»; «dell'art. 6, terzo comma, della l. n. 392/1978, nella parte in cui non prevede che il coniuge separato di fatto succeda al conduttore, se tra i due si sia così convenuto» e «dell'art. 6, della legge n. 392/1978, nella parte in cui non prevede la successione nel contratto di locazione al conduttore che abbia cessato la convivenza, a favore del già convivente quando vi sia prole naturale».

L'importante pronuncia costituzionale è da contestualizzare nella passata stagione di vuoto normativo in materia di famiglia di fatto e, pertanto, ha permesso di fornire una risposta giudiziale all'avvertita necessità di tutelare nuove situazioni di convivenza non contemplate dall'iniziale formulazione delle disposizioni sulla casa coniugale. In tal senso, si è cercato di garantire il fabbisogno di tutela dei conviventi, oltre che dei figli, all'interno delle coppie di fatto, utilizzando

[9] Cfr. V. Scalisi, *Studi sul diritto di famiglia*, Padova, 2014, p. 3 ss.; M. Sesta, *La crisi genitoriale tra pluralità di modelli di coppia e di regole processuali*, in *Famiglia e diritto*, n. 12/2017, p. 1145 ss.

[10] Sentenza della Corte cost. n. 404, 7 aprile 1988, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, p. 1627 ss., nota di A. Trabucchi.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

i medesimi congegni giuridici, sia sostanziali che procedimentali, tanto giudiziali quanto stragiudiziali, stabiliti per le famiglie matrimoniali[11].

Le incertezze e i limiti di siffatto approccio ermeneutico sono stati in buona misura superati grazie all'introduzione graduale di una disciplina nazionale sulle coppie non coniugate[12] che si è affermata sull'onda dell'adozione dei precedenti giurisprudenziali e dei riferimenti normativi internazionali e stranieri. Anche in Italia si è realizzato un lungo e combattuto processo di revisione normativa che ha portato alla complessiva «liberalizzazione» della materia mediante il ricono-

[11] C. Madonia, *Diritto abitativo e convivenza more uxorio*, in *Dir. fam. pers.*, 4, 2015, p. 1531 ss.

[12] La disciplina sugli ordini di protezione contro gli abusi familiari, introdotta in Italia tramite la legge 4 aprile 2001 n. 154 (*Misure contro la violenza nelle relazioni familiari*) che ha novellato il codice civile (Titolo IX-*bis Ordini di protezione contro gli abusi familiari*, artt. 342-*bis* e 342-*ter*), può annoverarsi tra i primi interventi normativi attributivi di nuove tutele giudiziali e stragiudiziali, incidenti anche sull'abitazione familiare, che sono stati resi espressamente applicabili tanto alla famiglia fondata sul matrimonio, quanto alle famiglie di fatto, perciò legislativamente accomunate nel contrasto alla violenza domestica. Nella versione consolidata del vigente codice, si continua a prevede che «Quando la condotta del coniuge o di altro convivente è causa di grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altro coniuge o convivente, il giudice, può adottare con decreto uno o più dei provvedimenti…» [art. 342-*bis* (Ordini di protezione contro gli abusi familiari)], con i quali «…ordina al coniuge o convivente, che ha tenuto la condotta pregiudizievole, la cessazione della stessa condotta e dispone l'allontanamento dalla casa familiare del coniuge o del convivente che ha tenuto la condotta pregiudizievole prescrivendogli altresì, ove occorra, di non avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dall'istante, ed in particolare al luogo di lavoro, al domicilio della famiglia d'origine, ovvero al domicilio di altri prossimi congiunti o di altre persone ed in prossimità dei luoghi di istruzione dei figli della coppia, salvo che questi non debba frequentare i medesimi luoghi per esigenze di lavoro. Il giudice può disporre, altresì, ove occorra l'intervento dei servizi sociali del territorio o di un centro di mediazione familiare, nonché delle associazioni che abbiano come fine statutario il sostegno e l'accoglienza di donne e minori o di altri soggetti vittime di abusi e maltrattati; il pagamento periodico di un assegno a favore delle persone conviventi che, per effetto dei provvedimenti di cui al primo comma, rimangono prive di mezzi adeguati, fissando modalità e termini di versamento e prescrivendo, se del caso, che la somma sia versata direttamente all'avente diritto dal datore di lavoro dell'obbligato, detraendola dalla retribuzione allo stesso spettante» [art. 343-*ter* (Contenuto degli ordini di protezione)]. Cfr. R. Barbanera, *Gli ordini di protezione*, in *La separazione personale*, a cura di G. Ferrando, G. Oberto, cit., p. 214 ss.; G. Di Lorenzo, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, IV, *Filiazione e adozione*, Torino, 2016, p. 4243 ss.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

scimento di crescenti ambiti di autonomia e tutela garantiti alle coppie sia all'interno che al di fuori della famiglia fondata sul matrimonio.

La pluralità dei modelli familiari, destinatari di altrettanti statuti giuridici, ha contribuito al superamento del precedente monopolio legislativo incentrato sulla famiglia matrimoniale. L'unica disciplina della casa coniugale ad essa riservata, pertanto, è stata scomposta in una varietà di regimi legali, differenziati a seconda dei corrispondenti modelli familiari[13].

Anche nella gestione delle crisi familiari si è assistito all'aprirsi di significativi spazi di autonomia e all'introduzione di nuovi strumenti compositivi stragiudiziali. Per la prima volta è stato superato il monopolio del controllo giudiziale della crisi familiare e, quindi, la necessità di una pronuncia costitutiva del giudice affinché, dopo la celebrazione del matrimonio, si producessero gli effetti della separazione e del divorzio, oltre che la modifica delle relative condizioni[14]. Si sono inoltre ridotti i tempi di proposizione della domanda giudiziale di divorzio[15], ma soprattutto sono stati disciplinati strumenti

[13] E. Al Mureden, *Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze*, in *Famiglia e diritto*, 10, 2016, p. 966 ss.; F. Ruscello, *Il rapporto genitori-figli nella crisi coniugale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 395 ss.

[14] Con il decreto legge 12 settembre 2014, n. 132 (*Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*) convertito con modificazioni dalla l. 10 novembre 2014, n. 162, il legislatore italiano ha introdotto due istituti di definizione stragiudiziale del contenzioso familiare: la convenzione di negoziazione assistita da un avvocato per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni (art. 6) e l'accordo accordo di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio, nonché per la modificazione delle condizioni di separazione o di divorzio concluso innanzi all'ufficiale dello stato civile (art. 12). In proposito, cfr. F. Danovi, *Nuovi modelli di separazione e divorzio (artt. 6 e 12 l. 10 novembre 2014, n. 162)*, in *Trattato di diritto di famiglia*, a cura di G. Bonilini, III, Torino, 2015, p. 1986 ss.; C. Marino, *Decreto legge 12 settembre 2014, n. 132 convertito con modificazioni dalla legge 10 novembre 2014, n. 162. Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*, in *Commentario al codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, XLI, a cura di G. Di Rosa, cit., p. 1873 ss.; G. Carmellino, *Crisi familiare e degiurisdizionalizzazione*, in *Riv. dir. proc.*, n. 2/2018, p. 481 ss.; F.P. Luiso, *La negoziazione assistita (artt. 6 e 12 d.l. n. 132/14)*, in *NLCC*, n. 4-2015, p. 649 ss.

[15] La legge 6 maggio 2015, n. 55 (*Disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi*), c.d. legge sul divorzio breve, ha ridotto significativamente i tempi di proposizione della domanda di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nei casi

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

stragiudiziali di natura consensuale per la definizione degli aspetti personali e patrimoniali delle crisi familiari, applicabili anche alle questioni attinenti all'assegnazione della casa familiare.

L'esercizio dell'autonomia da parte dei componenti della coppia in crisi, non più solo dei coniugi che si separano e divorziano, deve però tenere in necessaria considerazione la tutela dell'interesse preminente dei figli. È questo, infatti, il principio cardine da rispettare sempre in materia, quale che sia il modello familiare, il tipo di relazione e la situazione di crisi tra i genitori[16].

3. *L'affidamento condiviso e l'unificazione dello status filiationis*. – L'istituto dell'affidamento condiviso dei figli è stato introdotto in Italia con la legge 8 febbraio 2006, n. 54 recante «*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*» al fine di attuare il principio c.d. della «bigenitorialità» nelle crisi familiari mediante la formulazione di un insieme di nuove regole per l'e-

di separazione dei coniugi. Più precisamente, l'art. 1 ha modificato l'art. 3 comma 1, n. 2, lett. b) della legge n. 898/1970 che disciplina i casi di scioglimento del matrimonio, riducendo nelle separazioni giudiziali da tre anni a dodici mesi la durata minima del periodo di separazione ininterrotta dei coniugi che legittima la domanda di divorzio che decorre dalla comparsa dei coniugi di fronte al presidente del tribunale nella procedura di separazione personale. Per le separazioni consensuali, anche in caso di trasformazione da giudiziale in consensuale, la durata del periodo di separazione ininterrotta dei coniugi che permette la proposizione della domanda di divorzio si riduce a sei mesi decorrenti dalla comparsa dei coniugi di fronte al presidente del tribunale nella procedura di separazione personale, ovvero dalla data certificata nell'accordo di separazione raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita da avvocati ovvero dalla data dell'atto contenente l'accordo di separazione concluso innanzi all'ufficiale dello stato civile. Sul divorzio breve, v. G. Ferrando, *Il divorzio breve: un'importante novità legislativa nel solco della tradizione*, in *Il corriere giuridico*, n. 8-9/2015, p. 1041 ss.; F. Tizi, *La nuova normativa sul divorzio breve: analisi della disciplina e aspetti problematici*, in *NLCC*, 6, 2015, p. 1079 ss.; F. Danovi, *Al via il «divorzio breve»: tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione*, in *Famiglia e diritto*, 6, 2015, p. 607 ss.; G. Oberto, «*Divorzio breve», separazione legale e comunione legale tra coniugi*, *ivi*, p. 615 ss.; R. Lombardi, *Si abbrevia la distanza tra separazione e divorzio: la L. 6 maggio 2015 n. 55*, in *Dir. fam. pers.*, 1, 2016, p. 325 ss.

[16] G. Ballarani, *La responsabilità genitoriale e l'interesse del minore (tra nome e principi)*, in *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità*, *Atti del 13° Convegno Nazionale SISDiC, 3-4-5 maggio 2018, Napoli*, a cura di P. Perlingieri, S. Giova, Napoli, 2019, p. 317 ss.; L. Delli Priscoli, The best interest of child *nel divorzio, tra affidamento condiviso e collocamento prevalente*, in *Dir. fam. pers*., 1, 2019, p. 262 ss.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

sercizio congiunto della responsabilità genitoriale[17]. Si è così superato il tradizionale sistema di gestione della crisi coniugale incentrato sull'affido esclusivo dei figli minori in capo ad uno solo dei genitori, di regola individuato nella madre, avente l'esercizio esclusivo della potestà. Il genitore affidatario, di regola, beneficiava anche delle relative misure economiche, compresa quella dell'assegnazione della casa genitoriale, a carico all'altro genitore.

Il vigente art. 337-*ter* c.c. (*Provvedimenti riguardo ai figli*)[18], sostitutivo dell'iniziale contenuto dell'art. 155, si apre mediante l'enucleazione fondamentale che «Il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale»(comma 1). Per realizzare la richiamata finalità, si dispone che «…il giudice adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa. Valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati, determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli. Prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori (comma 2).

Si soggiunge che «La responsabilità genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione, alla salute e alla scelta della residenza abituale del minore sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice. Limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la responsabilità geni-

[17] Sulla riforma italiana dell'affidamento condiviso, *L'affidamento condiviso*, a cura di S. Patti, L. Rossi Carleo, Milano, 2006; *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. Sesta, in *Nuova Giurisprudenza di diritto civile e commerciale*, Torino, 2008; M.A. Lupoi, *Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*, in *Commentario al codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, XLI, a cura di G. Di Rosa, cit., p. 1827 ss.; C. Padalino, *L'affidamento condiviso dei figli*, Torino, 2006; R. de Meo, v. *Affido condiviso*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche - Sezione Civile - Aggiornamento*, Torino, 2009, p. 6 ss.

[18] C.M. Bianca, *Diritto civile. 2.1. La famiglia*, Milano, 2017, p. 224 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

toriale separatamente…» (comma 3). Per quanto attiene al mantenimento, infine, si stabilisce che «Salvo accordi diversi liberamente sottoscritti dalle parti, ciascuno dei genitori provvede al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito; il giudice stabilisce, ove necessario, la corresponsione di un assegno periodico al fine di realizzare il principio di proporzionalità…» (comma 4).

Sul piano attuativo e della concretizzazione dell'interesse dei figli, sono meritevoli di attenzione anche le disposizioni dell'art. 337-*octies* (*Poteri del giudice e ascolto del minore*) c.c. che, anzitutto, attribuiscono al giudice poteri istruttori esperibili anche d'ufficio prima di adottare i provvedimenti provvisori concernenti la prole (*ex* art. 337-*ter*) e, inoltre, prevedono l'ascolto dei minori che abbiamo compiuto i dodici anni e anche di quelli di età inferiore ove capaci di discernimento, eccetto i casi di omologa o presa d'atto di accordi dei genitori nei quali l'ascolto sia in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo (comma 1). A tal riguardo, si rimette alla valutazione di opportunità del giudice, dopo aver sentito le parti e ottenuto il loro consenso, rinviare l'adozione dei provvedimenti riguardanti i figli per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli (comma 2).

Alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli minori[19], da realizzare sia mediante l'adozione di provvedimenti giudiziali sia attraverso la stipula degli accordi tra i genitori, quindi, è stato conformato il nuovo sistema di gestione della crisi familiare che trova applicazione trasversale, rispetto alle varie fattispecie di crisi e tipologie di famiglie. In base all'art. 337-*bis* (*Ambito di applicazione*) c.c., infatti, «In caso di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio e nei procedimenti relativi

[19] In applicazione di tale principio, l'art. 337-*quater* c.c. (*Affidamento a un solo genitore e opposizione all'affidamento condiviso*) stabilisce che «*il giudice può disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori qualora ritenga con provvedimento motivato che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore*» (comma 1).

Nell'osservanza del medesimo principio, deve intendersi la seguente disposizione dell'art. 337-*quinquies* c.c. (*Revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli*), per cui «I genitori hanno diritto di chiedere in ogni tempo la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli, l'attribuzione dell'esercizio della responsabilità genitoriale su di essi e delle eventuali disposizioni relative alla misura e alla modalità del contributo».

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

ai figli nati fuori del matrimonio si applicano le disposizioni del presente capo». Si tratta delle disposizioni codicistiche raccolte nel nuovo capo II (Artt. 337-*bis*-337-*octies*)[20] introdotte dall'art. 55, del d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 di *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione*, a norma dell'art. 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219 recante *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*[21].

In attuazione dei principi costituzionali (artt. 3 e 30), con quest'ultima riforma[22] si è completato finalmente il processo di uniformazione della disciplina della filiazione, in modo da superare definitivamente le precedenti residue differenziazioni, costituenti altrettante odiose discriminazioni legate alle varie tipologie di relazioni intercorrenti tra i genitori, coniugati e non. L'affermazione solenne dell'unicità dello *status filiationis*, per cui «Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico» ai sensi dell'art. 315 c.c., rappresenta un importante approdo della legislazione che ha permesso di uniformarne anche il trattamento nella gestione delle crisi familiari[23].

Il principio cardine della tutela dell'interesse dei figli[24], invero, è assurto a canone ispiratore delle discipline legislative, dei criteri applicativi elaborati dalla giurisprudenza e del vaglio esterno di legalità delle soluzioni stragiudiziali di autocomposizione consensuale delle

[20] Capo II (*Esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio e nei procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio).*

[21] Sulla riforma della filiazione, *La riforma della filiazione*, a cura di C.M. Bianca, Padova, 2015; *La nuova disciplina della filiazione alla luce del d.lgs. 154/2014*, Bologna, 2014; *Completata la riforma della filiazione. Profili sostanziali, processuali, successori, penali*, Milano, 2014.

[22] Con l'art. 2 (*Delega al Governo per la revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione*), L. n. 219/2012, si è disposto che «1. Il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi di modifica delle disposizioni vigenti in materia di filiazione e di dichiarazione dello stato di adottabilità per eliminare ogni discriminazione tra i figli, anche adottivi, nel rispetto dell'articolo 30 della Costituzione, osservando, oltre ai principi di cui agli articoli 315 e 315-*bis* del codice civile, come rispettivamente sostituito e introdotto dall'articolo 1 della presente legge, i seguenti principi e criteri direttivi…).

[23] C.M. Bianca, *Diritto civile. 2.1. La famiglia*, cit., p. 224 ss.

[24] In proposito, v. F. Danovi, *Affidamento familiare, interesse del minore e discrezionalità giudiziale*, in *Famiglia e Diritto*, n. 12/2019, p. 1118 ss.; Id., *Processo di separazione e divorzio e tecniche della difesa*, in *Famiglia e diritto*, n. 10/2019, p. 943 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

crisi familiari. In tal senso, nella definizione delle crisi familiari, quali che siano il modello di famiglia coinvolta e la via compositiva giudiziale e stragiudiziale seguita, la salvaguardia dell'interesse dei figli costituisce l'elemento comune e imprescindibile.

Con particolare riferimento all'assegnazione della casa familiare, quindi, la presenza di figli da tutelare costituisce l'elemento decisivo da valutare. Recessivo e, comunque, subordinato è diventato l'interesse dei componenti delle coppie in crisi.

4. *Il regime comune dell'art. 337-sexies c.c.* – Nell'evoluzione della delineata cornice normativa, perciò, occorre posizionare l'attuale art. 337-*sexies* (*Assegnazione della casa familiare e prescrizioni in tema di residenza*)[25] che detta una disciplina comune applicabile in maniera trasversale a tutte le situazioni di crisi familiari che coinvolgono i figli. In particolare, si prendono in considerazione tanto le famiglie fondate sul matrimonio, quante quelle diverse collegate sia alle unioni civili tra persone dello stesso sesso e sia alle convivenze di fatto, stabili e no.

Più precisamente, per i casi di separazione, nullità o annullamento del matrimonio, cessazione degli effetti civili o scioglimento, o cessazione dell'unione civile e della convivenza, si stabilisce che: «Il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli. Dell'assegnazione il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori, considerato l'eventuale titolo di proprietà.

Il diritto al godimento della casa familiare viene meno nel caso che l'assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva *more uxorio* o contragga nuovo matrimonio. Il provvedimento di assegnazione e quello di revoca sono trascrivibili e opponibili a terzi ai sensi dell'articolo 2643.

In presenza di figli minori, ciascuno dei genitori è obbligato a comunicare all'altro, entro il termine perentorio di trenta giorni, l'av-

[25] Sulla vigente disciplina codicistica dell'assegnazione della casa familiare nelle fattispecie di crisi, cfr. T. Auletta, in *Commentario al codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, XLI, a cura di G. Di Rosa, cit., p. 1068 ss.; L.A. Scarano, *L'assegnazione della casa familiare*, in *La riforma della filiazione*, a cura di C.M. Bianca, cit., p. 809 ss.; G. Carapezza Figlia, *Assegnazione della casa familiare e interessi in conflitto. Ricercando un «ragionevole bilanciamento» nel dialogo con la giurisprudenza*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 3-*bis*, 2015, p. 347 ss.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

venuto cambiamento di residenza o di domicilio. La mancata comunicazione obbliga al risarcimento del danno eventualmente verificatosi a carico del coniuge o dei figli per la difficoltà di reperire il soggetto».

L'articolato codicistico costituisce l'approdo legislativo di un sofferto percorso di adattamento giurisprudenziale e normativo che ha finalmente trovato un punto di equilibrio tra le contrapposte ragioni dei genitori in crisi e dei terzi che si devono superare nella prospettiva della tutela del preminente interesse dei figli. Esso, in buona sostanza, rappresenta oramai il criterio prioritario, pur se non esclusivo, di applicazione del provvedimento di assegnazione della casa familiare. In tal senso, si devono leggere i parametri integrativi di tipo economico e giuridico che, rispettivamente, impongono di tenere conto dell'assegnazione della casa familiare, con il relativo valore, nella definizione dei rapporti economici tra genitori e, inoltre, di valutare il titolo di proprietà dell'immobile, in tal modo sottoposto al vincolo trascrivibile *ex* art. 2643 c.c., che potrebbe appartenere a uno o entrambi i genitori ovvero essere stato loro concesso in godimento da terzi, i quali ne abbiano la titolarità. Ai fini dell'esatta delimitazione del contenuto dell'assegnazione, è parimenti significativa l'espressa comminatoria legislativa dell'incompatibilità rispetto a taluni comportamenti del genitore assegnatario, allorquando egli non abiti, cessi di abitare stabilmente la casa familiare o decida di convivere *more uxorio* o si risposi. Le relative fattispecie estintive costituiscono limiti coerenti con la finalità protettiva dell'assegnazione della casa familiare che ne escludono l'applicazione o la protrazione in situazioni, assai frequenti e conflittuali nella prassi, nelle quali il coniuge assegnatario si sposta altrove o forma una nuova famiglia.

La legge 1 dicembre 1970, n. 898 (*Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*), come accennato, all'art. 6 ha dettato una disciplina dell'assegnazione della casa familiare che si inserisce nella definizione dei rapporti tra gli *ex* coniugi e i figli. Le iniziali disposizioni sono state legislativamente aggiornate e raccordate alle novità normative che, quanto alla tutela dei figli, sono state introdotte nell'ordinamento italiano mediante la richiamata novellazione del codice civile che, come già osservato, contiene una disciplina trasversale delle crisi familiari.

Nell'attuale formulazione, l'art. 6 cit. dispone «1. L'obbligo, ai sensi degli articoli 315-*bis* e 316-*bis* del codice civile, di mantenere, educare ed istruire i figli nati o adottati durante il matrimonio di cui sia

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

stato pronunciato lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili, permane anche nel caso di passaggio a nuove nozze di uno o di entrambi i genitori.

2. Il Tribunale che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio applica, riguardo ai figli, le disposizioni contenute nel capo II, del titolo IX, del libro primo, del codice civile»[26].

In tal modo, il divorzio è stato assoggetto alla disciplina codicistica trasversale sulle crisi familiari (art. 337-*bis* ss. c.c.), uniformata quanto ai figli, anche per quanto attiene al regime dell'assegnazione della casa familiare (art. 337-*sexies* c.c.). Le richiamate disposizioni codicistiche, pertanto, si devono raccordare con quelle speciali dedicate al tema dall'art. 6, comma 6, l. div.: «6. L'abitazione nella casa familiare spetta di preferenza al genitore cui vengono affidati i figli o con il quale i figli convivono oltre la maggiore età. In ogni caso ai fini dell'assegnazione il giudice dovrà valutare le condizioni economiche dei coniugi e le ragioni della decisione e favorire il coniuge più debole. L'assegnazione, in quanto trascritta, è opponibile al terzo acquirente ai sensi dell'art. 1599 del codice civile»[27].

La tutela dell'interesse dei figli, quindi, si conferma come criterio qualificante dell'assegnazione della casa familiare anche dopo la cessazione degli effetti del matrimonio, ancorché si riconosca alla misura una complementare funzione solidaristica del coniuge più debole, nel quadro della composizione equilibrata delle posizioni[28].

5. *L'istituzione delle unioni civili*. – Sul tema della casa familiare, infine, sono state introdotte ulteriori disposizioni significative dalla recente legge 20 maggio 2016, n. 76 recante «*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*» (c.d. riforma Cirinnà)[29]. L'opzione politica di fondo compiuta dal Par-

[26] Comma così sostituito dall'art. 98, comma 1, lett. b), D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, a decorrere dal 7 febbraio 2014.

[27] C. Rimini, M. Razzari, *Legge 1 dicembre 1970, n. 898 Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio. Art. 6*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, a cura di G. Di Rosa, Torino, 2018, p. 156 ss.

[28] M. Acerno, C. Cecchetti, *Divorzio, Adozione, Unione civile*, in *Codice civile*, a cura di P. Rescigno, Milano, 2014, p. 39 ss.

[29] Sull'importante riforma italiana, *Le unioni civili e le convivenze: Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs 5/2017; d.lgs n. 6/2017; d.lgs n. 7/2017*, a cura di C.M. Bianca, Torino, 2017; *Unione civile e convivenza di fatto*, in *Tratt. dir. fam.*,

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

lamento italiano è stata quella di conservare la riserva del matrimonio per le sole coppie eterologhe e, quindi, di costruire per le coppie omosessuali un distinto modello familiare, appunto, chiamato delle unioni civili.

Con l'attesa riforma (art. 1, comma 1), in primo luogo, è stata istituita l'unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione. Due persone maggiorenni dello stesso sesso costituiscono un'unione civile mediante dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni (comma 2). L'ufficiale di stato civile provvede alla registrazione degli atti di unione civile tra persone dello stesso sesso nell'archivio dello stato civile (comma 3).

Lo statuto giuridico delle unioni civili, in estrema sintesi, ripropone quasi completamente quello della famiglia fondata sul matrimonio[30], per quanto attiene sia ai profili formali che sostanziali, non solo nella costituzione del vincolo[31], ma anche nella gestione[32] e nello scioglimento del rapporto. In particolare, sono da menzionare espressamente le disposizioni che prevedono che «11. Con la costituzione dell'unione civile tra le persone dello stesso sesso le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri; dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione. Entrambe le parti sono tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni. 12. Le parti concordano tra

dir. da G. Bonilini, V, Torino 2017, p. 8 ss.; *Unioni civili e convivenze di fatto. La legge*, a cura di P. Rescigno, V. Cuffaro, in *Giur. it.*, 7, 2016, p. 1771 ss.; *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze - legge 20 maggio 2016*, n. 76, Torino, 2016.

[30] Art. 1, comma 20, legge 76/2016: «20. Al solo fine di assicurare l'efficacia della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra le persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e applicato in materia di adozione dalle norme vigenti».

[31] Art. 1, commi 2-13, legge 76/2016.

[32] Art. 1, commi 14-15, legge 76/2016.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza comune; a ciascuna delle parti spetta il potere di attuare il sistema concordato».

Il legislatore richiama espressamente l'applicazione della normativa e delle tutele contro gli abusi familiari e, quindi, la mediazione e gli ordini di protezione, incluso l'allontanamento dalla casa familiare della parte dell'unione civile[33]. Sul piano del regime patrimoniale[34], salvo diversa convenzione patrimoniale, è reso applicabile il regime della comunione legale tra coniugi[35] e degli alimenti[36]. In materia successoria, per quanto rileva ai fini del presente lavoro, si estende l'applicazione delle disposizioni codicistiche sulla successione legittima del coniuge e il patto di famiglia[37]. Alla parte superstite dell'unione civile, pertanto, sono riservati i medesimi diritti successori del coniuge e, in specie, oltre alla quota di eredità, anche il diritto di abitazione sulla residenza e del diritto di uso sui beni che arredano (art. 490 c.c.). Pur non essendo espressamente richiamato, deve ritenersi che la

[33] Ai sensi dell'art. 1, comma 14, L. 76/2016: «14. Quando la condotta della parte dell'unione civile è causa di grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altra parte, il giudice, su istanza diparte, può adottare con decreto uno o più dei provvedimenti di cui all'articolo 342-ter del codice civile».

[34] G. Oberto, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, in *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze - legge 20 maggio 2016, n. 76*, cit., p. 30 ss.

[35] Ai sensi dell'art. 1, comma 13, L. 76/2016: «13.Il regime patrimoniale dell'unione civile tra le persone dello stesso sesso, in mancanza di diversa convenzione patrimoniale, è costituito dalla comunione dei beni. In materia di forma, modifica, simulazione e capacità per la stipula delle convenzioni patrimoniali si applicano gli articoli 162, 163, 164 e 166 del codice civile. Le parti non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto dell'unione civile. Si applicano le disposizioni di cui alle sezioni II, III, IV, V e VI del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile».

[36] Ai sensi dell'art. 1, comma 19, L. 76/2016: «19. All'unione civile tra le persone dello stesso sesso si applicano le disposizioni di cui al titolo XIII del libro primo del codice civile, nonché gli articoli 116, primo comma,146, 2647, 2653, primo comma, numero 4), e 2659 del codice civile».

[37] Ai sensi dell'art. 1, comma 21, L. 76/2016: «21. Alle parti dell'unione civile tra le persone dello stesso sesso siapplicano le disposizioni previste dal capo III e dal capo X del titolo I, dal titolo II e dal capo II ed al capo V bis del titolo IV del libro secondo del codice civile». In proposito, v. R. Pacia, *Unioni civili e convivenze: profili di diritto successorio*, in *Riv. dir. civ*., 2, 2019, p. 409 ss.; G. Bonilini, *L'applicabilità, alla parte superstite dell'unione civile, delle norme che governano la successione necessaria del coniuge superstite*, in *Tratt. dir. fam.*, V, cit., p. 477 ss.; M.C. Venuti, *I diritti successori della persona unita civilmente e del convivente di fatto: un confronto con il sistema tedesco*, in *Europa dir. priv.*, 4, 2017, p. 1241 ss.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

parte superstite dell'unione civile sia da comprendere, al pari del coniuge, tra i successibili nella posizione del conduttore nei contratti di locazione di immobili ad uso abitativo (art. 6, l. 392/1978).

La riforma indica le cause di scioglimento dell'unione civile, individuate: nella morte (o dichiarazione presunta)[38], nella rettifica dell'attribuzione del sesso[39], nei casi di condanna che giustificano il divorzio[40] e di manifestazione, anche disgiunta, della volontà di sciogliersi, con la precisazione che in questa ipotesi la domanda si potrà presentare dopo il decorso di tre mesi[41]. Sono pure indicate le modalità di scioglimento dell'unione civile. Per un verso, in quanto compatibili, si richiamano le disposizioni della legge sul divorzio e del codice di rito e, per altro verso, quelle sulla degiurisdizionalizzazione del contenzioso, con riferimento alle convenzioni di negoziazione assistita tramite avvocati e davanti all'ufficiale di stato civile[42].

Mentre per lo scioglimento del matrimonio si passa per la fase interlocutoria della separazione personale, nell'unione è immediatamente applicabile la disciplina del divorzio, salvo il richiamato differimento dei tre mesi per la proposizione della domanda. Della disciplina del divorzio, sul piano sostanziale, sono richiamate le disposizioni che concernono la protezione economica dei componenti della coppia, ma non quelle concernenti l'assegnazione della casa familiare.

In particolare, non è stata richiamata la specifica disposizione dell'art. 6, comma 6, l. div., né l'art. 337-*sexies* c.c. La ragione, probabilmente, si deve alla circostanza che stante l'omosessualità della coppia, alla stessa sarebbe preclusa la riproduzione biologica omologa.

[38] Art. 2, comma 22.

[39] Art. 2, comma 26.

[40] Art. 2, comma 23: «*23. L'unione civile si scioglie anche nei casi previsti dall'articolo 3, numero 1) e numero 2), lettere a), c), d) ed e), della legge 1° dicembre 1970, n. 898*».

[41] Art. 2, comma 24.

[42] Art. 2, comma 25: «25. Si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 4, 5, primo comma, e dal quinto all'undicesimo comma, 8, 9, 9-*bis*, 10, 12-*bis*, 12-*ter*, 12-*quater*, 12-*quinquies* e 12-*sexies* della legge 1° dicembre 1970, n. 898, nonché le disposizioni di cui al Titolo II del libro quarto del codice di procedura civile ed agli articoli 6 e 12 del decreto legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre2014, n. 162». Cfr. A. Nascosi, *Unione civile - «la fase amministrativa nello scioglimento delle unioni civili costituisce una condizione di procedibilità?»*, in *NGCC*, n. 3/2019, p. 500 ss.; M. Sala, *Gli strumenti alternativi di composizione delle controversie familiari*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, III, Torino, 2016, p. 2013 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Tuttavia, la filiazione potrebbe altrimenti realizzarsi, in capo a una o entrambe le parti, come emerge dalle cronache, che riferiscono di figli adottivi, ovvero riconosciuti in base alle legislazioni straniere e, quindi, anche in Italia[43]. In tal senso, nel caso di prole delle parti dell'unione si applicheranno le disposizioni dell'art. 337-*sexies* c.c. e dell'art. 6, comma 6, l. div. La soluzione contraria, infatti, concreterebbe un'inammissibile discriminazione dei figli e una violazione del principio di unicità dello *status filiationis*. Pur in mancanza di un espresso richiamo, come già accennato, è da ritenere applicabile alla parte superstite dell'unione la disposizione dell'art. 6, l. 392/1978 sulla successibilità nella posizione del conduttore deceduto[44].

La questione più delicata e controversa, invece, è quella dell'applicabilità a favore di una parte dell'assegnazione della casa familiare in caso di scioglimento dell'unione civile, in mancanza di prole. Il mancato richiamo della corrispondente disposizione della legge sul divorzio sembrerebbe indicare una scelta contraria del legislatore italiano. Tuttavia, la questione si presenta più complessa e ampia, in quanto è da dubitare se un siffatto diritto all'assegnazione della casa familiare spetti, in assenza dei figli, anche nello scioglimento della famiglia fondata sul matrimonio e, quindi, negli altri modelli familiari, dell'unione civile e altresì delle coppie di fatto[45].

6. *La disciplina delle convivenze di fatto*. – La legge 76/2016 ha introdotto un'apposita e organica disciplina delle convivenze di fatto[46],

[43] E. Quadri, *La tutela del minore nelle unioni civili e nelle convivenze*, in *NGCC*, n. 4/2017, p. 566 ss.; G. De Cristofaro, *Le «unioni civili» fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°-34° dell'art. 1 della L. 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal D.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, in *NLCC*, n. 1/2017, p. 101 ss.; R. Calvigioni, *Gli effetti dell'unione civile nel matrimonio* same-sex *celebrato all'estero*, in *Famiglia e diritto*, n. 2/2019, p. 213 ss.; E. Ambrosini, *Matrimoni omosessuali e libera circolazione. Regole europee e interpretazioni evolutive*, in *Famiglia e diritto*, n. 2/2019, p. 113 ss.; C. Campiglio, *La genitorialità nelle coppie* same-sex*: un banco di prova per il diritto internazionale privato e l'ordinamento di stato civile*, in *Famiglia e diritto*, n. 10/2018, p. 924 ss.

[44] Cfr. R. Pacia, *Unioni civili e convivenze: profili di diritto successorio*, cit., p. 417.

[45] Sul punto, cfr. V. Vacirca, in *L'assegnazione della casa familiare nella separazione e nel divorzio. L'opponibilità del provvedimento di assegnazione al successivo acquirente dell'immobile e al proprietario-comodante*, in *Riv. not.*, 6, 2008, p. 1433 ss.; M. Giorgetti, *Il provvedimento di assegnazione della casa familiare come titolo esecutivo per il rilascio in via coattiva*, in *Famiglia e diritto*, n. 11/2014, p. 1023 ss.

[46] Art. 2, commi 36-67, L. 76/2016. L. Tantalo, *L'assegnazione della casa co-*

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

che considera i principali aspetti concernenti la costituzione, lo svolgimento e la cessazione della relazione, anche per quanto attiene all'assegnazione della casa familiare. Nell'ordinamento italiano, quindi, si è assistito alla tipizzazione legislativa di un ulteriore modello familiare che può essere scelto dalle coppie eterosessuali e omosessuali in alternativa, rispettivamente, a quelli del matrimonio e dell'unione civile.

La riforma inizia con il delineare la fattispecie destinataria delle nuove disposizioni mediante la definizione dei «conviventi di fatto» intesi come «due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile»[47]. Per l'accertamento della stabile convivenza si rimanda alle dichiarazioni anagrafiche ai sensi del nuovo regolamento anagrafico[48].

La disciplina contiene uno statuto legale organico delle convivenze di fatto, che si occupa anche dell'assegnazione della casa familiare, suscettibile di essere convenzionalmente modificato negli aspetti patrimoniali dai conviventi mediante il contratto di convivenza. Le scelte della conclusione del contratto, oltre che dell'articolazione dei contenuti, sono rimesse all'autonomia dei conviventi, nei limiti fissati dalla legge.

Lo statuto legale, per alcuni profili, opera un'assimilazione della posizione dei conviventi a quella dei coniugi (diritti spettanti in base al diritto penitenziario[49], criteri di risarcimento del danno in caso di sinistro che provochi la morte del convivente[50]), ovvero anche dei familiari (diritti in caso di malattia e di ricovero del convivente[51], partecipazione all'impresa familiare[52], nomina a tutore, curatore e amministrazione di sostegno[53] e di partecipazione ai relativi giudizi[54]). Si

niugale non può costituire una misura assistenziale per il coniuge economicamente più debole, Nota a Cassazione civile, 01 agosto 2013, n. 18440, sez. I, in *Diritto e Giustizia online*, 2013, p. 1026 ss.

[47] Art. 2, comma 36, L. 76/2016.

[48] Artt. 4 e 13, comma 1, lett. b, D.P.R. 30 maggio 1989 n. 223.

[49] Art. 2, comma 38, L. 76/2016.

[50] Art. 2, comma 49, L. 76/2016.

[51] Art. 2, comma 39, L. 76/2016.

[52] Art. 2, comma 46, L. 76/2016

[53] Art. 2, comma 49, L. 76/2016.

[54] Art. 2, comma 47, L. 76/2016

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

prevede espressamente che il convivente, inoltre, mediante atto redatto in forma scritta e autografa, ovvero in mancanza alla presenza di un testimone[55], possa designare proprio rappresentante l'altro convivente attribuendogli in tutto o in parte i poteri di adottare le decisioni inerenti sia alla salute in caso di malattia incapacitante e sia alla donazione degli organi, alle modalità di trattamento del corpo e alle celebrazioni funerarie in caso di morte[56].

Lo statuto legale si occupa pure della tutela dei conviventi in caso di cessazione della convivenza, prevendendo, sul piano economico, una tutela minimale e di portata generale incentrata sul diritto agli alimenti. In tal caso, se un convivente versa in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al suo mantenimento, il giudice statuisce il diritto agli alimenti, per un periodo proporzionale alla durata della convivenza, a carico dell'altro convivente, il quale è obbligato a provvedervi con precedenza sui fratelli e le sorelle[57].

La disciplina delle convivenze di fatto, infine, contempla in maniera espressa l'attribuzione di ulteriori diritti sulla casa familiare per soddisfare i fabbisogni abitativi dei conviventi di fatto, oltre che dei figli. Le nuove disposizioni si inseriscono nel processo evolutivo dei modelli familiari in atto nell'ordinamento italiano e, quindi, concorrono a disegnare il rinnovato quadro delle tutele dei diritti abitativi dei componenti delle famiglie nelle situazioni di crisi, avendo sempre particolare riguardo agli interessi preminenti dei figli, quali che siano le relazioni tra i genitori.

Più precisamente, l'art. 1, comma 42, della legge 76/2016 dispone: «42. Salvo quanto previsto dall'articolo 337-*sexies* del codice civile, in caso di morte del proprietario della casa di comune residenza il convivente di fatto superstite ha diritto di continuare ad abitare nella stessa per due anni o per un periodo pari alla convivenza se supe-

[55] Art. 2, comma 41, L. 76/2016

[56] Art. 2, comma 40, L. 76/2016.

[57] Più precisamente, ai sensi dell'art. 2, comma 65, L. 76/2016: «65. In caso di cessazione della convivenza di fatto, il giudice stabilisce il diritto del convivente di ricevere dall'altro convivente e gli alimenti qualora versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento. In tali casi, gli alimenti sono assegnati per un periodo proporzionale alla durata della convivenza e nella misura determinata ai sensi dell'articolo 438, secondo comma, del codice civile. Ai fini della determinazione dell'ordine degli obbligati ai sensi dell'articolo 433 del codice civile, l'obbligo alimentare del convivente di cui alla presente comma è adempiuto con precedenza sui fratelli e sorelle».

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

riore a due anni e comunque non oltre i cinque anni. Ove nella stessa coabitino figli minori o figli disabili del convivente superstite, il medesimo ha diritto di continuare ad abitare nella casa di comune residenza per un periodo non inferiore a tre anni»[58].

La formulazione del comma riportato evidenzia un contenuto normativo complesso, composto da una pluralità di disposizioni riferite a situazioni assai differenti riscontrabili in caso di morte del convivente, alle quali corrispondono tutele graduate del diritto all'abitazione. Di ciascuna situazione e corrispondente tutela occorre dare seppur succintamente conto.

L'iniziale inciso contenente la clausola di salvaguardia dell'art. 337-*sexies* c.c., rimanda all'illustrato regime comune dell'assegnazione della casa familiare applicabile trasversalmente nei casi di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio e nei procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio (art. 337-*bis* c.c.). Sul piano sistematico, la disposizione si riferisce alla fattispecie caratterizzata dalla presenza di figli della coppia e, quindi, impone la tutela del loro preminente interesse morale e materiale nell'attuazione del regime codicistico. In questi casi, quindi, al convivente superstite che sia affidatario sarà assegnata la casa di comune residenza di proprietà del convivente defunto, senza l'imposizione di predefiniti limiti temporali, invece previsti per le altre situazioni.

In mancanza di prole, infatti, al convivente superstite si riconosce il diritto di continuare ad abitare la casa di comune residenza per un periodo di tempo pari a quello della convivenza e, comunque, di durata non inferiore a due anni e non superiore ai cinque anni. In questa situazione, così come stabilito anche per la statuizione degli alimenti in caso di cessazione della convivenza, l'assegnazione della casa familiare è parametrata alla durata della convivenza, con la particolarità della predeterminazione di una doppia soglia temporale minima e massima. Questa disposizione opera soltanto in mancanza di figli tanto comuni, quanto del convivente superstite.

[58] In merito, v. C. Irti, *I diritti sulla «casa di comune residenza» nelle convivenze di fatto disciplinate dalla l. 76 del 20 maggio 2016*, in *NGCC*, 11, 2018, p. 1665 ss.; R. Pacia, *Unioni civili e convivenze: profili di diritto successorio*, cit., p. 425 ss.; F. Mastroberardino, *Il diritto di godimento della casa di comune abitazione in proprietà del convivente deceduto*, in *Unione civile e convivenza di fatto*, in *Tratt. dir. fam.*, dir. da G. Bonilini, cit., p. 329 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Le disposizioni del comma in esame, infine, contemplano pure l'eventualità che al momento della morte del proprietario della casa di comune residenza il convivente superstite vi coabiti con i propri figli minori o disabili, nel qual caso al medesimo è attribuito il diritto di continuare ad abitarvi per almeno tre anni, senza però che sia legalmente fissato un limite temporale massimo. Si discute se in questo caso il diritto di abitazione, nell'osservanza della soglia temporale minima di cinque anni, abbia la durata della passata convivenza, così come stabilito per il caso di mancanza di prole, ovvero se esso perduri fino al raggiungimento della maggiore età dei figli o all'eventuale superamento della loro disabilità, ovvero al sopraggiungere di altra causa di cessazione dell'assegnazione[59]. Mentre la prima soluzione parrebbe più aderente alla sistematica interna alla disciplina della convivenza di fatto, le altre intendono rispondere a un'esigenza di tutela rafforzata e uniforme della prole, prescindendo dall'unilateralità o bilateralità del legame con i conviventi di fatto. Aderendo a quest'ultima impostazione, si arriverebbe all'applicazione del regime *ex* art. 337-*sexies* c.c.

La legge 76/2016 disciplina espressamente la cessazione del diritto a continuare ad abitare la casa di comune residenza con riferimento ad alcune condotte del convivente superstite. Più precisamente, al comma 43, dell'art. 2, si dispone che «43. Il diritto di cui al comma 42 viene meno nel caso in cui il convivente superstite cessi di abitare stabilmente nella casa di comune residenza o in caso di matrimonio, di unione civile o di nuova convivenza di fatto». Si tratta, in buona sostanza, delle medesime fattispecie contemplate dal regime codicistico della separazione, del divorzio e dei procedimenti filiazione naturale (art. 337-*sexies*, comma 1, c.c.). Pure sotto questo aspetto, quindi, emerge l'organicità del sistema graduato di tutele familiari introdotte nell'ordinamento italiano.

La riforma Cirinnà, ancora, prende in espressa considerazione lo scioglimento della convivenza di fatto in conseguenza dell'iniziativa unilaterale del convivente, disciplinandone le modalità e gli effetti quanto alla tutela del diritto all'abitazione familiare dell'altro convivente. Più precisamente, all'art. 2, comma 61, si stabilisce che «Nel

[59] Cfr. L. Lenti, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, in *www.juscivile.it*, 2016, pp. 96; 105 ss.; Pacia, *Unioni civili e convivenze: profili di diritto successorio*, cit., p. 429 ss.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

caso di recesso unilaterale da un contratto di convivenza il professionista che riceve o che autentica l'atto è tenuto, oltre che agli adempimenti di cui al comma 52, a notificarne copia all'altro contraente all'indirizzo risultante dal contratto. Nel caso in cui la casa familiare sia nella disponibilità esclusiva del recedente, la dichiarazione di recesso, a pena di nullità, deve contenere il termine, non inferiore a novanta giorni, concesso al convivente per lasciare l'abitazione». Si è così inteso ovviare alle delicate questioni di tutela conseguenti alla scelta unilaterale di immediata interruzione della convivenza, che nel caso concreto determini l'allontanamento dell'altro convivente dalla casa familiare. In questo modo, è stata introdotta una tutela procedimentale per il convivente che riceve la comunicazione del recesso e gli si garantisce un periodo minimo di tempo prima di dover lasciare la casa familiare, che può essere convenzionalmente ampliato.

Infine, la disciplina si occupa della successione nel rapporto di locazione immobiliare in caso di cessazione della convivenza di fatto. L'art. 2, comma 44, l. 76/2016 dispone che «44. Nei casi di morte del conduttore o di suo recesso dal contratto di locazione della casa di comune residenza, il convivente di fatto ha facoltà di succedergli nel contratto». A differenza del regime stabilito dall'art. 6, l. 392/1978, che prevede il subentro *ex lege* automatico nella posizione del conduttore del coniuge superstite, separato o divorziato, la disciplina in esame rimette alla scelta dell'altro convivente di fatto la decisione se avvalersi del diritto di subentrare nella posizione del conduttore che sia deceduto o abbia esercitato il recesso dal contratto di locazione. Il coordinamento tra le due normative non è semplice se si considera che, a seguito della citata pronuncia della Corte costituzionale n. 404/1988, l'art. 6 l. 392/1978 è stato reso applicabile anche alle coppie conviventi di fatto che, adesso, sono direttamente contemplate dall'art. 1, comma 44, l. 76/2016. Il limiti applicativi di quest'ultima riforma, riferita alle sole convivenze formalizzate e durevoli, infatti, lasciano aperta la questione del regime delle semplici convivenze di fatto, per le quali potrebbe ipotizzarsi l'assoggettamento all'art. 6 cit.[60]

Mancano, invece, delle disposizioni quanto ai diritti successori spettanti al convivente di fatto superstite[61]. È discusso, in particolare, se

[60] Sul punto, cfr. R. Pacia, *Unioni civili e convivenze: profili di diritto successorio*, cit., p. 431 ss.

[61] Sulle contrarie tendenze affermateisi in altri ordinamenti europei, F. Viglione, *I diritti successori dei conviventi. Uno studio di diritto comparato*, Torino 2017.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

siano estensibili le disposizioni codicistiche dettate per la successione del coniuge superstite, in specie per quanto concerne l'attribuzione dell'abitazione della casa familiare[62]. Questo e gli altri aspetti patrimoniali della convivenza di fatto, in mancanza di un apposito regime legale, potrebbero essere definiti dai conviventi con gli strumenti negoziali, contratti e testamento, oppure con il contratto di convivenza[63].

7. *I contratti di convivenza*. – La riforma Cirinnà, oltre a dettare il richiamato statuto legale delle convivenze di fatto, ha pure previsto un apposito strumento negoziale, il contratto di convivenza[64], utilizzabile per dare convenzionalmente un più appropriato assetto patrimoniale alla relazione. Del contratto di convivenza, in particolare, sono stati disciplinati i principali aspetti formali e sostanziali che i conviventi devono rispettare, anche quando definiscono le conseguenze della crisi e il regime convenzionale dell'abitazione familiare.

Più precisamente, all'art. 2, comma 50, l. 76/2016, si riconosce espressamente e in termini generali che «50. I conviventi di fatto possono disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune con la sottoscrizione di un contratto di convivenza». Sul piano formale, inoltre, si stabilisce che «51. Il contratto di cui al comma 50, le sue modifiche e la sua risoluzione sono redatti in forma scritta, a pena di nullità, con atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizione autenticata da un notaio o da un avvocato che ne attestano la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico». Costituiscono garanzie d'esercizio dell'autonomia dei conviventi e tutele dei diritti coinvolti, sia l'utilizzo della forma scritta e sia l'assistenza obbligatoria del notaio o dell'avvocato che autenticano la sottoscrizione e attestano la legalità del contratto. I professionista incaricato, inoltre, ai fini dell'opponibilità ai terzi del contrato è tenuto a curarne

[62] S. Pardini, *Il diritto del convivente superstite ad abitare nella casa familiare dopo il decesso del partner proprietario: un diritto in cerca di identità*, nota Cassazione civile, 27 aprile 2017, n. 10377, sez. III, in *Resp. civ. prev.*, 6, 2017, p. 1857 ss.

[63] C. Irti, *I diritti sulla «casa di comune residenza» nelle convivenze di fatto disciplinate dalla l. 76 del 20 maggio 2016*, cit., p. 1674 ss.

[64] *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno. Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Roma il 3 marzo 2017*, Milano, 2017; L. Nonne, v. *Contratti di convivenza*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, *Aggiornamento*, XII, Torino, 2019, p. 77 ss.; L. Balestra, v. *Contratto di convivenza*, in *Enc. dir.*, *Annali*, X, Milano 2017, p. 297 ss.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

l'iscrizione all'anagrafe[65]. Le medesime formalità e pubblicità, peraltro, si osservano anche in caso di modifica[66] dei contenuti dell'accordo e di scioglimento[67]. Una particolare attenzione si dedica alla tutela della riservatezza nel trattamento dei dati personali, contro i rischi di lesione della dignità e di discriminazioni in danno dei conviventi[68].

Quanto ai contenuti del contratto di convivenza, si prevede che «53. Il contratto di cui al comma 50 reca l'indicazione dell'indirizzo indicato da ciascuna parte al quale sono effettuate le comunicazioni inerenti al contratto medesimo. Il contratto può contenere: a) l'indicazione della residenza; b) le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo; c) il regime patrimoniale della comunione dei beni, di cui alla sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile». Il regime patrimoniale scelto, peraltro, può essere successivamente modificato durante la convivenza, nel rispetto delle modalità stabilite per la sottoscrizione[69]. Tra i contenuti del contratto di convivenza, quindi, è prevista l'indicazione della residenza comune dei conviventi, i quali potrebbero dettare una disciplina convenzionale dei vari aspetti economici legati all'utilizzazione e al riparto dei costi dell'immobile, prevedendo pure il regime applicabile nel caso sopraggiunga la crisi della convivenza.

Quanto ai limiti dell'autonomia contrattuale, non si ammette la sottoposizione del contratto a termine, né a condizioni, da considerare non apposte[70], e si commina la nullità assoluta e insanabile (comma 57): «a) in presenza di un vincolo matrimoniale, di un'unione civile o di un altro contratto di convivenza; b) in violazione del comma 36; c) da persona minore di età; d) da persona interdetta giudizial-

[65] Art. 2, comma 52, L. 76/2016: «52. Ai fini dell'opponibilità ai terzi, il professionista che ha ricevuto l'atto in forma pubblica o che ne ha autenticato la sottoscrizione ai sensi del comma 51 deve provvedere entro i successivi dieci giorni a trasmetterne copia al comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe ai sensi degli articoli 5 e 7 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223».

[66] Art. 2, comma 51, l. 76/2016.

[67] Art. 2, commi 60 - 63, l. 76/2016.

[68] Art. 2, comma 55, l. 76/2016.

[69] Art. 2, comma 54, l. 76/2016.

[70] Art. 2, comma 56, l. 76/2016.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

mente; e) in caso di condanna per il delitto di cui all'articolo 88 del codice civile»[71].

La riforma disciplina anche le cause, le modalità e gli effetti di scioglimento del contratto di convivenza. Più precisamente, ai sensi dell'art. 2, comma 59, l. 76/2020, si prevede che: «*59. Il contratto di convivenza si risolve per: a) accordo delle parti; b) recesso unilaterale; c) matrimonio o unione civile tra i conviventi o tra un convivente ed altra persona; d) morte di uno dei contraenti*»[72]. Il contratto di convivenza di fatto, pertanto, è incompatibile con gli altri modelli familiari del matrimonio e dell'unione civile[73], ma è da ritenere anche con altre convivenze di fatto.

La risoluzione del contratto di convivenza per accordo delle parti o per recesso unilaterale deve essere redatta rispettando le forme e dando la pubblicità così come previsto per la costituzione[74], con i diretto coinvolgimento dei professionisti di cui al comma 51[75].

Quanto agli effetti dello scioglimento, si prevede che «60. Qualora il contratto di convivenza preveda, a norma del comma 53, let-

[71] Ai sensi dell'art. 2, comma 58, si stabilisce che: «58. Gli effetti del contratto di convivenza restano sospesi in pendenza del procedimento di interdizione giudiziale o nel caso di rinvio a giudizio o di misura cautelare disposti per il delitto di cui all'articolo 88 del codice civile, fino a quando non sia pronunciata sentenza di proscioglimento».

[72] Sullo scioglimento del contratto di convivenza, v. L. Nonne, *La risoluzione del contratto tipico di convivenza: una lettura sistematica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, I, 2018, p. 39 ss.

[73] Art. 2, comma 36, L. 76/2016.

[74] Art. 2, comma 60, L. 76/2016.

[75] Ai sensi dell'art. 2, comma 61, L. 76/2016: «61 Nel caso di recesso unilaterale da un contratto di convivenza il professionista che riceve o che autentica l'atto è tenuto, oltre che agli adempimenti di cui al comma 52, a notificarne copia all'altro contraente all'indirizzo risultante dal contratto». Nel caso in cui la casa familiare sia nella disponibilità esclusiva del recedente, la dichiarazione di recesso, a pena di nullità, deve contenere il termine, non inferiore a novanta giorni, concesso al convivente per lasciare l'abitazione.

Ai sensi del comma 62: «62. Nel caso di cui alla lettera c) del comma 59, il contraente che ha contratto matrimonio o unione civile deve notificare all'altro contraente, nonché al professionista che ha ricevuto o autenticato il contratto di convivenza, l'estratto di matrimonio o di unione civile».

Ai sensi del comma 63: «63. Nel caso di cui alla lettera d) del comma 59, il contraente superstite o gli eredi del contraente deceduto devono notificare al professionista che ha ricevuto o autenticato il contratto di convivenza l'estratto dell'atto di morte affinché provveda ad annotare a margine del contratto di convivenza l'avvenuta risoluzione del contratto e a notificarlo all'anagrafe del comune di residenza».

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

tera c), il regime patrimoniale della comunione dei beni, la sua risoluzione determina lo scioglimento della comunione medesima e si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile. Resta in ogni caso ferma la competenza del notaio per gli atti di trasferimento di diritti reali immobiliari comunque discendenti dal contratto di convivenza».

Merita segnalare che solo con riferimento al recesso unilaterale dal contratto di convivenza si prevede una tutela del diritto all'abitazione dell'altro convivente. Più precisamente, il professionista che riceve o che autentica l'atto è tenuto, oltre che agli adempimenti di cui al comma 52, a notificarne copia all'altro contraente all'indirizzo risultante dal contratto. Si precisa al riguardo che «Nel caso in cui la casa familiare sia nella disponibilità esclusiva del recedente, la dichiarazione di recesso, a pena di nullità, deve contenere il termine, non inferiore a novanta giorni, concesso al convivente per lasciare l'abitazione».

Analoghe esigenze di tutela del diritto all'abitazione del convivente si pongono nelle altre fattispecie di scioglimento del contratto di convivenza, allorquando la casa familiare sia nella disponibilità esclusiva di uno solo dei conviventi. Tranne i casi nei quali i conviventi si sposino ovvero costituiscano un'unione civile tra loro e, quindi, continuino a convivere in base al nuovo regime familiare, lo scioglimento del contratto di convivenza determina la cessazione della residenza comune e potrebbe lasciare uno dei conviventi privo di abitazione.

La legge 76/2016, in specie, non prevede alcunché in caso di accordo risolutorio del contratto di convivenza, laddove i conviventi non trovino una soluzione consensuale. In mancanza di essa, tuttavia, sarebbe da ritenere applicabile il termine, non inferiore a novanta giorni, concesso al convivente per lasciare l'abitazione e trovarsi altra sistemazione. La medesima soluzione, salvo che i conviventi non si accordino diversamente, potrebbe estendersi anche ai casi di matrimonio o unione civile del convivente con altra persona.

Pure con riferimento alla disciplina della successibilità nella posizione di conduttore convivente, riferita alle sole ipotesi di morte e recesso, si pone un'analoga esigenza di tutela. In particolare, in via interpretativa, si dovrebbe estendere la tutela al convivente in tutte le ipotesi di cessazione della convivenza, anche per accordo dei conviventi, ovvero per nozze o unione civile con altra persona.

Tanto non esclude, infine, che i conviventi possano trovare una

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

soluzione convenzionale differente che, tendenzialmente, non abbassi il livello di tutela di diritto all'abitazione del convivente di fatto.

8. *Le semplici convivenze di fatto*. – La riforma Cirinnà, pur avendo innovato complessivamente il quadro normativo in materia familiare attraverso l'introduzione della disciplina dei nuovi modelli dell'unione civile delle persone dello stesso sesso e delle convivenze di fatto stabili, ha lasciato aperte alcune delicate questioni in relazione alle restanti formule organizzative delle convivenze che non sono state legalmente tipizzate.

Le convivenze di fatto che non rispondono ai parametri sostanziali e formali stabiliti dalla legge 76/2016 (art. 2, commi 36 e 37), comunque, dovrebbero integrare delle formazioni sociali da ritenere anch'esse rilevanti ai sensi degli artt. 2 e 3 Cost. Se non è dubbio che siffatte convivenze siano ammissibili e, altresì, meritevoli di tutela, si discute però di quali contenuti e modalità protettive beneficino i componenti[76].

In particolare, l'attenzione si rivolge alle convivenze di fatto prive della stabilità e della formalizzazione del legame, che si differenziano perciò dal modello tipizzato dalla legge 76/2016. Per tali più «semplici» convivenze di fatto, ai fini dell'indagine che si svolge, è controverso se e come operino tra i conviventi le tutele della casa familiare. Sono prospettabili, infatti, soluzioni assai differenti, a seconda della disciplina legale o convenzionale che si reputi applicabile.

Per affrontare correttamente la questione, in via preliminare, occorre distinguere a seconda che dalla convivenza siano nati dei figli, poiché in questo caso la cessazione del rapporto comporta l'applicazione diretta dell'art. 337 *sexies* c.c. La norma codicistica, infatti, esprime uno statuto comune che, in base all'affermato principio di unificazione dello *status filiationis*, trova applicazione trasversale quale che sia il legame tra i genitori. Nel caso che i conviventi semplicemente di fatto abbiano avuto almeno un figlio, quindi, in sede di scioglimento della convivenza sono applicabili le disposizioni dell'art. 337 *sexies* c.c. In pratica, la casa familiare sarà assegnata avendo riguardo preminente all'interesse del figlio comune, con il quale il ge-

[76] C. Coppola, *La convivenza* more uxorio *condotta fuori del modello legislativamente configurato*, in *Unione civile e convivenza di fatto*, in *Tratt. dir. fam.*, dir. da G. Bonilini, cit., p. 329 ss.; R. Pacia, *Unioni civili e convivenze: profili di diritto successorio*, cit., p. 418 ss.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

nitore continuerà ad abitare dopo la cessazione della semplice convivenza di fatto con il partner.

La situazione è decisamente più complessa e controversa con riguardo alla situazione di mancanza di figli comuni dei conviventi. In tal caso, si discute se spetti una tutela legale della casa familiare a favore dell'*ex* convivente semplicemente di fatto e, in caso positivo, quale sia il regime applicabile, se quello stabilito per la convivenza di fatto stabile e formalizzata ovvero quello dettato per il matrimonio e l'unione civile[77].

Anzitutto, è dibattuto se le convivenze di fatto semplici beneficino della disciplina introdotta dalla legge 76/2016 e, in specie, se ad esse siano applicabili le già illustrate disposizioni attributive della tutela del diritto di continuare ad abitare la casa familiare nei casi di crisi. Nell'ordine, sono i casi del decesso del convivente proprietario della casa familiare nella quale il convivente superstite ha diritto di abitare per un tempo significativo (art. 2, comma 42), i casi di morte o recesso dalla locazione del convivente che facoltizza l'altro convivente a succedere nella posizione di conduttore della casa familiare (comma 44) e, infine, il caso di recesso dal contratto di convivenza che deve garantire il diritto dell'altro convivente alla permanenza per almeno novanta giorni nella casa comune (comma 61).

La tesi favorevole all'applicazione di siffatte disposizioni alle convivenze di fatto semplici dovrebbe superare la formulazione letterale dell'art. 2, comma 36[78], che riferisce testualmente alle convivenze di fatto stabili la nuova disciplina. Si tratterebbe perciò di operare un'interpretazione estensiva, se non analogica, delle disposizioni citate.

In base a tale approccio ermeneutico, pertanto, le esigenze abitative dell'*ex* convivente di fatto semplice sarebbero soddisfatte ricorrendo alle nuove tutele introdotte dalla legge 76/2016 per le convivenze stabili. La relativa disciplina, di conseguenza, opererebbe per tutte le convivenze di fatto, anche se non rispondenti ai requisiti minimi sostanziali e formali stabiliti dalla stessa legge. L'assimilazione finirebbe per uniformare lo statuto di tutte le convivenze di fatto, assoggettandole al medesimo regime, quanto meno per le tutele del di-

[77] F.P. Luiso, *La convivenza di fatto dopo la L. 2016/76*, in *Dir. fam. pers.*, 4, 2016, p. 1083 ss.

[78] R. Pacia, *Unioni civili e convivenze: profili di diritto successorio*, cit., p. 421 ss.; G. Di Rosa, *I contratti di convivenza*, in *NLCC*, 2016, p. 715; A. Gatto, *Divorzio, Adozione, Unione civile*, in *Codice civile*, a cura di P. Rescigno, cit., p. 213.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

ritto alla casa familiare. L'opzione ricostruttiva avanzata, tuttavia, solleva delicati problemi di coerenza sistematica con la riforma Cirinnà e, più in generale, di rispetto della libertà e autonomia dei conviventi, nonché di tutela dell'affidamento dei terzi e della sicurezza delle relazioni giuridiche.

In senso contrario, anzitutto, si potrebbe obiettare che il legislatore ha inteso tipizzare le convivenze di fatto attraverso un organico intervento normativo che ha operato in maniera concorrente sui due piani della definizione della fattispecie e dell'attribuzione degli effetti, anche quanto al regime patrimoniale inerente alla casa familiare. Non sarebbe perciò coerente con l'impostazione della riforma estendere gli effetti legali al di fuori dei relativi presupposti, quali sono stati fissati nella fattispecie di convivenza tipizzata, pena lo stravolgimento dell'intera disciplina. Più precisamente, se si forzasse la fattispecie legale della convivenza stabile e formalizzata, estendendone l'ambito applicativo alle convivenze semplicemente di fatto, si invaderebbe il campo esterno della convivenza precaria e informale che non è stato assoggettato alla disciplina legale, ma se del caso rimesso solo a quella convenzionale che sia eventualmente concordata dai conviventi.

In secondo luogo, qualora si ritenesse di ampliare l'ambito applicativo della disciplina legale oltrepassando le convivenze di fatto stabili e formalizzate, comunque, bisognerebbe disporre di un preciso criterio delimitativo di facile impiego tra i conviventi e rispetto ai terzi. Si ingenererebbe altrimenti una grave incertezza in ordine alla selezione delle ulteriori relazioni che sarebbero riconducibili alla l. 76/2016 nell'ampia e variegata realtà fenomenica delle semplici convivenze di fatto, specie con riferimento a quelle più brevi e informali. In tutti questi casi, in mancanza della previa individuazione di un adeguato criterio selettivo, infatti, si finirebbe per imporrebbe in maniera generalizzata e confusa il regime legale previsto per le convivenze di fatto strutturate anche quando gli stessi conviventi potrebbero non volerlo utilizzare. Le situazioni di semplice convivenza precaria e informale, inoltre, sarebbero difficilmente verificabili, soprattutto dai terzi, nei cui confronti sarebbero difficilmente opponibili.

L'opposta opzione ricostruttiva, di segno contrario, esclude che alla semplice convivenza di fatto sia applicabile la disciplina legale della convivenza strutturata, come pure quelle delle unioni civili e del matrimonio. Del resto, la nuova legge Cirinnà (art. 2, commi 36, 55 e 59) si limita a individuare un'incompatibilità solo tra i tre modelli

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

tipizzati di famiglia, non anche rispetto a qualsiasi convivenza semplicemente di fatto.

La libertà dei conviventi di fatto, infatti, può manifestarsi nello scegliere di sottrarsi ai regimi legali degli statuti familiari tipizzati e, in particolare, di non volere soggiacere alle corrispondenti disposizioni sulla casa familiare. L'avvio e la conduzione di una semplice convivenza di fatto, infatti, esprime una scelta essenzialmente libertaria da realizzare nella dimensione dell'affettività spontanea della coppia, che sarebbe frustrata dall'imposizione *ab esterno* di statuti legali differenti[79].

La scelta dei conviventi potrebbe assumere anche il senso positivo di voler conformare il trattamento della relazione secondo le loro specifiche esigenze personali ed patrimoniali. In tal senso, l'applicazione del regime legale delle convivenze strutturate finirebbe per sacrificare l'autonomia degli stessi conviventi nell'autoregolare il proprio *ménage* familiare. Non è dubbio, infatti, che nella semplice convivenza di fatto sono maggiori i margini di libertà e di autonomia di cui dispone la coppia.

L'inapplicabilità della disciplina legale della convivenza stabile, in conclusione, non lascerebbe il fabbisogno della casa familiare dei semplici conviventi di fatto privo di tutela, ma aprirebbe il campo alla regolamentazione convenzionale, da introdurre mediante la stipula di un contratto di convivenza, ovvero di altri accordi con cui definire il regime patrimoniale conseguente alla crisi. In tal senso, potrebbero ipotizzarsi soluzioni diverse e, per taluni aspetti, anche più intense di tutela del diritto all'abitazione familiare rispetto a quelle stabilite dalla legge 76/2016 per la convivenza strutturata e l'unione civile, ma pure dal codice civile e dalla legge sul divorzio per il matrimonio.

9. *Gli accordi di scioglimento della convivenza di fatto, la negoziazione assistita mediante avvocati e la mediazione familiare*. – L'assetto della casa familiare conseguente allo scioglimento della convivenza di fatto, pertanto, è definibile convenzionalmente dagli stessi conviventi sia prima, che durante o dopo l'insorgenza della crisi. La soluzione negoziale, peraltro, costituisce la via obbligata per attribuire una tutela abitativa degli *ex* conviventi semplicemente di fatto se si

[79] E. Quadri, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: spunti di riflessione*, in *Giust. civ.*, 2, 2016, p. 9.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

ritiene che, in mancanza di figli, non trovi alcun fondamento normativo.

In base al regime legale delle convivenze di fatto stabili, come già rilevato, i conviventi possono disciplinare convenzionalmente i rapporti patrimoniali relativi allo loro vita in comune con la sottoscrizione del contratto di convivenza (art. 2, comma 50, l. 76/2016). Tra l'altro, con il contratto di convivenza è possibile indicare la residenza familiare (comma 53, lett. *a*), scegliere se avvalersi del regime patrimoniale della comunione legale (lett. *c*) ed, eventualmente, l'applicazione delle disposizioni codicistiche sullo scioglimento della comunione in caso di cessazione della cessazione della convivenza (comma 60). Sempre con riferimento alla cessazione della convivenza, inoltre, si precisa espressamente che «*Resta in ogni caso ferma la competenza del notaio per gli atti di trasferimento di diritti reali immobiliari comunque discendenti dal contratto di convivenza*». Tanto esprime la diretta percorribilità della via negoziale per la definizione degli assetti immobiliari *post* crisi, compresi quelli concernenti la residenza comune degli *ex* conviventi e, inoltre, orienta ad avvalersi dell'assistenza del notaio nella redazione del contratto immobiliare a garanzia delle posizioni dei conviventi e dei loro familiari, oltre che terzi ai quali, sul piano della circolazione giuridica, si renderanno opponibili gli effetti contrattuali.

Parimenti significativa è la già illustrata disposizione che, in caso di recesso dal contratto di convivenza, riconosce all'altro convivente un termine minimo di almeno novanta giorni per rilasciare l'abitazione familiare (art. 2, comma 61, legge 76/2016)[80], suscettibile di essere ampliato convenzionalmente dai conviventi. La medesima soluzione negoziale è ipotizzabile con riguardo alle restanti disposizioni sulla casa familiare di proprietà del convivente deceduto (art. 2, comma 42, legge 76/2016) e sulla successione nella posizione di conduttore della casa familiare in caso di decesso o recesso dalla locazione (comma 44).

Il regime legale della casa familiare stabilito per le convivenze stabili, pertanto, è suscettibile di modulazione convenzionale non solo

[80] M. Foti, *Estromissione forzosa dall'abitazione nella convivenza more uxorio: quale tutela per il partner che subisce lo spoglio?*, Nota a Tribunale Palermo, 18 giugno 2019, in *Dir. fam. pers.*, 1, 2020, p. 226 ss.; S.A. Galluzzo, *La tutela del convivente di fatto e il comodato dell'abitazione familiare*, Nota a Cassazione civile, 30 ottobre 2018, n.27437, sez. III, in *Il familiarista.it*, 2018.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

con il contratto di convivenza, ma anche con successivi accordi modificativi o di scioglimento sottoscritti dai conviventi, nel rispetto delle garanzie procedimentali stabilite dalla legge 76/2016[81]. Anche i conviventi semplicemente di fatto, pertanto, potrebbero darsi convenzionalmente l'assetto patrimoniale della casa familiare che sia più adeguato a soddisfare il loro fabbisogno abitativo.

La derogabilità convenzionale del regime legale, comunque, pone la questione dei limiti all'esercizio dell'autonomia dei conviventi di fatto[82]. Bisogna garantire la tutela degli interessi protetti dalla legge, a cominciare da quelli dei figli e del convivente di fatto che in conseguenza della crisi sarebbe lasciato privo di abitazione. La corretta declinazione degli strumenti negoziali dovrebbe combinare l'osservanza delle garanzie sostanziali e di quelle procedimentali, con riguardo tanto ai diritti dei componenti della famiglia di fatto, quanto alle posizioni dei terzi interessati al regime della casa familiare.

Se nessun problema si pone per l'eventuale estensione della durata dell'assegnazione della casa familiare e, comunque, per il rafforzamento o l'ampliamento del contenuto del corrispondente diritto, le questioni si complicano per le soluzioni riduttive o sostitutive. In specie, non pare che i conviventi possano convenire l'esclusione, ma neppure la riduzione della durata e del contenuto del diritto alla casa familiare[83]. Potrebbero ipotizzarsi, invece, soluzioni sostitutive, quali l'attribuzione di altra casa, diversa da quella familiare, per soddisfare il fabbisogno abitativo. La soluzione convenzionale di gran lunga più diffusa e praticabile è quella della liquidazione in denaro del diritto,

[81] G. Oberto, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali e il contratto di convivenza*, in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno. Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Roma il 3 marzo 2017*, cit., p. 74 ss.; D. Achille, *Il contenuto dei contratti di convivenza tra tipico ed atipico*, in *NGCC*, n. 11/2017, p. 1570 ss.; U. Perfetti, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, in *NGCC*, n. 12/2016, p. 1749 ss.

[82] R. Pacia, *Unioni civili e convivenze: profili di diritto successorio*, cit., p. 434 ss.; C. Irti, *I diritti sulla «casa di comune residenza» nelle convivenze di fatto disciplinate dalla l. 76 del 20 maggio 2016*, cit., p. 1672 ss.; A. Spadafora, *Contratto amoroso e contratto di diritto privato: verso un nuovo «ordine pubblico familiare»?* in *Dir. fam. pers.*, 1, 2020, p. 258 ss.

[83] Un indice letterale della limitata disponibilità della tutela legale emerge dall'art. 2, comma 61, legge 67/2016, che commina testualmente la nullità del recesso intimato per iscritto che non conceda all'altro convivente di fatto il termine di almeno novanta giorni per lasciare la casa familiare.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

mediante l'attribuzione di una somma che permetta al beneficiario di soddisfare altrimenti le sue esigenze abitative. In ogni caso, oltre al consenso dei conviventi di fatto, occorrerebbe pure il diretto coinvolgimento dei loro figli, se del caso da ascoltare, in quanto interessati dalla decisione inerente alla casa familiare (art. 337-*octies* c.c.).

Le garanzie procedimentali poste a tutela dei diritti del beneficiario della casa familiare, peraltro, si collegano ai vari strumenti negoziali che si utilizzano. In primo luogo, dovrebbero operare le prescrizioni imposte per il contratto di convivenza, le sue modifiche e lo scioglimento, da redigere per iscritto con l'assistenza di un avvocato o un notaio che certifica l'autografia delle parti, la non contrarietà alle norme imperative e all'ordine pubblico degli accordi patrimoniali, che possono contemplare anche le questioni inerenti alla fissazione o al cambiamento della residenza dei conviventi. L'autonomia contrattuale, in quanto rispetti i requisiti di forma e di sostanza stabiliti dalla legge, potrebbe dare una diversa disciplina convenzionale della titolarità, gestione e godimento della casa familiare durante la convivenza e anche successivamente. Se adeguatamente pubblicizzate, le clausole sulla casa familiare contenute nel contratto di convivenza, ovvero nelle successive modifiche o integrazioni, sarebbero pure opponibili ai terzi.

È ipotizzabile l'utilizzazione di ulteriori strumenti negoziali da parte dei conviventi di fatto per concordare la disciplina convenzionale della casa familiare. A tal fine, tra le cause di scioglimento del contratto di convivenza, è contemplato testualmente l'accordo dei conviventi (art. 2, commi 59, lett. b, e 60, legge 76/2016). In tale sede, ovvero anche in un momento successivo, i conviventi potrebbero raggiungere un accordo sullo scioglimento della convivenza e, in specie, regolare l'assetto convenzionale della casa familiare.

L'utilizzo del contratto per la definizione consensuale delle crisi familiari è stato in passato contestato per la separazione e il divorzio dei coniugi[84]. Tuttavia, esso si deve ritenere pienamente ammissibile

[84] *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, a cura di S. Landini, M. Palazzo, Milano, 2018; G.F. Basini, *I così detti «patti prematrimoniali». Note* de iure condendo, in Famiglia e diritto, n. 12/2019, p. 1153 ss.; A. Gorgoni, *Accordi in funzione del divorzio tra autonomia e limiti*, in *Persona e mercato*, 4, 2018, p. 236 ss.; G. Chiappetta, *La «semplificazione» della crisi familiare: dall'autorità all'autonomia*, Napoli, 2019; G. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, *Ammissibilità e fattispecie*, Milano, 1999, p. 494 ss.; E. Lucchini Guastalla, v. *Autonomia privata e diritto di famiglia*, in *Enc. del dir.*, *Annali*, VI, Milano, 2013, p. 77 ss.; R. Ama-

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

per lo scioglimento della convivenza di fatto. Il problema che si pone, piuttosto, è quello dei limiti e, inoltre, dei controlli dell'esercizio dell'autonomia contrattuale a salvaguardia dei diritti spettanti ai figli e ai conviventi. In tal senso, in caso di contestazione, i conviventi si rivolgeranno all'autorità giudiziaria, la quale è stata espressamente investita del potere di attribuire, per un periodo proporzionale alla durata della convivenza, gli alimenti al convivente in stato di bisogno (art. 2, comma 65, legge 76/2016). Tanto in sede decisoria, quanto in quella conciliativa, il giudice dovrà garantire l'adeguata tutela degli interessi dei figli e del convivente più debole.

L'accordo di definizione della crisi della convivenza di fatto, inoltre, si può raggiungere anche mediante altri procedimenti negoziali garantiti da particolari tutele[85]. In particolare, assumono rilievo la negoziazione assistita tramite avvocati e la mediazione familiare, quali meccanismi stragiudiziali applicabili non solo alle famiglie fondate sul matrimonio[86] e alle unioni civili[87], ma anche alle convivenze di fatto[88].

Nell'ambito dell'ampio processo di degiurisdizionalizzazione del contenzioso in Italia (d.l. 132/2014), con particolare riferimento alle crisi familiari, sono stati introdotti dei meccanismi compositivi extragiudiziari che operano su base consensuale (artt. 6 e 12). Più precisamente, il principale meccanismo è costituito dalla «Convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio». I coniugi possono utilizzare la convenzione al fine di raggiungere una soluzione consensuale che si concreta nella

gliani, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, Torino, 2005, p. 131 ss.; T. Auletta, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *I mobili confini dell'autonomia privata*, a cura di M. Paradiso, Milano, 2005, p. 133 ss.

[85] M.N. Bugetti, *La risoluzione extra-giudiziale del conflitto coniugale*, Milano, 2015; M.P. Calogero, *Negoziazione assistita familiare: poteri del Procuratore della Repubblica e del Presidente del Tribunale*, in *Giur. it.*, 2018, p. 1208 ss.; A. Sperti, *Rilevanza* in executivis *della certificazione degli avvocati circa la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico*, in *Riv. dell'esecuzione forzata*, n. 3/2018, p. 536 ss.; G.A. Parini, *La negoziazione assistita in ambito familiare e la tutela dei soggetti deboli coinvolti*, in *NGCC*, 2015, II, p. 602 ss.; A. Nascosi, *La negoziazione assistita per la crisi coniugale: un nuovo sistema deflattivo?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2015, p. 1383 ss.

[86] Artt. 337-*ter* e 432-*ter*, c.c. e art. 6, d.l. 132/2014, conv. L. 162/2014.

[87] Art. 2, commi 14 e 25, L. 76/2016.

[88] Art. 432-*ter* c.c.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

conclusione di un accordo che produce gli effetti personali e patrimoniali e tiene luogo dei provvedimenti giudiziari che definiscono i giudizi di separazione, divorzio o modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. Le garanzie procedimentali sono costituite dalla necessaria presenza degli avvocati, uno per ciascun coniuge, e dal controllo affidato alla Procura della Repubblica, diversamente atteggiato a seconda che esistano o meno figli minori, maggiori incapaci, portatori di handicap grave o economicamente non autosufficienti[89], che precede la comunicazione all'ufficiale dello stato civile[90]. Oltre a siffatto incombente, gli avvocati certificano l'autografia delle firme delle parti e la non contrarietà alle norme imperative e all'ordine pubblico dell'accordo compositivo che sottoscrivono assieme alle parti ai fini della forza esecutiva[91]. In caso di accordi soggetti a trascrizione, quali quelli immobiliari, inoltre, si prevede l'autentica notarile delle sottoscrizioni delle parti[92].

La convenzione di negoziazione assistita tramite avvocati, pur essendo legislativamente prevista per le crisi delle famiglie matrimoniali e delle unioni civili, dovrebbe ritenersi applicabile anche allo scioglimento della convivenza di fatto, al fine di raggiungere la composizione consensuale delle varie questioni patrimoniali[93]. In tal senso, gli

[89] In presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap, ovvero economicamente non autosufficienti, il procuratore della Repubblica rilascia l'autorizzazione se l'accordo risponde all'interesse dei figli. Mentre, in assenza di figli che versino nelle predette situazioni, il procuratore della Repubblica esprime un nulla osta ove non ravvisi irregolarità.

[90] *Negoziazione assistita nella separazione e divorzio*, a cura di M.G. Ruo, Bologna, 2016; G. Giaimo, *Norme imperative e negoziazione assistita nelle controversie familiari: Il ruolo degli avvocati e del pubblico ministero*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 4, 2016, p.1061 ss.; A. Cardosi, *«Sulla trascrizione degli accordi di negoziazione assistita in materia familiare»*, *NGCC*, n. 9/2017, p. 1163 ss.; M. Fiorini, *Profili di interesse notarile nello scioglimento delle unioni civili di cui alla legge 20 maggio 2016 n. 76*, in *Notariato*, 1, 2017, p. 185 ss.

[91] Art. 5, d.l. 132/2014.

[92] A. Trinchi, *Sulla trascrizione dei trasferimenti immobiliari nella negoziazione assistita delle crisi coniugali*, in *Famiglia e diritto*, n. 1/2018, p. 33 ss.; A. Todeschini Premuda, *La trascrizione degli accordi tra coniugi nell'ambito della negoziazione assistita*, in *NGCC*, n. 1/2018, p. 124 ss.; F. Auletta, *Notariato e giurisdizione. La trascrizione dell'accordo di negoziazione per nulla osta del P.M.: il caso Pordenone*, in *Notariato*, n. 3/2017, p. 237 ss.

[93] La negoziazione assistita tramite avvocati, infatti, è meccanismo compositivo di portata generale applicabile per tutte le controversie in materia civile e commerciale su diritti disponibili (art. 2, d.l. 132/2014), oltre nelle crisi familiari (art. 6).

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

ex conviventi avrebbero la possibilità di definire convenzionalmente anche la sorte e il regime della casa familiare avvalendosi delle garanzie procedimentali della negoziazione assistita, nel rispetto della cornice di legalità e di tutela dell'interesse dei figli[94].

La convenzione di negoziazione assistita tramite avvocati sarebbe da applicare sia nella convivenza di fatto stabile, per la quale per legge è previsto il regime legale della casa familiare, e sia per la convivenza semplice che, anche in mancanza di figli, potrebbe trovare un riconoscimento convenzionale in sede compositiva. In ogni caso, nell'esercizio della loro autonomia, i conviventi che si trovino in conflitto sarebbero in grado di valutare la soluzione negoziale percorribile in merito all'assetto della casa familiare prima di rivolgersi al giudice.

La gestione della conflittualità legata allo scioglimento delle convivenze di fatto, infine, è realizzabile mediante un altro strumento compositivo stragiudiziale avente natura volontaria, la mediazione familiare[95], che è stato previsto nell'ordinamento italiano con riguardo alle crisi familiari. In particolare, gli indici normativi che attribuiscono al giudice il potere di disporre la mediazione familiare riguardano gli ordini di protezione contro gli abusi familiari, che contemplano espres-

Per l'estensione legislativa della negoziazione assistita alle coppie di fatto è stato presentato un disegno di legge assegnato in sede referente alla II Commissione Giustizia della Camera AC 1947 recante: «*Introduzione dell'articolo 6-bis del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, in materia di procedura di negoziazione assistita tra conviventi di fatto*».

[94] Nel senso che, in presenza di figli minori, nella convenzione di negoziazione assistita tramite avvocati non sarebbe sufficiente l'accordo dei genitori conviventi di fatto, ma accorrerebbe anche l'omologa del giudice, v. Trib. Como, decr. del 13.01.2016, in https://www.altalex.com/documents/news/2016/05/12/la-negoziazione-assistita-non-si-applica-alle-coppie-di-fatto.; F. Tizi, *Negoziazione assistita in materia familiare e coppie di fatto*, in *Giur. it*., 2016, p. 2643 ss.

[95] Sulla mediazione familiare, P. Mazzamuto, *La mediazione nella tutela della famiglia*, Torino, 2013; K. Mascia, *La mediazione familiare nei procedimenti di separazione e divorzio*, in *Gli aspetti di separazione e divorzio nella famiglia*, a cura di G. Oberto, cit., p. 171 ss.; G. Ballarani, *La mediazione familiare alla luce dei valori della Costituzione italiana e delle norme del diritto europeo*, in *Giust. civ.*, 2012, 12, II, p. 495 ss.; M. Romano, *La mediazione familiare*, in *Commentario del codice civile Scioloja-Branca, Libro primo persone e famiglie* (art. 155-155 *sexies*), *Provvedimenti riguardo ai figli*, a cura di S. Patti, L. Rossi Carleo, cit., p. 378 ss.; G. Ferrando, *Autonomia privata e mediazione familiare*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fondata da W. Bigiavi, *Separazione e divorzio*, a cura di G. Ferrando, I, Torino 2003, p. 560 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

samente anche le convivenze di fatto[96], e l'adozione dei provvedimenti riguardo ai figli[97], anche se nati da genitori non coniugati[98].

La mediazione è un procedimento compositivo strutturato condotto da un terzo che in maniera riservata, imparziale, indipendente e neutrale, tenta di fare raggiungere alle parti un accordo risolutivo della controversia[99]. Senza decidere, né esprimere giudizi vincolanti, il mediatore favorisce il dialogo tra le parti e le assiste nel loro tentativo di raggiungere un accordo. Una delle questioni da comporre in mediazione potrebbe essere proprio l'assegnazione della casa familiare tra gli *ex* conviventi di fatto. Nel procedimento di mediazione si deve avere principale riguardo all'interesse morale e materiale dei figli[100].

L'accordo raggiunto in mediazione familiare deve rispettare i parametri di legalità. In tal senso, nella mediazione operano le garanzie procedimentali costituite dalle necessarie presenze del mediatore che gestisce la procedura, dei legali che assistono le parti e dell'autorità giudiziaria preposta al controllo, mediante omologa, dell'accordo compositivo, anche per gli aspetti controversi inerenti alla casa familiare.

Infine, una soluzione compositiva consensuale è percorribile anche in sede processuale, senza necessità di addivenire a un provvedimento decisorio del giudice. I conviventi di fatto, invero, con l'assistenza degli avvocati in pendenza della lite davanti al giudice potrebbero raggiungere una soluzione conciliativa della controversia. Anche in questa sede, quindi la questione della casa familiare potrebbe trovare una soluzione appropriata al fabbisogno degli *ex* conviventi e, se presenti, dei figli.

10. *Conclusioni*. – L'analisi che si è condotta porta a ripensare il fondamento e la portata della disciplina della casa familiare. In par-

[96] Art. 342-*ter*, c.c.

[97] Art. 337-*octies*, c.c.

[98] Art. 337-*ter*, c.c.

[99] Le principali fonti che dettano la disciplina della mediazione in materia civile e commerciale sono, a livello europeo, la direttiva 2008/52/CE (del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale) e, in ambito nazionale, il D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 (Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali). In proposito, *Quaderni di conciliazione*, a cura di C. Pilia, Cagliari, 2010-19.

[100] Art. 337-*octies*, comma 1, c.c.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

ticolare, è centrale la discussione dell'attribuibilità della misura in assenza di figli, per il solo convivente di fatto. La questione è assai controversa e anche in Italia dottrina e giurisprudenza si dividono sulla soluzione preferibile.

Il diffondersi di precarietà, complessità e conflittualità nelle relazioni di coppia solleva un'esigenza di ripensamento, di progressiva limitazione, se non eliminazione dell'assegnazione della casa familiare. In particolare, si affaccia prepotente la soluzione liquidatoria, che monetizza in un importo pecuniario la misura, sulla scorta di diversi modelli di tutela[101]. Una indicazione in tal senso, peraltro, emergeva nella recente proposta di riforma Pillon[102], che optava per la liquidazione, se non per la sostanziale abrogazione dell'assegnazione familiare (art. 14).

In conclusione, l'istituto dell'assegnazione della casa familiare si trova nuovamente al centro dell'attenzione generale, combattuto tra istanze conservative e tendenze liquidatorie che esprimono la complessità, se non contraddittorietà delle esigenze da soddisfare. Probabilmente, la modulazione convenzionale della disciplina, in qualsiasi sede utile, permettere di superare tante incertezze e difficoltà applicative che alimentano un enorme contenzioso ed esasperano le crisi familiari, in danno dei componenti più deboli.

[101] Per una visione comparata e internazionale dei vari modelli di tutele dei fabbisogni abitativi nelle crisi familiari, v. *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, a cura di G. Carapezza Figlia, J.R. Verda y Beamonte, G. Frezza, Napoli, 2016; M. García Mayo, *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*, Reus, Madrid, 2019.

[102] Disegno di legge n. 735-Senato, recante «*Norme in materia di affido condiviso, mantenimento diretto e garanzia di bigenitorialità*», XVIII Legislatura, sul quale *Mediazione familiare e diritto del minore alla bigenitorialità. Verso una riforma dell'affidamento condiviso*, a cura di P. Mazzamuto, Torino, 2019; *Luci ed ombre del ddl Pillon in materia di affidamento condiviso*, in *Dir. fam. pers.*, 1, 2019, p. 1 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Anna Pintore

Il formalismo giuridico: un confronto tra Jori e Schauer

Sommario: 1. Premessa. – 2. Le norme come generalizzazioni blindate ma non troppo. – 3. Il formalismo pratico e il diritto come macchina per le scelte pratiche. – 4. Il testo, il contesto, gli interpreti. – 5. Formalismo pratico e stato costituzionale di diritto.

1. *Premessa.* – Come ragionano i giuristi? I loro argomenti e discorsi presentano caratteristiche peculiari o sono invece assimilabili ad argomenti e discorsi adoperati in ambiti estranei al diritto? La reale o supposta autonomia dei loro ragionamenti coincide con la reale o supposta autonomia del diritto? In che cosa si differenziano, se si differenziano, i ragionamenti giuridici da quelli morali? In quale misura le modalità di ragionamento dei giuristi sono influenzate dai mutamenti politico-istituzionali, come quelli che nel '900 hanno dato luogo, nel mondo occidentale, allo stato costituzionale di diritto? E in quale misura questi sono influenzati da quelli?

Sono domande generalissime e forse anche fuorvianti, nella misura in cui lasciano intendere che vi sia un unico tipo di ragionamento giuridico, un unico tipo di giurista e anche un unico tipo di diritto, e che perciò sia possibile dare una risposta unitaria a ciascuna di esse.

È chiaro inoltre che affrontare tali questioni richiederebbe di indagare su quasi tutti i maggiori problemi della filosofia del diritto, da quello dell'interpretazione a quelli del metodo giuridico e del concetto di diritto – cosa che sarebbe temerario anche solo tentare di fare in poche pagine. In ogni caso, sono queste le domande a cui generalmente aspira a rispondere pressoché ogni filosofo del diritto.

In questa sede vorrei più modestamente rivisitare alcuni aspetti del vetusto tema del formalismo giuridico. Beninteso, pur esso è di portata vastissima e, anche in ragione dell'equivocità dell'espressione "formalismo", è talmente ramificato da investire a sua volta pressoché tutti i principali problemi giusfilosofici. Vorrei prendere qui in esame un senso specifico di formalismo giuridico, intendendolo come caratteristica appunto del ragionamento dei giuristi, caratteristica che si

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

ricollega al ruolo centrale delle norme o regole nel ragionamento pratico-giuridico.

In tempi recenti almeno due autori hanno parlato di formalismo in questo senso, e lo hanno fatto con l'espresso obiettivo di difendere almeno in una certa misura questo aspetto del ragionamento dei giuristi, ponendosi quindi in rotta di collisione con il *mainstream* che, oggi come ieri, carica la parola "formalismo" di connotazioni negative. Mi riferisco all'italiano Mario Jori e allo statunitense Frederick Schauer. Per entrambi, il formalismo (in un senso da essi opportunamente ridefinito) è la chiave per comprendere le modalità consuete e caratteristiche del pensiero giuridico. Sia Jori che Schauer ritengono che il ragionamento formalistico non sia appannaggio esclusivo dell'ambiente giuridico, ma in quest'ultimo sia talmente presente, radicato e pervasivo da rappresentarne l'elemento davvero caratterizzante. Come accennavo poc'anzi, entrambi gli autori, infine, esprimono un apprezzamento sia pure qualificato di *questo* formalismo dei giuristi.

Come si vedrà, i lavori di Jori e di Schauer presentano molte assonanze, che indubbiamente ci sono ma non vanno sopravvalutate. Ritengo anzi che approfondire le poco visibili differenze di approccio tra i due autori aiuti a inquadrare meglio il problema che sta sullo sfondo di queste pagine: ossia se la transizione novecentesca dallo stato legislativo allo stato costituzionale di diritto abbia determinato una trasformazione radicale *anche* nelle modalità di ragionamento dei giuristi e in particolare dei giudici, che oggi non potrebbero più essere catturate dall'etichetta "formalismo", ancorché intesa nel senso di Jori e di Schauer. Questa è una idea in gran voga negli ultimi decenni. Molti studiosi oggi sostengono che l'avvento dello stato costituzionale, in ragione della sua architettura istituzionale e dei suoi contenuti di valore, abbia imposto ai giudici di mutare radicalmente i propri modi di ragionare, argomentare e decidere. Il padre spirituale di questo orientamento è naturalmente Ronald Dworkin, prima con la sua teoria dei principi, poi con la sua teoria del diritto come integrità[1].

Come dirò, ritengo che questa sia una tesi unilaterale e ideologica. Unilaterale perché trascura certi meccanismi basilari del diritto, che permangono invariati nonostante le grandi trasformazioni giuridiche senza dubbio introdotte dallo stato costituzionale; ideologica

[1] Cfr. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977; Id., *Law's Empire*, Belknap Press, Cambridge (Mass.), 1986.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

perché ha la pretesa dichiarata di fornire una ricostruzione razionale delle pratiche giurisprudenziali effettive, mentre in realtà mira nascostamente a promuovere alcune di queste pratiche e ad assecondarne la diffusione.

La mia conclusione è che il formalismo non è affatto morto né morente, e che anzi le tecniche formalistiche di cui il diritto fa uso potrebbero essere utilmente adoperate per frenare le attuali derive giurisdizionaliste, che rischiano di trasformare la giurisprudenza in un vero e proprio potere selvaggio.

2. *Le norme come generalizzazioni blindate ma non troppo.* – Partirò da Schauer, e dunque procederò a ritroso, dato che i lavori dello studioso americano sul formalismo sono successivi alla pubblicazione, che risale al 1980, del principale scritto di Mario Jori sul formalismo giuridico[2]. Questo modo di procedere è reso possibile dal fatto che Schauer non è a conoscenza né dei lavori di Jori, né della discussione italiana intorno al formalismo giuridico da cui l'analisi di Jori muove. Anche Schauer, infatti, purtroppo si adegua alle abitudini della filosofia del diritto *English speaking*, che, per limiti linguistici ma specialmente culturali, ignora pressoché per intero la filosofia del diritto "continentale", procedendo in maniera separata e tendenzialmente autoreferenziale.

Ad avviso di Schauer gli argomenti usati nel diritto non sono diversi da quelli che troviamo in altri settori dell'esperienza umana. Ciò che caratterizza i ragionamenti dei giuristi è semmai l'importanza decisiva in essi attribuita alle regole, che egli intende come generalizzazioni prescrittive che ricollegano conseguenze giuridiche a casi, situazioni e individui descritti in maniera altamente selettiva; noi diremmo generale e astratta[3]. Vale a dire che i giuristi normalmente decidono e giustificano le proprie decisioni appellandosi a standard normativi generali e perciò inevitabilmente selettivi, e lo fanno anche qualora prendere in considerazione tutte le peculiarità del caso concreto condurrebbe a decisioni più plausibili, più giuste, più soddisfacenti, insomma migliori.

Dunque, secondo l'autore statunitense, per capire che cosa significhi "*thinking like a lawyer*" è centrale la contrapposizione tra due

[2] M. Jori, *Il formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1980.

[3] Schauer parla di regole (*rules*), mentre Jori parla di norme. Nel testo mi adeguerò ai loro usi e tratterò "norma" e "regola" come espressioni sinonime.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

strategie decisionali[4]: una strategia particolaristica, che mira ad adottare la decisione tutto considerato migliore nelle circostanze di cui trattasi e una strategia generalizzante, in cui la decisione è sempre assunta in base a una regola, anche nei casi in cui il decisore si trovi di fronte a esperienze "recalcitranti", tali cioè da ricadere sotto il tenore letterale della regola ma da frustrare la sua giustificazione, oppure tali da soddisfare pienamente la giustificazione della regola ma da esorbitare dal suo tenore letterale. L'esempio è quello della regola che, al fine di tutelare la tranquillità dei clienti, vieta l'ingresso dei cani nei ristoranti, escludendo perciò anche il docile cane-guida per ciechi e per converso consentendo l'ingresso di bambini e consimili esseri molesti.

Qui però bisogna intendersi: così come descritta da Schauer, la strategia decisionale particolarista infatti non sempre fa completamente a meno di generalizzazioni normative, e anzi può essere *sensibile* sia alle regole sia alle buone ragioni che suggeriscono di fare ricorso a regole, ossia la prevedibilità, la certezza, la affidabilità che esse favoriscono[5]. Ciò che la differenzia rispetto alla strategia generalizzante, che a questo punto possiamo cominciare a chiamare formalistica, è la propensione di chi la adotta a modificare o accantonare la regola ogniqualvolta si presenti un caso recalcitrante, in altre parole a trattare le regole come indefinitamente malleabili o, come usa dire oggi, *defeasible*[6]. Tale strategia resta comunque particolaristica perché le generalizzazioni su cui essa si basa non sono trattate come regole vere e proprie bensì come massime d'esperienza (*rules of thumb*) prive di forza normativa, perché sempre accantonabili ove ciò sia reso necessario al fine di soddisfare in maniera più acconcia la giustificazione

[4] F. Schauer, *Thinking like a Lawyer*, Harvard U.P (Cambridge, Mass.), 2009. spec. cap. 1. Id., *Playing by the Rules*, Clarendon Press, Oxford, 1991, 51 ss., 77 ss. V. anche F. Schauer, *Formalism*, in *The Yale Law Journal*, 97, 4, 1988.

[5] F. Schauer, *Playing by the Rules*, cit., 97 ss.

[6] In teoria del diritto è controverso sia che cosa si debba intendere per *defeasibility*, sia a quali entità sia appropriato riferirla. Essa viene per lo più identificata con la soggezione delle regole ad eccezioni implicite che non possono essere elencate in modo esaustivo prima della loro applicazione. Sulla discussione più recente sul tema, anche per l'ampia bibliografia citata, si vedano almeno J. Ferrer Beltrán, G.B. Ratti (eds), *The Logic of Legal Requirements*, OUP, Oxford, 2012; L. Duarte D'Almeida, *Allowing for Exceptions. A Theory of Defences and Defeasibility in Law*, OUP, Oxford, 2015.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

ad esse soggiacente (ad esempio preservare la tranquillità dei clienti, nell'esempio del divieto d'ingresso dei cani nei ristoranti).

Decidere in base a una regola significa quindi *escludere* dal ragionamento considerazioni estranee al suo tenore testuale; decidere in maniera particolaristica significa *includere* nel ragionamento considerazioni, non desumibili dal tenore testuale della regola, ricavate dallo scopo soggiacente alla regola medesima, oppure eventualmente da argomenti esterni alla regola e alla sua giustificazione, ad esempio argomenti che attingono a criteri di ragionevolezza, opportunità, giustizia[7].

Tutto il discorso di Schauer è pertanto costruito intorno alla opposizione tra il tenore letterale di una regola e la sua giustificazione o, per dirla in termini più familiari ai giuristi continentali, tra la lettera e lo spirito della legge (su questa opposizione v. *infra*, § 4)[8]. Per lui la strategia particolaristica, che mira alla decisione tutto considerato migliore, è quella che applica direttamente la giustificazione della regola senza passare attraverso il filtro delle sue parole. La strategia formalistica è viceversa quella che tratta la regola come "blindata" o "trincerata" (*entrenched*) ossia come opaca rispetto alla giustificazione ad essa sottostante. Il formalismo, nel senso in cui ne parla Schauer, consiste dunque nel trattare «the *form* of a legal rule as more important than its deeper purpose, or more important than reaching the best all-things-considered judgment in the particular context of a particular case»[9]. È il diritto medesimo, egli dice, che conferisce al significato della formulazione normativa priorità rispetto al conseguimento dello scopo della norma e del migliore risultato. E il formalismo, inteso in questo senso, è una componente della nozione di stretta legalità (*legalism*)[10], che dunque consiste almeno in parte nel privilegiare il significato letterale della regola come criterio decisionale su una «*less constrained* determination of purpose, reasonableness, or common sense»[11]. Il formalismo in questo senso esprime una certa distribuzione di poteri decisionali; esso è essenzialmente una

[7] Nei suoi lavori Schauer non chiarisce mai del tutto, mi pare, se questi argomenti siano da considerare esterni o interni al diritto.

[8] Anche Schauer usa talvolta questa terminologia, parlando di tensione tra lettera e spirito delle leggi: cfr. Id., *Thinking like a Lawyer*, cit., 29.

[9] *Ivi*, 30, corsivo dell'autore.

[10] *Ivi*, 31.

[11] *Ivi*, 32, corsivo mio.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

tecnica di allocazione – e più precisamente di limitazione – di poteri giuridici, che è a sua volta strumentale al trattamento di una serie di «larger institutional and systemic values as important»[12]: prevedibilità, stabilità, trattamento uguale di casi uguali, timore di concedere discrezionalità troppo ampia ai decisori; valori tutti compendiabili nella formula *rule of law*[13]. Dunque, l'autore statunitense ritiene che, nonostante sia esposto a errori, il ragionamento basato su regole abbia virtù tali da renderlo generalmente, ancorché non incondizionatamente, preferibile all'alternativa particolaristica[14].

D'altra parte, Schauer ammette che entrambe le strategie, quella formalista e quella particolarista, possano coesistere all'interno di un medesimo diritto e che coesistano di fatto, quantomeno nel diritto statunitense di cui egli si occupa, nella forma della coabitazione tra diritto legislativo e common law, essendo quest'ultimo, almeno in alcuni momenti della sua storia, fatto di regole che vengono plasmate e riplasmate in occasione delle singole decisioni giudiziarie.

Infine, egli ritiene che si possa continuare a parlare di formalismo, di decisione sulla base di regole, anche laddove l'opacità di queste ultime rispetto alle giustificazioni sottostanti o a considerazioni ad esse esterne e quindi la loro resistenza ai casi recalcitranti valga non in modo categorico ma solo in via presuntiva: ossia valga per la generalità dei casi salvo quelli in cui l'assurdità o l'ingiustizia o l'irragionevolezza scaturenti dalla decisione adottata in base alla regola applicabile al caso siano talmente eclatanti da giustificare l'accantonamento di essa in favore della giustificazione soggiacente (o di una qualche ragione ad essa esterna, qualora anche la giustificazione sia reputata inadeguata). In altre parole, per lui il formalismo è compatibile con un trattamento, sia pure qualificato, delle regole come talora *defeasible*, defettibili, ossia cedevoli di fronte a considerazioni estranee al loro tenore testuale, almeno in presenza di circostanze particolarmente pressanti. In questo modo egli prende partito nella discussione recente, tanto vivace quanto confusa, in tema di *defeasibi-*

[12] *Ivi*, 35.

[13] Una dettagliata disamina di questi valori si trova in F. Schauer, *Playing by the Rules*, cit., cap. 7.

[14] Tale idea è stata da lui sviluppata sistematicamente nel volume *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, Harvard U.P., Cambridge (Mass.), 2003. Gli errori di cui si parla nel testo sono quelli che dipendono dalla mai perfetta sovrapposizione tra la regola e la sua giustificazione; da essa derivano i fenomeni che Schauer chiama di sovra- e sotto-inclusività. Cfr. F. Schauer, *Playing by the Rules*, cit., 31 ss.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

lity, considerando quest'ultima come una modalità di trattamento delle regole niente affatto necessaria ma solo eventuale e contingente. L'autore statunitense ritiene di poter così salvaguardare l'autonomia del ragionamento giuridico e la sua dipendenza dalle regole, contemperando il loro carattere vincolante con una limitata apertura a considerazioni extranormative e, parrebbe, extragiuridiche. Con questa mossa egli ritiene di poter rintuzzare le obiezioni di Dworkin al "modello delle regole" e al giuspositivismo hartiano accogliendole almeno in parte[15].

Schauer chiama *giuspositivismo presuntivo* questo approccio alle regole. In questo caso il giuspositivismo andrebbe inteso non come una tesi concettuale o teorica circa la natura del diritto, o come un tipo di approccio al diritto, bensì come una tesi empirico-esplicativa sulle modalità decisionali consuete dei giuristi[16]. Il giuspositivismo presuntivo offrirebbe un resoconto attendibile della pratica diffusa nel sistema giuridico statunitense, in cui l'approccio formalista si combina con un particolarismo sensibile alle regole, non solo nell'ambito del common law ma anche dello stesso diritto legislativo. Anche di un sistema siffatto si potrebbe dire che è caratterizzato da un *limited domain*, una relativa separazione da altri ambiti sociali, nonostante le aperture in esso occasionalmente ammesse a considerazioni esterne[17].

Numerose e complesse sono le questioni che le idee di Schauer sollevano. Qui menzionerò solo quelle più rilevanti ai miei fini, rimandando la loro discussione al § 4.

Innanzi tutto, ci si può domandare quali siano di preciso i fattori che determinano o favoriscono la "blindatura" o opacizzazione delle regole, insomma la loro esclusività nel guidare le decisioni. Il punto è importante, ma secondo me non viene trattato in maniera del tutto cristallina dall'autore statunitense. Mi sembra infatti che egli oscilli fra tre criteri: la presenza di un testo canonico nel quale la regola è formulata[18]; il significato letterale della regola (*plain or literal meaning*)[19];

[15] R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977, spec. 14 ss.

[16] F. Schauer, *Playing by the Rules*, cit., 196 ss.

[17] F. Schauer, *The Limited Domain of the Law*, in *Virginia Law Review*, 90, 7, 2004, 1909-56. V. anche L. Alexander, F. Schauer, *Law's Limited Domain Confronts Morality's Universal Empire*, in *William and Mary Law Review*, 48, 2007.

[18] F. Schauer, *Playing by the Rules*, cit., 68.

[19] *Ivi*, 69.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

un insieme di significati di fondo condivisi, vale a dire una comprensione condivisa da parte di coloro che, avendo interiorizzato la regola, la accettano[20].

In secondo luogo, ci si deve chiedere se sia accettabile usare l'opposizione tra lettera e spirito della legge come chiave per fissare la distinzione tra ragionamento formalistico e ragionamento particolaristico[21]. Davvero sconfinare nel campo delle ragioni giustificative soggiacenti a una regola equivale ad abbandonare il formalismo e a sposare uno stile di ragionamento particolaristico? E di conseguenza equivale a trasferire interamente il potere decisionale da chi ha posto la regola a chi è chiamato ad applicarla? Certo se così fosse dovremmo concludere che, contrariamente a quanto l'autore opina, il formalismo nel senso da lui inteso è davvero poco diffuso tra i giuristi, dato che costoro sono soliti prendere in considerazione, accanto e oltre la lettera, una molteplicità di altri fattori, come appunto lo scopo della norma, la sua non assurdità, la sua coerenza e congruenza con altre norme ecc., insomma tutti i vari fattori catturati dai tradizionali canoni interpretativi[22].

In terzo luogo, andrebbe chiarito chi o che cosa controlli la forza della presunzione in favore del ragionamento vincolato da regole ma, ancor prima, in quale misura questa presunzione sia effettivamente controllabile. Talora Schauer lascia intendere che il potere di evadere dai vincoli normativi sarebbe conferito agli organi decisionali da apposite metaregole[23], altre volte fa più genericamente riferimento al sistema[24], all'ambiente giuridico[25], oppure alla pratica giuridica[26]. Oggi molti teorici del diritto tendono a rappresentare le regole come in-

[20] *Ivi*, 70-71. Su queste oscillazioni di Schauer v. M. Barberis, *On Canonically Formulated Norms. Schauer's Three Stances*, in *Notizie di Politeia*, 66, 2002.

[21] F. Schauer, *Thinking like a Lawyer*, cit., 24 ss.

[22] Cfr. C. Luzzati, *La vaghezza delle norme*, Giuffrè, Milano 1990, 275.

[23] Così lo interpretano Ferrer, Ratti, *Defeasibility and Legality: a Survey*, in J. Ferrer Beltrán, G.B. Ratti (eds), *op. cit.*, 25.

[24] Cfr. F. Schauer, *Is Defeasibility an Essential Property of Law?*, in J. Ferrer Beltrán, G.B. Ratti (eds), *op. cit.*, 87, in cui sottolinea che la defeasibility dipende da «how some decision-making system will choose to treat its rules».

[25] F. Schauer, *Playing by the Rules*, cit., 214: «Still, an intolerance for absurdity has produced a legal environment in which judges are commonly *empowered* to set aside the result indicated by the most locally applicable rule-formulation when that result would be absurd» (corsivo dell'autore). Ma, viene da domandarsi, *empowered* da chi?

[26] F. Schauer, *Playing by the Rules*, cit., 210.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

definitamente *defeasible*: qualora la loro applicazione conducesse a un risultato assurdo, irragionevole o ingiusto, in sede di decisione le considerazioni da esse dettate potrebbero essere legittimamente emendate oppure accantonate in favore della decisione più ragionevole, equa, adeguata[27]. Costoro prospettano criteri alternativi a quello formalistico di Schauer per razionalizzare tali operazioni, chiamandoli ad esempio ponderazione e ragionevolezza. Se avessero ragione, ciò significherebbe che il formalismo come inteso dall'autore americano non ha più corso perlomeno nell'ambito dei diritti odierni.

Per affrontare (in maniera necessariamente sommaria) questi problemi è necessario passare attraverso le idee di Mario Jori, dalle quali è possibile ricavare elementi che aiuteranno ad abbozzare qualche risposta.

3. *Il formalismo pratico e il diritto come macchina per le scelte pratiche.* – Se paragonato a quello di Schauer, il discorso di Jori sul formalismo appare più scarno, ma anche di più vasta portata esplicativa, come vedremo. Jori trae ispirazione dalla nozione di norma come ragione esclusiva di secondo grado elaborata da Raz[28]. Partendo da quest'ultima, contrappone una tecnica di scelta pratica in base a norme o all'ingrosso a una tecnica di scelta volta per volta o al dettaglio. Quest'ultima si basa sul computo delle ragioni pro e contra una data scelta in ogni singola circostanza vagliata nelle sue peculiarità idiosincratiche[29]. Di contro, le norme, in quanto ragioni esclusive di secondo grado, sono strumenti di scelta "all'ingrosso" perché forniscono criteri decisionali (ragioni) standardizzati valevoli per tutti i casi che presentano le caratteristiche da esse indicate: quindi sono

[27] Vedi, tra gli altri, R. Tur, *Defeasibilism*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 21, 2001; N. MacCormick, *Arguing Defeasibility*, in Id., *Rhetoric and the Rule of Law*, OUP, Oxford, 2005; M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Rules, Principles, and Defeasibility*, in J. Ferrer Beltrán, G.B. Ratti (eds), *op. cit.*

[28] M. Jori, *Il formalismo giuridico*, cit., 4 ss. e 86 ss.; cfr. anche Id., *Formalismo giuridico*, in *Digesto delle discipline privatistiche - Sezione civile*, VIII, Utet, Torino, 1992. Anche Schauer segue in una certa misura Raz, (Id., *Playing by the Rules*, cit., 88 ss.) ma ne critica la raffigurazione delle regole come ragioni categoricamente escludenti e mai cedevoli neppure di fronte a fattori particolarmente pressanti.

[29] M. Jori, *Il formalismo giuridico*, 45, fa notare che in questi casi si sarà normalmente vincolati «da qualche più o meno coerente complesso di principi pratici che attribuiscono alle ragioni pratiche considerate tali da un agente, appunto, il loro *status* di ragioni d'azione».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

strumenti selettivi ossia generali, perciò valevoli per ogni caso che presenti le medesime caratteristiche trattate dalla norma come rilevanti. È per tale ragione che questa tecnica viene da Jori chiamata *formalismo pratico*: formalismo, per il suo carattere selettivo rispetto alla reale complessità dei "casi della vita", e pratico, per il fatto di essere al servizio di scelte su come agire e su come giustificare le decisioni proprie o altrui. Per Jori il formalismo così inteso è il punto di partenza e la chiave per chiarire e vagliare le indistinte critiche di formalismo solitamente rivolte al diritto e ai giuristi specialmente dal senso comune.

Si può notare che fino a questo punto siamo grosso modo nell'ordine di idee di Schauer, salvo che per un aspetto. Diverso è infatti il modo di prospettare la scelta che quest'ultimo chiama particolarista e Jori scelta volta per volta o "al dettaglio". Per Schauer, come si è visto, il particolarismo può esplicarsi anche in presenza di una regola, qualora il decisore la tratti come un semplice filtro attraverso il quale risalire alla sua giustificazione sottostante, e adoperi come ragione quest'ultima, decidendo in maniera diversa da come avrebbe deciso se si fosse lasciato guidare dal solo tenore letterale della regola. Per Jori invece il ragionamento al dettaglio è quello che avviene in assenza di criteri generali preconfezionati (salvo quel che si dirà subito in tema di indeterminatezza). Semmai per lui è vero che una regola che includesse ad esempio la clausola *ceteris paribus* sarebbe da considerare solo come una buona ragione, non come una ragione conclusiva ed esclusiva: perché è la regola stessa che si autoqualificherebbe in tal modo[30].

D'altro canto Schauer converge con Jori nel trattare come in definitiva particolaristica la scelta compiuta sulla base di norme del tutto indeterminate: l'indeterminatezza del significato dello standard normativo equivale in sostanza a libertà di scelta delle ragioni in base a cui decidere. Per Jori l'indeterminatezza delle norme riduce, fino al limite ad annullarla, la distinzione tra tecnica formalistica e particolaristica[31]. Infine, i due autori vanno di conserva nel criticare chi nega o occulta questa libertà di scelta, nel criticare cioè la pretesa di poter sempre ricavare dalle parole adoperate nel testo delle regole argomenti univoci e risolutivi per ogni caso. Si usa parlare di formali-

[30] *Ivi*, 77.
[31] *Ivi*, 9.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

smo anche a questo proposito, ma in un senso radicalmente diverso, come *formalismo interpretativo*[32]. Per Jori sussiste un antagonismo tra il formalismo interpretativo, che è un'ideologia, e il formalismo pratico, che è una tecnica. Infatti, accreditando falsamente l'immagine di un interprete sempre asservito alle parole della legge, il formalismo interpretativo finisce per assecondarne la massima libertà, dato che favorisce l'evasione nascosta dai vincoli a suo carico rappresentati dalle tecniche di formalismo pratico.

Venendo ora a queste ultime, va detto che anche per Jori l'uso delle norme come strumenti di scelta pratica è tutt'altro che peculiare del diritto, essendo semmai una modalità di ragionamento, scelta e decisione comunissima in tutti gli ambiti della pratica. Nell'ambiente giuridico però il formalismo pratico si complica alquanto, si ramifica e si generalizza. Infatti, nel diritto non solo si sceglie in base a norme, ma le norme stesse sono scelte a loro volta in base a criteri standardizzati, ossia in base ad altre norme (metanorme): in poche parole, attraverso quelle che si usa chiamare fonti del diritto. Tali criteri sono essenzialmente di due tipi: contenutistici e (ulteriormente) formali. Da un lato, infatti, le norme possono essere selezionate in base al loro contenuto, ossia in quanto esso sia deducibile dal contenuto di una metanorma: è il caso del contenuto della sentenza che deve essere dedotto da quello della legge. Dall'altro lato, le norme possono essere selezionate in base a fattori estranei al loro contenuto, tipicamente in base al collegamento che viene istituito dal diritto medesimo tra esse e certe attività o accadimenti (procedure) e/o certi individui (competenze). È il caso per esempio delle norme di legge, che vengono scelte in base a criteri di procedura e di competenza fissati dai regolamenti parlamentari e dalla costituzione. In poche parole le norme in questo caso vengono create o poste o prodotte in base a

[32] *Ivi*, 25, 49. Questa espressione non è usata da Schauer, che parla anche in tal caso di formalismo tout court. In Rules and the Rule of Law, in Harvard Journal of Law & Public Policy, 14, 3, 1991, così riassume le sue tesi: «There exist two distinct forms of legal thought often designated as "formalistic". In the first, a decisionmaker reaches the result indicated by some legal rule, independent of that decisionmaker's own best judgment and independent of the result that might be reached by direct application of the justifications lying behind the rule. The second refers to a style of decisionmaking in which the decisionmaker denies having made a choice when in fact the decisionmaker did so. Formalism in this sense, treating as inexorable a decision that was in fact open, is ordinarily more deserving of opprobrium».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

certe procedure da organi competenti che, in quanto tali, funzionano da autorità giuridiche. È il pedigree di dworkiniana memoria[33].

Il ricorso a questi ultimi metodi formalistici si giustifica in via generale perché, tramite l'allocazione di poteri giuridici, consente di mettere la parola fine sulle dispute: sia su quelle intorno alla migliore scelta delle norme generali da adottare, sia su quelle intorno alla migliore applicazione di tali norme generali ai casi concreti[34]. Si tratta dunque di un'esigenza di certezza in senso lato.

Questo appare specialmente chiaro se si tiene conto del fatto che il formalismo deduttivo-contenutistico e quello delle competenze/procedure nel diritto si ritrovano di solito intrecciati in vario modo. Intanto, il diritto può stabilire che la deduzione di una norma dal contenuto della metanorma abbia valore giuridico solo se compiuta da certi individui dotati di competenza normativa, di solito con l'ausilio di certe procedure, e questo segna una limitazione della "libera ragion pratica" che opera tramite deduzioni di contenuto, cioè tramite un'operazione logica che chiunque è in grado di compiere, perché in questi casi avrà valore giuridico solo la norma dedotta dalle autorità competenti in base alle procedure previste, e avrà un tale valore anche qualora l'operazione di deduzione compiuta sia per qualche ragione difettosa (salvo impugnazioni, revisioni, dichiarazioni d'incostituzionalità ecc.: tutte a loro volta esplicazioni delle tecniche formalistiche). Qui l'esigenza di certezza, che porta a posporre antagoniste esigenze di giustizia sostanziale, equità e simili, balza in primo piano.

D'altro canto, però, le procedure e competenze possono essere usate anche per conferire a una qualche autorità giuridica poteri totalmente o parzialmente discrezionali. Questo si verifica allorché il titolare del potere decisionale non viene vincolato a produrre norme/decisioni dotate di contenuti normativi predeterminati oppure viene sì vincolato, ma in modo oltremodo indeterminato ("si operi nell'interesse generale" o simili). Ciò che può giustificare, anche se non sempre di fatto giustifica, questa concessione di discrezionalità è l'idea che il risultato che si vuole perseguire sia troppo indeterminato o variabile perché sia possibile/opportuno prescriverlo direttamente e nei dettagli, e che sia preferibile orientarne indirettamente il persegui-

[33] R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., 17 ss.

[34] M. Jori, *Formalismo giuridico*, in M. Jori, A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 1995, 125-126.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

mento usando le misure per così dire laterali delle competenze e delle procedure.

Dunque le regole, per Jori come per Schauer, sono strumenti di allocazione di poteri decisionali. Jori peraltro sottolinea che questa allocazione può essere modulata, operando sia nel senso di restringere sia nel senso di ampliare tali poteri, che sono in ogni caso ascritti ad autorità giuridiche tutte istituite e funzionanti secondo le tecniche del formalismo pratico.

Il diritto, dice Jori, è maggiormente colpito dalla critica di formalismo non perché sia l'ambito in cui queste tecniche vengono adoperate in via esclusiva: esse infatti sono in uso anche altrove, specie in alcune religioni istituzionalizzate e in certe organizzazioni politiche burocratiche. Nondimeno, il diritto è «il campo in cui questa tecnica ha avuto il suo massimo, sistematico e visibile sviluppo»[35]. Il fatto che la critica di formalismo assuma come bersaglio elettivo il diritto si spiega considerando che tali tecniche, in ambito giuridico, si presentano in maniera più accentuata, trasparente e pubblica; per esempio il ruolo decisionale delle autorità non viene occultato dietro una loro presunta infallibilità, come accade nella chiesa cattolica.

L'ordinamento giuridico può essere dunque concepito come un insieme di norme e metanorme connesse fra loro tramite l'uso delle varie tecniche formalistiche sopra indicate. Se visto in questo modo, esso per Jori si presenta dunque come un meccanismo di giustificazione di scelte d'azione, una enorme e complicatissima macchina mentale che guida al compimento di scelte all'ingrosso, naturalmente chi accetti di farsi guidare da esso[36]. Questa è la prospettiva da cui lo trattano i giuristi che in prevalenza ragionano e decidono formalisticamente e giustificano le proprie scelte richiamandosi appunto a norme e metanorme; nella veste di produttori di "scienza giuridica", poi, i

[35] *Ivi*, 125.

[36] Due precisazioni. In primo luogo, la teoria di Jori non comporta che ogni diritto sia *un* (e un solo) ordinamento in cui tutte le norme e le metanorme siano riconducibili a un unico criterio giustificativo ultimo. In secondo luogo, il fatto che egli parli di meccanismo *mentale* può suggerire che vi sia da parte sua un approccio psicologistico al ragionamento giuridico. Ma questo sarebbe sbagliato, e anzi questo è un punto che segna un forte distacco rispetto a Schauer. Le ragioni per Jori non coincidono coi motivi psicologici bensì sono delle astrazioni semantiche che prescindono da qualsivoglia influenza effettiva sulla psiche delle persone. (cfr. M. Jori, *Il formalismo giuridico*, cit., 86 ss.; cfr. invece F. Schauer, *Playing by the Rules*, cit., 51 s., 112 ss.)

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

giuristi elaborano descrizioni di questo meccanismo decisionale in cui ne illustrano, ripercorrendoli, gli aspetti selettivi e le concatenazioni normative. Questo non significa però che la attività della dottrina e della pratica del diritto per Jori abbia un ruolo solo notarile, come vedremo fra poco.

Osserva Jori, in conclusione, che «in ispecie il diritto contemporaneo e moderno è determinato non solo da ciò che contiene, ma anche da ciò che esclude, dal fatto di essere un sistema chiuso di giustificazioni (normative); dal fatto che qualunque argomento a favore di una qualunque scelta d'azione non viene assunto nel diritto senz'altro in base ai suoi meriti (comunque essi siano misurati) ma solo se risponde ai criteri di accesso nell'ordinamento giuridico»[37]. È la tesi che, come si è detto, Schauer chiama del *limited domain*; in base ad essa, non tutte le fonti, le norme, gli argomenti socialmente spendibili lo sono anche nel diritto, ma solo quelli che il diritto stesso ammette come tali. Il diritto, insomma, funziona come meccanismo di ragionamento scelta e decisione basato sulla selezione delle ragioni ammesse e sull'esclusione di tutte le altre.

Tuttavia, come abbiamo visto, nel caso di Schauer l'idea del giuspositivismo presuntivo serve ad attenuare l'isolamento sistemico del diritto, dato che in certi casi sia pure eccezionali sarà possibile sconfinare dal *limited domain*, ossia accantonare gli argomenti che il diritto considera rilevanti in favore di altri ad esso esterni[38]. In questo la teoria di Schauer parrebbe più attrezzata di quella di Jori a dar conto della realtà dei diritti contemporanei, perlomeno se ci si basa sul modo in cui quest'ultima è raffigurata da molti teorici del diritto odierni, da Dworkin in avanti. Infatti la teoria di Jori sembra invocare un'esclusività delle norme-ragioni (ricordiamoci il suo richiamo a Raz) e una chiusura del diritto che paiono ormai caratteristiche obsolete, non più adeguate a render conto della realtà dei diritti costituzionalizzati.

Nondimeno, anche il ramoscello d'ulivo che Schauer porge a Dworkin sotto forma di giuspositivismo presuntivo potrebbe essere

[37] M. Jori, *Formalismo giuridico*, cit., 125.

[38] Ma non necessariamente morali: il non-giuridico infatti non coincide con la morale. Schauer si mostra apprezzabilmente refrattario all'ossessione nefasta della odierna teoria giuridica angloamericana per i rapporti tra diritto e morale (Id., *Playing by the Rules*, cit., 198). Lo stesso vale a maggior ragione per quel che concerne Jori: cfr. M. Jori, *Del diritto inesistente*, ETS, Pisa, 2010, 91.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

considerato una concessione ancora troppo timida alla luce degli sviluppi del diritto contemporaneo, del ruolo sempre più centrale giocato in essi dalle costituzioni e da principi, espliciti e impliciti, che grondano di valori morali: tutti elementi che sembrano rintuzzare ogni pretesa di esclusività delle ragioni giuridiche e di *limited domain*, e paiono aprire il giurista a orizzonti argomentativi più vasti e al contempo più duttili. Più precisamente, gli ordinamenti occidentali, tramite i principi, i diritti e la menzione di grandi valori come la libertà, l'uguaglianza e la dignità umana, avrebbero immerso, in maniera che viene prospettata come irreversibile, il diritto nella morale, o addirittura nella Morale, intesa come serbatoio sia di contenuti precettivi, sia di metodi di ragionamento (in primis ragionevolezza, ponderazione, proporzionalità). Di contro, l'immagine offerta da Schauer è quella di un giurista ancora fortemente tenuto in riga dalle norme, che ne controllano la libertà decisionale anche quando la concedono ossia anche quando lo autorizzano a trascendere le norme medesime per attingere a criteri esterni ad esse e forse esterni allo stesso diritto[39].

Pertanto ambedue le teorie del formalismo giuridico potrebbero essere catalogate come espressioni di un pensiero giuridico (veteropositivismo?) ormai superato dalla storia e dalla cultura giuridica, le quali avrebbero decretato l'operatività anche nel diritto di una ragion pratica libera da condizionamenti formalistici, che tratta le regole come mere ragioni, eventualmente ragioni buone o perfino pesanti ma non invincibili e sempre soppesabili e accantonabili al fine di ottenere la risposta corretta alle questioni giuridiche.

4. *Il testo, il contesto, gli interpreti.* – Prima di passare ai temi indicati poc'anzi è necessario partire da una considerazione generale sulle teorie di Jori e di Schauer. Tra di esse c'è una evidente somiglianza di famiglia non solo per come raffigurano le scelte basate su norme e la loro centralità nel diritto, ma anche perché, sul piano del metodo, sono entrambe animate dall'intento precipuo di descrivere

[39] Si è detto sopra (nota 5) che però questa è solo un'interpretazione possibile delle tesi di Schauer il quale, alla resa dei conti, sembra affidare la questione del *limited domain* e dei confini del diritto agli atteggiamenti psicologici e alle pratiche prevalenti, dimenticando che non è possibile neppure incominciare a identificare questi fattori senza tenere conto delle regole metodologiche che reggono le pratiche giuridiche.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

l'effettivo modo di operare dei giuristi[40]. Nondimeno, esiste una discrepanza fondamentale tra le due prospettive che è bene segnalare subito, anche se le sue implicazioni saranno evidenziate più oltre. Quella di Jori si presenta infatti come una teoria generale del diritto – e più precisamente una teoria generale dell'ordinamento/ragionamento giuridico – che mira a dar conto, se non di ogni diritto passato presente e futuro, almeno del diritto occidentale storicamente noto, anche se spesso fa speciale riferimento ai diritti moderni e contemporanei, diciamo dal diritto napoleonico in avanti[41]. Quella di Schauer si presenta invece come una teoria generale delle norme – del ragionamento basato su norme – che, in quanto tale, tiene abbastanza in sordina la dimensione ordinamentale e nomodinamica del diritto e che in ogni caso mira dichiaratamente a dar conto solo di un certo tipo di ambiente giuridico, come quello nordamericano contemporaneo, ispirato nella sua struttura organizzativa ai principi del *rule of law*.

Sotto questa differenza di impostazione generale si annida però secondo me anche una divergenza significativa nel modo stesso di intendere il formalismo giuridico come tecnica di ragionamento basato su norme. Tale divergenza riguarda il modo di intendere le caratteristiche del vincolo al ragionamento pratico che opera con le regole, ossia i fattori da cui dipende la sua sussistenza e la sua operatività.

Dire che i giuristi, quando decidono e giustificano le loro decisioni, sono vincolati dalle norme giuridiche è un'ovvietà lapalissiana. Ma da che cosa ricaviamo che lo siano in via esclusiva, vale a dire che non siano liberi di accantonare a loro piacimento le norme rilevanti per giungere alla soluzione migliore sulla base di argomenti liberamente prescelti? Insomma, da che cosa ricaviamo che le norme giuridiche siano ragioni *esclusive*, come ritiene Jori e come ritiene anche Schauer, sia pure lasciandosi aperta la via di fuga del giuspositivismo presuntivo?

Abbiamo visto che Schauer, oltre al significato letterale e alle comprensioni condivise, menziona come fonte di esclusività del vincolo normativo la presenza di un testo canonico nel quale le regole possono essere espresse. A me pare che con questa indicazione egli se-

[40] Scavando un po' più a fondo credo si troverebbero, però, divergenze notevoli sul modo stesso di concepire la metagiurisprudenza descrittiva da parte dei due autori. Non posso qui approfondire questo punto.

[41] M. Jori, *Il formalismo giuridico*, cit., spec. 35 ss.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

gnali un elemento importante, in realtà un aspetto del diritto talmente radicato e pervasivo da risultare ormai pressoché invisibile. Ma occorre approfondire il punto con l'ausilio della teoria del formalismo pratico di Jori.

Intanto si tratta di chiarire la nozione di testo canonico o ufficiale. L'autore statunitense usa questa nozione per riferirsi in generale a qualunque testo normativo dotato di formulazione fissa, come per esempio il solito cartello "vietato l'ingresso ai cani" affisso alla porta dei ristoranti. Questo però è un senso troppo ampio, specialmente perché è inadatto a marcare la differenza tra una regola la cui formulazione sia protetta e una regola alla quale, diciamo così, capiti di essere espressa tramite una certa stringa di parole che vengono mantenute invariate per ragioni di comodità, certezza, fruibilità intersoggettiva o simili, ma che potrebbe essere espressa con parole diverse senza che ne discenda alcuna conseguenza significativa, beninteso a patto che le due formulazioni siano sinonime[42]. La nozione di testo canonico acquista infatti una sua specificità e un suo interesse solo laddove sia riferita a un testo la cui formulazione è appunto protetta o blindata, ossia è tale da non poter essere modificata neppure per renderla più fruibile, chiara ecc., tranne che nell'esercizio di un potere normativo predisposto a tal fine[43]. Questo è il senso in cui parla di testo canonico Jori: come prodotto, appunto, dell'uso delle tecniche formalistiche delle competenze e delle procedure, e prodotto non manipolabile tranne che col ricorso alle medesime tecniche formalistiche, naturalmente ove ciò sia previsto dal diritto[44]. Nel quadro tracciato da Jori, il testo canonico è dunque legato a doppia mandata alle tecniche del formalismo pratico.

Ci sono vari fattori che possono spiegare perché i contenuti normativi vengano incapsulati in testi dotati di tali caratteristiche: il te-

[42] Pensiamo al cartello che talvolta si trova affisso all'ingresso dei ristoranti con la scritta "noi non possiamo entrare" accompagnata dal disegno di un cane. Nel diritto si potrebbe pensare alle raccolte degli usi e delle consuetudini commerciali curate in Italia dalle Camere di Commercio.

[43] Cfr. V. Crisafulli, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Giuffrè, Milano, 1964, 195 ss.: «…quel che contraddistingue la disposizione vera e propria […] è che, qui, la formulazione precede e condiziona la norma, ponendosi come dichiarazione vincolante ed insostituibile (ed in questo senso costitutiva) della norma, anche se di rado sia di per sé sufficiente a determinarne per intero ed univocamente il significato storicamente attuale».

[44] M. Jori, *Il formalismo giuridico*, cit., 25 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

sto canonico è un modo abbastanza affidabile per segnalare la provenienza della norma da una certa autorità giuridica; esso inoltre garantisce la fruibilità dei suoi contenuti normativi a pari titolo da parte di utenti distanti nel tempo e nello spazio e la persistenza di tali contenuti, almeno fintantoché una qualche autorità competente decida di modificarlo o di eliminarlo; il testo (o meglio la sua pubblicazione) funge inoltre da indicatore del momento esatto dell'entrata in vigore di certi contenuti normativi.

Ma la funzione pragmatica eminente del testo canonico, la sua basilare ragion d'essere, non è di mera comodità o fruibilità bensì è proprio quella di sancire l'esclusività dei contenuti normativi che esso esprime[45]. Per dirla altrimenti, il testo canonico ha un senso solo se si presuppone che il diritto che lo usa prescriva di cercare in esso e solo in esso i contenuti giuridici in base ai quali compiere le scelte pratiche e giustificarle. È una banalità ma proprio per questo va ricordata. Che un testo sia blindato e protetto vuol dire in sostanza "si deve fare proprio com'è scritto qui", e del resto la formula della promulgazione delle leggi esprime essenzialmente quest'idea, benché in maniera un po' più solenne. Questa idea, da quando i testi giuridici hanno cominciato a staccarsi dai loro autori[46] e ad essere protetti attraverso tecniche formalistiche è diventata un elemento fondamentale della pragmatica del diritto, oltre ad essere un prerequisito imprescindibile delle organizzazioni giuridiche che si imperniano sull'idea dello stato di diritto[47]. Nel diritto, specie moderno e contemporaneo, questa modalità d'uso delle tecniche formalistiche è talmente radicata e pervasiva da non suscitare più la minima attenzione. Tutti, giuristi e profani, usano quotidianamente espressioni come "la legge dice", "le parole della legge", "il testo di legge" ecc., che possono avere senso solo in questo quadro. Anche nel diritto costituzionalizzato, che viene sovente presentato come il trionfo dei contenuti sulle forme giuridi-

[45] M. Barberis, *Manuale di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011, 145-6, parla della formulazione canonica delle regole come istitutiva di una presunzione di indefettibilità. Cfr. anche M. Barberis, *On Canonically Formulated Norms*, cit., 191.

[46] V. le fini considerazioni di E. Conte, *La fuerza del texto. Casuística y categorías del derecho medieval*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2016, spec. 37 ss., che illustra come la stabilizzazione del testo normativo, legata alla riscoperta del *Corpus Iuris* nel XII secolo, fu preparata nel V e VI secolo dal Codice di Teodosio II e dalla compilazione di Giustiniano.

[47] M. Jori, *Interpretazione e creatività: il caso della specialità*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, ETS, Pisa, 2009, 218-9.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

che, la tecnica formalistica della canonizzazione dei testi trova conferma e piena applicazione: nel momento in cui la costituzione non viene più affidata a regole consuetudinarie che sanciscono i costumi e le leggi fondamentali, ma diviene Costituzione ossia testo a sua volta protetto e talora non più modificabile con mezzi giuridici.

In conclusione è certamente troppo rapido e impreciso dire, come fa Schauer, che sono le loro formulazioni a rendere le regole trincerate. In primo luogo, non si dovrebbe genericamente parlare di formulazioni, ma di formulazioni linguistiche scritte qualificate, elevate a testi ufficiali. In secondo luogo, non sono le formulazioni in sé considerate a produrre questo risultato, ma il valore giuridico che viene ad esse attribuito dal diritto medesimo tramite le tecniche formalistiche.

Il diritto pretende dunque un controllo dell'esclusività delle sue norme e della rigidità dei suoi confini, e cerca di ottenere questo risultato in specie tramite l'uso di testi canonici[48]. È bene però sottolineare che questo controllo può manifestarsi non solo nella direzione della chiusura, ma anche nella direzione dell'apertura: in altri termini, esso si presenta come un controllo di secondo grado della gestione di tali confini. Nella prima direzione operano la minuziosa regolamentazione delle fonti ammesse e delle norme da esse ricavabili, tutte di solito nei diritti moderni incorporate in testi canonici ossia protetti (tra questi, sia detto per inciso, vanno computati anche i provvedimenti giurisdizionali). Nei diritti occidentali moderni troviamo anche ulteriori espliciti rafforzamenti di questa esclusività, come avviene in modo diretto col principio di tassatività delle norme penali incriminatrici, e in modo indiretto con le riserve di legge e con la separazione dei poteri (i giudici sono soggetti *solo* alla legge); altri elementi che operano in questa direzione sono la previsione di una gerarchia delle fonti e di metanorme sull'interpretazione nonché di altre tecniche miranti a vincolare la libertà dell'interprete, quali le definizioni e le norme interpretative. Di contro, accanto a questo genere di norme e metanorme se ne incontrano altre che palesemente

[48] Com'è ovvio, affermare che il diritto pretende qualcosa è nient'altro che una prosopopea. Poiché oggi va di moda attribuire al diritto pretese di ogni tipo (che, guarda caso, coincidono sempre miracolosamente con le idee del teorico di turno), mi sono presa anch'io la licenza di attribuirne ad esso una. Come spero risulti chiaro dal testo, il mio è però solo un modo stringato per indicare certe caratteristiche pragmatiche del diritto.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

operano nella direzione opposta, dell'apertura: ossia che autorizzano o prescrivono di guardare al di là dei materiali giuridici contenuti nei testi per cercare le fonti o i contenuti delle decisioni (pensiamo alle clausole generali) o che prescrivono di considerare la norma applicabile come una mera buona ragione (la sopra ricordata clausola *ceteris paribus*); lo stesso risultato, come anche si è già detto, può essere perseguito tramite regole formulate in modo notevolmente vago o generico o ancora tramite il conferimento di discrezionalità in bianco. Da ciò risulta che, in definitiva, la questione del grado di esclusività e di limitatezza del *limited domain* del diritto non può essere affrontata guardando alla norma singola. Non si può prescindere da una prospettiva sistemica e pragmatica oltre che da un esame dei contenuti effettivi degli specifici ordinamenti giuridici.

Beninteso, quanto sopra lascia apertissimo il problema se esclusività e chiusura siano o meno una buona idea, e specialmente non dice alcunché su quale tasso di successo operativo questa pretesa del diritto, di gestire in via esclusiva i propri contenuti e i propri confini, possa avere agli occhi dei giuristi e di ogni altro suo utente.

Questa è infatti solo una parte assai limitata del quadro, che deve essere completato tenendo conto degli atteggiamenti degli interpreti, specie di quelli autorizzati perché dotati di autorità giuridica, con cui le determinazioni interne e i vincoli fissati da un diritto devono fare i conti. Sarebbe infatti semplicistico ritenere che la pretesa di controllo in via esclusiva da parte del diritto degli argomenti da cui ricavare le decisioni giuridiche si autorealizzi. Questa è anzi la classica raffigurazione ideologica che i giuristi amano fornire della loro attività, allorché la presentano come interamente eterodiretta dai testi e quindi dai loro autori.

In realtà, come sappiamo, i testi, anche se ufficiali, non si interpretano e applicano da soli, anche se ciò non significa che essi siano dei gusci vuoti. Jori a tal proposito osserva: «affidarsi a delle parole provenienti da una autorità […] per controllare le più importanti azioni sociali, vuol dire […] accettare di sostituire la nostra intuizione di ciò che è giusto con la nostra intuizione linguistica; nella speranza, credo fondata, che la seconda sia meno soggettiva incerta e variabile della prima»[49]. Per sottoscrivere questa idea occorre naturalmente es-

[49] M. Jori, *La cicala e la formica*, in L. Gianformaggio (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino, 1993, 117.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

sere convinti che i testi giuridici possano avere un significato in certa misura precostituito a, e relativamente indipendente da, le singole occasioni d'uso. Sia Jori che Schauer condividono indubbiamente questa prospettiva, richiamandosi ambedue a Hart; la declinano però in modi differenti.

L'approccio di Schauer al formalismo, come ho ricordato nel § 2, si focalizza sull'opposizione tra lettera e spirito della legge. Il filosofo americano fa abbondante uso della nozione di significato letterale, raffigurandolo come qualcosa che prescinde sempre da considerazioni esterne al testo, in particolare dalle giustificazioni dei contenuti normativi in esso incapsulati. Egli inoltre sembra ritenere che, qualora un significato letterale vi sia, esso rappresenti la base normale, necessaria e sufficiente, per giustificare le decisioni giuridiche, salvo casi eccezionali. Certo, egli prende in considerazione l'eventualità che, quando una formulazione normativa sia indeterminata, per selezionare tra i molteplici suoi possibili significati si faccia ricorso a considerazioni relative allo scopo della norma; aggiunge inoltre che un *legal environment* potrebbe attribuire agli organi decisionali il potere di guardare anche o solo alla giustificazione soggiacente alle regole oppure a fattori esterni ad esse e, parrebbe, al diritto medesimo[50]. Ma in definitiva il formalismo nel senso da lui inteso parrebbe funzionare nei soli casi in cui il ragionamento dei decisori è guidato dal significato letterale delle disposizioni normative[51]. Però in questo modo mi sembra che egli commetta l'errore di identificare la tecnica formalistica con un particolare approccio all'interpretazione o, se si vuole, con una specifica "teoria" dell'interpretazione, quella che nell'ambiente giuridico da cui proviene viene chiamata testualismo e che ha avuto come suo massimo alfiere il giudice Scalia[52]. Si capisce perciò la ragione per cui egli tratta il formalismo come intimamente legato alla stretta legalità, obiettivo a suo avviso perseguibile solo a patto che l'interprete rimanga vincolato al significato letterale dei testi.

[50] F. Schauer, *Playing by the Rules*, cit., 214. Per una critica all'ambiguità della nozione di *legal environment* cfr. F. Atria, *On Law and Legal Reasoning*, Hart Publ., Portland, 2001, 115 ss.

[51] Cfr. S. Zorzetto, *The Language of Legal Rules. Some notes about Plain-Meaning in Law*, in *L'Ircocervo*, 1, 2013.

[52] Cfr. A. Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, in *The University of Chicago Law Review*, 56, 4, 1989, 1175-88; Id., *A Matter of Interpretation*, Princeton U.P., Princeton, 1997.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Quello di Schauer è però un approccio da un lato problematico, dall'altro lato troppo esigente. È problematico tanto quanto la nozione stessa di significato letterale che, lungi dall'essere un dato semantico univocamente caratterizzabile, è semmai l'etichetta di un problema semiotico oltremodo controverso. Di recente Claudio Luzzati ha elencato, e solo a titolo esemplificativo, ben sedici differenti nozioni di significato letterale[53]. Il fatto che nell'economia del discorso di Schauer il significato letterale sia presentato in costante opposizione alla giustificazione delle regole aiuta indubbiamente a circoscrivere la portata di questa nozione, ma non dissipa i dubbi intorno ad essa perché, come è ben noto, anche la nozione di giustificazione di una regola è tutt'altro che pacifica.

Quello di Schauer è poi un approccio troppo esigente, perché comporta che non si possa mai parlare di decisione in base a regole e di formalismo qualora un significato letterale, comunque inteso, non vi sia, oppure il decisore non si attenga strettamente ad esso (pur attenendosi, poniamo, a un orientamento interpretativo del tutto consolidato e pacifico). Ma sappiamo che questo avviene costantemente e che del resto l'interpretazione non può funzionare senza il ricorso a fattori estranei al testo, a elementi contestuali sia linguistici che extralinguistici. Sappiamo bene inoltre che fa parte del senso comune di ogni giurista e del modo consueto di ragionare nel diritto l'idea che il risultato interpretativo, pur ottenuto con la più stretta fedeltà al testo, debba come minimo rispettare certe condizioni quali la non assurdità (argomento apagogico), la non inutilità (argomento economico), la non contraddittorietà, la non incongruenza con altre parti del diritto o con l'intero sistema, e via dicendo.

Questo approccio troppo esigente si spiega probabilmente, oltre che con la sopravvalutazione del significato letterale di cui s'è detto, con l'ambizione di Schauer di voler produrre una teoria del ragionamento normativo di portata generalissima, ciò che lo porta a sottovalutare le specificità dell'ambiente giuridico. In primo luogo, egli sottovaluta il carattere sistemico del diritto e quindi il fatto che il giurista, a differenza del cliente di un ristorante con cane al seguito, per giungere alla propria decisione non concentra mai la sua attenzione su frammenti di testi normativi visti in isolamento, ma esamina, anzi

[53] C. Luzzati, *Del giurista interprete. Linguaggio, tecniche, dottrine*, Giappichelli, Torino, 2016, 268 ss. V. altresì V. Velluzzi (a cura di), *Significato letterale ed interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2000.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

deve sempre esaminare, porzioni più o meno ampie del materiale giuridico, a partire dalle fonti che rendono giuridico il testo prima facie rilevante per la decisione del caso. In secondo luogo egli sottovaluta la circostanza che nel diritto l'aspirazione al controllo semiotico totale delle operazioni dei giuristi da parte del legislatore deve fare i conti con una varietà di fattori che la ostacolano e che premono in direzione opposta. Questi sono certamente fattori di carattere semantico – classicamente, l'indeterminatezza dei testi giuridici – tema sul quale Schauer giunge, mi pare, a conclusioni sostanzialmente hartiane, come del resto Jori. Ma sono anche e specialmente fattori di carattere pragmatico, aventi a che fare col ruolo delle varie autorità, e non solo del legislatore, nella gestione del linguaggio giuridico e con l'ambiente conflittuale in cui tale gestione ha luogo.

Jori, dal canto suo, non lega le sorti del formalismo pratico a una specifica teoria o tecnica dell'interpretazione. Semmai le collega a una concezione della pragmatica giuridica in cui il linguaggio del diritto viene caratterizzato come un *linguaggio amministrato*, ossia controllato e gestito (tramite le varie tecniche formalistiche), ma non dal legislatore in via esclusiva bensì anche dalle altre autorità giuridiche, in specie com'è ovvio dai giudici[54]. Jori non manca inoltre di ricordarci che tale linguaggio è altresì fortemente influenzato, almeno nel mondo continentale, dalle idee degli interpreti dotati di sola autorevolezza – la giurisprudenza dottrinale. Da parte di tutti costoro non c'è mai una recezione solo passiva del contenuto dei testi, che sarebbe comunque impossibile anche solo per ragioni semantiche.

La teoria del formalismo giuridico proposta da Jori è una teoria del vincolo rappresentato per i giuristi dalle norme che già tiene conto dei limiti in cui questo può operare. Tali limiti non dipendono solo dalle caratteristiche semantiche del linguaggio giuridico che, attingendo in prevalenza dal linguaggio ordinario, ne eredita tutte le incertezze di significato. Essi sono anche e specialmente limiti che dipendono dalla pragmatica del linguaggio giuridico, che è quella di un linguaggio fatto per consentire di raggiungere soluzioni univoche ma impossibilitato a raggiungerle sempre e in ogni caso. Questa impossibilità dipende dall'ambiente conflittuale in cui il diritto opera.

Jori ci insegna che è ragionevole riporre una certa fiducia nella

[54] M. Jori, *Legal Pragmatics*, in A. Capone, F. Poggi (eds), *Pragmatics and Law. Philosophical Perspectives*, Springer, Dordrecht, 2016, 56 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

univocità dei testi normativi[55], senza per questo ricadere nel *noble dream* stigmatizzato da Hart[56], il nobile sogno dworkiniano della giusta risposta, ma che tale fiducia va inquadrata in una semiotica realistica del linguaggio giuridico, ossia in una semiotica consapevole dei suoi limiti in termini di rigore e di calcolabilità – limiti che rendono appunto necessaria l'amministrazione di questo linguaggio anche da autorità altre che non il solo legislatore, pur sempre tuttavia con l'uso delle tecniche del formalismo pratico.

La necessità di amministrare il linguaggio giuridico, per Jori, discende dalla sua incapacità di autoregolarsi spontaneamente, poiché manca da parte di tutti i partecipanti all'impresa giuridica, ivi compresi i cittadini comuni, una spontanea convergenza intorno a scopi condivisi. Viceversa, l'ambiente giuridico è dominato da conflitti acuti di valori e di interessi, che rendono per lo più impossibile una soluzione algoritmica delle questioni giuridiche in base a un metodo unanimemente condiviso. Questo spiega come mai la pretesa di controllo in via esclusiva del linguaggio giuridico da parte del legislatore, anche negli ordinamenti giuridici moderni e contemporanei in cui si manifesta nel modo più palese e pervasivo, debba fare i conti con le spinte in direzione opposta che provengono dalle altre autorità giuridiche le quali, nel momento in cui decidono sulle questioni giuridiche sostanziali, prenderanno decisioni anche sul linguaggio giuridico che pretende di orientarle. Perciò nulla garantisce che tali decisioni siano precisamente quelle che il legislatore ha voluto predeterminare.

In un contesto pragmatico come quello raffigurato da Jori, i vincoli normativi discendenti dalle fonti del diritto e dalle norme generali e incapsulati nei testi canonici non potranno perciò mai essere una questione di tutto o niente, bensì sempre una questione di più o di meno. E questo non perché la presunzione di esclusività delle norme sia cedevole in casi più o meno eccezionali, ma perché il potere semiotico del legislatore è sempre in concorrenza con quello de-

[55] M. Jori, *A partire da un libro di Aurelio Gentili, osservazioni su interpretazione, metagiurisprudenza, argomentazione come discorso e su quello che fanno o dovrebbero fare i giuristi*, in *Diritto&Questioni Pubbliche*, 14, 2014, 268: «la pratica giuridica si fonda sul fatto che diamo continuamente interpretazioni non arbitrarie».

[56] H.L.A. Hart, *American Jurisprudence through English Eyes: the Nightmare and the Noble Dream*, in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

tenuto dalle altre autorità giuridiche nonché fortemente condizionato dalle idee circolanti nella cultura giuridica.

5. *Formalismo pratico e stato costituzionale di diritto.* – Cerchiamo di tirare le fila dal discorso precedente. Il diritto, ossia il legislatore ordinario (e quello costituzionale) pretende esclusività e aspira a un *limited domain*, e l'indicatore e il veicolo più emblematico di questa pretesa sta nell'uso massiccio delle tecniche formalistiche finalizzate a incapsulare i contenuti giuridici in testi canonici. Il diritto insomma aspira a un controllo totale delle operazioni di applicazione delle sue norme generali o meglio aspira a un metacontrollo, che può esplicarsi tanto nella direzione del vincolo quanto in quella della concessione di spazi di libertà decisionale più o meno ampi. Questa aspirazione deve tuttavia fare i conti con le spinte che operano in direzione opposta da parte degli organi dell'applicazione, che spesso tendono a evadere anche dai vincoli legislativi del tutto chiari – e questo per i motivi più svariati di carattere ideologico, d'interesse, o per l'aspirazione a giungere alla soluzione che viene percepita come più appropriata, più giusta ecc. Hanno insomma interesse ad accrescere le proprie quote di potere decisionale anche attraverso la gestione e manipolazione del linguaggio legislativo. Le vie di fuga sono molteplici. Esse sono certo favorite dalla cattiva legislazione, ma sono comunque ineliminabili data l'inevitabile indeterminatezza del linguaggio giuridico e l'impossibilità pragmatica di congegnare metodi interpretativi sufficientemente rigorosi e tali da garantire risultati univoci in ogni caso.

Dunque operazioni come quelle che oggi vengono designate con l'espressione *defeasibility* sono possibili, frequenti e certamente non inedite. Se non se ne è convinti è sufficiente richiamare la vecchia, ma sempre in auge, teorica dell'abuso del diritto, che non è nient'altro che una giustificazione su larga scala del trattamento come *defeasible* di interi settori del diritto[57]. Quel che più importa, sono ope-

[57] Non per nulla tra i teorici del diritto più risoluti nel sostenere l'inerente *defeasibility* delle norme giuridiche vi sono gli autori di *Illicitos atipicos* (Trotta, Madrid, 2000), Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, dei quali si veda *Rules, Principles, and Defeasibility*, in J. Ferrer Beltràn, G.B Ratti (eds), *op. cit*. Dell'immensa letteratura sull'abuso del diritto mi limito a citare V. Velluzzi (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, ETS, Pisa, 2012 e Id., *L'abuso del diritto dalla prospettiva della filosofia giuridica*, in G. Visintini (a cura di), *L'abuso del diritto*, ESI, Napoli, 2016.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

razioni che i giuristi possono compiere senza necessità di scomodare la morale, la giustizia o l'equità, senza la necessità di invocare cioè materiali estranei a quelli indisputabilmente giuridici. L'arsenale di cui costoro dispongono è infatti abbastanza capiente e tale da consentire loro di ricondurre anche decisioni alquanto creative sotto l'ombrello giustificativo del diritto vigente – e la costituzionalizzazione del diritto, lungi dal restringerla, ha determinato una notevole espansione di questa libertà. Così, è sufficiente far leva su espressioni vaghe o formulazioni generiche, oppure "trovare" nell'ordinamento un principio giuridico implicito, meglio se già in circolazione nella cultura giuridica, o assumere di poter ricavare da una disposizione costituzionale argomenti in favore di un'eccezione implicita a una regola che testualmente non la preveda. Non c'è bisogno di far ricorso ad argomenti direttamente morali (ma anche economici, d'interesse ecc.), cosa che sembra del resto accadere di rado, almeno nelle corti continentali.

Il problema non è se queste operazioni siano nuove o inedite (non lo sono affatto), ma è quello per così dire quantitativo della loro frequenza e specialmente quello per così dire qualitativo del livello su cui si collocano all'interno dell'ordinamento le norme e le fonti così manipolate.

Ora, lo stato costituzionale di diritto rappresenta senza dubbio una novità storico-politica la cui portata difficilmente può essere sopravvalutata. Dal punto di vista teorico-giuridico, però, esso è il risultato inedito di una combinazione di elementi che non sono affatto inediti e che, per quel che più ci interessa, possono essere analizzati interamente in termini di formalismo pratico nel senso inteso da Jori. I meccanismi basilari sono infatti sempre gli stessi: da un lato abbiamo la predeterminazione, tramite norme generali, del contenuto delle scelte giuridiche, che nello stato costituzionale investe anche quelle del potere legislativo; dall'altro lato abbiamo l'affidamento della applicazione di queste scelte ai singoli casi e del controllo della loro correttezza ad autorità giuridiche, tra le quali, ecco l'altra novità, spiccano le corti costituzionali. Ciò che semmai cambia nello stato costituzionale di diritto è il dosaggio rispettivo di queste tecniche, e in particolare il fatto che, a fronte di una relativa determinatezza delle competenze degli organi giuridici, delle procedure che li identificano e che ne regolano l'esercizio dei poteri, i vincoli contenutistici posti a livello apicale dell'ordinamento, nel testo costituzionale, si presentano come fortemente diluiti, controversi e quindi scarsamente co-

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

genti e risolutivi. La costituzione, analizzata in termini di formalismo pratico, ha infatti certamente introdotto dei vincoli di contenuto anche a carico del legislatore ma, data la loro esilità, lo ha fatto al prezzo di un inevitabile enorme ampliamento dei poteri semiotici degli organi dell'applicazione e dell'organo di controllo della legittimità costituzionale delle leggi. Insomma, il grosso dei poteri di amministrazione del linguaggio giuridico si è oggi spostato dalla legislazione alla giurisdizione, ordinaria e costituzionale[58].

Tali considerazioni a me paiono ovvie, ma c'è una fortissima resistenza da parte della teoria del diritto a prendere atto della nuova realtà: che sarebbe il primo passo per cominciare a discutere realisticamente dei suoi vantaggi, degli inconvenienti, nonché dei possibili rimedi a questi ultimi.

Oggi ad esempio è molto diffusa, in varie declinazioni, l'idea che sia il diritto costituzionalizzato medesimo a incorporare e a imporre ai propri utenti nuove, peculiari e più aperte modalità di ragionamento e decisione. È il diritto costituzionalizzato medesimo che imporrebbe ai giuristi di ragionare moralmente, è la stessa Costituzione che avrebbe ormai incorporato e quindi reso vincolanti i dettami della ragion pratica (quali che essi siano)[59], sono i principi costituzionali ad aver fatto del diritto il luogo della argomentazione ragionevole, mite e aperta[60]. Invero, c'è una tendenza irresistibile dei teorici contemporanei del diritto a presentare le proprie conclusioni come imposte dalla natura stessa della cosa giuridica[61].

Il caso della *defeasibility* è emblematico di questa tendenza: tramite tale termine/concetto oggi tanto alla moda si cerca di contrab-

[58] Va qui almeno menzionato un altro fenomeno da cui discende un ulteriore depauperamento dei poteri semiotici dell'organo legislativo: mi riferisco al proliferare di agenzie governative e autorità indipendenti con competenze settoriali (corruzione, concorrenza, privacy ecc.) e funzioni ibride, normative-amministrative-giurisdizionali.

[59] M. La Torre, *Constitutionalism and Legal Reasoning. A New Paradigm for the Concept of Law*, Springer, Dordrecht, 2007, 72, così riassume le idee di Alexy e Dworkin: «It is very important to stress that the substantive limitations imposed on legal discourse, drawn from the practice of discourse in general, are according to Alexy – as is the case according to Dworkin – embedded in the *constitution* of the democratic State» (corsivo dell'autore).

[60] Cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992.

[61] C. Luzzati, *Prìncipi e princìpi*, 40, al riguardo parla di «travestimento oggettuale delle scelte metodologiche».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

bandare, presentandole come necessitate perché dipendenti dalla stessa struttura logico-semantica delle norme giuridiche, operazioni sulle norme che sono al più solo possibili e, in un quadro di stretta legalità, non sarebbero neppure possibili bensì illegittime. In realtà, quella della presunta inerente *defeasibility* delle norme giuridiche è una tesi ideologica che, presentandosi come descrizione di certe caratteristiche "oggettive" delle norme, serve a massimizzare, mascherandola, la libertà degli interpreti e a depotenziare drasticamente i vincoli introdotti dai testi giuridici[62]. In poche parole, è solo un paravento utile a nascondere l'opzione ideologica in favore di una giurisprudenza dalle mani libere. O, per meglio dire, dalle mani ancora più libere, dato che nello stato costituzionale di diritto una enorme libertà già sussiste, essendo, mi pare, incontestabile che il ricorso ai principi costituzionali sia quasi sempre di per sé scarsamente risolutivo. Ecco allora che si cerca di legittimare argomenti e conclusioni che da essi non possono essere estratti in maniera cogente come quelli "giusti" perché ragionevoli o conformi alla ragion pratica o ai dettami della Morale. Si ha l'impressione che questi fumosi criteri/fonti vengano invocati oggi con maggior forza proprio per occultare il golfo giustificativo tra premesse e conclusioni giuridiche che discende dall'esilità dei contenuti costituzionali sul piano semantico e dalla loro disputabilità sul piano pragmatico.

Nonostante le notevoli differenze che intercorrono fra le loro idee in tema formalismo giuridico, di cui si è cercato di dar conto nelle pagine precedenti, Jori e Schauer, come si è già sottolineato più volte, concordano nel trattare le norme come strumenti di allocazione di poteri giuridici. Questa è una considerazione fondamentale. Essa presuppone un approccio costruttivista alle istituzioni giuridiche, la convinzione, cioè, che queste possano essere plasmate attraverso un'azione intenzionale e che sia possibile influire entro certi limiti sui meccanismi del loro funzionamento, ossia che si possa modellarle in modo che perseguano, per quanto possibile, i fini desiderati da chi le disegna. Significa inoltre privilegiare modalità pubbliche e controllabili di intervento sulle istituzioni, sottraendole all'influenza di po-

[62] F. Schauer, *On the Supposed Defeasibility of Legal Rules*, in *Current Legal Problems*, 51, 1, 1998, 237, osserva che la presunta tesi concettuale circa la necessaria defettibilità delle norme giuridiche è in effetti una tesi prescrittiva circa i poteri da ascrivere a certi attori giuridici, in primis in giudici, che porta a depotenziare drasticamente l'importanza delle regole e favorire la discrezionalità giudiziaria.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

teri occulti, che in quanto tali sono sempre a rischio di trasformarsi in poteri selvaggi. Questo vale in particolar modo per il potere semiotico dei giudici negli stati costituzionali di diritto.

Così, le tecniche formalistiche potrebbero essere adoperate per cercare di circoscrivere tale potere, sempre che si reputi questo un obiettivo degno di essere perseguito. Sarebbe però illusorio riproporre oggi l'ideale illuminista delle poche leggi semplici e chiare. La strada (anch'essa formalistica, come si è detto) della massimizzazione del controllo dei contenuti tramite un maggior rigore del linguaggio giuridico non è percorribile, almeno per quanto riguarda i testi costituzionali. Sembra un po' più realistico puntare invece sul ricorso a strumenti giuridici che indirettamente possano spingere i giudici, inclusi i giudici costituzionali, al self-restraint, a una maggiore indipendenza dalla politica, a un maggior rigore argomentativo e a una giurisprudenza tendenzialmente più stabile nel tempo. Il potere semiotico degli organi giurisdizionali e delle corti costituzionali può essere infatti in una certa misura controllato anche in modo indiretto tramite le tecniche delle competenze e delle procedure, ossia intervenendo sulla composizione di tali organi e sulle loro procedure decisionali: penso in particolare ad aspetti che incidono sulle modalità di selezione dei componenti di tali organi, sulla loro durata in carica, sulle incompatibilità, sulle modalità decisionali, sul peso del precedente. Quando la base di partenza è rappresentata da testi evanescenti come quelli costituzionali, non suscettibili di maggiore precisione per impossibilità pragmatica, quest'ultima sembra l'unica strada percorribile. Essa non garantirà certo la soluzione più giusta ma potrà almeno favorire quella più certa. Inoltre, portando alla luce un potere sommerso, porrà almeno le basi per un suo controllo, forzandolo a un esercizio disciplinato. Non è la panacea di tutti i mali, certo, ma è il massimo a cui possiamo aspirare (posto che vi aspiriamo) nelle condizioni date.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Alessandra Pisu

Diritto alla salute e responsabilità medica alla prova del Covid-19

Sommario: 1. La pandemia da Covid-19 e il diritto alla salute tra dimensione individuale e collettiva. – 2. Sicurezza nelle cure e responsabilità della struttura sanitaria. - 2.1. *Segue*. Il rischio di contagio nosocomiale. – 3. Il ruolo del medico nel *triage* da maxi-emergenza. Questioni bioetiche e di biodiritto. - 3.1 *Segue*. La responsabilità civile del personale sanitario e dell'ente ospedaliero impegnati nella cura di pazienti affetti da Covid-19. – 4. Riflessioni conclusive.

1. *La pandemia da Covid-19 e il diritto alla salute tra dimensione individuale e collettiva*. – La pandemia generata dalla rapida diffusione del Covid-19 tra la fine del 2019 e l'inizio del 2020, oltre ad aver determinato nel nostro Paese una gravissima emergenza sanitaria, ha catapultato l'intera popolazione nella dimensione originaria e conservativa del diritto alla salute, incentrata sull'assenza di malattia. Un anelito, questo, che continua a costituire il nucleo duro, espresso in negativo, di una posizione assai più complessa[1]. Non da oggi, difatti, la salute si indentifica in una situazione giuridica soggettiva che si definisce più ampiamente – in termini positivi e di proiezione – individuandola in uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale della persona[2].

Un bene fondamentale, dunque, che rappresenta nel contempo un

[1] V. C.M. D'Arrigo, *Salute (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, *Agg.*, V, Milano, 2001, p. 1037; R. Ferrara, *Salute (diritto alla)*, in *Dig.*, *disc. pubbl.*, 1997; M.C. Cherubini, *Diritto alla salute*, in *Dig. disc. priv.*, 1990.

[2] V. la definizione di salute sancita nello Statuto dell'Organizzazione Mondiale della Sanità adottato a New York nel luglio del 1946 (in vigore dal 7 aprile 1948). Sull'evoluzione dell'idea di salute, F.D. Busnelli, *1958-2018: sessant'anni di responsabilità medica. Itinerari di confronto tra diritto e medicina per la tutela della salute*, in *La responsabilità sanitaria tra continuità e cambiamento*, a cura di G. Romagnoli, Napoli, 2018, p. 10. Per un maggiore approfondimento partendo dalle origini del dibattito in Assemblea costituente: R. Balduzzi, *La medicina oltre la cura*, in *Biolaw Journal*, Special Issue 2/2019, p. 377 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

obiettivo strenuamente perseguito, con misure di ogni genere, a livello nazionale ed europeo, affinché la sua protezione non si fermi a una mera declamazione nelle Carte dei diritti[3].

Stando all'ordinamento domestico, l'art. 32 della Costituzione tutela il diritto alla salute nella sua dimensione individuale e sociale, dunque non solo nei rapporti tra privati, ma anche in quelli con lo Stato.

Al Servizio sanitario nazionale spetta il difficile compito di consentire l'accesso alle prestazioni sanitarie che – allo stato delle conoscenze della scienza medica – possono essere erogate per sconfiggere e debellare le malattie e, più in generale, per offrire a ciascuno le cure idonee a contribuire al completo benessere individuale.

A ciascuno e a tutti, per il vero. Il che solleva rilevanti e delicatissime questioni sulla sostenibilità del diritto alla salute, quale diritto sociale finanziariamente condizionato[4], e sul corrispondente obbligo delle istituzioni pubbliche di garantire il bene protetto nel rispetto del canone di eguaglianza formale e sostanziale[5]. Principi indiscutibili, alla base del nostro ordinamento democratico, messi a dura prova dalla realtà dei fatti.

La pandemia originata dal Covid-19 ha improvvisamente investito le nostre vite e l'intero sistema sanitario riducendo drasticamente le

[3] V. art. 3 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e art. 32 Cost.

[4] Cfr. A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, 1989, p. 30. Ma v. anche R. Balduzzi, *op. cit.*, p. 391 s., il quale ricorda che la Corte costituzionale non sembra mai aver aderito *in toto* alla costruzione della salute come "diritto finanziariamente condizionato". Per i riferimenti alla giurisprudenza costituzionale, C. di Costanzo, V. Zagrebelsky, *L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*, in *BioLaw Journal*, Special Issue, n. 1/2020, p. 442 ss., dove si ricorda che «il condizionamento finanziario che caratterizza la tutela del diritto alla salute non opera quando viene in rilievo il diritto individuale alla salute, quanto piuttosto rispetto alla distribuzione delle risorse finanziarie tra i vari soggetti del Servizio sanitario nazionale (sent. n. 200/2005)» e che «le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel contesto del bilanciamento effettuato dal legislatore, un peso talmente preponderante tale da comprimere il "nucleo irriducibile del diritto alla salute" garantito dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana (sent. n. 309/1999)».

[5] V. art. 1, comma 3, l. n. 833/1978, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, secondo il quale esso «è costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio».

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

distanze che, almeno sul piano concettuale, si è soliti tenere – negli ambiti disciplinari del diritto privato e costituzionale – tra diritto personale e diritto sociale alla salute.

La salute di ciascuno dipende dalla salute di tutti, il bene individuale è un riflesso del bene comune, di un bene comune globale. È il primo importante insegnamento che si può trarre dalla tragica esperienza in corso[6].

L'enorme portata dell'emergenza sanitaria conferma allora, se mai ve ne fosse bisogno, che i diritti fondamentali non possono essere studiati prescindendo dalla, seppur ardua, riconduzione ad unità delle diverse anime che li compongono. Benché esse giustifichino approfondimenti che si sviluppano trasversalmente su innumerevoli ambiti disciplinari, esiste un nucleo indefettibile e comune del diritto alla salute – in diretta connessione con il diritto alla vita e all'integrità fisica di tutti i membri della comunità – che la pandemia ha fatto riemergere con prepotenza. Tale aspetto non può essere trascurato nell'esame delle discipline settoriali.

Nel contempo, è tornato drasticamente alla luce un problema di scarsità di risorse che non si può ignorare soprattutto nel momento in cui il sistema sanitario – già in affanno per la condizione di sottofinanziamento che da sempre lo affligge[7] – entra in crisi sopraffatto da una situazione emergenziale che, con alte probabilità, può determinare il sacrificio del bisogno di salute di qualcuno. E, dunque, inficiare la piena tenuta di un diritto costituzionale incomprimibile e la tutela di cui gode, sia sul versante pubblicistico, sia su quello privatistico.

Si era già osservato in dottrina che, quando l'insufficienza delle risorse non consente la soddisfazione di tutte le richieste di cura, si genera un intreccio di posizioni antagoniste che trasforma la salute in un "diritto omofago": la pretesa di soddisfare il proprio diritto alla

[6] È utile qui ricordare il pensiero di N. Lipari, *Diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, pp. 105 e 301, secondo il quale la materia dei diritti fondamentali richiede al giurista di adattare i suoi strumenti mentali alla realtà dell'esperienza e alle sopravvenienze della storia.

[7] Il riferimento è alla (fisiologica? e) incolmabile distanza tra le risorse disponibili dello Stato, che attraversa da anni una gravissima crisi fiscale, e le esigenze di tutela che si presentano in misura largamente superiore alle risorse, situazione che mette in tensione la garanzia di diritti costituzionalmente incomprimibili, come quello alla salute. Cfr. M. Bertolissi, *La tutela della salute nella Costituzione*, in Aa.Vv., *La responsabilità sanitaria tra continuità e cambiamento*, cit., p. 33 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

salute, in situazioni estreme, può coincidere con una sentenza nefasta per altri che invocano il medesimo diritto[8].

Difatti, laddove le possibilità di cura sono limitate per ragioni tecniche e/o economiche l'eccesso di domanda di prestazioni sanitarie apre il campo alle "scelte tragiche", quelle che non si vorrebbero mai compiere. Si presenta allora il complesso problema di individuare i criteri morali, etici e giuridici da seguire nell'effettuarle. Ed emerge con evidenza come le decisioni pubbliche in ambito sanitario rappresentino l'antecedente necessario di ogni possibilità di scelta individuale, sia essa del paziente[9], ovvero del medico[10].

Tutti questi dati incidono inevitabilmente sul piano delle responsabilità politiche e, per quanto qui più interessa, delle responsabilità giuridiche collegate a un'errata e/o carente gestione dell'emergenza pandemica nelle strutture sanitarie. Responsabilità non sempre riconducibili a specifiche condotte, attive o omissive, tenute nel fronteggiare la malattia da parte degli esercenti la professione medica[11].

Nell'estrema complessità di una situazione fluida e in divenire, certamente straordinaria, ma non imprevedibile – che ha rivelato, a livello nazionale, un deficit di programmazione e preparazione di strategie di azione per la gestione di rischi pandemici ampiamente annunciati (*preparedness*), nonché, in alcune realtà regionali, macrosco-

[8] Così G. Zagrebelsky, *Diritti per forza*, Torino, 2017, p. 70. Il quale osserva che «in questi casi, il diritto alla salute, il più benevolo tra i diritti, si traduce nella crudele condanna di chi è escluso».

[9] Ossia di quelle scelte che si esprimono nel rapporto privato di cura. Entrerebbero qui in gioco i profili dell'autodeterminazione individuale e del modo di atteggiarsi dell'alleanza terapeutica tra medico e paziente secondo le più moderne concezioni della relazione di cura come "alleanza terapeutica" che il legislatore italiano ha sposato con l'approvazione della legge n. 219/2017. Normativa che per la prima volta ha regolato, a livello di fonte primaria, il "consenso informato" e il cd. "testamento biologico". Tali profili non esulano del tutto dal tema qui trattato e dalle vicende innescate dalla pandemia, tuttavia, non possiamo che limitarci a qualche fugace cenno in questa sede.

[10] Cfr. L. Busatta, *La salute sostenibile*, Torino, 2018, p. 8 e *passim* per ulteriori approfondimenti sulla complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie.

[11] Alludiamo qui non tanto alle possibili difficoltà di accertamento del nesso causale nella responsabilità medica, quanto piuttosto a taluni "rischi" (da intendersi in senso tecnico) connessi all'esercizio dell'attività sanitaria, da una parte, e alla "carenza di risorse", in un ambiente ospedaliero saturo, che di fatto può precludere a monte la corretta e completa erogazione delle prestazioni che il paziente attende, dall'altra.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

piche carenze di tipo gestionale e organizzativo – si sono registrate pesanti lesioni in danno alla vita e alla salute di molti pazienti che hanno contratto il Covid-19. L'indiscutibile abnegazione professionale dei medici e degli operatori sanitari impegnati in uno sforzo titanico, e a loro volta esposti al rischio di contagio, non è valsa ad impedirlo.

Occorre allora domandarsi: erano tutti danni inevitabili o, almeno in parte, sono imputabili alla responsabilità di qualcuno? Come attribuire un ristoro a chi li ha ingiustamente patiti? Di cosa ed entro quali limiti rispondono le strutture sanitarie e i professionisti che vi operano?

Ma, soprattutto, in quale direzione deve muoversi la legislazione nella continua ricerca di un giusto equilibrio tra i confliggenti interessi in gioco nell'esercizio delle professioni sanitarie con particolare riguardo all'eventualità che quegli interessi siano sottoposti a tensione estrema in un ambiente ospedaliero saturo?

Le prime domande potrebbero sfociare in un contenzioso alluvionale, dagli effetti dirompenti e insostenibili per i settori direttamente coinvolti, quello sanitario e della giustizia *in primis*. Tuttavia, è nostro convincimento che la soluzione più corretta non consista nell'adozione in via d'urgenza di norme volte ad incidere, senza un'adeguata ponderazione, sul sistema della responsabilità civile.

Più in generale, alla faticosa laboriosità dei medici impegnati in prima linea non può fare da contraltare l'approvazione dell'ultim'ora di norme volte ad escludere o ridurre, in modo indifferenziato, le responsabilità penali, civili e amministrative, creando una sorta di immunità per quanto accaduto nella gestione sanitaria della pandemia.

Pur di fronte al difficilissimo problema di trovare un equilibrio tra le istanze di tutela dei pazienti danneggiati, in alcuni casi fino alla perdita della vita, e la necessità che i professionisti della sanità non siano investiti da un "accanimento giudiziario" per ogni lesione da altri subita[12], una scelta di politica del diritto così congegnata – e at-

[12] Alla ricerca di questo delicato equilibrio risultano preordinate le riforme legislative degli ultimi anni in materia di salute, relazione di cura e responsabilità medica sfociate, da ultimo, nell'approvazione di due importanti leggi che, attualmente, definiscono l'architrave del rapporto medico-paziente e dei regimi della responsabilità sanitaria: la già citata l. n. 219/2017 e la l. n. 24/2017, meglio nota come legge Gelli-Bianco, sulla quale ci soffermeremo di seguito.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

tuata nell'immediatezza di una emergenza ancora in atto – sarebbe, a nostro avviso, la peggiore possibile.

Non per niente, dopo le prime aspre polemiche che ne hanno accompagnato l'annuncio, gli emendamenti diretti ad intervenire sul sistema della responsabilità proposti da diverse forze politiche in sede di conversione del decreto legge n. 18/2020[13], sono stati respinti[14] o ritirati[15].

[13] V. d.l. 17 marzo 2020, n. 18, cd. "Cura Italia" che ha introdotto, tra le altre, misure di potenziamento del Servizio Sanitario Nazionale connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19, convertito in legge 24 aprile 2020, n. 27 (in Gazz. uff., serie. gen., n. 110 del 29 aprile 2020, suppl. ord., n. 16).

[14] V. l'emendamento 1.1, proposto in sede di esame del disegno di legge di conversione approvato il 9 aprile 2020 dal Senato (AS 1766), che prevedeva l'inserimento di un art. 1-*bis così formulato:* «1. Le condotte dei datori di lavoro di operatori sanitari e sociosanitari operanti nell'ambito o a causa dell'emergenza COVID-19, nonché le condotte dei soggetti preposti alla gestione della crisi sanitaria derivante dal contagio non determinano, in caso di danni agli stessi operatori o a terzi, responsabilità personale di ordine penale, civile, contabile e da rivalsa, se giustificate dalla necessità di garantire, sia pure con mezzi e modalità non sempre conformi agli standard di sicurezza, la continuità dell'assistenza sanitaria indifferibile sia in regime ospedaliero che territoriale e domiciliare. 2. Dei danni accertati in relazione alle condotte di cui al comma 1, compresi quelli derivanti dall'insufficienza o inadeguatezza dei dispositivi di protezione individuale, risponde civilmente il solo ente di appartenenza del soggetto operante ferme restando, in caso di dolo, le responsabilità individuali».

[15] V. proposta di modifica 1.0.4 che, sempre al Senato, mirava ad introdurre "*Disposizioni per la definizione e l'equilibrata limitazione delle responsabilità degli operatori del servizio sanitario durante l'emergenza epidemiologica da COVID 19*" del seguente tenore: «1. Per tutti gli eventi avversi che si siano verificati o abbiano trovato causa durante l'emergenza epidemiologica COVID-19 di cui alla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, le strutture sanitarie e socio sanitarie pubbliche e private e gli esercenti le professioni sanitarie – professionali – tecniche amministrative del Servizio sanitario non rispondono civilmente, o per danno erariale all'infuori dei casi in cui l'evento dannoso sia riconducibile: *a)* a condotte intenzionalmente finalizzate alla lesione della persona; *b)* a condotte caratterizzate da colpa grave consistente nella macroscopica e ingiustificata violazione dei principi basilari che regolano la professione sanitaria o dei protocolli o programmi emergenziali predisposti per fronteggiare la situazione in essere; *c)* a condotte gestionali o amministrative poste in essere in palese violazione dei principi basilari delle professioni del Servizio sanitario nazionale in cui sia stato accertato il dolo del funzionario o dell'agente che le ha poste in essere o che vi ha dato esecuzione. 2. Ai fini della valutazione della sussistenza della colpa grave di cui al comma 1, lettera *b)*, vanno anche considerati la proporzione tra le risorse umane e materiali disponibili e il numero di pazienti su cui è necessario intervenire nonché il carattere eterogeneo della prestazione svolta in emergenza rispetto al livello di esperienza e di specializzazione del singolo operatore. 3. Fermo quanto previsto dall'articolo 590-*sexies*

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Ne consegue che, per quanto consta al momento in cui si scrive, è in base al sistema normativo vigente ad inizio epidemia che occorrerà valutare eventuali responsabilità medico-sanitarie per i fatti lesivi verificatisi durante l'emergenza epidemiologica e che in essa trovano causa.

Sul piano civilistico, è soprattutto alla legge n. 24/2017, meglio nota come Gelli-Bianco, che bisogna riferirsi, sia per verificare la tenuta e il funzionamento del sistema sanitario, anche in prospettiva di una sua maggiore efficienza futura, sia per ricostruire il quadro delle responsabilità connesse alle peculiari situazioni vissute nelle strutture pubbliche e private.

La pandemia, difatti, ha prodotto danni incalcolabili non solo in pregiudizio dei pazienti che hanno contratto il Covid-19, ma anche per tutti gli altri malati che, parimenti, ne hanno subito gli effetti in ragione della significativa alterazione che l'emergenza ha prodotto sul normale funzionamento della sanità pubblica e privata.

Tra le situazioni più preoccupanti specificatamente correlate alla diffusione del Covid-19 – che si sono verificate, o quantomeno prospettate, negli ospedali – preme ricordare quelle relative alla "selezione" dei pazienti per l'ammissione e la permanenza nelle terapie intensive in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili (cd. *triage* prospettico da maxi-emergenza), nonché quelle di trasmissione del Covid-19 in ambiente nosocomiale in danno di pazienti e personale sanitario.

Ad esse, partendo dalla seconda, intendiamo riferire i brevi spunti di riflessione che seguono.

2. *Sicurezza nelle cure e responsabilità della struttura sanitaria*. – Nel rimodulare il sistema della responsabilità sanitaria, la legge Gelli-Bianco ha apportato alcune novità significative derivanti dalla condi-

del codice penale, per tutti gli eventi avversi che si siano verificati od abbiano trovato causa durante l'emergenza epidemiologica COVID-19 di cui alla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, la punibilità penale è limitata ai soli casi di colpa grave. La colpa si considera grave unicamente laddove consista nella macroscopica e ingiustificata violazione dei principi basilari che regolano la professione sanitaria o dei protocolli o programmi emergenziali eventualmente predisposti per fronteggiare la situazione in essere, tenuto conto di quanto stabilito dal comma 2». Per ulteriori approfondimenti sulla portata e opportunità dei diversi emendamenti proposti, v. E. Scoditti, *Decreto-legge n.18/2020: l'inserimento di norme sulla responsabilità sanitaria*, in *Quest. giust.*, 3 aprile 2020.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

visibile volontà politica di distinguere la responsabilità del medico da quella della struttura sanitaria e di non strutturare l'apparato rimediale unicamente su tutele di tipo successivo valorizzando, piuttosto, la sicurezza delle cure e della persona assistita, dunque, le misure di prevenzione e assicurative[16].

Il legislatore del 2017 ha assunto una prospettiva che, se pienamente attuata, dovrebbe rivelarsi assai utile ed efficace a contenere le cause risarcitorie e, finalità assai più importante, a ridurre a monte le occasioni di danno nelle attività di cura e promozione della salute.

L'art. 1 della l. n. 24/2017 esordisce indicando l'obiettivo di garantire la «sicurezza delle cure» come «parte costitutiva del diritto alla salute», da perseguire «nell'interesse dell'individuo e della collettività». Al comma 2, sancisce che la stessa «si realizza anche mediante l'insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie e l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative», senza mancare di sottolineare che tutto il personale[17] è tenuto a concorrervi (comma 3).

L'idea di fondo, maturata in decenni funestati da casi di *malpractice* medica, è che l'eventualità dell'errore umano non si possa eliminare, ma solo ridurre. Ad essa si aggiunge la constatazione, che ha trovato amare conferme nell'emergenza pandemica, che le più agghiaccianti ed inaccettabili fattispecie dannose si verificano principalmente «quando l'azione del singolo non trova argine e rimedio nel modello organizzativo che ciascuna struttura deve adottare al fine di prevenire ed evitare il rischio»[18] connesso all'attività di cura e assistenza sanitaria.

[16] Per una panoramica ragionata sui contenuti della legge, M. Franzoni, *La responsabilità civile del personale sanitario*, in Aa.Vv., *La responsabilità sanitaria tra continuità e cambiamento*, cit., p. 51 ss.; R. Calvo, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria (l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 3, p. 453 ss.; A. Astone, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria (riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuova giur. civ.*, 2017, 7-8, p. 1115 ss. Sui profili assicurativi, P. Corrias, *La copertura dei rischi della attività sanitaria nella legge Gelli-Bianco*, in Aa.Vv., *La responsabilità sanitaria tra continuità e cambiamento*, cit., p. 153 ss.

[17] Compresi i liberi professionisti che operano nelle strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche e private, in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale.

[18] Così A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2019, p. 954.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Ma, evidentemente, sottesa alla disposizione di legge v'è altresì l'aspirazione – che diviene comando – a un sistema sanitario strutturato in maniera efficiente, preparato a fronteggiare anche gli eventi avversi, come una pandemia. Capace di ottimizzare l'impiego delle risorse umane e materiali e di avvalersi dei benefici che derivano dal costante progresso della scienza medica e biomedica.

Contribuisce a rafforzare l'obiettivo descritto sul piano applicativo l'istituzione di un Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità, ora al suo terzo anno di attività[19].

Forse era troppo presto per riscontrare un risultato significativo nella gestione del rischio da diffusione del virus nelle strutture sanitarie e, più in generale, di contenimento dei danni da Covid-19. Certamente non lo è per domandarsi se – in vista di future e non imprevedibili situazioni analoghe – le misure preventive volte a innalzare gli standard di sicurezza nelle cure, opportunamente e tempestivamente attuate, avrebbero potuto e potrebbero per il futuro ridurre le conseguenze dannose di epidemie per la salute pubblica e individuale.

Basti pensare alla predisposizione di appositi piani strategici che agevolino una pronta ed efficace reazione del sistema sanitario ad emergenze straordinarie, alla disponibilità di posti letto nelle terapie intensive e sub-intensive, all'approvvigionamento di adeguate scorte di prodotti per la sanificazione, reagenti per gli esami, dispositivi di protezione individuale e così via. Aspetti tutti sui quali sono emersi importanti *deficit*, almeno in parte ovviabili con una più accorta ed accurata gestione del *risk management* diretta ad investire in misure preventive e precauzionali.

2.1. Segue. *Il rischio di contagio nosocomiale*. – In questo quadro, lo specifico rischio di infezioni nosocomiali costituisce un problema a sé, tanto da rappresentare secondo alcuni un microcosmo autonomo della responsabilità sanitaria[20].

Bisogna riconoscere che la trasmissione del Covid-19 all'interno

[19] V. art. 3 legge n. 24/2017.

[20] Tra i contributi più recenti, anche per una panoramica della giurisprudenza, L. Papi, *Infezioni correlate all'assistenza: verso un riequilibrio dell'onere probatorio?*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 1359 ss. Per una riflessione su sistemi indennitari di tutela alternativi alla responsabilità civile v., altresì, A. Davola, *Infezioni nosocomiali e responsabilità della struttura sanitaria*, in *Danno resp.*, 2017, p. 357 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

delle strutture di assistenza in danno di pazienti e lavoratori, per la sua portata e i suoi effetti, è un evento singolare rispetto alle comuni infezioni ospedaliere.

Le peculiarità della situazione considerata non impediscono tuttavia di individuare nelle soluzioni già elaborate e attuate in altri ordinamenti alcuni possibili modelli di tutela dei quali può essere opportuno valutare l'adozione. Alludiamo a meccanismi di equo ristoro che, da una parte, potrebbero costituire una valida alternativa al risarcimento per i danneggiati e, dall'altra, potrebbero rappresentare tutele idonee ad ovviare agli inconvenienti dei tradizionali sistemi di responsabilità civile i quali, complice l'ampio uso di presunzioni da parte della giurisprudenza[21], assegnano una posizione particolarmente gravosa alle strutture sanitarie[22].

Nell'economia del discorso non si può trascurare peraltro che se taluni rischi, come quello di infezioni correlate all'assistenza in ambiente ospedaliero, possono considerarsi un fattore ineliminabile dell'attività sanitaria, eventi di enorme portata, come quelli verificatisi con il Covid-19, imporrebbero di discriminare – nelle specifiche ed eterogenee vicende di fatto – quali danni siano riconducibili ad un vero e proprio "rischio" e quali a condotte colpose ascrivibili alla struttura sanitaria, eventualmente anche *ex* art. 1228 c.c.

Per affrontare problemi simili in Francia nel 2002 è stata inserita nel *Code de la santé publique* una norma che istituisce un Fondo di garanzia e, in ipotesi di gravi danni riconducibili a quella che la legge francese chiama "alea terapeutica", accorda al paziente il diritto ad ottenere un indennizzo a titolo di "solidarietà nazionale"[23].

[21] V. M. Ronchi, *Responsabilità medica e non imputabilità: la Cassazione ne delinea i limiti in relazione alle infezioni nosocomiali*, in *Resp. civ. prev.*, 2, 2012, p. 540 ss.

[22] Alle stesse è difatti sostanzialmente accollato il rischio dell'evento con una distribuzione dell'onere della prova secondo la quale il danneggiato deve dimostrare che l'infezione è avvenuta all'interno della struttura ospedaliera e quest'ultima deve dimostrare di aver adottato tutte le misure necessarie ad evitare il contagio. Tra le più recenti: App. Napoli, sez. VII, 28 gennaio 2020, n. 350; Trib. Agrigento, 2 marzo 2016, n. 370; Trib. Roma, sez. III, 22 novembre 2016, in *Danno e resp.*, 2017, 3, p. 357.

[23] V. art. 1142-1 *Code de la santé publique*, introdotto dalla *loi Kouchner*, del 4 marzo 2002 n. 303, che ha istituito e regolato l'*Office national d'indemnisation des accidents médicaux*. La misura nulla ha a che vedere con il Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria previsto dall'art. 14 l. n. 24/2017. Sul punto, F.D. Busnelli, *1958-2018: sessant'anni di responsabilità medica*, cit., p. 20 ss. Sul sistema francese ancora: G. D'Amico, *Responsabilità medica e istituti alternativi ne-*

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Naturalmente questo genere di misure solleva il problema dell'allentamento della funzione deterrente della responsabilità medica e della loro sostenibilità economica, fattore che le rende incompatibili con le riforme a costo zero alle quali è avvezzo il nostro legislatore. Eppure, un rimedio di carattere indennitario che arricchisca il panorama delle tutele per i pazienti danneggiati[24] sarebbe coerente con l'impostazione della Gelli-Bianco e i suoi aspetti caratterizzanti in ordine alla "sicurezza delle cure", nonché con il principio di solidarietà sociale che ispira la nostra Costituzione e l'impostazione di *welfare* che l'ordinamento italiano privilegia in ambito sanitario.

Valutazioni parzialmente diverse, che non è possibile compiere in questa sede, meriterebbero le fattispecie di contagio in danno dei medici e degli operatori della sanità, da esaminare nel contesto del rapporto lavorativo.

Peraltro, la legge n. 24/2017 ha stabilito – a beneficio di tutti i danneggiati (terzi e prestatori d'opera) – un obbligo di assicurazione in capo alle strutture sanitarie, oltreché ai singoli professionisti, per la responsabilità civile[25]. Copertura che dovrebbe estendersi a questi rischi in ragione del fatto che la "sicurezza delle cure" entra a far parte della complessa prestazione nascente dal contratto di spedalità.

La medesima legge, nel tentativo di arginare gli eccessi della medicina difensiva e contenere i suoi effetti deleteri sui conti pubblici[26],

gli ordinamenti europei di civil law, in *Resp. medica*, 2019, 2, p. 152 s.; F. Benatti, *Responsabilità medica e assicurazioni nell'esperienza comparatistica*, in *Resp. medica*, 2018, 1, p. 27 s.; A. Davola, *op. cit.*, § 7.

[24] Similmente a quanto previsto nel nostro ordinamento dalla legge n. 210/1992 con riguardo all'indennizzo per danni da emotrasfusioni, trasmissibile agli eredi in caso di decesso del danneggiato, e ferma restando la non cumulabilità dell'indennizzo con quanto spettante a titolo di risarcimento del danno, secondo i principi fissati nel 2008 dalle Sezioni Unite (cfr. sentenze gemelle Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, nn. da 576 a 585). Sulla rilevabilità d'ufficio della *compensatio lucri cum damno* v. Cass., sez. III, 10 settembre 2019, n. 22528; sul suo funzionamento, Cass., sez. III, 30 agosto 2019, n. 21837.

[25] V. art. 10 l. n. 24/2017 in forza del quale «Le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private devono essere provviste di copertura assicurativa o di altre analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera» (1 comma) e «ciascun esercente la professione sanitaria operante a qualunque titolo in strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche o private» deve provvedere «alla stipula, con oneri a proprio carico, di un'adeguata polizza di assicurazione per colpa grave» (3 comma).

[26] La medicina difensiva affonda le sue radici nei timori di un accanimento in sede giudiziale che, effettivamente, si è potuto registrare nell'ultimo ventennio sul

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

ha cercato di distinguere con nettezza la responsabilità delle strutture da quella di medici e operatori socio-sanitari adottando il sistema del cd. doppio binario, in base al quale, com'è noto, le prime soggiacciono al regime degli artt. 1218 ss. c.c., mentre i singoli professionisti che operano all'interno delle strutture sanitarie rispondono del proprio operato secondo la disciplina dell'illecito extracontrattuale[27].

L'esperienza emergenziale – che ha esasperato i tradizionali problemi della sanità pubblica e privata, portando alla massima tensione un sistema già in equilibrio precario – sembra confermare che le scelte di fondo che hanno guidato l'ultima riforma, per quanto perfettibili e bisognose di una piena attuazione, si muovono nella direzione giusta.

3. *Il ruolo del medico nel* triage *da maxi-emergenza. Questioni bioetiche e di biodiritto*. – L'enorme sforzo profuso dai medici e dagli operatori che hanno lavorato nelle strutture deputate a fronteggiare l'emergenza sanitaria è ancora sotto i nostri occhi.

La pressione subita dal sistema, e da alcune categorie di medici in particolare, è stata aggravata da uno specifico e doloroso problema che non si poteva ignorare, sebbene si fosse impegnati a scongiurarlo in ogni modo: si è presentata imminente la necessità di assumere decisioni relative all'ammissione dei pazienti a trattamenti intensivi e alla loro sospensione in condizioni eccezionali di squilibrio tra bisogni e risorse disponibili.

Il tema è molto delicato e complesso. Per la sua rilevanza, ha immediatamente indotto la Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva (d'ora in poi SIAARTI) a pubblicare un documento recante specifiche raccomandazioni[28] concernenti l'in-

fronte della responsabilità medica. L'esplosione dei contenziosi è stata certamente agevolata dai pregressi orientamenti giurisprudenziali che, nel lodevole tentativo di apprestare una più efficace tutela a favore dei soggetti danneggiati da *malpractice medica*, avevano ricondotto la responsabilità all'ambito contrattuale, con tutte le conseguenze che ne derivano non solo per il termine di prescrizione dell'azione, ma soprattutto per la diversa distribuzione dell'onere della prova a vantaggio del danneggiato. Per ulteriori approfondimenti su questi aspetti, v. G. Ponzanelli, *I problemi della medical malpractice e le risposte della legge Bianco-Gelli*, in Aa.Vv., *La responsabilità sanitaria tra continuità e cambiamento*, cit., p. 71 ss.; Roberto Pucella, *L'onere della prova tra tradizione e novità*, *ivi*, 81 ss.

[27] Cfr. art. 7 l. n. 24/2017.

[28] Anticipando tutti, la SIAARTI ha pubblicato il 6 marzo 2020 un documento intitolato "Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e ri-

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

dividuazione di criteri idonei ad orientare l'operato dei sanitari impegnati nel *triage*[29] da maxi-emergenza pandemica. Subito dopo ha formato oggetto di uno specifico parere del Comitato Nazionale per la Bioetica[30].

La natura etica della questione esorbita dalla competenza di chi scrive. Ciononostante ci permettiamo di svolgere alcune considerazioni in ragione della sua incidenza sulla tutela dei diritti fondamentali alla vita e alla salute.

Quanto alla portata giuridica del documento SIAARTI, occorre innanzitutto premettere che non siamo al cospetto di raccomandazioni previste da linee guida accreditate[31] capaci dunque di incidere sulla valutazione della responsabilità penale dei medici[32]. Né di parametri dei quali – in base alla medesima normativa – il giudice civile deve tenere conto nel valutare la condotta dell'esercente la professione sanitaria ai fini della determinazione del danno risarcibile[33].

sorse disponibili" che ha suscitato un vivace – e a tratti polemico – dibattito tra gli addetti ai lavori. Per qualche considerazione etico-giuridica in merito al documento, A. D'Aloia, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in *BioLaw Journal*, Special issue, n. 1/2020, p. 11 ss. Per maggiori approfondimenti: C. di Costanzo, V. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 441 ss.; L. D'Avack, *Covid-19: criteri etici*, in *BioLaw Journal*, Special issue, n. 1/2020, p. 371 ss.; L. Palazzani, *La pandemia e il dilemma per l'etica. Quando le risorse sono limitate: chi curare?*, *ivi*, p. 359 ss., alla quale si rinvia per un quadro sulle diverse teorie che si contendono il campo nella discussione bioetica.

[29] Per un approfondimento del concetto di *triage* G. Battarino, *Risposta all'emergenza sanitaria e triage. Appunti per una lettura penalistica*, in *Questione Giustizia*, 26 marzo 2020.

[30] V. parere CNB, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*, dell'8 aprile 2020.

[31] L'art. 5 l. n. 24/2017 prevede che gli esercenti le professioni sanitarie si attengano, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida elaborate da società scientifiche e enti iscritti in un apposito elenco, pubblicate nel rispetto di formalità di legge e integrate nel Sistema nazionale linee guida (v. comma 3).

[32] Il riferimento è all'esclusione di punibilità contemplata dall'art. 590-*sexies* c.p. (introdotto dall'art. 6 della l. n. 24/2017) per gli eventi lesivi – morte o lesioni personali in ambito sanitario – verificatisi a causa di imperizia.

[33] Sul rilievo dell'osservanza di linee guida nel giudizio di responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria, v. art. 7, comma 3, l. n. 24/2017, in collegamento con i richiamati artt. 5 e 6 della medesima legge, i quali comunque condizionano la rilevanza delle linee guida al fatto che le stesse «risultino adeguate alle specificità del caso concreto». Nella dottrina civilistica, v. F. Di Lella, *Leges artis e responsabilità civile sanitaria*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 2, p. 264 ss.; Massimo Fran-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Ciò non esclude peraltro che anch'esse possano conquistare uno spazio nel giudizio di responsabilità civile, sia per via della loro idoneità specificativa di criteri assunti dalle norme deontologiche per lo svolgimento dell'attività medica[34], sia per l'incidenza che tali raccomandazioni possono avere nell'orientare la condotta dei medici investiti della responsabilità di scelte tragiche in un contesto eccezionale e dunque, in ultima analisi, per valutarne l'operato. Difatti, pur non rappresentando linee guida pubblicate con le formalità prescritte dalla legge Gelli-Bianco, si tratta comunque di indicazioni di comportamento provenienti da un soggetto qualificato e rappresentativo della categoria professionale[35] delle quali i sanitari – senza dismettere l'autonomia e la discrezionalità di valutazione che connota il loro ufficio – dovrebbero (sebbene non siano impositive) e potrebbero legittimamente tener conto nell'assumere le decisioni necessarie all'espletamento della propria attività. Ne consegue che, assolvendo a una funzione di sostegno e orientamento dell'operato dei medici impegnati nei reparti di rianimazione e terapia intensiva, possono costituire un parametro da considerare nel complesso giudizio sulla "colpa" medica, anche al fine di escluderla o, per lo meno, graduarla in ra-

zoni, *Colpa e linee guida nella nuova legge*, in *Danno e resp.*, 2017, 3, p. 271 ss., il quale ben osserva come le linee guida, intese come regole dell'arte medica, sono sempre entrate nel processo civile e penale attraverso il lavoro del consulente tecnico d'ufficio. Sull'origine delle linee guida e l'incidenza del concetto nella legislazione sulla responsabilità medica, A. Conti, *Il significato delle linee guida in medicina legale prima delle recenti norme*, in *Riv. it. med. leg.*, 2019, 2, p. 635 ss.

[34] Nonostante la produzione "privata" delle norme deontologiche, è noto come il giudice civile faccia oramai abituale ricorso alle stesse nel motivare le decisioni in materia di relazione di cura. La giurisprudenza che si è pronunciata su questioni di "fine vita" ne offre ampio riscontro. Le norme di deontologia medica, d'altra parte, sono oramai espressamente richiamate dalla legge sul consenso informato (v. art. 1, comma 6, l. n. 219/2017) quali "fonti" che contribuiscono alla definizione dell'oggetto della prestazione del medico, sebbene lì in una prospettiva differente da quella qui in esame. Per gli specifici collegamenti del Documento SIAARTI con il codice di deontologia medica, si rinvia a Aa.Vv., *Considerazioni etiche, deontologiche e giuridiche sul documento SIAARTI, "Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili"*, in *Recenti progressi in medicina*, 4, 2020, p. 219.

[35] La SIAARTI è tra le società scientifiche iscritte nell'elenco di cui al d.m. 2 agosto 2017 reperibile sul sito del Ministero della Salute aggiornato al 18 dicembre 2019 http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pagineAree_4834_5_file.pdf.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

gione dell'osservanza e del corretto riferimento dello specialista a criteri di decisione raccomandati da una società scientifica accreditata.

In ambito civile, questa valutazione della condotta può ripercuotersi sul giudizio di responsabilità del medico fino ad escluderla. In caso di responsabilità accertata, potrebbe invece incidere sulla determinazione del danno risarcibile, qualora si ritenga di poter applicare anche in questo caso la norma che consente di ridurre o aumentare il *quantum* dovuto in ragione dell'intensità della colpa del sanitario[36]. Ma soprattutto la gradazione della colpa rileva nell'azione di rivalsa laddove è certo che il medico risponda soltanto per dolo o colpa grave[37].

Un'ulteriore considerazione deve essere fatta sugli obiettivi, richiamati o assunti nei documenti citati, almeno in parte riconducibili all'idea di «limitare eventuali profili di responsabilità professionale degli operatori sanitari in relazione alle attività svolte per fronteggiare l'emergenza Convid-19»[38] e di «sollevare i clinici da una parte della responsabilità nelle scelte, (*omissis*) emotivamente gravose, compiute nei singoli casi» in cui «l'enorme squilibrio tra le necessità cliniche reali della popolazione e la disponibilità effettiva di risorse intensive» imponga la necessità di assumere decisioni escludenti, e quindi penalizzanti, per qualche paziente.[39]

Come altrove osservato, «è pacifico che nessun documento può

[36] Ossia l'art. 7, comma 3, l. n. 24/2017 su cui v. sopra nota 33. Attesa la peculiarità delle Raccomandazioni SIAARTI, sotto il profilo del contenuto e della formazione del documento, si può dubitare che le stesse rientrino nel concetto di "buone pratiche clinico-assistenziali", alle quali gli esercenti le professioni sanitarie si attengono in mancanza di linee guida (v. art. 5, comma 1, ult. periodo, l. n. 24/2017). Tuttavia, in caso affermativo, esse potrebbero assumere rilevanza nella determinazione del danno risarcibile. La conclusione, per quanto dubbia, non si può escludere a priori giacché la categoria delle "buone pratiche clinico-assistenziali" ha confini abbastanza incerti e sarà dunque la giurisprudenza a definirla con maggiore precisione.

[37] V. art. 9, comma 5, l. n. 24/2017 su cui *infra* § 3.1.

[38] Così il CNB nella presentazione del parere e a p. 9. Per consultare il documento integrale, inclusa la ferma posizione di dissenso espressa dal Prof. Maurizio Mori: http://bioetica.governo.it/italiano/documenti/pareri-e-risposte/covid-19-la-decisione-clinica-in-condizioni-di-carenza-di-risorse-e-il-criterio-del-triage-in-emergenza-pandemica/ (ultimo accesso 29 aprile).

[39] Così il Documento SIAARTI reperibile qui: http://www.siaarti.it/SiteAssets/News/COVID19%20-%20documenti%20SIAARTI/SIAARTI%20-%20Covid19%20-%20Raccomandazioni%20di%20etica%20clinica.pdf (ultimo accesso 29 aprile).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

sollevare, nemmeno in parte, il medico dalla responsabilità della scelta, che è una sua prerogativa esclusiva»[40] anche nelle situazioni più tragiche che è chiamato ad affrontare nella sua professione. La considerazione si estende dal piano morale a quello giuridico che è dotato di suoi specifici criteri di imputazione e valutazione della responsabilità.

Il tema etico non può essere qui approfondito quanto merita. Tuttavia è chiaro che, sebbene talune decisioni siano tragiche, perché in ogni caso immorali[41] e incapaci di soddisfare tutti i diritti fondamentali coinvolti, una volta rivelatosi vano lo sforzo di evitare che si creino e/o mantengano le condizioni di fatto che le impongono[42], esse devono essere assunte.

Si è ritenuto allora che il medico impegnato nel *triage*, nella fase di disproporzione tra domanda e offerta di assistenza, possa ragionevolmente affidarsi al criterio della "maggiore prospettiva di successo del trattamento clinico"[43] o, detto altrimenti, "della maggiore probabilità di sopravvivenza del paziente"[44], dando la precedenza a chi dai trattamenti intensivi può trarre maggiore beneficio[45]. La sua applicazione, naturalmente, implica la considerazione scientifica e pro-

[40] V. Aa.Vv., *Considerazioni etiche, deontologiche e giuridiche sul documento SIAARTI*, cit., p. 217, laddove si sottolinea che le raccomandazioni elaborate dalla SIAARTI sono «volte a orientare i processi decisionali: non sono né vincolanti, né deresponsabilizzanti, semmai utilizzabili per rafforzare le decisioni».

[41] Così, J. Habermas, *Dans cette crise, il nous faut agir dans le savoir explicite de notre non-savoir*, in *Le Monde*, 10 aprile 2020.

[42] Su questo v., peraltro, G. Calabresi, Ph. Bobbitt, *Scelte tragiche*, Milano, 2006 (2ª ed. it.), p. 13, laddove si osserva come frequentemente la scarsità di risorse, e la necessità di scegliere le vittime che impone, anche se assoluta in un particolare momento, «non è assoluta nel tempo, al di là di quel particolare momento. Più comunemente ancora, la scarsità non è il risultato di una mancanza assoluta di qualche risorsa in particolare, ma piuttosto decisione di una società che non è disposta a rinunciare ad altri beni e benefici in quantità tale da eliminare quella scarsità. Quest'ultima situazione provoca le scelte più difficili dal momento che la responsabilità non è, in tal caso, così facilmente eludibile».

[43] Ancora, J. Habermas, *op. loc. ult. cit.*

[44] V. Documento SIAARTI ove si legge che «l'allocazione in un contesto di grave carenza (*shortage*) delle risorse sanitarie deve puntare a garantire i trattamenti di carattere intensivo ai pazienti con maggiori possibilità di successo terapeutico» dovendosi privilegiare la "maggior speranza di vita".

[45] Così Aa.Vv., *Considerazioni etiche, deontologiche e giuridiche sul documento SIAARTI*, cit., p. 218 al quale si rinvia per ulteriori approfondimenti compiuti in prospettiva multidisciplinare.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

fessionale di una pluralità di fattori – tra i quali l'età biologica e la comorbilità – vagliati in combinazione tra loro per ogni specifico caso concreto. Il documento SIAARTI li inserisce tra i criteri straordinari di ammissione alle terapie intensive.

Si tratta di parametri comunemente ricondotti ad un approccio utilitarista. Pertanto mal si conciliano con il modello personalista sul quale si fonda la nostra Costituzione, che assume la salute come un diritto fondamentale della persona e ambito inviolabile della dignità umana[46]. Ne consegue che la loro portata deve considerarsi circoscritta al quadro eccezionale con riferimento al quale sono stati adottati. È auspicabile invece che non si abbandoni il tema e che questo "grido di dolore" della SIAARTI contribuisca a rianimare il dibattito e la riflessione etica nella società civile.

Apprezzabile, infine, la trasparenza con la quale i criteri di razionamento straordinari individuati sono stati resi noti all'opinione pubblica, in modo da aumentare il livello di consapevolezza della popolazione e consentire scelte effettivamente libere e informate, secondo i principi che governano la relazione di cura in base alla legge n. 219/2017, eventualmente avvalendosi degli strumenti ivi regolati[47].

3.1 Segue. *La responsabilità civile del personale sanitario e dell'ente ospedaliero impegnati nella cura di pazienti affetti da Covid-19*. – Veniamo dunque al tema della responsabilità civile del personale sanitario, a partire dallo specifico problema appena considerato.

Possiamo osservare che – se valutata secondo i canoni dell'illecito aquiliano[48] – un'eventuale "scelta tragica" effettuata nel *triage* da maxi-emergenza potrebbe integrare una condotta scriminata dallo stato di necessità. La decisione assunta dal medico, in danno di un paziente che concorra con altri nel bisogno di ricovero in una terapia intensiva che dispone di risorse insufficienti, sarebbe difatti sorretta dalla

[46] Così, C. di Costanzo, V. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 446. Nello stesso senso, L. D'Avack, *op. cit.*, p. 373 s.; L. Palazzani, *op. cit.*, p. 359 ss.

[47] Il riferimento è alle disposizioni anticipate di trattamento e alla pianificazione condivisa delle cure, oltre al consenso informato da prestare per la sottoposizione a qualsiasi trattamento sanitario, tanto più per quelli particolarmente invasivi che si praticano nelle terapie intensive, sempre fatti salvi i casi di urgenza (cfr. artt. 1, comma 7, 4 e 5 l. 219/2017).

[48] Così la legge Gelli prevede per le condotte dei medici, dipendenti delle strutture sanitarie, che non abbiano istituito un rapporto contrattuale con il paziente, come si suppone sia per i professionisti impegnati nelle terapie intensive.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

necessità di salvare altri pazienti dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, non volontariamente causato, né altrimenti evitabile dal soggetto agente. La conclusione vale *a fortiori* se, in presenza dei presupposti per l'applicabilità della causa di giustificazione di cui all'art. 2045 c.c., la scelta risulti coerente con "criteri di razionamento" che abbiano un riscontro oggettivo e siano raccomandati dalle competenti società scientifiche.

In questa logica, certamente non appagante per il danneggiato, esclusa l'ingiustizia del danno, resterebbe al titolare dell'interesse sacrificato la via dell'indennizzo rimesso alla determinazione equitativa del giudice.

La soluzione, peraltro, non è soddisfacente nemmeno nella prospettiva del medico, se in capo a lui si reputa sorga l'obbligo indennitario[49]. Valgono, difatti, le stesse ragioni per le quali, da una parte, la legge lo esonera da responsabilità per danni non ascrivibili a una sua condotta dolosa o colposa e, dall'altra, la giurisprudenza, nel valutare la colpa in presenza di danni imputabili al medico, tiene conto del contesto materiale nel quale si è svolta la prestazione lavorativa.

Una soluzione miope, dunque, si dirà, soprattutto se si trascura il più ampio rapporto nel quale la vicenda si colloca, ossia quello tra paziente e struttura nascente dal contratto di spedalità.

Invero, il perfezionamento del contratto, di norma coincidente con l'accettazione del paziente all'interno del luogo di cura, comporta in capo all'ente ospedaliero l'assunzione di un impegno ad ampio spettro. Esso include non solo la prestazione di cura in senso stretto, ma anche l'efficienza organizzativa, la sicurezza delle cure, il funzionamento di macchinari e attrezzature e tutto quanto sia necessario per un'assistenza completa preordinata alla tutela della salute e della vita del paziente. Non esclusi gli obblighi di protezione che contribuiscono a colorare una prestazione estremamente multiforme e articolata.

Il suo contenuto rivela come l'espletamento dell'attività sanitaria si avvicini oramai ad un modello di attività d'impresa[50], alla quale di norma si associa una responsabilità oggettiva per i rischi connessi.

[49] V'è da dire che l'art. 2045 c.c. si limita a disporre che "al danneggiato è dovuta un'indennità". L'obbligo è implicitamente posto in capo al danneggiante, ma nel contesto qui esaminato della relazione di cura l'interpretazione della norma e la ricerca di una soluzione al problema potrebbero condurre altrove.

[50] Sulla riconducibilità dell'attività delle strutture sanitarie all'attività di impresa,

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Non solo. La dottrina osserva come, sebbene la legge adotti quale criterio di imputazione della responsabilità medico-sanitaria la colpa, l'accoppiamento tra responsabilità e assicurazione abbia determinato una profonda modificazione del modo di funzionare del sistema. E, per altro verso, constata come l'ampliarsi delle aspettative di cura abbia alimentato una sorta di "oggettivazione" della responsabilità in via giurisprudenziale[51].

Ora, nel caso dal quale siamo partiti, il punto critico è stabilire se si possa ritenere che la prestazione della struttura sanitaria, una volta accolti i pazienti, si estenda fino al punto di dover garantire un accesso alla terapia intensiva commisurato agli effettivi bisogni straordinari che si manifestano nel corso di una pandemia, investendo la stessa di una responsabilità oggettiva per fatto proprio.

La conclusione affermativa non è automatica, ma non può nemmeno essere esclusa a priori, soprattutto se si concepisce il principio della sicurezza delle cure in senso ampio, tale da imporre all'ente ospedaliero l'obbligo di rimuovere gli ostacoli che nel corso di un'epidemia si frappongono alla piena fruizione delle prestazioni sanitarie necessarie alla cura dei pazienti ricoverati. Occorrerebbe inoltre valutare a monte se l'eventuale carenza di risorse materiali e/o di personale riscontrata in concreto rientri in uno standard esigibile da un ente capace di orientare le proprie scelte organizzative a criteri di efficienza e razionalità.

In ogni caso è certo che, in ragione della normale diversità tra le prestazioni assunte, occorre distinguere la responsabilità del medico da quella della struttura sanitaria, quandanche siano entrambe da ricondurre al modello di cui agli artt. 1218 ss. c.c.[52]

si vedano, tra gli altri, G. Smorto, *Responsabilità medica (I agg.)*, in *Dig. civ.*, *Agg.*, 2018, a cura di Valentina Lo Voi, § 4, e R. Calvo, *op. cit.*, § 5, il quale ulteriormente osserva che, nel modello di attività d'impresa, la responsabilità del medico smarrisce il requisito di presupposto essenziale di quella addossabile alla struttura sanitaria potendosi scorgere una responsabilità dell'ente slegata dall'accertamento di una condotta negligente dei suoi ausiliari (medici e infermieri), fatta salva la dimostrazione che l'evento cagionante la lesione al paziente non le sia imputabile, essendo estraneo al rischio tipico gravante sulla stessa.

[51] Così G. D'Amico, *Responsabilità medica e istituti alternativi*, cit., p. 165.

[52] Ossia «qualora il medico abbia agito nell'adempimento di un'obbligazione contrattuale assunta con il paziente» (art. 7, comma 3, l. n. 24/2017). Sulla separazione delle sorti di medico e struttura sanitaria nel giudizio di responsabilità civile per danni derivanti dall'insufficienza delle apparecchiature predisposte per affrontare prevedibili emergenze o complicazioni, ovvero per il ritardo nel trasferimento del pa-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

A parte dunque la possibilità di ravvisare una responsabilità oggettiva dell'ente ospedaliero basata sul rischio di impresa e ragionando ora sulla base di un criterio di imputazione soggettivo, a fronte di danni connessi ad attività espletate in un contesto di eccezionale sproporzione tra risorse disponibili e numero di pazienti, le conseguenze particolarmente severe della responsabilità medico-sanitaria potrebbero essere temperate facendo ricorso al concetto di inesigibilità, sempre che non si possa riscontrare, com'è probabile in alcuni casi, una vera e propria impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore[53], con conseguente liberazione secondo le ordinarie regole della responsabilità contrattuale.

Rispetto alla più ampia attività professionale del medico nel contesto emergenziale, non si può tacere inoltre che gli operatori sanitari si sono trovati al cospetto di situazioni che, in ragione della novità delle questioni trattate e dell'inesistenza di studi scientifici sugli effetti causati dal Covid-19 e sul trattamento delle conseguenti patologie (e quindi di veri e propri protocolli), possono essere state foriere di "problemi tecnici di speciale difficoltà" in presenza dei quali il professionista intellettuale risponde dei danni soltanto in caso di dolo o colpa grave (art. 2236 c.c.)[54].

Infine, per completare il quadro, sempre con generale riferimento a tutte le possibili fattispecie di danni subiti dai pazienti nella fase emergenziale, occorre ricordare che, qualora sia stata proposta e accolta una domanda di risarcimento nei confronti della struttura sanitaria pubblica, la responsabilità amministrativa degli esercenti le professioni sanitarie chiamati a rispondere in sede di rivalsa – oltre ad essere limitata al caso di dolo o colpa grave del dipendente – è giu-

ziente in un presidio medico adeguatamente attrezzato, v. Cass., sez. III, 11 maggio 2009, n. 10743. Sull'autonomia delle posizioni, anche Cass., sez. un., 1 luglio 2002, n. 9556, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 689.

[53] In quest'ultimo senso, E. Scoditti, *Un'ipotesi di inserimento di norme sulla responsabilità civile sanitaria nella legislazione Covid-19*, in *Questione giust.*, 10 aprile 2020, nel riferirsi alla condotta e responsabilità del medico.

[54] La limitazione di responsabilità per i problemi tecnici di particolare difficoltà dovrebbe valere, per la valutazione della colpa medica, anche sotto l'inquadramento della responsabilità nella disciplina dell'illecito aquiliano. Secondo la giurisprudenza, essa è ancorata ai casi di imperizia, non anche di negligenza e imprudenza (v. Cass., sez. III, 12 marzo 2013, n. 6093), e può riguardare le vicende in cui il problema affrontato non è stato ancora adeguatamente studiato dalla scienza medica (v. Cass., sez. III, 1 febbraio 2011, n. 2334).

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

stamente attenuata dal fatto che, nella quantificazione del danno, «si tiene conto delle situazioni di fatto di particolare difficoltà, anche di natura organizzativa, della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica, in cui l'esercente la professione sanitaria ha operato»[55]. Tali circostanze possono incidere, alleggerendone l'ammontare, sulla quantificazione delle somme ripetibili mediante l'azione di responsabilità amministrativa. La previsione, che tiene conto del non infrequente concorso nella fattispecie lesiva di cause imputabili a deficienze del sistema sanitario, sembra destinata a trovare riscontro nell'eccezionale situazione esaminata. Essa può considerarsi espressione del principio secondo il quale le conseguenze delle carenze strutturali e organizzative del presidio ospedaliero non possono essere automaticamente, né integralmente fatte ricadere sul medico che ivi presta la sua opera professionale[56].

4. *Riflessioni conclusive*. – La pandemia ha portato con sé un patrimonio di sollecitazioni sensazionali per una migliore organizzazione del sistema sanitario e per la creazione di condizioni funzionali a una piena tutela del diritto alla salute anche in contesti emergenziali. Se non se ne vorranno perdere i possibili effetti benefici, esse andranno presto razionalizzate e tradotte in azioni e discipline che, da una parte, costringano le strutture sanitarie ad un'organizzazione efficiente, capace di reagire tempestivamente e in modo adeguato ad eventi epidemici di portata eccezionale e, dall'altra, preservino gli esercenti le professioni sanitarie da responsabilità giuridiche troppo strin-

[55] V. il quinto comma dell'art. 9 l. n. 24/2017 che regola l'azione di rivalsa esercitata in sede amministrativa dal pubblico ministero presso la Corte dei conti a tutela della struttura sanitaria pubblica, nonché la rivalsa che può essere promossa davanti al giudice ordinario dalla struttura privata nei confronti del medico dopo aver risarcito il danneggiato. In tema, C. Chessa, *La cd. «azione di rivalsa» nei confronti dell'esercente la professione sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 396 ss.; G. Facci, *L'azione di rivalsa della struttura sanitaria tra le sentenze di San Martino e la l. Gelli-Bianco*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 222 ss.; Id., *La colpa grave del sanitario, il danno erariale indiretto e l'assicurazione con franchigia della struttura*, in *Corr. giur.*, 2019, 12, p. 1501 ss.

[56] Per ulteriori approfondimenti sulle distinte responsabilità delle strutture sanitarie, dei medici e di coloro che ricoprono posizioni di vertice come i dirigenti e i direttori, v. M: Faccioli, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, Pisa, 2018, spec. p. 135 ss.; Id., *L'incidenza delle carenze strutturali e organizzative dell'ente sanitario sui doveri e sulle responsabilità individuali del medico*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1851 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

genti, mettendoli nelle condizioni di lavorare in modo sereno, almeno sotto questo profilo.

In questo ripensamento, potrebbero ottenere un riconoscimento sul piano normativo tutele di tipo indennitario che andrebbero congegnate in modo da assicurare ai pazienti pregiudicati il ristoro di danni particolarmente gravi e di difficile accertamento, senza tuttavia deresponsabilizzare i medici e soprattutto la classe dirigente delle strutture ospedaliere.

La logica di fondo che sorregge questo genere di rimedi alternativi alla responsabilità civile non sembra poi così distante dalla proposta di chi in concomitanza con l'emergenza ha ipotizzato la costituzione di un "patrimonio destinato", nel quale far confluire una quota dei risarcimenti corrisposti per danni alla salute, così da finanziare la ricerca e creare le condizioni per un'assistenza sanitaria più adeguata e cure più specializzate, a beneficio della salute collettiva[57].

Il potenziamento di strumenti di tutela indennitari, alternativi alla responsabilità civile, sarebbe un buon modo per continuare ad attuare il dovere di solidarietà sociale correlato alla salute umana che ha già pervaso i rapporti privati[58].

Si tratta, insomma, di tradurre in positivo e in misure tangibili l'esperienza vissuta e il valore della solidarietà in favore delle vittime e, per quanto possibile, dell'intera comunità.

L'analisi multidisciplinare di quanto avvenuto durante la pandemia potrà certamente aiutare ad individuare i piani e le modalità di azione da assumere in futuro per migliorare il funzionamento del sistema sanitario, eventualmente anche mediante un'integrazione della normativa che regola l'attività medico-sanitaria. Nella consapevolezza dell'utopia di un sistema perfetto, capace di dare piena soddisfazione a tutte le pretese di cura e salute, come la Costituzione vorrebbe, si tratta di un obiettivo che merita l'attenzione e l'impegno di tutti, non ultimi i giuristi.

[57] V. M. Maggiolo, *Una autentica solidarietà sociale come eredità del coronavirus: per una diversa destinazione dei risarcimenti del danno alla salute*, in *Giustizia civile.com*, editoriale del 2 aprile 2020.

[58] V. F. Bocchini, *Salute e sanità tra solidarietà e responsabilità*, in *Contr. impr.*, 2018, 1, p. 126 ss.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Abstract

La pandemia Covid-19 ha repentinamente ricondotto a unità i due volti, sociale e individuale, del diritto alla salute acuendo alcuni problemi tipici dell'attività sanitaria: il rischio di contagi nosocomiali e l'assunzione di decisioni di cura in un contesto di squilibrio tra bisogni di salute e risorse disponibili. Il saggio affronta tali questioni alla luce del sistema della responsabilità civile delineato dalla legge n. 24/2017, avanzando qualche proposta integrativa del quadro delle tutele.

The Covid-19 pandemic has promptly brought together the social and individual aspects of the right to health, highlighting some issues that are typical of the healthcare service: nosocomial contagion risk and cure decision against the backdrop of disequilibrium between health needs and available resources. The essay tackles these matters in light of the civil liability system outlined within the law n. 24/2017, putting forward some integrative proposals of the protection framework.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Stefania Puddu

*Istruzione e inclusione: profili giuridici e parametri giurisprudenziali**

Sommario: 1. Premessa. – 2. Istruzione e inclusione nella Carta fondamentale. – 3. *Segue*. – 4. Istruzione e inclusione nella giurisprudenza amministrativa. – 5. Pareggio di bilancio "versus" inclusione?

1. *Premessa*. – Il mio contributo nasce da un brutto ricordo della scorsa estate.

Nel luglio del 2017 alcuni quotidiani nazionali pubblicavano il regolamento della Scuola elvetica di Milano: essendo la Scuola Svizzera *impegnativa e multilingue*, recitava l'art. 2.5, «non è ottimale per gli studenti affetti da *disturbi dell'apprendimento*, quali: dislessia, discalculia, Adhs, Sindrome Asperger, autismo, e disturbi comportamentali. In caso di *disturbi di lieve entità* gli allievi vengono aiutati dagli insegnanti a progredire, ma devono comunque *soddisfare i regolari criteri* di promozione. *Eventuali costi* derivanti da conseguenti lezioni supplementari, assistenza psicologica o fisica, saranno a carico dei genitori. Essendo l'edificio su più livelli, *privo di ascensore*, non è altresì una Scuola adatta a studenti con *gravi handicap motori*»[1].

* Il presente contributo, già pubblicato nella Rivista Giuridica Sarda (S. Puddu, *Istruzione e inclusione, profili giuridici e parametri giurisprudenziali*, in *Riv. giur. sarda*, 2013, pp. 29 e ss.), è la rielaborazione dell'intervento alla Summer School su "Human rights and social inclusion. il diritto allo studio in una prospettiva inclusiva", svoltasi a Cagliari nei giorni 2-6 luglio 2018, organizzata dal Dipartimento di Giurisprudenza (Facoltà di Scienze Economiche, Giuridiche e politiche) dell'Università degli Studi di Cagliarei, in partenariato con la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Mar de Plata (Argentina).

[1] Tra le testate giornalistiche che si occuparono del caso ricordo, senza pretesa di esaustività, l'articolo comparso a fine luglio 2017, su la Stampa (*Scuola svizzera di Milano rifiuta chi ha disturbi di apprendimento o motori. Sala: "Inaccettabile")*, reperibile in *ww.lastampa.it.* Per completezza d'informazione bisogna anche ricordare che dopo le numerose proteste degli esponenti del mondo politico e non solo, il punto 2.5 del regolamento è stato rimosso.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Superata la sensazione di sdegno che avrebbe pervaso, d'altra parte, chiunque fosse dotato di un minimo di umanità e di senso civico, mi sono chiesta, da giurista, se fosse possibile per una struttura scolastica esclusivista ed escludente operare legittimamente nel nostro ordinamento. L'Istituto svizzero, seppur privato, ha sede in Italia ed il suo titolo di studio permette l'iscrizione a tutte le Università del territorio nazionale. Le sue regole non possono perciò confliggere con i valori profondi del nostro ordinamento, espressi innanzitutto dalla Costituzione.

È ben noto che la nostra Carta fondamentale si sia orientata in una direzione del tutto contraria, l'Italia d'altra parte è stata uno dei primi Paesi europei a superare il sistema delle classi differenziali e delle scuole speciali, nelle quali venivano educati gli studenti diversamente abili sino alla prima metà degli anni Sessanta.

La l. 30 marzo 1971, n. 118, nello stabilire che anche gli alunni disabili (ad eccezione di quelli in situazione di particolare gravità), dovevano frequentare le scuole comuni, ha segnato un primo e decisivo cambio di rotta: viene introdotto il principio di "integrazione" che verrà ulteriormente nel esteso dal 1977 a tutti gli alunni disabili della scuola elementare e media dai 6 ai 14 anni[2].

[2] *L'iter* normativo sopra descritto è efficacemente sunteggiato in una nota sentenza della Corte costituzionale (Corte cost., 3 giugno 1987, n. 215); ancora negli anni sessanta, osservava la Consulta, «le leggi 24 luglio 1962, n. 1962, n. 1073 (recante i «Provvedimenti per lo sviluppo della scuola nel triennio dal 1962 al 1965») e 31 ottobre 1966, n. 942 (relativa al «Finanziamento del piano di sviluppo della scuola nel quinquennio dal 1966 al 1970») prevedevano stanziamenti per il funzionamento di tali strutture speciali. La legge 31 dicembre 1962, n. 1859, istitutiva della scuola media statale, contempla classi differenziali per «alunni disadattati scolastici» (art. 12) e la legge 18 marzo 1968, n. 444, relativa alla scuola materna statale, istituisce sezioni o, per i casi più gravi, scuole speciali per i bambini da tre a cinque anni affetti da disturbi dell'intelligenza o del comportamento o da menomazioni fisiche o sensoriali.

Negli anni settanta, questo indirizzo viene sostanzialmente ribaltato. La legge 30 marzo 1971, n. 118 – oltre a prevedere, per i «mutilati ed invalidi civili», corsi di istruzione per l'espletamento o completamento della scuola dell'obbligo presso i centri di riabilitazione, scuole per la formazione di assistenti educatori e assistenti sociali specializzati e particolari misure per l'addestramento professionale (artt. 4, 5 e 23) – stabilisce – come si è visto – che «l'istruzione dell'obbligo deve avvenire nelle classi normali della scuola pubblica» (art. 28) e che « Esclusivamente quando sia accertata l'impossibilità di far frequentare ai minorati la scuola pubblica dell'obbligo» si istituiranno «per i minori ricoverati» nei centri di degenza e di recupero, classi normali «quali sezioni staccate della scuola statale» (art. 29).

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Inizia così una piccola rivoluzione sociale e giuridica, avvalorata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 215 del 3 giugno 1987 – che afferma il diritto pieno ed incondizionato di tutti gli alunni disabili, anche gravi, di frequentare le scuole superiori[3] – e dalla ben nota legge 104 del 1992 che rappresenta, a tutt'oggi, una Carta fondamentale dei diritti della persona diversamente abile[4].

2. *Istruzione e inclusione nella Carta fondamentale*. – Da questa breve rassegna emerge già univocamente la volontà legislativa di gettare le basi di una scuola inclusiva e contrastare, al tempo stesso, i fenomeni di marginalizzazione.

Questo è perfettamente in linea con la nostra Costituzione che ci parla di Istruzione, inclusione (artt. 34 e 38 Cost.) ed anche di solidarietà e di uguaglianza (artt. 2 e 3 Cost.).

Giuridicamente questi concetti non possono essere disgiunti ma interagiscono tra loro.

Il diritto all'istruzione, ad esempio, è un diritto fondamentale, che

La legge 4 agosto 1977, n. 517, poi, «al fine di agevolare l'attuazione del diritto allo studio e la promozione della piena formazione della personalità» prevede per la scuola elementare (art. 2) e media (art. 7) forme di integrazione e di sostegno a favore degli alunni portatori di handicaps, da realizzarsi tra l'altro attraverso limitazioni numeriche delle classi in cui costoro sono inseriti, predisposizione di particolari servizi ed impiego di docenti specializzati. Con la medesima legge (art. 7, ultimo comma) sono abolite le classi differenziali. La successiva legge 20 maggio 1982, n. 270 provvede poi (art. 12) circa le dotazioni organiche, nei ruoli di dette scuole, degli insegnanti di sostegno (di regola, uno ogni quattro alunni portatori di handicaps)».

[3] Per il Giudice delle leggi «è innegabile che le esigenze di apprendimento e socializzazione che rendono proficua a questo fine la frequenza scolastica non vengono meno col compimento della scuola dell'obbligo: anzi, proprio perché si tratta di complessi e delicati processi nei quali il portatore di handicaps incontra particolari difficoltà, è evidente che una loro artificiosa interruzione, facendo mancare uno dei fattori favorenti lo sviluppo della personalità, può comportare rischi di arresto di questo, quando non di regressione. Altrettanto innegabile è, d'altra parte, che l'apprendimento e l'integrazione nella scuola sono, a loro volta, funzionali ad un più pieno inserimento dell'handicappato nella società e nel mondo del lavoro: e che lo stesso svolgimento di attività professionali più qualificate di quelle attingibili col mero titolo della scuola dell'obbligo – e quindi il compimento degli studi inferiori – può favorire un più ricco sviluppo delle potenzialità del giovane svantaggiato e quindi avvicinarlo alla meta della piena integrazione sociale».

[4] L. 5 febbraio 1992, n.104 (Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate), pubblicata in Gazz. uff., 17 febbraio 1992, n. 39, suppl. ord..

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

ne condiziona molti altri la libertà, il lavoro, la salute e il, benessere dipendono dalla quantità e dalla qualità dell'istruzione ricevuta[5].

Esiste in altri termini, un molto rapporto stretto tra identità personale e acquisizione di conoscenze, tra il sistema educativo e lo sviluppo della personalità, per questo il contenuto del diritto all'istruzione si arricchisce quotidianamente di contenuti nuovi[6]. Se si leggono questi diritti nel prisma dell'effettività «il diritto all'istruzione non comprende solamente il diritto per tutti di essere ammessi alla scuola, ma deve essere inteso come diritto a ricevere un'adeguata istruzione ed educazione per la formazione della personalità e l'assolvimento dei compiti sociali della persona, ed è strettamente legato al modo in cui il sistema scolastico è organizzato in concreto»[7].

3. *Segue*. – In un contesto costituzionalmente orientato, come quello che si è descritto, una particolare attenzione viene infatti dedicata alle necessità delle persone più fragili[8].

L'inclusione scolastica è disciplinata, come già detto, dall'art. 38, c. 3, Cost. (che riconosce agli inabili ed ai minorati il diritto all'educazione e all'avviamento professionale), si può peraltro sostenere, alla luce delle altre disposizioni costituzionali, che impongono la rimozione degli ostacoli al pieno sviluppo della persona che il principio non riguarda più oggi solo i portatori di disabilità (v. artt. 3 e 2 Cost.).

Le Scuole accolgono oggi, d'altra parte, un numero crescente di studenti con bisogni educativi "speciali" (Bes o Sen), non sempre disabili, che in mancanza di interventi specifici rischiano di essere marginalizzati o esclusi dal percorso scolastico.

Il compito degli operatori giuridici è perciò quello di garantire in presenza di tali necessità l'adeguatezza degli strumenti di inclusione, solo in questo modo si assicura l'effettività del principio di eguaglianza.

Per noi giuristi l'eguaglianza è un valore centrale del sistema co-

[5] Così Bonamore, *L'istruzione educazione diritto essenziale e status permanente dell'individuo*, in *Dir. fam.*, 1995, p. 1594 ss.

[6] Sul punto v. Masci, *L'inclusione scolastica dei disabili: inclusione sociale di persone*, in *www.costituzionalismo.it*, n. 2/2017, pp. 138 e 140.

[7] Così Buscema, *Il diritto all'istruzione degli studenti disabili*, in *Rivista AIC*, n. 4-2015, p. 4 (nota 22), il quale cita Barbera, Fusaro, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2008, p. 148.

[8] Che la disabilità sia una forma di vulnerabilità è evidenziato da Masci, *L'inclusione scolastica dei disabili: inclusione sociale di persone*, cit., p. 133 ss.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

stituzionale, non la intendiamo certamente come omogeneità sociale od omologazione degli individui, non opera in altri termini, a nostro avviso, «come un rullo compressore»[9].

I Padri Costituenti hanno voluto, al contrario, valorizzare le specificità e le "diversità" di ciascuno, ma si sono posti il problema di «impedire che tali inevitabili differenze siano il presupposto per atti di discriminazione, intacchino la dignità della persona, impedendo il formarsi di eguali opportunità effettive»[10].

Alla base della Costituzione c'è insomma un disegno personalista, centrato sull'individuo ed alle sue specificità, la giurisprudenza amministrativa sottolinea spesso questi concetti ponendo ad esempio in evidenza che le misure di integrazione e sostegno, devono essere adeguate e rapportate alle emergenti necessità individuali.

Come sottolineano i giudici amministrativi occorre evitare che il soggetto disabile «fruisca solo nominalmente del percorso di istruzione, essendo impossibilitato ad accedere ai contenuti dello stesso in assenza di adeguate misure compensative, e tale rapporto di adeguatezza va evidentemente parametrato in funzione dello specifico e concreto ciclo scolastico frequentato»[11].

Sul piano concreto l'attuazione del disegno personalista richiede, interventi sociali e sanitari volti ad assicurare la frequenza scolastica del disabile, la predisposizione di un percorso educativo incentrato sui tratti caratteristici propri del singolo alunno, oltre alla presenza di alcune figure specialistiche: l'insegnante di sostegno, l'assistente educativo e/o alla comunicazione e l'assistente all'igiene.

L'assistente educatore offre, com'è noto, un supporto individualizzato, diverso dalla didattica in senso stretto, fondamentale nondimeno, sul piano organizzativo per garantire l'effettività del diritto all'istruzione degli studenti disabili o svantaggiati (v. art. 13, comma 3 della Legge 104/92).

L'assistenza specialistica, se prescritta nella documentazione sanitaria-scolastica, è dovuta, sottolinea la giurisprudenza, dall'Ente Lo-

[9] Così Faberi, *Intervento* alla Tavola rotonda su *Le diseguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello*, cit., p. 138.

[10] Ancora Buscema, *Il diritto all'istruzione degli studenti disabili*, cit., p. 9 (nt. 65), il quale cita G. Rolla, *Manuale di diritto pubblico*, Torino, 2000, p. 310.

[11] Così TAR Napoli, sez. VI, 18 agosto 2015, n. 4264, reperibile in *www.giustizia-amministrativa.it*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

cale e, se quest'ultimo non adempie alla richiesta di assistenza, è tenuto a risarcire il danno[12].

4. *Istruzione e inclusione nella giurisprudenza amministrativa*. – Altra figura chiave ai fini dell'inclusione scolastica effettiva è l'insegnante di sostegno. La disciplina di riferimento lo qualifica come «risorsa che promuove i processi di integrazione differenziati e rivolti alla classe», e non come insegnante personale dell'alunno certificato[13].

Nella scuola inclusiva, il sostegno non andrebbe, in altri termini, centrato solo sull'alunno disabile ma «indirizzato alla classe in generale ed anche agli insegnanti curriculari con l'obiettivo di aiutarli a migliorare specifiche abilità di trattamento e gestione dei bisogni educativi speciali presenti nelle classi»[14].

La giurisprudenza lo ha affermato chiaramente evidenziando come l'insegnante specializzato una volta assegnato, assuma «la contitolarità delle sezioni e delle classi in cui opera, e partecipa alla programmazione educativa e didattica al pari degli altri docenti, non essendo destinato in via esclusiva ad una specifica docenza di un alunno individuato, ferma restando la non necessaria coincidenza del monte ore di frequenza settimanale dell'alunno con l'orario-cattedra settimanale del singolo docente, che potrebbe rivelarsi insufficiente a coprire l'intero monte ore di frequenza settimanale, specie nei casi in cui l'alunno abbia optato per una frequenza a tempo pieno»[15].

Sul piano giuridico e delle mansioni la distinzione tra insegnanti "ordinari" e insegnanti di sostegno non è dunque netta come invece accade nel reale dove la separazione si riflette nella «divisione – nel contesto classe – tra studenti "normali" e studenti "speciali"»[16]. Così ragionando si semplifica, peraltro, forzatamente la complessità delle realtà scolastiche «qui si scopre che gli alunni speciali hanno anche

[12] Fra le tante sentenze che lo affermano ne ricordiamo una delle prime, ovvero TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 15 maggio 2009, n. 925, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che ha quantificato equitativamente il danno subito da un minore rimasto sfornito di assistente in 5.000,00, per l'intero anno scolastico.

[13] Così A. Lascioli, *Dalla scuola dell'integrazione alla scuola dell'inclusione*, in *L'Educatore*, n. 2/2011, p. 3.

[14] Ancora A. Lascioli, *Dalla scuola dell'integrazione alla scuola dell'inclusione*, cit., p. 3.

[15] Così si esprime Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 2015, n. 204, reperibile in *www. giustizia-amministrativa.it*.

[16] A. Lascioli, *Dalla scuola dell'integrazione alla scuola dell'inclusione*, cit., p. 4.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

bisogni normali e che anche gli alunni normali possono avere bisogni educativi speciali»[17].

La logica dell'inclusione richiederebbe invece «di transitare dall'idea di una scuola che incarna un sistema duale ad un sistema unificato (nella stessa classe convivono senza interazioni reciproche la programmazione disciplinare di classe e il Piano Educativo Individualizzato per l'allievo/gli allievi in difficoltà), all'idea di una scuola a sistema unico (in cui la classe identifica un gruppo di allievi naturalmente eterogeneo in cui tutti gli allievi progrediscono ciascuno a loro modo nei processi d'aula»[18].

L' effettività del diritto all'istruzione e all'inclusione scolastica degli alunni con bisogni speciali, ed in particolare di quelli diversamente abili, presuppone come si è finora evidenziato, la collaborazione fattiva delle pubbliche amministrazioni che devono prendere le decisioni organizzative più adeguate.

Le scelte amministrative inappropriate, se illegittime, sono state sanzionate infatti dai giudici amministrativi che hanno annullato, per fare qualche esempio, gli atti con i quali un Istituto scolastico ha composto una classe (frequentata da un minore con disabilità), assegnando ad essa il numero complessivo di trentuno alunni[19].

Non sono neanche tollerabili i silenzi amministrativi: è illegittimo, secondo il Tar Palermo, «il silenzio serbato dalle amministrazioni scolastiche intimate sull'istanza di continuità didattica dell'insegnante di sostegno, in quanto i genitori di un minore, alunno disabile grave, hanno certamente un interesse qualificato alla definizione dell'iter di assegnazione dell'insegnante di sostegno, e ad ottenere una risposta (qualunque essa sia) in ordine alla specifica istanza di «continuità didattica», atteso che la peculiare e delicata situazione dell'alunno rende ancora più incidente sull'effettività del diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica la possibile garanzia della «continuità didattica»[20].

Non minore sensibilità è stata mostrata dal Tar Sardegna, che dopo

[17] A. Lascioli, *Dalla scuola dell'integrazione alla scuola dell'inclusione*, cit., p. 4.

[18] M. Pavone, *La formazione degli insegnanti per gestire l'eterogeneità in seno al gruppo classe*, in *L'integrazione scolastica e sociale*, Trento, 2004, 3, 2, p. 127, l'A. è citata da A. Lascioli, *op. loc. ult. cit.*

[19] TAR Toscana, sez. I, 19 settembre 2016, n. 1367, in *www. giustizia-amministrativa.it*.

[20] Così TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 11 luglio 2013, n. 1491, in *www. giustizia-amministrativa.it*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

aver accertato la illegittimità del silenzio amministrativo in ordine ad una istanza di genitori che chiedevano la somministrazione dei farmaci nel corso dell'orario scolastico nei confronti del figlio disabile ha condannato il dirigente della Direzione Didattica, a provvedere, entro 15 (quindici) giorni dalla comunicazione della sentenza[21].

Insomma secondo i giudici amministrativi la tutela del minore disabile non consente di ammettere ritardi, a causa di «necessari tempi burocratici»[22].

5. *Pareggio di bilancio "versus" inclusione?* – Un elemento di apparente distonia rispetto al quadro che ho sinora descritto è stato introdotto dalla legge 18 aprile 2012, n. 1, che ha costituzionalizzato il principio dell'equilibrio di bilancio[23].

L'inclusione scolastica dei portatori di handicap si è detto, interpretando in maniera alquanto frettolosa il nuovo quadro normativo, è stata subordinata al contenimento della spesa pubblica.

In realtà non è così.

L'idea che l'inclusione scolastica possa essere subordinata al contenimento della spesa pubblica è stata decisamente respinta dalla un'importante decisione della Consulta che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una disposizione legislativa regionale (Regione Abruzzo) che subordinava l'erogazione di un contributo alle disponibilità finanziarie della Regione, escludendo così che la scolarizzazione dei disabili possa esser subordinata ai vincoli di bilancio[24].

[21] TAR Sardegna, 24 marzo 2012, n. 276, in *www.giustizia-amministrativa.it*, nella fattispecie i genitori ricorrenti esponevano di avere iscritto il loro figlio alla scuola dell'infanzia. «Poiché il bambino soffriva di crisi comiziali, per le quali è necessario provvedere tempestivamente alla somministrazione di farmaci, i genitori chiedevano insistentemente (ma senza successo) al dirigente scolastico e alla A.S.L. competente, l'attivazione del servizio di assistenza scolastica specialistica e la individuazione del personale preposto, nell'ambito dell'organizzazione scolastica ovvero attraverso accordi con altre amministrazioni competenti (ASL o Comune)».

[22] TAR Sardegna, 16 novembre 2012, n. 999, in *www. giustizia-amministrativa.it*.

[23] Sul tema v. L. Monteferrante, *La dignità della persona umana tra istanze di tutela dei diritti sociali ed esigenze di contenimento della spesa pubblica: prospettive a confronto*, Padova, 2013 e anche M. Luciani, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità, relazione presentata al convegno sul tema "Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012"*, Roma, 22 novembre 2013, pp. 18 ss.

[24] Così Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275, che accoglie la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, c. 2-bis, l. r. 15 dicembre 1978, n. 78, della Regione

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Nella stessa direzione la VI sezione del Consiglio di Stato ha affermato che «il diritto all'istruzione del minore portatore di handicap ha rango di diritto fondamentale, che va rispettato con rigore ed effettività sia in adempimento ad obblighi internazionali (artt. 7 e 24 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006, ratificata con l. 3 marzo 2009, n. 18), sia per il carattere assoluto proprio della tutela prevista dagli artt. 34 e 38, commi 3 e 4, Cost. (v. Corte cost. 26 febbraio 2010, n. 80)»[25].

Infatti, osserva il Giudice amministrativo, «la garanzia dell'effettività del diritto all'istruzione degli studenti disabili rappresenta un dovere primario dello Stato rispetto al quale i problemi della finanza pubblica sono recessivi»[26].

Coerentemente a tali premesse il Tar Palermo ha disposto l'assegnazione di un insegnante di sostegno secondo il rapporto 1/1 ad un allievo autistico di una Scuola d'Infanzia dell'istituto comprensivo, condannando il Miur e l'Usr siciliano al pagamento in favore dei ricorrenti delle spese del giudizio[27].

Da un lato viene censurato l'operato del Miur, e degli Uffici scolastici, che avevano assegnato all'allievo un insegnante di sostegno per metà del tempo scuola, sotto altro profilo si è riaffermato il valore del diritto all'istruzione che non può essere mai subordinato al risparmio sulla spesa pubblica[28].

Abruzzo. La disposizione censurata subordinava il trasporto degli studenti disabili «alla sussistenza di risorse *budgetariamente* certificate, assoggettando la contribuzione a un dato aleatorio e non predeterminabile come la gestione contabile».

[25] Cons. Stato, sez. VI, 27 ottobre 2014, n.5317, in *www. giustizia-amministrativa.it*.

[26] Così TAR Palermo, sez. I, 27 maggio 2016, n. 1828, allineandosi a Corte cost., 22 febbraio 2010, n. 9.

[27] Così TAR Palermo, sez. I, 27 maggio 2016, cit.

[28] Come aveva già affermato la storica decisione della Corte costituzionale (Corte cost., 3 giugno 1987, n. 215, cit.), «La partecipazione al processo educativo con insegnanti e compagni normodotati costituisce, infatti, un rilevante fattore di socializzazione e può contribuire in modo decisivo a stimolare le potenzialità dello svantaggio, al dispiegarsi cioè di quelle sollecitazioni psicologiche atte a migliorare i processi di apprendimento, di comunicazione e di relazione attraverso la progressiva riduzione dei condizionamenti indotti dalla minorazione».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Marianna Rinaldo

L'ammissibilità della nullità "selettiva" invocata dall'investitore in funzione applicativa della nullità di protezione

Sommario: 1. La *ratio* funzionale della nullità di protezione. – 2. La forma *ad substantiam* del contratto quadro di investimento ai sensi dell'art. 23 TUF. – 3. La natura del contratto quadro di investimento e la nullità selettiva degli ordini di investimento. – 4. La buona fede contro l'abuso dell'investitore a danno dell'intermediario. Il principio di diritto adottato dalle Sezioni Unite con la pronuncia n. 28314/2019.

1. *La* ratio *funzionale della nullità di protezione.* – Nella legislazione speciale, su spinta del diritto europeo, è sempre più frequente il ricorso alle nullità di protezione. L'uso non casuale della declinazione al plurale[1] vuole sottintendere un apparato rimediale eterogeneo che ha soppiantato il sistema bipartitico tradizionale dell'invalidità codicistica (nullità e annullabilità[2]). In tal senso, è consueto sentir parlare in dottrina di frammentazione o destrutturazione della categoria della nullità[3]. Ridurre a categoria giuridica unitaria le nullità di protezione è operazione altresì complessa. La figura nasce ibrida in quanto, da un lato, si distacca volutamente da quella tipica *ex* artt. 1418 ss. c.c. e, dall'altro, trova spazi applicativi variegati allo scopo di proteggere posizioni negoziali svantaggiate dalla natura fisiologi-

[1] V. Scalisi, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv*., 2001, p. 489 ss.

[2] Sui connotati differenziali dei due rimedi contrattuali cfr.: F. Carresi, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. comm*., diretto da A. Cicu, F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XXVI, 2, Milano, 1987, p. 647 ss.; E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 471 ss.; F. Messineo, voce *Annullabilità e annullamento (dir. priv.)*, in *Enc. dir*., II, Milano, 1958, p. 469 ss; P. Trimarchi, *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico*, in *Temi*, 1955, p. 191 ss.

[3] A. La Spina, *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012, *passim*; F. Di Marzio, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli, 2011, p. 215, nota 108.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

camente asimmetrica del contratto. Lo squilibrio contrattuale non è occasionale ed innerva la struttura di particolari contratti divenendo parte essenziale ed integrante degli stessi[4]. Le cause che giustificano l'esperimento del rimedio giudiziale sono differenti, ad esempio il mancato rispetto dei requisiti formali sanciti dalla legge (art. 23, co. 1, TUF; art. 117, co. 1 e 3, TUB; art. 2, co. 1, l. n. 192/1998; art. 35, d.lgs. n. 79/2011) ovvero la presenza di pattuizioni che arrecano una evidente sproporzione tra le responsabilità, i diritti e gli obblighi facenti capo ai contraenti (art. 36 cod. cons.; art. 9, co. 3, l. n. 192/1998)[5]. Il tratto comune delle varie discipline lo si rintraccia proprio nella funzione di tutela del contraente debole[6], unico legittimato attivo a richiedere la declaratoria di inefficacia del contratto o delle singole clausole abusive/vessatorie[7] (nullità relativa[8]), pur permanendo la rilevabilità d'ufficio da parte del giudice[9].

[4] «A partire dagli anni Ottanta la normativa comunitaria sugli scambi ha moltiplicato le forme di protezione di situazioni seriali di debolezza contrattuale: consumatori, utenti di servizi, ma anche imprese minori» (V. Roppo, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 19).

[5] A. Gentili, *La "nullità di protezione"*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 4, p. 79, precisa che «non si tratta, però, di una debolezza di natura socio-economica, ma tecnica».

[6] Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243.

[7] A. Natucci, *Invalidità di protezione e nullità delle clausole vessatorie alla luce dei principi costituzionali (italiani ed europei)*, in *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, a cura di G. Iudica, G. Alpa, Napoli, 2006, p. 227.

[8] G. D'Amico, *Nullità virtuale-nullità di protezione, variazioni sulla nullità*, in *Contratti*, 2008, p. 732 ss.; V. Scalisi, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 459 ss.; G. Passagnoli, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 191 ss.

[9] Sulla rilevabilità d'ufficio della nullità relativa non sono mancati accesi dibattiti. La disciplina induce a domandarsi come sia possibile che l'ordinamento abbia previsto il libero intervento del giudice al fine di determinare le sorti del contratto laddove la legge attribuisce al solo contraente debole, in ragione dei propri interessi, l'autonomia di decidere se invocare la nullità del contratto o della clausola. In dottrina solleva tali dubbi M. Girolami, *La fiera delle nullità*, in *Annuario del contratto*, 2018, diretto da A. D'Angelo, V. Roppo, Torino, 2018, p. 69. Il correttivo a questa contraddizione ci perviene dalla Corte di giustizia (C-243/08, *Pannon*, 4 giugno 2009): «la Corte, nella sua sentenza 21 novembre 2002, causa C473/00, *Cofidis* ha rilevato che la tutela prevista a favore dei consumatori dalla direttiva si estende ai casi in cui il consumatore che ha stipulato con un professionista un contratto contenente una clausola abusiva si astenga dal dedurre l'abusività di detta clausola perché ignora i suoi diritti o perché viene dissuaso dal farli valere a causa delle spese

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

La nullità di protezione opera come strumento correttivo dell'assetto contrattuale squilibrato secondo i principi di proporzionalità ed uguaglianza. Il rimedio invalidante – in antitesi con il più ampio interesse generale sotteso alla nullità di cui agli artt. 1418 c.c. e ss. – persegue l'esigenza primaria di proteggere il (solo) interesse individuale del contraente debole. Così facendo, il legislatore ha individuato particolari categorie di soggetti giuridici che, in quanto appartenenti a ceti o gruppi sociali, risentono di una maggiore condizione di debolezza e di vulnerabilità nella fase di contrattazione derivante, spesso e volentieri, dalla disparità informativa tra i contraenti. Non va sottaciuto che a questa preminente esigenza si affianca quella di garantire la trasparenza e il buon andamento del mercato (artt. 41 e 47 Cost.). La salvaguardia del mercato non va però intesa nella sua generale astrattezza ma al contrario deve seguire una logica concreta in grado di sintetizzare le legittime aspettative degli investitori, i consumatori e i più svariati utenti[10]. Mediante norme imperative è stato

che un'azione giudiziaria comporterebbe. Occorre parimenti osservare che la Corte ha deciso, al punto 38 della citata sentenza *Mostaza Claro*, che la natura e l'importanza dell'interesse pubblico su cui si fonda la tutela che la direttiva garantisce ai consumatori giustificano che il giudice nazionale sia tenuto a valutare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale, in tal modo ponendo un argine allo squilibrio che esiste tra il consumatore e il professionista. Il giudice adito ha dunque il compito di garantire l'effetto utile della tutela cui mirano le disposizioni della direttiva. Di conseguenza, il ruolo così attribuito al giudice nazionale dal diritto comunitario nell'ambito di cui trattasi non si limita alla semplice facoltà di pronunciarsi sull'eventuale natura abusiva di una clausola contrattuale, bensì comporta parimenti l'obbligo di esaminare d'ufficio tale questione, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, incluso il caso in cui deve pronunciarsi sulla propria competenza territoriale. Nell'esecuzione di tale obbligo il giudice nazionale non deve tuttavia, in forza della direttiva, disapplicare la clausola in esame qualora il consumatore, dopo essere stato avvisato da detto giudice, non intenda invocarne la natura abusiva e non vincolante. Alla luce di quanto esposto, le caratteristiche specifiche del procedimento giurisdizionale, che si svolge nel contesto del diritto nazionale tra il professionista e il consumatore, non possono costituire un elemento atto a limitare la tutela giuridica di cui deve godere il consumatore in forza delle disposizioni della direttiva. Si deve pertanto risolvere la seconda questione dichiarando che il giudice nazionale deve esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine. Se esso considera abusiva una siffatta clausola, non la applica, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga».

[10] A. Gentili, *Codice del consumo ed esprit de geometrie*, in *Contratti*, 2006, p. 170: «si tratta di patologie tese ad attuare un interesse riferibile al mercato inteso non quale astrazione, ma sintesi delle legittime aspettative degli operatori che quo-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

introdotto un nuovo concetto di ordine pubblico "di protezione"[11] in forza del quale vengono protetti in via diretta l'interesse del singolo e di riflesso la corretta allocazione della ricchezza. Tuttavia, a voler ragionare in modo autoreferenziale nella sola ottica protettiva della nullità, si rischia di incoraggiare pratiche scorrette che minano i principi fondanti il nostro sistema normativo in ambito di invalidità negoziali. Gli esempi più significativi li deduciamo in materia di contratti di investimento, in forza dei quali i giudici di legittimità hanno trovato spesso campo fertile per determinare gli argini applicativi, non sempre condivisibili, della nullità di protezione.

2. *La forma* ad substantiam *del contratto quadro di investimento ai sensi dell'art. 23 TUF*. – Per espressa previsione di legge i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento devono essere redatti per iscritto e un esemplare va consegnato ai clienti (art. 23, co. 1, TUF)[12]. La violazione della forma prescritta determina la nullità del contratto e può essere fatta valere solo dal cliente (co. 1 e co. 3). La prescrizione di forma è ribadita dall'art. 37, co. 1 del Regolamento degli intermediari, adottato con delibera n. 20307 del 15 febbraio 2018. La norma precisa che il contratto può contenere nel dettaglio le modalità attraverso le quali i clienti possono impartire gli ordini e le istruzioni facendo invece sottintendere, per questi ultimi, la libertà di forma.

Se il legislatore è stato chiaro nel definire la forma *ad substantiam* dei contratti quadro di investimento, il dibattito si è acceso intorno alla possibilità di invalidare il contratto sottoscritto dal solo investi-

tidianamente ne sono protagonisti (consumatori, utenti, imprese), un interesse destinato ad intrecciarsi inestricabilmente con quello che, a livello macroeconomico, muove il singolo contraente ad invocare la caduta o il riequilibrio della regola contrastante con la comminatoria».

[11] C. Castronovo, *Autonomia privata e costituzione europea*, in *Eur. dir. priv*., 2005, p. 29 ss.; G. Vettori, *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in *Riv. dir. priv*., 2004, p. 313 ss.; S. Mazzamuto, *Note minime in tema di autonomia privata nel mercato interno. Le regole. L'informazione come strumento*, in *Eur. dir. priv*., 2001, p. 257 ss.; V. Roppo, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. civ*., 1994, I, p. 277 ss.; V. Zeno Zencovich, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione tra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori")*, in *Giur. it*., 1993, IV, c. 57 ss.

[12] Cfr. tra gli altri, G. De Nova, *La forma dei contratti finanziari*, in *I servizi del mercato finanziario. In ricordo di Gerardo Santini*, Milano, 2009, p. 87 ss.; F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009, p. 246 ss.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

tore e mancante, invece, della firma da parte dell'intermediario. La questione del c.d. contratto monofirma[13] si trascina una serie di criticità che affondano le proprie radici sull'interpretazione funzionale della disciplina a protezione dei contraenti deboli.

È sovente nella pratica che l'intermediario, dopo aver predisposto le condizioni contrattuali relative al servizio di investimento, faccia sottoscrivere il contratto al cliente consegnandogliene una copia priva della sua firma. Sulla base dei principi dell'ordinamento negoziale, affinché un contratto possa considerarsi formalmente valido ai sensi dell'art. 1325 c.c., è necessario che esso rispetti la forma prescritta e che il documento venga sottoscritto da entrambe le parti. La forma, quando richiesta *ad substantiam actus*, è requisito essenziale e strutturale del contratto tale da imprimere al medesimo un sigillo di legittimità e di rilevanza giuridica. Il requisito formale consente ai contraenti di raggiungere un accordo – preceduto di regola da una trattativa – maggiormente consapevole e ponderato anche in ragione alla delicatezza ed importanza dell'affare in termini di convenienza economica. Questa stessa esigenza non pare propriamente trasparire nei contratti asimmetrici di investimento, la cui caratteristica preminente è la predisposizione unilaterale del contenuto negoziale da parte dell'istituto finanziario. Se l'investitore nulla può trattare in sede di stipulazione del contratto, potendo solamente decidere se prestare oppure no il consenso qualora voglia avvalersi di quello specifico servizio di investimento, è chiaro che la sottoscrizione del contratto stipulato in forma scritta ha quale unica funzione quella di rendere edotto il cliente delle condizioni contrattuali previamente predispo-

[13] Cass., sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898, in *Giur. it*., 2018, 3, p. 568 ss., con nota di C. Colombo, *La forma dei contratti quadro di investimento: il responso delle Sezioni Unite*, e di A. Di Majo, *Contratto di investimento mobiliare: il "balletto" delle forme*; G. D'amico, *Le Sezioni Unite sul c.d. contratto mono-firma*, in *Contr*., 2018, 2, p. 133 ss.; C. Medici, *Contratti di investimento monofirma: l'avallo delle Sezioni Unite*, in *Foro. it*., 2018, I, c. 928. Nello stesso senso, Cass., sez. un., 23 gennaio 2018, n. 1653. Per l'ordinanza di remissione Cass., ord. 27 aprile 2017, n. 10447, in *Contr*., 2017, p. 393, vedi i commenti di D. Maffeis, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*, *ivi*, 2017, p. 398 ss.; S. Pagliantini, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, *ivi*, 2017, p. 679 ss; E. Panzarini, *Un'ordinanza passatista (sulla forma dei contratti del comparto finanziario)*, in *Riv. dir. banc*., 2017, p. 1 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

ste dall'intermediario. La consapevolezza dell'investitore circa il contenuto del negozio si può di fatto presumere.

La suddetta lettura interpretativa dell'art. 23 TUF è stata accolta dalle Sezioni Unite[14] della Corte di cassazione, secondo cui la forma prescritta è funzionale alla tutela esclusiva del contraente "debole", sì che l'assenza della sottoscrizione da parte dell'intermediario non rende invalido il negozio, essendo sufficiente – ai fini della prova di conoscenza – la sola sottoscrizione del contratto da parte del cliente e che allo stesso ne venga consegnata una copia. Il consenso della banca può risultare da comportamenti concludenti – come per esempio l'aver dato esecuzione agli ordini impartiti dal cliente o aver rendicontato le operazioni – e non necessariamente dalla sottoscrizione del negozio. L'argomentazione, condivisibile, converge con la finalità di evitare un abuso del rimedio invalidante da parte dell'investitore, il quale dopo aver dato esecuzione (magari per anni) al contratto quadro poi eccepisce la nullità per difetto di forma scritta *ex* art. 23 TUF (mancando la sottoscrizione da parte dell'intermediario), al fine di riparare il pregiudizio subito da un investimento sfavorevole. I giudici di legittimità in tale occasione hanno privilegiato una soluzione pratica, per così dire, tempestiva ed efficiente in quanto volta ad evitare, nel caso concreto, la declaratoria di nullità dei contratti di investimento già eseguiti. La materia disciplinata dal TUF è destinata a proteggere le posizioni contrattuali deboli. Tuttavia, questo non può indurre a legittimare qualsiasi condotta di mala fede posta in essere dagli investitori poiché siffatti comportamenti eccedono e sviano le finalità perseguite dalle norme speciali. In questa prospettiva, è comprensibile rimarcare la netta discrepanza tra il perfezionamento di un contratto tipicamente codicistico, rispetto ad un contratto che nasce fisiologicamente squilibrato in quanto privo di negoziazione. Pare logico considerare il vincolo formale non come requisito di struttura del contratto ma come strumento volto a garantire la cognizione del cliente sul contenuto delle condizioni (unilaterali) del contratto.

L'elaborazione giurisprudenziale, pur sorretta da un fondamento pratico ineluttabile, non è priva di conseguenze. Il requisito di forma viene relegato a mero elemento probatorio, funzionale ad assolvere il debito formativo a carico dell'intermediario finanziario verso il cliente. Viene snaturata la disciplina *ad hoc* della nullità di protezione me-

[14] Cass., sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898, cit.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

diante uno stravolgimento della lettera della legge laddove, invece, la sanzione prescritta per difetto di forma dall'art. 23 TUF è espressamente quella della nullità del contratto. Si tratta di una contraddizione non facilmente superabile. Non ha senso prevedere testualmente un rimedio rigido se poi l'interprete, discrezionalmente, può decidere di non applicarlo. La forma richiesta *ad substantiam* non può essere "trasformata" *ad probationem* per porre rimedio ad una prassi errata di far sottoscrivere il contratto al solo cliente. Accondiscendere a questa prassi determina, paradossalmente, un *quid minus* di tutela del contraente debole[15], proprio perché ammette una procedura formale semplificata rispetto a qualsiasi altro contratto per sua natura equo in quanto frutto delle esigenze manifeste di entrambe le parti. La risoluzione della problematica, se deve da una parte offrire risposte concrete, non può avallare ed ulteriormente incentivare condotte sbagliate dei contraenti, a ragion veduta quando esiste una specifica norma sanzionatoria. La dissertazione secondo cui la doppia sottoscrizione andrebbe ad appesantire le modalità di stipulazione del contratto[16] pare eccessiva, se si considera il tempo tecnico necessario per apporre una firma in un foglio. Lo sforzo maggiore richiesto all'intermediario è rappresentato dall'assolvimento dell'obbligo informativo che impone un'accurata analisi dei prodotti finanziari al punto da renderli

[15] La dottrina ha acutamente osservato che il c.d. neoformalismo «ben può consistere in un *quid aliud* rispetto alle prescrizioni di forma tradizionalmente poste *ad substantiam actus*, ma mai potrà divenire un *quid minus* e paradossalmente, proprio in nome delle finalità tuzioristiche della disciplina che lo prevede». Così si legge in M. Girolami, *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle Sezioni Unite*, in *Banca borsa tit. cred*., 2017, 5, p. 554 ss. L'A. si esprime nello stesso senso in un altro esaustivo contributo in materia: M. Girolami, *Doppia firma e doppio esemplare nei contratti finanziari:i dubbi della Suprema Corte*, in *www.ilcaso.it*, 30 giugno 2017. Più in generale, in materia di neoformalismo negoziale v. anche L. Modica, *Formalismo negoziale e nullità*, in *Le invalidità di diritto privato*, a cura di A. Bellavista, A. La Plaia, Milano, 2011, p. 451 ss; C. Cicero, voce *Formalismo (rinascita del)*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ*., *Agg.*, V, Torino, 2010, p. 685 ss.; S. Pagliantini, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009; Id., voce *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir*., *Annali*, IV, Milano, 2011, p. 772 ss.; E. Morelato, *Nuovi requisiti di forma nel contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006; F. Di Marzio, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv*., 2001, p. 396 ss; G.B. Ferri, *Forma e autonomia negoziale*, in *Quad*., 1987, p. 327 ss.; M. Giorgianni, voce *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 994 ss.

[16] È di tale avviso C. Sartoris, *Vincolo di forma unilaterale: punti fermi e nuove questioni*, in *Persona e mercato*, 2019/1.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

comprensibili al cliente. Si comprende il motivo per il quale il legislatore ha previsto l'ulteriore adempimento della consegna di un esemplare del contratto all'investitore, che parrebbe parte integrante del requisito formale legale richiesto dalla norma (a pena di nullità)[17]. A discapito del principio di libertà della forma immanente nel nostro ordinamento[18], anche laddove si attribuisce ai contraenti privati una piena autonomia e libertà contrattuale[19], è sempre più frequente l'uso di forme convenzionali vincolate[20] in quanto sinonimo di accuratezza e trasparenza del contenuto negoziale. Il ritorno al formalismo non deve stupire[21]. Sarebbe erroneo considerarlo come una mera ingessatura del procedimento di formazione del contratto. Esso risponde alle istanze socio-economico attuali, allorquando sussistono particolari interessi da tutelare. Nel caso specifico dei servizi di investimento si deve proteggere l'interesse individuale del contraente debole ma non va dimenticato l'interesse generale al corretto funzionamento del mercato[22]. Tendenzialmente un patto scritto, rispetto alla volontà espressa verbalmente o per *facta concludentia*, lascia poco spazio ad equivoci circa il contenuto del negozio. Consente alle parti di cristallizzare il regolamento negoziale e di prendere contezza definitiva dei propri diritti ed obblighi. La sottoscrizione del contratto è fondamentale per suggellare il contenuto contrattuale volontariamente accettato da en-

[17] Autorevole dottrina (G. Alpa, *Commento all'art. 23*, in *Commentario al Testo unico delle diposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, a cura di G. Alpa, F. Capriglione, I, Padova, 1998, p. 258) ha collocato questo adempimento nella fase successiva alla conclusione del contratto, ricollegando all'inosservanza della consegna di un esemplare del contratto al cliente il rimedio risolutorio.

[18] V. almeno C.M. Bianca, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 3, 3ª ed., Milano, 2019, p. 243 ss.

[19] P. Perlingieri, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p. 15; P. Barcellona, voce *Libertà contrattuale*, in *Enc. dir*., XXIV, Milano, 1974, p. 487.

[20] V. Roppo, *Il contratto*, 2ª ed., in *Tratt. dir. priv*., a cura di G. Iudica, P. Zatti, Milano, 2011, p. 207. In argomento v. di recente C. Cicero, *Il patto sulla forma e i rimedi esperibili avverso il contratto amorfo*, in *Giust. civ*., 2019, p. 709 ss.

[21] V. Roppo, *op. ult. cit.*, p. 207, parla di "rinascita del formalismo" per i contratti tipizzati dalla legislazione speciale; C. Cicero, voce *Formalismo (rinascita del)*, cit., p. 685 ss.

[22] C.M. Bianca, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 578 ss.: «…le nuove nullità sono intese pur sempre a colpire situazioni generalizzate di dannosità sociale che richiedono l'intervento della legge in attuazione del principio costituzionale della parità reciproca. L'interesse direttamente tutelato è quindi un interesse generale pur se la nullità dei contratti o delle clausole è sancita a vantaggio dei singoli contraenti».

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

trambe le parti, a prescindere dal fatto che la predisposizione dello stesso sia avvenuta unilateralmente. La sottoscrizione prova la paternità dell'atto nonché la scelta consapevole di voler stipulare con quel determinato contraente ed a quelle condizioni. Ora, nei contratti di investimento è vero che questi elementi si possono già considerare provati: da un lato, sussiste la piena conoscenza del contenuto contrattuale poiché è l'intermediario ad averlo predisposto; dall'altra, l'imputabilità del contratto a quel determinato istituto finanziario e la volontà di contrarre con un determinato cliente si evince dall'aver dato esecuzione al contratto[23]. La firma dell'intermediario può considerarsi, in quest'ottica, non essenziale per la validità dell'atto. Cionnonostante, la pratica risulta scorretta. Apporre una firma richiede un minimo sacrificio temporale e procedurale, conseguentemente non sembrano sussistere ragioni valide per "creare" un principio di diritto nuovo ed in contraddizione con il dato normativo.

3. *La natura del contratto quadro di investimento e la nullità selettiva degli ordini di investimento*. – Rientra nel potere esclusivo dell'investitore richiedere la declaratoria di nullità del contratto quadro per violazione dell'art. 23 d.lgs. n. 58/1998. Quello che appare meno chiaro è il confine di operatività della nullità invocata. Qualora venga dichiarata la nullità del contratto quadro di investimento per difetto di forma, ci si chiede se l'inefficacia retroattiva si riverberi su tutte le operazioni di acquisto successive alla stipula (con le conseguenze compensative e restitutorie che ne possono derivare) ovvero incida solo sugli ordini (pregiudizievoli) "selezionati" dall'investitore.

Il regime dell'invalidità codicistica presuppone la caducazione *ex tunc* di tutti gli effetti del contratto tra le parti e nei confronti dei terzi. La nullità è espressione delle patologie più gravi del negozio e come tale consta di una disciplina rigida che travolge l'intero rapporto obbligatorio. Le prestazioni già eseguite saranno oggetto di ripetizione (art. 2033 c.c.). La disciplina della nullità di protezione – per le finalità protettive perseguite – si discosta inevitabilmente dal regime codicistico. Essa tutela gli interessi individuali di particolari

[23] I giudici di legittimità prima della pronuncia delle Sezioni Unite del 2018, si esprimevano nel senso dell'invalidità del contratto c.d. monofirma. Cfr. Cass., 14 marzo 2017, n. 6559; Cass., 3 gennaio 2017, n. 36; Cass., 19 maggio 2016, n. 10331; Cass., 27 aprile 2016, nn. 8395 e 8396; Cass., 11 aprile 2016, n. 7068; Cass., 24 marzo 2016, n. 5919.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

categorie di soggetti e si pone nell'ottica conservativa del contratto preservando, laddove possibile, gli effetti che quest'ultimo è idoneo a produrre a vantaggio del contraente debole. Affermare che l'invalidità del contratto quadro travolge indistintamente tutti gli atti esecutivi ovvero solo quelli debitamente selezionati dal cliente che invoca l'invalidità ha risvolti pratici notevoli.

In linea generale, l'operazione finanziaria tra l'intermediario e l'investitore si può sintetizzare in due fasi. La prima, consiste nel perfezionamento del contratto quadro, inteso come il negozio a monte ove vengono fissate le condizioni generali. Il contenuto minimo consta dell'indicazione della natura dei servizi forniti, delle modalità di svolgimento del servizio, dell'entità e dei criteri di calcolo della remunerazione dell'intermediario[24]. Il contratto quadro di intermediazione finanziaria da origine ad un rapporto continuativo di prestazione di servizi di intermediazione che l'intermediario si obbliga a fornire al cliente. La seconda fase consiste nella sottoscrizione ulteriore di uno o più contratti esecutivi denominati ordini di acquisto – contestuali e/o successivi al perfezionamento del contratto quadro – attraverso i quali avviene la scelta degli specifici prodotti finanziari di cui il cliente vuole effettivamente avvalersi.

La natura di questa relazione economica complessa e di lunga durata è discussa e controversa. È possibile affermare che essa tragga origine da un contratto normativo[25] (contratto quadro), mediante il quale le parti si impegnano a rispettare per i futuri contratti (ordini di acquisto) le clausole preventivamente predisposte. È evidente che non vi è un obbligo a contrarre ma solo un obbligo a rispettare de-

[24] Trib. Mantova, 26 luglio 2017, n. 754, afferma che il contratto quadro «…avente ad oggetto la prestazione dei servizi di investimento, regola il rapporto tra cliente e intermediario, stabilendo i servizi forniti e le loro caratteristiche, la durata del rapporto, le modalità di rinnovo o di modifica del suo contenuto, le modalità con le quali il cliente impartisce ordini o istruzioni all'intermediario, la frequenza, il tipo ed i contenuti della documentazione di rendiconto dell'attività dallo stesso svolta. Per il contratto quadro è quindi previsto non soltanto un requisito di forma scritta a pena di nullità, ma anche un contenuto minimo – che deve, in quanto prescritto dalla legge, avere la medesima forma – costituito dalla indicazione della natura dei servizi forniti, delle modalità di svolgimento del servizio, dell'entità e dei criteri di calcolo della remunerazione dell'intermediario. Se il d.lgs. n. 58/1998 non fissa un contenuto minimo relativamente al contratto quadro, i requisiti di contenuto devono essere ricavati dalla normativa secondaria, vale a dire dai regolamenti emanati dalla Consob, delegata a disciplinare l'esercizio dell'attività di intermediazione».

[25] F. Messineo, voce *Contratto normativo*, in *Enc. dir*., X, Milano, 1962, p. 117 ss.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

terminati contenuti in caso di contrattazione[26]. Il mancato rispetto delle clausole e la stipula di successivi contratti a condizioni diverse dovrebbe quindi generare solo inadempimento e non invalidità del contratto, posto che ciascun negozio consequenziale sembra vivere di vita autonoma rispetto a quello preparatorio[27].

Il legame funzionale delle operazioni finanziarie è stato anche agevolmente equiparato ad altra particolare tecnica contrattuale, secondo il quale le parti predispongono una serie coordinata di atti negoziali in vista del soddisfacimento di un risultato economico unitario. Il riferimento va al collegamento negoziale ove due o più negozi, dotati di autonomia strutturale, sono connessi al fine di realizzare uno scopo pratico unitario non altrimenti realizzabile mediante l'adozione di singoli contratti. La giurisprudenza di legittimità si è per lo più mossa a sostegno di un nesso funzionale che lega la catena negoziale dei contratti finanziari. Esiste un rapporto di reciproca dipendenza tale per cui le vicende relative alla validità, efficacia ed esecuzione di uno dei contratti, si ripercuotono inevitabilmente su quelli successivi secondo il brocardo *simul stabunt simul cadent*[28]. La linea interpretativa segue quella di coloro che considerano gli ordini di borsa come atti unilaterali, esecutivi di un contratto di mandato ad acquistare o

[26] V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 496.

[27] A favore dell'autonomia negoziale di ciascun atto A. Gentili, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contr*., 2008, p. 396 ss.; V. Roppo, *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond & tango bond)*, in *Danno e resp*., 2005, p. 604 ss.

[28] Cass., 10 ottobre 2014, n. 21417: «In tema di collegamento tra contratti, costituisce principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità, quello secondo cui, il collegamento negoziale – cui le parti, nell'esplicazione della loro autonomia possono dar vita con manifestazioni di volontà espresse in uno stesso contesto – non dà luogo ad un nuovo ed autonomo contratto, ma è un meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso, realizzato non per mezzo di un singolo contratto ma attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma, anche se ciascuno è finalizzato ad un unico regolamento dei reciproci interessi. Pertanto, anche quando il collegamento determini un vincolo di reciproca dipendenza tra i contratti, ciascuno di essi si caratterizza in funzione di una propria causa e conserva una distinta individualità giuridica. La conseguenza che se ne trae è che, in caso di collegamento funzionale tra più contratti, gli stessi restano soggetti alla disciplina propria del rispettivo schema negoziale, mentre la loro interdipendenza produce una regolamentazione unitaria delle vicende relative alla permanenza del vincolo contrattuale, per cui essi *simul stabunt, simul cadent*. Ciò comporta che se un contratto è nullo, la nullità si riflette sulla permanenza del vincolo negoziale relativamente agli altri contratti».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

vendere strumenti finanziari secondo le istruzioni di cui all'art. 1711 c.c.[29]. Gli atti compiuti essendo privi di una causa autonoma, sono meri negozi attuativi e come tali soggetti all'invalidità derivata e consequenziale dell'atto causale a monte[30].

La natura del fenomeno economico dei contratti finanziari, è evidente, si riflette sulla forma degli atti. L'autonomia degli atti giustificherebbe una forma libera degli ordini consequenziali; viceversa, la loro dipendenza al contratto quadro li dovrebbe vincolare alla forma scritta prevista per quest'ultimo dalla legge. Ancor di più, la natura dei negozi è rilevante per stabilire la sorte degli ordini di acquisto a valle del contratto quadro. Il fondamento causale unitario che accomuna ogni singolo contratto perfezionato (a partire da quello quadro per arrivare a quelli successivi) giustifica un rimedio caducatorio che non ammette "selezione" in luogo di istanza giudiziale di nullità. A ben vedere, l'analisi della struttura dell'operazione finanziaria è articolata. Sebbene nel contratto-quadro è possibile riscontrare tutti gli elementi informativi necessari in virtù dei quali il risparmiatore decide di affidarsi all'intermediario, in esso non sono nemmeno in minima parte indicati, circoscritti ed individuati gli investimenti mobiliari che il cliente porrà in essere e, dunque, non sono fornite nemmeno le informazioni ad essi strumentali. Queste ultime verranno prestate solo qualora il cliente manifesti prima l'interesse e poi decida di avvalersi di uno specifico investimento mediante il perfezionamento di un negozio del tutto nuovo ed autonomo. Il contratto quadro disciplina *ex ante* le regole del rapporto tra investitore e cliente ma nulla dice circa il tipo di operazione finanziaria da svolgere, né l'oggetto della stessa. È innegabile un "collegamento" tra il contratto a monte e quelli a valle. Tuttavia, attribuire ai singoli contratti di acquisto una mera valenza esecutiva è riduttivo, poiché li priva del loro valore essenziale. È con gli atti "attuativi" che si realizza in maniera pregnante il momento decisionale, si determina il contenuto del contratto e scaturiscono le prestazioni corrispettive tra le parti. La valutazione economica dell'affare è rinvenibile non nel contratto (quadro) di intermediazione finanziaria ma nei contratti di acquisto mobiliari,

[29] In tal senso v. F. Galgano, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. e impr*., 2008, p. 1 ss.

[30] L. Modica, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, Milano, 2008, p. 291; R. Natoli, *Il contratto adeguato. La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012, p. 108.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

in quanto è a fronte di essi che il cliente vincola concretamente il proprio patrimonio. Alla luce di questa impostazione, sembra inevitabile affermare che la natura autonoma degli atti si attaglia ad un uso selettivo della nullità di protezione.

4. *La buona fede contro l'abuso dell'investitore a danno dell'intermediario. Il principio di diritto adottato dalle Sezioni Unite con la pronuncia n. 28314/2019*. – Avuto riguardo alla *ratio* della disciplina in materia di nullità di protezione, alla natura del contratto quadro e degli ordini di acquisto, dovremmo ammettere, senza remore, la possibilità di "scelta" da parte del cliente degli atti da invalidare in ragione dei vantaggi o dei pregiudizi da essi discendenti. La questione non è scontata ed è stata di recente affrontata dalle Sezioni Unite[31] nella cui sede si è discusso circa l'ammissibilità e gli effetti della nullità selettiva invocata dall'investitore, avente ad oggetto la "selezione" dei soli ordini di acquisto svantaggiosi per il medesimo ed afferenti al contratto quadro di investimento affetto da difetto di forma. Il giudizio prendeva le mosse dall'istanza di un risparmiatore che conveniva la propria banca al fine di sentire dichiarare la nullità di due contratti di investimento in obbligazioni argentine stipulati con la stessa a seguito del perfezionamento di un contratto quadro invalido per violazione della forma scritta ai sensi dell'art. 23 del d.lgs. n. 58 del 1998. L'istituto di credito avanzava domanda riconvenzionale volta ad ottenere, a fronte del contratto nullo, la restituzione di tutti i titoli compravenduti ancora in disponibilità dell'investitore (*ex* art. 2033 c.c.), nonché la compensazione tra il credito dell'attore e quello dell'istituto bancario. Il giudice di prime cure accoglieva sia la pretesa attorea (limitatamente ad alcuni ordini di acquisto, stante il difetto di legittimazione attiva in relazione ad altri) sia la domanda riconvenzionale e, operata la compensazione tra gli opposti crediti, condannava il risparmiatore a pagare la differenza all'istituto di credito. La Corte d'appello riteneva che la nullità *ex* art. 23, c. 3, d.lgs. n. 58 del 1998, può essere rilevata dal solo cliente-investitore, ma una volta dichiarata si ripercuote su tutte le operazioni eseguite in attuazione dell'atto negoziale viziato. La nullità di protezione non determina an-

[31] Cass., sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314, *Giur. it*., 2020, p. 273 ss., con note di A. Iuliani, *Le Sezioni unite e la nullità selettiva: l'incontrollabile soggettivismo della decisione*, e di S. Pagliantini, *Una nullità di protezione (ancora) in cerca d'autore?*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

che il potere dell'investitore di limitare gli effetti della nullità soltanto ad alcuni ordini secondo la sua scelta. L'invalidità si espande sull'intero rapporto ed investe tutti gli atti consequenziali al contratto finanziario. Il giudice di secondo grado, tuttavia, in riforma della sentenza di primo grado, si limitava a dichiarare la parziale compensazione tra i due crediti e revocava la condanna dell'attore al pagamento del residuo. Il risparmiatore proponeva ricorso per cassazione sostenendo, invece, la legittimità della declaratoria di nullità dei soli due ordini di acquisto selezionati. L'acquisto degli stessi, pur essendo necessariamente susseguente alla stipula di un contratto quadro (nel caso di specie nullo per difetto di forma), godono di una autonoma valenza negoziale che postula la formazione di un consenso *ad hoc* per la loro esecuzione mediante la prestazione dell'intermediario. Non può pretendersi, in violazione dell'art. 100 c.p.c., che l'investitore richieda la nullità di operazioni eseguite in perfetta buona fede e che hanno comportato un utile, con ciò aggravando il danno già subito. Ove l'investitore dovesse scegliere tra il far valere la nullità dell'intero rapporto o subire, per evitare un maggior danno, la violazione dell'intermediario, ciò farebbe venire meno il carattere protettivo della nullità ed anche la funzione di tutelare l'integrità e la correttezza del mercato. La Corte di cassazione, ripercorrendo gli opposti orientamenti che si sono alternati nella giurisprudenza di legittimità, ha fugato qualsiasi dubbio sul fatto che la nullità per difetto della forma scritta prevista dall'articolo 23, co. 3 del d.lgs. 58/1998, può essere fatta valere esclusivamente dall'investitore, con la conseguenza che gli effetti processuali e sostanziali dell'accertamento operano solo a suo vantaggio. L'intermediario, tuttavia, ove la domanda sia diretta a colpire soltanto alcuni ordini di acquisto, può proporre l'eccezione di buona fede, se la selezione della nullità determini un ingiustificato sacrificio economico a suo danno, alla luce della complessiva esecuzione degli ordini conseguiti alla conclusione del contratto quadro.

Accogliere la nullità selettiva può stravolgere il meccanismo tipico di produzione degli effetti della nullità. Non da ultimo, va rammentato che accogliere senza eccezioni l'utilizzo selettivo della nullità potrebbe indurre il cliente ad adottare condotte di abuso contro l'intermediario.

Nel caso in esame, non viene eccepito il vizio di una singola clausola ma l'invalidità dell'intero contratto quadro. Il negozio quadro viene totalmente travolto in quanto è stato perfezionato in violazione della forma prescritta. È pertanto importante comprendere gli effetti

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

che il contratto a monte riverbera sui contratti esecutivi a valle. In virtù della soluzione adottata, saranno determinabili le conseguenze: la caducazione di tutti gli atti consequenziali senza distinzione di sorta o solo quella di alcuni discrezionalmente selezionati; l'attivazione o meno delle richieste restitutorie di controparte in riferimento a tutti gli ordini di acquisto dichiarati nulli.

In argomento, le tesi che negli ultimi anni si sono dipanate in giurisprudenza sono due. Un primo orientamento ritiene che la nullità (relativa) del contratto quadro può essere invocata dal solo investitore (soggetto nel cui interesse è prevista) ma una volta dichiarata essa travolge tutti gli atti esecutivi successivi, anche qualora non abbiano formato oggetto della domanda giudiziale perché considerati un investimento favorevole. La caducazione assoluta e totale dell'intera operazione finanziaria attribuisce ad entrambe le parti il diritto di richiedere le rispettive restituzioni[32]. L'altro orientamento sostiene, invece, l'operatività della nullità di protezione a favore del cliente, sia sul piano sostanziale che processuale. Pertanto, l'investitore nella istanza di nullità del contratto quadro potrà decidere di "selezionare" gli ordini specifici da privare di efficacia (logicamente quelli a lui pregiudizievoli). Questo determina, quale diretto corollario, l'impossibilità per l'intermediario di eccepire le restituzioni afferenti agli altri atti esecutivi non oggetto del *petitum*[33].

Le Sezioni Unite superano entrambi gli orientamenti contrapposti individuando una via mediana volta a bilanciare in maniera ragionevole e proporzionata gli interessi contrattuali in conflitto. Il Supremo Collegio parte dal presupposto che la *ratio* funzionale e protettiva della nullità di protezione si estende alla possibilità per il cliente di "selezionare" gli ordini di acquisto da invalidare in ragione del pregiudizio economico sofferto. L'istanza di nullità selettiva non deve essere intesa come un diritto attribuito *ex se*. I giudici adottano un correttivo da rinvenire nel principio di buona fede (oggettiva) il quale, grazie alla sua duttilità al caso concreto, è uno strumento idoneo a ricostituire l'equilibrio tra le parti del contratto, impedendo un uso distorto del rimedio protettivo in danno dell'intermediario. La buona fede impone alle parti di mantenere una reciproca condotta leale e corretta, a partire dalla fase di formazione fino ad arrivare a quella

[32] Cass., 16 marzo 2018, n. 6664, in *Contratti*, 2018, p. 543 ss.
[33] Cass., 27 aprile 2016, n. 8385, in *Corr. giur*., 2016, p. 1110 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

esecutiva[34]. L'esercizio dei diritti dei contraenti va indirizzato verso finalità non distorsive della legge. In tal senso, un atto di esercizio del diritto che venga posto in essere al solo scopo di nuocere o recare molestia ad altri si colloca al di fuori del potere conferito dall'ordinamento[35]. Secondo i giudici di legittimità, affinché la nullità selettiva possa essere ammessa, è necessario un esame degli investimenti complessivamente eseguiti, ponendo in comparazione quelli oggetto della domanda giudiziale con quelli che ne sono rimasti fuori, al fine di verificare se permanga un pregiudizio per l'investitore o per l'intermediario. In sintesi, se gli ordini non colpiti dall'azione di nullità hanno prodotto per l'investitore un rendimento economico superiore al pregiudizio confluito nel *petitum*, l'intermediario può opporre l'eccezione di buona fede al fine di paralizzare gli effetti della dichiarazione di nullità degli ordini selezionati. In questo caso l'opponibilità dell'eccezione da parte dell'intermediario si traduce nel fatto di aver subito un sacrificio sproporzionato rispetto all'altra parte. Diversamente, se il *petitum* azionato è pari o inferiore ai vantaggi conseguiti dall'investitore, l'eccezione di buona fede non trova terreno fertile.

Il fine nobile di predisporre strumenti e rimedi *ad hoc* a tutela di particolari interessi è certamente pregevole. Le valutazioni attente della Cassazione le hanno consentito di adottare una soluzione che contempera gli interessi contrapposti delle parti in gioco. I giudici di legittimità offrono una interpretazione assiologica-valoriale delle norme

[34] In argomento la dottrina è sterminata. Si veda almeno: F. Piraino, *Buona fede, ragionevolezza e «efficacia immediata» dei principî*, Napoli, 2017, *passim*; Id., *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, p. 459; G.M. Uda, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, *passim*; G. Vettori, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Eur. e dir. priv*., 2002, p. 915 ss. Sul concetto di buona fede oggettiva nell'ambito del procedimento di formazione del contratto si permetta il rinvio a M. Rinaldo, *La teorica dell'invalidità dell'atto iniquo. Regole di validità e di responsabilità nel diritto privato*, Napoli, 2019, *passim* e in particolare cap. II.

[35] La locuzione rimanda al concetto di abuso del diritto. Tra i vari contributi, più o meno recenti, v. tra gli altri: L. Balestra, *Rilevanza, utilità (e abuso) dell'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ*., 2017, p. 541 ss.; N. Lipari, *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2017, p. 1 ss.; M. Barcellona, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Riv. dir. civ*., 2014, p. 467 ss.; F. Piraino, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Eur. dir. priv*., 2013, p. 75 ss.; A. Gentili, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ*., 2012, I, p. 297 ss.; S. Patti, voce *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ*., I, Torino, 1987, p. 1 ss.; P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ*., 1965, I, p. 252 ss.; Salv. Romano, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 168 ss.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

in materia di nullità di protezione, il cui fondamento si rinviene negli artt. 2, 3, 41 e 47 Cost. Sono i valori di solidarietà, proporzionalità e ragionevolezza che riportano un effettivo equilibrio endocontrattuale. Nel caso di specie, questo scopo è stato raggiunto. Il cliente subisce spesso e volentieri il pregiudizio derivante da investimenti consigliati in maniera inopportuna dagli istituti finanziari. La diseguaglianza informativa tra le parti, grazie alla nullità selettiva, viene riportata ad equità. Sotto tale profilo il rimedio è adeguato. Di più, l'eccezione di buona fede a favore dell'intermediario argina l'uso distorto ed opportunistico della norma di cui all'art. 23 TUF da parte del cliente. In tale contesto, non va però sottaciuto che la possibilità di scegliere quale fra i singoli investimenti privare di efficacia, fa residuare qualche incertezza nelle relazioni giuridiche. Ad una sola delle parti – quella che nei contratti asimmetrici viene comunemente individuata come "parte debole" – è riservato il potere di stabilire non solo l'*an* ma anche il *quomodo* della nullità. In tale maniera, si offre al cliente la possibilità di trasferire sull'intermediario il rischio dell'esito negativo derivante da uno o più investimenti non andati a buon fine, vanificando anche l'aleatorietà insita nei contratti di investimento. Da un punto di vista sistematico, la conseguenza è quella di configurare una disciplina sempre più ibrida e lontana dalla nullità di cui all'art. 1418 c.c. ss., soprattutto sul piano degli effetti. Se viene affievolita anche l'efficacia caducatoria della nullità, rimettendo tutto alla "scelta" arbitraria del contraente "asseritamente" debole, è inevitabile dichiarare una crisi ancora più marcata della categoria tipica delle invalidità.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Ilenia Ruggiu

*Judges and Cultural Disputes: How to Introduce Anthropological Knowledge into the Trial**

Table of contents: 1. How to introduce anthropological knowledge into the trial? – 2. The cultural test: an overview and its functions. – 3. The cultural test in detail. – 4. The reception of the cultural test in Italy. – 5. The handbook for cultural practices for judges. – 6. The cultural expertise databases and long-life learning courses for judges. – 7. Concluding remarks.

1. *How to introduce anthropological knowledge into the trial?* – The urgency of an interaction between law and anthropology in the context of cultural disputes has, since the beginning of multiculturalism, been a matter of justice rather than a pure academic question. Nowadays, this need is even stronger in European societies, where cultural diversity is increasing. For example, in Italy the so called "migration crisis" (2015-2017) brought to the judges' desks thousands of applications by asylum seekers based on cultural reasons (e.g. people claiming that they need protection from voodoo rituals, black magic, FGM or honour killings). Again, in Italy parents loose parental authority over their sons because judges confuse the cultural practice of the "homage to the penis" with paedophile sexual abuse,[1] and

* This Paper has received funding from the European Union's Horizon2020 research and innovation programme H2020-DRS-2015, under grant agreement No. 700385 Project CLISEL, Climate Security with Local Authorities, and by the Swiss State Secretariat for Education, Research and Innovation (SERI) under contract number 16.0038. This document reflects only the authors' view and the Agency is not responsible for any use that may be made of the information it contains. The opinions expressed and arguments employed herein do not necessarily reflect the official views of the Swiss Government.

[1] The case originated from the report by two schoolteachers who had overheard a conversation between two five-year-old children at the day-care. One was saying that he had made his entire family laugh by running around the home naked, and the other replied "instead my father sucked my penis". Following this, micro-video cameras were placed in the latter child's home. They revealed that the father kissed, touched and sucked his five year old son's penis twice in two months. The family

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Sikhs cannot wear the *kirpan* any longer because it is considered a "weapon" and is regarded as a violation of "Western values".[2] Lack of basic anthropological tools – such as "cultural translation", the capacity to adopt the migrant's "point of view", the search for a "cultural equivalent" in the host society – in the hands of judges, lawyers, mayors, social services, teachers, and citizens are causing great distress to justice.

Since the beginning of the debate on multiculturalism, scholars have indicated the need to incorporate anthropological knowledge into the trial.[3] "Cultural expertise" on a case-by-case approach has been, to date, the preferred way to do so, that is, consulting an anthropologist specialized in that single group and cultural practice within that specific trial (Holden 2011). Nevertheless, this approach is not always feasible for a number of reasons such as costs (cultural expertise may be expensive and the justice system may lack resources), organization of the anthropological domain (not all anthropologists have a state board); national codes of criminal and civil procedure (which may limit the expertise only to "hard sciences"), lack of available experts regarding a given group in the relevant country.

came from Albania. On 21 November 2012 the Trial Court of Reggio Emilia (*Tribunale dei minori di Reggio Emilia*) acquitted the father from the accuse of sexual abuse. The court stated the reasons saying that, although the gesture was clearly sexual according to the Italian criminal code, the father lacked sexual intention since the behaviour was culturally motivated based on a tradition of rural Albania (as it was a cuddle). On 9 April 2017 The Court of Appeal of Bologna (*Corte d'Appello di Bologna*) upheld the decision, adding that the behaviour could not even be considered a crime because "it was a gesture of love and paternal pride toward the male offspring, completely lacking any sexual connotation and conforming to cultural traditions of rural Albania". The Italian Supreme Court of Cassation (*Corte di Cassazione*) III criminal section, 29 January 2018 no. 29613 reversed the judgment and ordered that a new trial take place. The Supreme Court stated that the sucking and kissing of the penis, concerning an erogenous zone, is inherently sexual and the cultural defence cannot be used when it affects crucial rights of the child. No cultural expertise was provided to demonstrate that the behaviour in question was a form of "homage to the penis" spread in several areas of Albania, Afghanistan, India, but only the vague statement of the Prefecture of Vlore, confirming that in_the rural Albanian villages of that area fathers had the habit of caressing their children's genitals, was gathered.

[2] Court of Cassation, I criminal section, 15 May 2017, no. 24084. Italian courts used to acquit Sikhs wearing a *kirpan* until 2016.

[3] Rosen (1977).

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Beside the practical obstacles, I believe that there are also some structural problems in the case-by-case approach.

Judges often limit the enquiry addressed to the cultural expert to the question: "is this a cultural practice?", overlooking other relevant parts of the cultural dimension of the controversy if the cultural expert does not choose spontaneously to refer to them. Therefore, it would be advisable that the judge request the cultural expert to answer a more detailed matrix of questions, established in advance. As we will see below, the cultural test meets this need.

Another shortcoming of the case-by-case approach is that the judge necessarily circumscribes the request made to the anthropologist to the cultural practice at issue within the controversy. This often blurs the comparative dimension that might help to better understand the practice, unless the anthropologist spontaneously chooses to illustrate the use of the practice on a worldwide scale.[4] As we will see, the possibility to access a cultural expertise database and a handbook of cultural practices, gathered from different countries, can satisfy this need.

Spurred by the urgency of the current situation in Italy and in other European States and using the comparative methodology that allows us to have a comprehensive glance on how to solve multicultural conflicts, I claim the importance of adopting other practical tools, beside the case-by-case cultural expertise, that can incorporate in a fast, not expensive and effective way anthropological knowledge into the trial. Said tools are: a cultural test; a handbook of cultural practices for judges; cultural expertise databases; life-long learning courses for judges on the basics of anthropology.

Those suggestions are currently being discussed at the *Italian Observatory on Justice, Transcultural Dialogues and International Protection*, an organization of judges, lawyers and cultural experts founded in Italy in May 2017.[5] Judges and lawyers within this institution ex-

[4] In the case mentioned in footnote 2, it would have been useful to know that the practice of "homage to the penis" is not only practiced in remote rural areas of Albania but is common to many other cultures.

[5] The Observatory was created on a model (Observatories on Civil Justice) forged in the 1990s by Judge Carlo Maria Verardi, who had the idea of bringing judges and lawyers together to discuss new issues before actual litigation handled by lawyers and judges in court. The Observatory on Justice, Transcultural Dialogues and International Protection is composed by roughly 30 judges, 30 lawyers and 20 experts and scholars coming from the school of law, anthropology, and psychology. The or-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

pressed the following needs: a reliable access to anthropological knowledge and the possibility to grasp the cultural dimension of a controversy in a swifter way, particularly when they are dealing with asylum requests.

2. *The cultural test: an overview and its functions.* – In Europe, whenever judges and lawyers face litigation having cultural aspects, they deal with it on a case-by-case base: each judge chooses which elements are more relevant (e.g. some ask whether the practice is compulsory or optional; others ask how long the person has been living in the country; some detail the content of the practice, others make a general reference to culture ecc.). Conversely, in Northern America, judges have to follow a matrix of pre-established questions that pave the way for the solution of the dispute. This matrix is called cultural or religious test. The first religious test was created in the U.S. in 1963;[6] the first cultural test was created in Canada in 1996.[7] Lately, also scholars have stressed the importance of predetermining the conditions so as to recognize a cultural practice.[8] I believe that anthropology can significantly contribute to legal reasoning in the context of the cultural test: in fact, I think that anthropological questions should be part of every cultural test a judge has to answer to reach a solution to a case.

Gathering together the main *topoi*, recurrent themes, that judges ask when solving a multicultural dispute and introducing anthropological questions in the legal reasoning, I suggest the adoption of a cultural test consisting of thirteen questions:[9]

1. Does the matter adjudicated fall within the *category of culture*?
2. *Describe* the cultural practice and the group.
3. *Relate* and *link* the practice to the wider cultural *web of significances*.
4. Is the practice *essential* (to the group's survival), *compulsory* or *optional*?

ganization is also open to stake-holders (such as migrants' organizations) which often and spontaneously join the sessions. Its task is to elaborate suggestions for Italian judges on how to approach multicultural disputes.

[6] *Sherbert v. Verner* (1963), 374 U.S. 398

[7] *R. v. Van Der Peet* [1996], 2 S.C.R. 507.

[8] Renteln 2004: 207; Eisenberg 2009: 12; Dore 2012: 551-2; Basile 2017: 131-34.

[9] Ruggiu (2019).

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

5. Is the practice *shared* or *contested* within the group?

6. Is the group *vulnerable* within a society? Is it discriminated against?

7. How would a *reasonable person in that group* behave in the same circumstances?

8. Is the subject *sincere*?

9. Is there a *cultural equivalent*, a similar or comparable practice, in the majority culture?

10. Is the practice *harmful*? Is the harm irreparable?

11. What is the *impact* of the practice on the fundamental rights, culture and value system of the *majority*?

12. Does the practice perpetuate *patriarchy*?

13. What *value* does the minority ascribe to the practice at issue? Does this value reflect the choice of a *meaningful life*?

The test proposed for the use of judges that have to resolve a cultural dispute provides the cultural expert with a clear matrix of questions to be answered, thus guiding her cultural expertise. In fact, questions 1-5, 7 and 9 imply answers that a judge cannot give alone, but require the intervention of an anthropologist.

Indeed, the test proposed merges the analysis of the controversy from an anthropological (questions 1-5, 7 and 9) and legal point of view (questions 6, 8 and 10-13) thus solving a crucial point in the dialogue between the law and anthropology in the pursuit of justice. Two extreme scenarios should be avoided in this dialogue: firstly, that the law completely disregards the anthropological knowledge or misuses it; secondly, that the law completely succumbs to the same, adopting a relativistic approach that might be suitable for a descriptive science as anthropology, but is unsuitable for a prescriptive science as law.[10] In order to strike a balance between the *modus anthropologicus* reasons and the *modus juridicus* reasons, when approaching a cultural dispute a judge should ask herself both anthropological questions (questions 1-5, 7 and 9) and constitutional/legal ones (questions 6, 8 and 10-13). Said two moments, of anthropological evaluation and legal assessment, must not coincide because they

[10] Former judge at the European Court of Human Rights, Vladimiro Zagrebelsky, in the Conference held in Rome on 2 and 3 October 2015, *Il multiculturalismo e le corti* (Multiculturalism and the Courts), insisted that "the anthropologist judge", that is the judge who decides to take culture in account in her decisions, "is first of all a judge, and secondly an anthropologist", on www.radioradicale.it

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

express two distinct benefits: one is aimed at describing the other's point of view, and the other at promoting coexistence.

3. *The cultural test in detail.* – The questions forming part of the test answer different needs coming from anthropology and the law that will now be illustrated in more detail:

Does the matter adjudicated fall within the category of culture?

This question is preliminary to the understanding of the case and aims to expunge the erroneous or strategic and opportunistic use of the cultural argument, as often happens within legal proceedings or asylum applications, when false cultural practices or practices which are not recognized as such by the group are used as arguments. Not all behaviours by immigrants have a cultural matrix, as proven by the very group that they belong to, who deny the relevance of said practice. Looking into this question is also important with a view to avoiding dangerously stereotyping certain cultural minorities like "blaming culture for bad behaviour".[11]

– Describe the cultural practice and the group.

This second step is intended to provide more information detailing the contents of the cultural practice, its historical origin, the modalities with which it is expressed and the meaning, as well as to avoid the generic use of the topic "my culture has led me to behave so." Generic references are only too commonly made to culture within litigation or defence without having precise and detailed information on the cultural practice at issue: this lack of knowledge is sometimes detrimental to the client and affects evidence.

– Does the practice connect to the wider web of significances?

Starting from the idea that culture is *a complex whole*,[12] it is important for the judge to perceive the individual practices not as isolated, but in interaction with the entire *web of significances*[13] to fully understand their characteristics and scope. Once the individual practice has been identified, one should therefore systematically interpret it within the entire cultural system so as to verify its connections and

[11] Volpp (2000).
[12] Tylor (1871): 5.
[13] Geertz (1973): 5.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

further comprehend its meaning, as well as provide the relevant parties with greater understanding in light of the entire cultural horizon of the minority (e.g. the Islamic veil should be connected to the web of significance concerning the role of Arab women, the concept of modesty, the vision of the body and the sense of decency). This assessment also intends to prevent the majority from misconceiving the practice in that it contextualizes it in its semiotic system where it could have a completely different meaning (e.g. in the West, the Islamic veil is immediately seen as a symbol of female oppression whereas in the Islamic semiotic context it has more complex meanings: modesty, protection, adornment, embellishment).

– *Is the practice essential (to the group's survival), compulsory or optional?*

The aim of this element is to investigate the level of importance of the cultural practice for the individual who claims it, also in order to evaluate, in the subsequent balancing process, what kind of sacrifice is asked of the minority (e.g. Jews regard circumcision as crucial for the survival of their group?[14]) This assessment is also important for the lawyer in order to establish the defence line: the client's arguments may have a different weight depending on whether a practice is mandatory or optional: the verdict can depend on this assessment. I am conscious that to some anthropologists this question does not make any sense as they are disinclined to classify practices on the basis of their binding nature. Nevertheless, this question is very important with regard to the balancing that the judge has to carry out, and is also one *topos* of multicultural case law nowadays. Therefore a cultural expert should answer it.

– *Is the practice shared or contested within the group?*

Cultures are dynamic and evolving systems. If the intergenerational transmission of a practice is wearing off because some members of the group regard it as less important, this element could impact on the evaluation of the case (e.g. many men and women oppose FGM). A useful element to answer this question is to ascertain how the legal system of origin governs this practice.

[14] For the debate on male circumcision see Foblets (2016).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

– *Is the group vulnerable within a society? Is it discriminated against?*

One of the constitutional and philosophical grounds underlying cultural recognition is the fact that the minority has been or is a victim of injustice. Although I believe in the constitutional foundation of culture based on the idea of diversity as an integral part of pluralism and as beneficial for the entire society, I think that this question can help the judge in the complex task of measuring the reasons for or against a practice. This question aims at pointing out to the judge that the defendant and her cultural universe may be the object of a bias, or in need of extra protection that is not necessary for other groups. Furthermore, the explanation provided in the statement of reasons of the judgement that the protection is accorded in light of previous injustices helps the majority to understand the reasons for such recognition (e.g. the fact that aboriginal groups are allowed to fish in national parks whereas majority members are not is due to past injustices to be repaired).

– *How would a reasonable person in that group behave in the same circumstances?*

The question sets the parameter of the model agent's behaviour in order to judge the concrete conduct at issue and in order to rule out behaviour that does not encounter the group's approval because it is deemed disproportionate (e.g. Mexican killing for the insult "*chinga tu madre*"[15]). In the US jurisprudence this assessment is called the *reasonable person test* and has been also applied to Italian immigrants to evaluate the provocation factor (e.g. would an average Sicilian man kill because he was called a "cuckold?"[16]). The question could also be useful to evaluate parents' behaviour in the domain of family law.

– *Is the subject sincere?*

This question intends to relate the objective data collected from the previous questions to the actual individual raising those arguments, so as to assess the validity of the claims. This is a factual assessment that can take place by checking whether the individual's life

[15] *Trujillo-Garcia v. Rowland*, Ninth Circuit, 1992 (unpublished).

[16] *People v. Giacomo Bonadonna*, Court of Appeal, California, 1990 (unpublished).

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

shows consistency between the practice used as a cultural argument and the concrete behaviour (e.g. a person asks not to work on Fridays in order to go to the mosque, but in reality s/he never prays since, in fact, s/he is an atheist).

– Is there a cultural equivalent, a similar or comparable practice, in the majority culture?

The lawyer and the judge, with the help of the anthropologist, should try to "translate" the practice into an equivalent in the majority culture indicating what the behaviour/symbol/rite performed by the immigrant, for instance, in Italy would correspond to. The purpose of this assessment is to make the behaviour of the minority more intelligible, avoiding attributing incorrect meanings to it, and to strike a precise balance. This is a relational assessment aimed at creating an inter-cultural dialogue between groups (e.g. going to work not wearing the Islamic veil would be like asking an Italian woman to go to work in her bikini).

– Is the practice harmful? Is the harm irreparable?

In this part of the test the lawyer and the judge will have to assess whether the practice has caused harm and which interest has been prejudiced. The concept of harm should be considered from an anthropological perspective and not exclusively through the cultural lenses of the majority. In the current state of affairs, an axiological scale of legal assets is emerging in jurisprudence that prevail over cultural rights: life, physical integrity, children's rights and women's rights.

– What is the impact of the practice on the culture and value system of the majority?

This question is intended to illustrate what kind of reactions the practice brings about on the majority's part in order to enhance the relational aspect and to show the minority how the practice is seen and perceived by the host culture. Its aim is to avoid the generic argument "the culture of others violates Western values" in that it calls upon judges and lawyers to identify more accurately the values actually at stake (e.g. the *burqa* in France impacts on the value of fraternity and of living together that is very strongly felt[17]).

[17] *S.A.S. v. France*, ECHR 695, 1st July 2014.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

– *Does the practice perpetuate patriarchy?*

Patriarchy is a "system of oppression" that intersects with culture, but it also constitutes a reality in itself. Considering that gender equality is one of the themes most particularly felt and that many Constitutions, international documents and judges use it as a counter-limit to multiculturalism, it might be appropriate to consolidate this *topos* in the test with these "warnings": the notion of patriarchy should not be limited to women only, but should also include children and young people; the notion of patriarchy can be a Western construct to be corrected by adopting an anthropological perspective.

– *What value does the minority ascribe to the practice at issue? Does this value reflect the choice of a meaningful life?*

The minority will need to illustrate the reasons why they want to carry on a cultural practice by demonstrating that, even if opposed to a majority practice, it expresses an equally meaningful life model (e.g. the Amish in the USA have obtained a two-year exemption from school attendance as they practice *learning by doing* in a non-competitive and equally educational context for children[18]).

The use of the test ensures that the judge answers all the most relevant anthropological and legal questions (the former with the help of an anthropologist or using the tools mentioned below) in the solution of a dispute, as the same are predetermined by the test. The judge may integrate them depending on the case, as this test should not be intended as static but open to integration, yet based on a working grid.

4. *The reception of the cultural test in Italy*. – The idea of adopting a cultural test is gaining momentum in Italy between both legal scholars[19] and practitioners who feel the need to put an end to the random approach to culture in the context of multicultural disputes. The same Italian Supreme Court of Cassation in 2018 referred to some elements of the cultural test as important in assessing a cultural claim. The Italian Supreme Court of Cassation, III criminal section, 29th January 2018 no. 29613 opinion reads: "in order to evaluate the impact that the cultural matrix has on the awareness of the agent, it will be useful, as suggested by the most recent academic legal theory [*schol-*

[18] *Wisconsin v. Yoder et al.*, 406 U.S. 205, (1972).

[19] (Basile 2017: 131-34).

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

ars], to evaluate *the nature of the cultural provision* to comply with which the crime was committed, whether of *a religious or legal nature* (as would happen if the cultural rule matched a *corresponding legal rule* in force in the legal system of the immigrant's country of origin, since in the latter case the awareness of the unlawfulness of the conduct, and therefore the culpability concerning the committed fact would be relevant), and [*evaluate*] *whether the cultural norm is binding* (if respected in a homogeneous way by all the members of the cultural group or, rather, *obsolete* and not *widespread* also in that context). Ultimately, the *extent of the integration* of the immigrant in the culture and social fabric of the country of destination, and the extent of *persistent adherence to the culture of origin* (an aspect which is relatively independent of the time spent in the host country) will also be *relevant factors to assess*." [Italics are mine.]

Personally, I do not consider this embryo of cultural test to be complete, but I consider this opinion relevant since, for the first time, the Italian Supreme Court of Cassation mention the need of fixed elements to construct the judicial evaluation.

5. *The handbook for cultural practices for judges.* – During my experience within the Italian *Observatory on Justice, Transcultural Dialogues and International Protection* I had the clear impression that, at least in Italy, the judge has, in general, a passive role in the incorporation within the trial of anthropological knowledge. As Paola Lovati (attorney in Milan and coordinator of the Observatory) pointed out: "without an 'anthropologist lawyer' there is no an anthropologist judge", since in a trial system as the Italian one (and many others in Europe) where anthropological expertise is not deemed compulsory, it is only through the lawyer that the cultural dimension of a controversy can enter the trial.

On the other hand, judges stress some concrete issues: since anthropology is not taught in their law school studies, they might completely ignore that a behaviour (like sucking a penis of a five year old boy, see supra note 2) can have a cultural base; in Italy, anthropology is not a profession organized in a state board from which the judge can select experts, as with engineers, doctors, psychologists, and other technical experts falling within more established and recognized categories; even if the judge could choose among academics or other cultural experts, it is not always easy to find the exact cultural expert, for instance, of a remote cultural group in a rural area.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

The Italian experience shows that, at least at the moment, case-by-case anthropological expertise is not always possible to obtain. An alternative that anthropology can provide could be the elaboration of a handbook of cultural practices, written by anthropologists for the benefit of judges. A similar tool was prepared in the UK in 1994[20] and was disseminated to each Court by the judicial board.

Judges and lawyers of the Italian Observatory noted that such a handbook would enable them to gain better knowledge of the behaviours of migrants. They also appreciate the availability of an easily readable tool: realistically a judge cannot read all academic articles on a cultural group or practice, when expenses, constraints or lack of experts prevent her to consult an anthropologist.

I am conscious that the handbook may recall the old colonizers' reports during imperialism, but I think that, provided it is written by anthropologists and built in a critical and conscious way, this tool can satisfy the need to incorporate anthropological knowledge into the trial. There are many examples of how the handbook can avoid the risk of essentialism: the description of the practice should be done using reciprocity, that is, finding "cultural equivalents" within the host culture thus translating the practice into a more understandable semiotic system (e.g. wearing a *kirpan* is like wearing a cross or other religious symbols); the language used should avoid ethnographic representations of "the other"; the cultural practice should be contextualized by providing information on the entire cultural system and the reasons for it should be illustrated.

6. *The cultural expertise databases and long-life learning courses for judges*. – A third tool through which anthropology could make a relevant contribution to legal reasoning, overcoming the practical difficulties of a case-by-case approach is the sharing of anthropological knowledge gathered in trials or elsewhere. This can be done by creating databases on cultural expertise which judges and lawyers can draw important information from.[21]

[20] The Judicial Studies Board (1994).

[21] See *The Max Planck database project on religious and cultural diversity* (coordinator Marie-Claire Foblets) and EURO-EXPERT *Cultural expertise in Europe: What is it useful for?* at the Centre for Socio-Legal Studies, University of Oxford (principal investigator Livia Holden) which has the aim to gather cultural expertise in fourteen European States and make them available to judges.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Even when the judge understands the need of consulting a cultural expert, practical issues may be an obstacle to it: the lack of available experts on that specific group in the country, the time needed to draw up the cultural expert report, and its costs. The creation of databases of cultural expertise already made available could permit the judge to consult them, avoiding repetition of consultation in similar cases, thus saving time and money.

Finally, the interactions I had with Italian judges confirmed the crucial importance of strengthening their anthropological training. Given the constraints that many universities face in opening courses of legal anthropology specifically focused on the challenges of multiculturalism and given the fact that old-generation judges would not attend them due to obvious age reasons, I recommend, in addition to university curricula including legal anthropology courses on multicultural disputes, also the implementation of life-long learning courses for judges. An anecdote I personally experienced shows their importance.

In March 2018 the Italian School for the Judiciary (*Scuola Italiana di Magistratura*) organized in Scandicci, Florence, a three-day course on the subject "Multiculturalism and criminal law". At the end of a course, a judge approached me to comment: "thanks to this course I now understand that I did not take in account some very important cultural element when I sentenced many migrants for the crime of selling counterfeit goods. I am starting to think now that may be in rural Senegal they do not have an idea of what a brand like Nike is". In only three days of training, this judge had changed her mind-set for good and was ready, in future cases, to consider the cultural profile of a controversy. The absence of the notion of "brand" was not specifically addressed during the training, but information on the basics of anthropological reasoning within the cultural defence enabled this judge to draw her conclusions autonomously.

7. Concluding remarks. – Both law and anthropology are technical sciences, with their language, methodologies, technicalities, but both are also human skills, of which each of us is endowed. Every ten-year-old child can approach and resolve a multicultural conflict: maybe (s)he cannot write a judgement according to legal standard, but (s)he can perfectly frame a defence or accuse and provide the solution of the case relying on her/his sense of justice.

As each of us is a judge, similarly each of us is an anthropolo-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

gist, that is, each of us is able to understand, if the right conditions are met, other semiotic systems and to understand that there are endless ways to become human. I believe that democratization of anthropological knowledge, far from being an oversimplification, can bring anthropology right in the middle of the challenges of multiculturalism, adding new impetus to this science.

Conceived as a consequence of the colonial encounter, and having served as a tool for colonial powers for decades, anthropology has long re-affirmed itself as a science which has fought racism and promoted a new understanding of human kind. It is now time to help pay back the costs that colonialism caused. The majority of migrations we face today should be called "colonial migrations": from climate change to poverty, from wars to political instability, the causes that are transforming European demography are historically rooted in centuries of colonialism. The possibility of having cultural rights recognized in Courts is a due mitigation measure. The emerging of a new generation of "anthropologist judges" is key to guaranteeing this. As the first cultural right is that of presenting a cultural defence – a tool through which all the other cultural rights can be recognized in turn[22] – law and anthropology should work together to make this happen now, finding practical and enduring solutions that can systematize anthropological knowledge within the trial going beyond a case-by-case approach to cultural expertise.

List of sources

F. Basile, "I reati cd. 'culturalmente motivati' commessi dagli immigrati: (possibili) soluzioni giurisprudenziali". The so-called 'culturally motivated' crimes committed by immigrants: (possible) solutions in case-law, (2017) *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), special issue, "Il Multiculturalismo e le Corti", 126-135.

I.I. Dore, *Homo Juridicus. Culture as a normative order*, Carolina Academic press, 2016.

A. Dundes Renteln, *The cultural defense*, Oxford University Press, 2004.

A. Dundes Renteln, "In defense of culture in the Courtroom", in R.A. Shweder, M. Minow, H.R. Markus (eds), *Engaging cultural differences. The multicultural challenge in liberal democracies*, Russell Sage Foundation, 2002, 194-215.

[22] Dundes Renteln (2002): 199 theorizes a «right to the cultural defense» as a *species* of the broader *genus* of cultural rights.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

A. Eisenberg, *Reasons of identity. A normative guide to the political and legal assessment of identity claims*, Oxford University Press, 2009.
M.C. Foblets, "The body as identity marker. Circumcision of boys caught between contrasting views on the best interest of the child", in M. Jänterä-Jareborg (ed.) *The child's interests in conflict. The intersections between society, family, faith and culture*, Intersentia, 2016, 126 et seq.
C. Geertz *The interpretation of cultures*, Basic Books Inc., 1973.
L. Holden (ed.), *Cultural expertise and litigation: patterns, conflicts, narratives*, Routledge, 2011.
L. Rosen, "The anthropologist as expert witness" (1977). *American Anthropologist*, vol. 79, Issue 3, 555-578.
I. Ruggiu, *Culture and the Judiciary: The Anthropologist Judge*, Routledge, 2019.
The Judicial Studies Board, *Handbook on ethnic minority issues*, distributed by *Judicial Studies board* (England), London: Judicial Studies Board, 14 little St James's Street, June 1994.
E.B. Tylor *Primitive culture: researches into the development of mythology*, vol. 2, Murray, 1871.
L. Volpp, "Blaming culture for bad behaviour" (2000). *Yale Journal of Law & the Humanities*, No. 12, 89-116.

Abstract

This paper analyses some tools that can overcome the practical difficulties of consulting a cultural expert in a trial according to a case-by-case approach. The tools proposed are: a cultural test that systematizes the questions to be answered by cultural experts and by judges thus avoiding the current random approach to each cultural dispute; a handbook on cultural practices written by anthropologists to be consulted and used by judges and lawyers when practical conditions prevent the appointment of a cultural expert; a data base of cultural expertise to share anthropological knowledge; life-long learning courses in order to train judges on the basics of anthropology. The paper takes into account that cultural expertise on a case-by-case basis is not always possible for a number of reasons such as costs (cultural expertise may be expensive and the justice system may lack resources), organization of the anthropological domain (not all anthropologists have a state board); lack of available experts on a specific cultural group in the relevant country. Although the presence of a cultural expert in each case is crucial with a view to introducing anthropological knowledge into the trial, the paper suggests other realistic ways in which anthropology can significantly contribute to legal reasoning. Seeking systematization and "democratization" of anthropological knowledge, the paper endorses the consolidation of the figure of an "anthropologist judge", with greater capacity to manage, autonomously when needed, the tools provided by anthropology.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Maria Virginia Sanna

Φάρμακα, medicamenta, pocula*:* *il procurato aborto da una* lex regia *di Romolo a Giustiniano*

Sommario: 1. Le prime testimonianze. – 2. La donna di Mileto e il rescritto di Severo e Caracalla. – 3. La *medicamentaria* – 4. Giustiniano e l'aborto.

1. *Le prime testimonianze*. – Nel diritto romano più antico l'aborto – se intendiamo in tal senso la φαρμακεία τέκνων di cui parla Plutarco – non sarebbe stato, come ritiene la dottrina prevalente per i periodi successivi, un atto lecito e largamente praticato, ma una delle massime colpe della moglie, che avrebbe comportato la sanzione del ripudio da parte del marito, sanzione, se pur non penale, molto grave, in quanto la moglie, dato il periodo *in manu*, avendo perduto i vincoli di *adgnatio* con la sua famiglia, sarebbe rimasta priva sia di uno *status familiae* sia di qualsiasi aspettativa ereditaria[1]. Una discussa *lex regia* di Romolo avrebbe, infatti, previsto, secondo Plutarco, il ripudio per le condotte delle mogli consistenti in φαρμακεία τέκνων (veneficio dei figli), κλειδῶν ὑποβολή (sottrazione delle chiavi), μοιχευθεῖσα (adulterio):

Vita Rom. 22,3: ἔθηκε δὲ καὶ νόμους τινάς, ὧν σφοδρὸς μέν ἐστιν ὁ γυναικὶ μὴ διδοὺς ἀπολείπειν ἄνδρα, γυναῖκα δὲ διδοὺς ἐκβάλλειν ἐπὶ φαρμακείᾳ τέκνων ἢ κλειδῶν ὑποβολῇ καὶ μοιχευθεῖσαν.

Se parte della dottrina, oggi minoritaria, riteneva che Plutarco si riferisse, in generale, a farmaci velenosi, oggi l'opinione prevalente ritiene che avrebbe inteso riferirsi a farmaci abortivi. La lettura del passo cambia, infatti, a seconda che si intenda τέκνων collegato a

[1] Già G. Brini, *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*, III, Bologna, 1889, p. 25, aveva parlato di un'indole del ripudio come di punizione della donna. Per R. Fiori, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, 1996, p. 232 ss., la donna ripudiata veniva letteralmente cancellata dall'ordinamento. Di ripudio-sanzione parla, di recente, U. Agnati, *Profili giuridici del repudium nei secoli IV e V*, Napoli, 2017, p. 42.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

φαρμακεία, ο τέκνων e κλειδῶν coordinati disgiuntivamente a ὑποβολή (φαρμακείᾳ τέκνων ἢ κλειδῶν ὑποβολῇ). Se φαρμακεία può significare in generale avvelenamento, uso di farmaci o filtri, persino magia, se la si ricollega a τέκνων può essere intesa come uso di farmaci abortivi; nella seconda lettura verrebbe, invece, meno il riferimento all'aborto e si alluderebbe in generale al veneficio. La lettura di φαρμακεία τέκνων come aborto ha, peraltro, destato delle perplessità, anche perché Dionigi indica come colpe della moglie – punite non col ripudio ma con la morte dai συγγενεῖς insieme col marito[2] – solo l'adulterio e il bere il vino:

Ant. Rom. 2,25,6: Ταῦτα δὲ οἱ συγγενεῖς μετὰ τοῦ ἀνδρὸς ἐδίκαζον· ἐν οἷς ἦν φθορὰ σώματος καί, ὃ πάντων ἐλάχιστον ἁμαρτημάτων Ἕλλησι δόξειεν ἂν ὑπάρχειν, εἴ τις οἶνον εὑρεθείη πιοῦσα γυνή. Ἀμφότερα γὰρ ταῦτα θανάτῳ ζημιοῦν συνεχώρησεν ὁ Ῥωμύλος, ὡς ἁμαρτημάτων γυναικείων ἔσχατα, φθορὰν μὲν ἀπονοίας ἀρχὴν νομίσας, μέθην δὲ φθορᾶς.

[2] Occorre, inoltre, tener conto anche di Gellio *N.A.* 10,23,4/5: *Verba Marci Catonis adscripsi ex oratione, quae inscribitur de dote, in qua id quoque scriptum est in adulterio uxores deprehensas ius fuisse maritis necare: «Vir» inquit «cum divortium fecit, mulieri iudex pro censore est, imperium, quod videtur, habet, si quid perverse taetreque factum est a muliere; multatur, si vinum bibit; si cum alieno viro probri quid fecit, condemnatur. De iure autem occidendi ita scriptum: «In adulterio uxorem tuam si prehendisses, sine iudicio inpune necares; illa te, si adulterares sive tu adulterarere, digito non auderet contingere, neque ius est.* Pur avendo la dottrina cercato di risolvere il contrasto tra i passi, esso non appare facilmente superabile. Secondo R. Fiori, *Homo sacer*, cit., p. 232 ss., l'alternativa tra ripudio e *ius occidendi* sarebbe stata rimessa alla discrezionalità del marito; per G. Rizzelli, *Stuprum e adulterium nella cultura augustea e la lex Iulia de adulteriis*, in *BIDR*, 90, 1987, p. 355 ss., in part. p. 357 nt. 4, 'in seguito' sarebbe venuta meno la previsione dell'aborto e sarebbero rimasti in vigore i divieti di bere vino – relativo, peraltro, solo al *temetum* – e di adulterio (in tal senso, per quanto riguarda il *temetum*, G. Piccaluga, *Bona Dea. Due contributi all'interpretazione del suo culto*, in *Studi e materiali di storia delle religioni*, 35, 1964, p. 195 ss., la quale aveva osservato che alle donne non era proibito bere qualsiasi vino, ma solo il *temetum*, vino adoperato per fini rituali); U. Bartocci, *Le species nuptiarum nell'esperienza romana arcaica*, Roma, 1999, p. 146 nt. 26, ritiene che per l'adulterio e l'ubriachezza sarebbero stati possibili sia il *ius occidendi* sia il ripudio, per l'avvelenamento della prole il solo ripudio. P. Giunti, *Consors vitae, Matrimonio e ripudio in Roma antica*, Milano, 2004, p. 67 ss., avanza la possibilità che anche Dionigi non abbia mai alluso alla possibilità di una condanna a morte, ma solamente al ripudio, come Plutarco; di recente R. Astolfi, *Il matrimonio nel diritto della Roma preclassica*, Napoli, 2018, p. 171 ss., ritiene che la legge di Plutarco potrebbe essere posteriore a quella di Dionigi.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Se, però, intendiamo l'epressione κλειδῶν ὑποβολὴ nel senso di sottrazione delle chiavi della cella vinaria, il divieto di bere il vino riferito da Dionigi potrebbe essere accomunato al divieto ricordato da Plutarco di sottrarre le chiavi della cella del vino, vino dotato, anche secondo numerose fonti successive, di proprietà abortive[3]. Dal momento che in entrambi i testi si parla di donne sposate, non si può mancare di osservare che sia l'adulterio sia l'aborto indicano la trasgressione della moglie rispetto al suo compito principale, quello di non mettere in alcun modo in discussione, in un matrimonio costituito, come è noto, *quaerundorum liberorum causa*, la procreazione di figli legittimi[4]. Sembra probabile che la repressione dell'aborto, così come dell'adulterio, venisse nei tempi antichi lasciata al controllo fa-

[3] La dottrina che ritiene si parli in generale di farmaci velenosi e non di farmaci abortivi si è chiesta perché la norma avrebbe dovuto riguardare solo i nascituri e non i figli già nati e perché, in tal caso, si sarebbe preso in considerazione solo l'aborto indotto da φάρμακα e non da mezzi meccanici. P. Giunti, *Alle origini del ripudio*, *Criminalità femminile e dissolubilità del matrimonio in Roma arcaica*, Firenze, 1993, p. 8 ss.; Ead., *Consors vitae*, cit., p. 3 ss., ritiene che la formula φαρμακεία τέκνων, significando alla lettera veneficio del feto, coordinata disgiuntivamente a quella κλειδῶν ὑποβολῇ «che visualizzava il controllo dominicale sulla cella vinaria per fornire al crimine etilico il fondamento della tradizione storico-giuridica», avrebbe dato il giusto risalto alla «tradizione medico-naturalistica che nel consumo di alcuni succhi vinosi ravvisava uno specifico mezzo abortivo». Mentre sarebbe stato gravemente scorretto restituire con la formula φαρμακεία τέκνων il senso e la portata di una disposizione intesa a colpire genericamente la pratica muliebre del veneficio, quella stessa formula, osserva la Giunti, risulterebbe del tutto congrua quando vi si ravvisi una traduzione allegorica (*vinum venenum*) del crimine alcolico, in cui solo il feto poteva essere il soggetto passivo dell'azione lesiva. Solo l'aborto veneficio, procurato per ingestione di sostanze tossiche, «avrebbe potuto offrire il congruo parametro interpretativo per un crimine sostanziato dal consumo femminile della bevanda alcolica». Pur significando la formula φαρμακεία τέκνων alla lettera veneficio dei figli, e potendo dunque fare riferimento a un generico avvelenamento di figli già nati, la tesi della Giunti appare la più plausibile; non necessariamente, però, l'aborto deve essere considerato un crimine sostanziato dal solo «consumo femminile della bevanda alcolica», e non dall'uso più generale di φάρμακα.

[4] Per J. Urbanik, *Tuas res tibi habeto: la funzione delle parole approvate nel divorzio*, in *Dire le droit: normes, juges*, *juriconsultes*, a cura di B. Anagnostu Canas, Paris, 2006, p. 87 ss., in part. p. 90, la società accettava il ripudio quando la donna trasgrediva al suo ruolo socio-culturale: allevare come moglie legittima i successori del marito. Secondo R. Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico*[2], Padova, 2014, p. 361, il *ius sacrum*, in età regia, elencò le colpe della moglie che ne consentivano il ripudio, limitandole a quelle che compromettevano, con la dignità del rapporto, la procreazione e la legittimità dei figli.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

miliare[5]: se, peraltro, l'adulterio divenne un *crimen* già con la *lex Iulia de adulteriis* di Augusto, l'aborto, secondo la dottrina prevalente, fu represso come *crimen extraordinarium* solo con un rescritto degli Imperatori Severo e Caracalla[6]. Sino all'emanazione del rescritto non troviamo nelle fonti giuridiche, dopo la *lex regia* di Romolo, alcun cenno all'aborto[7]: per quanto riguarda le fonti letterarie, secondo Ovidio le *matronae* romane, nella protesta tesa ad ottenere la restituzione

[5] La dottrina prevalente ritiene che l'aborto sarebbe stato, non solo ai tempi di Romolo ma anche nei periodi successivi, lecito per le mogli se compiuto col consenso o dietro ordine del marito, lecito per le figlie se autorizzato od ordinato dal *pater*, lecito in ogni caso se posto in essere da donne non sposate *sui iuris*, in particolare dalle donne *non honoratae.* Se per alcuni il marito o il padre che autorizzavano (o obbligavano) mogli e *filiaefamilias* ad abortire potevano incorrere tutt'al più nella nota censoria (per G. Humbert, *Abigere partum*, in *DS*, VII, Paris, 1877, p. 7 s., l'aborto sarebbe stato considerato «*seulement une action immorale*», appartenendo, se autorizzato dal marito «*à la jurisdiction censoriale*», mentre lo Stato non si sarebbe occupato dell'aborto di una donna non maritata; A. Marongiu, voce *Aborto (Dir. romano e intermedio*) in *Enc. dir*., I, Milano, 1958, p. 126 s., ritiene che l'aborto non sia stato considerato fino a tutto il periodo classico un reato, ma solo un atto immorale, su cui poteva eventualmente esercitarsi la *cura morum* censoria nei confronti del padre che avesse autorizzato la figlia ad abortire), secondo altri (E. Nardi, *Procurato aborto nel mondo greco-romano*, Milano, 1971, p. 45 ss.) è da escludere anche la possibilità, nei confronti del padre, di un intervento censorio, che, oltre a non armonizzare con la spettanza del *ius vitae ac necis*, non avrebbe il benché minimo appoggio di alcuna fonte. Più di recente, secondo M. Ganzin, *L'avortement dans la Rome antique*, in *Études Jauffret*, Aix-Marseille, 1974, p. 289, «*la cèlibataire sui juris en est propriétaire (del foetus) et peut à la limite librement avorter*»; per G. Galeotti, *Storia dell'aborto*, Bologna, 2003, p. 19 ss., nel contesto greco-romano, il feto, per le donne sottoposte a *potestas* o *manus*, rientrava nella disponibilità dell'uomo di riferimento; la decisione di abortire sarebbe stata di pertinenza femminile solo per le donne non sottoposte a *potestas* come le prostitute.

[6] Appare singolare che Augusto, pur avendo avuto di mira con le sue riforme l'incremento demografico e il rafforzamento dei matrimoni, non si sia occupato direttamente dell'aborto.

[7] Molti studiosi, che trattano congiuntamente i casi di aborto della schiava e aborto della donna libera, fanno cenno al noto passo in cui Ulpiano riporta il parere di Bruto a proposito dell'aborto provocato da un terzo a una schiava (D. 9,2,27,22, su cui mi permetto di rimandare a M.V. Sanna, *Quasi rupto quasi rumpere, Dalle XII Tavole ai Digesta* in *MEP*, 12-15, 2009-2012, p. 7 ss.; Ead., *Rumpere e quasi rumpere tra lex e interpretatio*, in *BIDR*, 111, 2017, p. 347 ss.). Il tema dell'aborto si pone, però, inevitabilmente in maniera diversa a seconda che riguardi una donna libera o una schiava; non sembra, infatti, condivisibile il parere di chi ritiene di poter prendere in esame assieme i due casi perché in entrambi l'interesse sarebbe solo un interesse economico.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

dei loro antichi ornamenti sacrificati dalla *lex Oppia* del 214 a.C.[8], attuarono un particolare sciopero, decidendo di non procreare fino a quando la legge non fosse stata abrogata e arrivando a scuotere dalle viscere il peso dell'embrione:

Fasti I, 618 ss.: *nam prius Ausonias matres carpenta vehebant: haec quoque ab Evandri dicta parente reor; mox honor eripitur matronaque destinat omnis ingratos nulla prole novare viros; neve daret partus, ictu temeraria caeco visceribus crescens excutiebat onus.*

Se vogliamo prestare fede a Ovidio, per questi aborti non ci furono sanzioni, pur essendo posti in essere da donne sposate e in segno di protesta contro i mariti (e la *civitas*): il Senato redarguì aspramente le *matronae*, ma poi restituì loro i diritti tolti dalla *lex Oppia*[9]: *Corripuisse patres ausas immitia nuptas, ius tamen emptum restituisse ferunt*[10].

[8] Di tale protesta non parla Livio *Ab urbe cond.* XXXIV,1: *Matronae nulla nec auctoritate nec verecundia nec imperio virorum contineri limine poterant, omnes vias urbis aditusque in forum obsidebant, viros descendentes ad forum orantes ut florente re publica, crescente in dies privata omnium fortuna matronis quoque pristinum ornatum reddi paterentur. Augebatur haec frequentia mulierum in dies; nam etiam ex oppidis conciliabulisque conveniebant. Iam et consules praetoresque et alios magistratus adire et rogare audebant.*

[9] La *lex Oppia* aveva limitato, come è noto, il possesso di gioielli, abiti costosi e carrozze da parte delle *matronae*, che chiedevano, in un momento in cui era ormai mutata la situazione, che tale disposizione fosse abrogata. Nel racconto di Livio, dopo le dure parole di Catone, contrario all'abrogazione, Lucio Valerio osservava che la *lex Oppia* è una di quelle leggi richieste dalla necessità di un momento particolare e pertanto soggetta al mutare dei tempi, una legge eccezionale, che poteva essere abrogata senza che ciò comportasse anche l'abrogazione del pudore muliebre.

[10] Plauto sembra ritenere l'aborto una pratica tollerata, parlando però di una prostituta, nel *Truculentus*, scritto tra il 189 e il 186: *Quid ais tu? quae numquam fuit praegnas, qui parere potuit? Nam equidem illi uterum, quod sciam, nunquam extumere sensi. Celabat metuebatque te, ne tu sibi persuaderes ut abortioni operam daret puerumque ut enicaret.* (*Truc.* 198 ss.). Una meretrice, *Phronesium*, vuole far credere suo un figlio abbandonato da una giovane che era stata violentata. *Diniarchus*, uno dei suoi innamorati, parla con la schiava *Astaphium*, la quale sostiene che la sua padrona abbia partorito: all'obiezione del giovane che si chiede come la donna abbia potuto partorire, se lui non si è mai accorto che fosse incinta, la schiava risponde che la sua padrona gliel'ha tenuto nascosto per paura che lui la convincesse ad abortire. Secondo M. Ganzin, *L'avortment*, cit., p. 274, per il quale il marito «*avait la faculté d'imposer l'avortement à sa femme*», la frase *ne tu sibi persuaderes ut abor-*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

2. *La donna di Mileto e il rescritto di Severo e Caracalla*. – A una sanzione molto grave (*Memoria teneo Milesiam quandam mulierem rei capitalis esse damnatam*), applicata a una donna di Mileto, vedova[11], che concepì un figlio in un matrimonio, sembrerebbe legittimo, e che abortì tramite *medicamenta* per denaro ricevuto dai secondi eredi fa, invece, riferimento Cicerone in

Pro Cluent. 11,32: *Memoria teneo Milesiam quandam mulierem, cum essem in Asia, quod ab heredibus secundis accepta pecunia partum sibi ipsa medicamentis abegisset, rei capitalis esse damnatam; nec iniuria quae spem parentis, memoriam nominis, subsidium generis, heredem familiae, designatum rei publicae civem sustulisset. Quanto est Oppianicus in eadem iniuria maiore supplicio dignus! Si quidem illa, cum suo corpori vim attulisset, se ipsa cruciavit, hic autem idem illud effecit per alieni corporis mortem atque cruciatum. Ceteri non videntur in singulis hominibus multa parricidia suscipere posse, Oppianicus inventus est qui in uno corpore pluris necaret.*

La donna, *rei capitalis damnata*, aveva ricevuto una giusta condanna, afferma Cicerone, perché aveva distrutto la speranza di un padre, la continuazione di un nome, l'erede di una famiglia, un futuro *civis* dello Stato. Soprattutto quest'ultimo riferimento induce a credere che si tratti di un processo svoltosi nei confronti di una donna *peregrina* (di Mileto), ma fornita di *conubium* e quindi sposata in matrimonio legittimo con un cittadino romano, in quanto il figlio sarebbe stato erede del padre e *civis rei publicae*. La dottrina prevalente[12] ha ritenuto che la pronuncia a carico della donna di Mileto

tioni operam daret sarebbe «*révelatrice du puvoir reconnu à l'homme*», ma, a parte l'uso del verbo *persuadere*, che non sembra implicare una *faculté d'imposer*, se anche volessimo ritenere esistente tale facoltà, *Diniarchus* non potrebbe esserne titolare, non essendo né il marito né il padre di *Phronesium.* La dottrina prevalente ritiene, infatti, come si è detto, che solo al marito o al *pater* spettasse il diritto di proibire l'aborto; occorre tener conto, inoltre, della circostanza che *Phronesium* è una prostituta.

[11] L. Di Pinto, *Procurato aborto nei giuristi severiani*, in *Koinonia*, 37, 2013, p. 343, ritiene che il fatto sia accaduto in assenza del marito.

[12] Si vedano U. Brasiello, *Sulla ricostruzione dei crimini in diritto romano. Cenni sull'evoluzione dell'omicidio*, in *SDHI*, 22, 1976, p. 246 ss., in part. p. 258; A. Marongiu, voce *Aborto*, cit., p. 126 s., per il quale la testimonianza di Cicerone, relativa alla punizione irrogata a una donna di Mileto, non può ritenersi prova sufficiente per l'esistenza in periodo repubblicano di una sanzione penale.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

sia stata applicata non secondo il diritto romano, ma secondo il diritto vigente in Asia; così, per il Nardi[13], sarebbe «frutto di principi estranei, applicati localmente»: non essendo in Roma un tale aborto soggetto a incriminazione, Cicerone non poteva usare la condanna milesiana se non, «come in concreto ha fatto», per argomentarne una maggiore responsabilità in sede di omicidio. Parte della dottrina più recente ha, però, avanzato l'ipotesi[14] che la donna, avendo usato sostanze venefiche, potesse essere stata condannata secondo la *lex Cornelia de sicariis et veneficiis*, emanata, come è noto, nell'81 a.C. Se è vero che la *Pro Cluentio* fu pronunciata da Cicerone nel 66 a.C. dinanzi alla *quaestio de veneficiis*, quell'anno separata dalla *quaestio de sicariis*, se la circostanza che il processo si svolgesse dinanzi alla *quaestio de veneficiis* mostra che Cluenzio era accusato di veneficio, se Cicerone parla di *medicamenta* e sappiamo da Gaio che anche i *medicamenta* sono *venena*[15], non sembra, però, plausibile che la donna di Mileto sia stata condannata per aborto in base alla *lex Cornelia de sicariis et veneficiis*, perché questa richiedeva l'uccisione di un uomo[16]

[13] E. Nardi, *Procurato aborto*, cit., p. 216 ss.

[14] In tal senso M. Brutti, *Il diritto privato romano*[3], Torino, 2015, p. 110 ss., il quale precisa, peraltro, che l'applicazione di tale legge a un caso di aborto non è scontata, anzi sembra piuttosto un caso eccezionale, che rimane privo di seguito e forse determinato dalla posizione sociale eminente dei due coniugi e in particolare del marito. Per P.L. Carucci, *Sulla tutela del concepimento e della gioventù dalle origini al principato. Principi e politiche*, in *Teoria e Storia del diritto privato*, 9, 2018, p. 26, l'orazione *Pro Cluentio* dimostrerebbe, invece, che nell'esperienza giuridica della tarda repubblica la *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* era applicabile anche alle fattispecie di aborto.

[15] D. 50,16,236pr. (Gai. 4 *ad l. XII Tab.*): *Qui 'venenum' dicit, adicere debet, utrum malum an bonum: nam et medicamenta venena sunt, quia eo nomine omne continetur, quod adhibitum naturam eius, cui adhibitum esset, mutat. cum id, quod nos venenum appellamus, Graeci φάρμακον dicunt, apud illos quoque tam medicamenta quam quae nocent, hoc nomine continentur: unde adiectione alterius nomine distinctio fit. admonet nos summus apud eos poetarum Homerus: nam sic ait: φάρμακα, πολλὰ μὲν ἐσθλὰ μεμιγμένα, πολλὰ δὲ λυγρά.* Si vedano L. Rodriguez Alvarez, *Nueva aproximacion al tema del veneficium*, in *Labeo*, 37, 1991, p. 305 ss.; S. Querzoli, *Se i veleni non sempre uccidono: veneficia e lex Cornelia nelle Istituzioni di Marciano*, in *Ostraka*, 21, 1-2, 2012, p. 165 ss.; C. Pennacchio, *Farmaco, un Giano bifronte. Dei veleni e medicamenti, ovvero breve storia di un ossimoro*, in *SDHI*, 80, 2014, p. 117 ss., in part. p. 132 ss.

[16] In tal senso E. Nardi, *Procurato aborto*, cit., p. 220, nt. 41, per il quale non è pensabile che la *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* e la *lex Pompeia de parricidiis*, emanate in periodo di grande influenza della filosofia stoica, abbiano potuto configurare l'aborto come un caso specifico del reato in oggetto. Per P. Sardi, *L'a-*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

e il feto sino alla nascita non era nel diritto romano considerato un uomo[17]: pur essendo durante la gravidanza *in rerum natura*, come afferma Giuliano nel noto D. 1,5,26, non è *in rebus humanis* sino alla nascita.

Il caso della donna di Mileto riferito da Cicerone viene riportato da Trifonino, con estrema precisione di particolari[18], prima di passare a parlare del rescritto di Severo e Caracalla[19]:

borto ieri e oggi, Brescia, 1975, p. 38 s., non poteva invocarsi né il cap. I della *lex Cornelia*, che colpiva *qui hominem occiderit*, né il cap. V, che perseguiva *qui venenum necandi hominis causa fecerit vel vendiderit vel habuerit*, dal momento che il feto non era ritenuto *homo* ma *mulieris portio vel viscerum*. Tanto meno poteva chiamarsi in causa la *lex Pompeia* che, parlando della *mater quae filium filiamve occiderit* (D. 48,9,1) intendeva chiaramente colpire il crimine di infanticidio. Più di recente, per C. Terreni, *Me puero venter erat solarium. Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, Pisa 2009, p. 282 s.; Ead., *Il procurato aborto: ragioni di un'indagine romanistica e problematiche attuali*, in *Roma e America*, 40, 2019, p. 433 ss., in part. p. 436 s., le pratiche abortive non erano contemplate dalla *lex Cornelia* perché una tale ipotesi non potrebbe che fondarsi o sull'estensione – in ambito giuridico malsicura – della qualità di *homo* al nascituro o sul far rientrare le sostanze abortive tra i *mala medicamenta.*

[17] W. Wolfgang, *The Legal Position of the Unborn Child in Roman Law*, in *Identity and Statute of Human Embryo*, a cura di J. de Dios Vial Correa, E. Sgreccia, Città del Vaticano, 1998, p. 405 ss., in part. p. 409, ritiene che Cicerone nella *Pro Cluentio* mostri chiaramente che «*killing an unborn child was regarded as murder*». Per C. Terreni, *Me puero*, cit., p. 285, Ead., *Il procurato aborto*, cit., p. 439, l'osservazione ciceroniana secondo cui l'omicida avrebbe ucciso in un solo corpo più persone «trascende il puro piano oratorio per far leva sul dato corrispondente ad una generalizzata convinzione ed identificabile, appunto, nella separazione concettuale tra gestante e feto, ritenuti quali individui distinti». A mio avviso, con l'espressione *qui in uno corpore pluris necaret*, imbevuta di retorica, Cicerone non intendeva, plausibilmente, accusare Oppianico dell'omicidio del nascituro, in quanto sembra difficile che, in un mondo in cui era ammessa l'esposizione dei neonati, l'aborto fosse considerato un omicidio.

[18] A. Guarino, *Tagliacarte*, in *Labeo*, 25, 1979, p. 109 ss., ritiene che tanta insolita fedeltà al testo ciceroniano possa essere dovuta alla natura delle *disputationes* di Trifonino, opera singolare perché accolse in sé anche, forse prevalentemente, resoconti di *disputationes* avute da Trifonino con persone non limitate alla cerchia di giuristi e *auditores*. Se si suppone che la *disputatio* sia derivata dall'incontro tra il giurista e un letterato che gli ricordava polemicamente il passo della *Pro Cluentio*, ci si può rendere conto, per l'autore, sia della fedeltà della citazione al testo originario, sia del *sed* («si, ma oggi, in forza di un rescritto di Severo e Antonino una moglie che faccia qualcosa del genere va a finire in temporaneo esilio»).

[19] Per C. Terreni, *Il procurato aborto*, cit., p. 440 s., le pratiche abortive assunsero rilevanza penale nella *cognitio extra ordinem*, nel cui ambito vennero ad acquisire progressivamente fisionomia di *crimen* punibile con pene di carattere 'straor-

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

D. 48,19,39 (Tryph. 10 *disp.*): *Cicero in oratione pro Cluentio Habito scripsit Milesiam quandam mulierem, cum esset in Asia, quod ab heredibus secundis accepta pecunia partum sibi medicamentis ipsa abegisset, rei capitalis esse damnatam. sed et si qua visceribus suis post divortium, quod praegnas fuit, vim intulerit, ne iam inimico marito filium procrearet, ut temporali exilio coerceatur, ab optimis imperatoribus nostris rescriptum est.*

Anche se una donna dopo il divorzio *visceribus suis vim intulerit* per non dare un figlio al marito ormai nemico[20], secondo il rescritto degli *optimes imperatores* sarebbe stata punita con l'esilio temporaneo. Il giurista con il *sed et* potrebbe aver voluto mettere in evidenza che, se anche la donna non fosse stata spinta all'aborto da ragioni economiche, come nel caso ricordato da Cicerone, ma dal desiderio di non avere un figlio dal marito divorziato e ormai nemico, gli Imperatori decisero che il suo comportamento dovesse comunque essere punito. Questa sembra, perlomeno, la lettura dei Basilici, nei quali, senza accennare né al caso della donna di Mileto né al rescritto, si individuano due ipotesi: quella dell'aborto compiuto per denaro, punita *capite,* e quella dell'aborto compiuto dalla donna per odio nei confronti dell'ex-marito, punita con la pena della *relegatio ad tempus*[21]:

Bas. 60,51,35 (Heimb. V, 869): *Quae accepta pecunia partum abegit, capite punitur. Quae vero post divortium odio marito id fecit, ad tempus relegatur.*

Bas. 60,51,36 (Schelt. A VIII, 3082): Ἡ ἐπὶ χρήμασιν ἐκτρώσασα κεφαλικῶς τιμορεῖται· ἡ δὲ μετὰ τὸ διαζύγιον πρὸς μῖσος τοῦ ἀνδρὸς τοῦτο ποιήσασα προσκαίρως ἐξορίζεται.

dinario', identificandosi in un primo tempo il bene giuridico protetto nella tutela del marito in rapporto alla *spes prolis* e, successivamente, nella difesa della stessa creatura *in utero.*

[20] Per Y. Thomas, *La mort du père. Sur le crime de parricide à Rome*, Paris, 2017, p. 255 s., nt. 99, l'inciso *ne iam inimico marito filium procrearet* non appartiene al rescritto, ma al giureconsulto, che qualifica il marito divorziato come *inimicus* anche in D. 23,3,78,2.

[21] In tal senso A. Matthaeus, *De criminibus ad l. XLVII et XLVIII Dig. Commentarius* I, Neapoli, 1772, p. 141 ss.; J. Cujacius, *Observationum et emendationum liber XIX*, *Cap. IX*, in *Opera*, I, Prati, 1836, p. 848 s.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Il rescritto è ricordato anche da Marciano in un passo collocato dai giustinianei nel titolo *de extraordinariis criminibus*:

D. 47,11,4 (Marc. 1 *reg.*): *Divus Severus et Antoninus rescripserunt eam, quae data opera abegit, a praeside in temporale exilium dandam: indignum enim videri potest impune eam maritum liberis fraudasse*[22].

Marciano, secondo la dottrina dominante[23], scrive dopo Trifonino, in quanto per lui Severo è ormai *divus* (*divus Severus et Antoninus*, o, accettando la lettura *divi* di Mommsen, lo è anche Antonino), mentre per Trifonino entrambi gli imperatori sono vivi (*ab optimis imperatoris nostris*)[24]. Colei che *data opera abegit* sarà condannata dal *praeses provinciae* all'esilio temporaneo: sembra, infatti, indegno che possa *impune* frodare il marito dei figli[25]. La dottrina non ha dubbi

[22] Bas. 60,22,4 (Heimb. V, 645): *Quae data opera abegit partum, verberata relegatur*, (Schelt. A.VIII, 2913): Ἡ ἐπίτηδες ἐκτρώσασα τυπτομένη ἐξορίζεται. Non si accenna nel passo alla lesione degli interessi del padre e si prevede anche la sanzione della *verberatio.* Per C. Terreni, *Me puero*, cit., p. 294 ss., dal mancato accenno all'intervento del *divortium* (presente, invece, in Trifonino) discende l'aggravamento della sanzione, realizzato affiancando all'*exilium* la *verberatio* nel caso di aborto in costanza di matrimonio.

[23] Per L. De Giovanni, *Giuristi severiani. Elio Marciano*, Napoli, 1989, p. 134, il testo di Trifonino è stato composto quando gli imperatori erano ancora regnanti, mentre Marciano scrive quando gli imperatori erano già morti.

[24] La dottrina risalente riteneva che Trifonino con *optimi imperatores* si riferisse a Caracalla e Geta, perché nel secondo e quarto libro delle *disputationes* si trovano rescritti emanati *ab imperatore nostro et divo Severo* (D. 27,1,44pr. (2 *disp.*), D. 49,15,12,17 (4 *disp.*)), il che renderebbe presumibile che Severo fosse morto quando è stato scritto il decimo libro. Obiettava G. Gualandi, *Le costituzioni imperiali nell'opera dei giuristi*, II, Milano, 1963, p. 92 s., che è del tutto arbitrario ritenere che opere di grande mole come le *disputationes* siano state compilate seguendo rigorosamente l'ordine progressivo dei libri, per cui non è detto che Trifonino abbia scritto il decimo libro delle *disputationes* dopo il secondo e il quarto.

[25] La dottrina ha dato grande importanza all'*indignum enim videri potest impune eam maritum liberis fraudasse* di Marciano. Tra gli autori più recenti, per L. Di Pinto, *Procurato aborto*, cit., p. 345, Marciano, con l'uso dell'avverbio *impune*, sembra voler rimarcare l'assenza di una specifica pena per il periodo antecedente il rescritto e quindi la passata 'impunità' per la donna che avesse deliberatamente abortito. Il giurista intenderebbe chiarire come, da «misure di tipo semplicemente amministrativo», quali il divorzio e la *retentio dotis*, il legislatore fosse pervenuto al riconoscimento di una pena più aspra, quella dell'esilio temporaneo «che, pur essendo perseguibile come *crimen*, figurava anch'essa posta, come le altre, a tutela del diritto del padre e ricollegabile, in termini di responsabilità, alla semplice lesione di diritti».

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

sull'identità del rescritto citato da Marciano e Trifonino, ritenendo sostanzialmente coincidente il modo con il quale i giuristi lo riassumono; maggiori dubbi pone un passo di Ulpiano, inserito dai Compilatori all'interno del titolo dedicato alla *lex Cornelia de sicariis et veneficiis*, in cui si afferma, senza nominare il rescritto, che, se una *mulier* si provoca l'aborto, deve essere condannata dal *praeses provinciae* all'*exilium:*

D. 48,8,8 (Ulp. 33 *ad ed.*): *Si mulierem visceribus suis vim intulisse, quo partum abigeret, constiterit, eam in exilium praeses provinciae exiget.*

La circostanza che si parli del *praeses provinciae* come in D. 47,11,4 e che si usino gli stessi termini adoperati da Trifonino in D. 48,19,39 *(visceribus suis vim intulisse)* ha indotto a ritenere che anche Ulpiano, pur non nominandolo, parli dello stesso rescritto di Severo e Caracalla. Mentre, però, la dottrina prevalente ritiene che il rescritto abbia sanzionato solo l'aborto attuato da una donna unita in legittimo matrimonio o divorziata, la circostanza che Ulpiano adoperi il termine *mulier*, senza fare alcun cenno a un eventuale marito o ex-marito[26], ha portato a chiedersi se, adottando una formulazione generale, il giurista intendesse riferirsi all'aborto posto in essere da qualunque donna e non necessariamente da una donna sposata o divorziata. Ulteriore problema è posto dalla circostanza che Ulpiano parli di *exilium*, e non di *exilium ad tempus*.

Sempre di *mulier*, senza accennare al suo *status*, si parla poi in un passo di Paolo tratto dal quinto libro *sententiarum* e inserito dai Compilatori nel titolo *de poenis*, pervenutoci anche nelle *Pauli Sententiae*:

D. 48,19,38,5 (Paul. quinto *sent.*): *Quid abortionis aut amatorium poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur. quod si eo mulier aut homo perierit, summo supplicio adficiuntur.*

Pauli Sent. 5,23 (*ad l. Corn. de sicariis et veneficiis*) 14: *Qui abor-*

[26] Termine che non indica una donna sposata, potendo indicare anche una schiava, come in D. 9,2,27,22 e D. 9,2,9pr.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

tionis aut amatorium poculum dant, etsi id dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur: quod si ex hoc mulier aut homo perierit, summo supplicio adficiuntur.

Si prende in considerazione il caso di chi avesse dato alla *mulier*[27] un *poculum abortionis* o *amatorium* – senza far cenno, come in D. 48,8,8, alla circostanza che la donna sia sposata – con delle sanzioni molto severe: si prevede, anche in assenza di dolo, la condanna *ad metalla* per gli *humiliores*, la *relegatio ad insulam* e la perdita di una parte dei beni per gli *honestiores.* In caso di morte di colei o colui cui è stato dato il *poculum*, sempre in assenza di dolo, la condanna è ai *summa supplicia*[28].

Secondo parte della dottrina, anche questo caso sarebbe stato preso in considerazione dallo stesso rescritto di Severo e Caracalla: per il Mommsen[29] da Settimio Severo l'aborto fu punito in modo straordinario con una sanzione pecuniaria e l'esilio, e anche la pena capitale, quando l'aborto causava la morte della donna. L'ipotesi è stata riproposta dal Marongiu[30], secondo il quale col rescritto si sarebbero introdotte due diverse sanzioni: la sanzione dell'esilio temporaneo in caso di aborto violento[31], la *relegatio* con *ademptio bonorum* quando l'aborto derivasse dall'uso di filtri amorosi. Tale tesi desta delle perplessità, sia perché il rescritto non ha sanzionato esclusivamente l'aborto violento, dal momento che in D. 47,11,4 si parla solo di aborto

[27] Il passo non specifica se la donna fosse consenziente.

[28] Si veda anche Pauli Sent. 5,23,19: *Si ex eo medicamine, quod ad salutem hominis vel ad remedium datum erat, homo perierit, is qui dederit, si honestior sit, in insulam relegatur, humilior autem capite punitur.*

[29] Th. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, p. 637: «*Erst seit Severus wird sie, in der That ausserordentlicher Weise, aber mit Anlehnung an das Gesetz gegen Giftmischerei, mit Vermögensstrafe und Verbannung, wenn dadurch der Toddes Weibes herbeigeführt worden ist, sogar capital bestraft* (nt. 1: *Paulus* 5,23,14 = Dig. 48,19,38,5. Ulpian Dig. 48,8,8. *Marcianus* Dig. 47,11,4. *Tryphoninus* Dig. 48,19,39)».

[30] A. Marongiu, voce *Aborto*, cit., p. 126 s. Accoglie la tesi che si tratti di uno stesso rescritto G. Galeotti, *Storia dell'aborto*, cit., p. 26, che non parla però di aborto violento ma di aborto contro il volere del coniuge.

[31] P. Sardi, *L'aborto*, cit., p. 48 ss., ritiene che la pena dei lavori forzati o relegazione, trasformata in pena di morte se la donna muoia, comminata a chi avesse somministrato una pozione abortiva, abbia di mira la salvaguardia della incolumità fisica della madre.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

attuato volontariamente, *data opera*[32], sia perché da nessuna fonte si ricava che il caso della dazione da parte di una terza persona di un *poculum* non solo *abortionis* ma anche *amatorium* sia stato preso in considerazione nello stesso rescritto[33]. La disposizione sembra, infatti, diretta a sanzionare non solo l'aborto, ma l'esercizio di una serie di pratiche probabilmente collegate alla magia[34], considerate a tal punto pericolose che in D. 48,8,3,2 si prende in considerazione anche il caso che la morte sia avvenuta in seguito alla somministrazione di un *medicamentum ad sanandum*[35].

Il passo sembra, comunque, considerare con grave riprovevolezza la fabbricazione e somministrazione di *pocula abortionis*, sia pure al pari della somministrazione di altri *pocula*, a prescindere dal fatto che si rivelino lesivi per la vita, e a prescindere dalla circostanza che vengano effettuate nei confronti di una donna sposata, dal momento che nel passo, così come in D. 48,8,8, si adopera il termine *mulier*.

L'uso del generico termine *mulier* nel passo di Ulpiano è stato,

[32] Reso da Scheltema con ἐπίτηδες – da ἐπί τὸ ἧδος –, apposta, a tale scopo, a bella posta (Bas. 60,22,4 (Schelt. A.VIII, 2913, riportato *supra* alla nt. 22). R. Menthaka, *El aborto*, cit., p. 311, traduce con "*sfuerzo*". Si può notare che anche Plauto nel *Truculentus* (vedi *supra* alla nt. 10*)* usa l'espressione *ut abortioni operam daret.*

[33] La frase *quod si eo mulier aut homo perierit, summo supplicio adficiuntur* era stata letta da una parte della dottrina (già A. Mattheus, *De criminibus*, cit., p. 142, e poi C. Arnò, *Partus nondum editus*, in *Atti del IV Convegno di studi romani*, IV, Roma, 1938, p. 84. Vedi anche E. Bianchi, *Per un'indagine sul principio conceptus pro iam nato habetur*, Milano, 2009, p. 330 s., nt. 161) nel senso che sarebbe stata sanzionata la morte del nascituro, indicandosi con *homo* il concepito, ma, più plausibilmente, con *homo* si intende l'uomo che ha assunto il *poculum amatorium*.

[34] Si veda R. Rodriguez López, *La represión de las artes magicas en derecho romano*, in *El derecho penal: de Roma al derecho actual*, a cura di F. Camacho de los Ríos, M. Aránzazu Calzada González, Madrid, 2005, p. 545 ss.

[35] D. 48,8,3,2 (Marc. 14 *inst.*): *Adiectio autem ista veneni mali ostendit esse quaedam et non mala venena, ergo nomen medium est et tam id, quod ad sanandum, quam id, quod ad occidendum paratum est, continet, sed et id quod amatorium appellatur: sed hoc solum notatur in ea lege, quod hominis necandi causa habet. sed ex senatus consulto relegari iussa est ea, quae non quidem malo animo, sed malo exemplo medicamentum ad conceptionem dedit, ex quo ea quae acceperat decesserit.* Per E. Höbenreich, *Due senatoconsulti in tema di veneficio*, in *A.G.*, 208, 1988, p. 75 ss., non sappiamo se la *datio* di un preparato *ad conceptionem, venenum bonum*, fosse valutata negativamente e sanzionata, perché esso non si identifica col *poculum abortionis o amatorium*. Ma, come osserva D. Centola, *Brevi note a proposito di D. 48.8.3.2 e PS 5.23.14*, in *Studi L. Labruna*, II, Napoli, 2007, p. 958, i due passi, pur nella diversità delle fattispecie previste, hanno in comune la peculiarità della previsione di una condanna esemplare a prescindere dal dolo.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

come è noto, diversamente interpretato: se per il Nardi[36] l'apparente genericità e generalità di D. 48,8,8 sarebbe solo conseguenza del distacco compilatorio del passo dalla sua sede originaria, per il Gualandi[37] il giurista avrebbe, invece, enunciato come generale il principio al quale si sono ispirati gli Imperatori, che erano stati chiamati a dar norma su di un caso particolare[38]. Parte della dottrina[39] ritiene, invece, che sarebbero stati i Compilatori ad intervenire su D. 48,8,8, eliminando ogni accenno alle circostanze speciali ricordate da Trifonino e Marciano e dandogli l'aspetto di una norma generale, in quanto nel diritto giustinianeo, per influsso delle dottrine cristiane, il procurato aborto sarebbe stato punito di per sé come delitto contro il nascituro (in tal senso Biondi e Marongiu)[40]; per Brasiello[41], essendo stato il passo collocato dai giustinianei nel titolo relativo all'omicidio, se l'aborto non viene considerato proprio come un caso di omicidio, è comunque collegato all'omicidio, è considerato affine all'omicidio.

Più di recente, per la Mentxaka[42], i Compilatori, inserendo il passo nel titolo relativo alla *lex Cornelia de sicariis et veneficiis*, mostrerebbero la loro mutata concezione, influenzata dalle idee del Cristianesimo; il passo «*se modifico probablemente en la época postclàsica*», in cui «*se le hizo contener una concepcion del aborto como delito con-*

[36] E. Nardi, *Procurato aborto*, cit., p. 421, nt. 285.

[37] G. Gualandi, *Le costituzioni imperiali*, cit., p. 93.

[38] L'autore ricorda che, come già affermato da E. Volterra, *Intorno ad alcune costituzioni di Costantino*, in *Scritti* V, Napoli, 1993, p. 3 ss., in part. p. 13, i giuristi «non solo riducono e traducono in regole precise gli ordini e le decisioni degli imperatori, dando spesso a risoluzione di casi isolati e concreti portata generale di principio astratto, ma li coordinano al sistema giuridico».

[39] Vedi E. Nardi, *Procurato aborto*, cit., p. 421, nt. 285, p. 610 ss.; più di recente M. Brutti, *Il diritto privato romano*[3], cit., p. 115.

[40] B. Biondi, *Il diritto romano cristiano*, III, Milano, 1954, p. 487 s.; A. Marongiu, voce *Aborto*, cit., p. 126 s.

[41] U. Brasiello, *Sulla ricostruzione*, cit., p. 259: il procurato aborto non è certo compreso nella *lex Cornelia*: è un caso nuovo, punito con pena diversa e meno grave di quella della *lex*, ma un caso che i compilatori ritengono di dover includere nel concetto più largo dell'omicidio. Di recente per M.P. Baccari Vari, *Curator ventris. Il concepito, la donna e la res publica tra storia e attualità*, Torino, 2012, p. 125 s., essendo D. 48,8,8 collocato sotto la rubrica *ad legem Corneliam de sicariis et veneficiis*, che reprime gli omicidi, «si tratta in buona sostanza di un omicidio, dunque di una situazione che viene direttamente a ledere la vita di *qui in utero est*, impedendogli la nascita»

[42] R. Menthaka, *El aborto*, cit., p. 312.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

tro la vida». D. 48,8,8 fu interpolato «*y situado por los compiladores junto a quellos textos en los que se regulaban los casos de homicidio*».

3. *La* medicamentaria – L'idea che nel periodo postclassico, in seguito all'influsso del Cristianesimo, si sia estesa la punibilità dell'aborto a quello compiuto da qualsiasi donna non risulta, peraltro, suffragata dalle fonti. Un testo nel quale si potrebbe trovare un riferimento all'aborto – ma la questione è controversa – è la notissima C.Th. 3,16,1 di Costantino – sul quale non si possono certo negare gli influssi cristiani – in cui si prende in considerazione il ricorso ai *medicamenta*, ma solo come causa di ripudio: l'Imperatore stabilisce che la moglie non può ripudiare *propter suas pravas cupiditates*[43] il marito ubriacone, giocatore d'azzardo, *mulierciarius*, ma solo quello *homicida, medicamentarius, sepulchrorum dissolutor*; il marito non può ripudiare la moglie *per quascumque occasiones*, ma solo nel caso la donna sia *moecha*, *medicamentaria*, *conciliatrix*[44]:

C.Th. 3,16,1 (*Imp. Constant(inus) A. ad Ablavium P(raefectum) P(raetori)o*): *Placet mulieri non licere propter suas pravas cupiditates marito repudium mittere exquisita causa, velut ebrioso aut aleatori aut mulierculario, nec vero maritis per quascumque occasiones uxores suas dimittere, sed in repudio mittendo a femina haec sola crimina inquiri, si homicidam vel medicamentarium vel sepulchrorum dissolutorem maritum suum esse probaverit, ut ita demum laudata omnem suam dotem recipiat. Nam si praeter haec tria crimina repu-*

[43] Per G. Mancini, *Pro tam magna sui confidentia*, in *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, a cura di A. Maffi, L. Gagliardi, Sankt Augustin, 2011, p. 152 ss., in part. p. 167 ss., sarebbe la *sui confidentia*, l'osare venir meno alle regole, l'affermazione di sé, la decisione di dare ascolto alle proprie *pravae cupiditates* a essere sanzionati con la deportazione della donna.

[44] Per J. Urbanik, *La repressione costantiniana dei divorzi: la libertà dei matrimoni trafitta con una forcina*, in *Fides Humanitas Ius. Studi L. Labruna*, VIII, Napoli, 2007, p. 5705 ss., in part. p. 5724 ss., torna in C.Th. 3,16,1, in una lunga prospettiva, l'immagine della presunta legge romulea sul divorzio: «anche in questa normativa la donna può essere lasciata per aver trasgredito al suo ruolo». Secondo U. Agnati, *Profili giuridici*, cit., p. 45 s., se la testimonianza di Plutarco non è frutto di invenzione o suggestione di un'altra civiltà mediterranea, mostrerebbe un precedente suggestivo per C.Th. 3,16,1, nella quale sono previste cause legittime di ripudio (peraltro di rilievo criminale) fuori dalle quali il ripudiante viene assoggettato a sanzione patrimoniale, che nel provvedimento del 331 acquista anche profili personali.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

dium marito miserit, oportet eam usque ad acuculam capitis in domo mariti deponere et pro tam magna sui confidentia in insulam deportari. In masculis etiam, si repudium mittant, haec tria crimina inquiri conveniet, si moecham vel medicamentariam vel conciliatricem repudiare voluerint. Nam si ab his criminibus liberam eiecerit, omnem dotem restituere debet et aliam non ducere. Quod si fecerit, priori coniugi facultas dabitur domum eius invadere et omnem dotem posterioris uxoris ad semet ipsam transferre pro iniuria sibi inlata. (DAT… BASSO ET ABLAVIO CONSS)[45].

La profonda novità della costituzione, che non viene, peraltro, recepita nel *Codex* giustinianeo, balza agli occhi: il ripudio è giustificato solo per validi motivi, tassative *iustae causae*, definite *crimina*, che sono tre per l'uomo e tre per la donna. Come è noto, il Volterra[46] aveva ritenuto che la costituzione fosse stata redatta da «persone aventi una conoscenza assai imprecisa del diritto e dei principi romani», presumibilmente in ambiente ecclesiastico; nessun dubbio, per l'autore, che «questa legge, la quale muta profondamente il sistema e il concetto del divorzio, risponda a principi cristiani»[47]. Il punto è controverso; sicuramente, però, il linguaggio della costituzione, i termini non tecnici adoperati, le pene previste per le viola-

[45] Si vedano L. MONACO, *Veneficia matronarum. Magia, medicina e repressione*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, IV, Napoli, 1984, p. 2013 ss.; A. DI MAURO TODINI, *Medicamentarius, una denominazione insolita. Brevi considerazioni a proposito di C.Th. 3,16,1*, in *AARC*, VII, Napoli, 1988, p. 343 ss.; C. VENTURINI, *La ripudianda (In margine a C.Th. 3,16,1)*, in *BIDR*, 91, 1988, p. 253 ss., e la bibliografia ivi riportata.

[46] E. VOLTERRA, *Intorno ad alcune costituzioni di Costantino*, cit., p. 18 ss.; voce *Matrimonio*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 726 ss., ora in *Scritti* III, Napoli, 1991, p. 223 ss. Si vedano, inoltre, O. VANNUCCHI FORZIERI, *La legislazione imperiale del IV-V secolo in tema di divorzio*, in *SDHI*, 48, 1982, p. 291 ss.; J. BEAUCAMP, *Le statut de la femme à Byzance (IV-VII siecle) I. Le droit impérial*, Paris, 1990; J. EVANS-GRUBBS, *Law and Family in the Late Antiquity. The Emperor Constantine's Marriage Legislation*, Oxford, 1995; J. URBANIK, *La repressione costantiniana*, cit., p. 5708 ss.; R. ROPERTO, *Adultere e legislazione cristiana*, in *I diritti degli altri*, cit., p. 191 ss.

[47] Per P. VOCI, *Storia della patria potestas da Costantino a Giustiniano*, in *SDHI*, 51, 1985, p. 1 ss., ora in *Studi di diritto romano*, II, Padova, 1985, p. 465 ss., in part. p. 516 nt. 196, la costituzione sarebbe espressione della collera soldatesca di Costantino; per J. URBANIK, *La repressione costantiniana*, cit., p. 5722 ss., sarebbe ammissibile cercare il senso della riforma nella disuguaglianza dei sessi da essa introdotta.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

zioni destano più di una perplessità[48]. Venendo al punto che maggiormente ci interessa, la donna può essere ripudiata se *moecha, conciliatrix, medicamentaria*; se riguardo al termine *moecha* si può osservare che, anche se è poco usato[49], si riferisce senza alcun dubbio all'adultera, maggiori difficoltà solleva, invece, il termine *conciliatrix*, secondo la lettura di Gotofredo, comunemente accettata, da intendere come *lena*[50]. Ai tempi di Costantino, lo sfruttamento della prostituzione non era però perseguito come *crimen*, dato che la repressione del lenocinio ebbe inizio solo a partire dal V secolo; da ultimo, Agnati[51] ritiene che *conciliatrix* in C.Th. 3,16,1 possa significare *lena* sia nel significato tradizionale di chi sfrutta la prostituzione, sia nel significato, *ex lege Iulia de adulteriis*, di chi favorisce, tollera o sfrutta l'*adulterium* o lo *stuprum*. Non si può mancare di rilevare, peraltro, che, accettando tale duplicità di significato, solo intesa nel secondo l'attività della *conciliatrix* costituirebbe un *crimen*[52].

Per quanto poi riguarda il termine *medicamentarius/a*, l'unico riferito sia all'uomo sia alla donna, che non troviamo in altri testi giuridici, mentre assai usato, come visto, è il termine *medicamenta*, viene reso nell'*Interpretatio* con *maleficus/a*, per Gotofredo da intendere come *veneficus* (*medicamentarius est maleficus, id est veneficus)*:

Interpretatio: *Certis rebus et probatis causis inter uxorem et ma-*

[48] Per M. Garcia Garrido, *Relaciones personales y patrimoniales entre esposos y cónyuges en el derecho imperial tardio. Notas criticas* (*da Constantino a Teodosio*) in *AARC*, VII, 1988, p. 23 ss., in part. p. 35, si tratta di una decisione casistica, basata su un caso particolare, che in seguito è stata elevata a *lex generalis*. Di una origine verisimilmente casistica parla di recente U. Agnati, *Profili giuridici*, cit., p. 108.

[49] Si veda Coll. 4,1,1: *Moyses dixit: Quicunque moechatus fuerit mulierem proximi sui, mortem moriatur qui moechatus fuerit et quae moechata fuerit.*

[50] Il termine *conciliatrix* viene inteso come *lena* già da Cic. *de nat. deorum* I.77: *Sed tu hoc, physice, non vides, quam blanda conciliatrix et quasi sui sit lena natura?* Plauto, *Mil. glor*. 1410, parla di *ancilla conciliatrix*. Si veda, inoltre, Isid. *Orig*. 63: *conciliatrix ob societatem flagitiosae consensionis dicta, eoquod intercurrat alienumque nundinet corpus. Hanc etiam et lenonem vocant.*

[51] U. Agnati, *Profili giuridici*, cit., p. 145 ss.

[52] U. Agnati, *Profili giuridici*, cit., p. 117, osserva che tre delle cinque condotte indicate nel testo come *crimina* sono certamente *crimina* in senso tecnico; le due restanti hanno stretta attinenza con attività criminose. Per l'autore, *op. cit.*, p. 100, nt. 22, C.Th. 3,16,1, almeno in via teorica, non impone necessariamente la celebrazione di un processo *ex novo* ai fini di procedere legittimamente allo scioglimento unilaterale del matrimonio, perché la prova del *crimen* potrebbe consistere in una sentenza di condanna emanata in un precedente processo.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

ritum repudiandi locus patet; nam levi obiectione matrimonium solvere prohibentur. Quod si forte mulier dicat maritum suum aut ebriosum aut luxuriae deditum, non propterea repudiandus est, nisi forte eum aut homicidam aut maleficum aut sepulchri violatorem esse docuerit, quibus criminibus convictus sine culpa mulieris merito videtur excludi et mulier recepta dote discedit: nam si haec crimina mulier non potuerit adprobare, hac poena multatur, ut et dotem, quam dederat vel pro ipsa data fuerat, et donationem, quam percepit, amittat atque etiam exilii relegatione teneatur. Quod si a viro mulier repellatur, nec ipse, nisi certis criminibus ream docuerit, pro levi, ut solet, iurgio, repudiare non permittitur, nisi fortasse adulteram aut maleficam aut conciliatricem eam probare sufficiat. Quod si docere non potuerit, dotem mulieri restituat et aliam ducere non praesumat uxorem. Quod si forte temptaverit, habebit mulier facultatem, quae innocens eiecta est, domum mariti sui atque eius substantiam sibimet vindicare. Quod dinoscitur ordinatum, ut etiam secundae uxoris dotem repudiata iniuste mulier iubeatur adquirere.

Se intendiamo *medicamentarius/a* come *veneficus/a* (*maleficus/a*), la qualifica potrebbe essere riferita a chi prepara non solo *venena* o chi esercita la magia[53], ma anche a chi prepara *mala medicamenta* per procurare l'aborto, e nel caso della donna anche a chi li adopera su se stessa, dato che il termine *medicamenta*, molto spesso utilizzato nelle fonti in tema di aborto, poteva ricomprendere i farmaci abortivi[54].

4. *Giustiniano e l'aborto.* – Ulteriore elemento a favore della circostanza che *medicamentarius/medicamentaria* di C.Th. 3,16,1 sia da

[53] E. Nardi, *Procurato aborto*, cit., p. 29, il quale, come visto, considera la φαρμακεία della legge regia di Plutarco riferita in generale al veneficio, ritiene che quando Costantino limitò la legittimità del ripudio ai famosi *tria crimina*, uno dei tre avrebbe ripetuto, appunto, l'antica φαρμακεία. Anche D. Annunziata, *Il procurato aborto in diritto romano. Brevi cenni su D.48,8,8*, in *LR*, 7, 2018, p. 131 ss., in part. p. 135 nt. 19, trova limpido il collegamento tra la *lex regia* di Romolo riferita da Plutarco e la disposizione emanata da Costantino, ma ritiene che il marito possa ripudiare la moglie se essa si sia macchiata di magia.

[54] Vedi in tal senso, di recente, U. Agnati, *Profili giuridici*, cit., p. 162, per il quale il vocabolo *medicamentarius/a* indica chi pone in essere una serie di condotte nocive, che contempla la preparazione e cessione di filtri abortivi o amatori, come di veleni veri e propri, come pure di rimedi *ad sanandum* che però abbiano effetto letale, il tutto con eventuale impiego di *carmina* e rituali magici.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

intendere come *veneficus/a*[55] è data dalla costituzione di Teodosio e Valentiniano riportata da Giustiniano nel Codice:

C. 5,17,8,2 (Impp. Theodosius et Valentinianus AA. Hormisdae pp.): *Si qua igitur maritum suum adulterum aut homicidam vel veneficum vel certe contra nostrum imperium aliquid molientem vel falsitatis crimine condemnatum invenerit, si sepulchrorum dissolutorem, si sacris aedibus aliquid subtrahentem, si latronem vel latronum susceptorem vel abactorem aut plagiarium vel ad contemptum sui domi suae ipsa inspiciente cum impudicis mulieribus (quod maxime etiam castas exasperat) coetum ineuntem, si suae vitae veneno aut gladio vel alio simili modo insidiantem, si se verberibus, quae ab ingenuis aliena sunt, adficientem probaverit, tunc repudii auxilio uti necessariam ei permittimus libertatem et causas discidii legibus comprobare*. 3. *Vir quoque pari fine claudetur nec licebit ei sine causis apertius designatis propriam repudiare iugalem, nec ullo modo expellat nisi adulteram, nisi veneficam aut homicidam aut plagiariam aut sepulchrorum dissolutricem aut ex sacris aedibus aliquid subtrahentem aut latronum fautricem aut extraneorum virorum se ignorante vel nolente convivia appetentem aut ipso invito sine iusta et probabili causa foris scilicet pernoctantem, nisi circensibus vel theatralibus ludis vel harenarum spectaculis in ipsis locis, in quibus haec adsolent celebrari, se prohibente gaudentem, nisi sui veneno vel gladio aut alio simili modo insidiatricem, vel contra nostrum imperium aliquid machinantibus consciam, seu falsitatis se crimini immiscentem invenerit, aut manus audaces sibi probaverit ingerentem: tunc enim necessariam ei discedendi permittimus facultatem et causas discidii legibus comprobare*. (D. v id. Ian. Protogene et Asterio conss.) a. 449.

Teodosio e Valentiniano stabiliscono un elenco delle cause che legittimano il ripudio molto più ampio rispetto a C.Th. 3,16,1. Alle tre

[55] Così anche nella *lex Rom. Burg*. 21.2/3: *Quod si pars viri repudium dare uxore contradicente voluerit, non aliter illi licebit, nisi aut adulteram esse convincat, aut veneficam, aut conciliatricem; quorum uno probato crimine, licebit ei uxori dare repudium, ad ius suum nuptiale donatione revocata. Quod si mulier nolente marito repudium ei dare voluerit, non aliter fieri hoc licebit, quam si maritum homicidam probaverit, aut sepulchrorum violatorem, aut veneficum.Quod si unum ex his probaverit, et maritum demittat, et conlatam in se donationem iure tuebitur, et dotem, quam ei maritus fecerit, vindicabit, secundum legem Theodosiani sub titulo: De ripudiis, promulgatum*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

cause per cui la moglie può ripudiare il marito presenti nella costituzione di Costantino, essere questi *homicida vel medicamentarius* (sostituito da *veneficus*) *vel sepulchrorum dissolutor*, se ne aggiungono numerose altre, tra cui l'essere il marito adultero ed essere solito introdurre nella casa coniugale come concubine donne di facili costumi in presenza della moglie. Ugualmente, tra le *causae* per cui il marito può ripudiare la moglie, viene citata l'essere la donna *venefica.* Perplessità sul fatto che Giustiniano intendesse col termine *venefica* di C. 5,17,8,2 indicare anche colei che utilizza farmaci abortivi nascono, peraltro, dalla circostanza che tra le colpe della moglie l'Imperatore ne aggiunge altre, tra cui espressamente l'aborto procurato *ope vel ex industria*, in:

C. 5,17,11,2 (*Imp. Iustinianus A. Hermogeni magistro officiorum*): *Inter culpas autem uxoris constitutionibus enumeratas et has addimus, si forte uxor sua ope vel ex industria abortum fecerit, vel ita luxuriosa est, ut commune lavacrum viris libidinis causa habere audeat, vel, dum est in matrimonio, alium maritum fieri sibi conata fuerit (D. xv k. Dec. Constantinopoli dn. Iustiniano pp. A III cons.).* a. 533

Giustiniano parla poi ancora, in piena continuità con il rescritto di Severo e Caracalla, di una donna di così tanta *nequitia* da togliere al marito la *spes liberorum* in:

N. 22,16,1: *Has itaque causas nobis Theodosius explanavit. Nos autem ex veteribus sumentes et alias adiecimus tres. Si enim mulier tanta detineatur nequitia, ut etiam ex studio abortum faciat virumque contristet et privet spe filiorum, vel tanta libido est ut etiam cum viris voluptatis occasione lavetur, aut etiam dum adhuc constet cum viro matrimonium, ad alios de nuptiis suis loquatur, licentia datur a nobis viris mittere eis repudia, et lucrari dotes et antenuptiales habere donationes: uptote etiam his causis rationabiliter solvere valentibus matrimonium et sub eundem deferentibus ordinem, sub quem poenas Theodosii piae memoriae constitutio definivit.*

Sia Mommsen[56] sia Perozzi[57] avevano ritenuto che Giustiniano ri-

[56] Th. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 353, nt. 5 (de meme Just. N. 22.16).

[57] Per S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, Firenze, 1906, p. 186 nt. 3, la

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

petesse nella Novella quanto affermava Plutarco riguardo alla *lex regia*, per via del riferimento ai *veteres*; la privazione della *spes liberorum* ricorda, peraltro, anche il rescritto di Severo e Caracalla riportato da Marciano.

Nella successiva N. 117,8 l'aborto della moglie non è, poi, più compreso fra le cause tassative di ripudio, anche se in un'ottica che sembra tendere, comunque, a limitare le cause di scioglimento dei matrimoni, dal momento che l'Imperatore osserva che le cause legittime di ripudio sono troppe, e pertanto i matrimoni si possono sciogliere con troppa facilità:

N. 117,8: *Quia vero plurimas in veteribus et nostris invenimus legibus causas ex quibus facile nuptiarum solutiones fiunt, ea causa perspeximus ex his abscidere aliquas, quae nobis indignae ad solvendas nuptias visae sunt, et eas solum nominatim praesenti inserere legi, pro quibus rationabiliter potest sive vir sive mulier repudium mittere. Nunc autem causas ex quibus maritus repudium sine periculo mittere potest et dotem uxoris lucrari (servato in ea dominio ex eodem matrimonio filiis, aut filiis non extantibus frui etiam proprietate) has esse disponimus.* 1. *Si contra imperium cogitantibus aliquibus conscia est mulier aut etiam suo viro non indicet. Si autem vir hoc a muliere denuntiatum tacuerit, liceat mulieri per quamcumque personam hoc declarare imperio, ut vir nullam ex hac causa repudii inveniat occasionem.* 2. *Si de adulterio maritus putaverit posse suam uxorem convinci, oportet virum prius inscribere mulierem aut etiam adulterum, et si huiusmodi accusatio verax ostenditur, tunc repudio misso habere virum super ante nuptias donationem etiam dotem, et ad haec, si filios non habet, tantum accipere ex alia uxoris substantia quantum dotis tertia pars esse cognoscitur, ut eius proprietati et dos et a nobis definita poena applicetur…* 3. *Si quolibet modo mulier vitae viri fuerit insidiata, aut aliis hoc facientibus conscia viro non indicaverit.* 4. *Si cum viris nolente marito extraneis convivit aut cum eis lavatur.* 5. *Si nolente viro foris domum manserit, nisi forsan apud proprios parentes.* 6. *Si cir-*

disposizione di Plutarco è ripetuta da Giustiniano in N. 22,16,1. Per B. Biondi, *Il diritto romano cristiano*, III, cit., p. 487 s., nel diritto giustinianeo il reato appare tanto grave che si ritiene causa di ripudio il fatto che la moglie, spinta da tanta malvagità, abbia dolosamente procurato l'aborto privando il marito della speranza di prole. Dello stesso avviso, di recente, M.P. Baccari Vari, *Curator ventris*, cit., p. 128 s.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

censibus aut theatris aut amphitheatris interfuerit ad spectandum ignorante aut prohibente viro.

La circostanza che l'aborto non compaia tra le cause elencate nella Novella 117[58] solleva qualche perplessità – come già sostenevo in un precedente lavoro[59] – nel ritenere che siano stati i Compilatori, influenzati dalle teorie del Cristianesimo, a interpolare il passo di Ulpiano, rendendo l'aborto un *crimen* per qualsiasi donna. La classicità di D. 48,8,8 è rivendicata, di recente, dall'Annunziata[60], per il quale Ulpiano sembra ritenere applicabile la pena dell'*exilium* a qualunque donna avesse abortito, senza accennare né alla condizione giuridica della donna né alla lesione degli interessi del marito. Anche in virtù di una certa rispondenza al coevo dibattito cristiano in materia, l'autore è del parere che la generalizzazione della repressione criminale dell'aborto operata da D. 48,8,8, sebbene contestata in dottrina, sia la strada esegetica preferibile[61].

Da ultima, la Terreni[62] osserva che è importante stabilire se col termine *mulier* Ulpiano abbia inteso riferirsi alla moglie o più genericamente alla donna, perché, nel secondo caso, l'aborto verrebbe ad identificarsi in una fattispecie provvista di rilevanza criminale autonoma. Aderire a tale soluzione sembra, all'autrice, inevitabile, in con-

[58] Per E. Nardi, *Procurato aborto*, cit., p. 617, il fatto che l'aborto non compaia nella Novella 117 mostra che «la sua reviviscenza ad opera di Giustiniano non era durata che nove anni, dal 533 al 542». Secondo C. Terreni, *Il procurato aborto*, cit., p. 443 s., la circostanza che nella rimanente legislazione di Giustiniano l'aborto non figuri più come fattispecie autonoma nel contesto delle cause giustificative di ripudio potrebbe, invece, risultare giustificabile considerando che la previsione esplicita dell'aborto poteva dar luogo ad inconvenienti non lievi, giacché rendeva più agevole per il marito far carico alla moglie di un aborto spontaneo affermando, in mala fede, che esso era stato da lei provocato. Il problema della dimostrazione che l'aborto fosse stato volontario e non spontaneo si poneva però in tutte le epoche, e non solo ai tempi della Novella 117.

[59] M.V. Sanna, *Spes nascendi, spes patris*, in *AUPA*, 55, 2012, p. 519 ss.

[60] D. Annunziata, *Il procurato aborto*, cit., p. 131 ss.

[61] Già per P. Ferretti, *In rerum natura* esse. *In rebus humanis nondum esse*, Milano, 2008, p. 144, non sembra inverosimile, o comunque non da escludere, che tra la fine del secondo e l'inizio del terzo secolo, il procurato aborto sia stato sanzionato in quanto tale, ossia come lesivo di una individualità. Per C. Terreni, *Me puero*, cit., p. 296, sembra inevitabile aderire alla soluzione secondo cui in D. 48,8,8 l'aborto «verrebbe ad identificarsi in una fattispecie provvista di rilevanza criminale autonoma».

[62] C. Terreni, *Il procurato aborto*, cit., p. 443.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

siderazione sia dell'applicabilità del termine *mulier* ad ogni donna, sia della sanzione prevista, costituita, nel passo di Ulpiano, da un *exilium* non a tempo, ma, stando alla interpretazione letterale della fonte, perpetuo.

Se rimangono delle perplessità nel ritenere che siano stati i Compilatori, influenzati dal Cristianesimo, a interpolare il passo di Ulpiano, dandogli una formulazione generale, non si può, però, sottovalutare la circostanza che il passo è stato inserito nella sede della *lex Cornelia de sicariis et veneficiis*, in una prospettiva, pertanto, analoga all'omicidio. Perplessità rimangono, peraltro, anche nel ritenere che Ulpiano, che scrive nello stesso periodo di Trifonino e Marciano, abbia inteso, adottando una formulazione generale, ritenere applicabile la sanzione a qualsiasi donna che avesse volontariamente abortito.

I Compilatori potrebbero, forse, avere utilizzato in tal senso una generalizzazione già presente in Ulpiano; se, però, ritenessimo che sia stato il giurista severiano, riflettendo sul rescritto, a dargli un'interpretazione generale, sarebbe da escludere l'influenza del Cristianesimo.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Anna Maria Siniscalchi

La natura della nullità degli atti traslativi di immobili privi delle dichiarazioni urbanistiche del venditore

Sommario: 1. Premessa. – 2. Cenni alla disciplina delle nullità urbanistiche. – 3. Conclusioni delle Sezioni unite del 22 marzo 2019, n. 8230 sulla natura delle nullità degli atti traslativi di immobili abusivi.

1. *Premessa*. – La tematica della nullità dell'atto di trasferimento di immobili privo delle dichiarazioni urbanistiche del venditore richieste dalla legge, o più in generale dell'eventuale incidenza sulla validità di esso del carattere abusivo dell'immobile o di difformità presenti rispetto al titolo abilitativo rilasciato, ha dato luogo ad un dibattito particolarmente acceso su cui si è pronunciata la Cassazione a Sezioni unite con la decisione del 22 marzo 2019, n. 8230[1]. Nell'ordinanza di rimessione della seconda Sezione della Cassazione n. 20061[2], le Sezioni unite sono state investite di una serie di questioni

[1] Il testo della sentenza può essere letto in *Foro it*., 2019, I, c. 2370, con nota di C. Bona; per un commento alla decisione cfr. A.M. Siniscalchi, *Né formale né sostanziale ma testuale. Che cosa cambia per la nullità «urbanistica» dopo le sezioni unite 22 marzo 2019, n. 8230?*, *ivi*, c. 2795; C. De Lorenzo, *Le c.d. «nullità edilizie» e le sezioni unite: cosa resterà di quegli anni ottanta?*, *ivi*, c. 2791; G. Rizzi, *Considerazioni sulla nullità degli atti negoziali per violazione delle norme in materia urbanistica ed edilizia alla luce della Sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *www.federnotizie.it*, 28 marzo 2019; C. Cicero, A. Leuzzi, *Le nullità delle menzioni urbanistiche negli atti traslativi*, in *Riv. not.*, 2019, p. 329 ss.; C. Cicero, *La menzione dei titoli urbanistici tra "nullita` sostanziale" e "nullità formale"*, in *Giur. it*., 2020, p. 306 ss.; sul tema v. anche G. Petrelli, *Natura e disciplina della nullità urbanistica dopo le Sezioni unite*, in *Riv. not.*, 2019, p. 671 ss.; G. Trapani, *La circolazione dei fabbricati dopo la sentenza n. 8230/2019 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, *ivi*, p. 935; F. Magliulo, *Le menzioni urbanistiche negli atti traslativi: quali nullità?*, in *Notariato*, 2019, p. 273 ss.

[2] Cass., ord., 30.7.2018, n. 20061, in *www.dirittoegiustizia.it*. Sul tema cfr. A. Testa, *Irregolarità urbanistica e nullità del negozio traslativo: tutto rimesso alla parola delle Sezioni Unite*, in *Immobili & proprietà*, 2018, p. 688; N.A. Toscano, *Contrasto diacronico sulla natura sostanziale oppure formale della nullità urbanistica: rimes-*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

giuridiche che avevano comportato posizioni contrastanti nella giurisprudenza di legittimità (nonché nella giurisprudenza di merito e nella dottrina). Il quesito centrale formulato dal Collegio remittente riguarda la natura sostanziale o formale della nullità prevista negli artt. 17 e 40 della l. n. 47 del 1985 e 46 del T.U. n. 380 del 2001. Ad avviso del Collegio si rende opportuna la rivalutazione dell'indirizzo più recente, che riconosce carattere sostanziale alle richiamate nullità al fine di operare un adeguato bilanciamento tra le legittime «esigenze del contrasto all'abusivismo (che potrebbero ritenersi sufficientemente tutelate dalla nullità formale…)» e «le esigenze di tutela dell'acquirente nel caso di una difformità dell'immobile dal titolo concessorio menzionato nell'atto che, al momento dell'acquisto, egli (o i suoi tecnici o il notaio rogante) non abbiano rilevato o, pur rilevandola, abbiano qualificato come difformità parziale e non essenziale»[3].

Sin d'ora è opportuno ricordare che tali norme prevedono espressamente la nullità derivante dalla mancata dichiarazione nell'atto da parte dell'alienante dei titoli abilitativi richiesti[4] senza alcun riferimento alle diverse fattispecie di assenza del titolo o di difformità del titolo rispetto a quello menzionato. Peraltro tale nullità è, a deter-

sione della questione alle Sezioni Unite, in *Riv. not*., 2018, p. 1049 ss. G. Rizzi, *La nullità degli atti negoziali per violazione delle norme in materia urbanistica e edilizia*, in *www.federnotizie.it*, 2 agosto 2018; S. Monticelli, *Sulla natura "equivoca" delle nullità degli atti traslativi di immobili abusivi* (relazione al Convegno presso la Corte di cassazione, Roma, 22.2.2019, *Questioni di diritto civile all'esame delle Sezioni Unite. La disciplina urbanistica e le declinazioni delle nullità: nullità formali, sostanziali, e testuali*), in *www.cortedicassazione.it*; C. Natoli, *«Sulla natura giuridica della c.d. nullità urbanistica»*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2018, p. 1739 ss.

[3] Nell'ordinanza si fa osservare come in tale ipotesi l'acquirente dispone già, ricorrendone i presupposti, della tutela risolutoria, redibitoria e risarcitoria, mentre la sanzione della nullità del contratto potrebbe risultare eccessiva rispetto all'interesse pubblico che la legge intende perseguire. Infatti l'acquirente perderebbe la proprietà del bene oggetto dell'atto traslativo e sarebbe esposto al rischio di non recuperare il prezzo già corrisposto. Tali preoccupazioni sono evidenziate da S. Monticelli, *op. cit*., p. 19 s., il quale sottolinea il rischio che l'acquirente si veda eccepire la prescrizione del diritto alla ripetizione della somma pagata «qualora la nullità sia dichiarata decorsi dieci anni dalla stipulazione». Ritiene illusorio riservare il controllo dell'attività urbanistico-edilizia all'iniziativa della parte acquirente, attraverso l'esercizio delle azioni contrattuali di risoluzione e di risarcimento dei danni C. De Lorenzo, *op. cit*., p. 2796.

[4] Cfr. l'art. 17 e 40 della legge n. 47/1985 e l'art. 46 del T.U. n. 380 del 2001. L'art. 46 riproduce sostanzialmente l'art. 17 della legge n. 47/1985, norma che è stata abrogata.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

minate condizioni, sanabile, in quanto è prevista la possibilità di confermare l'atto, anche ad opera di una sola parte, mediante un atto successivo, redatto nella stessa forma del precedente, che contenga la menzione omessa, qualora l'assenza delle dichiarazioni richieste non dipenda dalla insussistenza dei titoli abilitativi nel momento in cui gli atti medesimi sono stati stipulati[5].

I dubbi interpretativi posti dalla disciplina contenuta nelle norme richiamate sono il riflesso della consapevolezza sempre più diffusa da parte della dottrina, a fronte delle numerose fattispecie di nullità previste nel sistema, dell'impossibilità da un lato di adottare, come presupposto d'indagine, uno statuto unitario delle nullità negoziali[6], dall'altro della necessità di procedere ad un'interpretazione assiologicamente orientata delle norme che «rappresenta il superamento storico e culturale dell'interpretazione letterale»[7].

Sul punto, tuttavia, come si avrà modo di chiarire, le Sezioni unite svolgono incisive considerazioni sulla centralità dell'interpretazione basata sul tenore letterale[8], effettuando, sotto questo profilo, una scelta tanto chiara quanto netta.

[5] Cfr. l'art. 17, co. 4 e 40, co. 3 della l. n. 47 del 1985 e l'art. 46, co. 4 del T.U. n. 380 del 2001.

[6] Sul punto cfr. il fondamentale lavoro di G. Passagnoli, *Nullità speciali*, Milano, 1995. Afferma l'esistenza, nel nostro ordinamento, di statuti differenziati dell'invalidità G. Iudica, *Impugnative contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973, p. 91. Per un'analisi sulle «origini, vicende e compiti della teoria dell'invalidità dei contratti», cfr. A. Gentili, *Le invalidità*, in *Tratt. Rescigno*, 2, *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999, p. 1257.

[7] Cfr. P. Perlingieri, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in Id., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 286, il quale, nel cogliere la portata dei criteri interpretativi posti dall'art. 12 disp. prel. c.c., sottolinea come non ci si possa limitare alla mera presa d'atto della formula legislativa giacché ogni norma deve essere collocata nell'intero sistema e «il suo significato muta con il dinamismo dell'ordinamento di appartenenza» (p. 283).

[8] Secondo le Sezioni unite «la lettera della norma costituisce un limite invalicabile dell'interpretazione» sicché anche «la finalità di una norma va […] individuata in esito all'esegesi del testo oggetto di esame e non già […] in funzione delle finalità ispiratrici del più ampio complesso normativo in cui quel testo è inserito». La lettera della norma costituisce anche un limite per l'interpretazione costituzionalmente orientata «dovendo […] sollevarsi l'incidente di costituzionalità» quando l'interpretazione supposta conforme alla Costituzione risulti «incongrua rispetto al tenore letterale della norma stessa». In senso critico rispetto a tale ricostruzione cfr.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

2. *Cenni alla disciplina delle nullità urbanistiche*. – Analizzando la disciplina che si è succeduta nel tempo, le Sezioni unite richiamano l'iniziale regolamentazione dettata con riguardo agli atti tra privati relativi a diritti reali su fabbricati irregolari dal punto di vista urbanistico introdotta con la l. n. 10 del 1977, la quale all'art. 15, co. 7 disponeva che «Gli atti giuridici aventi per oggetto unità edilizie costruite in assenza di concessione sono nulli ove da essi non risulti che l'acquirente era a conoscenza della mancanza della concessione»[9].

Tale disciplina, ricorda la Corte, è stata abrogata e sostituita da una serie di disposizioni introdotte dalla legge n. 47 del 1985, in particolare gli art. 17 e 40, e dal T.U. n. 380 del 2001, art. 46, le quali, nella pur diversa formulazione, si caratterizzano per l'eliminazione di ogni riferimento alla conoscenza dell'acquirente in ordine all'insussistenza della concessione come condizione di validità dell'atto e sanzionano con la nullità gli atti nei quali manchi "la dichiarazione" del venditore dei titoli abilitativi richiesti nelle norme di riferimento.

Da quanto emerso può senz'altro individuarsi, nella disciplina dettata in tema di nullità per irregolarità urbanistiche, una linea di demarcazione netta tra la fase antecedente e quella successiva alla legge del 1985, la quale è il riflesso di un mutato approccio al problema della circolazione dei beni c.d. abusivi.

Con riferimento alla regolamentazione iniziale (*ante* 1985) ci si limita a svolgere qualche rapidissima considerazione dalla quale è dato cogliere il motivo essenziale della scelta effettuata. Il regime sanzionatorio civilistico, operante esclusivamente sul piano dell'inadempimento, non è più ritenuto sufficiente. Si avverte, dunque, l'esigenza di introdurre anche la sanzione della nullità, in precedenza non prevista, e, secondo l'opinione consolidata, non ricavabile in via interpretativa.

Sotto questo profilo, la S.C. sottolinea come, nella giurisprudenza di legittimità, si fosse affermata l'interpretazione del carattere relativo della nullità prevista nell'art. 15, co. 7 della l. n. 10 del 1977[10], argo-

F. Bocchini, *Alienazioni di edifici abusivi: nullità degli atti e pubblicità dei titoli abilitativi*, in *Riv. giur. edil*., 2019, I, p. 635.

[9] Analoga previsione era già presente nell'art. 10, della l. n. 765 del 1967, la quale aveva disposto che «Gli atti di compravendita di terreni abusivamente lottizzati a scopo residenziale sono nulli ove da essi non risulti che l'acquirente era a conoscenza della mancanza di una lottizzazione autorizzata».

[10] Cfr., per tutte, Cass., 27 aprile 1993, n. 4926, in *Foro it*., 1994, I, c. 1884, secondo la quale «la nullità, prevista in termini del tutto identici, dagli artt. 10, 4 co.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

mentando tale scelta proprio sulla base della rilevanza assegnata alla conoscenza o ignoranza dello stato abusivo dell'immobile e dunque ravvisando un'esigenza protettiva dell'acquirente che di tale abuso non fosse edotto[11].

Mentre risultava certamente paradossale, come da più parti rilevato, l'esito cui la previsione conduceva nel qualificare valido un atto basato su un'esplicita affermazione del carattere abusivo del bene oggetto del trasferimento[12], condivisibile doveva ritenersi la tesi della legittimazione limitata dell'azione di nullità, esperibile, dunque, esclusivamente dall'acquirente ignaro dell'abusività del bene oggetto del trasferimento. Al riguardo, già in precedenti occasioni, si è infatti avuto modo di chiarire come non si possa escludere, sulla base di una chiusura preconcetta, l'impiego dell'analogia per le ipotesi di nullità relative qualora, a fronte di una nullità priva di una regola esplicita sulla legittimazione ad agire, vi siano ragioni tali da giustificarne l'applicazione nonostante la previsione secondo cui, «salvo diversa disposizione di legge, la nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse»[13].

legge 6 agosto 1967 n. 765 e 15, 7 co. legge 28 gennaio 1977 n. 10, configura in realtà un'invalidità relativa, essendo deducibile solo dal contraente ignaro della violazione edilizia». Pertanto le richiamate norme «da un lato escludono la nullità assoluta del negozio […] e, dall'altro, rendono evidente che la sanzione dell'invalidità negoziale appare dettata a tutela del contraente in buona fede; il che appare coerente con la predisposizione nelle sopra indicate leggi, di strumenti amministrativi inibitori dell'attività vietata ed eliminatori delle situazioni illecite che fossero venute in essere; strumenti indifferenti al mutamento della titolarità degli immobili e quindi ai negozi mediante i quali esso fosse stato operato, onde il legislatore aveva, allora, ritenuto che si dovesse tutelare la posizione del contraente ignaro dell'abuso edilizio, prevedendo un regime di invalidità del negozio, a far valere il quale solo il medesimo fosse legittimato, per consentirgli così di ripetere il corrispettivo pagato, quale conseguenza dell'annullamento del contratto, o di evitare comunque il suo pagamento qualora non fosse stato ancora versato».

[11] Cfr., tuttavia, sul punto C. Donisi, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, Napoli, 1986, p. 19 s., il quale sottolinea come in realtà la norma finiva per pregiudicare proprio l'acquirente che affermava di voler tutelare. Infatti, una volta esclusa la nullità dell'atto da cui risultava la conoscenza dell'acquirente del carattere abusivo del bene oggetto del trasferimento, «il rischio relativo alla successiva incidenza delle pesanti sanzioni amministrative […] finiva per gravare interamente sull'acquirente, divenuto proprietario del bene […] grazie alla validità della compravendita, assicurata per l'appunto dalla famosa dichiarazione di consapevolezza dell'abusività del bene».

[12] Cfr. per tutti C. Donisi, *op. ult. cit*., p. 17 s.

[13] Al contempo, si ritiene opportuno ricordare che l'art. 1421 è tuttora in vigore

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Con le successive disposizioni dedicate al tema, come s'è detto, l'assetto appena delineato muta radicalmente in quanto scompare il richiamo contenuto in precedenza allo stato soggettivo di conoscenza del compratore circa la situazione di abusività dell'immobile e si prevede che la nullità sia da ricollegare alla "mancata dichiarazione" nell'atto di trasferimento delle autorizzazioni richieste dalle norme oggetto di esame.

Tale cambiamento normativo determina un nuovo dibattito sulla natura della nullità, sul suo ambito di operatività e sulla disciplina ad essa applicabile.

Se con riferimento alle "nuove" ipotesi di nullità il profilo della legittimazione all'azione si è risolto nel senso della loro riconducibilità tra quelle assolute[14], aspetti problematici sono emersi circa la qualificazione di esse come nullità formali o sostanziali. Al riguardo è solo il caso di ricordare come l'impiego del termine nullità formale non può in alcun modo essere assimilato all'uso riferito a quelle fattispecie nelle quali il requisito formale è richiesto con riguardo alla modalità attraverso la quale si esprime e si rende socialmente rilevante l'accordo. Nel caso di specie è evidente che la "dichiarazione" è un elemento contenutistico dell'atto traslativo richiesto ai fini della validità di esso.

Questa ovvia precisazione ci consente di attribuire il giusto significato all'impiegata distinzione nullità formale/sostanziale e di evitare di ricondurre sotto il medesimo indice verbale fattispecie che in realtà non sono suscettibili di assimilazione.

e pertanto l'affermazione di una nullità relativa non testuale deve essere oggetto di attenta valutazione al fine di evitare il rischio di pericolose generalizzazioni dettate dall'idea, tanto rassicurante quanto errata, che la legittimazione relativa debba trovare sempre ingresso nel sistema in presenza di un rapporto asimmetrico senza considerare le concrete modalità con cui le singole norme compongono il conflitto di interessi tra le parti contrattuali e, dunque, senza valutare se l'ordinamento abbia approntato meccanismi di tutela specifica per realizzare il riequilibrio di posizioni caratterizzate da debolezza contrattuale, anche in ragione di interessi superiori e generali che il legislatore abbia inteso conseguire pur in presenza di esigenze di tutela di singole categorie di soggetti.

[14] Tale interpretazione risulta agevolmente sostenibile una volta scomparso il richiamo espresso alla posizione dell'acquirente in ordine alla conoscenza della natura abusiva dell'immobile. In tal senso si esprimono chiaramente le Sezioni unite, le quali affermano che «La nuova sanzione, da esse prevista, costituisce un'ipotesi di nullità assoluta, come tale suscettibile di esser fatta valere da chiunque vi abbia interesse, rilevabile d'ufficio dal giudice ex art. 1421 c.c., e riconducibile all'art. 1418 c.c., u.c.».

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Volendo analizzare più specificatamente le conclusioni cui la sentenza della Cassazione conduce, nonché le motivazioni che la sorreggono, non si può prescindere dall'impiego che della distinzione "nullità formale"-"nullità sostanziale" è stato fatto, tenendo conto che su tale distinzione il dibattito sembra per anni essersi basato e su di essa si incentra la decisione oggetto di riflessione.

3. *Conclusioni delle Sezioni unite del 22 marzo 2019, n. 8230 sulla natura delle nullità degli atti traslativi di immobili abusivi.* – Partiamo per il momento dagli esiti raggiunti dalla Cassazione per procedere successivamente all'analisi delle motivazioni che li sorreggono.

La sentenza, sotto questo aspetto, ha il merito di operare uno sforzo volto a creare un discrimine tra fattispecie colpite da nullità e quelle che ne sono escluse.

Secondo le Sezioni unite, la nullità dell'atto traslativo ricorre nell'ipotesi in cui manchi nell'atto la dichiarazione dell'alienante relativa ai provvedimenti autorizzativi del bene (concessione, concessione in sanatoria, dichiarazione della costruzione dell'immobile ante 1967 ecc.) ovvero nei casi in cui nell'atto sia dichiarato un titolo abilitativo inesistente o non riferibile all'immobile oggetto del trasferimento[15].

Se la nullità, secondo la Corte, ricorre solo in tali ipotesi, non assume alcun rilievo, sotto il profilo della validità dell'atto, che vi sia o meno una corrispondenza urbanistica dell'immobile oggetto dell'atto traslativo rispetto al titolo che ne ha autorizzato la costruzione, tanto è vero che la Corte ritiene superflua ogni indagine sul tipo di abuso e sulla sua gravità, problema, invero, sollevato nell'ordinanza di rinvio[16].

[15] In senso decisamente critico rispetto agli esiti e alle argomentazioni della Corte a Sezioni unite, F. Bocchini, *op. cit*., p. 634 s., il quale sottolinea come nella ricostruzione delle Sezioni unite «la dichiarazione dell'alienante ha valenza essenzialmente informativa nei confronti dell'acquirente». In tale prospettiva se «le indicazioni dell'alienante sono certamente utili…» per stimolare la diligenza dell'acquirente è pur vero «che viene assunta una visione formalistica della rilevanza del titolo abilitativo rilevando le sole vicende del documento non la rispondenza del documento alla realtà materiale». Ritiene condivisibile la decisione delle Sezioni unite C. Cicero, *op. cit*., p. 307, secondo il quale essa «ha il pregio di garantire la salvaguardia della sicurezza e della certezza del traffico giuridico, attraverso una sintesi tra le esigenze di tutela dell'acquirente e quelle di contrasto all'abusivismo».

[16] In questa prospettiva perde di rilievo la giurisprudenza che aveva ritenuto di

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Al riguardo, tuttavia, è il caso di rilevare come la Corte non faccia esplicito riferimento alle ipotesi di totale difformità del bene rispetto all'autorizzazione rilasciata, questione rispetto alla quale permane una rilevante incertezza[17].

dover valutare la validità o meno dell'atto anche in ragione del tipo di abuso e della sua gravità.

Richiama di recente l'orientamento che distingue tra abuso primario e secondario come criterio di valutazione della validità dell'atto traslativo, Cass., 14 maggio 2018, n. 11659, in *Vita not*., 2018, p. 769. Per una classificazione delle diverse tipologie di abuso in ragione della gravità v. Cons. Stato, 30 marzo 2017, n. 1484, in *Riv. giur. edil*., 2017, p. 479 ss. Sul punto cfr. le considerazioni svolte da F. Bocchini, *op. ult. cit*., p. 636 s., il quale ritiene invece che «nell'attualità emerge un ulteriore e diverso problema, quello di far funzionare la nullità anche quando i titoli edilizi siano esistenti e siano riferibili agli immobili venduti, ma siano difformi dalla realtà materiale. In sostanza si tratta di far funzionare lo strumento privatistico come fondamentale antidoto alla edilizia illegale».

[17] Sul punto sia consentito il rinvio alle considerazioni svolte da A.M. Siniscalchi, *op. cit*., c. 2795, la quale evidenzia come sulla base della stessa motivazione della Corte, che attribuisce centralità all'interpretazione letterale delle norme in materia di nullità urbanistiche, per ricondurre la fattispecie di totale difformità nell'ambito applicativo delle norme «si dovrebbe ricorrere ad una interpretazione estensiva o analogica del dato testuale», circostanza che sembrerebbe contrastare con l'affermazione contenuta nella sentenza secondo cui le norme che prevedono ipotesi di nullità sono norme di "stretta interpretazione". In ordine al problema della assimilabilità o meno della totale difformità all'assenza del titolo in base alla decisione delle Sezioni unite cfr. G. Trapani, *op. cit*., p. 970 ss. Osserva G. Petrelli, *op. cit*., p. 685 s., che potrebbero verificarsi casi in cui la difformità urbanistica incida proprio sul requisito della riferibilità del titolo abilitativo al bene oggetto dell'atto traslativo con la conseguenza che alcune difformità costruttive potrebbero assumere rilievo rispetto alla validità dell'atto.

È favorevole ad una equiparazione delle ipotesi di assenza del titolo e di totale difformità G. Rizzi, *Considerazioni sulla nullità degli atti negoziali per violazione delle norme in materia urbanistica ed edilizia alla luce della Sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, cit., p. 7 s., il quale tuttavia non nega le incertezze interpretative poste dalle Sezioni unite sul punto.

Ritiene insussistente la licenza e la concessione non solo nelle ipotesi in cui non siano state rilasciate ma anche quando l'opera realizzata sia totalmente difforme da esse A. Cataudella, *Nullità «formali» e nullità «sostanziali» nella normativa sul condono edilizio*, in *Quadrimestre*, 1986, p. 285. Per una equiparazione tra totale difformità e assenza della concessione cfr. A. Marrese, *Qualità del bene immobile e validità del contratto*, in *Pers. e merc.*, 2014, p. 171, secondo il quale ciò si giustifica «sia da un punto di vista strutturale, atteso che l'opera […] è totalmente diversa da quella assentita […]; sia sotto il profilo delle sanzioni amministrative, considerato che in entrambi i casi opera l'ordine di demolizione e, in caso d'inottemperanza, l'acquisizione gratuita al patrimonio del Comune».

In giurisprudenza cfr. Cass., 18.9.2009, n. 20258, in *Foro it*., 2010, I, c. 2148, se-

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Individuati così gli esiti cui perviene la Corte a Sezioni unite, rimangono da esaminare le ragioni a supporto della tesi sostenuta.

A tal fine sembra opportuno richiamare, in premessa del discorso, il passaggio con cui la Corte ricorda come nell'ordinanza di rimessione la seconda Sezione avesse «ravvisato un contrasto nella giurisprudenza della Sezione in relazione alla natura formale (in quanto derivante dalla mera assenza nel contratto delle dichiarazioni del venditore) o sostanziale (in quanto riferita alla difformità tra bene venduto e progetto assentito) della comminata nullità», ed avesse auspicato «un chiarimento sulla portata della nozione di irregolarità urbanistica» al fine di valutare se la distinzione tra variazione essenziale e non essenziale, operante con riguardo al contratto preliminare, potesse trovare applicazione anche in presenza di atti traslativi.

In ragione di tale richiesta la Corte, nella motivazione della sentenza, dedica due distinti passaggi alla trattazione della "Teoria c.d. formale" e della "Teoria c.d. sostanziale".

Con riguardo alla prima tesi – nullità formale – emerge chiaramente l'idea secondo cui la nullità dipende dalla mancanza nell'atto delle dichiarazioni urbanistiche dovute dal venditore, non assumendo, per contro, rilievo la circostanza della conformità o meno dell'immobile rispetto al titolo urbanistico. Dunque, il rispetto della prescrizione formale, rappresentato dalla presenza della dichiarazione del venditore circa la sussistenza delle licenze urbanistiche, costituisce condizione necessaria e sufficiente per la validità dell'atto traslativo e la nullità prescinde dalla regolarità dell'immobile che ne costituisce oggetto rispetto al titolo rilasciato. Questa ricostruzione, riscontrabile nella giurisprudenza meno recente[18], si pone in linea di conti-

condo la quale la sanzione della nullità ricorre non solo nelle ipotesi di assenza del titolo abilitativo ma anche in presenza di una totale difformità.

[18] Cfr. Cass., 17.8.1999, n. 8685, in *Vita not.*, 1999, p. 1384 ss.; in *Contratti*, 2000, p. 9 ss., con nota di F. Besozzi, *La rinunzia alla condizione unilaterale*; e in *Giur. it.*, 2000, p. 915 s.; Cass., 15.6.2000, n. 8147, in *Vita not*., 2000, p. 1433 ss.; in *Riv. not.*, 2001, p. 142 ss., con nota di G. Casu, *Brevi questioni sulla nullità ex artt. 17 e 40 l. n. 47/1985*; e in *Contratti*, 2001, p. 13 ss., con nota di A. Angiuli, *Vendita di immobili abusivi tra nullità virtuali e testuali*; Cass., 5.4.2001, n. 5068, in *Rep. Foro it.*, 2001, *Contratto in genere*, n. 421; Cass., 24.3.2004, n. 5898, in *Riv. not*., 2005, p. 301 ss., con nota di F. Bucciarelli Ducci, *La Cassazione si pronuncia sulla natura della nullità di un atto in materia di urbanistica: osservazioni alla luce del Testo Unico n. 380 del 2001*; Cass., 20.4.2004, n. 7534, in *Rep. Foro it*., 2004, *Contratto in genere*, n. 519; Cass., 7.12.2005, n. 26970, *ivi*, 2005, *Contratto in ge-*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

nuità con la posizione di quella dottrina che sostiene decisamente la tesi del carattere formale delle nullità urbanistiche. Al riguardo sia consentito richiamare il lavoro di Salvatore Monticelli[19], le cui stringenti argomentazioni appaiono particolarmente convincenti nel confutare le opposte ricostruzioni pur sostenute da Autorevoli studiosi.

In particolare l'A., solo per richiamare qualche passaggio del suo ragionamento, evidenzia come la tesi della nullità sostanziale, prevalente in dottrina, si fonda su un equivoco determinato da una erronea lettura della disposizione che consente il recupero dell'atto nullo, in quanto privo delle dichiarazioni urbanistiche, "solo" nei casi in cui l'immobile non sia sprovvisto della licenza o della concessione o della concessione in sanatoria nel momento della stipula dell'atto.

Da tale previsione i fautori della tesi del carattere sostanziale della nullità fanno derivare *a contrario* la regola secondo cui vi sarebbe un divieto di porre in essere un atto non in regola dal punto di vista urbanistico[20].

Nell'ampio contributo si giunge a confutare sia la configurabilità di una tale nullità virtuale sia la sussistenza di un principio generale di incommerciabilità dei beni abusivi, che determini la nullità dell'atto avente ad oggetto un bene abusivo per contrasto «con una norma proibitivo/imperativa», la quale, paradossalmente, sarebbe anch'essa virtuale[21]. Nell'ulteriore sviluppo del ragionamento si esclude anche che la teoria della nullità sostanziale possa trovare valido fondamento nell'ambito dell'art. 1418, co. 2[22].

nere, n. 548; Cass., 5.7.2013, n. 16876, in *Guida al dir*., 2013, 40, p. 50; e in *Riv. giur. edil*., 2013, I, p. 1055 ss.

[19] S. Monticelli, *op. cit.*, passim. Aderisce alla tesi della nullità formale P. Zanelli, *Il condono edilizio: vecchie e nuove nullità*, in *Contratto e impr*., 1995, p. 1233 ss.; Id., *Commento all'art. 40*, in *Nuove leggi civ. comm*., 1985, p. 237 ss.

[20] Sul punto v. P. Zanelli, *op. ult. cit*., p. 1239, secondo il quale «tale argomento è viziato da una visione distorta e va contro il tenore letterale della norma stessa».

[21] Nella stessa prospettiva cfr. il lavoro di P. Zanelli, *op. ult. cit*., p. 1236 ss., il quale contesta criticamente le varie tesi sostenute dai fautori della teoria sostanziale della nullità, ritenendo che si tratti di orientamenti tutti, «per diversi motivi, un po' sopra le righe del dettato normativo, e cioè interpretazioni superletterali dello stesso».

[22] Di diverso avviso C. Donisi, *op. cit*., p. 97 ss., secondo il quale, esclusa la possibilità che la mancanza della concessione possa essere ricondotta all'illiceità dell'oggetto, «non parrebbe inverosimile far confluire l'inidoneità relativa dell'oggetto nella impossibilità (giuridica), anch'essa relativa, dello stesso e per tale via far discendere la nullità dell'atto dalla correlazione dell'art. 17 1° comma, della legge del 1985 con gli artt. 1346 e 1418, 2° comma, del codice civile». A. Marrese, *op. cit*.,

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Con riguardo alla seconda tesi – nullità sostanziale –, le Sezioni unite aprono il discorso con il richiamo della sentenza che fornisce il «primo segnale del diverso orientamento»[23], e nella quale si precisa che la previsione della legge n. 47 del 1985 «ha lo scopo di garantire che "il bene nasca e si trasmetta nella contrattazione soltanto se privo di determinati requisiti di abusivismo", aggiungendo che il prescritto obbligo di dichiarazione in seno all'atto degli estremi della licenza o della concessione edilizia […] presuppone che detta documentazione vi sia effettivamente e riguardi la costruzione in concreto realizzata». Tale posizione sostanzialista si consolida con la sentenza n. 23591 del 2013[24] da cui risulta «che il contratto avente ad oggetto un bene irregolare dal punto di vista edilizio è affetto da nullità sostanziale», in ragione della funzione assegnata alla norma di rendere non commerciabili i beni non in regola urbanisticamente. Sicché sarebbe dato individuare due diverse ipotesi di nullità: una formale dovuta alla mancata dichiarazione del venditore relativa a immobili in regola con la normativa edilizia o in corso di regolarizzazione ed una sostanziale con riguardo agli immobili privi di regolarità urbanistica. Tale ipotesi ricostruttiva troverebbe conferma nella previsione contenuta nell'art. 40, co. 3, secondo cui, in caso di mancanza delle dichiarazioni nell'atto, la nullità potrebbe essere evitata solo nel caso che non dipenda dall'insussistenza dei titoli abilitativi richiesti al momento in cui gli atti medesimi sono stati stipulati. Previsione che in tanto può giustificarsi in quanto gli atti siano in origine invalidi.

Esposte, dunque, le posizioni sostenute in giurisprudenza, la Corte articola la sua motivazione con riguardo alla natura della nullità, for-

p. 169, secondo cui «La nullità del contratto avente ad oggetto un immobile abusivo non discenderebbe […] dalla violazione degli artt. 17 e 40 della legge 47/85 ma dal sistema codicistico e dagli effetti che lo stesso ricollega alla illiceità o alla impossibilità dell'oggetto». Ripercorre le varie teorie elaborate in dottrina P. Picciano, *Sui profili di invalidità della compravendita di immobili abusivi*, in *Notariato*, 2019, p. 292 ss.

[23] Cass., 18.09.2009, n. 20258, in *Foro it*., 2010, I, c. 2148.

[24] Cass., 17.10.2013, n. 23591, in *Dir. & Giust*., 18 ottobre, 2013, con nota di A. Greco, *Nullo il contratto di compravendita di un immobile abusivo*; e in *Riv. not*., 2013, p. 1198 (s.m.), con nota di G. Casu, *Brevi note sulla natura della nullità di un contratto di vendita di immobile irregolare dal punto di vista urbanistico*; *ivi*, 2013, p. 1204 ss. Sul tema cfr. le considerazioni svolte da C. Donisi, *op. cit*., p. 55 ss., secondo cui si dovrebbe ritenere scontato che la validità degli atti non possa farsi dipendere da un elemento esteriore – la dichiarazione – ma debba dipendere dal dato sostanziale rappresentato dalla esistenza del titolo abilitativo.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

mulando la risposta attesa sulla base del quesito posto nell'ordinanza di rimessione.

Si tratta di una soluzione indubbiamente intermedia che, seppur comprensibile nell'ottica prettamente pratico-applicativa, risulta priva di una adeguata coerenza motivazionale giacché, come si è già avuto modo di evidenziare in un precedente commento alla decisione, le Sezioni unite sembrano partire da premesse che nello sviluppo del discorso appaiono parzialmente smentite.

Procediamo dunque con ordine.

In chiusura dell'esame della teoria sostanziale, le Sezioni unite prendono una decisa distanza dalla tesi richiamata affermando espressamente che «l'esegesi propugnata dalla teoria c.d. sostanziale, pur mossa da un intento commendevole, non può tuttavia prescindere dagli specifici dati normativi di riferimento e non può qui essere avallata».

Le ragioni, in estrema sintesi, che conducono le Sezioni unite ad escludere il carattere sostanziale della nullità possono così essere enucleate:

1) negazione che le nullità oggetto di analisi possano essere ricondotte tra le nullità virtuali;

2) inesistenza di una norma che vieti la commerciabilità dei beni abusivi;

3) rilevanza del dato letterale della norma che segna il «limite di tolleranza ed elasticità del significante testuale».

A questo punto della motivazione tuttavia le Sezioni unite riprendono il ragionamento svolto dai fautori della tesi sostanziale affermando che, in realtà, la possibilità di confermare l'atto privo della dichiarazione del venditore solo nei casi in cui la mancata menzione «non sia dipesa dalla insussistenza del titolo abilitativo» comporta, come conseguenza, che il «titolo deve realmente esistere» e deve essere riferito a quell'immobile. Alla mancanza della dichiarazione deve assimilarsi la sua falsità[25]. Nello sviluppo del discorso la Corte a Sezioni unite, pur qualificando la nullità urbanistica come una nullità testuale ex art. 1418 co. 3, giunge, in tal modo, ad ampliare le ipotesi che determinano la nullità dell'atto traslativo estendendone l'ap-

[25] La Corte sembra ispirarsi in parte alla teoria della c.d. nullità testuale o documentale, di elaborazione notarile, secondo cui il requisito richiesto sarebbe quello formale ma tale requisito richiede necessariamente a monte il requisito sostanziale. Cfr. G. Rizzi, *La nullità degli atti negoziali per violazione delle norme in materia urbanistica ed edilizia*, cit.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

plicazione a fattispecie ulteriori e diverse rispetto a quelle espressamente contemplate. Infatti, per la validità dell'atto traslativo, oltre alla dichiarazione del venditore, è necessario che essa sia:

1) relativa ad un titolo realmente esistente e riferita a quell'immobile;

2) veritiera (diversamente sarebbe equiparata ad una assente dichiarazione).

Sicché la nullità, come chiarito in precedenza, sarebbe da ravvisare oltre che nell'ipotesi di mancanza della dichiarazione anche nella circostanza che essa, pur sussistendo, sia relativa ad un titolo inesistente o non riferito all'immobile, e dunque che l'informazione che lo riguarda sia mendace[26], mentre non rileverebbero eventuali difformità dell'opera rispetto al titolo abilitativo rilasciato[27].

Tali conclusioni invero sembrano porsi in contrasto con quanto affermato dalla stessa Corte a Sezioni unite, secondo cui le «norme che, ponendo limiti all'autonomia privata e divieti alla libera circolazione dei beni, sanciscono la nullità degli atti debbono ritenersi di stretta interpretazione, sicché esse non possono essere applicate estensivamente o per analogia, ad ipotesi diverse da quelle espressamente previste»[28].

L'impressione è che in realtà la Corte impieghi una logica per così dire machiavellica secondo cui il fine giustifica i mezzi e dunque, traendo motivazioni sia dalla teoria formale sia da quella sostanziale,

[26] Nella ricostruzione delle Sezioni unite «la dichiarazione mendace va assimilata alla mancanza di dichiarazione» sicché «l'indicazione degli estremi dei titoli abilitativi in seno agli atti dispositivi previsti dalla norma non ne costituisce un requisito meramente formale». Negano che la falsa dichiarazione determini la nullità dell'atto P. Zanelli, *op. cit*., p. 1240; S. Monticelli, *op. cit*., p. 16 ss. In senso contrario cfr. A. Cataudella, *op. cit*., p. 276; C. Donisi, *op. cit*., p. 55 ss.; cfr. G. Alpa, *Questioni relative alla nozione di nullità nella legge di condono edilizio*, in *Riv. giur. edil*., 1986, p. 92 s., secondo cui la nullità è "testuale e documentale", e deve essere ricondotta all'art. 1418, terzo comma, c.c. «Di qui il rilievo delle dichiarazioni rilasciate dalle parti, che sono valide fino a prova di falso, e che comportano nullità dell'atto solo dopo che se ne è accertata la falsità».

[27] Tali ipotesi non rientrerebbero tra quelle testualmente previste nella legge. Rimane il problema della sorte dell'atto traslativo in presenza di una totale difformità. Sul punto cfr. nota 17.

[28] Invero, in questo caso, tali risultati si raggiungono attraverso la valorizzazione della norma che prevede la conferma dell'atto privo della dichiarazione dell'alienante, la quale, tuttavia, non configura un'ipotesi di nullità ma regola una differente fattispecie.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

tenti di raggiungere il risultato che appare più ragionevole, non riuscendo, tuttavia, a dare coerenza ad un discorso che presenta limiti argomentativi in più di un passaggio soprattutto in ragione della convinta adesione che ella sembra apprestare all'interpretazione letterale delle norme esaminate, la quale tuttavia, per gli esiti raggiunti, ne risulta parzialmente smentita.

ISBN 978-88-495-4259-2
© Edizioni Scientifiche Italiane

Stefano Tatti

Baratto amministrativo e crediti non tributari

Sommario: 1. Il baratto amministrativo quale strumento di avvicinamento della pubblica amministrazione al cittadino. – 2. Possibilità di estensione del «baratto amministrativo» ai crediti non tributari: dai precedenti delle Sezioni regionali alla pronuncia della Sezione delle autonomie della Corte dei conti.

1. *Il baratto amministrativo quale strumento di avvicinamento della pubblica amministrazione al cittadino*. – Il baratto amministrativo è uno strumento che, in situazioni prestabilite, consente ai cittadini di pagare tasse o tributi mediante prestazioni personali di utilità sociale[1].

L'art. 24, rubricato «Misure di agevolazione della partecipazione delle comunità locali in materia di tutela e valorizzazione del territorio», del d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 2014, n. 164, testualmente recita: «I comuni possono definire con apposita delibera i criteri e le condizioni per la realizzazione di interventi su progetti presentati da cittadini singoli o associati, purché individuati in relazione al territorio da riqualificare. Gli interventi possono riguardare la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento di aree verdi, piazze, strade ovvero interventi di decoro urbano, di recupero e riuso, con finalità di interesse

[1] Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, Comitato per lo sviluppo del verde pubblico, deliberazione 14 maggio 2018, n. 27.

Per G. Crepaldi, *Il baratto amministrativo: sussidiarietà, collaborazione ed esigenze di risparmio*, in *Resp. civ. prev*, 2018, I, p. 37 ss., si può affermare che il modello del baratto amministrativo si riduce ad uno scambio tra una parte, quella privata, che si cimenta nello svolgimento di interventi di pubblica utilità che dovrebbero essere in carico al soggetto pubblico competente per territorio, e un'altra parte, quella pubblica, che remunera queste attività procedendo ad una rinuncia ad incassare, senza doversi preoccupare di reperire le risorse occorrenti. L'A. precisa che, correlativamente, tutte le parti conseguono un risparmio: la parte privata ottiene uno sconto tributario, prestando attività in luogo di un pagamento; la parte pubblica, non svolgendo concretamente le prestazioni, non deve recuperare nuove risorse per il finanziamento.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

generale, di aree e beni immobili inutilizzati, e in genere la valorizzazione di una limitata zona del territorio urbano o extraurbano. In relazione alla tipologia dei predetti interventi, i comuni possono deliberare riduzioni o esenzioni di tributi inerenti al tipo di attività posta in essere. L'esenzione è concessa per un periodo limitato e definito, per specifici tributi e per attività individuate dai comuni, in ragione dell'esercizio sussidiario dell'attività posta in essere. Tali riduzioni sono concesse prioritariamente a comunità di cittadini costituite in forme associative stabili e giuridicamente riconosciute».

L'art. 24, d.l. n. 133/2014, ha introdotto l'istituto del baratto amministrativo nel nostro ordinamento. L'istituto è espressione del fenomeno del partenariato sociale[2].

Con l'entrata in vigore del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), agli artt. 189[3] (rubricato «Interventi di sussidia-

[2] Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, Comitato per lo sviluppo del verde pubblico, deliberazione 14 maggio 2018, n. 27.

[3] Art. 189, d.lgs. 50/2016: «1. Le aree riservate al verde pubblico urbano e gli immobili di origine rurale, riservati alle attività collettive sociali e culturali di quartiere, con esclusione degli immobili ad uso scolastico e sportivo, ceduti al comune nell'ambito delle convenzioni e delle norme previste negli strumenti urbanistici attuativi, comunque denominati, possono essere affidati in gestione, per quanto concerne la manutenzione, con diritto di prelazione ai cittadini residenti nei comprensori oggetto delle suddette convenzioni e su cui insistono i suddetti beni o aree, nel rispetto dei principi di non discriminazione, trasparenza e parità di trattamento. A tal fine i cittadini residenti costituiscono un consorzio del comprensorio che raggiunga almeno il 66 per cento della proprietà della lottizzazione. Le regioni e i comuni possono prevedere incentivi alla gestione diretta delle aree e degli immobili di cui al presente comma da parte dei cittadini costituiti in consorzi anche mediante riduzione dei tributi propri. 2. Per la realizzazione di opere di interesse locale, gruppi di cittadini organizzati possono formulare all'ente locale territoriale competente proposte operative di pronta realizzabilità, nel rispetto degli strumenti urbanistici vigenti o delle clausole di salvaguardia degli strumenti urbanistici adottati, indicandone i costi ed i mezzi di finanziamento, senza oneri per l'ente medesimo. L'ente locale provvede sulla proposta, con il coinvolgimento, se necessario, di eventuali soggetti, enti ed uffici interessati fornendo prescrizioni ed assistenza. Gli enti locali possono predisporre apposito regolamento per disciplinare le attività ed i processi di cui al presente comma. 3. Decorsi due mesi dalla presentazione della proposta, la proposta stessa si intende respinta. Entro il medesimo termine l'ente locale può, con motivata delibera, disporre l'approvazione delle proposte formulate ai sensi del comma 2, regolando altresì le fasi essenziali del procedimento di realizzazione e i tempi di esecuzione. La realizzazione degli interventi di cui ai commi da 2 a 5 che riguardino immobili sottoposti a tutela storico-artistica o paesaggistico-ambientale è subordinata al preventivo rilascio del parere o dell'autorizzazione richiesti dalle di-

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

rietà orizzontale») e 190 (rubricato «Baratto amministrativo»), risultano delineate fattispecie in grado di intersecarsi con l'applicazione del citato art. 24 che non viene abrogato e sembra accomunato a queste dalla «prospettiva di esaltazione del principio di sussidiarietà», attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali, come canone dell'azione amministrativa nell'ambito della tutela del territorio e della manutenzione di esso[4].

L'art. 24, d.l. n. 133/2014, è stato abrogato nel 2017, dall'art. 217, comma 1, lett. rr), d.lgs. n. 50/2016, come modificato dall'art. 129, comma 1, lett. m), d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56. Attualmente, dunque, il baratto amministrativo è disciplinato dall'art. 190, d.lgs. n. 50/2016[5].

Il baratto amministrativo presenta elementi comuni rispetto alle ipotesi descritte dall'art. 189 d.lgs. n. 50/2016. In questo articolo, come nell'art. 190, d.lgs. n. 50/2016, sono, infatti, previste forme di collaborazione tra cittadini ed ente territoriale, incentivate mediante benefici fiscali, relative alla gestione o realizzazione di beni comuni. Si colgono anche diverse differenze: nella fattispecie di cui all'art. 189, comma 1, l'incentivo fiscale è eventuale, mentre nell'art. 190 è indefettibile; nell'art. 189, comma 1, si prevede una forma di manutenzione del verde urbano riservata solo a cittadini residenti nel comprensorio in cui si trova l'area ed organizzati in consorzio, mentre nell'art. 190 non è previsto il vincolo della *vicinitas* e non occorre l'organizzazione in consorzio. Tuttavia, sul piano generale, anche l'art.

sposizioni di legge vigenti. Si applicano in particolare le disposizioni del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42. 4. Le opere realizzate sono acquisite a titolo originario al patrimonio indisponibile dell'ente competente. 5. La realizzazione delle opere di cui al comma 2 non può in ogni caso dare luogo ad oneri fiscali ed amministrativi a carico del gruppo attuatore, fatta eccezione per l'imposta sul valore aggiunto. Le spese per la formulazione delle proposte e la realizzazione delle opere sono, fino alla attuazione del federalismo fiscale, ammesse in detrazione dall'imposta sul reddito dei soggetti che le hanno sostenute, nella misura del 36 per cento, nel rispetto dei limiti di ammontare e delle modalità di cui all'art. 1 della legge 27 dicembre 1997, n. 449 e relativi provvedimenti di attuazione, e per il periodo di applicazione delle agevolazioni previste dal medesimo art. 1. Successivamente, ne sarà prevista la detrazione dai tributi propri dell'ente competente. 6. Restano ferme le disposizioni recate dall'art. 43, commi 1, 2, e 3 della legge 27 dicembre 1997, n. 449, in materia di valorizzazione e incremento del patrimonio delle aree verdi urbane.»

[4] Vedi Corte dei conti, sez. controllo regione Veneto, 21/06/2016, n. 313.

[5] Vedi Corte dei conti, sez. controllo regione Toscana, 14/12/2017, n. 187.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

189 contempla fattispecie riconducibili ad un baratto attraverso l'elemento del beneficio fiscale, ed in entrambi i casi si è in presenza di un fenomeno di partenariato sociale che si inquadra nella logica della sussidiarietà orizzontale[6].

L'art. 190, d.lgs. n. 50/2016, prevede espressamente che «gli enti territoriali possono definire con apposita delibera i criteri e le condizioni per la realizzazione di contratti di partenariato sociale, sulla base di progetti presentati da cittadini singoli o associati, purché individuati in relazione ad un preciso ambito territoriale. I contratti possono riguardare la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento di aree verdi, piazze o strade, ovvero la loro valorizzazione mediante iniziative culturali di vario genere, interventi di decoro urbano, di recupero e riuso con finalità di interesse generale, di aree e beni immobili inutilizzati. In relazione alla tipologia degli interventi, gli enti territoriali individuano riduzioni o esenzioni di tributi corrispondenti al tipo di attività svolta dal privato o dalla associazione ovvero comunque utili alla comunità di riferimento in un'ottica di recupero del valore sociale della partecipazione dei cittadini alla stessa»[7].

Da tale norma si desume che un privato non possa sostituirsi all'amministrazione senza il consenso di quest'ultima[8].

[6] Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, Comitato per lo sviluppo del verde pubblico, deliberazione 14 maggio 2018, n. 27.

[7] La Circolare del Ministero dell'Economia e delle Finanze, 22 novembre 2019, n. 2 («Art. 15-*bis* del d.l. 30 aprile 2019, n. 34, convertito dalla legge 28 giugno 2019, n. 58. Efficacia delle deliberazioni regolamentari e tariffarie relative alle entrate tributarie degli enti locali. Chiarimenti.»), al paragrafo terzo (Obbligo di trasmissione al Ministero dell'economia e delle finanze delle deliberazioni regolamentari e tariffarie relative ai tributi provinciali e comunali), precisa che devono ritenersi soggetti all'obbligo di invio, in quanto riconducibili al *genus* delle «deliberazioni regolamentari e tariffarie relative alle entrate tributarie dei comuni» cui fa riferimento l'art. 13, comma 15, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, così come modificato dall'art. 15-*bis*, d.l. n. 34/2019, i regolamenti generali delle entrate e tutti gli atti recanti disposizioni relative non ad uno specifico prelievo ma ad aspetti direttamente connessi all'applicazione dei tributi in genere. Ebbene, in tale ambito rientrano anche i regolamenti relativi al baratto amministrativo.

[8] Vedi TAR Napoli (Campania), sez. I, 09/01/2019, n. 125, secondo cui dalla legge 27 dicembre 2013, n. 147, emerge che, in relazione ai produttori di rifiuti speciali assimilati agli urbani, non è prevista l'esclusione della corresponsione della TARI per il solo fatto che il contribuente proceda autonomamente allo smaltimento dei rifiuti; è, infatti, prevista solo la possibilità di una riduzione dell'ammontare della stessa. Secondo il TAR, va, peraltro, evidenziato che la possibilità dello smaltimento dei rifiuti alternativo a quello comunale non può essere frutto di un'iniziativa privata, ma

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

L'art. 190, d.lgs. n. 50/2016, prevede la possibilità (e non l'obbligo), per gli enti territoriali, di stipulare contratti di partenariato sociale, sulla base di progetti presentati da cittadini singoli o associati, e relativi a determinate attività, ben individuate[9].

2. *Possibilità di estensione del «baratto amministrativo» ai crediti non tributari: dai precedenti delle Sezioni regionali alla pronuncia della Sezione delle autonomie della Corte dei conti.* – Tra le Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti è emerso un contrasto giurisprudenziale, essendosi formati due orientamenti: quello che sostiene la estensibilità dell'istituto dell'art. 190, d.lgs. n. 50/2016, anche ai crediti non tributari (valorizzando l'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nei limiti del rispetto dei parametri della parità di trattamento di medesime situazioni soggettive, della trasparenza dell'azione amministrativa e degli equilibri di bilancio)[10] e quello che limita l'applicabilità dell'istituto normato dall'art. 190, d.lgs. n. 50/2016, ai soli tributi locali (valorizzando il dato letterale dello stesso articolo)[11]. La Corte dei conti (Sezione regionale di controllo per la Lombardia) ha, quindi, provveduto a deferire al Presidente della Corte dei conti la seguente questione interpretativa di massima: «Se in sede di esercizio della potestà regolamentare prevista dall'art. 190, d.lgs. n. 50/2016, l'ente locale possa prevedere l'applicabilità dell'istituto del c.d. baratto amministrativo per la riduzione e/o estinzione di crediti di natura extratributaria, connessi all'erogazione di servizi pubblici o di prestazioni a domanda individuale»[12].

Il Presidente della Corte dei conti (ordinanza 15 ottobre 2019, n. 22) ha rimesso alla Sezione delle autonomie la pronuncia in ordine

deve essere concordata con l'amministrazione comunale e tanto si desume anche dal c.d. «baratto amministrativo», previsto dall'art. 190, d.lgs. n. 50/2016.

[9] Vedi Corte dei conti, sez. controllo regione Toscana, 14/12/2017, n. 187.

La legge regionale Liguria, 29/11/2018, n. 24, ha istituito l'Albo regionale dei comuni aderenti al «baratto amministrativo». L'Albo registra i comuni che intendono adottare la formula del «baratto amministrativo», come disciplinato dall'art. 190 del d.lgs. 50/2016. Ai sensi dell'art. 6 della legge regionale: «La regione per favorire forme di partenariato sociale concede contributi ai comuni che attuano il baratto amministrativo nei limiti degli stanziamenti di bilancio.»

[10] Vedi Corte dei conti, sez. controllo regione Lombardia, 24/06/2016, n. 172; Corte dei conti, sez. controllo regione Lombardia, 06/09/2016, n. 225.

[11] Vedi Corte dei conti, sez. controllo regione Veneto, 21/06/2016, n. 331.

[12] Corte dei conti, sez. controllo regione Lombardia, 24/09/2019, n. 357.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

alla questione prospettata dalla Sezione regionale di controllo per la Lombardia. La Sezione delle autonomie, deliberazione del 29 gennaio 2020, n. 2, si è espressa nel senso che «è compito dell'ente locale favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini prevista dal quarto comma dell'art. 118 della Costituzione, anche attraverso la predeterminazione di fattispecie convenzionali tipizzate dirette allo svolgimento di attività socialmente utili nella gestione di aree e beni immobili, da compensare con la riduzione o l'estinzione di crediti extratributari disponibili. Qualora i crediti vantati dall'ente traggano origine da prestazioni patrimoniali imposte *ex* art. 23 della Costituzione, l'esercizio di detto potere discrezionale può espletarsi entro gli spazi che la norma primaria rimette alla determinazione degli enti in sede attuativa. Nei predetti ambiti applicativi, la disciplina dell'istituto del baratto amministrativo prevista dall'art 190 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, non è suscettibile di interpretazione analogica e può essere applicata alle sole ipotesi di riduzione e/o estinzione di crediti di natura tributaria».

La Sezione regionale di controllo per la Lombardia, che ha posto la questione di massima, pertanto, in applicazione dei sopra richiamati principi di diritto, ha aderito all'interpretazione seguita dalla Sezione autonomie[13].

Per la Sezione delle autonomie, deliberazione n. 2/2020, quindi, l'art. 190, d.lgs. n. 50/2016, non può essere applicato oltre i casi ed i tempi in esso considerati (art. 14 disp. prel. cod. civ.), vale a dire al di fuori delle fattispecie qualificabili come «riduzioni o esenzioni di tributi». Ciò chiarito, la Sezione, rispetto alla possibile permanenza di margini per l'utilizzo in sede regolamentare dello strumento del baratto amministrativo oltre i casi previsti dall'art. 190, valorizzando, in questo caso, l'autonomia negoziale della pubblica amministrazione, ritiene che, nei limiti della capacità giuridica e di agire in ambito privatistico, gli enti territoriali possano predeterminare, in sede regolamentare, i casi in cui, in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale, sia possibile concordare, con cittadini singoli o associati che ne facciano richiesta, lo svolgimento di attività socialmente utili nella gestione di aree e beni immobili (quali pulizia, manutenzione, abbellimento di aree verdi, piazze, strade, interventi di decoro urbano, iniziative culturali, recupero e riuso di aree e beni immobili inutilizzati),

[13] Corte dei conti, sez. controllo regione Lombardia, 21/02/2020, n. 21.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

da compensare con la riduzione o l'estinzione di crediti extratributari disponibili assicurando il rispetto delle regole di contabilità pubblica e di salvaguardia dei vincoli e degli equilibri finanziari dell'ente locale, nonché dei principi di trasparenza, di parità di trattamento e di non discriminazione[14].

Sull'esigenza che attraverso un intervento chiarificatore della Sezione autonomie della Corte dei conti (in virtù della funzione di nomofilachia assegnatale dal legislatore), si superino i contrasti interpretativi emersi nei pareri delle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, è possibile sottolineare la rilevanza dei pareri anche sotto il profilo delle responsabilità erariali: il Codice della giustizia contabile (d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174), infatti, trattando di «disponibilità e valutazione della prova» nei giudizi di responsabilità amministrativa, ha previsto (art. 95, comma 4) che «il giudice, ai fini della valutazione dell'effettiva sussistenza dell'elemento soggettivo della responsabilità e del nesso di causalità, considera, ove prodotti in causa, anche i pareri resi dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali, nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi». Inoltre, l'art. 69, comma 2, dello stesso Codice, come modificato dal d.lgs. 7 ottobre 2019, n. 114, stabilisce che il pubblico ministero dispone l'archiviazione per assenza di colpa grave ove valuti che l'azione amministrativa si sia conformata al parere reso dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi[15].

[14] Anteriormente alla deliberazione della Sezione delle autonomie, n. 2/2020, S. Zebri, *L'evoluzione del baratto amministrativo tra collaborazione civica e partenariato sociale*, in *Riv. Corte conti*, 2019, IV, p. 53 ss., osservava che sembra restare aperto il tema della «barattabilità» delle entrate extratributarie, in relazione alle quali la Corte dei conti sembra aprire alla possibilità (negata per la materia tributaria in ragione dell'indisponibilità dell'obbligazione tributaria *ex* art. 23 Cost. e delle ricadute sugli equilibri di bilancio degli enti territoriali) di riconoscere la «barattabilità» di debiti pregressi in considerazione dell'autonomia di diritto privato delle pubbliche amministrazioni (art. 1, comma 1-*bis*, legge 7 agosto 1990, n. 241) ed a condizione che vengano rispettati gli equilibri di bilancio.

[15] V. Manzetti, *Baratto o Baratti amministrativi. Una questione da dirimere*, in *Amm. in cammino*, 4 aprile 2018.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Anna Paola Ugas

Alcune osservazioni su indebito e azioni possessorie con lo sguardo al preliminare ad effetti anticipati

Sommario: 1. Precisazioni in tema di indebito e di possesso. – 2. Preliminare ad effetti anticipati e indebito. Le azioni a tutela del possesso.

1. *Precisazioni in tema di indebito e di possesso*. – Alcune delle questioni sollevate dalla esecuzione "anticipata" dell'obbligazione di consegna nel preliminare che da tale (ed altre) peculiarità prende il nome, coinvolgono discipline lacunose sul piano legislativo, e incerte dal punto di vista interpretativo.

Una proposta dottrinale ha ritenuto di poter risolvere alcuni problemi[1] tramite l'adozione di una accezione ampia di possesso e in virtù di un'interpretazione estesa o analogica delle norme che lo concernono[2].

La differenza di fondo tra le situazioni giuridiche cui sono correlati rispettivamente il possesso e la detenzione esclude a nostro avviso la praticabilità di tale strada. Ciò trova riscontro nell'impianto sistematico generale e in particolare riceve conferma dall'uso rigoroso e stretto del termine possesso in numerose disposizioni contenute nel

[1] Assumono un approccio elastico anche quegli orientamenti che tendono a distinguere, nella posizione acquisita dal promissario acquirente un lato interno, di detenzione, da un lato esterno, di possesso. In realtà, come sarà chiarito nel prosieguo del discorso, la duplicità che si afferma è spiegabile assumendo che all'obbligazione di dare, necessariamente relativa, si associ una consegna in grado di giustificare l'acquisto della proprietà e come tale dotata della dose di "realità" e di direzione diretta sulla cosa, che è propria della situazione di fatto – possesso – che le corrisponde.

[2] Una soluzione di questo genere è stata proposta rispetto all'azione di manutenzione. Vi è chi infatti ha ritenuto di poter estendere in via analogia, a tutti i detentori qualificati, la disciplina di cui all'art. 1585 comma 2 che consente al locatario di agire in nome proprio per le molestie di fatto. In questo senso si pronuncia Bianca, *La proprietà. Diritto civile*, vol. VI, Milano, 1999, 862, cui si rinvia per la discussione e le altre voci dottrinarie sul punto. Lo stesso Autore si pronuncia a favore di una estensione al detentore, tramite interpretazione analogica, della legittimazione attiva alle azioni di nunciazione. Così Id., *op. cit.*, 874.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

libro della proprietà, nonché nella differente rilevanza che riveste la consegna allorché accede ad un'attribuzione traslativa, rispetto a quando si colloca invece entro un contesto obbligatorio che medi sul piano personale il rapporto del consegnatario con la cosa.

Dedicando qualche breve riflessione al trattamento riservato al possesso e alla detenzione, vanno considerate le differenze di regime nei due casi, in merito all'acquisto dei frutti, in ordine al diritto all'indennizzo per addizioni e miglioramenti, e ancora rispetto alla legittimazione all'esercizio degli strumenti giudiziali a protezione della cosa tra cui segnatamente le azioni possessorie, comprese quelle di nunciazione.

Rispetto al problema dei frutti, uno tra quelli esaminati dalle sentenze che si sono espresse sulla natura della posizione del promissario acquirente relativamente alla cosa ricevuta in consegna anticipata[3], i termini del confronto sono rappresentati da una parte dall'art. 1148 c.c., dall'altra dall'art. 2033 c.c. in tema di indebito.

È noto come si discuta sull'ambito di applicazione di quest'ultima normativa e come sia particolarmente importante per la soluzione della questione intendersi sulla nozione di "pagamento". Usualmente si rileva che l'espressione è utilizzata nel linguaggio comune per indicare la consegna di somme di denaro; la diffusione delle obbligazioni pecuniarie può peraltro essere sufficiente a spiegare il consolidarsi dell'accezione corrente senza escludere un significato più ampio del temine. Tale dato insieme al rilievo che "pagamento" ha etimologicamente una portata ben più estesa[4], conducono senza troppa

[3] Negano l'applicabilità al promissario acquirente dell'art. 1148 e dell'art. 1150 concernenti il diritto ai frutti del possessore, Cass., 14 mar. 2017, n. 6575; Cass., 22 lug. 2010, n. 17245. Ancora Cass., 31 lug. 2009, n. 17888, si pronuncia contro l'applicazione dell'art. 2040 c.c. (a favore invece, Cass., 31 lug. 2009, n. 17888, che ritiene utilizzabile l'art. 2040 c.c., solo dopo la riconsegna della cosa al promittente venditore); in senso contrario all'applicazione dell'1148 nonché dell'art. 1150 e del dovere di restituire i frutti solo dal momento della domanda giudiziale si esprime Cass., 25 ott. 2016, n. 21469. Tra i giudici di merito, negano l'applicabilità dell'art. 2040 al fine di consentire al promissario acquirente in rimborso delle spese e dei miglioramenti, Trib. Massa, 4 lug./2017, n. 566, in *Juris data*2019.

[4] "Pagamento" è chiaramente imparentato col termine "appagamento", dunque "soddisfazione", che bene si addice ad indicare il risultato cui dovrebbe tendere l'esecuzione di qualunque prestazione. Cfr. G. Gabrielli, voce *Pagamento*, in *Dizionario della lingua italiana*, Milano, 1994, 1420 s., che assegna alla parola in questione il significato corrente di "Versare una somma di denaro ecc.", ma ne identifica la derivazione dal latino *pacare*, ovvero pacificare, quietare, derivato a sua volta di *pax, pacis*, ovvero "pace".

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

difficoltà ad affermare che l'espressione può essere riferita all'esecuzione di qualunque prestazione[5].

Se deve ritenersi abbia portata generale l'affermazione per cui chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato, non può affermarsi analoga portata generale al riconoscimento del diritto ai frutti. L'individuazione in via interpretativa dei limiti di applicazione di tale ultima previsione non deve peraltro andare in contrasto col riconosciuto diritto alla ripetizione di quanto è stato pagato indebitamente.

A questo fine vanno effettuate alcune distinzioni in ordine al ruolo che la consegna della cosa riveste rispetto all'indebito pagamento ampiamente inteso. In particolare, la consegna o costituisce oggetto di una obbligazione accessoria che accompagna l'effetto traslativo (o costitutivo di un diritto reale limitato), ovvero risulta accessoria ad altra obbligazione. Allorché la mancanza dell'obbligazione di consegna si associ alla mancata produzione del trasferimento (o costituzione) di diritti reali, il tema rientra a pieno titolo nell'indebito di (sola) consegna.

Nella seconda ipotesi (consegna in difetto di altra obbligazione – cui la prima acceda), l'indebito attiene e va regolato in ragione dell'obbligazione principale mancante. È a proposito della prima eventualità, ovvero rispetto all'indebito di consegna in senso proprio, che il legislatore si occupa, opportunamente, dei frutti, e lo fa, non a caso, in armonia con l'art. 1148. Laddove non sussistano o non si siano

[5] Sul punto esiste peraltro una certa discordanza di opinioni, non solo perché alcuni accolgono una nozione stretta di pagamento, riferendolo alla sola consegna di denaro, ma anche perché altri, che pure estendono l'ambito dell'espressione, fanno rientrare in essa pur sempre solo la consegna di cose, ancorché diverse dal denaro. Secondo autorevole posizione, le prestazioni consistenti in un "fare" «possono culminare nell'esecuzione materiale di una cosa determinata ovvero possono esaurirsi in un'attività destinata a soddisfare un interesse economicamente rilevante del presunto creditore. Soltanto nel primo caso l'azione a tutela dell'autore del pagamento può ancora mantenere, almeno in parte, l'antica e tipica struttura di un rimedio diretto in maniera immediata alla restituzione di "cose". In tutti (o quasi) gli altri casi in cui la prestazione non dovuta consista nel "fare" (o nell'omettere) alcunché l'eventuale oggetto della pretesa è costituito, per una necessità prim'ancora logica che giuridica, da un indennizzo in denaro». Cfr. in tal senso Breccia, *Il pagamento dell'indebito*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, *Obbligazioni e contratti*, vol. 9, Torino, 1984, 772 s. Per il problema cfr. Bianca, *La responsabilità. Diritto civile*, vol. V, Milano, 1994, 794 favorevole anch'Egli ad una soluzione che escluda dalla disciplina dell'indebito le prestazioni di fare, per quanto ritenga che l'applicazione delle regole dell'indebito rispetto a queste non giunga a risultati differenti da quelli cui si perverrebbe utilizzando (più correttamente) le regole dell'ingiustificato arricchimento.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

prodotti effetti corrispondenti alla costituzione o al trasferimento di un diritto reale infatti, la relazione con il bene – quantunque sia seguita ad una consegna non dovuta – è da sola in grado di generare il diritto ai frutti. Oggetto di una obbligazione non dovuta è in tale ipotesi la consegna della cosa in quanto tale, della quale soltanto occorre (regolare – da parte del legislatore – ed) effettuare – da parte dell'*accipiens* – la restituzione[6].

La consegna che invece si accompagni ad altri rapporti obbligatori come quelli aventi ad oggetto una prestazione di godimento, non dovrebbe ricevere considerazione come indebito di consegna in senso proprio e dunque non dovrebbe ad essa essere riferita la disposizione sui frutti. L'indebito dovrebbe essere regolato in ragione della disciplina applicabile alla prestazione di "fare" cui la consegna accede[7]. Entro un simile contesto infatti non ha senso discutere se al detentore in buona fede si applichi la norma che fa salvo l'acquisto dei frutti fino all'esercizio dell'azione[8]. Qualora la prestazione non do-

[6] Cfr. Navarretta, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, 130 s. La Studiosa riporta la discussione se gli artt. 2033 parte II e l'art. 2040 riguardino esclusivamente il possesso, e conclude che «Sarebbe […] riduttivo, alla luce di tali norme identificare la *condictio indebiti* semplicemente come un'azione possessoria, poiché ciò contrasterebbe con il suo carattere di normativa generale. Insieme a situazioni possessorie, la *condictio indebiti* abbraccia, infatti, casi di avvenuto acquisto del dominio, come è inconfutabile nella consegna di beni fungibili, e situazioni di detenzione dell'*accipiens*». Secondo quanto si espone nel testo, nonostante l'ampiezza da assegnare alla disciplina dell'indebito, le norme sui frutti di cui alla seconda parte dell'art. 2033 e quelle sul rimborso di spese e miglioramenti sono da ritenere applicabili esclusivamente all'area del possesso.

[7] Cfr. nota precedente. Qualora la prestazione non dovuta consista in un *facere* «prevale l'opinione che lo strumento più pertinente sia rappresentato dalla tutela generale nei confronti degli arricchimenti ingiustificati». Così Breccia, *op. loc. ult. cit.* Nello stesso senso Moscati, voce *Indebito (pagamento e ripetizione dell'indebito)*, in *Enc. del dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, 83 ss. Saremmo più propensi a ritenere che vada in prima battuta assicurata la integrale restituzione di quanto pagato indebitamente seppure sotto forma di equivalente in denaro, tenuto conto di quello che si è detto sull'estensione del concetto di pagamento da una parte e sulla natura residuale dell'azione di arricchimento (oltre che del suo diverso ambito di applicazione) dall'altra. Si deve altresì considerare che l'esistenza o anche la mera ipotesi dell'esistenza di un'obbligazione presuppone che essa abbia ad oggetto una prestazione economicamente valutabile, della quale dunque deve essere possibile sulla base della ricognizione dei valori di mercato, o del valore economico assegnato preventivamente ad essa dalle parti, identificare una somma di denaro che le corrisponda.

[8] Per tale impostazione e per la conclusione che equipara nel trattamento il possessore al detentore nell'interesse proprio, cfr. Bianca, *La proprietà*, cit., 772 ss.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

vuta sia per es. quella del conduttore di una locazione poi dichiarata nulla, ciò che va restituito specificamente come indebito, non è la cosa, che andrebbe comunque riconsegnata anche in esecuzione di un rapporto esistente[9], ma i frutti (obiettivo appunto del godimento) tratti da essa (*rectius*, l'indennità corrispondente al loro valore).

Segnalata la differenza relativa al rapporto con la cosa che si rintraccia in materia di frutti, deve rilevarsi che essa si riflette anche sul tema del diritto al rimborso delle spese. Gli esborsi compiuti dal detentore sono da legare ad un indebito, costituendo esecuzione di specifiche obbligazioni non dovute; gli esborsi concernenti il possessore saranno invece da regolare in ragione del rapporto (di diritto) reale con la cosa che sia mancato. Così le spese sostenute da chi sia "conduttore" sulla base di un contratto di locazione nullo (v. art. 1576 c.c.), ovvero quelle di piccola manutenzione e, se si tratta di cose mobili, quelle di conservazione e di ordinaria manutenzione, saranno oggetto di una specifica obbligazione di indebito in tal caso eseguito dal conduttore nei confronti del "locatore" (e dunque a parti invertite rispetto a *tradens* e *accipiens* della cosa).

Altrettanto è a dirsi per i miglioramenti nella misura in cui non vi sia un abuso da parte del "conduttore" (cfr. art. 1592 c.c.)[10]. Qualora le spese sostenute dal "conduttore-detentore" superino quelle che un regolare rapporto avrebbe giustificato, esse non assumono la configurazione di un indebito ed andranno definite, se ne ricorrono le condizioni, in base o alla disciplina dell'illecito aggravando la posizione del conduttore, oppure, a vantaggio di quest'ultimo, in ragione delle norme previste per il caso di ingiustificato arricchimento.

Qualora a mancare sia invece l'attribuzione di un diritto reale, l'indebito di consegna varrà ad individuare la disciplina di frutti e spese sulla base del criterio della buona o della mala fede. Va peraltro segnalato che quanto in termini di depauperamento o di danno so-

[9] Cfr. Breccia, *op. loc. ult. cit.*; Moscati, voce *Indebito (pagamento e ripetizione dell'indebito)*, cit., 83 ss.; Barcellona, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim, dir. proc. civ.*, 1965, I, 11 ss.; Rescigno, *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XV, 1968, Torino, 1223 ss.; Gallo, voce *Ripetizione dell'indebito. L'arricchimento che deriva da prestazione altrui*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. XVIII, Torino, 1998, 1 ss.

[10] Qualora l'esecuzione di spese non corrisponda ad una obbligazione ancorché non dovuta, esse andranno regolate o con la disciplina dell'illecito, o con quella dell'arricchimento senza causa, a seconda che siano contrarie al diritto o invece solo prive di fondamento giuridico.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

pravviva in capo al *tradens*, potrà sempre consentire che venga richiamata la normativa sull'arricchimento e sul fatto illecito[11].

In altre parole, la disciplina concernente i frutti, nonché le spese per miglioramenti o addizioni dettata nell'ambito dell'indebito (art. 2040 c.c.), va interpretata in senso stretto e riferita alla sola ipotesi del possesso in senso tecnico, in conformità a quanto disposto dall'art. 1148 c.c. In tal caso infatti assume rilevanza, come indebito, la sola consegna, e non altra obbligazione alla quale la prima acceda.

Analoga conclusione va assunta in ordine all'ambito di applicazione delle norme sulla restituzione di cosa determinata, che vanno riferite all'ipotesi in cui accedano alla "mancata" attribuzione della proprietà, o di un diritto reale sulla cosa[12].

[11] Sul problema cfr. SACCO, voce *Possesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, 517 ss.

[12] Sugli artt. 2037 e 2038 cfr. NAVARRETTA, *op. cit.*, 131 ss. L'Autrice rileva come le norme in questione siano difficili da conciliare con le regole sul rischio: tanto con quella che lo ripone sul proprietario, quanto con quella che lo ripone sul debitore nei limiti della impossibilità sopravvenuta non imputabile, ed infatti secondo la Studiosa la disciplina dettata dagli articoli sopra citati, travalicherebbe entrambe. In particolare, «occorre prendere atto della specialità dell'art. 2037 c.c. […]. Quanto alla situazione soggettiva in termini di diritti assoluti del *solvens* o dell'*accipiens* […] la norma […] è, nell'alternativa, comunque più adattabile alla logica della titolarità del *solvens*» (*op. cit*., 134). Si può aggiungere che le conseguenze del perimento e del deterioramento della cosa indebitamente consegnata non sono affatto regolate sul presupposto della esistenza dell'obbligazione di restituire posto che, al contrario, la normativa in esame è volta a definire proprio i presupposti della insorgenza dell'obbligazione restitutoria; quanto al principio *res perit domino*, esso non è affatto derogato dalle norme sull'obbligazione. Anche rispetto a tale problema occorre evitare di confondere, a nostro giudizio, il ruolo della cosa nelle prestazioni di fare con quello che essa svolge in quelle di dare. Nelle prime il principio *res perit domino*, continua ad operare a danno del titolare salvo che per gli aspetti coinvolti dalla prestazione stessa. Di quest'ultima la cosa non è che il substrato tramite il quale pervengono al creditore i risultati materiali e giuridici in cui la prestazione del debitore si traduce. In tal caso non è il rischio del perimento della cosa ad operare ma quello del "perimento", *rectius*, della impossibilità della prestazione. Così, per esempio, laddove l'obbligazione sia quella di custodia e di restituzione della cosa altrui depositata, le circostanze legate a quest'ultima che non siano coinvolte dalla prestazione dovuta (o più in generale non vi sia violazione di alcuna regola di condotta altrui), sono pienamente a carico del *dominus*. Esse non soltanto libereranno il debitore da responsabilità, ma lasceranno in capo al depositante l'obbligo di pagare il corrispettivo al depositario, quanto meno per tutto il tempo in cui la prestazione (di fare) ha avuto esecuzione. Solo laddove il diritto di proprietà sia in transito da un soggetto all'altro è necessario che il legislatore si esprima (come fa nell'art. 1465 c.c.) posto che è astrattamente plausibile che il rischio sia posto a carico indifferentemente

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Qualora si discuta della questione concernente le restituzioni conseguenti allo scioglimento successivo di un rapporto (ipotesi differenti dalla sua mancanza originaria o sopravvenuta dipendente da invalidità – nullità o annullamento – che rientrano nel discorso già concluso) per il passato svoltosi regolarmente, senza addentrarci nella nota disputa se tali ipotesi rientrino o meno, a pieno titolo, nella disciplina dell'indebito[13], le differenze tra le situazioni reali e quelle ob-

dell'alienante o dell'acquirente. In tutti gli altri casi va da sé che il proprietario sopporta tutto quanto si verifica sul bene di sua proprietà che non sia imputabile alla violazione da parte di altri di una regola, vuoi contrattuale (obbligazione) vuoi extracontrattuale. A tal fine si rinvia alla differente disciplina che il legislatore detta in materia di appalto a seconda che la materia sia di proprietà del committente o invece dell'appaltatore (art.1673 c.c.).

[13] Per la questione cfr. BIANCA, *La responsabilità, Diritto civile*, cit., 796-797, che peraltro esamina l'opinione contraria ad applicare l'indebito non solo alla risoluzione, ma anche all'invalidità e la contesta richiamando i dati normativi che in materia di nullità (art. 1422 c.c.) ed in materia di risoluzione per impossibilità sopravvenuta (art. 1463 c.c.) rinviano esplicitamente all'azione di ripetizione dell'indebito. Per l'annullamento un collegamento implicito sembra emergere dalla coincidenza, quanto a contenuto, dell'art. 1443 con l'art. 2039. Per la tesi che esclude la ripetizione dell'indebito in caso di invalidità e risoluzione, cfr. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, cit., 30. La discussione è parte del più ampio dibattito che concerne la traslatività dell'azione di indebito, opinione che presupporrebbe l'efficacia e validità dell'acquisto del diritto da parte dell'*accipiens*. Sul tema si rinvia a NAVARRETTA, *op. cit.*, 135 ss., oltre che, con opinioni esattamente opposte tra loro, a GIORGIANNI, voce *Causa del negozio giuridico* (diritto privato), in *Enc. dir.* vol. VI, Milano, 1960, 567. e MENGONI, *Gli acquisti « a non domino»*, Milano, 1984, 203 ss. Più interessanti sono i dubbi sollevati sul presupposto che l'art. 1458 c.c. in tema di risoluzione per inadempimento, cui rinvia l'art. 1467 c.c. concernente la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, regoli gli obblighi di restituzione in modo autonomo rispetto alla disciplina dell'indebito. Una possibile confusione e qualche elemento di equivocità del dato normativo potrebbe discendere dal legame storico tra il rimedio della risoluzione del contratto e le conseguenze del verificarsi di una condizione risolutiva. Quest'ultima, rispetto ai contratti (ad effetti reali e) ad effetti obbligatori determina un rovesciamento della posizione delle parti circa rapporti che devono essere considerati in tutto e per tutto contrattuali. La connessione tra l'art. 1458 e l'art. 1467 sembra poi essere dovuta soprattutto all'esigenza di rispettare nei contratti di durata le prestazioni già eseguite. Bisogna inoltre (tentare di) sgombrare il campo dall'ipotetico contrasto tra le norme che tutelano i terzi acquirenti secondo un certo regime legato alla così detta opponibilità o inopponibilità della patologia, e le norme che tutelano i terzi in caso di indebito. Le prime infatti risolvono il conflitto tra alienante mediato e terzo subacquirente, quelle in tema di indebito il conflitto tra alienante e acquirente diretto. Sul tema si rinvia ancora a NAVARRETTA, *op. cit.*, 138 ss. Se dunque un soggetto acquirente ha a sua volta alienato a terzi, data la natura personale dell'azione di indebito questa non si può rivolgere

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

bligatorie si ripropongono in termini analoghi a quelli già esposti, seppure la spiegazione sia parzialmente differente.

In particolare, qualora venga meno successivamente l'acquisto di un diritto reale, anche di un diritto reale limitato, la retroattività dovrà ritenersi esplicata a pieno e dunque escluso all'origine l'acquisto, così che si proporrà la questione della restituzione dei frutti in ragione o meno della buona fede[14], nonché della restituzione della cosa

al subacquirente, ma chi ha pagato l'indebito può surrogarsi nel diritto al corrispettivo con risultati diversi a seconda che il terzo abbia fatto salvo il suo acquisto (ipotesi in cui è verosimile ritenere che il corrispettivo sia o ancora dovuto o già pagato) o piuttosto non lo abbia fatto salvo (ipotesi in cui verosimilmente il corrispettivo potrebbe non essere dovuto, perché venuto meno alla stregua del mancato acquisto, così che non potrà aversi alcuna surrogazione), essendo per lui un soggetto differente dall'*accipiens*. Altrettanto, *mutatis mutandis* avviene se l'acquisto è gratuito: comunque chi ha pagato potrà rifarsi solo dell'arricchimento conseguito dal terzo, anche qui con esiti differenti se quest'ultimo abbia fatto salvo il suo acquisto (ipotesi in cui un arricchimento si può ipotizzare), o invece non lo abbia fatto salvo. Si conferma in tal modo la natura dell'azione di indebito, corrispondente ad un'obbligazione ulteriore di restituzione, di fonte legale e di natura personale, che nulla dice sulle modalità di circolazione dei diritti e comunque coordinandosi perfettamente con essi Altrettanto può concludersi esaminando le altre regole, in particolare quelle che in ragione della mala fede obbligano l'*accipiens* a restituire la cosa nella sua identità e ove non sia possibile a pagarne il valore. Per l'analisi dell'art. 2048 c.c., cfr. Bianca, *La responsabilità*. *Diritto civile*, cit., 802 s.

[14] Il riferimento alla buona o alla mala fede è discusso in caso di risoluzione del contratto. La questione si collega con il problema dell'ambito di applicazione dell'indebito, in specie di quella parte di discipline che richiama le condizioni psicologiche dell'*accipiens*. Per quanto si è detto, quest'ultima riguarda l'indebito di sola consegna (rispetto alla quale è cioè mancato o venuto meno l'effetto attributivo di un diritto reale). In tale ipotesi il concetto di buona fede applicabile è quello contenuto nell'art. 1147 c.c. e dunque sussiste buona fede tutte le volte in cui la consegna presupponga un'attribuzione traslativa che sia mancata (per nullità) o venuta meno (per annullamento rescissione o risoluzione del contratto, quale che sia la causa di essa), ed ancora quando preceda e anticipi detta attribuzione, come nel preliminare ad effetti anticipati (ove si ritenga, come pensiamo sia corretto, che si tratti della immissione volontaria da parte del *tradens* a favore dell'*accipiens* in un possesso in senso proprio). Sul problema sollevato dall'applicazione delle norme sull'indebito alla risoluzione, cfr. Bianca, *Responsabilità. Diritto civile*, cit., 290 nt. 111 nonché Belfiore, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti per Auletta*, II, Milano, 1988, 246 che esclude la possibilità di applicare al contraente inadempiente la qualifica della mala fede (e da ciò argomenta anche per contestare la possibilità di applicare le regole sull'indebito alla risoluzione). Cfr. altresì Luminoso, in Luminoso, Carnevali, Costanza, *Risoluzione per inadempimento*, in *Comm. Scialoja e Branca*, a cura di Galgano *(Art. 1453-1454)*, Bologna-Roma, 1990, 234 per il quale il risarcimento del danno opera […] da correttivo agli effetti (ripristinatori

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

secondo quanto stabilito dagli artt. 2037 e 2038. Nel caso dei contratti attributivi di un diritto personale di godimento, invece, sarà eventualmente la natura di "durata" del contratto a mantenere fermi i frutti conseguiti fino al momento del verificarsi della causa di risoluzione[15].

Per quanto concerne le tutele cc.dd. possessorie, è chiaro il trattamento riservato al detentore rispetto all'azione di reintegrazione e a quella di manutenzione, avendo il legislatore preso in considerazione, espressamente nella prima, entrambe le situazioni di fatto: tale dato, insieme all'approccio analitico utilizzato dalle norme dettate in questa sede per identificare i legittimati attivi e quelli passivi, escludono, a nostro avviso, una estensione della disciplina.

Il tenore letterale è completamente diverso nel caso delle azioni di nunciazione[16], ma altrettanto significativo. Nelle norme che le contemplano l'elencazione dei legittimati pone sullo stesso piano possessore e titolare di diritti reali, mentre non vi è alcuna menzione del detentore. Alla domanda se la mancata considerazione di quest'ultimo si spieghi con una dimenticanza e dunque se, secondo *ratio*, la tutela possa applicarsi anche al detentore, la risposta deve essere allora, a nostro avviso, negativa. A tale conclusione osta la differenza in ordine alla relazione diretta con il bene che manca nel caso dei diritti personali di godimento e non appartiene dunque alla detenzione, laddove è presente invece nel possesso come nei diritti reali, per l'appunto accomunati in questa occasione espressamente nel trattamento normativo.

Se, dunque, si dà l'importanza che merita al ruolo di mediazione che il concedente svolge nel rapporto del concessionario con la cosa, ruolo caratteristico dei diritti di "credito al godimento", si comprende

e restitutori) della risoluzione». Più di recente, critico rispetto all'applicazione delle norme sull'indebito alle obbligazioni restitutorie conseguenti alla risoluzione del contratto, Montanari, *Il danno da risoluzione*, Napoli, 2013, 96 ss. Sul tema dei danni da risoluzione Id., *op. cit.*, 113 ss., in materia di preliminare cfr. Dellacasa, *Inadempimento e risarcimento nel contratto preliminare "danno da risoluzione" alla prova*, in *La contrattazione preliminare - Dall'inquadramento teorico alle questioni nella pratica giudiziaria*, a cura di De Matteis, Torino, 2017, 207-246.

[15] Cfr. sul punto Bianca, *La responsabilità*, cit., 302. Altro limite concernente le restituzioni – in quanto prima di tutto costituisce un limite alla possibilità di risolvere il contratto – è rappresentato in caso di vendita dalla circostanza che la cosa sia perita per colpa o per caso fortuito della parte non inadempiente. «In tal caso deve essere chiesta la riduzione del prezzo». Così, Bianca, *op. ult. cit.*, 293.

[16] Cfr. Protettì, *Le azioni possessorie. La responsabilità e il procedimento in materia possessoria*, Milano, 2005, 741 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

come occorra una particolare previsione di legge per riconoscere la legittimazione del detentore rispetto a specifiche iniziative aventi ad oggetto il bene.

2. *Preliminare ad effetti anticipati e indebito. Le azioni a tutela del possesso*. – Le soluzioni in tema di indebito riportano alla questione di verificare se al contratto preliminare consegua l'attribuzione di un diritto reale cui la consegna acceda, o piuttosto se da esso derivi la nascita di una specifica obbligazione, ulteriore alla consegna, diretta a regolare il rapporto del promissario con la cosa.

Si è in altra occasione[17] sostenuto come sia plausibile affermare che la consegna non acceda (ordinariamente, e salva apposita pattuizione) né ad una attribuzione traslativa immediata (ma piuttosto ad una attribuzione rinviata e mediata dall'obbligazione di dare), né ad una obbligazione che istituisca un rapporto personale tra promittente venditore e promissario acquirente, avente ad oggetto solo mediatamente il bene (e in grado di estendere il possesso del primo attraverso la costituzione a favore del secondo di una detenzione)[18]. L'obbligazione di dare, infatti, non ha per contenuto diretto la relazione tra soggetto e bene, avendo invece ad oggetto un *contrahere* riferito – se si ritiene l'attività prevista in via finale un contratto o un negozio di puro trasferimento – definibile solo appellandosi al senso tecnico dell'espressione "dare" ed al significato che esso assume nella storia, così che da essa in quanto tale non è possibile desumere alcuna disciplina in ordine alla consegna, al godimento della cosa, alle spese da effettuare eventualmente per essa ecc.

Se si ammette che l'obbligazione di consegna sia giustificata funzionalmente dalla causa traslativa, ancorché non segua ma preceda il trasferimento, e che per tale via essa sia alla base del conseguimento del possesso da parte del promissario acquirente, pare corretto concludere, sulla base delle osservazioni appena svolte, che la questione delle restituzioni dovute da quest'ultimo in caso di nullità, annullamento, risoluzione ecc. del preliminare, vanno regolate dalla disci-

[17] Cfr. Ugas, *La consegna anticipata nel preliminare di vendita: spunti di riflessione sul possesso*, in *Contr. impr.*, 1, 2020, 121 ss., Ead, *Il preliminare con consegna anticipata: spunti di riflessione sul contratto*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 5, 2020.

[18] Salvo che sussista un'apposita pattuizione di segno diverso con la quale le parti costituiscano, prima del negozio di trasferimento, un rapporto interinale di locazione, di comodato o di natura ancora diversa.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

plina dell'indebito di "mera" consegna. In particolare, in caso di nullità del preliminare cui non abbia fatto seguito il negozio di trasferimento, ma la sola dazione materiale della cosa e del denaro, l'indebito sarà relativo alla sola consegna e /o al pagamento del "prezzo", nel senso sopra chiarito.

La prima non appare infatti correlata ad alcuna obbligazione ulteriore che sia stata eseguita e cui essa acceda, e va trattata alla stregua della consegna che accompagna il (mancato) trasferimento di un diritto reale (ciò che d'altra parte corrisponde a realtà). La disciplina adeguata e compiuta del fenomeno è dunque proprio quella possessoria, ricalcata non a caso dalla normativa in tema di indebito di consegna.

Quanto al (falso) problema di stabilire la buona o mala fede del promissario acquirente, è evidente che se l'attribuzione del possesso è consona all'assetto di interessi programmato, il soggetto in questione non può che essere in buona fede, salva la responsabilità o l'azione di arricchimento (in presenza dei relativi presupposti) per il depauperamento subito dal promittente venditore non coperto dalla tutela della *condictio*. Tra l'altro, è appena il caso di ricordare come la definizione che l'art. 1147 offre della buona fede possessoria si adatta perfettamente a descrivere l'ipotesi in esame posto che essa consiste, secondo la norma citata, nell'ignoranza di ledere l'altrui diritto (e non già nell'ignoranza dell'altruità del diritto stesso, e la scelta terminologica, nel discorso che si sta svolgendo, appare particolarmente significativa).

In caso di risoluzione del preliminare, prima dell'esecuzione della obbligazione di dare, sarebbe da richiamare ugualmente la disciplina dell'indebito di consegna riferita al caso in cui il passaggio materiale del bene si sarebbe dovuto accompagnare all'acquisto di un diritto reale che, nel caso, è mancato (o è venuto meno, qualora la risoluzione segua il trasferimento). Anche in ordine alla buona o mala fede dell'accipiente, vale quanto detto: la circostanza che la *traditio* sia contemplata entro l'assetto programmato, esclude la mala fede, senza peraltro precludere l'applicazione della disciplina dell'illecito o dell'azione di arricchimento, sussistendone i relativi presupposti[19].

[19] Sull'argomento cfr. Dellacasa, *Gli effetti della risoluzione*, cap. VIII, II, vol. V, *Rimedi*, tomo 2, a cura di V. Roppo, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, 380, che in ordine al problema della restituzione del valore di godimento in tema di preliminare ad effetti anticipati riporta l'opinione secondo la quale

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Per ciò che concerne le tutele possessorie, esse opereranno a pieno a favore del promissario acquirente. È un risultato importante, se si considera che l'avvio del procedimento diretto ad attribuire il diritto, da un lato, scema o esclude del tutto l'interesse del promittente alienante ad avvalersene, dall'altro, come dimostrano i casi giurisprudenziali, può rendere possibile che sia lo stesso alienante a compiere non solo atti di spoglio, ma anche semplici molestie, o ancora a realizzare costruzioni od opere pericolose o altrimenti mettere a repentaglio la cosa oggetto del possesso dall'acquirente.

il promissario acquirente «in seguito alla risoluzione […] è tenuto a corrispondere al promittente alienante il valore di godimento del bene, quantificato in relazione alla quotazione dello stesso sul mercato locatizio: si moltiplica il canone medio per il numero di mensilità durante le quali il promittente acquirente ha fruito dell'immobile». Aggiunge quindi che «Se la regola operativa è chiara ed univoca, sussiste qualche incertezza in ordine al suo fondamento normativo», in particolare qualche perplessità concerne l'idea che a fondamento della soluzione esposta vi sia il carattere risarcitorio della somma così calcolata. Lo Studioso propone che si spieghi la stessa conclusione in base alla disciplina sull'arricchimento senza causa. Per la giurisprudenza in tema di preliminare, sul punto v. Cass., 29. 1. 2003, n. 1307 in *Arch. civ*., 2003, 1256; Cass., 18. 1. 2002, n. 550, in *Mass. Giur. it.*, Cass., 17. 7. 1997, n. 6586, in *Giur. it.*, 1998, 1113; Cass., 12. 3. 1997, n. 2209, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Contratto in genere*, 522; Cass., 29. 11. 1996, n. 10632, in *Mass. Giur. it.*, 1996. Sotto il profilo della retroattività, v. Cass., 29 nov. 2001, n. 15185, che riconosce al promittente venditore il diritto al risarcimento del danno per lucro cessante connesso alla mancata disponibilità dell'immobile, e lo liquida in misura corrispondente al reddito che avrebbe potuto ricavare ove il bene fosse rimasto nella sua disponibilità (circostanza mancata a partire dalla data della consegna all'acquirente, fino alla data della restituzione dipendente dalla risoluzione). La sentenza esamina tra l'altro il problema del carattere retroattivo o meno dell'efficacia del fallimento sul contratto preliminare, concludendo che non producendo quest'ultimo l'effetto traslativo, deve affermarsi l'efficacia retroattiva dello "scioglimento" operato dal curatore. In ordine alla disciplina delle restituzioni conseguenti alla nullità del contratto di locazione per difetto di registrazione ex art. 346 della legge 311 del 2004, v. Cass. civ., 13 dic. 2016, n. 25503, secondo la quale opera a favore del conduttore un'obbligazione restitutoria per indebito oggettivo mentre il locatore a fronte di una prestazione di fare, per sua natura irripetibile, dovrebbe chiedere e provare il danno da lui patito, o l'ingiustificato arricchimento da parte del conduttore ex art. 2041 c.c. Il danno per omesso godimento dell'immobile non dovrebbe dunque essere liquidato, in difetto di prova, nella misura pari al canone annuo originariamente pattuito. La soluzione, differente da quella applicata in caso di preliminare di vendita ad effetti anticipati, è mossa chiaramente da un intento sanzionatorio verso il locatore, che non è presente nel caso in cui si regoli il rapporto (che si ritenga abbia natura personale) di godimento della cosa nascente da un preliminare ad effetti anticipati.

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Gli Autori

Daniele Amoroso, Professore associato di diritto internazionale nell'Università di Cagliari

Felice Ancora, Professore ordinario di diritto ammnistrativo nell'Università di Cagliari

Stefano Aru, Ricercatore di istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Cagliari

Aldo Berlinguer, Professore ordinario di diritto privato comparato nell'Università di Cagliari

Marco Betzu, Professore associato di diritto costituzionale nell'Università di Cagliari

Alessandra Camedda, Ricercatrice di diritto dell'economia nell'Università di Cagliari

Federico Cappai, Professore associato di diritto dell'economia nell'Università di Cagliari

Valeria Caredda, Professoressa ordinaria di diritto privato nell'Università di Cagliari

Stefania Cecchini, Ricercatrice di diritto costituzionale nell'Università di Cagliari

Alice Cherchi, Ricercatrice di diritto romano e diritti dell'antichità nell'Università di Cagliari

Roberto Cherchi, Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università di Cagliari

Corrado Chessa, Professore ordinario di diritto privato nell'Università di Cagliari

Pietro Ciarlo, Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università di Cagliari

Cristiano Cicero, Professore ordinario di diritto privato nell'Università di Cagliari

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

Giovanni Cocco, Professore ordinario di diritto penale nell'Università di Cagliari

Enzo Colarullo, Professore ordinario di istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Cagliari

Paoloefisio Corrias, Professore ordinario di diritto dell'economia nell'Università di Cagliari

Maria Francesca Cortesi, Professoressa associata di diritto processuale penale nell'Università di Cagliari

Andrea Deffenu, Professore ordinario di istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Cagliari

Carlo Dore, Ricercatore di diritto privato nell'Università di Cagliari

Gianmario Demuro, Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università di Cagliari

Rossella Fadda, Professoressa associata di diritto privato nell'Università di Cagliari

Riccardo Fercia, Professore ordinario di diritto romano e diritti dell'antichità nell'Università di Cagliari

Gianmarco Gometz, Professore associato di filosofia del diritto nell'Università di Cagliari

Olimpia Loddo, Assegnista di ricerca di filosofia del diritto nell'Università di Cagliari

Giuseppe Lorini, Professore associato di filosofia del diritto nell'Università di Cagliari

Giovanni Manca, Ricercatore di diritto penale nell'Università di Cagliari

Anna Maria Mancaleoni, Professoressa associata di diritto privato comparato nell'Università di Cagliari

Marcella Martis, Ricercatrice di diritto tributario nell'Università di Cagliari

Enrico Mastinu, Professore associato di diritto del lavoro nell'Università di Cagliari

Carlo Pilia, Professore associato di diritto privato nell'Università di Cagliari

Anna Pintore, Professoressa ordinaria di filosofia del diritto nell'Università di Cagliari

ISBN 978-88-495-4259-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

Alessandra Pisu, Professoressa associata di diritto privato nell'Università di Cagliari

Stefania Puddu, Professoressa associata di diritto amministrativo nell'Università di Cagliari

Marianna Rinaldo, Assegnista di ricerca di diritto privato nell'Università di Cagliari

Ilenia Ruggiu, Professoressa ordinaria di diritto costituzionale nell'Università di Cagliari

Maria Virginia Sanna, Professoressa ordinaria di diritto romano e diritti dell'antichità nell'Università di Cagliari

Anna Maria Siniscalchi, Professoressa associata di diritto privato nell'Università di Cagliari

Stefano Tatti, Ricercatore di diritto amministrativo nell'Università di Cagliari

Anna Paola Ugas, Professoressa associata di diritto privato nell'Università di Cagliari

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-4259-2

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAGLIARI

Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza

Serie I (Giuridica)

1. E. Bussi, *Il diritto del Sacro Romano Impero alla fine del XVIII secolo*, 1957, in 8°, pp. XI-217.
2. G. Ardau, *Teoria giuridica dello sciopero*, 1962, in 8°, pp. XVI-275.
3. R. Socini, *Gli accordi internazionali delle organizzazioni inter-governative*, 1962, in 8°, pp. XXXII-295.
4. A. Malinverni, *Principi di diritto penale tributario*, 1962, in 8°, pp. VII-278.
5. R. Socini, *La competenza pregiudiziale della Corte di giustizia delle Comunità europee*, 1967, in 8°, pp. XII-234.
6. D. Barillaro, *Considerazioni preliminari sulle confessioni religiose diverse dalla cattolica*, seconda edizione, 1968, in 8°, pp. 142.
7. *Congresso giuridico nazionale in memoria di Carlo Fadda* (Cagliari-Sassari 23-26 maggio 1955), 1968, in 8°, pp. 168.
8. A. Porcella, *La tutela dei legittimari*, 1969, in 8°, pp. VIII-212.
9. S. Lariccia, *Considerazioni sull'elemento personale dell'ordinamento giuridico canonico*, 1971, in 8°, pp. IV-136.
10. G. Contini, *La revisione costituzionale in Italia*, 1971, in 8°, pp. IV-344.
11. A. Masi, *Ricerche sulla «Res privata» del «Princeps»*, 1971, in 8°, pp. IV-136.
12. L. Vacca, *Ricerche in tema di «actio vi bonorum raptorum»*, 1971, in 8°, pp. IV-176.
13. G. D'amelio, *Indagini sulla transazione nella dottrina intermedia con un'appendice sulla scuola di Napoli*, 1972, in 8°, pp. IV-192.
14. A. Luminoso, *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento*, 1972, in 8°, pp. IV-388.
15. A. Pace, *Il potere d'inchiesta delle assemblee legislative* - Saggi, 1973, in 8°, pp. XII-240.
16. R. Corona, *Contributo alla teoria del condominio negli edifici*, 1974, in 8°, pp. IV-252.
17. S. Lariccia, *Diritto ecclesiastico italiano*, 1974, in 8°, pp. VIII-336.
18. G. Palermo, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, 1974, in 8°, pp. IV-160.
19. L. Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano, ristampa con appendice*, 1982, in 8°, pp. IV-192.
20. *Studi in memoria di Giuliana d'Amelio*, vol. primo, 1978, in 8°, pp. VIII-428.
21. *Studi in memoria di Giuliana d'Amelio*, vol. secondo, 1978, in 8°, pp. VIII-400.

22. F. Sitzia, *Studi sulla superficie in epoca giustinianea*, 1979, in 8°, pp. IV-120.
23. A. Luminoso, *Il mutuo dissenso*, 1980, in 8°, pp. IV-420.
24. O. Diliberto, *Ricerche sull'«auctoramentum» e sulla condizione degli «auctorati»*, 1981, in 8°, pp. IV-120.
25. I. Birocchi, *Per la storia della proprietà perfetta in Sardegna*, 1982, in 8°, pp. IV-552.
26. *Legge, giudici, giuristi. Atti del convegno tenuto a Cagliari nei giorni 18-21 maggio* 1981, 1982, in 8°, pp. IV-332.
27. G. Zuddas, *Il contratto di factoring*, 1983, in 8°, pp. XII-264.
28. I. Castangia, *Il criterio della cittadinanza nel diritto inernazionale privato*, 1983, in 8°, pp. XVI-244.
29. G. Filanti, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, 1983, in 8°, pp. XII-316.
30. F. Sitzia, *Le Rhopai*, 1984, in 8°, pp. VIII-208.
31. R. Corona, *Convivenza intollerabile e separazione dei coniugi*, 1984, in 8°, pp. XX-320.
32. O. Diliberto, *Studi sulle origini della 'cura furiosi'*, 1984, in 8°, pp. VIII-140.
33. M. Dogliani, *Indirizzo politico*, 1985, in 8°, pp. XII-232.
34. G. Pau, *Le droit interne dans l'ordre international*, 1985, in 8°, pp. VIII-74.
35. P. Masi, *Articolazioni dell'iniziativa economica e unità dell'imputazione giuridica*, 1985, in 8°, pp. XVI-504.
36. G. Rolla, *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, 1986, in 8°, pp. VIII-368.
37. G. Paganetto, *Poteri del parlamento e governo dell'economia*, 1987, in 8°, pp. VIII-120.
38. G. Cocco, *La bancarotta preferenziale*, 1987, in 8°, pp. XII-372.
39. I. Castangia, *Sovranità, contiguità territoriale e isole in una controversia internazionale del XVIII secolo*, 1988, in 8°, pp. XII-216.
40. V. Mannino, *Il calcolo della «quarta hereditatis» e la volontà del testatore*, 1989, in 8°, pp. XII-176.
41. A. Pintore, *La teoria analitica del concetti giuridici*, 1990, in 8°, pp. VIII-336.
42. M. Ronco, *Il controllo penale degli stupefacenti*, 1990, in 8°, pp. XII-396.
43. P. Floris, *Autonomia confessionale*, 1992, in 8°, pp. VIII-300.
44. G. Paganetto, *Il potere governativo di nomina*, 1994, in 8°, pp. VIII-148.
45. M.V. Giangrieco Pessi, *Ricerche sull'actio de pauperie. Dalle XII tavole ad Ulpiano*, 1995, in 8°, pp. X-343.
46. G. Demuro, *Le delegificazioni: modelli e casi*, 1995, in 8°, pp. X-226.
47. M. Deiana, *I liens nei contratti di utilizzazione della nave*, 1995, in 8°, pp. XII-304.

48. L. Murtas, *Efficacia probatoria e costitutività della polizza di carico*, 1996, in 8°, pp. X-150.
49. A. Pintore, *Il diritto senza verità*, 1996, in 8°, pp. X-270.
50. V. Caredda, *Le liberalità diverse dalla donazione*, 1996, in 8°, pp. X-302.
51. P. Floris, *L'ecclesiasticità degli enti. Standards normativi e modelli giurisprudenziali*, 1997, in 8°, pp. VIII-332.
52. G. Zilio Grandi, *Parti sociali e contratto collettivo nell'Unione europea*, 1998, in 8°, pp. X·210
53. L. Cavallini Cadeddu, *L'autonomia delle Università. Aspetti finanziari e contabili*, 1998, in 8°, pp. VIII-296.
54. E. Loffredo, *Economicità e impresa*, 1999, in 8°, pp. VIII·300.
55. M. Piras, *L'assistenza a terra nel trasporto aereo. Profili privatistici*, 1999, in 8°, pp. VIII-224.
56. E. Dovere, *De iure. Studi sul titolo I delle Epitomi di Ermogeniano*, 2001, in 8°, pp. X-170.
57. E. Colarullo, *Rappresentanza politica e gruppi delle assembblee elettive. Atti del Convegno tenutosi a Cagliari il* 25 *settembre* 1999, 2001, in 8°, pp. VIII-200.
58. C. Chessa, *La trattativa nella disciplina delle clausole abusive*, 2001, in 8°, pp. VIII-128.
59. R. Corona, *Proprietà e maggioranza nel condominio negli edifici*, 2001, in 8°, pp. XVI-560.
60. A.P. Ugas, *Il negozio giuridico come fonte di qualificazione e disciplina di fatti*, 2002, in 8°, pp. XII-304.
61. L. Cavallini Cadeddu (a cura di), *Controlli interni nelle pubbliche amministrazioni e decreto legislativo n.* 286 *del 1999. Atti del Convegno tenutosi a Cagliari il 6-7 ottobre 2000*, 2002, in 8°, pp. X-306.
62. R. Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e 'regime' della nossalità nelle azioni penali* in factum contra nautas, caupones et stabularios, 2002, in 8°, pp. XII-312.
63. G. Demuro, *Regole costituzionali non scritte tra diritto ed altre scienze*, 2003, in 8°, pp. VIII-128.
64. L. Cavallini Cadeddu (a cura di), *Linee di riforma dei bilanci pubblici. Atti del Convegno tenutosi a Cagliari il 7-*8 *giugno 2002*, 2003, in 8°, pp. XVIII-350.
65. F. Botta (a cura di), *Il diritto giustinianeo fra tradizione classica e innovazione. Atti del Convegno. Cagliari, 13-14 ottobre 2000*, 2003, in 8°, pp. VIII-336.
66. V. Caredda, *Autoresponsabilità e autonomia privata*, 2004, in 8°, pp. X-214.
67. A.M. Mancaleoni, *I contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto comune europeo*, 2005, in 8°, pp. VIII-312.
68. R. Pilia, *I diritti sociali*, 2005, in 8°, pp. XVIII-330.

69. R. Fercia, *Dovere di diligenza e «rischi funzionali»*, 2005, in 8°, pp. X-290.
70. S. Puddu, *Contributo ad uno studio sull'anormalità dell'atto amministrativo informatico*, 2006, in 8°, pp. XVI-312.
71. M. Perreca, *La congruità dello scambio contrattuale*, 2006, in 8°, pp. VIII-272.
72. I. Ruggiu, *Contro la Camera delle Regioni. Istituzioni e prassi della rappresentanza territoriale*, 2006, in 8°, pp. XII-452.
73. R. Cherchi, *Il governo di coalizione in ambiente maggioritario*, 2006, in 8°, pp. XII-484.
74. R. Fadda, *La riparazione e la sostituzione del bene difettoso nella vendita. Dal codice civile al codice di consumo*, 2007, in 8°, pp. X-318.
75. P. Cotza, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica (contributo metodologico)*, 2007, in 8°, 2 tomi, pp. XXVIII-800.
76. G. De Giudici, *Il governo ecclesiastico nella Sardegna sabauda (1720-1761)*, 2007, in 8°, pp. XIV-294.
77. M. Tola, *Opa e tutela delle minoranze*, 2008, in 8°, pp. XX-332.
78. S. Tatti, *La «nuova» partecipazione al procedimento amministrativo*, 2009, in 8°, pp. VIII-200.
79. C. Dore jr., *L'impossibilità della prestazione per fatto del creditore*, 2010, in 8°, pp. X-134.
80. L. Sitzia, *Pari dignità e discriminazione*, 2011, in 8°, pp. X-350.
81. L. Cavallini Cadeddu (a cura di), *Il coordinamento dinamico della finanza pubblica. Atti del Convegno di Cagliari, 15-16 ottobre 2010*, 2012, in 8°, pp. X-478.
82. R. Fadda, *La tutela preventiva dei diritti di credito*, 2012, in 8°, pp. X-318.
83. P. Cotza, *Dell'interesse pubblico e di altri "incidenti" nell'annullamento d'ufficio e nella convalida delle fattispecie precettive di diritto amministrativo*, 2012, in 8°, pp. XVI-728.
84. R. Fercia, *«Fiduciam contrahere» e «contractus fiduciae». Prospettive di diritto romano ed europeo*, 2012, in 8°, pp. XVI-384.
85. M.V. Sanna, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali nel diritto romano classico. Matrimonium iustum - matrimonium iniustum*, 2012, in 8°, pp. VIII-240.
86. A. Cherchi, *Ricerche sulle «usurae» convenzionali nel diritto classico*, 2012, in 8°, pp. XII-244.
87. S. Trevisanut, *Immigrazione irregolare via mare: diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, 2012, in 8°, pp. XXIV-360.

I volumi dal n. 1 al n. 4 sono stati pubblicati dalla Cedam di Padova; dal n. 5 al n. 26 dalla Giuffrè di Milano; dal n. 27 al n. 45 dalla Jovene di Napoli; dal n. 46 al n. 66 dalla Giappichelli di Torino; dal n. 67 dalla Jovene di Napoli.

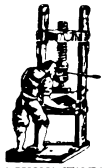
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAGLIARI
Pubblicazioni del Dipartimento di Giurisprudenza

Serie II

1. G. Coinu, *Per un diritto costituzionale all'istruzione adeguata*, 2012.
2. R. Cherchi, *Lo straniero e la Costituzione. Ingresso, soggiorno e allontanamento*, 2012.
3. P. Cotza, *Il "merito amministrativo". Contenuto, rilievo giuridico e correlata "giurisdizione"*, 2012.
4. G. Lorini e M. Masia (a cura di), *Antropologia della vendetta*, 2015.
5. C. Zuddas, *Strumenti e modelli per la tutela giuridica delle espressioni culturali tradizionali*, 2015.
6. S. Deplano, *Le obbligazioni negative*, 2014.
7. C. Cicero e V. Caredda, Rent to buy. *Atti del XXV incontro del Coordinamento nazionale dei dottorati di ricerca di diritto privato*, 2016.
8. D. Durisotto, *Istituzioni europee e libertà religiosa. Cedu e Ue tra processi di integrazione europea e rispetto delle specificità nazionali*, 2016.
9. C. Dore, *La delegazione di pagamento nel quadro dei negozi sull'esecuzione del rapporto obbligatorio*, 2017.
10. O.G. Loddo, *Ideologie e concetti in aziende. Un'analisi filosofica degli usi aziendali*, 2017.
11. A. Viana, *La pubblicità nella vendita immobiliare*, 2017.
12. L. Ancis, *Informazione e assistenza del passeggero nel trasporto aereo. Il mutamento dei connotati dell'obbligo di protezione*, 2017.
13. F. Botta e F. Cordopatri (a cura di), *Il processo e le sue alternative. Storia, teoria, prassi*, 2017.
14. P. Cotza, *L'«interesse legittimo» alla luce di un discorso teoretico-giuridico sul rapporto amministrativo ed il suo processo*, 2017.
15. O. Dessì, *Il controllo a distanza sui lavoratori. Il nuovo art. 4 Stat. lav.*, 2017.
16. A.P. Ugas, *Delle obbligazioni divisibili e indivisibili*, 2018.
17. M. Martis, *Contributo allo studio della discrezionalità nel diritto tributario*, 2018.
18. V. Corona, *Il rischio del nolo fra disciplina legale e* charterparties, 2019.
19. C. Cicero (a cura di), *I danni punitivi. Tavola rotonda*, 2019.
20. D. Carta, *L'istruttoria tributaria sui dati finanziari*, 2019.
21. M. Rinaldo, *La teorica dell'invalidità dell'atto iniquo. Regole di validità e di responsabilità nel diritto privato*, 2019.

I volumi dal n. 1 al n. 3 sono stati pubblicati dalla Jovene di Napoli; dal n. 4 dalla Esi di Napoli.

22. L. Filippi, M.F. Cortesi, A. Chelo (a cura di), *Il «processo delle cose». Atti della prima sessione del Convegno «Il «processo alle cose» e le «nuove» impugnazioni: un bilancio a 30 anni dal «nuovo» codice»*, 2019.
23. S. Corso (a cura di), *Start-up e PMI innovative: scelte statutarie e finanziamento. Atti del Convegno di Studi*, 2019.
24. M.V. Sanna, M. Masia (a cura di), *Donne: libertà, diritti e tutele*, 2019.
25. M. Betzu (a cura di), *Diritto all'acqua e servizio idrico integrato*, 2019.
26. G. De Giudici, Sanctitas legatorum. *Sul "fondamento" dell'indipendenza giurisdizionale in età moderna*, 2020.



LA BUONA STAMPA

Questo volume è stato impresso
nel mese di ottobre dell'anno 2020
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli
Stampato in Italia / Printed in Italy
red.nignat - ftc.desgiu

Per informazioni ed acquisti

Edizioni Scientifiche Italiane - via Chiatamone, 7 - 80121 Napoli
Tel. 0817645443 - Fax 0817646477
Internet: www.edizioniesi.it