PRINCIPI, REGOLE, INTERPRETAZIONE. CONTRATTI E OBBLIGAZIONI, FAMIGLIE E SUCCESSIONI

SCRITTI IN ONORE DI GIOVANNI FURGIUELE

TOMO I

a cura di
GIUSEPPE CONTE e SARA LANDINI

e con la collaborazione di
MARCO RIZZUTI e GIULIA TESI

UNIVERSITAS
STUDIORUM

Il volume è pubblicato con finanziamenti della Fondazione Italiana del Notariato
su fondi per la ricerca della Prof.ssa Sara Landini
e con il contributo del
Dipartimento di Scienze Giuridiche
Università degli Studi di Firenze

© 2017, Universitas Studiorum S.r.l. - Casa Editrice
via Sottoriva, 9
46100 Mantova (MN)
P. IVA 02346110204
tel. 0376 1810639
http://www.universitas-studiorum.it

Finito di stampare nel *** 2017

ISBN 978-88-99459-**-**

ξυνὸν δέ μοί ἐστιν, ὅππόθεν ἄρξωμαι·
τόθι γὰρ πάλιν ἵξομαι αὖθις.

Indifferente è per me il punto da cui
devo prendere le mosse; là, infatti,
nuovamente dovrò fare ritorno.

Parmenide

ELENCO AUTORI

Francesco Alcaro
Prof. ordinario Università di Firenze

Guido Alpa
Prof. ordinario Università di Roma "La Sapienza"

Carlo Angelici
Prof. emerito Università di Roma "La Sapienza"

Alessandra Bellelli
Prof. ordinario Università di Perugia

Antonio Bellizzi di San Lorenzo
Prof. aggregato Università di Firenze

Giovanni Bonilini
Prof. ordinario Università di Parma

Lucia Bozzi
Prof. ordinario Università di Foggia

Andrea Bucelli
Prof. associato Università di Firenze

Francesco D. Busnelli
Prof. emerito Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

Roberto Calvo
Prof. ordinario Università della Valle d'Aosta

Remo Caponi
Prof. ordinario Università di Firenze

Valeria Caredda
Prof. ordinario Università di Cagliari

Gian Franco Cartei
Prof. ordinario Università di Firenze

Angelo Chianale
Prof. ordinario Università di Torino

William Chiaromonte
Ricercatore Università di Firenze

Alessandro Ciatti Càimi
Prof. ordinario Università di Torino

Renato Clarizia
Prof. ordinario Università di Roma Tre

Giuseppe Conte
Prof. ordinario Università di Firenze

Carlotta Conti
Prof. ordinario Università di Firenze

Paoloefisio Corrias
Prof. ordinario Università di Cagliari

Cecilia Corsi
Prof. ordinario Università di Firenze

Vincenzo Cuffaro
Prof. ordinario Università di Roma Tre

Giovanni D'Amico
Prof. ordinario Università di Reggio Calabria

José Ramon De Verda
Prof. catedràtico Universidad de Valencia

Enrico Del Prato
Prof. ordinario Università di Roma "La Sapienza"

Fabrizio Di Marzio
Consigliere di Cassazione

Helena Díez García
Prof. titular Universidad de León

Filippo Donati
Prof. ordinario Università di Firenze

Rocco Favale
Prof. ordinario Università di Camerino

Paola Felicioni
Prof. associato Università di Firenze

Giuseppe Ferri *jr*
Prof. ordinario Università di Roma "Tor Vergata"

Vincenzo Franceschelli
Prof. ordinario Università di Milano-Bicocca

Rosario Franco
Notaio in Sesto San Giovanni

Lorenza Furgiuele
Ricercatore Università di Roma "Tor Vergata"

Andrea Fusaro
Prof. ordinario Università di Genova

Enrico Gabrielli
Prof. ordinario Università di Roma "Tor Vergata"

Paolo Gallo
Prof. ordinario Università di Torino

Antonio Gambaro
Prof. ordinario Università di Milano

Wladimiro Gasparri
Prof. associato Università di Firenze

Aurelio Gentili
Prof. ordinario Università di Roma Tre

Fulvio Gigliotti
Prof. ordinario Università di Catanzaro

Fausto Giunta
Prof. ordinario Università di Firenze

Patrizia Giunti
Prof. ordinario Università di Firenze

Giuseppe Guizzi
Prof. ordinario Università di Napoli Federico II

Giovanni Gulina
Ricercatore Università di Firenze

Pilar Gutiérrez Santiago
Prof. catedrática acreditada Universidad de León

Sara Landini
Prof. associato Università di Firenze

Nicolò Lipari
Prof. emerito Università di Roma "La Sapienza"

Ettore M. Lombardi
Ricercatore Università di Firenze

Olivia Lopes Pegna
Prof. associato Università di Firenze

Angel M. López y López
Prof. emérito Universidad de Sevilla

Paola Lucarelli
Prof. ordinario Università di Firenze

Angelo Luminoso
Prof. emerito Università di Cagliari

Ugo Mattei
Prof. ordinario Università di Torino

Salvatore Monticelli
Prof. ordinario Università di Foggia

Giuseppe Morbidelli
Prof. ordinario Università di Roma "La Sapienza"

Anna Carla Nazzaro
Prof. ordinario Università di Firenze

Luca Nivarra
Prof. ordinario Università di Palermo

Marta Ordás Alonso
Prof. titular Universidad de León

Stefano Pagliantini
Prof. ordinario Università di Siena

Ilaria Pagni
Prof. ordinario Università di Firenze

Francesco C. Palazzo
Prof. ordinario Università di Firenze

Massimo Palazzo
Notaio in Pontassieve

Gianfranco Palermo
Prof. emerito Università di Roma "La Sapienza"

Michele Papa
Prof. ordinario Università di Firenze

Massimo Paradiso
Prof. ordinario Università di Catania

Baldassarre Pastore
Prof. ordinario Università di Ferrara

Salvatore Patti
Prof. ordinario Università di Roma "La Sapienza"

Mauro Pennasilico
Prof. ordinario Università di Bari "Aldo Moro"

Giovanni Perlingieri
Prof. ordinario Università della Campania

Pietro Perlingieri
Prof. emerito Università del Sannio

Marta Picchi
Prof. associato Università di Firenze

Mauro Ponzanelli
Prof. ordinario Università Cattolica del Sacro Cuore

Antonino Procida Mirabelli di Lauro
Prof. ordinario Università di Napoli Federico II

Andrea Proto Pisani
Prof. emerito Università di Firenze

Vincenzo Putortì
Prof. associato Università di Firenze

Enrico Quadri
Prof. ordinario Università di Napoli Federico II

Mariangela Ravizza
Ricercatore Università di Firenze

Lucia Re
Prof. associato Università di Firenze

Marco Rizzuti
Assegnista di Ricerca Università di Firenze

Ramon Romano
Dottore di Ricerca Università di Firenze

Orlando Roselli
Prof. ordinario Università di Firenze

Filippo Ruschi
Prof. associato Università di Firenze

Ugo Salanitro
Prof. ordinario Università di Catania

Gabriele Salvi
Assegnista di Ricerca Università di Siena

Vincenzo Scalisi
Prof. emerito Università di Messina

Claudio Scognamiglio
Prof. ordinario Università di Roma "Tor Vergata"

Michele Sesta
Prof. ordinario Università di Bologna

Caterina Silvestri
Ricercatore Università di Firenze

Pietro Sirena
Prof. ordinario Università Bocconi di Milano

Alessandro Somma
Prof. ordinario Università di Ferrara

Mario Stella Richter *jr*
Prof. ordinario Università di Roma "Tor Vergata"

Irene Stolzi
Prof. associato Università di Firenze

Francesca Tamburi
Ricercatore Università di Firenze

Keiko Tanimoto
Prof. ordinario Ritsumeikan University of Kyoto

Giovanni Tarli Barbieri
Prof. ordinario Università di Firenze

Giulia Tesi
Dottore di Ricerca Università di Firenze

Paolo Tonini
Prof. emerito Università di Firenze

Maria Luisa Vallauri
Prof. associato Università di Firenze

Antonio Vallini
Prof. associato Università di Firenze

Giuseppe Vettori
Prof. ordinario Università di Firenze

Simona Viciani
Ricercatore Università di Firenze

Alessio Zaccaria
Prof. ordinario Università di Verona

Giuseppe Zaccaria
Prof. ordinario Università di Padova

PRINCIPI, REGOLE, INTERPRETAZIONE

IL BENE GIURIDICO ALIMENTARE*

Antonio Bellizzi di San Lorenzo
Prof. aggregato Università di Firenze

Sommario: 1. L'alimento nella gerarchia dei bisogni umani: la bio-assiologia. – 2. Caratteristiche strutturali e funzionali del bene alimento: esclusività, divisibilità, consumabilità, deteriorabilità, futuribilità. – 3. L'alimento come bene patrimoniale a funzione non patrimoniale: il "potere alimentare". – 4. L'alimento sotto il profilo antropologico, religioso, simbolico-identitario e la rilevanza giuridica della sua irriducibilità materiale. – 5. Specificità di rilevanza del valore d'uso alimentare per la persona fisica e possibili frizioni col valore di scambio; illeciti e tutele: cenni; informazione e pubblicità. – 6. Bene alimentare e bene medicinale: cenni sul problema dell'alimentazione artificiale.

1. L'alimento nella gerarchia dei bisogni umani: la bio-assiologia.

Il tema[1] dell'enucleazione del bene giuridico[2] alimentare è posto dalla considerazione dell'oggettivo bisogno umano di alimentarsi, ossia di sostenere la propria esistenza fisica attraverso la periodica assimilazione di cose potabili/ commestibili, quali porzioni del mondo esterno, allo stato liquido e solido esistenti come tali in natura, nel mondo minerale, vegetale e animale ovvero quale risultato della prodromica manipolazione umana, più o meno complessa.

È indispensabile premettere che biologicamente l'essere umano, come gli altri animali, attinge il proprio nutrimento non solo direttamente dalla materia inorganica come l'acqua ma altresì dai vegetali e/o dagli altri animali: dunque l'uomo appartiene al novero degli esseri viventi eterotrofi, i quali sintetizzano il nutrimento indirettamente dalla materia organica e non direttamente esclusivamente dalla materia inorganica, come gli esseri viventi autotrofi, quali i vegetali[3].

*. Il presente studio costituisce lo sviluppo di un intervento tenuto al Convegno *Environment, energy, food -comparative models for sustainable development-* Cesifin*, Roma-Firenze 5-6 ottobre 2015*.

1. Sulla nozione di "scelta del tema", v. P. Calamandrei, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc.,* 1939, I, p. 110: cfr. G. Pascuzzi, *La creatività del giurista-tecniche e strategie dell'innovazione giuridica,* Bologna, 2013, p.72.

2. Sul concetto di "bene giuridico" v., *ex multis,* S. Pugliatti, *Beni (Teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 164 e ss; O. T. Scozzafava, *Dei beni,* in *Comm. c.c.* Schlesinger, artt. 810-821, Milano, 1999; M. Costantino-R. Pardolesi-D. Bellantuono, *I beni in generale,* in *Tratt. dir. priv.,* Rescigno,VII, 1, II ed.,Torino, 2005, p.5 e ss; A. Gambaro, *I beni,* in *Tratt. dir. civ. e comm.*, Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger, Milano, 2012; F. Alcaro, *Diritto privato,* II ed., Padova, 2017, p.103 e ss. Per la definizione giuridica di "alimento" comprensivo dell'acqua e di «qualsiasi sostanza o prodotto trasformato, parzialmente trasformato o non trasformato destinato ad essere ingerito, o di cui si prevede ragionevolmente che possa essere ingerito da essere umani», v. art. 2 del Reg. CE 178 del 28 gennaio 2002.

3. V., *ex multis,* A. Giuliani, *La produzione di energia,* in *Basi chimiche molecolari e biologiche della medicina,* Torino, 1997, p. 272 e ss. Per il fenomeno d'eccezione delle piante carnivore o insettivore, v. *Wikipedia.*

Ne consegue che, nella gerarchia dei bisogni umani, il bisogno di alimentarsi comprensivo dell'acqua è secondo soltanto a quello primario di respirare, cioè di assumere direttamente la sostanza aereiforme contenente in natura l'ossigeno[4]. Infatti il bisogno di respirare[5] si differenzia da quello di alimentarsi per la necessaria **continuatività** della sua soddisfazione rispetto alla **periodicità indifferibile** senza limite della soddisfazione del bisogno alimentare. Ma, nell'ambito del bisogno alimentare, è nello stato liquido che si reperisce l'oggetto di soddisfazione fondamentale, giacché l'assunzione dell'acqua assume valore primario rispetto ad ogni altro alimento in termini di periodicità indifferibile . Tali bisogni umani essenziali, complementari e non alternativi, sono dunque segnati da una precisa **gerarchia satisfattiva**, imprenscidibile per una lettura giuridica del fenomeno[6]. Ed infatti, come dai rudimenti della scienza economica[7] si attinge che nella gerarchia dei beni idonei a soddisfare i bisogni umani il primo è l'aria e il secondo è l'acqua , così giuridicamente s'impone la costatazione di una **bio-assiologia**[8] ossia di una gerarchia di valori di sussistenza della persona[9] scanditi dalla sequenza aria-acqua-altra alimentazione, le cui differenze strutturali e funzionali devono essere indagate al fine di coglierne la peculiare natura normativa, nello «svolgimento dell'azione giuridica cioè costitutiva o conservativa d'ordinamento»[10].

2. Caratteristiche strutturali e funzionali del bene alimento: esclusività, divisibilità, consumabilità, deteriorabilità, futuribilità.

Mentre la prima differenza di carattere cronologico tra la periodicità di soddisfazione del bisogno idrico-alimentare e la continuatività di quello respiratorio rivela un carattere

4. «tutti gli organismi animali sono eterotrofi e degradano i componenti organici fino a CO^2 e H_2O attraverso processi ossidativi che possono avvenire in presenza di ossigeno(organismi aerobi) o in assenza (organismi anaerobi). L'uomo è un organismo aerobio; i processi ossidativi che si svolgono al suo interno sono, in ultima analisi ossigeno-dipendenti. Il complesso dei fenomeni che portano un organismo aerobio alla produzione di anidride carbonica e acqua, con consumo di ossigeno, viene detto respirazione», v. A. Giuliani, *o.u..c.*.

5. V.J.W. Hole jr (D. Shier - J. Butler - R. Lewis), *Human anatomy e physiology*, 14°ed., Columbus (Ohio), 2015, p. 19 Respiratory system.

6. Infatti «il diritto privato è per essenza sua propria normativa di singoli atti o comportamenti ossia di singoli accadimenti puntuali»: A. Di Majo, Giaquinto, *L'esecuzione del contratto,* Milano, 1967, p. 35. Sul problema della lettura giuridica della realtà, fisica e spirituale v. A. Rabagny, *L'image juridique du monde,* Paris, 2003, segnatamente p. 97 e ss. Rileva la «enorme virulenza di certi fatti, che hanno la vigoria di condizionare il diritto e di plasmarlo», P. Grossi, in *Ritorno al diritto,* Roma -Bari, 2015, p. 10, nota 18.

7. V. G.S.J. Evons - L. Cossa, *Economia politica* VIII ed. agg. da V. Tosi, Milano, 1924, p. 15 e 23.

8. Il termine è ispirato dalla lettura di R. Esposito, ßιος-*biopolitica e filosofia,* Torino, 2004. Per una critica filosofica contemporanea alla impossibilità di fondare valutazioni etiche oggettive v, H. Putnam, *Ethics without Ontology,* Harvard, 2004, trad.it., *Etica senza ontologia,* Milano, 2005, p. 110. Da un punto di vista giuridico, v. G. Vettori, *Il contratto europeo fra regole e principi*, Torino, 2015, p. 168.

9. Sullo sconfinato tema, v. *ex multis,* G. Oppo, *Declino del soggetto e ascesa della persona,* in *Riv. dir. civ.,* 2002, p. 829 e ss.

10. V. Salv. Romano, *Ordinamento sistematico del diritto privato,* I, Napoli, s.d.ma 1964 ,16. Cfr. F. Romano in Aa.Vv., *Salvatore Romano giurista degli ordinamenti e delle azioni, Firenze, 15 ottobre 2004,* Milano, 2007, p. 83.

funzionale alla fisiologia dell'essere vivente, emerge invece la strutturalità di un'altra differenza discendente dalle caratteristiche fisiche degli oggetti idonei a soddisfare i suddetti bisogni: infatti i beni alimentari, a cominciare dall'acqua, presentano la caratteristica del **bene esclusivo,** ossia suscettibile di appropriazione individuale per trarne le utilità, laddove il bene aria presenta tendenzialmente ed ordinariamente la caratteristica di **bene inclusivo** o quantomeno non esclusivo[11]. Così la fruizione di un dato bene alimentare da parte di un individuo esclude gli altri individui dalla soddisfazione dello stesso bisogno omologo e competitivo poiché, per quanto il bene possa essere **divisibile** in più parti, vi è un limite oltre il quale l'entità risultante dalla divisione non è in grado di soddisfare nessun destinatario della stessa operazione; invece la fruizione del bene unitario aria, intrinsecamente *res communis* e come tale non divisibile[12], non solo non esclude ma anzi implica la fruizione comune, sia sotto il profilo quantitativo che qualitativo, tra individui umani e con tutte le altre specie viventi e varietà vegetali: l'aria infatti ha una sua materialità aereiforme appunto e quindi una natura incorporea non quale fisica intangibilità - giacché anch'essa sottoposta a forza (es. vento) è senso-percettivamente tangibile - ma come giuridica non individuabilità nel *corpus* di una propria forma determinata di bene se non coartata in un altro bene mobile o immobile (bombole ad ossigeno-contenitore di aria compressa etc.): in tal senso è materiale ma in sé incorporale[13], come pure l'acqua, la quale però è suscettibile d'individuazione spaziale[14], laddove l'aria è omnicomprensiva,

11. Per la distinzione tra "beni esclusivi", come il cibo appunto, beni "non esclusivi" e "beni inclusivi", v. L. Lombardi-Vallauri, *Corso di filosofia del diritto,* Padova, 1981, p. 458; v. A. Gambaro, *a.c.,* p. 68 per il «ripudio di quegli insegnamenti per cui le *res communes omnium* non sarebbero catalogabili tra i beni. Questa esclusione è del resto logicamente errata perché inserisce nella definizione del concetto di bene un medio logico non previsto da alcuna fonte, ossia che si deve trattare di beni-cose appropriabili individualmente».

12. Infatti, la possibilità che la quantità d'aria o sue componenti siano comprimibili in contenitori ovvero chimicamente commutabili in aria liquida non implica divisione del bene unitario e collettivo aria, non essendovi *deminutio* dell'entità di provenienza. Cfr., S. Pugliatti, *Cosa (Teoria gen.)*, in *Enc. dir.* XI, Milano, 1962, p. 36. Per la proiezione del concetto di "bene comune" fuori della "logica dell'avere", v. U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto,* Roma -Bari, 2011.

13. Tradizionalmente invece la dottrina post-romanistica sovrappone il concetto di corporeità a quello di materialità: v. B. Biondi, *I beni,* in *Tratt. dir. civ. it.,* Vassalli, 1953, p. 21, essendovi stati invece notevoli sviluppi in tema di beni immateriali: v., *ex multis,* D. Messinetti, *Oggettività giuridica delle cose incorporali,* Milano 1970; F. Alcaro, *Riflessioni "vecchie" e "nuove" in tema di beni immateriali. Il diritto d'autore nell'era digitale, Rass. dir. civ,* 2006, p. 899 e ss. Sulla svolta determinata da F. Carnelutti per i beni materiali in *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici,* in *Riv. dir. comm.,*1913, I, p. 354 e ss, v. considerazioni di M. Costantino – R .Pardolesi - D. Bellantuono, *a.c.,* p. 54 e ss. Peraltro la distinzione romanistica delle *res* in «1.*corporales (…) quae sui natura tangi possunt*» e «2.*incorporales autem (…) quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iura consistunt*» (*Iustiniani Inst.,*II,2) costituisce una trasposizione di categorie filosofiche greche che però riduce agli *iura* , le cose immateriali, ossia attinte per astrazione intellettuale: chiarissimo, in tal senso, M. Villey, in *Le droit romain*, X ed., Paris, 2002, p. 72: «*Les philosophes de l'école d'Aristote enseignent qu'il existe deux catégories de choses: celles que les sens perçoivent corporellement,celles que l'esprit perçoit par l'abstraction*».

14. L'acqua si rivela suscettibile di un *nomos* risolutivo di un conflitto appropriativo per un bene scarso, cioè di "un atto costitutivo dell'ordinamento dello spazio" nel senso di C. Schmitt, *Der nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Pubblicum Europaeum,* Berlin, 1974, trad.it *Il Nomos della terra*, V ed., Milano, 2011, p. 60. Sul concetto di

ubiqua[15], immediatamente attingibile per la respirazione dalla universalità dei viventi e come tale tutelata dagli ordinamenti avverso le immissioni[16]ed emissioni[17]. Quindi l'acqua, come il cibo e le loro fonti di approvvigionamento, danno luogo giuridicamente ad una conflittualità d'interessi di tipo appropriativo (oltre che conservativo), laddove l'aria dà luogo ad una conflittualità di tipo conservativo.

A ciò va aggiunto che il bene alimentare si presenta come il **bene consumabile** per eccellenza, giacché, per definizione, il suo stesso uso -possibile una sola volta- consiste nell'essere consumato per esser trasformato nell'energia necessaria all'organismo (*res quae ipso usu consumuntur)* non essendo così un mero **bene deteriorabile**[18], destinato cioè ad usurarsi attraverso il suo uso reiterato o non uso protratto nel tempo: sotto quest'ultimo profilo, l'alimento è anche un bene deteriorabile perché la possibilità stessa del suo uso -proprio in termini di consumo- esaurisce la sua funzione satisfattoria in tempi differenziati a seconda della categorie merceologiche e quindi con tempi di possibilità di conservazione limitati e condizionati dalla tecnologia del momento storico.

Inoltre il bene alimentare, tanto nella sua consistenza originaria naturale di frutto del raccolto e dell'allevamento (art. 820 c.c.), quanto nella forma assimilata *ab antiquo* della pesca e della caccia[19], costituisce il prototipo di **bene futuro,**[20]come tale suscettibile di disposizione a prescindere dalla sua esistenza attuale al momento del negozio traslativo. Ma con una precisazione: che, in ragione della riproducibilità seriale caratterizzante i processi produttivi contemporanei, emancipati dai ritmi della natura e trascendenti la singola contrattazione, il *genus* tendenzialmente assorbe la *res futura*, con

"individuazione" come «operazione per mezzo della quale si determina un bene giuridico in quanto tale vale a dire un'entità giuridica oggettiva unitaria e autonoma» da distinguersi dalla "identificazione" che «riguarda esclusivamente la cosa», v., S. Pugliatti, *o.u.c.,* p. 62.

15. Ovviamente l'aria come tale (ai fini respiratori *etc.*) non deve essere confusa con lo" spazio aereo" inteso in senso giusprivatistico come "colonna d'aria" soprastante un dato fondo (v. S. Pugliatti, *o.u.c.* p. 35) e, inteso in senso internazionalistico, come spazio aereo in senso tecnico (ai fini del suo attraversamento *etc.*) su cui, v., *ex multis* P. de La Pradelle, *Les frontiéres de l'air , RC,*1954, II, p. 132 e ss., G. Zhukov, Y. Kolosov, *International space law,* New York, 1984; F. von der Dunk - F. Tronchetti, *Handbook of space law,* Northampton, (Massachusetts), 2015. Sui problemi appropriativi dell'etere v, O. T. Scozzafava, o.c., p. 89 e ss.

16. Senza pretesa di esaustività sul tema delle immissioni - che affonda le sue radici nel diritto romano come dimostra il caso dei fumi provenienti dalla *taberna casearia* (v. V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano,* XIV ed., Napoli, 1987, p. 180); v., per il travalicamento di tale istituto dalla tutela del diritto di proprietà a quella del diritto alla salute, *ex multis,* E. Pellecchia, *Brevi note in tema di disciplina delle immissioni , tutela della salute e azione inibitoria,* in *Giust. civ.,* 1995, I, p. 1633 e ss.; Cass. Sez. Un., 27 febbraio 2013 n. 4848, *www.neldiritto.it.*

17. La letteratura sull'argomento dell'inquinamento atmosferico, sotto il profilo di tutela giuspubblicistica nonché internazionale è vastissima: v., per una ricognizione, B. Caravita, *Diritto dell'ambiente,* Bologna, 2005, p. 125 e ss.; D. Pappano, *Inquinamento atmosferico e clima,* in *Diritto dell'ambiente,* a cura di G. Rossi, Torino, 2011, p. 340 e ss.

18. Per le note distinzioni, v. per tutti B. Biondi, o.c., p. 50 e ss.

19. V. Pomponio, (IX *ad Sabinum*), *D.*,XVIII,I,8,1, con riferimento ai concetti rispettivamente, di *fructus et partus futuri* nonché di *captum piscium vel avium vel missilium*

20. V. P. Perlingieri, *I negozi su beni futuri,* I, *La compravendita di "cosa futura",* Napoli, 1962.

prevalenza della qualifica, in termini di vendita di cosa generica (art. 1472 c.c.), su quella di cosa futura (art. 1378 c.c.).[21]

3. L'alimento come bene patrimoniale a funzione non patrimoniale: il "potere alimentare".

Dalle precedenti osservazioni discende che il bene idrico-alimentare semplice o complesso è un bene esclusivo, limitatamente divisibile nella sua funzionalità nutritiva, consumabile, deteriorabile, destinato a soddisfare un bisogno umano periodico e non differibile senza limiti nel tempo. Ne consegue l'imprenscindibilità del consumo di beni idrico-alimentari per la sussistenza della persona che, come non può scegliere se respirare o meno, così non può scegliere se consumare o meno acqua né può esser libera dal bisogno di nutrirsi con beni diversi dall'acqua, pur potendo scegliere quali, entro certi limiti socio-economici-culturali. Il che val quanto dire che manca, in capo al consumatore dell'alimento, il "dominio finalistico"[22]dell'atto di consumo dell'alimento stesso come tale: in tal senso i beni alimentari -con la primazia dell'acqua- **sono beni di natura patrimoniale ma a funzione non patrimoniale**, in quanto destinati a soddisfare esigenze primarie della persona[23].

A tal punto, devesi pertanto osservare che la situazione di dipendenza primaria universale da tale consumo costituisce il cibo quale bene non opzionale ma coessenziale alla condizione umana assegnando una rilevanza di vero e proprio "potere alimentare"[24], dal tratto virtualmente politico e non meramente economico[25], ai soggetti produttori, nel momento in cui le società contemporanee si caratterizzano sempre più per l'allontanamento del consumatore finale di cibo dai luoghi fisici di produzione concreta di tale bene

21. V. G. Furgiuele, *Vendita di "cosa futura" e aspetti di teoria del contratto,* Milano, 1974, p. 89 e ss.

22. V., in generale, M. Gallo, *La teoria finalistica dell'azione nella più recente dottrina tedesca,* Milano, 1967.

23. V., A. Proto Pisani, *Appunti sulla giustizia civile,* Bari, 1982, p.381-382. «Un'immediata ed imprescindibile esigenza di alimentarsi» è stata ritenuta "stato di necessità" scriminante del reato di furto di cibo ex art.54 c.p. da Cass. pen., sez. V, 7 gennaio 2016, n. 18248, *www.giurisprudenzapenale.com.* Successivamente però lo stesso Supremo Collegio ha ritenuto difettare, in un caso del genere, l'«attualità ed inevitabilità» del pericolo di danno grave alla persona non scongiurabile altrimenti che con atto penalmente illecito , potendo l' agente sopperire all'esigenza alimentare rivolgendosi ad enti di assistenza sociale quali la *Caritas*: Cass. pen., Sez. IV, 13 febbraio 2017, n. 6635, *www.neldiritto.it.*

24. Si tratta veramente di un profilo di "microfisica del potere" nel senso di M. Foucault, *Microphysique du pouvoir,* Paris, 1971-1976, trad.it, *Microfisica del potere. Interventi politici,* Torino, 1977. Nel senso che «il potere […] è soltanto una funzione del generale processo produttivo, esattamente determinata nel suo oggetto», v. D. Fisichella, *Il potere nella società industriale*, Roma-Bari, 1995, p. 95. Nel senso che «Proprio là dove non viene tematizzato, il potere è indiscusso; più grande è il potere, più silenziosamente agisce», v. B. C. Han, *Psicopolitica*, Roma, 2016, p. 23.

25. «l'accesso al cibo si conferma così come parte integrante della cittadinanza, sì che il diritto al cibo deve essere anche considerato come criterio per comprendere la condizione di una società e il modo in cui vengono distribuite e rispettate le responsabilità politiche, economiche e sociali», v. S. Rodotà, *Il diritto ad avere diritti,* Roma-Bari, 2015, p. 130.

primario[26]: trattasi cioè del crescente fenomeno dell'urbanesimo post-industriale, in cui la maggior parte della popolazione mondiale ormai vive nelle città/metropoli[27]mentre la restante parte è insidiata dalla deforestazione e dalla carenza del bene acqua [28].

Peraltro proprio sotto il profilo della riflessione sul "potere alimentare", significativa si rivela l'invenzione, in ambito bancario, del termine «agflazione»[29], per indicare il fenomeno specifico dell'aumento dei prezzi dei beni alimentari, dovuto ad un complesso di fattori, quali l'uso di risorse alimentari per produrre biocarburanti, calamità naturali, riduzione di terre coltivabili, etc.

4. L'alimento sotto il profilo antropologico, religioso, simbolico-identitario e la rilevanza giuridica della sua irriducibilità materiale.

A significare, da un punto di vista antropologico, che il bene alimentare si pone come centrale nella cultura in senso pregnante[30], che va dal *colere* dell'agricoltura al *cultus* delle religioni, non ci si può esimere dall'osservare, in primo luogo, che il superamento dell'antropofagia nei processi di civilizzazione umana[31] ha concorso alla definizione dello stesso concetto di persona umana come entità giuridica ontologicamente differenziata dagli altri animali. Inoltre l'ambito della possibilità di scelta individuale di introdurre nel proprio corpo il cibo, quale alimento, si interseca non solo con la commestibilità fisiologica ma anche con la dimensione religiosa ed etica, per cui è proprio di talune religioni il divieto di consumare taluni cibi o bevande di origine animale o vegetale (carne suina *etc.* per Ebrei e Musulmani ed alcolici per quest'ultimi, carne bovina per gli Indù *etc.*)[32] mentre è proprio di altre religioni l'onere di mangiare determinati cibi per attingere la salvezza ultraterrena (Ostia consacrata

26. Per un'attualizzazione del pensiero di Karl Polanyi, v., Z. Bauman, *Liquid modernity*, Oxford, 2000, trad.it *Modernità liquida,* XVI ed., Roma-Bari, 2010, p. 162 e ss.: «il punto di partenza della "grande trasformazione "che partorì il nuovo ordine industriale fu la separazione dei lavoratori dai loro mezzi di sussistenza».

27. «Today, 54 per cent of the worldɔs population lives in urban areas, a proportion that is expected to increas to 66 per cent by 2050», in *www.U.N.org, World's population increasingly urban with more than living in urban areas,* New York, 10 july 2014.

28. Sullo stesso sito delle Nazioni Unite, si veda la scheda sul notorio problema mondiale di crescente *Water scarcity*. V. G. Carapezza Figlia, *Oggettivazione e godimento delle risorse idriche,* Napoli, 2008; C.A. Mauceri (a cura di), *Guerra all'acqua, la riduzione delle risorse idriche per mano dell'uomo*, Torino, 2016.

29. V. S. Cassese, *I Tribunali di Babele,* Roma, 2009, p. 19.

30. V., *ex multis*, F. Cecla, *Babel food-contro il cibo Kultura,* Bologna, 2016

31. A proposito del cannibalismo nel Paleolitico inferiore, v. A. Rust, *L'uomo primitivo,* in G. Mann, A. Meuss, *Propylaen-Weltgeshichte,* Frankfurt-Berlin, 1961, trad. it *I Propilei,* Milano, 1967, I, p. 199 e 220.

32. Per quanto riguarda i divieti alimentari dell'Ebraismo, v. P. Stefani, *Gli Ebrei,* Bologna, 1997, p. 41 (v. *Levitico XI, 7*); per l'Islam, v., Sure II, 173; V, 3; VI, p. 145 del *Corano*; per quanto riguarda l'Induismo, il divieto tradizionale di macellare (e quindi mangiare) bovini e altri animali da latte o da tiro è recepito dalla stessa Costituzione federale indiana del 15 agosto 1947, che, all'art. 48, stabilisce: «The State (...) shall, in particular, take steps for preserving and improving the breeds, and prohibiting the slaughter, of cows and calves and other milch and draught cattle».

nel sacramento eucaristico per i Cattolici, mero simbolo per i Protestanti *etc.*)[33]. D'altra parte, pur nell'orbita delle società complesse post-secolarizzate[34], sempre più si diffondono fenomeni etico-identitari di rifiuto di cibi di derivazione animale in modo meno (vegetariani) o più radicale (vegani)[35]: trattasi di usi alimentari spesso inconsapevolmente neo-religiosi o quanto meno rituali ove non supportati da evidenze scientifiche[36].

Ecco che tanto il diritto alla libertà religiosa quanto il diritto all'identità della persona[37] pongono problematiche organizzative di rispetto di tali fruitori (ospedali, mense scolastiche, militari *etc.*). Il che val quanto dire che il cibo reperisce non solo nella fisiologica commestibilità ma altresì nell'universo simbolico differenziato di religioni e credenze collettive o individuali, i termini di una rilevanza giuridica ai vari effetti dell'ordinamento[38].

5. Specificità di rilevanza del valore d'uso alimentare per la persona fisica e possibili frizioni col valore di scambio; illeciti e tutele: cenni; informazione e pubblicità.

L'alimento, quale bene di consumo finale in termini di "valore d'uso", riguarda soltanto quello specifico soggetto di diritto che è la persona fisica e non la persona giuridica, la cui attività può implicarne la oggettiva rilevanza come bene strumentale alla realizzazione di un "valore di mercato" per la percezione di profitto[39]. Ora, la compatibilità della strumentalità al profitto del bene alimentare con la sua primaria funzionalità[40] non può non essere oggetto di tutela cogente in un ordinamento che assume la persona quale valore normativo apicale[41]. E ciò non solo attraverso norme che reprimono la messa in

33. Sulla Transustanziazione, v. D. Mussone, *L'Eucarestia nel Codice di diritto canonico,* Roma, 2002, J. I.Arietta, *Codice di diritto canonico e leggi complementari commentato,* Roma, 2015, Can. 897 e ss.

34. Sulle "ambiguità della secolarizzazione", v. M. Rizzi, *La secolarizzazione debole,* Bologna, 2016, p. 35 e ss

35. Sul complesso fenomeno contemporaneo dei rapporti tra identità individuali e collettive e alimentazione, v. M. Niola, *Homo dietiticus - Viaggio nelle tribù alimentari,* Bologna, 2015.

36. V. D. Bressanini, B. Mautino, *Contronatura - dagli OGM al "bio", falsi allarmi e verità nascoste del cibo che portiamo a tavola,* Milano, 2015.

37. Sulla evoluzione del diritto all'identità personale, v., *ex multis,* G. Pascuzzi, *La creatività del giurista,* Bologna, 2013, p. 107 e ss.

38. V. A. Supiot, *Homo juridicus,* Paris, 2005, trad. it. *Homo juridicus - saggio sulla funzione antropologica del diritto,* Milano, 2006, p.1 e ss.

39. Per le note espressioni "valore d'uso"(*gebrauchswert*) e "valore di scambio" (*tauschwert*), v. K. Marx, *Das Kapital-Kritik der politischen oekonomie,* Hamburg, 1867, trad. it *Il capitale, critica dell'economia politica,* Roma, 1974, p. 220: a favore dell'utilizzazione di categorie scientifiche di Marx a prescindere dell'accettazione dell'economicismo della interpretazione generale della Storia dello stesso, v. B. Croce, *Materialismo storico ed economia marxistica,*(Palermo,1900), Bari, 1978, p. 74 e ss.

40. Con riferimento a «norriture necéssaire» parla di «droit économique elementaire» ancorandolo pure ai testi biblici, K. Polanyi, in *La subsistance de l'homme,* Paris, 2011, p. 118-19.

41. Per la configurazione dei diritti alla protezione dei consumatori come "diritti fondamentali" della persona, *sub specie* di "diritti cc.dd. della terza generazione ", v. G. Morbidelli, *Diritto pubblico comparato,* V ed, Torino, 2016, p. 164. Per le specificità del "consumatore di alimenti" rispetto al consumatore in generale, v. M. Tamponi, *La tutela del consumatore di alimenti nel momento contrattuale,* in *Tr. dir. agr.* III*, Il diritto agroalimentare,* Torino, 2011, p. 579-615.

commercio di beni alimentari comunque non genuini (frodi commerciali)[42] o addirittura nocivi per la salute (frodi sanitarie)[43], prodromicamente ai danni, cui comunque è apprestata un'ulteriore tutela penale e civile ma altresì attraverso quell'obbligo d'informazione del produttore del bene circa la provenienza e modalità di produzione (biologica, non *etc.*) dei beni semplici o anche circa la composizione dei beni complessi[44]. La fruibilità della suddetta informazione trasparente, da parte del consumatore finale, garantisce allo stesso di cautelarsi contro il consumo di beni, che presentino caratteristiche di rischio soggettivo individuale strutturali (allergie-intolleranze) ovvero contingenti (necessità di non ingerire determinate sostanze pericolose per una certa patologia in corso) ma anche di rischio oggettivo generale sopravvenuto emergente dalla pubblica informazione (scoperta di discarica di sostanze tossiche in prossimità del luogo di produzione). Ovviamente il rispetto di questi obblighi d'informazione è compatibile con l'esercizio della facoltà di pubblicizzare i prodotti nei limiti del c.d. *dolus bonus*[45], nell'acquisita consapevolezza che la pubblicità mira a persuadere anche attraverso il linguaggio non logico, ossia non rivolto a provocare un ragionamento ma anzi ad orientare una scelta di consumo superandolo (messaggi subliminali), per indurre bisogni più che per soddisfare i preesistenti (consumismo)[46].

Il notorio contesto del mercato globale non coincidente con uno spazio giuridico conforme alle esigenze di tutela della persona avverso i danni delle merci circolanti- provenienti, come tali o in componenti delle stesse, dalle parti più disparate del globo[47]- trova il suo *ubi consistam* di tutela privatistica nel principio per cui «quando il produttore non sia individuato è sottoposto alla stessa responsabilità il fornitore che abbia distribuito il prodotto nell'esercizio di un'attività commerciale (...)» (art. 116 comma 1 D. Lgs. 206/2005 - C. Cons.), giacché «le disposizioni del presente articolo si applicano al prodotto importato nell'Unione europea, quando non sia individuato l'importatore, anche se sia noto il produttore» (art.116, comma 6, D. Lgs. cit). Ed, ai fini civili della tutela preventiva e risarcitoria[48] del consumatore di alimenti, vige il "principio di precauzione", quale criterio di determinazione del livello di rischio giuridicamente rilevante quindi, già ove «venga

42. V., ad es., i reati previsti rispettivamente dagli artt. 516 c.p. (*messa in vendita di sostanze alimentari non genuine come genuine*) e 517 c.p. (*vendita di prodotti industriali con segni mendaci*).

43. V., ad es., i reati previsti rispettivamente dagli artt. 442 c.p. (*commercio di sostanze alimentari contraffatte e adulterate)* e 444 c.p. (*commercio di sostanze alimentari nocive*)

44. V. Reg. UE n. 11169 del 2011 in vigore dal 13 dicembre 2014 sulle informazioni obbligatorie sull'etichettatura e confezionamento degli alimenti.

45. V., per tutti, F. Alcaro, *Diritto privato,* cit. 445, Sulle tutele riguardanti pratiche commerciali, pubblicità e altre informazioni commerciali, v. gli artt. 19-21-e 22 c. cons.

46. Senza pretesa di esaustività, nella sconfinata letteratura di sociologia dei consumi, v. M. Franchi, *Il senso del consumo,* Milano, 2007, segnatamente p. 73 e ss.

47. V., *ex multis,* M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione - diritto e diritti nella società transnazionale,* Bologna, 2000; N. Irti, *Norme e luoghi. Problemi di geodiritto*, Roma-Bari, 2001.

48. V. O. Prosperi, *Sicurezza alimentare e responsabilità civile*, in *Riv. dir. agr.*, 2003, p. 351 e ss.

individuata la possibilità di effetti dannosi per la salute ma permanga una situazione d'incertezza sul piano scientifico» (art. 7. Reg. C.E. n. 178/2002)[49].

6. Bene alimentare e bene medicinale: cenni sul problema dell'alimentazione artificiale.

Nell'ambito dei beni destinati ad essere ingeriti nel corpo umano, gli alimenti devono distinguersi (art. 2 Reg. CE cit.) dai farmaci medicinali, quali beni volti a curare ovvero a prevenire una patologia. La rilevanza della distinzione è legata al differente regime della produzione e commercio dei differenti beni e delle specifiche responsabilità[50]. Com'è noto, non esiste nell'ordinamento italiano un obbligo di sottoporsi a trattamenti sanitari, tranne casi espressamente previsti dalla legge (malattie contagiose- TSO *etc.*): viziata da un equivoco di fondo appare allora la stessa impostazione del problema se la c.d. "alimentazione artificiale" debba o meno essere considerata un trattamento sanitario, al fine di trarne o meno l'ordinaria non obbligatorietà, in assenza di espressa previsione legislativa. Infatti compete alla scienza medico-legale valutare se il fenomeno dell'alimentazione artificiale esprima degli "atti medici", come tali non obbligatori per il paziente e rigorosamente subordinati ad un informato consenso autorizzativo, in sé revocabile. Ma giuridicamente, ove si espunga l'alimentazione artificiale dai trattamenti sanitari e conseguenzialmente dallo spettro applicativo dall'art. 32 Cost., tale conclusione non implica affatto che tale forma eccezionale di alimentazione possa essere più facilmente considerata obbligatoria, giacché anzi il diritto di alimentarsi è una primaria facoltà esistenziale compresa nel più ampio spettro applicativo dell'art. 13 Cost., per cui «la libertà personale è inviolabile», com'è noto con doppia riserva di legge e di giurisdizione (riserva rinforzata). E quindi, a *fortiori*, se non esiste un obbligo di curarsi non può esistere «per la contradizion che nol consente» un obbligo di alimentarsi e men che meno di essere alimentati artificialmente, dato che comunque il diritto di curarsi, per l'assunzione dei farmaci più importanti, è mediato dalla valutazione medica della patologia e della terapia (prescrizione medica) mentre il diritto di alimentarsi è affidato al libero arbitrio della persona capace d'intendere e di volere al fine d'ingerire nel proprio corpo cose commestibili secondo l'*id quod plerumque accidit*. Ciò premesso - in assenza di normativa espressa sul punto in termini di c.d. testamento biologico (*living will*)[51] - non può essere meramente presunto un consenso all'interruzione del sostegno vitale dell'alimentazione artificiale iniziata per lo stato di necessità di salvare la vita della persona, che non era in grado di prestare il consenso (*in dubio pro vita*)[52].

49. V., M. Sollini, *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare,* Milano, 2006; A. Germanò, *Mercato alimentare e sicurezza dei prodotti*, in *Riv. dir. agr.,* 2008, p. 99 e ss.; R. Montinaro, *Dubbio scientifico e responsabilità civile,* Milano, 2012, p. 181 e ss.

50. V., ad es., art. 443 c.p. (*Commercio di medicinali guasti*) e art. 445 c.p. (*Somministrazione di medicinali in modo pericoloso per la salute pubblica*).

51. V., G. Ferrando, *Testamento biologico,* voce in *Enc. dir., Annali,* VII, 2007, p. 987 e ss.

52. V., Cass. civ. Sez., I., 16 ottobre 2007, n. 21748, *www.unife.it*; sulle contraddizioni e dilemmi della *law-satured society*, v. S. Rodotà, *La vita e le regole, tra diritto e non diritto,* Milano, 2009.

"RISCOPRIRE" SALVATORE ROMANO. RICORDI, SUGGESTIONI, INSEGNAMENTI

Francesco D. Busnelli
Prof. emerito Scuola Sant'Anna di Pisa

1. Salvatore Romano è stato inserito tra i "*Maestri italiani del diritto civile*", meritoria collana di volumi ideata dalla "Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile".

Il volume, amorevolmente curato da Giovanni Furgiuele, che contiene i contributi dedicati al pensiero e agli scritti del Maestro, è stato presentato agli inizi dello scorso anno a Firenze in un convegno che ha chiamato a raccolta allievi ed estimatori, non solo fiorentini, molti dei quali avevano concorso con i loro contributi a realizzare questa bella iniziativa.

Non era la prima volta che l'Università di Firenze ricordava il suo grande civilista.

«Salvatore Romano, per quanto è fervido nella immaginazione ricostruttiva, tanto è ligio e soggetto alla realtà, alle effettività, nella individuazione e descrizione della problematica»: così lo ritraeva, nell'introdurre nel 1980 il primo tomo di "*Scritti minori"*, il suo primo allievo, Francesco Romano[1]; il quale, nelle "*Considerazioni a chiusura dell'incontro"* dedicato nel 2007 a "*Salvatore Romano giurista degli ordinamenti e delle azioni"*, era ricorso a una felice metafora: «come è per il veggente, a Lui apparteneva la dote di vedere oltre il presente e anticipava ciò che poi sarebbe diventata sperimentata realtà e fenomenologia»[2].

Ma Salvatore Romano continua ad essere assimilato «alla vecchia, e ormai largamente contestata, generazione dei giuristi. E tuttavia il suo dissenso da molti insegnamenti ufficiali, autorevolmente impartiti, fu non meno radicale, anche a costo di un sostanziale isolamento»[3].

Va ascritta a merito di Giovanni Furgiuele l'idea di affidare coraggiosamente la "riscoperta" del pensiero del Maestro alle testimonianze di giuristi delle nuove generazioni e dalla diversa esperienza e qualificazione (docenti, magistrati, notai, ricercatori, assegnisti), delineando preliminarmente gli *Aspetti essenziali del pensiero di Salvatore Romano* e suggerendo un'essenziale opzione di fondo - «*tre profili*: *l'idea di ordinamento giuridico; il complesso delle varie figure soggettive; i concetti combinati di procedimento e di azione*» - e una precisa chiave di lettura: «*si tratta di elaborazioni teoriche, costruite, quindi certo sulla base dell'osservazione della realtà e, comunque, essenzialmente a livello speculativo*»[4].

1. F. Romano, *Introduzione,* in *Salvatore Romano, Scritti minori,* Milano, 1980, tomo I, p. X.

2. F. Romano, *Considerazioni a chiusura dell'incontro,* in Aa. Vv., *Salvatore Romano giurista degli ordinamenti e delle azioni,* Milano, 2007, p. 79 ss.

3. U. Breccia, *Il pensiero di Salvatore Romano,* in *Salvatore Romano,* a cura di Giovanni Furgiuele, Napoli, 2015, p. 4.

4. G. Furgiuele, *Intorno ad aspetti essenziali del pensiero giuridico di Salvatore Romano*, in *Salvatore Romano,* cit., p. 17.

Il volume, dunque, è a mio avviso doppiamente prezioso.

Guardando al passato, contribuisce a far uscire Salvatore Romano da quella dimensione di isolamento che l'ha circondato, aprendo una vera e propria miniera di autentica dottrina, nutrita di tradizione e, al tempo stesso, aperta al nuovo.

Guardando al futuro, sollecita i civilisti di oggi e di domani a coglierne gli stimoli allo scopo di uscire dal torpore sonnacchioso di una dottrina che, sempre più, sembra rinunciare al suo ruolo di guida nella continua evoluzione del diritto.

2. *Il passato*, per chi ha avuto occasione di conoscere il Maestro, è ricco di *ricordi*, di *suggestioni*, di *insegnamenti*. Ne hanno reso ampia e preziosa testimonianza i coautori del volume e i relatori del convegno.

Chiamato dal presidente, e amico, Giuseppe Morbidelli a improvvisare un breve intervento conclusivo, sono stato felice di poter esprimere, nell'occasione, il mio debito di profonda riconoscenza nei confronti di Salvatore Romano, che non ho avuto la fortuna di seguire come allievo ma che sempre ho considerato un "mio" Maestro. E ho parlato dei miei *ricordi*.

Salvatore Romano è stato Presidente della Commissione per l'esame di libera docenza, al quale mi sono presentato nel 1965. Come usava a quei tempi, mi ero imposto, per quanto possibile, la lettura dei suoi scritti: lettura faticosa di una scrittura, talvolta ostica, concettualmente e stilisticamente impegnativa.

Il tema della lezione che scelsi, fra quelle che mi erano state proposte, aveva un inconfondibile timbro romaniano: "*Stato e stati di necessità*". Devo dire che la preparazione che mi ero fatto era, indubbiamente, servita perché alla fine della lezione il Professor Romano si avvicinò e sinteticamente mi volle anticipare l'esito dell'esame: «*complimenti, professore*».

Seguirono anni di assidue frequentazioni, durante le quali ebbi modo di apprezzare sempre di più l'assoluta originalità di metodo del Maestro e la sua insofferenza degli schemi tradizionali. I suggerimenti ricevuti nell'avviare lo studio di un altro tema d'impronta romaniana – la famiglia di fatto – si rivelarono sorprendentemente preziosi in una vicenda rimasta memorabile.

All'indomani della riforma del diritto della famiglia, alla Fondazione Cini di Venezia si riunì, nel 1977, lo "stato maggiore" della *Rivista di diritto civile*. Si trattava di dare corso al *Commentario* del nuovo diritto della famiglia, varato nel 1975.

In quell'occasione assistetti, fresco professore ordinario, a uno scontro al vertice fra schemi tradizionali e aperture al nuovo. In sintesi: Santoro Passarelli *versus* Rescigno.

Si discuteva se fosse il caso di occuparsi o meno, nel *Commentario*, della famiglia di fatto, che aveva già allora assunto una sua rilevanza nel diritto vivente. Ad un certo punto del dibattito intervenne, con grande capacità di "mediatore", Luigi Carraro, uno dei fondatori della rivista che scoprii essere amico di Salvatore Romano. Egli mediò, impo-

nendo che in un raccogliticcio "sesto volume" del Commentario, dedicato alle leggi *extra ordinem*, si inserisse la trattazione della "cosiddetta" famiglia di fatto. Il professor Carraro, anch'esso giudice della mia libera docenza, d'autorità mi chiamò per darmi questo incarico, raccomandandomi di far tesoro di quei contatti con il Maestro fiorentino, in modo tale da poter utilizzare in argomento la scia del suo insegnamento. E così, per la verità, fu.

3. Penetrato, come fui, nell'originalissima trama del discorso giuridico del Nostro, affiorarono quasi d'incanto *suggestioni* che hanno inciso profondamente sulla mia formazione e che ho trovato puntualmente evidenziate scorrendo il volume. Mi limito a segnalarne alcune tra le più significative.

a) Il discorso giuridico, apparentemente fatto di frammenti legati, per così dire, all'occasionalità mi è risultato, in realtà, "*inframmentizzabile*": uso, qui, l'efficace neologismo di Francesco Romano[5].

Le stratificazioni semantiche della sua cultura, le sorprendenti riesumazioni nel presente e le sottese proiezioni verso il futuro mi hanno particolarmente colpito. Nello scritto sulla buona fede nel diritto privato si legge: «L'antico e completo sistema, sorto sulla base dei fondamentali principi dell'*honeste vivere, suum cuique tribuere, alterum non laedere*, va perdendo ogni giorno di più quell'inconsistenza di contenuto e quella confusione di forma che sono derivate dall'averli relegati nel campo dei fatti»[6]. Esorta, quindi, Salvatore Romano a «considerare le formule legislative come estensibili, oltre i casi esplicitamente disciplinati, ad ogni campo». Così per la buona fede e per «la normativa di correttezza. Non solo quindi tale normativa è tenuta presente nella materia obbligatoria, ma ovunque si dirami un'oggettiva valutazione dell'agire sleale o scorretto, con o senza limiti di configurazione o di effetti»[7]. L'affinità con il pensiero di Luigi Carraro, allievo di Santoro Passarelli, è davvero sorprendente[8].

Ma il movimento pendolare, tipico nel discorso giuridico di Salvatore Romano, non opera soltanto in senso discendente, dai principi generali - buona fede, abuso del diritto, equità - verso le discipline particolari, ma è chiamato a operare egualmente in senso inverso. Esemplare è l'ampio saggio sul trasporto di cortesia[9]. Muove dal particolare dato normativo dell'art. 414 del codice del diritto della navigazione; ne supera le angustie di prospettiva (e i limiti di diretta applicabilità) per librarsi nel cielo aperto della dialettica fra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale in una prospettiva aperta all'indagine sull'illecito e la responsabilità civile. Si tratta di spunti di riflessione, sia pur

5. F. Romano, *Introduzione,* cit., p. VI.

6. Salv. Romano, *La buona fede nel diritto privato,* in *Scritti minori*, cit., II, p. 887.

7. Salv. Romano, *La buona fede, cit.,* p. 842.

8. L. Carraro, *Frammento inedito di dottrine generali. Il rapporto giuridico. Presentazione di F.D. Busnelli e P. Zatti,* in *Riv. dir. civ.,* 2016, p. 8 ss., note 1, 8-11.

9. Salv. Romano, *Il trasporto di cortesia,* in *Scritti minori,* cit., II, p. 889 ss.

espressi «in termini soltanto embrionalmente abbozzati»[10] ma senza dubbio meritevoli di essere ripresi e valorizzati in una stagione che si pone sempre più diffusamente il problema di un superamento dell'antitesi tra le due categorie tradizionali di responsabilità.

b) Sorprendente è l'attenzione alla giurisprudenza, non usuale nella dottrina del tempo. Viene immaginata non tanto «come somma di decisioni, ma come atteggiamento sensibile all'evoluzione dei rapporti giuridici», atteggiamento che sarà ben diverso se il giudice «non pecchi di ossequio dinanzi alla lettera della legge ma cerchi di tradurre in atto lo spirito del sistema»[11]. «Se così è – sottolinea ora Giovanni Furgiuele - si avrà un'irrimediabile 'sconfitta' dell'approccio normativo e, al tempo stesso, una sicura 'vittoria' del profilo ordinante: al giudice spetterà la funzione, non solo di 'attuare' la legge, ma in particolare di porsi come strumento di realizzazione della 'giustizia' anche prima ed oltre la legge»[12].

c) Un "preannunzio" della attuale crisi della "fattispecie" viene collegato da Salvatore Romano alla necessità di «inserire una sorta di cuneo tra la norma e la c.d. fattispecie, ed ogni sviluppo della teoria dell'azione ridurrà la portata di quest'ultima per dar luogo alla considerazione di quelle situazioni che il sistema valuterà con una intensità di portata ben diversa rispetto allo statico inquadramento dei rapporti fondati sull'azione in termini di nullità o di altra invalidità». Così scriveva il Maestro, dichiarandosi apertamente «sotto la suggestione dell' "*Ordinamento giuridico*" e dei *"Frammenti di un dizionario giuridico"*», nello sviluppare una nuova prospettiva sulle orme di un altro grande civilista fiorentino, Enrico Finzi[13]. «In un tempo di profondi ripensamenti - avverte ora Francesco Alcaro – la figura dell'attività può favorire un rinnovamento critico e dischiudere orizzonti [il cui] antecedente logico è costituito fondamentalmente dalla ricostruzione dell'azione, come impostata e condotta da Salvatore Romano»[14].

d) Merita infine di essere "riscoperta" la sensibilità costituzionale e umana del Maestro e la sua intransigenza nella difesa dei diritti fondamentali della persona, specie se incapace: vocazione mai declamata, ma autenticamente vissuta. L'ultimo scritto – *Procura e incapacità naturale del rappresentato* – non esita a concludere che «così come è stato redatto, l'art. 428 c.c. è inaccettabile. Merita il ricorso all'*interpretatio abrogans*, e la taccia di incostituzionalità»[15]. Lo ha ben messo in evidenza Francesco Romano: «nell'ultimo scritto della raccolta, in un andamento che diresti ansimante – quale era ormai lo stato fisico – riaf-

10. F. Gigliotti, *Il trasporto di cortesia nel pensiero di Salvatore Romano: profili di criticità e spunti non (sufficientemente) coltivati,* in *Salvatore Romano,* cit., p. 256.

11. Salv. Romano, *Ordinamento sistematico del diritto privato,* I, *Diritto obiettivo, diritto subiettivo,* a cura di F. Romano, Napoli, s.d., p. 3 ss.

12. G. Furgiuele, *Intorno ad aspetti essenziali del pensiero di Salvatore Romano*, cit., p. 28 s.

13. Salv. Romano, *Presentazione a "Il possesso dei diritti",* in *Scritti minori,* III, p. 1380.

14. F. Alcaro, *L'azione giuridica e la categoria dell'attività,* in *Salvatore Romano,* cit., p. 81 s.

15. Salv. Romano, *Procura e incapacità naturale del rappresentato,* in *Scritti minori,* cit., III, p. 1552 s.

ferma un'esigenza di eguaglianza di trattamento dei soggetti incapaci: pochi tratti, di una tecnicità essenziale, e poi il risvolto ad ampio respiro, il confronto con tutte le norme del sistema, fino alla norma fondamentale, quella scritta nella Costituzione»[16].

4. L'originalità degli *insegnamenti* di Salvatore Romano è stata a lungo misconosciuta o fraintesa da parte di una dottrina «sempre più distratta rispetto alla conoscenza del pensiero altrui e ai progressi che vengono proposti dalla meditazione dei pochi che ancora studiano»[17] e spesso propensa a relegarli in una zona oscura caratterizzata da «solitudine e in certo modo inattualità»[18].

a) Misconosciuto, o quanto meno non adeguatamente approfondito, è il tasso di originalità del pensiero del Nostro rispetto all'insegnamento del padre, a cui pure si legava la formazione di giurista di teoria generale e andava la devozione di discepolo.

Chiarificatrice è, al riguardo, la traccia offerta da Giovanni Furgiuele: se è vero che «il collegamento fra Santi Romano e Salvatore è strettissimo, fin dai primi anni della formazione concettuale di quest'ultimo, una notazione deve aggiungersi*: l'immagine dell'ordinamento e delle situazioni giuridiche soggettive proviene a Salvatore Romano dal padre Santi, non così – almeno sembra – quella del procedimento e dell'azione*»[19].

Le *obbligazioni naturali*, tema al quale padre e figlio hanno dedicato contributi fondamentali, possono essere assunte, al riguardo, come ideale punto di riferimento. Santi Romano le aveva considerate come un vero e proprio "manifesto" della teoria del pluralismo ordinamentale, in quanto espressione esemplare dell'autonoma rilevanza giuridica di un ordinamento extrastatuale. Salvatore Romano si distacca decisamente da quella conclusione: «noi però consideriamo l'obbligazione naturale non già nel quadro di un concetto del diritto quale è stato delineato nella teoria di cui è parola, indipendentemente dallo Stato, bensì rispetto all'ordinamento di quest'ultimo»[20]. E netta è la diversa conclusione, formulata poche pagine dopo (p. 112): «all'origine dell'obbligazione naturale, e determinante il rapporto della medesima, trovasi un atto o fatto da classificarsi nella categoria di quegli atti o fatti indicati nell'art. 1173 come fonti dell'obbligazione». Orbene, a distanza di oltre un mezzo secolo, il mutamento di prospettiva si rivela particolarmente significativo. È il recupero di «una prospettiva normativista che trascina con sé echi inconfondibili della tradizionale teoria obbligatoria», al di là della quale, tuttavia, «si scopre l'orizzonte indefinito della fattualità nella quale anche l'obbligazione naturale viene a collocarsi»[21].

16. F. Romano, *Introduzione,* cit., p. IX.
17. Così A. Trabucchi, *Gli "Scritti minori" di Salvatore Romano,* in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, p. 359.
18. E. Stolfi, *Il principio di equità,* in *Salvatore Romano,* cit., p. 567.
19. G. Furgiuele, *Intorno ad aspetti essenziali del pensiero giuridico di Salvatore Romano,* cit., p. 17.
20. Salv. Romano, *Note sulle obbligazioni naturali,* seconda ed., Firenze, 1953, p. 109.
21. P. Giunti, *Le obbligazioni naturali,* in *Salvatore Romano,* cit., p. 287 ss.

b) Originale, in tutti i sensi, è la concezione romaniana del diritto positivo, che trova il suo magistrale sviluppo nella "voce enciclopedica" sul "*principio di equità*"[22].

Sull'originalità di questa concezione val la pena di soffermare la nostra attenzione. Qui il distacco dalla teoria istituzionale e pluralista di Santi Romano è più propriamente una specificazione: «non si nega la possibilità di concezioni più vaste, di un'equità sul piano dei rapporti fra ordinamenti diversi, ma… i concetti sarebbero diversi dall'equità qui considerata sul piano dei rapporti giuridici tra diritti positivi di un sistema, e sul piano di un coordinamento *positivamente disposto*»[23].

La *positività del diritto* ideata da Salvatore Romano non è quella, strettamente legalista, di Vittorio Scialoja, che aveva coniato il brocardo «*Aequitas legislatori, ius iudici magis convenit*» capovolgendo letteralmente i termini dell'antico detto romano[24]. Il diritto positivo – replica il Nostro – «più che equo è infatti equabile: l'*aequabilitas* è quella caratteristica, essenziale per il diritto, per cui le proporzioni concepite in una configurazione generale sono suscettive di riprodursi nelle situazioni particolari, cioè di tradursi in equità"; e infatti l'equità "evoca l'idea di misura, di proporzione tra gli stessi elementi di quel diritto positivo»[25]. Ma, al tempo stesso, la concezione romaniana è lontana dalla «idea dell'equità come giusto morale [che] domina ovunque: [qui] siamo fuori dal diritto 'positivo'»[26].

Può, forse, non stupire «il carattere piuttosto sporadico e contenuto delle rivisitazioni che larga parte della produzione di Romano, e in particolare la sua indagine sull'equità, ha conosciuto nella civilistica posteriore, a conferma della posizione peculiare e per certi versi defilata da lui assunta rispetto ai filoni che negli anni '60 e '70 maggiormente attrassero le energie della disciplina»[27].

Significative sono tuttavia, pur se non sempre còlte in dottrina, certe assonanze con altri autorevoli insegnamenti diversamente impegnati intorno al tema della positività del diritto: il riferimento è a Luigi Mengoni e ad Angelo Falzea.

«Occorre svincolare la concezione positiva dell'ordinamento dalla corrente asserzione che positivo sia soltanto l'elemento normativo, e questo sia 'posto' dallo Stato»[28]: così scriveva Salvatore Romano nel 1966. «Il vincolo della legge non può essere garantito dallo schema positivistico della 'sussunzione'. Al legislatore non spetta un monopolio, bensì una 'prerogativa', una posizione di preminenza nella formazione del diritto»: Mengoni, 1976[29].

---

22. Salv. Romano, *Principio di equità (dir. priv.),* in *Enc. dir.,* XV, 1966, p. 83 ss.

23. Salv. Romano, *Il principio di equità,* in *Scritti minori,* cit., III, p. 1201.

24. V. Scialoja, *Del diritto positivo e dell'equità (Discorso inaugurale letto nella grande aula della Biblioteca Valentiniana il giorno 23 novembre 1879 nel solenne riaprimento degli studi nell'Università di Camerino,* Camerino, 1880, p. 25.

25. Salv. Romano, *Il principio di equità,* cit., pp. 1173, 1177 s.

26. Salv. Romano, *Il principio di equità,* cit., p. 1159.

27. E. Stolfi, *Il principio di equità,* cit, p. 566 s.

28. Salv. Romano, *Il principio di equità,* cit., p. 1169.

29. L. Mengoni, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico,* in *Jus,* 1976, p. 17 (e ora in *Diritto e*

«Qui procediamo invece da una concezione di diritto positivo complessa per i diversi elementi di cui consta, congegnati nelle strutture… dell'azione privata creatrice di ordinamento»[30]: così scriveva ancora il Nostro. «Il diritto positivo è uno strumento ordinatore della complessità sociale e perciò costituisce a sua volta una realtà complessa, una realtà nella quale il predicato della complessità si atteggia però nei modi dell'ordine e della razionalità»[31].

5. *Guardando al futuro*, quella «solitudine della teoria» (e il suo «lessico altro e difficilmente comunicante») ci appare oggi «in tutta la sua fecondità teorica, strumento euristico su cui, ancor più di ieri, riflettere e interrogarci»[32], quasi un messaggio destinato ad anticipare «un futuro non ancora prossimo»[33].

Proviamo ad avviare questa riflessione.

Viviamo una stagione di profonde incertezze e di radicali contrapposizioni che investono profili fondamentali della teoria generale e della prassi del diritto civile.

Alla pensosa rappresentazione di una *positività normativa* che «si è man mano convertita in *positività tecnica*, ove *il lecito giuridico è definito dal 'possibile della tecnica',* [che] si dà regola a se stesso ergendosi a esclusivo giudice della propria applicazione»[34] si è venuta contrapponendo una baldanzosa «dottrina delle Corti», immaginata come «il rovescio dell'orientamento della dottrina verso i casi» nel quadro di «un diritto [inteso] come un grande processo interpretativo ruotante intorno alle regole di giustizia del caso concreto»[35].

Il richiamo ai valori positivi «calati nella concretezza della storia»[36] e la prospettiva assiologica dei «valori dell'azione umana… evidenziati oggettivamente dall'esperienza comune e dalla comune cultura»[37], che sembravano offuscate dalla «frammentazione delle visioni etiche e delle concezioni sociali» e destinate ad infrangersi contro «le asperità di un sistema sempre più complesso e multilivello» sono tornate, nell'attualità, a suscitare un «rinnovato anelito» e ad «apparire indispensabili al fine di orientare il diritto in un contesto che vede minacciate le fondamenta stesse dello Stato sociale e lascia l'interprete disorientato dinanzi [agli effetti] della globalizzazione e all'evoluzione della tecnica»[38].

---

valori, Bologna, 1985, p. 25).

30. Salv. Romano, *Il principio di equità,* cit., p. 1177.

31. A. Falzea, *Complessità giuridica,* in *Oltre il "positivismo giuridico" in onore di Angelo Falzea,* a cura di P. Sirena, Napoli-Roma, 2011, p. 25.

32. E. Stolfi, *Il principio di equità,* cit., p. 569 s.

33. Così U. Breccia, *Il pensiero di Salvatore Romano,* cit., p. 4.

34. N. Irti, *Gli eredi della positività,* in *Nuovo Dir. Civ.,* 2016, p. 14.

35. E. Scoditti, *Il diritto fra fonte e interpretazione,* in *La giurisprudenza fra autorità e autorevolezza, Foro it.,* 2013, V, c. 190.

36. L. Mengoni, *Diritto e tempo,* in *Jus,* 1998, p. 637.

37. A. Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto,* sesta ed., Milano, 2008, p. 500. La prima edizione risale al 1975.

38. E. Navarretta, *Diritto civile e diritto costituzionale,* in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, pp. 644 e 683.

Ma i contrasti si sono riprodotti in ordine al modo di superare la concezione tradizionale della *positività normativa*.

L'ultimo contributo di Luigi Mengoni (2001), intervenendo a commento di un "*dialogo su diritto e tecnica*" tra Natalino Irti ed Emanuele Severino, ha inteso chiarire che «il pensiero normativistico puro debilita la normatività di fronte al fattuale, ne inaridisce le radici nell'*humus* delle 'idee umane', come le chiamava Giambattista Vico, dalle quali trae alimento la forza formativa della realtà», ed è giunto a concludere che «altro è riconoscere la storicità del nostro modo di conoscenza dei valori, altro attribuire alla storia una funzione costitutiva dei valori»[39]. «Forse in nessun giurista italiano del secondo Novecento – commenta ora Natalino Irti (2016) – la *rottura della positività* ha toccato la radicale onestà e sincerità che fu di Luigi Mengoni»[40].

Vincenzo Scalisi, nel recare "*Dalla Scuola di Messina un contributo per l'Europa",* richiama «l'idea pugliattiana di integrazione del sistema con l'ordinamento e la interpretazione falzeiana di tale ordinamento come sistema di interessi condivisi e praticati dalla comunità» e propone «una 'positività' di tipo nuovo, c.d. 'ermeneutica', di una positività cioè in grado di innovarsi e rigenerarsi»[41]. «Qui Scalisi rovescia la famosa '*legge di Humes'*. - commenta ora Natalino Irti – Così la normatività è racchiusa nella fatticità, e l'interprete del fatto è insieme lo scopritore o positore della regola»[42].

Orbene, l'alternativa che si viene così delineando rischia di sfociare in una radicale e inappagante contrapposizione tra un orientamento letto (o, forse meglio, inteso) come ricerca «in un *al di là* [di] un ordine oggettivo di valori»[43] e una concezione del diritto apprezzata come «laica e terrena»[44], riconoscendo alla seconda, pur nel dissenso, un'afferenza al «*comune terreno della positività*» che viene risolutamente negata al primo.

Si sconta, qui, una carenza di rigore giuridico della parola "valore", che «di per sé non spiega sé stessa»[45]. Per continuare a svolgere la loro funzione – è stato da ultimo condivisibilmente osservato – i valori «richiedono una profonda comprensione della loro immutevolezza assiologica e al contempo variabilità storica»[46].

6. È giunto il momento di tornare al pensiero di Salvatore Romano, sorprendentemente trascurato nel dibattito appena sintetizzato.

39. L. Mengoni, *Diritto e tecnica,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2001, p. 6.
40. N. Irti, *Gli eredi della positività,* cit., p. 15.
41. V. Scalisi, *Dalla Scuola di Messina un contributo per l'Europa,* in *Riv. dir. civ.,* 2012, I, pp. 23 e 27.
42. N. Irti, *Sulla "positività ermeneutica" (per Vincenzo Scalisi),* in *Riv. dir. civ.,* 2016, p. 926.
43. N. Irti, *Gli eredi della positività,* cit., p. 16.
44. N. Irti, *Sulla "positività ermeneutica",* cit., p. 928.
45. N. Irti, *Gli eredi della positività,* cit., p. 17.
46. E. Navarretta, *Diritto civile e diritto costituzionale,* cit., p. 683.

La parola "valori" non apparteneva al suo vocabolario giuridico; e non lo interessava, come giurista, un diritto ideale «che vuole diventare legge» rendendo «inevitabile il richiamo alle concezioni giusnaturalistiche»[47] .

"Parola d'ordine", è il caso di dirlo, era l'ordinamento giuridico, recepito dall'idea paterna della pluralità istituzionale e sviluppato mediante un'originale "curvatura" verso le caratteristiche proprie del diritto privato e della struttura delle norme del codice che lo disciplinano.

"Parola chiave" della curvatura, e nuovo paradigma per «la ricostruzione critica delle tradizionali sistemazioni statiche del diritto privato» è «l'azione ordinante»[48].

«Soggetti, azione ordinante, regole di azione, contratti, istituti giuridici, sono dati obiettivi e, come tali, elementi di una sintesi che è *diritto obiettivo, cioè positivo*»[49].

«Emerge qui un concetto di diritto obiettivo che si risolve in una pluralità di diritti obiettivi coordinati in sistema attraverso una costituzione, che è anzitutto *ordinamento della pluralità degli ordinamenti*»[50].

«*La Repubblica riconosce, garantisce*, ecc. Riconoscere vuol dire conoscere quel che già esiste al fine di attribuire ulteriori effetti… : stabilità, certezza, tutela»[51].

A questo punto, Salvatore Romano si chiede «come sia possibile continuare a sostenere una nozione di diritto positivo, quale quella che si è detto avanti»[52].

Evidentemente, il Maestro si rendeva conto che questa sua nozione di positività del diritto poteva apparire spuria ai puristi della tradizionale positività normativa; e quindi non ha dato una risposta precisa all'interrogativo.

Con l'umiltà dei grandi, ha accennato alle «premesse di un vasto studio da svolgere», aggiungendo «che restano sempre valide e fondamentali le basi aristoteliche per una più completa visione – *e revisione* - delle *strutture di un sistema positivo*»[53].

Salvatore Romano non ha avuto il tempo di sviluppare questo progetto.

Con il tempo, tuttavia, le risposte non sono mancate; e sono voci autorevoli.

Paolo Grossi, nel suo "*Ritorno al diritto",* si appella alla «voce alta di Santi Romano… dove il diritto è còlto, nella sua essenza, più come *ordinamento* che come *comando* e in quanto tale è chiamato a *ordinare* il magma sociale»[54]

Umberto Breccia osserva che «nell'attuale e disorganico assetto delle fonti quell'insegnamento, tutto permeato di pluralità e di apertura al divenire, ci esorta a non rinunciare,

47. Salv. Romano, *Il principio di equità,* cit., p. 1161.
48. U. Breccia, *Il pensiero giuridico di Salvatore Romano,* cit., p. 10.
49. Salv. Romano, *Il principio di equità,* cit., p. 1171.
50. Salv. Romano, *Il principio di equità,* cit., p. 1173.
51. Salv. Romano, *Il principio di equità,* cit., p. 1172.
52. Loc. ult. cit.
53. Salv. Romano, *Il principio di equità,* cit., p. 1208.
54. P. Grossi, *Ritorno al diritto,* Bari, 2015, p. 10.

da giuristi, alla responsabilità di una riflessione concettuale e critica: che non si riduca alla passiva registrazione di quel che accade – in apparenza senza nuclei centrali di principi e di regole - nel mondo»[55].

"Riscoprire" Salvatore Romano significa riaprire la ricca miniera di "premesse" e di spunti ancor oggi estraibili dai suoi scritti.

Preziosa e sollecitante è, dunque, l'iniziativa (la cura del volume e l'organizzazione del convegno) di Giovanni Furgiuele, al quale queste righe sono dedicate.

55. U. Breccia, *Il pensiero giuridico di Salvatore Romano,* cit., p. 14.

GIUDICATO CIVILE E IDENTITÀ NAZIONALE

Remo Caponi
Prof. ordinario Università degli Studi di Firenze

Sommario: 1. Tradizione. – 2. Crisi. – 3. Giurisdizioni internazionali e sovranazionali. – 4. Giudicato come elemento delle tradizioni costituzionali comuni.

1. Tradizione.

Il processo civile di cognizione si conclude fisiologicamente con l'emanazione di una sentenza che dichiara chi ha ragione e chi ha torto fra le parti e risolve nel merito la controversia in ordine al diritto fatto valere in giudizio. La decisione giurisdizionale della controversia, a partire da un momento determinato nel tempo, non può essere più rimessa in discussione, se non per motivi eccezionali: ci si riferisce – nell'ordinamento italiano – all'acquisto dell'autorità di cosa giudicata, previsto dall'art. 2909 c.c., conseguente alla relativa immutabilità della pronuncia, che si verifica con la preclusione dei mezzi ordinari d'impugnazione ai sensi dell'art. 324 c.p.c. Il processo produce dunque, di regola, un risultato che si caratterizza per la particolare stabilità dei propri effetti.

La tradizione ci ha consegnato l'idea che la sentenza definitiva di merito è l'unico mezzo per l'accertamento della situazione sostanziale dedotta in giudizio: l'eventuale divergenza tra il diritto sostanziale preesistente e la situazione accertata dalla sentenza passata in giudicato è un fenomeno privo di rilevanza giuridica. L'ingiustizia della sentenza assume rilievo nella pendenza dei mezzi di impugnazione, che sono appunto gli strumenti posti a disposizione dell'ordinamento per rimuovere tale ingiustizia, ma diventa irrilevante una volta che la sentenza sia passata in giudicato. La negazione della rilevanza giuridica della sentenza ingiusta è il dato dogmatico fondamentale della teoria tradizionale del giudicato. Pensiamo alla dottrina classica tedesca, in cui è scoppiata l'accesa contrapposizione tra teoria processuale e teoria sostanziale del giudicato. Gli studiosi erano divisi sulla spiegazione del modo di operare del giudicato, ma un punto era fermo per tutti. Il giudicato è per l'appunto il giudicato. Oltretutto nella lingua tedesca il termine *Rechtskraft* (letteralmente "forza di diritto", "vigore giuridico") esprime plasticamente l'idea che il giudicato guarda l'ordinamento giuridico ad altezza d'occhio: costituisce la quintessenza dell'attuarsi dell'ordinamento nel caso concreto.

2. Crisi.

La crisi della dottrina della irrilevanza giuridica della sentenza ingiusta non scoppia solo con il rigoglioso sviluppo odierno delle corti internazionali. Già dalla metà del secolo XX si è scoperto ciò che è naturale: l'ordinamento giuridico conforma e dimensiona il

giudicato, molto più di quanto il primo sia conformato dal secondo. Lo si è riscoperto innanzitutto nell'ipotesi del ribaltamento dell'ordinamento giuridico che aveva incisivamente conformato il giudicato. Il riferimento è a casi storici estremi, ma pur presenti nella realtà storica del secolo XX, quando sotto lo schermo della legalità formale si sono perpetrati i delitti più gravi nei confronti dell'umanità.

Inoltre, come tradizionale presidio di stabilità dell'applicazione giudiziale della legge, il giudicato è chiamato a confrontarsi con il moltiplicarsi dei piani di legalità: sopra a quello della legge ordinaria, si staglia quello della costituzione e del correlativo controllo affidato ad una corte costituzionale. Se la legge che il giudice ha applicato per risolvere la controversia viene successivamente dichiarata incostituzionale, che ne deve essere di quel giudicato? È opinione comune che il giudicato civile resista alla sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata dal giudice. In realtà sul problema non si è riflettuto abbastanza, poiché si è rimasti ancorati all'idea tradizionale dei rapporti esauriti, cioè dei rapporti definiti in modo irretrattabile, sottovalutando la novità di questa ipotesi, che difficilmente può essere appiattita su quella del contrasto del giudicato con una legge sopravvenuta retroattiva.

In questo appiattimento sono parzialmente incorso trent'anni fa nello studiare per il mio primo libro[1]. *Quae iudicata transacta finitave sunt, rata maneant*: è questa la formula del senato-consulto Orfiziano, in cui nella disciplina della successione delle leggi nel tempo non si fa questione di retroattività o di irretroattività della legge, ma di individuazione di quei rapporti che, essendo "esauriti", sono sottratti all'azione dello *ius superveniens*. Trovavo continuamente il riferimento a questo passo del Digesto nella letteratura di diritto intertemporale che trattava dei limiti della legislazione retroattiva. Rimasi vittima di un preconcetto: che si dovesse in ogni caso affermare l'intangibilità del giudicato e che il vero problema consistesse nel trovare una persuasiva giustificazione attuale di questa conclusione. In fondo, era una conclusione costantemente affermata nel corso della storia del diritto, a partire dall'esperienza giuridica romana. Eppure bizzarra e un poco inquietante sarebbe dovuta apparirmi fin da allora la persistenza di questa affermazione nel corso del tempo, nell'avvicendarsi spesso traumatico di epoche storiche, di modelli di società, di regimi politici, di concezioni del diritto.

L'intangibilità del giudicato nei confronti della successiva dichiarazione di incostituzionalità può essere accreditata in modo convincente solo elevando a sua volta la protezione del giudicato al livello di garanzia costituzionale, poiché difficilmente un istituto privo di copertura costituzionale può frapporsi agli effetti della sentenza della Corte costituzionale. Vi sono diversi modi per accreditare la tesi che il giudicato sia protetto da garanzia costituzionale. Il migliore fa leva sulla tutela dell'affidamento delle parti sul carattere definitivo del

1. Cfr. R. Caponi, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo,* Milano, 1991, p. 43 ss.

risultato del processo (art. 3 e 24 Cost.). In effetti il giudicato è un aspetto connaturato alla funzione sociale dell'atto di composizione della lite e risponde essenzialmente all'interesse delle parti, prima di essere un elemento della funzione sovrana dello Stato di rendere giustizia. Il giudicato è, si potrebbe dire, una istituzione sociale prima che statale. Quando le parti domandano ed ottengono un giudicato per la tutela dei loro diritti, la stabilità del risultato del processo gode di garanzia costituzionale, non per una ragion di Stato, ma perché ciò realizza l'interesse comune delle parti (vittoriose o soccombenti) a essere lasciate in pace (la parte vittoriosa nel godimento del bene riconosciuto dalla sentenza; la parte soccombente nel non essere più destinataria di ulteriori pretese). L'autorità di cosa giudicata nel settore civile è in via di principio protetta dalla Costituzione, in funzione della tutela della certezza e affidamento che discendono dalla garanzia dello Stato di diritto, non solo nei confronti di successivi interventi retroattivi del legislatore, ma anche nei confronti di successive dichiarazioni di incostituzionalità delle norme applicate dal giudice.

Stato di diritto significa, da un lato, effetto utile del potere esercitato in forma giuridica. Stato di diritto significa, dall'altro lato, anche limite imposto dal diritto al potere. Il giudicato rientra fra questi limiti che il diritto impone al potere: al potere delle parti, al potere del giudice, al potere dei terzi, al potere del legislatore, al potere della Corte costituzionale che dichiara l'incostituzionalità della norma sulla base della quale il giudice ha emanato la sua pronuncia.

La soluzione di una indiscriminata intangibilità del giudicato appare tuttavia troppo rigida. In un ambiente in cui si afferma il bilanciamento delle garanzie costituzionali le une con le altre, la garanzia costituzionale del giudicato deve poter essere bilanciata con il valore costituzionale che chiede di essere realizzato attraverso la sentenza della Corte costituzionale, cosicché, certamente in ipotesi particolarmente gravi, si dischiude la prospettiva di un cedimento del giudicato.

3. Giurisdizioni internazionali e sovranazionali.

Il tema della crisi del giudicato si arricchisce di un nuovo capitolo con la sovrapposizione di giurisdizioni internazionali e sovranazionali a quella statale.

In questo quadro di ulteriore moltiplicazione dei piani di normatività, si lanciano alle decisioni dei giudici nazionali le sfide più recenti e impegnative. L'idea del giudicato, già entrata in tensione con il sovrapporsi della dimensione costituzionale nazionale e del controllo di costituzionalità affidato alle corti costituzionali nazionali, è chiamata attualmente a confrontarsi con i piani del diritto internazionale e sovranazionale, il cui rispetto è affidato parimenti al controllo di corti giudiziarie. Sorge il problema se il giudicato civile possa venire meno per effetto di una pronuncia di una corte internazionale o sovranazionale la quale accerti che quel giudicato contrasta con il diritto internazionale, con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, con il diritto dell'Unione europea.

Limito il discorso alle pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea. Non è possibile in questa la sede esaminare di nuovo le pronunce che, nel corso dell'ultima decade, hanno introdotto eccezioni alla intangibilità del giudicato[2].

Un rinnovato rapido sguardo consente tuttavia di impostare il problema.

4. Giudicato come elemento delle tradizioni costituzionali comuni.

Il giudicato civile, come aspetto fondamentale della tutela giurisdizionale dei diritti, appartiene alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri dell'Unione europea, al di là delle diversità con cui esso si manifesta nei vari ordinamenti nazionali[3]. Pertanto esso fa parte del diritto dell'Unione in quanto principio generale (art. 6, comma 3 TUE). La giurisprudenza della Corte di giustizia considera il giudicato un cardine, al fine di assicurare la certezza del diritto e dei rapporti giuridici, nonché una buona amministrazione della giustizia. La protezione del giudicato civile è però esposta al confronto e bilanciamento con altre garanzie costituzionali. Il valore della definitiva composizione della controversia e l'affidamento che le parti vi ripongono possono essere compressi in circostanze eccezionali. In relazione al diritto dell'Unione europea, si può intravvedere il lento consolidamento di una tendenza verso la compressione del giudicato civile nazionale dinanzi ad esigenze di ordine pubblico dell'Unione (tendenza già matura nel settore del divieto degli aiuti di Stato).

La conformazione che il giudicato assume negli ordinamenti degli Stati membri rientra nella identità nazionale insita nella struttura fondamentale politica e costituzionale di questi ultimi, che deve essere rispettata dall'Unione europea (art. 4, comma 2 TUE). Tuttavia, la salvaguardia della identità nazionale degli Stati membri non è frutto di opera solitaria delle istituzioni dell'Unione, ma di leale cooperazione tra Unione e Stati membri (art. 4, comma 3 TUE). Uno strumento fondamentale di questa opera dialogica di ricostruzione dell'identità nazionale, ove entri in gioco il rapporto tra Corte di giustizia e corti nazionali, è il rinvio pregiudiziale (art. 267 TFUE)[4].

Il rispetto della identità nazionale deve essere sottratto a una sterile contrapposizione frontale del potere di dire l'ultima parola e non deve essere oggetto di una specie di riserva di sovranità nazionale che si impone dall'esterno sul diritto dell'Unione europea (idea che è ancora frequentemente propria della dottrina dei controlimiti). Esso deve essere invece consegnato al piano pragmatico di una fruttuosa e schietta collaborazione, vissuta

2. A quanto mi consta, l'ultima pronuncia di questa serie è *Klausner*, ECLI:EU:C:2015:742. Per un'analisi della giurisprudenza fino al 2009, si rinvia a R. Caponi, *Corti europee e giudicati nazionali*, in *Corti europee e giudici nazionali*, Atti del XXVII Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Bologna, 2011, p. 239 ss.

3. Cfr. per tutti R. Stuner, *Rechtskraft in Europa*, in *Festchrift für Rolf A. Schütze*, München, 1999, p. 913.

4. I. Pernice, *Der Schutz nationaler Identität in der Europäischer Union*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 136 (2011), p. 185 ss., specie p. 214.

nella quotidianità dei rapporti tra corti nazionali e Corte di giustizia (nonché, se del caso, Corte europea dei diritti dell'uomo), caratterizzata un circuito di apprendimento reciproco, nonché da una disputa discorsiva tesa alla ricerca della soluzione migliore, calibrata sul caso concreto che si offre a giudizio[5].

L'identità nazionale è un qualcosa di essenzialmente dinamico, essendo sottoposta a evoluzione, derivante non solo dai cambiamenti della realtà sociale e normativa di un dato ordinamento statale, ma anche (e forse soprattutto, in questo momento storico) dall'appartenenza di quest'ultimo all'Unione europea, nonché, in ultima analisi, dagli stessi risultati dell'apprendimento reciproco generato dal dialogo tra corti nell'occasione del caso concreto.

5. Per un più ampio discorso, v. R. Caponi, *La tutela della identità nazionale degli stati membri dell'Ue nella cooperazione tra le corti: addio ai "controlimiti"?*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 915 ss.

"IL SUOLO TRA TUTELA E CONSUMO". IL TESTO UNICO DELL'AMBIENTE A DIECI ANNI DELLA SUA APPROVAZIONE

Gian Franco Cartei
Prof. ordinario Università di Firenze

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il Codice e la sua (parziale) attuazione: qualche rilievo. – 3. Una diversa prospettiva: il consumo di suolo o sprawl urbano. – 4. Regole ed incertezze dell'ordinamento nazionale. – 5. Una disciplina in cerca d'autore: la rigenerazione urbana. – 6. In attesa del legislatore statale.

1. Premessa.

Il Codice dell'ambiente, di cui ricorre il decennale dell'approvazione, dedica alla difesa del suolo una parte significativa del proprio contenuto normativo. La sezione I della Parte terza è, infatti, intitolata "*Norme in materia di difesa del suolo e lotta alla desertificazione*", e contiene le disposizioni dall'art. 53 all'art. 72 *bis*. Non mi soffermo sull'analisi puntuale delle singole disposizioni. Ampie ed approfondite esegesi mi dispensano, infatti, da tale impegno limitando così il mio intervento ai profili che maggiormente riguardano il tema che intendo trattare[1]. Oggetto della presente relazione è, infatti, soprattutto il significato che la tutela del suolo assume grazie all'evoluzione della tematica impressa in anni recenti dalla Commissione Europea. Merita, ad ogni modo, partire da alcuni profili di carattere generale attinenti al Codice.

La difesa del suolo legata alla fragilità idraulica e geologica del territorio nazionale non costituisce certo un problema nuovo. Già la Commissione interministeriale presieduta da Giulio De Marchi, istituita nel 1966 a seguito dell'alluvione di Firenze, aveva messo in guardia sulla necessità che la difesa del suolo comprendesse le attività di conservazione e preservazione nei riguardi di ogni causa di aggressione dovuta alle acque o da altri fattori meteorici, proponendo, pertanto, che la difesa idraulica fosse inquadrata nell'ambito di bacini idrografici unitari ed affidata ad un'apposita pianificazione di settore. Sopraggiunta quasi vent'anni dopo la conclusione dei suoi lavori, la legge quadro n. 183 del 1989 ne ha raccolto l'eredità.

1. Tra i commenti più recenti, E. Buoso, *Difesa del suolo e sua tutela*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. III, *Tutele parallele e norme processuali*, Padova, Cedam, 2015, p. 569 ss.; P. Lombardi I, *La difesa del suolo*, in A. Crosetti, *Difesa del suolo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, vol. III, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1838 ss.; M. De Benedetto, *Gli ambiti territoriali ottimali. Il ruolo delle Autorità di bacino e degli Enti di Governo d'ambito. I rapporti con l'Aeegsi*, in *Annuario di Diritto dell'energia 2017, Il regime dell'acqua e la regolazione dei servizi idrici*, Bologna, il Mulino, 2017, a cura di L. Carbone, G. Napolitano, A. Zoppini, *in corso di pubblicazione*.

Ad essa, infatti, si deve la considerazione unitaria dei problemi connessi alla programmazione, pianificazione ed attuazione degli interventi, e sempre a tale intervento legislativo va ascritta la concezione, nel tempo divenuta rilevante, la quale, intendendo l'acqua come risorsa, ha posto il problema della tutela da ogni forma di inquinamento. Né pare possibile sottacere l'importanza degli strumenti che la legge del 1989 ha introdotto, a cominciare dal bacino idrografico, concepito come ecosistema unitario e, pertanto, non necessariamente collimante con i confini amministrativi, per proseguire con la previsione della istituzione delle Autorità di bacino e lo strumento dei piani di bacino.

2. Il Codice e la sua (parziale) attuazione: qualche rilievo.

Da questi pochi cenni si ricava che il Codice non è stato calato su di una pagina bianca, ma al contrario ha mutuato non pochi dei contenuti normativi della legge capostipite del 1989. E per quanto sui fini perseguiti si assista ad un ampliamento rispetto al passato[2], ai nostri fini, tuttavia, è importante circoscrivere il significato dell'espressione "difesa del suolo". Ce lo indica la norma contenuta nell'art. 54, primo comma, lett. *u*: per *difesa del suolo* si deve intendere «il complesso delle azioni ed attività riferibili alla tutela e salvaguardia del territorio, dei fiumi, dei canali e collettori, degli specchi lacuali, delle lagune, della fascia costiera, delle acque sotterranee, nonché del territorio a questi connessi, aventi le finalità di ridurre il rischio idraulico, stabilizzare i fenomeni di dissesto geologico, ottimizzare l'uso e la gestione del patrimonio idrico, valorizzare le caratteristiche ambientali e paesaggistiche collegate». Non è, a ben vedere, una definizione che scolpisca con chiarezza il significato, tante e non prive di rinvii sono le finalità cui allude la disposizione. In ogni caso per *suolo* si intende, ai sensi dell'art. 5, primo comma, lett. V-quater «lo strato più superficiale della crosta terrestre situato tra il substrato roccioso e la superficie. Il suolo è costituito da componenti minerali, materia organica, acqua, aria e organismi viventi". E merita segnalare, altresì, che la medesima disposizione ai soli fini della parte Terza del Codice, prevede che l'accezione del termine abbracci oltre al suolo "anche il territorio, il sottosuolo, gli abitati e le opere infrastrutturali».

Se la disciplina del Codice presenta spunti di notevole interesse a causa di un quadro conoscitivo, un profilo organizzativo ed un piano operativo, almeno sulla carta, chiari, non mancano pesanti ombre sulla sua attuazione. La causa, in vero, non sembra doversi attribuire all'architettura istituzionale disegnata dal Codice: è noto, infatti, che la difesa del suolo coinvolge tutti i livelli istituzionali, dallo Stato agli enti locali, spingendo verso l'alto l'asticella della sussidiarietà. Non può, pertanto, essere in discussione il disegno e la distri-

2. Secondo la disposizione contenuta nell'art. 53, primo comma, del Codice, infatti, la disciplina è volta "ad assicurare la tutela ed il risanamento del suolo e del sottosuolo, il risanamento idrogeologico del territorio tramite la prevenzione dei fenomeni di dissesto, la messa in sicurezza delle situazioni a rischio e la lotta alla desertificazione".

buzione delle funzioni fondati sul recupero al centro di attribuzioni in passato trasferite o delegate alle Regioni. Del resto, con un orientamento affermato con la pronuncia n. 85 del 1990 e ribadito con la pronuncia n. 232 del 2009, la Corte costituzionale ha chiarito alcuni aspetti della materia che possono così compendiarsi: la difesa del suolo, al di là delle inevitabili sovrapposizioni con la materia del governo del territorio, ha peculiarità tali che la riconducono all'ambito materiale dell'ambiente; tali peculiarità postulano un esercizio unitario delle funzioni; tale esercizio unitario vede il suo perno nell'amministrazione dello Stato. Ciò che spiega il forte centralismo cui è improntato il Codice[3].

I problemi sono sorti con riferimento all'attuazione della disciplina per cause che paiono legate soprattutto alla fuga della politica dalle proprie responsabilità. Basti rammentare il lungo quanto ingiustificato periodo di stallo che ha riguardato la novità più importante introdotta dal Codice e costituita dalla previsione dei *Distretti idrografici*: imposti già dalla direttiva 2000/CE/CE e previsti allo scopo di superare i problemi di coordinamento sollevati dalla legge del 1989, sono stati costituiti soltanto con il collegato ambientale della legge n. 221 del 2015. Non meno singolare la sorte delle *Autorità di bacino distrettuale*: previste dal Codice per ciascuno degli otto distretti idrografici sono investite di compiti rilevanti e, in particolare, dell'elaborazione del *piano di bacino distrettuale*, di cui costituiscono stralcio il piano di gestione del bacino idrografico e il piano di gestione del rischio di alluvioni. Ebbene, le Autorità di bacino distrettuale avrebbero dovuto sostituire le Autorità di bacino previste dalla legge del 1989 da ritenersi soppresse con l'entrata in vigore del Codice. La vicenda ha preso tutt'altra piega: la mancata costituzione dei nuovi distretti idrografici ha impedito, infatti, l'istituzione delle nuove autorità con il risultato che sin dal primo decreto correttivo del Codice si è assistito al *repêchage* della situazione precedente riportando così in vita le vecchie Autorità di bacino, le quali continueranno a svolgere le loro funzioni sino alla istituzione delle nuove[4].

Problemi di natura non dissimile presenta l'assetto pianificatorio. La pianificazione prevista dal Codice è, come noto, molto articolata. Per limitarci al piano di bacino distrettuale di cui all'art. 65, si tratta, come noto, di uno strumento per nulla nuovo, giacché era stato previsto pressoché integralmente già dalla legge del 1989[5]. Tale strumento è definito dalla suddetta disposizione come piano territoriale di settore cui sono affidate, con effetti vincolanti per le amministrazioni pubbliche e i soggetti privati, le azioni di pianificazione e di programmazione previste dalla suddetta disposizione. I problemi in questo caso sono sorti a causa dell'irrisolto rapporto tra il piano di settore e i piani urbanistici[6], in ragione

3. E. Buoso, *Difesa del suolo e sua tutela*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. III, *Tutele parallele e norme processuali*, *cit.*, p. 590; P. Lombardi, *La difesa del suolo*, *cit.*, p. 683 ss.

4. M. De Benedetto, *Gli ambiti territoriali ottimali. Il ruolo delle Autorità di bacino e degli Enti di Governo d'ambito. I rapporti con l'Aeegsi*, in *Annuario di Diritto dell'energia 2017, Il regime dell'acqua e la regolazione dei servizi idrici. cit.*

5. P. Stella Richter, *Piano di bacino e piano territoriale di coordinamento provinciale*, in questa *Rivista*, 2000, p. 241 ss.

6. E. Buoso, *Difesa del suolo e sua tutela*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, *cit.*, p. 602.

delle reciproche sovrapposizioni e della realistica impossibilità di risolvere tutto nel nome del principio di automatica prevalenza del piano di settore, e della difficile convivenza con i piani paesaggistici, a loro volta presidiati almeno sulla carta dal principio di sovraordinazione rispetto alle disposizioni di ogni altro piano e programma. A ciò occorre aggiungere, come accennato, lo stallo in cui si trova la pianificazione di bacino in seguito alla mancata istituzione delle Autorità di bacino.

3. Una diversa prospettiva: il consumo di suolo o *sprawl* urbano.

La prospettiva del Codice della difesa del suolo privilegia la tutela delle acque e la dimensione idraulica e idrogeologica. Esiste, peraltro, un'altra prospettiva da cui guardare il tema: la tematica relativa alle esternalità negative dell'uso del suolo e della loro rilevanza ecosistemica. Tale prospettiva, comunemente nota sotto l'espressione *consumo di suolo*, ha il proprio punto d'apice nell'affermazione contenuta nella Carta Europea del Suolo del 1972, secondo cui «*Il suolo è una risorsa limitata che si distrugge facilmente*».

Il tema, come noto, costituisce il risultato di vari fattori comunemente rintracciati nell'andamento del ciclo economico, nei meccanismi di formazione della rendita e, non ultimo, nelle caratteristiche socioculturali dei singoli territori. Limitandosi al profilo giuridico, merita, al riguardo, ricordare che da inizio secolo la Commissione Europea, a riprova dell'attenzione dell'ordinamento europeo per i problemi del territorio[7], ha provveduto ad adottare une serie di atti di *soft law*, nei quali la finalità perseguita concerne la salvaguardia ed il ripristino delle garanzie che consentono le funzioni ambientali del suolo[8]. Basti pensare alla comunicazione della Commissione del 2002, in cui il suolo è stato emblematicamente definito «risorsa essenzialmente non rinnovabile, caratterizzata da velocità di degrado potenzialmente rapide e processi di formazione e rigenerazione estremamente lenti» e configurato quale vettore di funzioni fondamentali di carattere ambientale, sociale ed economico, le cui condizioni occorre preservare dai possibili fattori di deterioramento[9], tra i quali è menzionata proprio la *impermeabilizzazione del suolo*[10], assai

7. V. già M. Bozzaotre, *Unione Europea e governo del territorio. Spunti per una ricerca*, in questa *Rivista*, 2004, 314 ss; M. P. Chiti, *Il ruolo della Comunità europea nel governo del territorio*, in *Riv. giur. ed.*, 2003, II, p. 98 ss.

8. Sulle origini e le finalità della politica dell'Unione Europea in materia di protezione del suolo i riferimenti in letteratura non sono abbondanti; si richiama L. Marmo, *Developments on Soil Protection in the European Union*, in *Europe and the Environment* (*Legal Essasys in Honour of Ludwig Kramer*), a cura di M. Onida, Groningen, Europe Law Publishing, 2004, p. 175 ss.

9. Commissione Europea, 16 aprile 2002, *Verso una strategia tematica per la protezione del suolo* (punto 3.4.), COM(2002)179 def.; vedi, altresì, la comunicazione della Commissione Europea, *Sviluppo sostenibile in Europa per un mondo migliore: strategia dell'Unione Europea per lo sviluppo sostenibile*, COM(2001) 264 def.

10. Per impermeabilizzazione del suolo si intende «[i]l rivestimento del suolo per la costruzione di edifici, strade o altri usi[…]» che «riduce la superficie disponibile per lo svolgimento delle funzioni del suolo, tra cui l'assorbimento di acqua piovana per l'infiltrazione e il filtraggio».

vicina al significato comunemente addotto in Italia all'espressione consumo di suolo[11]. Si pensi ancora all'importanza attribuita alle strategie di pianificazione del territorio, troppo spesso ignare degli effetti irreversibili sulle perdite di suolo, ed ai pericoli derivanti dalla proliferazione urbana ed industriale, ritenuta la minaccia principale dell'ambiente fisico e naturale concepito quale risorsa fondamentale a servizio di funzioni essenziali da presidiare con i principi prevenzione, preservazione, recupero e ripristino della funzionalità del suolo[12].

Forse perché prematuro rispetto ai tempi, non ha avuto successo il tentativo della Commissione di una proposta di direttiva-quadro: presentata nel 2006 è stata ritirata nel 2014 per contrasti insorti tra gli Stati membri a causa dei presunti oneri finanziari e di supposte limitazioni all'autonomia dei singoli ordinamenti nazionali[13]. Ciò nonostante l'impegno della Commissione sui problemi legati allo sfruttamento del suolo non è venuto meno, come testimoniato dalla redazione della comunicazione del 2011, la quale ha indicato come obiettivo futuro quello di arrivare a «*quota zero entro il 2050*» di occupazione di nuovo suolo[14], e dai più recenti "*Orientamenti in materia di buone pratiche per limitare, mitigare e compensare l'impermeabilizzazione del suolo*" del 2012[15], in cui l'occupazione e l'impermeabilizzazione del suolo sono ritenuti fenomeni in larga misura imputabili alle decisioni in materia di pianificazione territoriale siccome prive di un'adeguata analisi preventiva e assunte in violazione dei principi dell'uso sostenibile del suolo[16]. Ed a tal fine è sottolineata l'importanza di elementi quali l'approccio integrato e complementare dell'azione

11. Se il termine più utilizzato dalla Commissione Europea è quello di 'impermeabilizzazione del suolo' (*soil sealing*), tuttavia, riferibile a sua volta a quello di consumo di suolo è anche quello di *land take*, inteso come 'occupazione del suolo'; su tali concetti si richiama A. Di Gennaro, *Urbanizzazione e territorio rurale in Italia: lo spazio, il tempo, le parole*, in *Contenere il consumo di suolo. Saperi ed esperienze a confronto*, a cura di G. F. Cartei e L. De Lucia, Napoli, Editoriale scientifica, 2014, p. 6 ss.

12. Commissione Europea, 22 settembre 2006, COM(2006)231 def.; per un'analisi degli atti di *soft law* della Commissione Europea, G.F. Cartei, *Il consumo di suolo: la prospettiva dell'Unione Europea*, in *Contenere il consumo di suolo (Saperi ed esperienze a confronto)*, *cit.*, p. 45 ss.

13. Proposta di direttiva che istituisce un quadro per la protezione del suolo e modifica la direttiva 2004/35/CE, COM(2006)232 def.; sui contenuti della direttiva si richiamano le notazioni di L. MARMO, *La strategia tematica per la protezione del suolo e la proposta di direttiva quadro della Commissione*, in *Riv. giur. amb.*, 2007, p. 175 ss.

14. Commissione Europea, 20 settembre 2011, *Tabella di marcia verso un'Europa efficiente nell'impiego delle risorse*, COM(2011)571 def.; si veda, altresì, la Commissione Europea, 13 febbraio 2012, *Attuazione della strategia tematica per la protezione del suolo e attività in corso*, COM(2012) 46 final.

15. Documento di lavoro dei servizi della Commissione Europea, 15 maggio 2012, *Orientamenti in materia di buone pratiche per limitare, mitigare e compensare l'impermeabilizzazione del suolo* SWG(2012) 101 final/2.

16. Come rileva correttamente la Commissione, infatti, agli effetti e danni ambientali vanno sicuramente ascritti la frammentazione di *habitat* naturali e di corridoi ecologici, nonché la minaccia al paesaggio -cui si possono aggiungere, altresì, la pressione esercitata sulle risorse idriche, gli effetti sulla biodiversità e la perdita di carbonio organico- mentre agli effetti sociali prodotti dall'occupazione del suolo vanno attribuiti, invece, i maggiori costi per l'erogazione dei servizi pubblici, l'aumento del consumo energetico, l'insufficienza delle reti di trasporto pubblico e, sul piano più strettamente individuale, il maggior consumo di carburante, la dipendenza dall'uso dell'automobile ed i costi prodotti dalla congestione e dall'inquinamento ambientale (Punto 2.1).

di tutti gli enti con poteri e competenze territoriali, il recupero e riuso dei siti dismessi o inutilizzati e la limitazione dei sussidi che incoraggiano nuova occupazione di suolo.

4. Regole ed incertezze dell'ordinamento nazionale.

Sulla conservazione del suolo sotto i profili ricordati l'ordinamento italiano lamenta un notevole ritardo[17]. E ciò a fronte di numerosi fattori che tuttora contribuiscono alle esternalità negative prodotte dallo sfruttamento del territorio[18]. Basti rammentare le condizioni in cui versa la politica di pianificazione territoriale, l'oscitanza del legislatore statale, la latitanza delle amministrazioni regionali sulla pianificazione paesaggistica; si pensi ancora alle scelte fatte dal legislatore in tema di politica tributaria, in cui alla rinuncia a forme di tassazione a tutela delle risorse naturali si è accompagnata una tassazione immobiliare utile soprattutto alle esigenze di bilancio della finanza locale; si rammenti, infine, il regime giuridico della proprietà fondiaria ed i processi degenerativi indotti dall'egemonia della rendita.

Non sorprende, pertanto, che l'ordinamento non abbia finora dato risposte soddisfacenti. A poco sono serviti, infatti, i principi contenuti nel Codice del paesaggio, né miglior fortuna ha ricevuto l'esperienza della valutazione ambientale strategica. Nel primo caso ha pesato l'inattuazione della pianificazione paesaggistica, tuttora limitata alle regioni di Puglia e Toscana, nel secondo un esito applicativo non all'altezza delle aspettative[19]. Né a miglior esito pare destinata la legge 14 gennaio 2013, n. 10 in materia di verde urbano, la quale se possiede il merito di enunciare principi che mirano a contrastare l'uso ed il consumo di suolo naturale, esibisce il limite di circoscrivere il problema all'interno della disciplina sullo sviluppo degli spazi verdi urbani e di affidarne la realizzazione ad una disciplina mancante di parametri e regole certi[20].

In questo panorama riesce difficile riporre speranza nelle numerose proposte legislative presentate in questi ultimi anni nei due rami del Parlamento[21]. Lo impedisce non tanto il merito delle medesime, quanto il loro esito. Presentate, infatti, a ridosso di studi ponderosi o sulla spinta di calamità nazionali, quasi mai hanno raggiunto una qualche apprezzabile formalizzazione nelle procedure parlamentari, tanto da essere pressoché ignorate dal dibattito pubblico.

17. E. Boscolo, *Oltre il territorio: il suolo come matrice ambientale e bene comune*, in *Urb. App.*, 2014, p. 129 ss.

18. Sulle tipologie della espansione abitativa si v. Già R. Camagni e P. Rigamonti, *Forma urbana e costi collettivi: una analisi quantitativa sulla provincia di Milano e la regione Lombardia*, in R. Camagni, M. C. Gibelli, P. Rigamonti, *I costi collettivi della città dispersa*, Firenze, Alinea, 2002, p. 81 ss.; sulle implicazioni del c.d. *sprawl*, *No sprawl: perchè è necessario controllare la dispersione urbana e il consumo di territorio*, a cura di C. Gibelli e E. Salzano, Firenze, Alinea, 2006.

19. G. F. Cartei, *Il problema giuridico del consumo di suolo*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2014, p. 1287 ss.; L. De Lucia, *Il contenimento del consumo di suolo e il futuro della pianificazione urbanistica e territoriale*, in corso di stampa, p. 301.

20. W. Gasparri, *Suolo, bene comune? Contenimento del consumo di suolo e funzione sociale della proprietà privata*, in *Dir. pub.*, 2016, p. 109 ss.; L. De Lucia, *Il contenimento del consumo di suolo nell'ordinamento italiano,* in *Contenere il consumo di suolo*, *cit.*, p. 93 ss.

21. L. De Lucia, *Il contenimento del consumo di suolo nell'ordinamento italiano, cit.,* p. 98 ss.

In tal senso sembra, tuttavia, far eccezione l'approvazione dalla Camera dei Deputati il 12 maggio 2016 del disegno di legge n. 2383 intitolato "*Contenimento del consumo di suolo e riuso del suolo edificato*", e attualmente all'esame dell'Assemblea di Palazzo Madama. Numerosi i profili giuridici degni di segnalazione. In primo luogo, la disciplina di riferimento. Assodato che il tema si colloca nel settore disciplinare del diritto dell'ambiente, opportuno appare il richiamo agli articoli della Costituzione espressamente rammentati, incluso l'art. 44, la cui finalità del «razionale sfruttamento del suolo», insieme all'enunciazione degli «obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata», sono da tempo oggetto di una interpretazione storico-evolutiva che non esaurisca la prospettiva giuridica della norma nella dimensione economica del rapporto *capitale-lavoro*, ma la trasferisca alle condizioni che rendono possibile quello sfruttamento: la preservazione delle risorse naturali[22]. E sempre dai principi costituzionali appare confermato l'assunto che la materia del consumo del suolo attinge alla materia dell'ambiente, ma ha profonde implicazioni con la materia del governo del territorio. Lo conferma, del resto, il richiamo alla Convenzione europea del paesaggio, i cui principi, esorbitanti dai confini della materia del paesaggio, almeno per come essa è tradizionalmente rappresentata, abbracciano aspetti fortemente correlati con la disciplina del governo del territorio[23].

Pienamente coerenti con l'impostazione predetta appaiono quelli che nel testo sono denominati *principi fondamentali della materia del governo del territorio*: il richiamo al riuso, alla rigenerazione urbana ed alla medesima limitazione del consumo di suolo sembrano declinabili, infatti, nell'ambito degli strumenti urbanistici, specie alla luce del principio che «il consumo di suolo è consentito esclusivamente nei casi in cui non esistono alternative consistenti nel riuso delle aree già urbanizzate e nella rigenerazione delle stesse». Ma non meno significative, seppur non poco problematiche, risultano talune definizioni contenute nell'art. 2 del disegno di legge, ad iniziare da quella di *consumo di suolo* inteso come «l'incremento annuale netto della superficie agricola, naturale e seminaturale, soggetta a interventi di impermeabilizzazione», oppure la nozione di *superficie agricola*, naturale e seminaturale, nella quale rientrano non soltanto «i terreni qualificati come agricoli dagli strumenti urbanistici», ma, altresì, «le altre superfici, non impermeabilizzate alla data di

22. M. A. Cabiddu, *Il diritto alla terra (Art. 44 Cost.)*, in *Codice di edilizia e urbanistica*, a cura di S. Battini, L. Casini, G. Vesperini, C. Vitale, Torino, Utet, 2013, p. 83 ss.; emblematica l'affermazione di G. Galloni che già nella metà degli anni '90 del secolo scorso con riferimento alla rilettura dell'art. 44 Cost. rilevava che «[…] il punto di incontro inderogabile tra agricoltura e ambiente, e conseguentemente tra diritto agrario e diritto ambientale, è rappresentato dal territorio», in *Riv. giur. agr. e amb.*, 1996, p. 9; per una ricostruzione esegetica della disposizione accompagnata da ampi riferimenti bibliografici, F. Angelini, *Art. 44*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, vol. I, Torino, Utet, 2006, p. 904 ss.

23. Per il significato del termine paesaggio nella Convenzione europea del paesaggio, D. Sorace, *Paesaggi e paesaggio nella Convenzione europea*, in *Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*, a cura di G.F. Cartei, Bologna, il Mulino, 2007, p. 17 ss.; di recente P. Marzaro, *Paesaggio*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. III, *Tutele parallele e norme processuali*, Padova, Cedam, 2015, p. 315 ss.

entrata in vigore della presente legge»[24]. Si tratta senza dubbio di una definizione estensiva rispetto ad altre proposte volte a restringere la nozione alle semplici aree agricole siccome individuate dai piani urbanistici locali. Un plauso merita, inoltre, la disciplina degli oneri di urbanizzazione, definitivamente sottratti alla spesa corrente e destinati esclusivamente ad interventi di interesse pubblico e sociale quali, tra gli altri, la realizzazione e manutenzione delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria, il risanamento di complessi edilizi, il riuso e la rigenerazione urbana e la tutela dell'ambiente e del paesaggio.

Non mancano, tuttavia, le note dolenti. La disciplina sottrae alle guarentigie di un periodo transitorio opportunamente presidiato da un triennio, in cui il consumo di nuovo suolo è consentito solo in casi tassativi, gli interventi per la realizzazione di piani attuativi per i quali sia stata presentata una semplice *istanza* prima dell'entrata in vigore della legge. Appare evidente che cosa accadrebbe, nell'ipotesi di approvazione definitiva del testo, in prossimità della definizione dell'iter parlamentare.

Le perplessità, purtroppo, non si fermano qui. Se la procedura che definisce la riduzione del consumo di suolo è improntata ad un condivisibile criterio di progressività, non si possono, tuttavia, sottacere le numerose incertezze che minacciano di comprometterne la conclusione. È prevista, infatti, una prima deliberazione della Conferenza unificata sui criteri e le modalità per la definizione della suddetta riduzione e un'ulteriore deliberazione della stessa Conferenza sulla ripartizione quantitativa tra le regioni della suddetta riduzione; è previsto, inoltre, un regolamento interministeriale in cui sono definiti i soggetti competenti, le modalità e i criteri per il monitoraggio sulla predetta riduzione ed attuazione di quanto previsto dalla legge. A ciò si aggiunga che alle regioni spetta disporre la riduzione quantitativa del consumo di suolo e determinare criteri e modalità da rispettare nella pianificazione urbanistica comunale, come se questa costituisse un'operazione naturale ed immediata per gli enti substatali[25].

Anche da questi pochi cenni appare chiaro che, semmai il testo sarà approvato dal Parlamento, sulla sua attuazione peseranno comunque molte variabili. Stupisce, infatti, che il testo normativo configuri gli enti locali quali meri terminali di scelte che, decise al centro, si scaricheranno inevitabilmente sulle gracili spalle degli enti locali. Al netto di ogni valutazione sulla condizione attuale della finanza degli enti locali, non si tratta certo di ripristinare un orientamento federalista oramai fuori dallo spirito del tempo, quanto di individuare politiche di incentivazione finanziaria di cui il testo, in vero, reca poche tracce. E si tratta, altresì, di inserire le politiche sul consumo di suolo in una riforma urbanistica troppo a lungo abbandonata tra le maglie della vecchia legge n. 1150 del 1942.

24. W. Gasparri, *Suolo, bene comune? Contenimento del consumo di suolo e funzione sociale della proprietà privata*, *cit*., p. 121.

25. P. Chirulli, *La pianificazione urbanistica tra esigenze di sviluppo e riduzione del consumo di suolo: la riqualificazione dell'esistente*, in questa *Rivista*, 2015, p. 603.

5. Una disciplina in cerca d'autore: la rigenerazione urbana.

In realtà, sull'attuazione del testo all'esame del Senato pesa un'ulteriore incertezza. L'analisi del testo non può chiudersi, infatti, senza un cenno ad un profilo centrale per la sua applicazione, la rigenerazione urbana, non a caso definita nel testo medesimo principio fondamentale della materia del governo del territorio. Occorre ricordare che '*rigenerazione urbana*' è formula in voga da tempo in tutte le discipline aventi ad oggetto lo studio del territorio per designare fini pubblici spesso diversi e che, riassumibili nella formula del *recupero urbano*, sembrano declinarsi nelle nozioni di recupero, restauro, riqualificazione e risanamento del tessuto edilizio[26]. Ampio, di conseguenza, l'ambito di intervento: questo spazia, infatti, dai contesti urbani, periferici e marginali, interessati da fenomeni di carenza di servizi e degrado ambientale, sino ai processi di esclusione sociale.

La definizione di rigenerazione presente nella disposizione di cui all'art. 2 del disegno di legge ne allarga ulteriormente il campo di azione, per cui la nozione abbraccia finalità disparate, da quelle più propriamente di carattere urbanistico e socio-economico sino all'agricoltura urbana, dalla sostituzione edilizia e riuso sino alla riqualificazione ambientale. Di per sé ciò non costituirebbe un limite se sussistesse nell'ordinamento una disciplina di riferimento. Così, purtroppo, non è[27]. A poco, infatti, sembrano servire le formule risalenti alla l. n. 179 del 1992 sui programmi di intervento ed al d. l. n. 70 del 2011 sul patrimonio edilizio esistente; e maggiori lumi non provengono neppure dalla disposizione di cui all'art. 3 *bis* del Testo unico dell'edilizia del 2001, la cui incerta formulazione pare, in vero, limitata a ipotesi, se non marginali, quantomeno circoscritte. Inevitabile che un panorama normativo siffatto abbia pesato sull'efficacia della nozione[28].

Per tali ragioni suscita perplessità che l'attuazione del principio in parola sia rimasto nel testo privo di ogni declinazione normativa. E ancora meno viene detto sulle misure a sostegno del riuso e rigenerazione urbana al fine di favorire interventi di recupero, come se la leva fiscale non sia destinata a ricoprire un ruolo cruciale in materia. Al suo posto compare una delega legislativa densa di riferimenti e principi di cui si fatica ad immaginare l'attuazione.

6. In attesa del legislatore statale.

Sul disegno di legge in parola incombe una minaccia assai più grave delle lacune ed incongruenze brevemente ricordate, la fine della legislatura. Non si hanno, infatti, segnali incoraggianti circa l'esame del testo al Senato. Nel frattempo, il destino della legislatura

26. R. Dipace, *La rigenerazione urbana tra programmazione e pianificazione*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, p. 244 ss.

27. T. Bonetti, *La rigenerazione urbana nell'ordinamento giuridico italiano: profili ricostruttivi e questioni aperte*, a cura di E. Fontanari e G. Piperata, Agenda Re-Cycle. Proposte per reinventare la città, Bologna, Il Mulino, 2017, p. 62 ss.

28. P. Chirulli, *La pianificazione urbanistica tra esigenze di sviluppo e riduzione del consumo di suolo: la riqualificazione dell'esistente*, *cit.*, p. 595 ss.

pare appeso ad un filo sempre più sottile, per cui, se anche dovesse pervenire alla scadenza naturale, pare assai difficile che la maggioranza parlamentare voglia impiegare il tempo che resta in un cimento che vede più avversari che sostenitori sia tra le categorie economiche che nella società civile.

Di conseguenza, qualunque sia l'esito del dibattito parlamentare, non sembra azzardato affermare che molti tra i problemi di cui si discusse già cinquant'anni fa nella Commissione De Marchi sono rimasti intatti, se non aggravati da una crisi ambientale oramai sovrapposta a quella urbana. L'unica eccezione degna di menzione alla latitanza legislativa dello Stato in materia proviene ancora una volta da quei filoni della legislazione regionale più sensibili alla necessità di salvaguardare gli equilibri ambientali. Basti richiamare sul punto la legge n. 65 del 2014 della Regione Toscana, la cui disciplina normativa risulta declinata sulla tutela del *patrimonio territoriale*[29]. Quest'ultimo, definito «bene comune costitutivo dell'identità collettiva regionale», risulta riferito, oltre che a componenti prettamente ambientali e paesaggistiche, altresì, alla dimensione insediativa[30]. La sua disciplina si compendia nel principio, secondo cui «Le trasformazioni che comportano impegno di suolo non edificato a fini insediativi o infrastrutturali sono consentite esclusivamente nell'ambito del territorio urbanizzato» – escludendosi, in tal modo, che il consumo di suolo possa riguardare il territorio rurale e l'edificato sparso e discontinuo[31]. In tale cornice normativa, in cui è previsto un recupero dei poteri regionali sulle scelte urbanistiche locali, non sorprende che la legge attribuisca un ruolo centrale alla rigenerazione urbana, atta a promuovere la qualità e densificazione urbana, ed al piano paesaggistico che, in tal modo, diviene sempre più un piano destinato ad incidere sulle scelte della pianificazione locale. Interessante risulta, altresì, la legge r. Lombardia 28 novembre 2014, n. 31, in cui «il traguardo previsto dalla Commissione europea di giungere entro il 2050 a una occupazione netta di terreno pari a zero» è espressamente indicato come lo scopo primario della legge[32], e dove l'intero processo pianificatorio a qualunque scala sembra chiamato a rispettare determinati criteri e soglie di riduzione del consumo di suolo stabiliti a livello regionale[33].

29. Su cui si v. F. De Santis, *I principi generali della l. reg. n. 65/2014: sviluppo sostenibile, patrimonio territoriale come bene comune contenimento del consumo del suolo*, in *Il governo del territorio in Toscana* (*profili costituzionali, legislativi e di responsabilità*), a cura di F. De Santis, Milano, Giuffrè, 2015, p. 91 ss.

30. Art. 3, legge r. 10 novembre 2014, n. 65, *Norme per il governo del territorio.*

31. W. Gasparri, *Suolo, bene comune? Contenimento del consumo di suolo e funzione sociale della proprietà privatà*, *cit.*, p. 151 ss.; si segnala l'ampia accezione della nozione di "*territorio rurale*"; ai sensi dell'art. 64 esso comprende, da un lato, le aree propriamente rurali, le aree ed i nuclei sparsi e le aree che, pur non ospitando funzioni non agricole, non costituiscono territorio urbanizzato, dall'altro, «tutto ciò che è esterno al territorio urbanizzato come definito dall'articolo 4 e come individuato negli atti di governo del territorio comunali […]».

32. Art. 1, quarto comma, legge 28 novembre 2014, n. 31, *Disposizioni per la riduzione del consumo di suolo e per la riqualificazione del suolo degradato.*

33. Si richiama l'art. 19, secondo comma, lett. *b-bis* e l'art. 17, settimo comma, della legge n. 12 del 2005

Gli apporti dei legislatori regionali, seppur almeno in parte efficaci, rappresentano una soluzione troppo limitata per assurgere ad alternativa di sistema alla legge dello Stato. Gli interessi in gioco, infatti, meritano che si ponga fine ad un'attesa che si è protratta per troppo tempo.

nella versione modificata dalla legge n. 31 del 2014.

LO *STRESS* LAVORO-CORRELATO FRA DEFINIZIONE DEL RISCHIO ED ARTICOLAZIONE DELLE TUTELE. UN'ANALISI DEI SETTORI *TELEMARKETING* E TRASPORTO PASSEGGERI*

William Chiaromonte
Ricercatore Università di Firenze

Maria Luisa Vallauri
Prof.ssa associata Università di Firenze

Sommario: Parte prima. – Premessa. – 1. Il contesto normativo italiano: il diritto alla salute e l'obbligo di sicurezza. – 2. Il Testo unico sulla sicurezza (d.lgs. n. 81/2008): l'ambito di applicazione soggettivo e gli obblighi di sicurezza. – 3. L'Accordo quadro europeo sullo *stress* nei luoghi di lavoro dell'8 ottobre 2004 e la sua trasposizione nell'Accordo interconfederale del 9 giugno 2008. – 4. La fattispecie dello *stress* lavoro-correlato nell'art. 28 del Testo unico sulla sicurezza. – 5. Il regime di tutela del lavoratore colpito da *stress* correlato al lavoro. – 5.1. La prevenzione del rischio. – 5.1.1 L'obbligo di valutazione del rischio. – 5.1.2. I soggetti coinvolti nel processo di valutazione del rischio. – 5.1.3. Le conseguenze per il mancato o non corretto assolvimento all'obbligo di valutazione del rischio. – 5.1.3.1 Profili di responsabilità penale. – 5.1.3.2. Profili di responsabilità civile. Rinvio. – 5.2. La tutela riparatoria. – 5.2.1. Il risarcimento del danno patito dal lavoratore. – 5.2.1.1. La prova del danno, delle condizioni nocive di lavoro e del nesso di causalità fra i due elementi. – 5.2.2. La questione della riconducibilità dello *stress* lavoro-correlato all'ambito di applicazione della tutela previdenziale. – Parte seconda. – 1. Identificazione del rischio e gestione della prevenzione nel settore del *telemarketing*. – 1.1. Caratteristiche del settore del *telemarketing*. 1.1.1. Alcuni dati relativi al lavoro nei *call center* in Italia. – 1.2. Strumenti e indicatori per la rilevazione dello *stress* lavoro-correlato. – 1.3. Fattori di rischio psicosociali. – 1.4. Sintomi dello *stress*. – 1.5. Linee di intervento per prevenire e contrastare il rischio di *stress*. – 2. Identificazione del rischio e gestione della prevenzione nel settore del trasporto passeggeri. – 2.1. Caratteristiche e consistenza del settore del trasporto passeggeri in Italia. – 2.2. Strumenti e indicatori per la rilevazione dello *stress* lavoro-correlato nel settore del trasporto passeggeri: il caso del settore ferroviario. – 2.3. I fattori di rischio *stress* lavoro-correlato specifici del personale ferro-

*. Lo scritto si colloca nell'ambito della ricerca «Identificación de buenas prácticas para el control de riesgos psicosociales en empresas de trabajo social, telemarketing y transporte de pasajeros», coordinata dal Prof. Miguel Ángel Almendros González dell'Università di Granada e finanziata dall'Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales. Pur essendo frutto di una comune riflessione, i §§ 1-4 della Prima parte e 2 della Seconda parte sono stati scritti da William Chiaromonte, mentre i §§ 5 della Prima parte e 1 della Seconda parte da Maria Luisa Vallauri.

viario in servizio sui treni. – 2.4. *Stress* e salute nel settore del trasporto ferroviario. – 2.5. La possibile estensione ad altri settori delle modalità di rilevazione dello *stress* lavoro-correlato sperimentate in ambito ferroviario.

Parte prima

Premessa.

Nella ricca e densa recensione al volume *Las ensoñaciones del jurista solitario* del civilista spagnolo Ángel Manuel López y López, pubblicata nel 2010 dai *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giovanni Furgiuele rilevava che non sia frequente, almeno nei sistemi di *civil law*, che il giurista sia visto come interprete del diritto e non, invece, «come mero "lettore" o, altresì, come neutrale osservante di norme scritte o orali o, comunque, di regole da altri fatte ed a lui medesimo imposte»[1]. Pur trattandosi di due atteggiamenti – quello del giurista "lettore" e quello del giurista "interprete" – che ben possono convivere nella stessa persona, è il giurista inteso come «*interprete* responsabile delle *scelte* da esso effettuate»[2], come «colui il quale si muove, sì dall'esegesi di una disposizione, ma per poi inclinare, laddove ritenuto necessario, ad attribuirle quella valenza ulteriore, che deriva da un più ampio complesso di regole o principi ovunque formulato, vale a dire non soltanto all'interno di testi giuridici in senso stretto»[3] e che – specie considerando il profondo significato, collettivo e sociale, dell'opera svolta dal giurista – viene individuato come idealtipo.

Un tale ammonimento circa l'approccio da tenere rispetto alla "cosa giuridica" sembra essere particolarmente utile nel momento in cui, come ci accingiamo a fare in questo contributo, ci si avvicini al tema della tutela della salute e della sicurezza del lavoratore sul luogo di lavoro e, più in particolare, al rischio psicosociale generato dal c.d. *stress* lavoro-correlato, alle conseguenze dannose che da esso possono derivare per il lavoratore e alle varie forme di tutela predisposte dall'ordinamento.

Si tratta, infatti, di una fattispecie di rischio delimitata, sia a livello europeo che nazionale, in modo – come vedremo – assai generico, così che l'effettività della tutela del lavoratore passa necessariamente da un'operazione definitoria complessa che mette in campo più saperi, come ben dimostrano i due settori scelti come casi-studio, vale a dire il *telemarketing* ed il trasporto passeggeri.

1. Il contesto normativo italiano: il diritto alla salute e l'obbligo di sicurezza.

La tutela della persona del lavoratore rappresenta un'istanza che, con il trascorrere del tempo, si è andata sempre più arricchendo. I molteplici fattori di rischio variamente connessi allo svolgimento di un'attività lavorativa – o, più semplicemente, alla presenza

1. G. Furgiuele, *Notazioni sull'insopprimibile nesso fra diritto e interpretazione*, in *Quad. fiorentini*, 2010, n. 39, p. 781.
2. *Ibidem*, p. 789.
3. *Ibidem*, p. 781.

del prestatore di lavoro all'interno del luogo di lavoro –, e che rendono possibile che una malattia o un infortunio trovino la loro causa, o quantomeno una loro concausa, nell'ambiente di lavoro, hanno determinato la necessità di predisporre un apparato normativo inizialmente rivolto alla sola tutela della salute e della sicurezza del lavoratore sul luogo di lavoro, e che poi si è ampliato sino a comprendere anche la protezione della dignità dello stesso. Tale istanza trova, peraltro, fondamento già nel disposto della Carta costituzionale, la quale all'art. 32 espressamente sancisce il diritto alla salute, nel momento in cui prevede che «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività […]»[4].

L'esigenza che si manifesta, anzitutto, è quindi quella di preordinare un sistema che sia in grado non soltanto di riparare una lesione, una volta che questa si sia determinata, ma, e prima ancora, di prevenire il verificarsi di eventi lesivi della salute del lavoratore, ponendo un argine ai rischi potenzialmente connessi allo svolgimento di un'attività lavorativa. A tale scopo è finalizzato il c.d. obbligo di sicurezza, gravante sul datore di lavoro, affermato dall'art. 2087 del codice civile, rubricato «Tutela delle condizioni di lavoro», secondo cui: «L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro»[5]. Integrando il contenuto obbligatorio del contratto di lavoro subordinato, l'obbligazione (di natura contrattuale) di sicurezza determina l'insorgenza, in capo al lavoratore, di un diritto soggettivo a vedere tutelata la propria integrità fisica e personalità morale. Come l'iniziativa economica privata (e, di conseguenza, la libertà di organizzazione del lavoro[6]), sancita dall'art. 41, comma 2, della Costituzione, trova un limite esterno nei valori di rilevanza costituzionale della sicurezza (del lavoratore) e della dignità umana, così i valori dell'integrità fisica e della personalità morale del lavoratore fungono da limite all'esercizio dei poteri organizzativi datoriali[7]. Di conseguenza, nei confronti del datore di lavoro potrà sempre essere fatta valere anzitutto una responsabilità di natura contrattuale, *ex* art. 1218 c.c., in caso di mancata

4. Sul diritto alla salute nella Carta costituzionale cfr., *ex multis*, L. Montuschi, *Sub art. 32*, in *Comm. Cost.* Branca, Vol. VII, Bologna-Roma, 1976, p. 146 ss.; M. Luciani, voce *Salute. Diritto alla salute. Diritto costituzionale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Vol. XXVII, Roma, 1991; C.M. D'Arrigo, *Salute (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001; R. Ferrara, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in *Tratt. biodir.* Rodotà e Zatti, Vol. V, *Salute e sanità*, Milano, p. 3 ss.

5. Cfr. P. Albi, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, Milano, 2008; M. Lai, *Diritto della salute e sicurezza sul lavoro*, Torino, 2010; Id., *Il diritto alla sicurezza sul lavoro tra conferme e sviluppi*, Torino, 2016; F. Malzani, *Ambiente di lavoro e tutela della persona. Diritti e rimedi*, Milano, 2014.

6. In questo senso F. Galgano, *Commento all'art. 41*, in *Comm. Cost.* Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 4.

7. L. Montuschi, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Milano, pp. 75-76. Sui limiti costituzionali imposti alla libertà di organizzazione dei fattori produttivi si veda, di recente, G. Ludovico, *Lo* stress *lavoro correlato tra tutela prevenzionistica, risarcitoria e previdenziale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, spec. p. 407 ss.

o incompleta adozione delle dovute misure di sicurezza; inoltre, potrà anche essere invocata, sempre dal lavoratore, una responsabilità di natura extracontrattuale, *ex* art. 2043 c.c., qualora la lesione abbia pregiudicato il diritto alla salute protetto dall'art. 32 della Costituzione, dal quale difatti discende sia una pretesa verso i pubblici poteri, affinché siano predisposti i mezzi necessari alla tutela della salute, sia un diritto azionabile nei confronti dei privati, affinché questi ultimi si astengano dal porre in essere eventuali condotte lesive.

Le «misure […] necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro», alle quali fa riferimento l'art. 2087 c.c., sono state specificate, a partire dagli anni Cinquanta dello scorso secolo, attraverso una serie di provvedimenti legislativi e regolamentari che hanno esplicitato le misure preventive che il datore di lavoro è chiamato ad apprestare a seconda dei diversi contesti lavorativi. L'esito di tale percorso – segnato in maniera significativa anche dalla necessità di dare attuazione alla Direttiva quadro n. 89/391/CEE in tema di miglioramento della salute e della sicurezza dei lavoratori durante il lavoro[8] – è rappresentato dal c.d. "Testo unico sulla sicurezza" (d.lgs. n. 81/2008, d'ora in poi: TUSL), che ad oggi descrive le modalità concrete per attuare la prevenzione in azienda, ed al quale si affiancano una serie di regolamentazioni tecniche dettate per specifici settori o lavorazioni.

Si consideri, peraltro, che la portata dell'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c., norma di chiusura di tutto il sistema prevenzionistico ed antinfortunistico[9], si proietta ben oltre le menzionate disposizioni legislative, dal momento che la dottrina e la giurisprudenza hanno costantemente affermato che il datore di lavoro non può limitarsi ad attenersi alle prescrizioni tecniche derivanti dalla vigente normativa; egli, in altre parole, è tenuto ad adottare anche tutte quelle misure che si rendano necessarie secondo il canone della «massima sicurezza tecnologicamente fattibile»[10], e quindi ad aggiornarsi costantemente circa i più recenti *standard* tecnici idonei a garantire ai lavoratori condizioni di piena sicurezza, ben potendo altrimenti essere considerato responsabile (tanto in sede civile quanto, eventualmente, in sede penale) per le lesioni occorse al lavoratore. Ne deriva da un lato una costante incertezza del datore di lavoro circa le concrete misure di prevenzione da adottare, e dall'altro il rischio di addossare in capo al datore una responsabilità di natura quasi oggettiva, vale a dire che prescinde da una sua effettiva colpa.

8. G. Ricci, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori*, in S. Sciarra (a cura di), *Manuale di diritto sociale europeo*, Torino, 2010, p. 54 ss.

9. Cfr., per tutti, C. Smuraglia, *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, Milano, 1967, p. 66.

10. In dottrina cfr., per tutti, G.G. Balandi, *Il contenuto dell'obbligo di sicurezza*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1994, p. 79 ss.; con riferimento alla giurisprudenza si vedano, fra le molte, Cass., 17 febbraio 2009, n. 3786; Cass., 17 febbraio 2009, n. 3688; Cass., 1° febbraio 2008, n. 2491.

2. Il Testo unico sulla sicurezza (d.lgs. n. 81/2008): l'ambito di applicazione soggettivo e gli obblighi di sicurezza.

Il TUSL[11] si caratterizza per un ambito di applicazione *ratione personae* decisamente ampio, sia per quel che concerne la definizione di lavoratore (art. 2: «persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un'attività lavorativa nell'ambito dell'organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato, con o senza retribuzione, anche al solo fine di apprendere un mestiere, un'arte o una professione, esclusi gli addetti ai servizi domestici e familiari»), sia per quel che riguarda la definizione di datore di lavoro (art. 2: con riferimento al lavoro privato, «il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa»; con riferimento alle pubbliche amministrazioni, «il dirigente al quale spettano i poteri di gestione, ovvero il funzionario non avente qualifica dirigenziale, nei soli casi in cui quest'ultimo sia preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale […] e dotato di autonomi poteri decisionali e di spesa. In caso di omessa individuazione, o di individuazione non conforme ai criteri sopra indicati, il datore di lavoro coincide con l'organo di vertice medesimo»).

Particolarmente rilevante è – ai nostri fini – la definizione di datore di lavoro, posto che è principalmente in capo a quest'ultimo che, come si è detto, gravano gli obblighi e le funzioni in materia di sicurezza sul lavoro[12]. Tali funzioni possono talvolta essere delegate ad altri dipendenti (art. 16), a condizione che la delega, risultante da atto scritto, sia stata conferita ad un soggetto in possesso dei requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate ed al quale siano attribuiti tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate ed autonomia di spesa, e che la delega sia accettata dal delegato per iscritto. Sono fatte salve dalla delega di funzioni, *ex* art. 17, da un lato l'attività di valutazione dei rischi e l'elaborazione del Documento di valutazione dei rischi (DVR), e dall'altro la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dei rischi (si tornerà più diffusamente su questi aspetti nei §§ 5.1.1. e 5.1.2.).

11. Sul d.lgs. n. 81/2008 si vedano, *ex multis*, G. Santoro Passarelli (a cura di), *La nuova sicurezza in azienda*, Milano, 2008; M. Tiraboschi (a cura di), *Il testo unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2008; M. Tiraboschi, L. Fantini (a cura di), *Il testo unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (d.lgs. n. 106/2009)*, Milano, 2009; L. Zoppoli, P. Pascucci, G. Natullo (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Milano, 2010; F. Carinci, E. Gragnoli (a cura di), *Codice commentato della sicurezza sul lavoro*, Milano, 2010; L. Montuschi (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro*, Bologna, 2011; P. Pascucci, *3 agosto 2007-3 agosto 2009. Due anni di attività legislativa per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Fano, 2011; R. Guariniello, *Il T.U. sicurezza sul lavoro commentato con la giurisprudenza*, Milano, 2014.

12. Su tale nozione si veda, *amplius*, C. Lazzari, *Datore di lavoro e obbligo di sicurezza*, I Working Papers di Olympus n. 7/2012, http://olympus.uniurb.it/images/wpo/wpo7.12-lazzari.pdf; cfr. pure F. Stolfa, *L'individuazione e le responsabilità del datore di lavoro e dei dirigenti in materia di sicurezza sul lavoro*, I Working Papers di Olympus n. 33/2014, http://olympus.uniurb.it/images/wpo/2014/wpo33_2014.stolfa.f.pdf.

Al di là della delega di funzioni, è comunque previsto che una serie di obblighi gravino anche sul dirigente (art. 2: «persona che, in ragione delle competenze professionali e di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, attua le direttive del datore di lavoro organizzando l'attività lavorativa e vigilando su di essa e sui preposti») e sul preposto (art. 2: «persona che, in ragione delle competenze professionali e nei limiti di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, sovrintende alla attività lavorativa e garantisce l'attuazione delle direttive ricevute, controllandone la corretta esecuzione da parte dei lavoratori ed esercitando un funzionale potere di iniziativa»), nonché sullo stesso lavoratore.

Prima di individuare gli obblighi di sicurezza ed i soggetti sui quali essi gravano, il d.lgs. n. 81/2008 identifica una serie di misure generali di tutela (art. 15), che consistono: nella valutazione di tutti i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori; nella programmazione della prevenzione; nell'eliminazione dei rischi e, ove ciò non sia possibile, nella loro riduzione al minimo in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico; nel rispetto dei principi ergonomici nell'organizzazione del lavoro; nella riduzione dei rischi alla fonte; nella sostituzione di ciò che è pericoloso con ciò che non lo è, o che è meno pericoloso; nella limitazione al minimo del numero dei lavoratori che sono, o che possono essere, esposti al rischio; nell'utilizzo limitato degli agenti chimici, fisici e biologici sui luoghi di lavoro; nella priorità delle misure di protezione collettiva rispetto alle misure di protezione individuale; nel controllo sanitario dei lavoratori; nell'allontanamento del lavoratore dall'esposizione al rischio per motivi sanitari inerenti la sua persona e nell'adibizione, ove possibile, ad altra mansione; nell'informazione e nella formazione adeguate per i lavoratori, i dirigenti, i preposti e i rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza; nelle istruzioni adeguate per i lavoratori; nella partecipazione e consultazione dei lavoratori e dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza; nella programmazione delle misure ritenute opportune per garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza, anche attraverso l'adozione di codici di condotta e di buone prassi; nelle misure di emergenza da attuare in caso di primo soccorso, di lotta antincendio, di evacuazione dei lavoratori e di pericolo grave e immediato; nell'uso di segnali di avvertimento e di sicurezza; infine, nella regolare manutenzione di ambienti, attrezzature, impianti, con particolare riguardo ai dispositivi di sicurezza in conformità alle indicazioni dei fabbricanti.

Sono, poi, individuati specificamente gli obblighi gravanti sul datore di lavoro e sul dirigente (art. 18), nonché sui preposti (art. 19) e sugli stessi lavoratori (art. 20)[13]. Il principale degli obblighi che grava sul datore di lavoro è indubbiamente quello concernente la periodica valutazione dei rischi (art. 28 ss., sulla quale vedi *infra*, § 5.1.1.), che comporta la

13. Con particolare riferimento agli obblighi gravanti sui lavoratori si veda M. Martinelli, *L'individuazione e le responsabilità del lavoratore in materia di sicurezza sul lavoro*, I Working Papers di Olympus n. 37/2014, http://olympus.uniurb.it/images/wpo/2014/wpo37.martinelli.pdf.

necessaria elaborazione del Documento di valutazione dei rischi (DVR), il quale, fra le altre cose, deve contenere una relazione sulla valutazione di tutti i rischi per la sicurezza e la salute durante l'attività lavorativa, ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari, tra cui anche quelli collegati allo *stress* lavoro-correlato, quelli riguardanti le lavoratrici in stato di gravidanza, nonché quelli connessi alle differenze di genere, all'età, alla provenienza da altri Paesi ed alla specifica tipologia contrattuale attraverso cui viene resa la prestazione di lavoro; l'indicazione delle misure di prevenzione e di protezione attuate e dei dispositivi di protezione individuali adottati; il programma delle misure ritenute opportune per garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza; l'individuazione delle procedure per l'attuazione delle misure da realizzare e dei ruoli dell'organizzazione aziendale che vi debbono provvedere; l'indicazione del nominativo del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza e del medico competente che ha partecipato alla valutazione del rischio; l'individuazione delle mansioni che eventualmente espongono i lavoratori a rischi specifici.

Uno degli elementi che maggiormente qualificano il TUSL, anzitutto da un punto di vista innovativo, consiste quindi nella espressa previsione, per tutti i datori di lavoro, pubblici e privati, dell'obbligo di valutare, prevenire ed eventualmente correggere i rischi derivanti dallo *stress* lavoro-correlato, secondo quanto previsto dall'Accordo quadro europeo sullo *stress* nei luoghi di lavoro dell'8 ottobre 2004 (cfr. *infra*, § 3); tali rischi si collocano nel novero dei rischi psicosociali, che sono quelli «risultanti dall'interazione tra gestione, organizzazione, contenuto del lavoro, condizioni ambientali, da un lato, e competenze ed esigenze dei lavoratori, dall'altro»[14]. Si tratterà, ora, di esaminare i contenuti dell'Accordo quadro e della sua trasposizione nell'Accordo interconfederale del 9 giugno 2008, per concentrarci, poi, sulla valutazione dei rischi, ed in particolare di quelli derivanti dallo *stress* lavoro-correlato, di cui all'art. 28 del TUSL.

3. L'Accordo quadro europeo sullo *stress* nei luoghi di lavoro dell'8 ottobre 2004 e la sua trasposizione nell'Accordo interconfederale del 9 giugno 2008.

Il concetto di rischio da *stress* lavoro-correlato è comparso per la prima volta, in Italia, a livello contrattuale, ed in particolare nell'Accordo interconfederale del 9 giugno 2008, sottoscritto da Cgil, Cisl, Uil e dalle maggiori associazioni datoriali nazionali[15], il qua-

14. Tale definizione è stata fornita dall'Organizzazione internazionale del lavoro nel 1986; vi sono, quindi, compresi, fra gli altri, lo *stress* lavoro-correlato, il *mobbing*, il *burn-out*, le molestie, etc. Si veda, sin d'ora, R. Nunin, *La prevenzione dello stress lavoro-correlato. Profili normativi e responsabilità del datore di lavoro*, Trieste, 2012; cfr. pure i contributi raccolti in L. Angelini (a cura di), *La prevenzione dei rischi da* stress *lavoro-correlato. Profili normativi e metodiche di valutazione. Atti del convegno. Urbino, 8 novembre 2013*, I Working Papers di Olympus n. 31/2014, http://olympus.uniurb.it/images/wpo/2014/angelnia%20curawpo31_2014.pdf. Secondo O. Bonardi, *Oltre lo stress: i nuovi rischi e la loro valutazione globale*, in *Lav. dir.*, 2012, p. 298, lo *stress* rappresenterebbe, assieme alla precarietà del lavoro, «la nuova frontiera della valutazione dei rischi sul lavoro».

15. Il riferimento, in particolare, è a Confindustria, Confapi, Confartigianato, Casartigiani, Claai, Cna, Confesercenti, Confcooperative, Lega cooperative, Agci, Confservizi, Confagricoltura e Coldiretti; restano, quindi,

le ha dato attuazione nell'ordinamento italiano all'Accordo quadro europeo, stipulato a Bruxelles l'8 ottobre 2004 dal sindacato europeo Ces e dalle tre organizzazioni datoriali europee Unice, Ueapme e Ceep; quasi contemporaneamente, lo stesso concetto è stato introdotto anche a livello legislativo attraverso l'art. 28, comma 1, del TUSL. Si tratta, quindi, di un'acquisizione tutto sommato recente, peraltro sospinta anche dall'intervento della Corte di giustizia, la quale, nel 2001, era intervenuta per censurare la normativa italiana allora vigente in materia di tutela della salute e della sicurezza nel luogo di lavoro (d.lgs. n. 626/1994), imponendo la valutazione di *tutti* i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori, ivi compresi quindi quelli di natura psicosociale, espressamente individuati dalla Direttiva quadro n. 89/391/CEE[16].

Il *Framework Agreement on work-related stress* del 2004 rappresenta probabilmente il principale strumento di *soft law* dell'Unione europea in materia[17], nonché una delle principali realizzazioni nel quadro della Strategia comunitaria per la salute e sicurezza 2002-2006[18]. Esso costituisce l'esito di un'attività di dialogo sociale che le parti sociali a livello europeo – in conformità con quanto previsto dall'art. 155 TFUE – hanno deciso di implementare in via autonoma[19], allo scopo di «accrescere la consapevolezza e la comprensione dello *stress* lavoro-correlato da parte dei datori di lavoro, dei lavoratori e dei loro rappresentanti», da un lato, e di «attirare la loro attenzione sui segnali che potrebbero denotare problemi di *stress* lavoro-correlato», dall'altro (art. 2)[20].

esclusi il settore delle banche e quello delle assicurazioni.

16. Corte giust., 15 novembre 2001, c. 49/00, Commissione c. Italia, in *Racc.*, 2001, I-8575, sulla quale si veda C. Smuraglia, *Sicurezza del lavoro e obblighi comunitari. I ritardi dell'Italia nell'adempimento e le vie per uscirne*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, p. 183 ss., nonché, più in generale, V. Pasquarella, *La disciplina dello* stress *lavoro-correlato tra fonti europee e nazionali: limiti e criticità*, I Working Papers di Olympus n. 6/2012, http://olympus.uniurb.it/images/wpo/wpo6.2012-pasquarella.pdf, 1-2. L'art. 2, comma 1, lett. *q*, del d.lgs. n. 81/2008 richiede ora una «valutazione globale e documentata di tutti i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori presenti nell'ambito dell'organizzazione».

17. Per quanto attiene, invece, agli strumenti di *hard law* dell'Unione europea che rilevano, più in generale, in materia di rischi psico-sociali si rinvia a M. Peruzzi, *La prevenzione dei rischi psico-sociali nel diritto dell'Unione europea*, in *Lav. dir.*, 2012, spec. p. 203 ss.

18. Comunicazione della Commissione, *Adattarsi alle trasformazioni del lavoro e dalla società: una nuova strategia comunitaria per la salute e la sicurezza 2002-2006*, COM(2002) 118 def. dell'11 marzo 2002; sulla strategia cfr. M. Peruzzi, *La prevenzione*, cit., pp. 218-221. Più in generale, si veda pure P. Tullini, *Sicurezza sul lavoro e modello sociale europeo: un'ipotesi di sviluppo*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Vol. II, Bari, 2008, p. 1257 ss.

19. Su questi temi si veda M. Peruzzi, *L'autonomia nel dialogo sociale europeo*, Bologna, 2011.

20. Si sofferma sulla genesi dell'accordo, ed in particolare sulla non semplice fase di negoziazione dello stesso, C. Frascheri, *Il rischio da* stress *lavoro-correlato. Normativa, procedure di valutazione e organizzazione del lavoro*, Roma, 2011. Restano esclusi dall'ambito di applicazione oggettivo dell'Accordo la violenza sul lavoro, il *mobbing* e lo *stress* post-traumatico, pur ammettendo che i primi due fenomeni possano rappresentare fattori potenzialmente idonei a dar luogo a fenomeni di *stress* lavoro-correlato: cfr., *amplius*, M. Peruzzi, *La valutazione del rischio da stress lavoro-correlato ai sensi dell'art. 28 del d.lgs. 81/2008*, I Working Papers di Olympus n. 2/2011, http://olympus.uniurb.it/images/wpo/wpo2-2011.peruzzi.pdf, 13-20; su tali fenomeni è successivamente intervenuto un nuovo Accordo quadro siglato dalle parti sociali europee il 26 aprile 2007, in relazione al quale si veda M.

L'art. 3 del medesimo accordo fornisce una definizione di *stress* lavoro-correlato[21]: si tratta di «una condizione, accompagnata da sofferenze o disfunzioni fisiche, psichiche, psicologiche o sociali, che scaturisce della sensazione individuale di non essere in grado di rispondere alle richieste o di non essere all'altezza delle aspettative». Come è evidente, quella proposta è una definizione alquanto generica[22], che valorizza – almeno di primo acchito – la prospettiva soggettivistica[23]: l'articolo continua, difatti, affermando che l'individuo è assolutamente in grado di sostenere una esposizione di breve durata alla tensione, che può essere considerata positiva (il c.d. *eustress*), ma ha maggiori difficoltà a sostenere una esposizione prolungata ad una pressione intensa (il c.d. *distress*). Inoltre, individui diversi possono reagire differentemente a situazioni simili, e lo stesso individuo può reagire diversamente di fronte a situazioni simili in momenti diversi della propria vita. Infine, si osserva che lo *stress* non è una malattia, pur ammettendo che una situazione di prolungata tensione possa ridurre l'efficienza sul lavoro e determinare l'insorgenza di malattie, e che anche lo *stress* indotto da fattori esterni all'ambiente di lavoro possa determinare «mutamenti nel comportamento ed una riduzione dell'efficienza sul lavoro», fermo restando comunque che «non ogni manifestazione di *stress* sul lavoro può essere considerata *stress* lavoro-correlato».

È solo nell'art. 4, dedicato all'identificazione dei fattori che sono idonei a determinare lo *stress* lavoro-correlato, che la prospettiva soggettivistica viene bilanciata, attraverso un richiamo alla dimensione collettiva ed organizzativa del fenomeno, in senso oggettivo[24]. Nel novero dell'elenco – esemplificativo e non esaustivo – degli indici sintomatici di una possibile presenza di fenomeni di *stress* lavoro-correlato, infatti, figurano (in un *mix* di fattori eterogenei, non sempre denotati da un carattere di sufficiente oggettività, potendo essi variare a seconda del soggetto preso in considerazione[25]) l'organizzazione del lavoro e dei suoi processi (accordi sul tempo di lavoro, grado di autonomia, incontro tra capacità dei lavoratori e requisiti del lavoro, carico di lavoro, etc.), le condizioni lavorative ed ambientali (esposizione a comportamenti offensivi, rumore, calore, sostanze pericolose, etc.), la comunicazione ed i fattori soggettivi (quali pressioni emotive e sociali, sensazione

---

Peruzzi, *La prevenzione*, cit., p. 225 ss.

21. Si tratta, difatti, di una definizione, più che di una vera e propria nozione, come sottolineato da L. Calafà, *Il diritto del lavoro e il rischio psico-sociale (e organizzativo) in Italia*, in *Lav. dir.*, 2012, p. 259, la quale ritiene che la vicenda dell'Accordo quadro del 2004 sia esemplificativa della tendenza dei tecnici del diritto, posti di fronte a fenomeni sociali nuovi o non del tutto conosciuti, ad «attribuire valenza prescrittiva a formule meramente descrittive di particolari fenomeni, senza cautela alcuna».

22. M.C. Cataudella, *Lavorare stanca. Alcune considerazioni sullo stress lavoro correlato*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, p. 680.

23. In questo senso M. Peruzzi, *La prevenzione*, cit., p. 222; R. Nunin, *La prevenzione*, cit., p. 36.

24. M. Peruzzi, *La valutazione*, cit., p. 12, rileva che la circostanza che l'Accordo si occupi dello *stress* lavoro-correlato soprattutto nella sua interconnessione con la dimensione collettiva dell'organizzazione di lavoro rappresenta «il più rilevante risultato del processo di negoziazione, non presentandosi inizialmente come una premessa condivisa fra le delegazioni europee partecipanti al tavolo», essendo in particolare avversata dal fronte datoriale.

25. Così M.C. Cataudella, *Lavorare stanca*, cit., p. 682.

di inadeguatezza, percezione di mancanza di sostegno, etc.). Una volta identificato un problema di *stress* lavoro-correlato, prosegue l'articolo, è necessario agire per prevenirlo, ridurlo o eliminarlo, spettando al datore di lavoro la responsabilità di definire le misure appropriate da adottare, le quali comunque devono essere attuate con la partecipazione e la collaborazione dei lavoratori e/o dei loro rappresentanti.

Richiamando espressamente la Direttiva quadro n. 89/391/CEE, l'Accordo rileva come anche i problemi di *stress* lavoro-correlato, qualora rappresentino un rischio per la salute e la sicurezza dei lavoratori, rientrino nel generale obbligo di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori gravante sul datore di lavoro, e che anche i lavoratori siano compartecipi di tale obbligo, dovendosi essi attenere alle misure protettive determinate dal datore di lavoro (art. 5). In tale quadro, il «generale processo di valutazione dei rischi» è individuato come uno degli strumenti per la gestione dei problemi di *stress* da lavoro, «attraverso un'apposita politica sullo *stress* e/o specifiche misure mirate ai fattori di *stress* individuati».

Le misure dirette a prevenire, eliminare o ridurre i problemi di *stress* da lavoro – che, una volta introdotte, devono comunque essere periodicamente monitorate ed eventualmente riviste ed adattate alle mutate condizioni organizzative – possono avere carattere collettivo, individuale o misto (art. 6), e può trattarsi sia di misure specifiche, dirette ad individuare e contenere i fattori di *stress*, sia di misure rientranti in una più ampia politica aziendale che preveda misure preventive ed interventi di risposta, una volta che il fenomeno si sia verificato. L'elenco (ancora una volta esemplificativo) enumerato dalla norma comprende misure di gestione e comunicazione, come quelle destinate a chiarire gli obiettivi dell'impresa ed il ruolo di ciascun lavoratore, ad assicurare un adeguato sostegno manageriale agli individui ed ai gruppi, a coniugare responsabilità e controllo sul lavoro, a migliorare l'organizzazione ed i processi lavorativi, le condizioni e l'ambiente di lavoro; misure dirette alla formazione dei dirigenti e dei lavoratori, per aumentare la consapevolezza e la comprensione del fenomeno dello *stress* lavoro-correlato, delle sue possibili cause e del modo per affrontarlo e/o adattarsi al cambiamento; infine, misure di informazione e consultazione dei lavoratori e dei loro rappresentanti, secondo la legislazione nazionale e dell'Unione, gli accordi collettivi e le buone prassi in materia.

Per quanto attiene all'implementazione dell'Accordo quadro del 2004, le parti sociali a livello europeo hanno stabilito di procedere, *ex* art. 155.2 TFUE, «secondo le procedure e le prassi proprie delle parti sociali e degli Stati membri», prevedendo un termine di attuazione di tre anni (art. 7) nonché, fra le altre cose, la necessità di rispettare la clausola di non regresso in esso espressamente sancita, secondo la quale l'attuazione dell'Accordo da parte degli ordinamenti nazionali non può costituire il pretesto per l'abbassamento delle tutele da essi già riconosciute[26].

26. Per uno sguardo comparato sull'attuazione dell'Accordo quadro negli altri Paesi europei si rinvia a R. Nunin, *La prevenzione*, cit., p. 93 ss.; L. Lerouge, *Il rischio psico-sociale, un'analisi giuridica comparata tra il Nord e il*

In Italia, come si ricordava, la trasposizione dell'Accordo quadro ha assunto le vesti dell'Accordo interconfederale del 9 giugno 2008, sottoscritto da Cgil, Cisl, Uil e dalle maggiori associazioni datoriali nazionali. Si tratta di un Accordo che si limita a tradurre letteralmente i contenuti dell'Accordo quadro europeo[27]: nella stessa premessa del testo italiano, difatti, si precisa che si tratta di una «traduzione in lingua italiana del testo redatto in lingua inglese». Non sono previste, in altre parole, in aggiunta alla pedissequa riproduzione dei contenuti della fonte europea, disposizioni idonee a implementare ulteriormente i contenuti dell'Accordo quadro.

L'Accordo interconfederale ha costituito inizialmente una fonte normativa non vincolante *erga omnes*, bensì solo per le imprese aderenti alle associazioni datoriali firmatarie, nonché per i lavoratori aderenti alle confederazioni sindacali firmatarie[28]. Tuttavia, quasi simultaneamente al recepimento dell'Accordo europeo nell'Accordo interconfederale, il d.lgs. n. 81/2008, che come si ricordava ha disegnato il nuovo quadro normativo in materia di tutela della salute e della sicurezza sul luogo di lavoro, ha conferito efficacia generale ai contenuti della fonte europea, richiamandola espressamente nel quadro dell'art. 28 in materia di valutazione dei rischi.

4. La fattispecie dello *stress* lavoro-correlato nell'art. 28 del Testo unico sulla sicurezza.

Come si accennava, gli artt. 28-30 del TUSL sono dedicati alla valutazione dei rischi (sulla quale ci soffermeremo in dettaglio nel § 5.1.1.), ed in particolare – per quanto in questa sede maggiormente rileva – dei "nuovi" rischi, *in primis* quelli connessi allo *stress* lavoro-correlato, ai quali è sicuramente dedicata una maggiore attenzione rispetto a quella riservata agli altri rischi espressamente menzionati[29]; tale valutazione indubbiamente rappresenta uno dei principali obblighi gravanti sul datore di lavoro, oltre che una specificazione del generale obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c., la cui «latitudine» è ora definita «con un'accuratezza ancora maggiore rispetto al passato»,

Sud dell'Europa, in *Lav. dir.*, 2012, p. 233 ss. Con riferimento ad alcuni casi nazionali particolarmente interessanti cfr. C. Molina Navarrete, *Organizzazione del lavoro, salute e sicurezza e prevenzione dei rischi psico-sociali in Spagna: resistenze e aperture*, in *Lav. dir.*, 2012, p. 319 ss.; M. Steinberg, *La prevenzione dei rischi psico-sociali sul luogo di lavoro: la normativa svedese*, in *Lav. dir.*, 2012, p. 339 ss.; V. Van der Plancke, *Il Belgio di fronte ai rischi psicosociali al lavoro*, in *Lav. dir.*, 2012, p. 361 ss.

27. «The Interconfederal Agreement on the transposition of the European Framework Agreement contains all the provisions of the European text in an almost literal translation, including the implementation provisions»: così si esprime il *Report on the implementation of the European social partners' Framework Agreement on Work-related Stress* della Commissione europea, SEC(2011) 241 def. del 24 febbraio 2011, p. 54.

28. Sull'Accordo interconfederale del 2008 si veda D. Gottardi, *Lo stress lavoro-correlato: il recepimento dell'Accordo quadro europeo*, in *G. lav.*, 2008, n. 26, p. 20 ss.

29. O. Bonardi, *Oltre lo stress*, cit., p. 291, alla quale si rinvia più in generale per un'attenta disamina dei «nuovi rischi» (connessi alla precarietà del lavoro, ma anche a particolari categorie di soggetti a rischio quali i lavoratori anziani, i lavoratori migranti, le persone disabili, le donne ed i giovani).

«chiudendo ogni spazio a possibili "zone franche" ove di fatto possa continuare ad annidarsi un *deficit* di tutela per i lavoratori e le lavoratrici»[30].

L'art. 28 per la prima volta introduce in maniera chiara ed espressa nell'ordinamento italiano l'obbligo per il datore di lavoro di valutare «tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari, tra cui anche quelli collegati allo *stress* lavoro-correlato, secondo i contenuti dell'accordo europeo dell'8 ottobre 2004»[31]. Da ciò, peraltro, non sembra potersi dedurre l'esclusione di un obbligo di valutazione relativo anche ad altri possibili aspetti del più generale quadro dei rischi psico-sociali, del cui *genus* lo *stress* lavoro-correlato costituisce una *species*, quale, fra gli altri, il fenomeno del *mobbing*[32], soprattutto se si considera l'ampia nozione di salute affermata dall'art. 2, comma 1, lett. *o*, del TUSL (che la definisce come lo «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un'assenza di malattia o infermità»[33]), alla cui tutela è preordinato l'intero sistema normativo[34].

Prima dell'emanazione del d.lgs. n. 81/2008, in verità, l'ordinamento italiano non ignorava del tutto il problema dello *stress* lavoro-correlato, ma lo ricollegava solo ad alcuni tipi di lavoro o ad alcune mansioni ritenute particolarmente pericolose, quali, ad esempio, i c.d. lavori usuranti, definiti dall'art. 1 del d.lgs. n. 374/1993 come «quelli per il cui svolgimento è richiesto un impegno psicofisico particolarmente intenso e continuativo, condizionato da fattori che non possono essere prevenuti con misure idonee»[35]. L'estensione della valutazione a «tutti i rischi rilevanti», come si ricordava, è stata sospinta nel 2001 dalla già citata sentenza *Commissione c. Italia* della Corte di giustizia, ed è culminata nell'art. 28, che finalmente travalica i riferimenti settoriali ed al tipo di attività o mansione svolta dai lavoratori.

Ciò che manca, tuttavia, all'interno del TUSL, è una definizione di *stress* lavoro-correlato, ed in particolare una definizione che da un lato consenta di identificare i sintomi che, al di là della percezione del singolo individuo (che non può che essere soggettiva), indichino uno stato di *stress*, e dall'altro permetta di individuare le cause generalmente idonee a genera-

30. R. Nunin, *La prevenzione*, cit., p. 44. Si veda pure P. Lambertucci, *Sicurezza sul lavoro e rischi psico-sociali: profili giuridici*, in *Dir., lav., merc.*, 2010, p. 347 ss.; ma cfr. già anche L. Montuschi, *Ambiente di lavoro e tutela della malattia psichica*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, I, p. 3 ss.

31. Per un puntuale commento all'art. 28 si veda, fra gli altri, E. Gragnoli, Sub *art. 28*, in C. Zoli (a cura di), *Principi comuni*, in L. Montuschi (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro*, cit., p. 393 ss.

32. *Ibid.*, pp. 46-49, per un riepilogo del dibattito dottrinale circa la tassatività o meno dell'elenco dei rischi rilevanti contenuti nell'art. 28.

33. Tale definizione riprende testualmente quella contenuta nel preambolo della Costituzione dell'Organizzazione mondiale della sanità, approvata il 22 luglio 1946.

34. Secondo L. Zoppoli, *I principi generali e le finalità*, in L. Zoppoli, P. Pascucci, G. Natullo (a cura di), *Le nuove regole*, cit., p. 6, l'art. 32 della Costituzione rappresenterebbe il fondamento giuridico dell'intero sistema di tutela predisposto dal d.lgs. n. 81/2008.

35. M.C. Cataudella, *Lavorare stanca*, cit., pp. 674-675.

re *stress*[36]: il legislatore nazionale, a tale proposito, non ha fatto altro che rinviare ai contenuti dell'Accordo quadro, e non anche a quelli dell'Accordo interconfederale, posto che, come si ricordava, l'Accordo interconfederale è stato siglato a poche settimane dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2008; ciò non determina, comunque, conseguenze degne di rilievo, se è vero che le due fonti contrattuali sono null'altro che l'una la traduzione dell'altra. L'Accordo europeo «diventa così l'unico parametro normativo per definire i contenuti della valutazione richiesta al datore di lavoro. Il fatto è che neppure l'Accordo europeo offre una definizione puntuale degli strumenti di valutazione dello *stress*, limitandosi – come si è detto – ad una elencazione meramente esemplificativa che lascia al datore l'esclusiva responsabilità in ordine alle misure da adottare»[37]. In altre parole, «neppure l'Accordo europeo è in grado di offrire alla platea cui si rivolge una nozione "puntuale" del fenomeno di cui si occupa e, circostanza che può in effetti apparire ancor più critica, sembrerebbe non fornire nemmeno un'indicazione precisa degli strumenti di valutazione»[38]. Ciononostante, attraverso il rinvio operato dall'art. 28, il disposto dell'Accordo quadro – il quale, con specifico riferimento alla nozione di *stress* lavoro-correlato, presenta il già menzionato rischio di una "deriva soggettivistica", oltre a peccare di eccessiva genericità, con le prevedibili conseguenti incertezze in termini di imputabilità del datore di lavoro per omessa o inidonea valutazione dei rischi[39] – diviene fonte di diritto positivo dell'ordinamento nazionale[40].

Forse anche per ridurre i margini di incertezza della disposizione il d.lgs. n. 106/2009, intervenuto allo scopo di correggere alcune disposizioni del TUSL, ha introdotto nel corpo dell'art. 28 il comma 1 *bis*, a mente del quale la valutazione dello *stress* lavoro-correlato avrebbe dovuto essere effettuata nel rispetto delle indicazioni elaborate dalla neoistituita Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro, di cui all'art. 6 dello stesso TUSL, a decorrere dal 1° agosto 2010 (data poi posticipata al 31 dicembre dello stesso anno, da intendersi però come data di avvio, e non di conclusione, delle procedure di valutazione dei rischi). Il medesimo decreto correttivo, tuttavia, pur prendendo

36. Come correttamente rileva M.C. Cataudella, *Lavorare stanca*, cit., p. 676, «quello della definizione dello *stress* è un problema, in primo luogo, della medicina e della psicologia ma finisce per interessare anche il diritto, in particolare il diritto del lavoro, quando […] il datore di lavoro è chiamato a prevenire lo *stress* sul lavoro e a rispondere dei danni che lo stesso provoca».

37. G. Ludovico, *Lo* stress, cit., p. 418. È di diverso avviso P. Lambertucci, *Sicurezza sul lavoro*, cit., p. 353.

38. R. Nunin, *La prevenzione*, cit., p. 50. Per un'indagine sulle differenti definizioni di *stress* lavoro-correlato in ambito europeo cfr. M. Giovannone, *Lo* stress *lavoro-correlato in Europa: tecniche di valutazione e approccio regolatorio in chiave comparata*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, p. 566 ss.

39. Si consideri, peraltro, che l'obbligo in questione è penalmente sanzionato: cfr. M. Lai, *L'obbligo di valutazione del rischio da stress lavoro-correlato*, in *Ig. sic. lav.*, 2010, p. 448. Secondo A. Vallebona, *La responsabilità per lo stress lavoro-correlato nella secolarizzazione dell'occidente*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, n. 1/2, p. 26, «La nuova norma sullo *stress* lavoro-correlato dilata i confini dell'incertezza e quindi dell'imputabilità. Introduce una responsabilità da omissione pericolosissima, perché molti oggi sono stressati, ma sarà difficilissimo capire se la causa dello *stress* è il lavoro oppure sono fattori extralavorativi».

40. G. Perone, Stress *e obbligo di sicurezza* ex *art. 2087 c.c.*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, p. 28.

atto delle difficoltà di definire le concrete modalità di valutazione dello *stress*, non ha colto l'occasione per fornire una definizione di *stress* lavoro-correlato dai confini più certi né per connettere, in maniera più stringente di quanto già non faccia l'Accordo quadro, lo *stress* lavoro-correlato alle disfunzioni nell'organizzazione del lavoro[41]. Ciò, invece, sarebbe stato particolarmente utile, specie se si considera che le trasformazioni del mercato del lavoro ed i sostanziali mutamenti dei modelli di organizzazione del lavoro che sono stati introdotti negli ultimi anni hanno determinato l'emersione di nuovi fattori di rischio per la salute dei lavoratori, non ultimo proprio lo *stress* lavoro-correlato. Ciò che viene in rilievo, in tale ipotesi, non sono tanto le singole condotte vessatorie (come, ad esempio, nel caso del *mobbing*), bensì la capacità dell'organizzazione del lavoro di porsi come determinante eziologico di determinati disturbi del lavoratore.

Anche le indicazioni metodologiche per la valutazione dello *stress* lavoro-correlato approvate dalla Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro, e diffuse con la Circolare del Ministero del Lavoro del 18 novembre 2010, tornano sulla definizione di *stress* lavoro-correlato; anche in questo caso, tuttavia, si va poco oltre quanto indicato dall'Accordo europeo, del quale ci si limita a riprendere la definizione di *stress* lavoro-correlato quale «condizione che può essere accompagnata da disturbi o disfunzioni di natura fisica, psicologica o sociale […] conseguenza del fatto che taluni individui non si sentono in grado di corrispondere alle richieste o alle aspettative riposte in loro», con la sola aggiunta della precisazione secondo la quale tale squilibrio in ambito lavorativo è causato da «fattori propri del contesto e del contenuto del lavoro»[42].

Ulteriori utili indicazioni definitorie, infine, sono fornite dall'Agenzia europea per la salute e la sicurezza sul lavoro che, mettendo in evidenza in modo molto chiaro la correlazione fra *stress* ed organizzazione lavorativa[43], definisce lo *stress* lavoro-correlato come lo «stato psicologico che è parte e rispecchia un processo più ampio di interazione tra la persona e l'ambiente di lavoro»[44].

5. Il regime di tutela del lavoratore colpito da *stress* correlato al lavoro.

La rilevata assenza di una chiara definizione di *stress* lavoro-correlato si riflette negativamente sull'operazione di definizione dell'ambito di applicazione delle tutele che

41. Su questi aspetti si veda C. Frascheri, *Il concetto di stress lavoro-correlato e l'organizzazione del lavoro*, in *Ig. sic. lav.*, 2010, p. 311 ss.

42. V. Pasquarella, *La disciplina*, cit., p. 7.

43. Lo *stress* legato al lavoro, che «si manifesta quando le richieste dell'ambiente di lavoro superano la capacità del lavoratore di affrontarle (o controllarle)», *«è* il sintomo di un problema organizzativo, non di una debolezza individuale»: così Agenzia europea per la salute e la sicurezza sul lavoro, *Consigli pratici destinati ai lavoratori su come affrontare lo stress collegato all'attività lavorativa e le sue cause*, in *Facts*, 2002, n. 31, pp. 1-2.

44. Agenzia europea per la salute e la sicurezza sul lavoro, *Ricerca sullo stress correlato al lavoro*, 2000 (ed. italiana 2002), p. 13.

l'ordinamento pone a protezione del lavoratore, così come l'assenza di indicazioni relativamente alle esatte procedure da seguire per rilevare il rischio, prevenire l'evento e riparare il danno si riflette negativamente sulla capacità dell'ordinamento di proteggere efficacemente il lavoratore[45].

Tanto gli strumenti di *hard law* (a livello europeo la Direttiva quadro n. 89/391, che impone un obbligo in capo al datore di lavoro di garantire la sicurezza e la salubrità degli ambienti di lavoro, la Direttiva n. 93/104 prima e poi la 2003/88, che richiedono che l'organizzazione del lavoro si ispiri al principio generale dell'adeguamento del lavoro all'essere umano; a livello nazionale l'art. 2087 c.c. e il d.lgs. n. 81/2008) quanto quelli di *soft law* (codici di autoregolamentazione, dichiarazioni, raccomandazioni), infatti, forniscono indicazioni incerte circa l'oggetto ed il contenuto della tutela. Né viene in soccorso la giurisprudenza, che – stante la scarsità di controversie giunte all'attenzione dei giudici, imputabile verosimilmente proprio alla grande incertezza che avvolge nei fatti questo fattore di rischio – fino ad oggi non ha restituito soluzioni interpretative capaci di supplire alla insoddisfacente operazione definitoria compiuta dal legislatore (a differenza di quanto, invece, è riuscita a fare per il *mobbing*).

Il regime di tutela applicabile alla fattispecie in esame si ricava, in prima battuta, dalle già ricordate norme generali del sistema, poste a tutela della salute e sicurezza del lavoratore, dunque dall'art. 2087 c.c. e dal TUSL.

La tutela del lavoratore colpito da *stress* correlato al lavoro si radica in via principale nell'art. 2087 c.c., che disciplina l'obbligo di sicurezza che sorge in capo al datore di lavoro a seguito dell'instaurarsi di un rapporto di lavoro e che ha ad oggetto l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore.

La natura contrattuale del vincolo che lega lavoratore e datore di lavoro fa sì che la responsabilità che sorge in capo a quest'ultimo, a seguito della violazione dell'obbligo di sicurezza testé ricordato, abbia anch'essa natura contrattuale.

L'obbligazione che scaturisce dall'art. 2087 c.c. ha un duplice contenuto: la prevenzione del rischio del verificarsi dell'evento di danno ed il ristoro del danno che eventualmente si sia verificato.

Ma è la prevenzione che ha da sempre rappresentato l'aspetto più complesso dell'obbligazione datoriale, soprattutto in ragione della dilatazione del suo contenuto compiuta dalla giurisprudenza, che – abbiamo visto – richiede al datore di lavoro di garantire la «massima sicurezza tecnologicamente fattibile», perciò imponendo uno sforzo continuo di aggiornamento dei presìdi di sicurezza, al fine di escludere la responsabilità di eventuali infortuni o malattie causalmente collegate allo svolgimento dell'attività lavorativa.

45. O. Bonardi, *Oltre lo stress*, cit., pp. 292 e 312.

5.1. La prevenzione del rischio.

Al fine di controllare e governare l'obbligo di prevenzione appena ricordato, e così tracciare dei confini alla responsabilità che deriva dalla sua violazione, il legislatore ha proceduto nel tempo a specificarne il contenuto, articolandolo in singoli obblighi cui il datore di lavoro deve adempiere.

L'obbligo centrale è sicuramente quello previsto all'art. 17 TUSL, che consiste nella valutazione dei rischi ai quali i lavoratori sono esposti, e nella elaborazione del relativo documento secondo quanto disposto dall'art. 28 TUSL.

Quest'ultima previsione – come si è visto – dispone espressamente che oggetto della valutazione siano «tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori», ivi compresi «quelli collegati allo *stress* lavoro-correlato»[46].

Tuttavia, l'art. 6, comma 8, lett. *m-quater*, cui tale disposizione fa riferimento, rinvia alla Commissione consultiva permanente per la salute e la sicurezza sul lavoro la definizione delle «indicazioni necessarie alla valutazione del rischio» in questione.

Il legislatore, pertanto, ha chiaramente scelto di non regolare direttamente questa tematica, delegando ad altre fonti la definizione della fattispecie e delle tecniche di tutela, così creando un rilevante margine di incertezza su entrambi i fronti.

Dalla definizione di *stress* lavoro-correlato ricavabile dalle fonti europee[47], e affrontata nei paragrafi precedenti, emerge che la fattispecie è connotata da una dimensione collettiva essendo collegata all'organizzazione del lavoro, da cui la necessità di agire in prevenzione su questo fronte, e non anche su quello individuale, per adattare l'organizzazione all'uomo e alle sue esigenze e non viceversa[48].

5.1.1 L'obbligo di valutazione del rischio.

La valutazione dei rischi consiste nella «valutazione globale e documentata di tutti i rischi per la salute e sicurezza dei lavoratori presenti nell'ambito dell'organizzazione in cui essi prestano la propria attività, finalizzata ad individuare adeguate misure di prevenzione e di protezione e ad elaborare il programma delle misure atte a garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di salute e sicurezza» (art. 2, comma, 1 lett. *q*).

La definizione fornita dal legislatore si incentra sulla *ratio* dell'obbligo di valutazione del rischio, la quale consiste nel rendere possibile la programmazione di misure di prevenzione e di miglioramento delle condizioni di lavoro, ma non precisa come tale valutazione debba essere effettuata.

46. Sull'oggetto dell'obbligo di valutazione del rischio con specifico riferimento allo *stress* correlato al lavoro cfr. L. Angelini, *Dalla* species *al* genus *(o viceversa). Note sull'obbligo di valutazione dello stress lavoro-correlato e dei rischi psico-sociali*, in L. Angelini (a cura di), *La prevenzione*, cit., p. 77.

47. Secondo l'Agenzia europea per la salute e la sicurezza sul lavoro lo *stress* legato al lavoro deriva «da inadeguate modalità di progettazione, organizzazione e gestione del lavoro e da un contesto lavorativo socialmente mediocre». Cfr. https://osha.europa.eu/it/topics/stress, consultato il 26 aprile 2017.

48. G. Ludovico, *Lo stress,* cit., p. 415; P. Albi, *Adempimento*, cit., p. 97.

La declinazione in concreto del contenuto di questo obbligo la troviamo scritta in fonti secondarie quali, in ordine cronologico, la *Guida operativa sulla valutazione e gestione del rischio da stress lavoro correlato* elaborata nel marzo 2010 dal Comitato tecnico interregionale della prevenzione nei luoghi di lavoro, le *Indicazioni della Commissione consultiva per la valutazione dello stress lavoro-correlato* contenute nella Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 18 novembre 2010 n. 23692, le Linee guida fornite dell'INAIL nel 2011 e contenute nel *Manuale ad uso delle aziende in attuazione del D.Lgs. 81/2008. Valutazione e gestione del rischio da stress lavoro-correlato*.

I documenti appena ricordati forniscono indicazioni di metodo per la individuazione dei fattori di rischio e per la pianificazione e realizzazione di misure atte a eliminarli o ridurli, e definiscono l'oggetto della rilevazione.

Prima di esaminarne il contenuto, preme ricordare che tanto l'Accordo europeo sullo *stress* sul lavoro dell'8 ottobre 2004 quanto l'Accordo interconfederale che lo recepisce, concluso il 9 giugno 2008 tra le principali sigle sindacali e associazioni datoriali, hanno espressamente rinunciato a fornire una «lista esaustiva dei potenziali indicatori di *stress*» in ragione della complessità del fenomeno *de quo* (hanno, tuttavia, indicato quali sintomi di una condizione stressogena l'alto tasso di assenteismo, un'elevata rotazione del personale, il tasso di conflittualità interpersonale), così come si sono limitati a dare poche indicazioni sulle modalità di rilevazione (ad es. analisi di fattori quali organizzazione e processi del lavoro, analisi della condizioni e dell'ambiente di lavoro, efficacia della comunicazione, analisi di fattori soggettivi) e di prevenzione del rischio (ad es. potenziamento delle misure di gestione e comunicazione per chiarire gli obiettivi aziendali e il ruolo di ciascun lavoratore, miglioramento dell'organizzazione del lavoro, formazione dei dirigenti e dei lavoratori sul fenomeno in esame, informazione e consultazione dei lavoratori e dei loro rappresentanti).

a) La *Guida operativa sulla valutazione e gestione del rischio da stress lavoro correlato* del Comitato tecnico interregionale della prevenzione nei luoghi di lavoro.

Il testo uscito dai lavori del Comitato tecnico interregionale della prevenzione dei luoghi di lavoro, coordinato dalla regione Lazio e al quale hanno partecipato Abruzzo, Emilia Romagna, Liguria, Lombardia, Marche, Toscana e Veneto, si presenta molto articolato e dettagliato.

Il documento suddivide la procedura di rilevazione dei fattori di rischio in tre fasi.

La prima fase riguarda la identificazione dei pericoli, la seconda la stima del rischio, la terza consiste in una valutazione approfondita di verifica dei cambiamenti ottenuti.

L'identificazione dei pericoli avviene attraverso l'esame delle specifiche condizioni di lavoro dalle quali possono derivare infortuni o malattie.

La stima dei rischi è compiuta attraverso una valutazione quantitativa e qualitativa dei fattori rilevati.

La valutazione approfondita è volta alla individuazione di misure capaci di evitare il verificarsi dei fattori di rischio.

Il documento sottolinea la difficoltà di rilevare il rischio da *stress* lavoro-correlato, in ragione sia del fatto che sono scarsi gli strumenti che consentono una valutazione oggettiva dell'organizzazione del lavoro, sia del fatto che a livello culturale è ancora modesta la capacità di riconoscere tale fattore di rischio. Poiché per questi motivi si corre il pericolo che – di fatto – gli imprenditori finiscano per attestare un'assenza del rischio *de quo*, la guida operativa suggerisce di imboccare una strada diversa e più complessa, che è quella di far sì che la prima valutazione sia immediatamente finalizzata alla progettazione di interventi, senza limitarsi ad una mera rilevazione parametrica dei dati, puntando sul fatto che in ogni caso un intervento migliorativo sul fronte dell'organizzazione del lavoro conduce ad un risparmio di costi e ad un miglioramento della produttività dell'azienda, perciò producendo un beneficio in capo all'imprenditore stesso.

Il documento indica un percorso per la valutazione in questione, articolato in sei punti:

1. *Azioni comunicative ed informative*. La prima tappa consiste in un'attività di sensibilizzazione dei lavoratori al problema dello *stress* lavoro-correlato. Ad essi devono essere spiegati natura, cause, effetti, soluzioni possibili, e devono essere coinvolti nella progettazione delle misure di intervento. L'informazione riguarda anche i soggetti competenti nella gestione della salute e sicurezza del luogo di lavoro (responsabile del servizio di prevenzione e protezione, addetti al servizio di prevenzione e protezione, medico competente, rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza), affinché possano essere interpellati.

2. *Analisi documentale*. Si tratta di una fase di raccolta di dati e informazioni capaci di restituire una fotografia dello stato dell'organizzazione del lavoro. I dati raccolti hanno ad oggetto aspetti strettamente attinenti alla organizzazione del lavoro (organigramma, flussi produttivi, gestione delle risorse umane), indicatori aziendali di *stress* collegati al lavoro (assenze per malattia o infortunio, *turn over*, richieste di cambio di mansione), elementi da cui ricavare informazioni sulla gestione della salute e sicurezza (verbali di riunioni periodiche, piani di intervento periodici, relazioni biostatistiche annuali).

3. *Azioni formative*. Si prevede che siano progettati percorsi di formazione, diversificati per i vari soggetti coinvolti nel lavoro di prevenzione, ivi compresi i lavoratori, e ripetuti periodicamente. I dirigenti-preposti dovranno essere informati sul ruolo che svolgono di supporto al datore di lavoro nella effettuazione della valutazione del rischio specifico, nella definizione di criteri e metodi di valutazione, nella individuazione delle procedure di attuazione delle misure preventive in seno all'organizzazione, e sulle problematiche legate alle diverse caratteristiche dei lavoratori (età, genere, provenienza geografica, tipologia contrattuale). I lavoratori e i rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza dovranno essere informati su cosa sia lo *stress* lavoro-correlato, come esso si manifesti, quali possono essere le cause scatenanti, come sia possibile intervenire per prevenirlo. Infine, il

medico competente e il responsabile del servizio di prevenzione e protezione dovranno perfezionare le loro competenze in materia, partecipando a iniziative formative *ad hoc* e accreditate.

4. *Valutazione del rischio*. La valutazione del rischio dovrà essere compiuta in modo oggettivo, attraverso una osservazione diretta dell'intera realtà aziendale e della sua composizione, e in modo soggettivo, attraverso l'analisi della percezione dei lavoratori da svolgersi per gruppi omogenei. Il risultato di questa valutazione dovrà confluire in un documento finale che fungerà da base per la progettazione degli interventi e che diverrà parte integrante del Documento di valutazione dei rischi.

5. *Gestione del rischio*. Questa fase è dedicata alla progettazione di interventi di prevenzione e protezione, che il documento distingue in *soluzioni di prevenzione collettiva* e *soluzioni rivolte agli individui*. Sotto il primo aspetto, occorre in primo luogo sottolineare che la programmazione potrà riguardare l'organizzazione produttiva nel suo insieme, così come gruppi omogenei di lavoratori esposti ai medesimi fattori di rischio, ed avrà ad oggetto misure tecniche, misure organizzative, misure ergonomiche, misure di revisione della politica aziendale, misure che migliorino l'interfaccia individuo-organizzazione e che attenuino la conflittualità. Sotto il secondo aspetto, saranno oggetto di programmazione misure di supporto ai singoli lavoratori come l'allestimento di servizi di *counseling*, l'apertura di consultori o di sportelli di ascolto, nonché il potenziamento del ruolo del medico competente. Le misure progettate e realizzate saranno monitorate periodicamente in tempi e con modalità concordate con i rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza e con gli stessi lavoratori.

6. *Documento di valutazione dei rischi*. La guida operativa entra nel merito dell'elaborazione del Documento di valutazione dei rischi prescrivendone il contenuto che deve riferirsi alle azioni di informazione e sensibilizzazione effettuate, ai soggetti coinvolti, alla fotografia dell'organizzazione del lavoro restituita dall'analisi documentale effettuata, alle azioni formative intraprese, al processo di valutazione compiuto secondo i criteri di cui al punto 4, alle misure di prevenzione e protezione da attivare, alla sorveglianza sanitaria predisposta per i soggetti a rischio, al piano di monitoraggio concordato. Il punto in esame dà piena attuazione al secondo comma dell'art. 28 TUSL, il quale prescrive un approccio costruttivo alla valutazione del rischio, intesa non come attività di mera rilevazione e comprensione dei fattori di rischio di *stress*, bensì come attività progettuale volta a reagire ai rischi individuati.

Parte saliente della Guida è quella che propone un'elencazione (certamente esemplificativa) dei «fattori di rischio stressogeni» e un'elencazione degli effetti prodotti da tali fattori sui lavoratori sia dal punto di vista dello svolgimento dell'attività lavorativa, che dal punto di vista medico.

Questa elencazione è funzionale a consentire la rilevazione in concreto del rischio rappresentato dallo *stress* correlato al lavoro, in quanto esplicita i fatti il cui verificarsi, in modo

combinato e ripetuto, può causare uno stato di *stress*. I fattori di rischio sono divisi in fattori attinenti al contesto lavorativo e fattori attinenti ai contenuti lavorativi, e attraversano gli ambiti della cultura lavorativa, dell'inserimento del lavoratore nell'organizzazione lavorativa e dei suoi livelli di autonomia decisionale, delle relazioni interpersonali nel luogo di lavoro e della conciliazione fra vita lavorativa e vita personale/familiare, dell'ambiente di lavoro e delle attrezzature, dell'organizzazione del lavoro e dei suoi tempi e ritmi.

Se ne elencano alcuni a titolo esemplificativo: scarsa comunicazione, bassi livelli di sostegno per la risoluzione di problemi e lo sviluppo personale, ambiguità e conflitto di ruoli, responsabilità di altre persone, incertezza o blocco nella progressione di carriera, bassa retribuzione, partecipazione ridotta al processo decisionale, carenza di controllo sul lavoro, isolamento fisico e sociale, rapporti limitati con i superiori, difficoltà nella conciliazione fra lavoro e responsabilità familiari, scarso appoggio in ambito domestico, condizioni fisiche di lavoro, manutenzione e riparazione delle strumentazioni di lavoro, monotonia del lavoro, cicli di lavoro brevi, sovraccarico o sottocarico di lavoro, alti livelli di pressione temporale, lavoro a turni, orari di lavoro rigidi, imprevedibili, eccessivamente lunghi o che alterano i ritmi sociali.

Quanto, invece, agli indicatori del ricorrere di una condizione stressogena, la Guida fornisce un elenco di indicatori oggettivi, anch'essi molto simili a quelli contenuti nelle Indicazioni ministeriali, quali: indici infortunistici, assenze per malattie, tasso di ricambio del personale, ricorso a procedimenti e sanzioni disciplinari, segnalazioni al medico competente, diminuzione della produttività, ritardi, aumento dei costi.

La Guida elenca altresì i disturbi e gli stati patologici correlabili a situazioni di *stress* quali disturbi dell'apparato cardiocircolatorio (ipertensione arteriosa, cardiopatia ischemica), disturbi gastrointestinali (alterazioni della funzione intestinale, ulcera peptica, pirosi, colite), disturbi dell'apparato genitale (alterazioni del ritmo mestruale, amenorree), disturbi della sfera sessuale (impotenza, calo del desiderio), disturbi dell'apparato muscoloscheletrico (mialgie, dolori muscolo-tensivi), disturbi dermatologici (arrossamenti, prurito, sudorazione, dermatiti, orticaria, psoriasi), disturbi del sonno (insonnia, incubi notturni, spossatezza al risveglio), disturbi neurologici, disturbi psicologici e della sfera intellettiva (cefalee, depressione, attacchi di panico, irritabilità, apatia, disturbi della memoria, difficoltà di concentrazione).

Sono ritenuti altresì rilevanti ai fini della rilevazione della condizione di *stress* le abitudini ed il cambiamento di abitudini del lavoratore in merito ad alimentazione, fumo, consumo di alcolici e sostanze stupefacenti e psicotrope, compresi i farmaci psicoattivi.

La definizione e individuazione dei disturbi che possono affliggere il lavoratore assolve alla duplice funzione di strumento di rilevazione del fattore *stress* a livello organizzativo e di strumento di individuazione del danno alla salute che può affliggere il singolo lavoratore ed il cui risarcimento può divenire oggetto della pretesa nei confronti del datore di lavoro (ma v. *infra* par. 2.2. e ss.).

b) Le *Indicazioni della Commissione consultiva per la valutazione dello stress lavoro-correlato* contenute nella Circolare Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 18 novembre 2010 n. 23692.

Le Indicazioni elaborate dalla Commissione consultiva (novembre 2010) sono molto meno articolate rispetto a quelle contenute nella Guida operativa del Comitato interregionale, il cui contenuto, peraltro, appare in parte ripreso. Del resto, è la stessa Commissione a sottolineare in via preliminare nel documento che l'osservanza da parte del datore di lavoro delle indicazioni ivi elaborate garantisce «il livello minimale di attuazione dell'obbligo di valutazione del rischio da *stress* lavoro-correlato per tutti i datori di lavoro pubblici e privati»[49].

Nel documento viene delineata una procedura di rilevazione del rischio articolata in due fasi, una prima, necessaria, e una seconda, eventuale.

La prima fase consiste nella rilevazione di indicatori oggettivi e verificabili, se possibile numericamente apprezzabili, riconducibili a queste tre categorie:

1. *eventi sentinella*, da valutare alla luce del singolo contesto di impresa, come ad esempio gli infortuni verificatisi in occasione di lavoro, le assenze per malattia, il *turnover*, la frequenza del ricorso all'esercizio del potere disciplinare, le segnalazioni del medico competente, la frequenza e l'oggetto delle lamentele dei lavoratori;

2. *fattori di contenuto del lavoro*, come l'ambiente di lavoro e le attrezzature, i carichi e i ritmi di lavoro, l'orario di lavoro e il turno, la corrispondenza tra le competenze dei lavoratori e i requisiti professionali richiesti;

3. *fattori di contesto del lavoro*, come il ruolo ricoperto dal lavoratore nell'ambito dell'organizzazione di impresa, l'autonomia decisionale e controllo, i conflitti interpersonali di lavoro, l'evoluzione e lo sviluppo di carriera, l'efficacia della comunicazione.

La valutazione complessiva dei dati raccolti secondo le suddette indicazioni presuppone che il datore di lavoro abbia sentito i lavoratori – o anche solo un campione di essi nel caso di imprese di grandi dimensioni – e il responsabile dei lavoratori per la sicurezza.

Qualora l'esito finale di questa prima rilevazione sia negativo e il datore di lavoro non riscontri l'esistenza di fattori di rischio di *stress* correlato al lavoro, della valutazione sarà dato atto nel Documento di valutazione del rischio, ma ivi sarà previsto un piano di monitoraggio periodico.

Viceversa, se saranno risultati sussistenti fattori di rischio che richiedano azioni correttive, il datore di lavoro dovrà procedere alla loro pianificazione e alla adozione delle misure necessarie alla loro realizzazione, come ad esempio interventi organizzativi, tecnici, procedurali, comunicativi e formativi. Anche rispetto a queste iniziative deve essere previsto un piano di monitoraggio.

49. R. Nunin, *La prevenzione*, cit., p. 58; L. Angelini, *Dalla* species *al* genus, cit., p. 85.

Ove gli interventi disposti risultino inefficaci si apre la seconda fase, perciò eventuale, che implica una «valutazione approfondita» del contesto organizzativo. Essa consiste nella rilevazione e valutazione della percezione soggettiva dei lavoratori attraverso strumenti differenti, quali questionari, *focus group*, interviste semi-strutturate aventi ad oggetto le famiglie di fattori prima indicati.

In imprese con meno di cinque dipendenti, la rilevazione da parte del datore di lavoro può avvenire con strumenti diversi, come riunioni e colloqui con i lavoratori per cercare soluzioni condivise e giudicarne l'efficacia[50].

c) Le Linee guida fornite dell'INAIL nel 2011 e contenute nel *Manuale ad uso delle aziende in attuazione del D.Lgs. 81/2008. Valutazione e gestione del rischio da stress lavoro-correlato.*

Le Linee guida fornite dell'INAIL nel 2011, contenute nel *Manuale ad uso delle aziende in attuazione del D.Lgs. 81/2008. Valutazione e gestione del rischio da stress lavoro-correlato*[51], propongono un percorso metodologico di rilevazione del rischio che, muovendo dai contenuti delle Indicazioni della Commissione permanente appena descritte, li supera in una prospettiva di integrazione ed arricchimento, che tiene conto della Guida operativa del Coordinamento tecnico interregionale e del lavoro compiuto dal Network Nazionale per la Prevenzione Disagio Psicosociale nei luoghi di lavoro (2010).

L'INAIL propone un modello di percorso articolato in due fasi.

La *fase propedeutica*, che precede la valutazione, è dedicata alla «preparazione dell'organizzazione» attraverso la costituzione di un Gruppo di gestione della valutazione, lo sviluppo di una strategia comunicativa e di coinvolgimento del personale, lo sviluppo del piano di valutazione del rischio. Il Gruppo di gestione si compone di tutti i soggetti variamente coinvolti nella protezione di salute e sicurezza, dunque il datore di lavoro o il dirigente preposto, il responsabile per la prevenzione e protezione, il medico competente, il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza. Esso è costituito su iniziativa del datore di lavoro con il compito di pianificare, gestire e supervisionare la procedura di rilevazione del rischio, promuovendola adeguatamente all'interno dell'azienda, approvando i piani di azione ed elaborando il *report* di gestione.

La fase propedeutica contempla altresì un'attività di formazione e informazione dei soggetti coinvolti a vario titolo nel procedimento di valutazione del rischio, in particolare lavoratori, dirigenti e rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza, nonché una attività di programmazione dell'attività di rilevazione dei fattori di rischio con la previsione di un cronoprogramma che indichi attività e tempi di realizzazione.

50. Per una riflessione sullo stato di attuazione dei contenuti delle Indicazioni elaborate dalla Commissione consultiva cfr. C. Frascheri, *Lo stato di applicazione delle Indicazioni della Commissione consultiva permanente in tema di valutazione dello stress lavoro-correlato*, in L. Angelini (a cura di), *La prevenzione*, cit., p. 67 ss.

51. Il documento, consultato il 26 aprile 2017, è disponibile al link: http://www.inail.it/internet_web/wcm/idc/groups/internet/documents/document/ucm_portstg_093254.pdf.

La fase di valutazione preliminare contempla *in primis* la creazione da parte del Gruppo di gestione di uno strumento di valutazione *ad hoc* denominato «lista di controllo», che contiene un elenco di indicatori più ampio rispetto a quello previsto dalla Commissione permanente, pur sempre suddivisi nelle tre famiglie «eventi sentinella, fattori di contenuto del lavoro e fattori di contesto del lavoro», secondo la tabella che qui si riporta.

I - EVENTI SENTINELLA (10 indicatori aziendali)	II – AREA CONTENUTO DEL LAVORO (4 aree di indicatori)	II – AREA CONTESTO DEL LAVORO (6 aree di indicatori)
Infortuni Assenza per malattia	Ambiente di lavoro ed attrezzature di lavoro	Funzione e cultura organizzativa
Assenze dal lavoro Ferie non godute	Pianificazione dei compiti	Ruolo nell'ambito dell'organizzazione
Rotazione del personale	Carico di lavoro - ritmo di lavoro	Evoluzione della carriera
Turnover Procedimenti/ Sanzioni disciplinari Richieste di visite straordinarie Segnalazioni di stress lavoro-correlato Istanze giudiziarie	Orario di lavoro	Autonomia decisionale controllo del lavoro Rapporti interpersonali sul lavoro Interfaccia casa lavoro - conciliazione vita/lavoro

Ad ogni indicatore viene attribuito un punteggio la cui somma fornisce il posizionamento dell'impresa in una «tabella dei livelli di rischio».

Se il livello di rischio rilevato è medio o alto si apre la fase della valutazione approfondita, che prevede una valutazione della percezione soggettiva da parte dei lavoratori dei fattori di *stress*.

Sottolinea in particolare il documento che «la fase di approfondimento costituisce […] un prezioso momento informativo sulle condizioni di salute di un'organizzazione e dei lavoratori ed un'opportunità di una più chiara definizione del rischio soprattutto in quelle realtà che, per settore produttivo (ad esempio: professioni d'aiuto, *operatori di call center, controllori di volo*[52], etc.) e/o dimensioni aziendali, possono rendere complessa la caratterizzazione ottimale del rischio stesso con la sola adozione di liste di controllo».

Questa seconda fase, dunque, è quella che maggiormente interessa i settori oggetto di questa ricerca i quali, per espressa ammissione dell'INAIL, sono quelli nei quali è più

52. Il corsivo è mio.

difficile compiere una rilevazione del rischio da *stress* facendo ricorso a categorie ed indicatori *standard*.

Da un punto di vista degli strumenti utilizzabili per compiere questa più approfondita valutazione, l'INAIL sceglie il «questionario-strumento indicatore» messo a punto dall'HSE (*Health and safety executive*[53]), ferma restando la libertà del datore di lavoro di scegliere strumenti diversi che però indaghino le sei dimensioni organizzative ritenute rilevanti, ossia: domanda, controllo, supporto, relazioni, ruolo, cambiamento, secondo la tabella che si riporta di seguito[54].

DIMENSIONI ORGANIZZATIVE CHIAVE	STANDARDS (si prevede che)	CONDIZIONI IDEALI/STATI DA CONSEGUIRE (esempi)
1. DOMANDA Comprende aspetti quali il carico lavorativo, l'organizzazione del lavoro e l'ambiente di lavoro.	I lavoratori siano in grado di soddisfare le richieste provenienti dal lavoro e che vengano forniti, a livello locale, sistemi di risposta ai problemi individuali.	- richieste, da parte dell'azienda al lavoratore, conseguibili e realizzabili nell'orario di lavoro; - attività lavorativa concepita sulla base delle competenze del lavoratore; - adeguata attenzione alla gestione dei problemi legati all'ambiente in cui i lavoratori svolgono la propria attività.
2. CONTROLLO Riguarda l'autonomia dei lavoratori sulle modalità di svolgimento della propria attività lavorativa.	Il lavoratore abbia potere decisionale sul modo di svolgere il proprio lavoro e che esistano sistemi, a livello locale, per rispondere ai problemi individuali.	- ove possibile, controllo del lavoratore sui propri ritmi di lavoro; - ove possibile, stimolo al lavoratore a sviluppare nuove competenze per eseguire lavori nuovi; - gestione delle pause compatibili con le esigenze del lavoratore.
3. SUPPORTO Include l'incoraggiamento, il supporto e le risorse fornite dall'azienda, dal datore di lavoro e dai colleghi.	Il lavoratore dichiari di avere informazioni e supporto adeguati dai propri colleghi e superiori e che vengano forniti, a livello locale, sistemi di risposta ai problemi individuali.	- adozione, da parte dell'azienda, di procedure e politiche in grado di offrire sostegno adeguato ai lavoratori; - conoscenza, da parte dei lavoratori, delle modalità di accesso alle risorse necessarie per svolgere il proprio lavoro; - *feedback* puntuale e costruttivo ai lavoratori.

53. http://www.hse.gov.uk/index.htm.

54. Sempre in: http://www.inail.it/internet_web/wcm/idc/groups/internet/documents/document/ucm_portstg_093254.pdf.

4. RELAZIONI Include la promozione di un lavoro positivo per evitare i conflitti ed affrontare comportamenti inaccettabili.	Il lavoratore non si percepisca quale oggetto di comportamenti inaccettabili (es. il *mobbing*) e che vengano forniti, a livello locale, sistemi di risposta ai problemi individuali.	- promozione da parte dell'azienda di comportamenti positivi sul lavoro, per evitare conflitti e garantire correttezza nei comportamenti; - possibilità di condivisione, da parte del lavoratore, di informazioni relative al proprio lavoro; - esistenza di sistemi per favorire la segnalazione, da parte dei lavoratori, di insorgenza di comportamenti inaccettabili.
5. RUOLO Verifica la consapevolezza del lavoratore relativamente alla posizione che riveste nell'organizzazione e garantisce che non si verifichino conflitti.	Il lavoratore comprenda il proprio ruolo e le proprie responsabilità e che vengano forniti, a livello locale, sistemi di risposta ai problemi individuali.	- garanzia, da parte dell'azienda, che le richieste ai lavoratori siano compatibili con il loro ruolo; - informazioni adeguate per consentire ai lavoratori di comprendere il proprio ruolo e le proprie responsabilità.
6. CAMBIAMENTO Valuta in che misura i cambiamenti organizzativi, di qualsiasi entità, vengono gestiti e comunicati nel contesto aziendale.	Il lavoratore venga coinvolto in occasioni di cambiamenti organizzativi e che vengano forniti, a livello locale, sistemi di risposta ai problemi individuali.	- informazioni opportune da parte dell'azienda ai lavoratori per la comprensione delle motivazioni all'origine dei cambiamenti proposti; - consapevolezza dei lavoratori dell'impatto che un determinato cambiamento potrebbe avere sull'attività lavorativa; - garanzia di un supporto adeguato durante la fase di cambiamento.

L'elaborazione dei dati forniti dalle risposte al questionario restituisce ancora una volta lo stato di "salute" dell'organizzazione aziendale dal punto di vista del livello di *stress* patito e percepito dai lavoratori, e consente la programmazione di misure di intervento mirate ed efficaci la cui pianificazione e realizzazione forma parte integrante del lavoro di valutazione del rischio.

Le misure che saranno assunte avranno generalmente carattere collettivo in ragione del fatto che la scaturigine dello *stress* correlato al lavoro risiede nell'organizzazione del lavoro, dunque in una dimensione che riguarda l'insieme dei lavoratori. Si tratterà, perciò, di interventi che riguarderanno ad esempio l'orario di lavoro, le misure di conciliazione fra vita personale e vita lavorativa, le forme di rotazione nelle mansioni più monotone e ripetitive, la comunicazione e le relazioni interpersonali[55].

È possibile che siano assunte anche misure di carattere individuale, la cui programmazione tuttavia è resa particolarmente complessa dalla rilevanza che assumono nella percezione dello *stress* le caratteristiche personali del lavoratore come ad esempio il livello di tollerabilità della fatica, di suscettibilità nelle relazioni interpersonali, di resistenza alle pressioni del contesto lavorativo.

55. Cfr. in tema R. Nunin, *La prevenzione*, cit., p. 71.

5.1.2. I soggetti coinvolti nel processo di valutazione del rischio.

Scorrendo le procedure di rilevazione del rischio abbiamo di volta in volta già incontrato i soggetti in esse coinvolte: il datore di lavoro, i lavoratori, il medico competente, i rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza, il responsabile del servizio di prevenzione e protezione.

Il datore di lavoro è l'unico obbligato a redigere il Documento di valutazione dei rischi, e dunque ad avviare e portare a compimento la valutazione del rischio seguendo (almeno) lo schema di rilevazione indicato dalla Commissione consultiva permanente, descritto nei paragrafi precedenti.

Tuttavia, le Indicazioni della Commissione consultiva permanente stabiliscono che il datore di lavoro compie la valutazione del rischio «avvalendosi del Responsabile del Servizio di prevenzione e protezione (RSPP) con il coinvolgimento del medico competente, ove nominato, e previa consultazione del rappresentante dei lavoratori».

Il Responsabile del Servizio di prevenzione e protezione, dunque, è chiamato a coadiuvare il datore di lavoro nello svolgimento dell'attività di rilevazione dei fattori di rischio, anche partecipando al Gruppo di gestione della valutazione che sia stato eventualmente costituito secondo quanto suggerito dalle Linee guida offerte dall'INAIL.

Il medico competente (che, tuttavia, è nominato dal datore di lavoro – e dunque con esso collabora – solo quando l'impresa svolga un'attività produttiva rispetto alla quale l'ordinamento prevede la sorveglianza sanitaria[56]) svolge, invece, un ruolo decisivo in più fasi della procedura di rilevazione del fattore di rischio. Secondo quanto disposto dall'art. 2, lett. *h*, TUSL, egli è chiamato a collaborare con il datore di lavoro ai fini della valutazione del rischio e a svolgere la sorveglianza sanitaria e gli altri compiti che gli sono attribuiti dal datore di lavoro. Con riguardo al supporto al datore di lavoro nell'adempimento dell'obbligo di valutazione del rischio, il medico competente è in primo luogo delegato ad individuare i gruppi omogenei di lavoratori rispetto ai quali sarà compiuta la valutazione suddetta e a individuare gli eventi sentinella, i fattori di contesto e di lavoro.

Anche i lavoratori partecipano alla valutazione del rischio, svolgendo un ruolo determinante soprattutto nella fase di valutazione approfondita, quando sono chiamati a rispondere al questionario di rilevazione o a partecipare a *focus group* o a riunioni *ad hoc* nelle imprese più piccole. Il loro coinvolgimento prosegue nella fase di attuazione delle misure di contrasto ai fattori di rischio. Determinante è il loro ruolo nella fase di informazione e formazione sul fenomeno dello *stress* lavoro-correlato, in quanto solo la conoscenza del fattore di rischio consente al singolo lavoratore di qualificare un proprio stato di disagio come eziologicamente connesso all'attività lavorativa.

56. P. Pascucci, *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro: il Titolo I del D.Lgs. n. 81/2008*, Collana Quaderni di Olympus, n. 4, Fano, 2014, p. 204.

5.1.3. Le conseguenze del mancato o non corretto assolvimento all'obbligo di valutazione del rischio.

5.1.3.1 Profili di responsabilità penale.

In generale il datore di lavoro è soggetto a responsabilità penale in caso di omessa o carente effettuazione della valutazione dei rischi. Secondo quanto previsto dall'art. 55, comma 1, TUSL, il reato che si configura è di tipo contravvenzionale ed è punito con la pena alternativa dell'arresto (da tre a sei mesi) o dell'ammenda (da € 2.740 a € 7.014,40). La pena è solo quella della reclusione (aumentata da quattro a otto mesi) quando la violazione sia commessa in aziende nella quali si svolgono le attività particolarmente rilevanti per la tutela della salute e sicurezza e indicate nello stesso art. 55.

Un'ammenda è applicata quando la valutazione è stata compiuta senza consultare il Responsabile del servizio di prevenzione e protezione e il medico competente (quando nominato).

La responsabilità sorge a prescindere dalla circostanza che da tale comportamento sia derivato un evento di danno.

La redazione incompleta del DVR con riguardo alle misure di prevenzione e protezione attuate o al piano di misure da adottare comporta per il datore di lavoro un'ammenda da € 2.000 a € 4.000.

La mancata esposizione nel DVR dei criteri di valutazione adottati o delle mansioni, che espongano i lavoratori a particolari rischi, comporta anch'essa un'ammenda da € 1.000 a € 2.000.

Il medico competente è soggetto a responsabilità penale nel caso di mancata collaborazione con il datore di lavoro nell'adempimento all'obbligo di valutazione del rischio (art. 58, comma 1, lett. *c*, TUSL). Ovviamente la sanzione, che consiste nell'arresto fino a tre mesi o in un'ammenda da € 328,80 a € 1.315,20, si applica solo quando il medico competente sia stato nominato dal datore di lavoro in ragione dell'attività produttiva svolta[57].

Un'analoga responsabilità penale non è stata, invece, prevista in capo al Responsabile del Servizio di prevenzione e protezione, il che ha fatto sospettare l'incostituzionalità della disposizione per violazione del principio di eguaglianza, stante l'analoga funzione che le due figure svolgono in questa fase[58]. Tuttavia la giurisprudenza non ha mancato di riconoscere anche in capo a tale soggetto una responsabilità penale, quando l'evento, che

57. Per un caso in cui il medico competente è stato riconosciuto penalmente responsabile v. Trib. Pisa, 7 dicembre 2011, n. 1756, confermata da Cass., 15 gennaio 2013, n. 1856. La responsabilità nel caso di specie derivava dall'aver il medico competente omesso di segnalare profili di rischio, a prescindere dal fatto che il datore di lavoro avesse avviato l'attività di valutazione.

58. Cfr. ancora P. Pascucci, *La tutela,* cit., p. 205.

abbia generato un infortunio sul lavoro, sia risultato causalmente riconducibile a un suo mancato o imperfetto assolvimento ad un obbligo[59].

5.1.3.2. Profili di responsabilità civile. Rinvio.

L'omesso o incompleto adempimento dell'obbligo di valutazione dei rischi produce in capo al datore di lavoro anche una responsabilità civile di natura contrattuale.

Tale responsabilità, tuttavia, a differenza di quanto avviene sotto il profilo penale, sorge solo come conseguenza del verificarsi di un evento di danno in capo al lavoratore eziologicamente riconducibile alla mancata rilevazione e prevenzione del rischio da *stress* lavoro-correlato. E da essa deriva in capo al datore di lavoro l'obbligo di risarcire il danno patito dal lavoratore, del quale deve essere fornita la prova (ma v. *infra* par. 5.2. e ss.).

5.2. La tutela riparatoria.

Il secondo contenuto dell'obbligo di sicurezza consiste nel garantire al lavoratore la riparazione del danno che egli abbia subito come conseguenza del verificarsi di un infortunio o del manifestarsi di una malattia causalmente derivante da uno stato di *stress* correlato al lavoro.

Il danno che il lavoratore può patire è sia di natura patrimoniale, rappresentato - cioè - dalla perdita della retribuzione o dalla impossibilità di una progressione di carriera come conseguenza dell'evento lesivo, sia di natura non patrimoniale, legato cioè all'offesa di diritti fondamentali della persona quali la salute o la dignità.

5.2.1. Il risarcimento del danno patito dal lavoratore.

Il tema più spinoso è quello che riguarda la risarcibilità del danno non patrimoniale.

A partire dagli anni '90 dello scorso secolo la Corte costituzionale ha riconosciuto la rilevanza anche nel rapporto di lavoro del danno biologico, ossia del danno non patrimoniale derivante dalla lesione della integrità psico-fisica del lavoratore, che va oltre la considerazione della perdita o diminuzione della capacità lavorativa[60], perciò imponendo al datore di lavoro il suo risarcimento ai sensi tanto dell'art. 2043 c.c. che dell'art. 2087 c.c.

Tale scenario, tuttavia, finiva per esporre il datore di lavoro a pretese risarcitorie anche molto ingenti, così che il d.lgs. 23 febbraio 2000 n. 38 ha espressamente ricondotto il danno biologico che sia conseguenza di una malattia professionale o di un infortunio sul lavoro sotto l'ombrello della tutela previdenziale gestita dall'INAIL, prevedendo che anche in questo caso operi l'esonero da responsabilità civile del datore di lavoro secondo quanto disposto dall'art.

59. Cass. pen., 11 marzo 2013, n. 11492; Cass. pen., SS.UU., 18 settembre 2014, n. 38343. V. in tema le osservazioni di P. Pascucci, *La tutela,* cit., p. 205.

60. C. cost., 5 febbraio 1991, n. 87 e C. cost., 18 luglio 1991, n. 356, in *Foro it.*, 1991, I, c. 1664 con nota di Poletti e c. 2967 con nota di De Marzo; C. cost., 27 dicembre 1991, n. 485, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, II, p. 756 con nota di Giubboni.

10 D.P.R. 30 giugno 1965 n. 1124, sebbene limitatamente ai lavoratori assicurati presso tale ente previdenziale in quanto adibiti a lavorazioni pericolose e ai danni che superino determinate soglie di gravità. È, invece, ancora aperto il dibattito in giurisprudenza relativamente alla definizione dell'ambito di applicazione della suddetta regola di esonero da responsabilità civile del datore di lavoro con riguardo alle altre voci di danno non patrimoniale che possono derivare da un infortunio o da una malattia eziologicamente connessa allo svolgimento di un'attività lavorativa, ad esempio il c.d. danno esistenziale e il c.d. danno morale[61].

Ma, a prescindere dalla ristorabilità da parte dell'ente previdenziale del danno subìto dal lavoratore, i giudici sono concordi nel ritenere che il lavoratore abbia comunque diritto al risarcimento del danno prodotto dalla lesione patita.

La giurisprudenza ha, peraltro, sposato la tesi del "danno-conseguenza", e abbandonato quella del "danno-evento", richiedendo che ai fini della sua risarcibilità il danno debba essere provato nella sua esistenza, anche mediante presunzioni. Lo hanno stabilito le Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza del 24 marzo 2006, n. 6572[62], richiamata nel principio espresso da molte sentenze successive[63].

5.2.1.1. La prova del danno, delle condizioni nocive di lavoro e del nesso di causalità fra i due elementi.

La risarcibilità del danno subìto dal lavoratore presuppone che questi, nonostante l'alleggerimento derivante dall'applicabilità dell'art. 1218 c.c., assolva ad un onere probatorio gravoso[64].

Egli, infatti, dovrà provare l'esistenza del danno subìto, fornire anche solo in via presuntiva prova dell'inadempimento da parte del datore di lavoro dell'obbligo di sicurezza, provare il nesso di causalità fra il presunto inadempimento e la lesione patita[65].

Per quanto riguarda la prova del danno, si è detto che la giurisprudenza maggioritaria ha fatto propria la tesi del "danno-conseguenza", per cui il lavoratore dovrà fornire la prova non solo del danno patrimoniale, ma anche del danno non patrimoniale patito e cagionato dalla condizione di *stress*.

Posto che lo *stress* non è di per sé una malattia[66], il danno non patrimoniale che da esso scaturisce potrà consistere tanto in un danno alla salute (c.d. danno biologico) qualora lo *stress* generi una patologia, quanto in un peggioramento delle condizioni di vita e di

61. Sia consentito un rinvio a Vallauri, *Sulla risarcibilità del danno biologico differenziale e dei c.d. danni complementari*, in *Inf. prev.*, 2008, vol. 3, pp. 657-668.

62. In *Foro it.*, 2006, I, c. 2334, con nota di Cendon e Ponzanelli.

63. Solo a titolo di esempio, di recente, v. Cass., 4 luglio 2017, n. 16408; Cass., 22 agosto 2016, n. 17238; Cass., 22 marzo 2016, n. 5590; Cass., 14 luglio 2015, n. 14710; Cass., 3 aprile 2014, n. 7818.

64. G. Ludovico, *Lo stress,* cit., p. 426 ss.

65. M.C. Cataudella, *Lavorare stanca*, cit., p. 673 ss.

66. In questo senso si esprime l'Accordo europeo all'art. 3.

relazione (c.d. danno esistenziale) o in un più generale patimento generato dalla condizione stressante (c.d. danno morale). Mentre il primo potrà essere provato attraverso una certificazione medica, la prova del secondo avrà ad oggetto il peggioramento subìto dalle condizioni di vita, sia sotto il profilo delle relazioni sociali che delle attività svolte (si pensi, ad esempio, alle conseguenze prodotte sulla vita e sulla vita di relazione dall'insonnia che può derivare dallo *stress*), mentre il terzo dimostrando lo stato di sofferenza seguito al verificarsi del danno provato.

Il lavoratore dovrà poi provare che il datore di lavoro non ha adempiuto correttamente all'obbligo di sicurezza. A questo fine, tuttavia, secondo le regole del codice civile sarà sufficiente che il lavoratore provi l'esistenza in capo al datore dell'obbligo di garantire condizioni salubri e sicure di lavoro.

Infine, e qui si annida la difficoltà maggiore, il lavoratore dovrà provare, secondo quanto disposto dall'art. 1223 c.c., che il danno che ha subìto consiste in una conseguenza immediata e diretta della condotta datoriale, non essendo sufficiente provare la sola occasione di lavoro.

La difficoltà consiste nel provare che il danno subìto, sia esso biologico se si è contratta una malattia e/o esistenziale se si è verificato un deterioramento nelle abitudini di vita, è diretta conseguenza dello *stress* originato dalla cattiva organizzazione del lavoro o dal clima lavorativo[67].

Dunque, non una qualsiasi insoddisfazione sul lavoro sarà sufficiente a provare, ad esempio, che uno stato depressivo è conseguenza della cattiva organizzazione del lavoro.

Che la prova sia ardua lo dimostra in prima battuta l'elenco delle malattie professionali rispetto alle quali vige un obbligo di denuncia (allegato al Decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali del 10 giugno 2014, G.U. 12 settembre 2014), il quale colloca le malattie psichiche e psicosomatiche da disfunzione dell'organizzazione nella Lista II contenente gruppi di malattie la cui origine lavorativa «è di limitata probabilità». Se la probabilità che la derivazione sia lavorativa è limitata, è evidente che l'onere della prova sarà difficile da soddisfare, dovendosi escludere l'incidenza sul fenomeno di ogni concausa.

Ma la prova è ardua anche perché, come si è detto, lo *stress* non è di per sé una malattia, e dunque occorre che il lavoratore dimostri che da tale condizione sia derivata una patologia o un peggioramento delle condizioni di vita.

Infine, la prova è complessa perché lo *stress* è strettamente collegato alla percezione che di esso ha il singolo lavoratore (che può anche variare nel tempo) e può originare anche da altri fattori. Lo stesso Accordo europeo del 2004 riconosce che lo *stress* «può essere indotto da fattori estranei all'ambiente di lavoro» e che «persone diverse possono reagire in modo diverso» (art. 3). Il lavoratore dovrà pertanto provare le proprie ragioni

67. È ovvio che in questa sede stiamo parlando del *distress* e non di *eustress*, ovvero della sola forma di *stress* con accezione negativa secondo le definizioni viste nella prima parte di questo lavoro.

ricorrendo a strumenti di indagine e rilevazione offerti dalla scienza medica e dalla psicologia (esiti di questionari, *test* psicometrici, etc.), dunque oggettivi, dimostrando l'eziologia lavorativa della condizione di disagio nella quale viene a trovarsi[68].

Il datore di lavoro potrà, d'altro canto, evitare che gli sia imputata la responsabilità provando di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare o limitare il rischio del verificarsi del pregiudizio, e dunque provando di aver compiuto correttamente la valutazione del rischio specifico e di aver adottato tutte le misure possibili per evitare il cagionarsi dell'evento di danno, ma anche dimostrando l'esistenza di circostanze estranee alla sfera lavorativa che abbiano influito sulla condizione di salute e di vita che il lavoratore imputa al contesto lavorativo.

5.2.2. La questione della riconducibilità dello *stress* lavoro-correlato all'ambito di applicazione della tutela previdenziale.

Si pone, infine, la questione della riconducibilità dello *stress* lavoro-correlato nell'ambito di applicazione della tutela previdenziale, la quale ha ad oggetto l'integrità psicofisica del lavoratore con riferimento alla perdita della capacità di guadagno.

Il punto di partenza per affrontare la questione è ancora una volta l'affermazione contenuta nell'Accordo europeo del 2004, in base alla quale «lo *stress* non è una malattia» ma «può […] causare problemi di salute».

Considerato che l'evento protetto dalla tutela previdenziale è la malattia professionale, il manifestarsi di uno stato di *stress*, anche quando ne sia provata l'eziologia lavorativa, non apre *sic et simpliciter* la porta alla sua indennizzabilità da parte dell'Ente previdenziale competente, occorrendo viceversa che esso generi una patologia.

D'altra parte, quando si manifesti una patologia non v'è motivo di escludere che intervenga una tutela da parte dell'ente previdenziale, se si considera che è l'art. 28 TUSL ad includere lo *stress* correlato al lavoro fra i rischi che possono generare un danno alla salute in capo al lavoratore.

La già ricordata tabella contenente l'elenco aggiornato delle malattie professionali correla alla «disfunzione dell'organizzazione del lavoro», anche detta «costrittività organizzativa», solo due patologie di natura psichica e psicosomatica, ossia il «disturbo dell'adattamento cronico» e il «disturbo post traumatico cronico da *stress*», la prima delle quali deve necessariamente manifestarsi con ansia, depressione, reazione mista, alterazione della condotta e/o della emotività, disturbi somatoformi.

La tabella esclude una presunzione assoluta di derivazione lavorativa di tali patologie, inserendole piuttosto nel gruppo di malattie (Lista II) rispetto alle quali – si è detto – la probabilità che l'origine sia lavorativa è ritenuta «limitata». Dunque il lavoratore deve for-

68. In questo senso si è espressa la giurisprudenza: Cass., 23 maggio 2003, n. 8230; Cass., 14 febbraio 2006, n. 3209; Cass., 1° agosto 1997, n. 8267; Cass., 7 giugno 2007, n. 13309.

nire la prova che la patologia manifestatasi sia riconducibile in modo diretto ed univoco allo svolgimento dell'attività lavorativa.

A questo proposito la tabella elenca alcuni indicatori della costrittività organizzativa: «marginalizzazione nell'attività lavorativa, svuotamento delle mansioni, mancata assegnazione dei compiti lavorativi con inattività forzata; prolungata attribuzione di compiti dequalificanti o con eccessiva frammentazione esecutiva rispetto al profilo professionale posseduto; prolungata attribuzione di compiti esorbitanti o eccessivi, anche in relazione ad eventuali condizioni di handicap psico-fisici; impedimento strutturale e sistematico all'accesso a notizie; inadeguatezza strutturale e sistematica delle informazioni inerenti l'ordinaria attività di lavoro; esclusione reiterata del lavoratore rispetto ad iniziative formative, di riqualificazione e aggiornamento professionale; esercizio esasperato ed eccessivo di forme di controllo; altre assimilabili».

Il lavoratore potrà accedere alla tutela previdenziale anche al verificarsi di altre malattie, a condizione che dimostri, ancora una volta, che esse sono state generate da una condizione di *stress* correlato al lavoro, ovverosia da una disfunzione organizzativa rilevabile in presenza degli indicatori appena ricordati, stante il fatto che nel nostro ordinamento vige un sistema misto che include sia le malattie c.d. tabellate sia le malattie rispetto alle quali sia offerta la prova della derivazione lavorativa.

Rimangono, invece, sicuramente escluse dall'ambito della tutela previdenziale le ipotesi nelle quali la condizione di *stress* non sfoci in una malattia, ma cagioni in capo al lavoratore solo una condizione di disagio, nel qual caso il datore di lavoro risponderà per la via della responsabilità civile del danno non patrimoniale non biologico che il lavoratore abbia subito.

Parte seconda

1. Identificazione del rischio e gestione della prevenzione nel settore del *telemarketing*.

1.1. Caratteristiche del settore del *telemarketing*.

Il settore del *telemarketing* riunisce tutte le attività di assistenza alla clientela, informazione, vendita e pubblicizzazione di beni o servizi, assistenza tecnica, *back office*, svolte attraverso l'uso del telefono da un c.d. *call center*.

I *call center* servono prevalentemente imprese di telecomunicazione, bancarie e assicurative.

I *call center* possono essere *in house*, cioè interni alle aziende, oppure possono fornire il servizio alle imprese in regime di *outsourcing*. Quest'ultima modalità di servizio ha progressivamente acquisito maggiore diffusione e importanza, rispondendo alla strategia sempre più diffusa di esternalizzare tutti i segmenti del ciclo produttivo che non appartengano al *core business* in un'ottica di risparmio di costo, di contenimento del rischio di impresa e di

alleggerimento degli organici. Si assiste, inoltre, ad una progressiva delocalizzazione delle imprese appartenenti a questo settore verso paesi nei quali il costo del lavoro è più basso e l'assetto complessivo delle tutele più flessibile.

Il lavoratore può operare all'interno di un *call center* in modalità *outbound,* assumendo cioè l'iniziativa di contattare la clientela inserita in una lista di contatti fornitagli dall'azienda, oppure in modalità *inbound*, rispondendo alle telefonate provenienti dai clienti.

L'operatore svolge la propria attività lavorativa utilizzando un computer e un telefono al quale sono collegate delle cuffie, sotto la guida e la sorveglianza di un *team leader*.

Nel caso di attività *outbound*, in particolare, l'operatore nel compiere la telefonata è tenuto a seguire, sebbene con un grado di intensità variabile, un testo elaborato dall'azienda (c.d. *script*).

1.1.1. Alcuni dati relativi al lavoro nei *call center* in Italia.

L'11 giugno 2014 l'ISTAT è intervenuto di fronte alla XI Commissione «Lavoro pubblico e privato» della Camera dei Deputati, per riferire sulla struttura e sulla dinamica del settore dei *call center* nell'ambito di una «Indagine conoscitiva sui rapporti di lavoro presso i *call center* presenti sul territorio italiano»[69].

L'intervento restituisce una utile e attuale fotografia del settore in questione e del lavoro in esso svolto.

Il settore ha assistito ad un rapido sviluppo negli ultimi dieci anni ed ha subìto solo una parziale battuta d'arresto in concomitanza della crisi economica del 2008.

Nel 2011 le imprese del settore erano più di 1400.

Le imprese del settore si sono riorganizzate in forme societarie più complesse (società per azioni o società a responsabilità limitata) e presentano dimensioni medie elevate (circa 36 dipendenti), impiegando tuttavia un numero rilevante di personale esterno (nel 2011 i lavoratori esterni hanno rappresentato ben il 40% della complessiva forza lavoro impiegata).

La sede della maggior parte delle imprese suddette è nel nord e nel centro del paese, ma il 40% degli addetti opera nelle regioni del sud.

Il costo del lavoro è di poco al di sotto a quello medio del comparto di riferimento, ma è molto più basso rispetto al costo medio del lavoro per il totale dei settori dell'industria e dei servizi di mercato.

Nel 2012 l'occupazione nel settore è aumentata del 12% rispetto al 2008, in netta controtendenza con l'andamento occupazionale nel più ampio comparto di riferimento, ossia quello dei servizi alle imprese, in cui l'occupazione è diminuita del 3%.

Nel 2011 nel settore del *telemarketing* lavoravano più di 80 mila lavoratori; 51 mila erano addetti interni alle imprese, e prestavano attività in regime sia di autonomia che di

69. L'indagine è consultabile al seguente link: http://www.istat.it/it/archivio/125372 (ultima consultazione il 26 aprile 2017).

subordinazione; 31 mila erano lavoratori esterni o temporanei. Solo il 60% (il 48% nelle imprese dislocate nel sud d'Italia) degli addetti complessivi nel settore erano lavoratori dipendenti (interni o esterni), contro il 92% del comparto di riferimento.

Fra i lavoratori interni all'impresa il 9,6% (il 14% nel mezzogiorno) sono assunti a tempo determinato, ed il 70% ha un contratto a tempo parziale (il 65% delle donne circa e il 50% degli uomini circa).

Il 92,7% dei lavoratori sono inquadrati come impiegati e di questi il 72,2% sono donne e il 69% ha un'età compresa tra 30 e 49 anni. Due terzi di dirigenti e i quadri (0,8%) sono uomini.

Complessivamente le donne sono il 71% del totale dei lavoratori.

Il 39% degli occupati (interni ed esterni) ha meno di 30 anni e solo il 5,1% ha più di 50 anni. Tra i lavoratori esterni, tuttavia, la quota di giovani sotto i 30 anni sale al 56,2% (circa 15 mila lavoratori).

Il titolo di studio dei lavoratori impiegati nei *call center* è più alto della media degli occupati. Più del 65% ha un diploma e più del 20% ha un diploma universitario (contro rispettivamente il 44% e il 10% degli occupati nel settore dei servizi alle imprese). Nelle regioni meridionali la quota dei diplomati sale al 70%.

1.2. Strumenti e indicatori per la rilevazione dello *stress* lavoro-correlato.

I dati e le indicazioni cui si farà riferimento sono tratti principalmente da due indagini, che risalgono ai primi anni del nuovo millennio, condotte da enti territoriali nell'intento di restituire una fotografia della qualità del lavoro nei *call center* a livello territoriale e di fornire linee guida per la prevenzione ed il contrasto del fattore di rischio psicosociale[70].

La rilevazione della percezione dello *stress* da parte degli operatori dei *call center* è avvenuta attraverso la somministrazione di questionari, mirati ad indagare una serie di indicatori aventi ad oggetto l'organizzazione del lavoro, la qualità del rapporto con colleghi e supervisori, la qualità del lavoro svolto, la condizione di benessere/malessere percepita soggettivamente[71].

70. Le indagini cui si farà riferimento nel proseguo del paragrafo sono quella effettuata nel 2006 dal Centro Regionale di Documentazione per la promozione della Salute - ASL 5 Piemonte, dal Servizio sovrazonale di Epidemologia - ASL 5 Piemonte e da CGIL Piemonte - Dipartimento Ambiente, Salute e Sicurezza sul lavoro, dal titolo *Fattori di rischio occupazionale nei call center: un'indagine campionaria sulle lavoratrici e sui lavoratori nella Regione Piemonte*, reperibile al link: http://www.dors.it/alleg/0201/reportgennaio2007.pdf (ultima consultazione 26 aprile 2017); quella effettuata dalla ASL della città di Milano nel 2005 reperibile al link: http://www.asl.milano.it/ITA/Default.aspx?SEZ=2&PAG=74&NOT=469 (ultima consultazione 26 aprile 2017). V. anche la ricerca di Conway, Campanini, Camerino, Punzi, Fichera, Sartori, Castellini, *Valutazione del rischio stress lavoro correlato negli addetti al call center: risultati di un'indagine condotta tramite questionario e intervista semi strutturata*, in *Giorn. it. med. lav. erg.,* 2010, 32, p. 4, Suppl. 2.

71. Le linee guida elaborate dalla ASL della città di Milano contengono in allegato una *check list* utile alla

In particolare le domande rivolte agli operatori hanno riguardato:

- il livello di rumore del luogo di lavoro;
- la richiesta di raggiungimento di obiettivi quantitativi (ad esempio numero di telefonate da effettuare, numero di contratti da concludere, etc.);
- la previsione di premi individuali legati al raggiungimento di specifici risultati;
- la previsione di una procedura di verifica delle prestazioni di lavoro;
- la possibilità per il lavoratore di gestire le pause dal lavoro;
- l'adeguatezza del numero e della durata delle pause;
- gli intervalli fra una chiamata ed un'altra nella fascia oraria in cui il traffico telefonico è più intenso;
- il numero medio di telefonate ricevute/fatte in un'ora nella fascia oraria in cui il traffico telefonico è più intenso;
- la richiesta di flessibilità oraria per lo svolgimento del lavoro;
- lo stato di conflitto fra tempi di vita e tempi di lavoro;
- l'adeguatezza della formazione e informazione rispetto all'uso dei mezzi di lavoro (spazi, videoterminali, sistemi informatici);
- il livello di riconoscimento del lavoro svolto da parte del supervisore;
- il livello di supporto da parte del supervisore in situazioni difficili;
- la qualità delle relazioni con i colleghi e i superiori;
- la correttezza nella valutazione del lavoro svolto;
- la presenza di un rappresentate dei lavoratori per la sicurezza;
- la presenza di un rappresentante sindacale all'interno del *call center*;
- la percezione dell'utilità della presenza delle figure sopra indicate;
- la stabilità del posto di lavoro;
- il livello di soddisfazione del lavoratore per l'attività svolta rispetto alla sua preparazione e formazione;
- l'adeguatezza dello stipendio rispetto agli sforzi e ai risultati ottenuti;
- la percezione del livello quantitativo e qualitativo della domanda di lavoro avanzata dal *management*;
- il riconoscimento di margini di autonomia decisionale nello svolgimento dell'attività lavorativa;
- il carattere ripetitivo dell'attività lavorativa svolta;
- la possibilità di imparare cose nuove e di arricchire le proprie competenze;
- la percezione e il giudizio sul proprio stato di salute;
- la percezione di sopportare un eccessivo carico emotivo e uno stato di dissonanza emotiva;

valutazione del rischio di *stress* correlato al lavoro alla quale è affiancato un questionario sintetico per la raccolta delle valutazioni soggettive.

- le manifestazioni percepite nelle ultime quattro settimane dei seguenti disturbi: insonnia, ansia, depressione;
- le manifestazioni percepite nelle ultime quattro settimane dei seguenti disturbi: nausea, bruciore di stomaco, diarrea, stitichezza.

1.3. Fattori di rischio psicosociali.

Gli esiti delle indagini richiamate mostrano che nel settore di riferimento le cause che scatenano una condizione di *stress* nei lavoratori riguardano principalmente quattro ambiti: il livello di autonomia decisionale e organizzativa riconosciuto al lavoratore, il ritmo e il carico di lavoro, le caratteristiche dell'attività svolta, il rapporto con colleghi e superiori gerarchici.

Con riguardo al primo aspetto, le indagini mettono bene in luce che l'operatore del *call center* gode di una pressoché inesistente autonomia nell'organizzazione della propria attività lavorativa. Egli, infatti, si trova esposto al rispetto di rigidi tempi di risposta al cliente, può essere obbligato a seguire un protocollo di risposta ed uno *script* che lo priva o lo limita fortemente nella possibilità di personalizzare l'interlocuzione, gli è impedito di scegliere quando interrompere la prestazione per una breve pausa, dovendo assicurare un certo ritmo di lavoro sotto il controllo del *team leader,* perciò rischiando di trovarsi nella condizione di non poter soddisfare anche solo un bisogno fisiologico, con ciò che ne consegue in termini di disagio e frustrazione. Siffatta condizione costituisce un fattore di rischio psicosociale, dal momento che al lavoratore è preclusa ogni possibilità di esprimere la propria personalità e professionalità nello svolgere il proprio lavoro e, pur nel rispetto delle direttive datoriali, di gestire il tempo secondo un ritmo rispettoso della propria persona.

Il carico di lavoro e il ritmo imposto costituiscono un altro fattore di rischio di *stress*. In particolare genera malessere, in termini di affaticamento e del consolidarsi di una percezione di inadeguatezza, l'imposizione di obiettivi troppo difficili da raggiungere, così come la sollecitazione ad accelerare i tempi di lavoro, la previsione di tempi di riposo insufficienti per numero e durata (oltre che – si è visto – collocati nell'arco della giornata lavorativa a discrezionalità del *management*). La stessa condizione stressogena deriva dalla previsione di un sistema di incentivi legati al raggiungimento di risultati connessi a ritmi di lavoro non concordati, con ciò che ne consegue in termini di percezione di essere destinatari di un trattamento ingiusto, così come dalla richiesta di svolgere più cose contemporaneamente e di garantire la disponibilità ad una flessibilità del tempo di lavoro.

Vi sono, poi, alcune caratteristiche intrinseche del lavoro, capaci di incidere negativamente sullo stato di benessere del lavoratore. Ad esempio, provocano uno squilibrio sullo stato psichico ed emotivo dell'operatore la pressione esercitata da parte dei clien-

ti soprattutto nell'attività *inbound*, così come la loro scortesia e aggressività nell'attività *outbound*. Incide sul benessere lavorativo anche la circostanza che la comunicazione telefonica, escludendo la relazione *vis à vis*, impedisce all'operatore di rilevare e gestire i messaggi non verbali degli interlocutori, così come la impossibilità di avere un riscontro della qualità ed efficacia del proprio lavoro da parte dell'utenza con la quale il contatto è verosimilmente unico.

Infine, costituisce un fattore di rischio la tipologia delle relazioni interpersonali che si instaurano all'interno del luogo di lavoro con particolare riguardo alla circostanza che l'organizzazione del lavoro prevede un controllo dell'operatore da parte del *team leader* durante lo svolgimento dell'attività lavorativa (anche mediante l'ascolto della telefonata con il cliente), nonché il monitoraggio della *performance* da intendersi come controllo constante del ritmo di lavoro. Fra i fattori organizzativi risulta stressogena anche la carenza di addestramento, così come il luogo di lavoro sovente molto rumoroso perché affollato, ma al contempo capace di impedire l'instaurarsi di relazioni interpersonali a causa dell'installazione di postazioni riparate e protette, funzionali sì ad impedire interferenze ambientali, ma al contempo foriere di un certo isolamento del lavoratore.

1.4. Sintomi dello *stress*.

I sintomi dello *stress* che deriva dallo svolgimento del lavoro di *telemarketing* consistono in generale in stanchezza, irritabilità, disturbi del sonno, ansia, depressione, cefalea, disturbi gastrointestinali, disturbi muscoloscheletrici, ipertensione arteriosa, tachicardia, palpitazioni, attacchi d'asma.

I dati emersi dalle indagini analizzate mostrano alcune particolari correlazioni fra fattori di *stress* e manifestazioni sintomatiche.

Ad esempio, la percezione di essere trattati ingiustamente si associa prevalentemente a mal di testa, ansia, disturbi gastro-intestinali, sia negli uomini che nelle donne, mentre la richiesta eccessiva di lavoro o l'imposizione di ritmi di risposta alle chiamate troppo sostenuti sono per lo più associati a ansia e disturbi gastro-intestinali, capaci di definire un livello di *stress* cronico. A quest'ultimo proposito l'indagine effettuata sul territorio della regione Piemonte ha messo in evidenza come nel settore delle telecomunicazioni, dove il ritmo di lavoro richiesto è molto sostenuto, il livello di ansia rilevato negli operatori è maggiore di quello emerso nel settore bancario.

È risultato, altresì, causa di uno stato di *stress* cronico e di depressione – sulla base del modello di Karasek-Theorell per lo studio dello *stress* lavorativo – il basso livello di autonomia decisionale lasciato al lavoratore nella programmazione e organizzazione del lavoro, così come le scarse opportunità di crescita professionale e la ripetitività e monotonia dell'attività svolta, in definitiva il ruolo sostanzialmente passivo riconosciuto e assegnato all'operatore.

Comporta uno stato ansioso nei lavoratori anche la consapevolezza di essere impiegati con contratti di lavoro non stabili, in quanto a questa condizione è connesso il timore di poter perdere l'occupazione. Si tratta di un dato significativo, tipico di questo settore che – come abbiamo visto nel § 1.1. – si connota per la presenza di un'alta percentuale di lavoratori impiegati con contratti flessibili (a termine, a *part-time*, indipendenti, etc.).

1.5. Linee di intervento per prevenire e contrastare il rischio di *stress*.

Sul fronte della carenza di autonomia le linee di intervento riguardano la restituzione all'operatore di spazi decisionali. Se l'obiettivo è quello di ridurre al minimo la rigidità degli schemi che l'operatore è chiamato a seguire nell'impostare la conversazione con l'utente, consentendogli di personalizzare la propria attività e di evitare di cadere in rigidi, ripetitivi e monotoni automatismi, lo strumento cui far ricorso consiste da un lato nell'offrire al lavoratore una formazione *ad hoc*, che gli consenta di conquistare la piena padronanza delle corrette modalità di svolgimento della prestazione e di conoscere gli obiettivi produttivi, dall'altro nel coinvolgerlo nella pianificazione del lavoro e nell'organizzazione dei tempi della prestazione.

Una buona formazione dell'operatore consente più in generale di abbattere il rischio di subire lo *stress* naturalmente correlato allo svolgimento di una attività che consiste nell'offrire informazioni. Essere in grado di gestire una telefonata con sicurezza e competenza, venire aggiornato su ogni novità introdotta, essere addestrato all'utilizzo di nuove attrezzature o di nuovi sistemi consente di ridurre lo stato di ansia che può insorgere nel lavoratore che sappia di non essere padrone delle modalità e dei contenuti e dunque di evitare che l'*eustress* si tramuti in *distress* con ciò che ne consegue in termini di perdita di capacità ed efficacia lavorativa.

Per eliminare o almeno ridurre il fattore di rischio scaturente dalla monotonia e ripetitività del lavoro, poi, è possibile intervenire introducendo meccanismi di rotazione dell'operatore su postazioni telefoniche dalle quali siano offerte informazioni diverse, ovvero prevedendo meccanismi di alternanza del lavoratore nelle diverse attività svolte all'interno del *call center*, immaginando ad esempio che in uno stesso turno di lavoro si avvicendi lo svolgimento di attività di chiamata/risposta al lavoro al telefono con lo svolgimento di attività di contenuto diverso. Ovviamente lo strumento per realizzare questo intervento passa, ancora una volta, dalla formazione dell'operatore in modo da metterlo nelle condizioni di spostarsi da una attività ad un'altra.

Sul fronte del controllo esercitato dal *team leader* la riduzione del rischio di *stress* passa attraverso la condivisione con il lavoratore delle politiche di controllo e degli obiettivi perseguiti. I controlli, in particolare, possono essere funzionali a svolgere indagini statistiche sull'andamento dell'attività d'impresa e a migliorare la *performance* complessiva, ma non possono tramutarsi in controlli a distanza dell'attività lavorativa, nel rispetto del

divieto posto dall'art. 4 dello Statuto dei lavoratori (l. n. 300 del 1970) a salvaguardia della dignità della persona. Essi, inoltre, possono essere sostituiti – ad esempio – dall'introduzione di un sistema di verifica del gradimento del servizio da parte della clientela, ed essere limitati all'aspetto qualitativo delle telefonate.

La valutazione della prestazione lavorativa, invece, utile a migliorare la soddisfazione personale dell'operatore oltre che a creare un clima lavorativo complessivamente migliore, deve essere compiuta con criteri e attraverso dati obiettivi e coerenti, anch'essi condivisi.

Con riguardo poi allo *stress* che scaturisce dalla peculiarità dell'attività svolta, ed in particolare dalla possibile aggressività e maleducazione manifestata dall'interlocutore utente del servizio, la prevenzione passa in primo luogo dall'esame delle cause da cui un tale atteggiamento può derivare, ad esempio il nervosismo conseguente a una lunga attesa, all'aver dovuto contattare il servizio più volte a seguito dell'impossibilità di risolvere il problema, alla collocazione oraria della chiamata, in vista di introdurre elementi migliorativi al servizio. Può rivelarsi utile elaborare procedure per affrontare siffatte chiamate, prevedere una pausa dopo un'aggressione, introdurre un sistema di monitoraggio.

Infine, il fattore di rischio legato alla rumorosità dell'ambiente può essere affrontato operando sul fronte strumentale, fornendo apparecchiature ben funzionanti e all'avanguardia che evitino al lavoratore di dover usare un tono della voce alto (ad esempio cuffie dotate di microfono a cancellazione del rumore e cuffie bilaterali), dotando il *call center* di pareti fonoassorbenti, dislocando altre attrezzature di lavoro che producano rumore in locali diversi da quelli dove sono sistemati gli operatori telefonici, collocando in un luogo diverso una eventuale stanza riunione.

2. Identificazione del rischio e gestione della prevenzione nel settore del trasporto passeggeri.

2.1. Caratteristiche e consistenza del settore del trasporto passeggeri in Italia.

Il sistema italiano del trasporto passeggeri comprende il settore aeroportuale, il settore autostradale, il settore ferroviario, il settore portuale ed il settore del trasporto pubblico locale[72].

Un sistema di trasporti può considerarsi efficiente e funzionale qualora sia dotato di adeguate infrastrutture tra loro integrate, tali da favorire lo sviluppo del trasporto di passeggeri e merci. L'intermodalità, ossia l'insieme di infrastrutture e metodi di trasporto che coinvolgono una combinazione di mezzi diversi, assume un peso rilevante sia per la sua trasversalità a tutti i settori di trasporto classici, sia per la capacità di migliorarne l'efficienza

72. I dati raccolti in questo paragrafo sono tratti dal *Primo rapporto annuale al Parlamento dell'Autorità di regolazione dei trasporti*, presentato alla Camera dei Deputati il 16 luglio 2014, a dieci mesi dalla costituzione dell'Autorità ed a sei dalla sua entrata in operatività. Il rapporto è disponibile al sito: http://www.autorita-trasporti.it/wp-content/uploads/2014/07/2_Primo-Rapporto-Annuale1.pdf (ultima consultazione 26 aprile 2017).

facendo leva sulle caratteristiche dei diversi sistemi di trasporto. Nonostante la posizione strategica dell'Italia, una politica di orientamento del settore esplicitamente focalizzata e consolidata sull'integrazione delle diverse modalità di trasporto e, quindi, sull'intermodalità non ha ancora portato ad una completa integrazione del sistema dei trasporti, e del trasporto passeggeri in particolare. Di conseguenza, il sistema italiano dei trasporti soffre soprattutto per la carenza di connessioni tra ferrovie, porti, aeroporti e strade. In particolare, le criticità riscontrate nel sistema ferroviario spingono ad un utilizzo del trasporto su gomma superiore a quello che sarebbe desiderabile, anche tenuto conto delle criticità rappresentate da collegamenti incompleti, colli di bottiglia e nodi congestionati.

Con riferimento alla ripartizione del traffico di passeggeri tra le varie modalità di trasporto, rispetto alla media europea l'Italia presenta un minor ricorso alla mobilità privata (l'uso degli autoveicoli si attesta all'81,2%) e un maggior impiego della mobilità pubblica urbana su gomma (12,6%), mentre inferiore alla media europea è l'uso di treni (5,3%) e di tram e metropolitane (0,9%).

Per quanto riguarda il settore aeroportuale, una classifica dei volumi di traffico passeggeri nei paesi europei per mostra come più del 60% del traffico sia concentrato su cinque paesi (Regno Unito, Spagna, Germania, Francia e Italia). Pur avendo l'Italia registrato nel biennio 2009-2011 tassi di crescita superiori al 6%, e quindi superiori ai valori riscontrati a livello europeo, tale crescita è ferma dal 2011, anche se la contrazione del traffico è stata inferiore a quella spagnola (buona, invece, è stata la tenuta di Regno Unito, Germania e Francia). Tale recupero non è però stato riconfermato tra il 2012 e il 2013, quando il numero dei passeggeri è nuovamente calato. Nel complesso, sia per i bassi livelli pre-crisi, sia per la riduzione del traffico negli ultimi anni, l'Italia nel 2013 si colloca ultima tra i cinque principali paesi europei per traffico di passeggeri.

Come in altri paesi del sud dell'Europa, l'andamento del trasporto aereo in Italia è stato condizionato da un lato da una forte esposizione ai fenomeni macroeconomici, e dall'altro da una peculiare flessione dei vettori tradizionali a favore dei vettori *low cost* e della crescente concorrenza dei treni ad alta velocità su alcune importanti rotte del paese. Occorre anche tener presente che il mercato italiano è articolato su una rete di numerosi aeroporti, alcuni dei quali di piccole dimensioni, in concorrenza tra loro; ciò comporta in genere una maggiore dispersione dei passeggeri rispetto ai concorrenti europei. Il risultato è un sistema molto polarizzato sulle città di Milano e Roma, i cui aeroporti rappresentano, nel complesso, il 47,1% del mercato passeggeri, ma che vede protagonisti anche numerosi aeroporti di medie dimensioni grazie alla presenza dei vettori *low cost* che generano un traffico elevato.

Il settore autostradale in Italia sopporta la parte predominante del traffico passeggeri, in parte anche a causa della dispersione del tessuto produttivo. Secondo la Commissione europea, in Italia nel 2011 si è mosso su ruote il 94,2% del traffico passeggeri, ben al

di sopra della media europea (91,4%), e la sua dimensione economica nel 2009 è stata valutata pari al 3,1% del PIL. L'Italia oggi conta circa 6.700 km di autostrade, di cui oltre l'85% affidati in gestione a società concessionarie, mentre la restante parte è in carico ad ANAS (il gestore della rete stradale ed autostradale italiana di interesse nazionale, una società per azioni – il cui socio unico è il Ministero dell'Economia – sottoposta al controllo ed alla vigilanza tecnica ed operativa del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti). Anche se la rete italiana risulta in apparenza molto frammentata, molte di queste concessionarie sono sotto il controllo di tre grandi gruppi: Atlantia (che controlla oltre il 60% delle autostrade), il Gruppo Gavio e gli enti pubblici (per lo più Regioni ed enti locali). Dalla nascita delle autostrade sino al 2010 il traffico autostradale ha conosciuto una crescita costante, dovuta all'aumento del numero di vetture presenti e al miglioramento delle condizioni economico-sociali del paese. Negli anni più recenti, tuttavia, si è assistito ad un'inversione di tendenza: successivamente al 2007, il volume di traffico ha presentato un *trend* decrescente, che ha riportato i valori ai livelli degli anni 2000. Peraltro, all'aumento del traffico autostradale non si è però affiancato un aumento infrastrutturale, che è rimasto pressoché stabile dagli anni '80 dello scorso secolo ad oggi.

Per quanto attiene al trasporto ferroviario, in accordo alle statistiche europee l'Italia, con circa 17000 km al 2011, rappresenta la terza rete ferroviaria europea per estensione (va peraltro evidenziato che nei 17000 km di rete ferroviaria rilevati dalle statistiche europee non vengono conteggiati i km di rete ferroviaria di proprietà delle Regioni e gestiti da imprese ferroviarie minori; se si considerano anche questi ultimi, l'infrastruttura ferroviaria italiana ammonta a circa 20600 km). Rispetto agli anni Settanta, le principali reti europee hanno subìto negli ultimi anni una contrazione; fa eccezione l'Italia, per cui si è invece osservato un aumento dell'estensione ferroviaria di circa 970 km. Se si considera la dotazione di km di linee ferroviarie per milione di abitanti, in Europa l'Italia si colloca undicesima, con 280,2 km di linee per milione di abitanti (tale valore è però influenzato dalla densità abitativa del paese).

Il principale gestore della rete ferroviaria italiana, Rete Ferroviaria Italiana (RFI), gestisce circa 16700 km di rete statale; i rimanenti km di rete, di proprietà regionale, sono gestiti da Ferrovie Nord Spa (un'azienda appartenente al gruppo FNM Spa, che rappresenta la più importante compagnia ferroviaria del paese dopo il gruppo Ferrovie dello Stato). In adempimento alle normative europee, che richiedevano la separazione tra il gestore dell'infrastruttura e il principale operatore ferroviario, nel 1999 l'azienda Ferrovie dello Stato ha assunto la struttura di un gruppo societario. Il servizio di trasporto è stato affidato a Trenitalia, il principale operatore ferroviario per l'offerta di trasporto sia di passeggeri, sia di merci. La gestione e il mantenimento dell'infrastruttura statale sono stati, invece, affidati – sulla base di una concessione della durata di 60 anni – a RFI. Il servizio di trasporto passeggeri è suddiviso in diversi segmenti, alcuni dei quali soggetti

a concorrenza ed altri – i cosiddetti servizi soggetti ad «obbligo di servizio pubblico» – invece affidati tramite contratti di servizio ad uno specifico operatore.

L'Italia e la Francia sono stati i precursori del settore dell'alta velocità in Europa: di fatto, fino al 1990 Italia e Francia sono stati gli unici due paesi ad essersi dotati di infrastrutture ad alta velocità[73]. Nonostante il ruolo da protagonista dell'Italia nel settore europeo dell'alta velocità, la sua spinta innovatrice ha avuto una battuta di arresto; la rete italiana nel 2005 appariva, infatti, praticamente immutata rispetto a quella di dieci anni prima. L'Italia con una rete di soli 923 km è attualmente la quarta infrastruttura europea dell'alta velocità. Di fatto, in Italia si è ricominciato a sviluppare la rete dell'alta velocità solo a partire dal 2005, con ritmi crescenti fino al 2009, senza però riuscire a colmare il ritardo infrastrutturale accumulato negli ultimi 20 anni. I servizi di trasporto passeggeri ad alta velocità sono soggetti alle regole di mercato e sono forniti in concorrenza in Italia da due imprese, l'operatore pubblico Trenitalia del Gruppo Ferrovie dello Stato e l'operatore privato NTV (Nuovo Trasporto Ferroviario). La domanda complessiva di trasporto passeggeri in Italia è risultata in lieve crescita durante gli ultimi anni '90, ma dal 1999, e fino al 2008, la domanda di trasporto espressa in passeggeri/km è risultata stabile, intorno a 49 miliardi di passeggeri/anno. A partire dal 2008 si è assistito ad una riduzione della domanda di trasporto tradizionale che ha determinato la riduzione della domanda di trasporto totale, nonostante in questo periodo si sia assistito ad un aumento della domanda di trasporto ad alta velocità, causato principalmente dell'entrata in funzione di nuove tratte; tuttavia, l'aumento della domanda di trasporto sulle linee ad alta velocità non è stato in grado di controbilanciare la riduzione della domanda di trasporto tradizionale di passeggeri.

Per quanto concerne il settore portuale, all'interno del panorama europeo l'Italia detiene una posizione di rilievo (classificandosi terza per volumi di traffico) solo a livello aggregato, grazie al suo elevato numero di porti, che sono però di dimensioni relativamente ridotte: le coste italiane sono disseminate da oltre 500 strutture portuali – fra turistiche e commerciali –, a cui si aggiungono più di 100 punti di ormeggio, con una media di una struttura ogni 14 Km di costa. In generale, il mercato del traffico passeggeri italiano continua a mostrare segni di sofferenza, avendo ottenuto una crescita negativa dal 2008 a oggi pari al -17%, di cui -10% solo nel 2012. Il peggioramento ha interessato sia il traffico crocieristico, sia quello dei traghetti (-9,3%, dati Assoporti 2012).

Il trasporto pubblico locale, infine, comprende l'insieme delle tipologie di trasporto che soddisfano una domanda di mobilità espressa in ambito urbano, regionale o infra-regionale, generalmente su distanze inferiori ai 100 km. La prestazione del servizio avviene

73. L'Italia è stata il primo paese europeo a inaugurare una linea ad alta velocità (la direttissima Firenze-Roma) nel 1977, mentre la Francia ha introdotto il primo treno ad alta velocità (HST, soprannominato Concorde Rail) sulla Parigi-Lione nel settembre 1981.

con modalità differenti, tra le quali le più diffuse sono: le autolinee che prestano servizio urbano e extraurbano (o misto); le metropolitane e le tranvie, attive soltanto sui percorsi urbani; i servizi ferroviari urbani ed extraurbani su distanze inferiori a 100 km. Non esiste una quantificazione ufficiale della dotazione di impianti fissi, ma si stima che in Italia la rete totale del trasporto pubblico locale, composta dalle linee ferroviarie regionali, dalle linee metropolitane e tranviarie e dalla rete del trasporto su gomma, urbano ed extraurbano, raggiunga circa 128 km di lunghezza ogni 100 kmq di superficie. La densità di rete urbana, inoltre, appare territorialmente molto differenziata. Tra le varie tipologie di trasporto, quello su gomma risulta predominante, sia per numero di aziende (con oltre il 90% delle aziende operanti nel settore del trasporto pubblico locale in Italia), sia in termini di veicoli (l'89% degli oltre 21000 veicoli di trasporto pubblico locale sono autobus, corrispondenti al 69% dei posti/km), anche se i posti/km su tram e metropolitane hanno registrato una costante crescita dal 2007 in poi, a fronte di una dinamica negativa dei posti/km degli autobus. Poche sono le aziende che offrono servizi di trasporto ferroviario regionale, servizio su metropolitana (solamente nelle città più grandi), servizio tranviario ed altre tipologie di trasporto urbano. Anche il confronto tra la densità delle reti di trasporto locale su gomma e quella delle differenti tipologie di trasporto su ferro mostra chiaramente come l'offerta di trasporto pubblico locale in Italia sia fortemente sbilanciata a favore del trasporto su gomma. Nel 2011, a fronte di una densità di rete di autolinee di 118 km ogni 100 kmq di superficie, le reti di trasporto su ferro presentano valori nettamente inferiori: 6,4 km per la rete ferroviaria regionale, 1,6 km per la rete tranviaria e 0,6 km per la rete metropolitana. Completano l'offerta di trasporto pubblico locale su gomma anche le filovie, che tuttavia rappresentano una componente molto esigua della rete totale (appena 1 km ogni 100 kmq).

In termini di offerta, l'Italia si caratterizza per un mercato molto frammentato: le prime cinque aziende possiedono una quota di mercato che si attesta attorno al 30%, meglio dei primi cinque operatori spagnoli (21%), ma molto meno di quanto si registra nel mercato francese (65% considerando solo le prime quattro aziende), in quello tedesco (55%), inglese (54%) e, in generale, nella media europea esclusa l'Italia (49%). L'offerta italiana presenta criticità non solo per le ridotte dimensioni operative, ma anche in termini di quantità di servizi offerti e domandati. In particolare, i dati indicano, per l'Italia, un generale valore di offerta talvolta superiore alle reali necessità della domanda rivolta al trasporto pubblico locale.

2.2. Strumenti e indicatori per la rilevazione dello *stress* lavoro-correlato nel settore del trasporto passeggeri: il caso del settore ferroviario.

I dati e le indicazioni cui si farà riferimento sono tratti da una ricerca pubblicata nel 2012 e condotta dalla cattedra di psicofisiologia clinica dell'Università di Roma Sapienza,

sotto la direzione scientifica del Prof. Vezio Ruggieri, in collaborazione con la Regione Toscana e l'Azienda sanitaria locale 10 di Firenze, relativa alla rilevazione dello *stress* lavoro-correlato nel settore del trasporto ferroviario, con particolare riferimento alle figure dei macchinisti e dei capitreno[74]. La peculiarità e l'interesse della ricerca stanno nel fatto che il metodo partecipativo utilizzato ed il questionario elaborato si prestano – con gli opportuni adattamenti – ad essere estesi anche ad altri settori nei quali sono presenti fattori di rischio specifici connessi allo *stress* lavorativo.

Un ulteriore elemento di interesse è dovuto alla circostanza che la Regione Toscana, in collaborazione con varie Aziende sanitarie locali della Regione, ha elaborato alcune linee di indirizzo per la valutazione dello *stress* lavoro-correlato che, pur non essendo vincolanti per i datori di lavoro, sono tuttavia finalizzate ad agevolare l'adempimento degli obblighi di legge da parte di questi ultimi. Tali linee guida dedicano una specifica attenzione al settore del trasporto passeggeri, pubblico e privato, dal momento che si ritiene che esso sia particolarmente esposto al fattore di rischio da *stress* in ragione dei turni di lavoro ai quali esso è sottoposto e del rapporto con l'utenza, che non è sempre facile a causa delle condizioni di *stress* connesse alla guida di mezzi pubblici e privati, tanto su gomma quanto su rotaia.

La finalità della ricerca consiste nell'individuare da un lato i fattori di rischio specifici presenti nel settore esaminato, allo scopo di identificare possibili modifiche nell'organizzazione del lavoro che siano in grado di ridurli, e dall'altro di individuare degli *standard* di prevenzione condivisi che possano essere applicati in tutte le realtà lavorative del settore del trasporto passeggeri, e più in generale anche in realtà lavorative diverse ma caratterizzate dalla presenza di elementi comuni al mondo dei trasporti (quali, su tutti, il lavoro a turni).

L'utilizzo, nello studio che è stato condotto, di gruppi omogenei, composti da lavoratori del settore che svolgono le medesime mansioni e guidati da esperti (psicologi e medici), sicuramente ha conferito un valore aggiunto ai risultati che si sono ottenuti. La ricerca ha difatti preso le mosse, su impulso di alcuni Rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza, da alcuni incontri di gruppo omogeneo, al fine favorire l'emersione delle specifiche aree critiche relative al contenuto ed al contesto lavorativo; il questionario, derivato da questa esperienza, volto ad esplorare le specifiche aree individuate dai partecipanti al gruppo, è stato poi somministrato anonimamente ad un campione di 451 lavoratori (254 macchinisti, 251 uomini e 3 donne, e 197 capitreno, 124 uomini e 73 donne).

La rilevazione della percezione dello *stress* da parte del personale ferroviario in servizio sui treni (personale di macchina e personale di bordo) è quindi avvenuta attraverso la somministrazione di un questionario sperimentale, costruito *ad hoc* con la partecipazione

74. *Un treno carico di stress. Stress lavoro correlato: una ricerca psicofisiologica sui macchinisti e i capitreno, un metodo a disposizione di tutti*, Firenze, 2012; la ricerca è disponibile al sito: http://www.inmarcia.it/home/28-ultimora/221-un-treno-carico-di-stress (ultima consultazione 26 aprile 2017).

dei lavoratori che hanno preso parte ai gruppi omogenei, finalizzato a rilevare gli specifici fattori di rischio *stress* lavoro-correlato.

In particolare, oltre alle variabili socio-anagrafiche introduttive, il questionario somministrato ai lavoratori ha registrato alcune variabili dipendenti ed indipendenti.

Quanto alle variabili dipendenti, esse sono state rilevate attraverso una registrazione periodica dei livelli autopercepiti di ansia, stato di preoccupazione e/o paura, irritazione (senso di nervosismo o rabbia), sforzo (vale a dire la sensazione di eccessivo impegno nel lavoro di controllo ed esecuzione di un compito), fatica (senso di mancanza di forza, spesso determinato da uno sforzo prolungato), sonnolenza – e quindi abbassamento dei livelli di vigilanza – e difficoltà di concentrazione.

Quanto alle variabili indipendenti (o di contesto), sono stati monitorati il modulo di condotta (agente solo[75], doppio agente, agente e capotreno), il tipo di treno (regionale, alta velocità, etc.), l'orario di lavoro (prevalentemente mattina, prevalentemente pomeriggio/sera, prevalentemente notte, prevalentemente notte con riposo fuori residenza), l'andamento del turno (senso orario, senso antiorario, nessuna regolarità, turno fisso), il numero di ore di sonno prima del turno (in residenza o fuori residenza), la qualità del sonno (buona, mediocre, pessima), il numero di ore di riposo prima del turno, le ore di condotta/scorta, l'azione, contesto e stato psicofisico (in questo spazio sono state indicate – durante l'orario di lavoro, in corrispondenza dell'orario in cui si sono verificate – le condizioni di contesto e psicofisiche considerate rilevanti, ad es: pressioni telefoniche, problemi sulla linea, guasti al mezzo o alla linea, linea con molte gallerie, impossibilità di usare il bagno, impossibilità di muoversi, etc.) e l'ambiente (durante le ore di condotta: in questo spazio sono state indicate – durante l'orario di lavoro, in corrispondenza dell'orario in cui si sono verificate – le condizioni ambientali considerate inadeguate, ad es: rumore eccessivo o fastidioso, temperatura inadeguata, vibrazioni eccessive, posizione di guida scomoda, illuminazione inadeguata, etc.).

2.3. I fattori di rischio *stress* lavoro-correlato specifici del personale ferroviario in servizio sui treni.

Il lavoro nei gruppi omogenei, che ha preceduto la fase di somministrazione dei questionari, ha consentito di porre in luce alcuni degli specifici fattori di rischio *stress* lavoro-correlato.

Alcuni di essi rappresentano problematiche condivise alle categorie dei macchinisti e dei capitreno: per quanto attiene all'ambiente di lavoro, si tratta dei turni di lavoro, del rumore eccessivo o fastidioso, della temperatura inadeguata, delle vibrazioni eccessive, della sporcizia del treno o delle cabine di guida e dei bagni guasti, sporchi o indisponibili; per quanto riguarda, invece, gli eventi, il contesto e lo stato psicofisico, si tratta del ritardo

75. Per «agente solo» si intende il modulo di condotta dei treni che prevede la presenza del solo macchinista in cabina di guida.

del treno, delle telefonate pressanti, dei guasti sulla linea o al treno, dell'impossibilità di espletare i bisogni fisiologici, dell'impossibilità o della fretta nel mangiare e del timore di arrivare tardi a casa o al lavoro.

Con particolare riferimento all'organizzazione dei turni di lavoro, si evidenzia come sia poco considerato il ristoro delle funzioni fisiche (soprattutto nella giornata «con alzata presto»), il che comporta un innalzamento del rischio di perdita del controllo attentivo principalmente da parte dei macchinisti.

Oltre ai fattori condivisi, sono state individuate anche alcune fonti di *stress* specifiche per ciascuna delle due professioni. Per quanto concerne i fattori di rischio specifici dei macchinisti, si distinguono quelli ambientali (agente solo, posizione di guida scomoda, guida contro sole, illuminazione inadeguata) da quelli legati agli eventi, al contesto ed allo stato psicofisico (molte gallerie, vetri sporchi, cambio di tensione). Analogamente, anche per quanto attiene ai capitreno sono stati individuati sia fattori di rischio ambientali (prevalentemente il compartimento di servizio non assegnato), sia fattori di rischio legati all'evento, al contesto ed allo stato psicofisico (treno affollato, porte guaste, incomprensioni o diverbi con l'utenza, aggressioni da parte di viaggiatori, treno a rischio ladri e viaggiatori sprovvisti di biglietto).

I dati rilevati, inoltre, evidenziano un livello di *stress* nel personale ferroviario in servizio sui treni superiore alla norma, ed oltre i livelli considerati critici, con riferimento agli aspetti cognitivo-affettivi, fisiologici e comportamentali[76]. Tale livello non risulta, peraltro, influenzato in misura statisticamente significativa da nessuna delle variabili socio-anagrafiche considerate (classe di età, stato civile, pendolarismo, regione di lavoro, sesso, minori o anziani a carico), dal che si deduce che l'elevato livello di *stress* presente nel personale in servizio sui treni sia riconducibile a fattori di rischio comuni a tali soggetti, ossia quelli connessi al contesto lavorativo. In particolare, si segnala un livello di *stress* significativamente più elevato nei macchinisti che conducono treni regionali ed in quelli che operano ad agente solo (probabilmente perché, in tale situazione, aumentano le responsabilità, che la condizione di solitudine non consente di condividere, mentre è del tutto carente la dimensione della socializzazione, la quale potrebbe rompere la monotonia stressogena); viceversa, nel gruppo dei capitreno non si osservano differenze statisticamente significative riconducibili alle variabili considerate (tipo di treno – «condotto» per i macchinisti o «scortato» per i capitreno –, turno individuale, tipo di servizio – ad uno o a due operatori – ed anzianità di servizio).

2.4. *Stress* e salute nel settore del trasporto ferroviario.

La ricerca si è anche soffermata sulla relazione tra *stress* e salute nel personale ferroviario in servizio sui treni, allo scopo di individuare, in particolare, l'eventuale correlazione tra i comuni problemi di salute rilevati nei lavoratori del settore (disturbi muscolosche-

76. Il livello di *stress* è stato misurato attraverso il c.d. test M.S.P. (*Mesure du Stress Psychologique*) di Tessier et al., Università Laval del Quebec – Lemyre et al. 1990.

letrici, disturbi pseudoneurologici, disturbi gastrointestinali, disturbi allergici, disturbi influenzali) ed il livello di *stress* rilevato. I risultati hanno evidenziato che, nei due gruppi considerati, all'elevarsi del livello di *stress* si associa un aumento della percezione soggettiva dei disturbi di salute comuni.

Inoltre, la ricerca ha rilevato – oltre ai disturbi di salute – anche la presenza di eventuali patologie a carico di apparati o sistemi, diagnosticate da un medico. Si tratta di patologie dell'apparato muscoloscheletrico (38,6%), dell'apparato digerente (37,8%), del sonno (30,3%), allergiche (19,3%), dell'apparato uditivo (15,7%), dell'apparato visivo (13,4%), dermatologiche (11%), dell'apparato genitourinario (10,2%), del metabolismo (7,9%), dell'apparato respiratorio (7,9%), dell'apparato cardiovascolare (7,5%), del sangue (5,1%), mentali (2,4%), del sistema immunitario (0,8%) ed infettive (0,8%). Alcune delle patologie indicate sono, peraltro, risultate correlate con il livello di *stress* misurato: nei macchinisti e nei capitreno l'aumento del livello di *stress* è positivamente correlato all'aumento di patologie dell'apparato digerente; nei macchinisti e nei capitreno uomini l'aumento del livello di *stress* si associa anche all'aumento di patologie del sonno, del metabolismo e dermatologiche; nei macchinisti si osserva anche una correlazione positiva tra *stress* e patologie del sangue, mentre nei capitreno uomini lo *stress* correla con patologie allergiche. Altre patologie compaiono o peggiorano con l'avanzare dell'età e dell'anzianità di servizio, in particolare con riferimento ai macchinisti ed ai capitreno uomini: nei macchinisti con l'aumento dell'età e dell'anzianità di servizio si osserva un aumento statisticamente significativo di patologie dell'apparato digerente, muscoloscheletrico e uditivo, patologie del sangue e del metabolismo; nei capitreno uomo aumentano (all'aumentare dell'età e dell'anzianità di servizio, in misura statisticamente significativa), le patologie cardiocircolatorie, genitourinarie, del sonno, muscoloscheletriche, uditive e visive; nelle capitreno donne, invece, non si osservano differenze statisticamente significative nella presenza di patologie nelle diverse fasce d'età o di anzianità di servizio.

2.5. La possibile estensione ad altri settori delle modalità di rilevazione dello *stress* lavoro-correlato sperimentate in ambito ferroviario.

Gli organi di vigilanza delle Aziende sanitarie locali, facendo seguito agli indirizzi provenienti dalle Regioni, considerano adeguate le valutazioni del rischio *stress* lavoro-correlato qualora esse siano effettuate conformemente a quanto previsto dalle Linee guida approvate dalla Conferenza Stato-Regioni, integrate dalla *check list* di valutazione Inail - Ispesl (ferma restando, ovviamente, la facoltà del datore di lavoro di adottare criteri di valutazione diversi). Tuttavia, nel caso di particolari realtà che richiedono prestazioni lavorative come quelle che sono state studiate – organizzate su turni aciclici, dove emergono un forte impegno psicofisico, rilevanti responsabilità dirette ed un forte condizionamento della sfera relazionale –, e che presentano dunque rischi *stress* lavoro-correlato particolari,

può essere utile integrare tali strumenti di rilevazione con metodiche di rilevazione *ad hoc*, come è stato fatto nel caso della ricerca i cui esiti si sono riportati nei §§ precedenti.

L'approccio ergonomico, orientato alla prevenzione e non all'adattamento dell'individuo al contesto organizzativo, rappresenta il punto di forza della ricerca che è stata condotta, la quale – fra le altre cose – ha posto in evidenza che i potenziali fattori di rischio evidenziati nell'ambito delle riunioni di gruppi omogenei si sono effettivamente dimostrati in grado di condizionare il livello di *stress* dei lavoratori ed il loro stato di salute; tale approccio è suscettibile di essere esteso anche ad altri settori nei quali si manifestano costrittività analoghe a quelle sperimentate da macchinisti e capitreno e fattori di rischio simili a quelli rilevati nella popolazione indagata (ad esempio, lavoro a turni e forte responsabilizzazione delle mansioni svolte), ed in particolare al settore del trasporto su gomma ed a quello del trasporto aereo. Ciò potrebbe consentire di individuare i determinanti organizzativi che generano *stress* in uno specifico contesto aziendale, piuttosto che identificare *ex post* i lavoratori già stressati. Una volta definiti i nodi critici dell'organizzazione del lavoro che generano *stress*, si tratterà di intervenire con modifiche che mitighino le situazioni organizzative produttrici del fenomeno.

IL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO IN COSTITUZIONE

Carlotta Conti
Prof. ordinario Università di Firenze

Sommario: 1. Il valore epistemologico della dialettica. – 2. Il contraddittorio debole. – 3. Contraddittorio e ragionevole durata: gli spazi angusti della preclusione. – 4. Il contraddittorio in senso oggettivo e soggettivo. – 5. Concezione restrittiva ed estensiva del contraddittorio in senso oggettivo. – 6. Contraddittorio e *scientific evidence*. – 7. Le deroghe: un bilanciamento ragionevole. – 8. Il consenso dell'imputato. – 9. La sentenza costituzionale sul valore del "consenso". – 10. L'accertata impossibilità di natura oggettiva. – 11. La provata condotta illecita.

1. Il valore epistemologico della dialettica.

Metodo euristico universale, ipostatizzazione del tentativo di smentita caro alla filosofia della scienza contemporanea, il contraddittorio costituisce l'asse portante dell'epistemologia giudiziaria tanto da rappresentare una vera e propria sineddoche di qualunque sistema processuale voglia dirsi informato allo spirito autentico del modello accusatorio.

Soltanto la dialettica nella formazione di ogni prova può permettere al processo penale – strumento ontologicamente imperfetto e "terribilmente" umano – di addivenire ad una ricostruzione, il più vivida possibile, di un fatto del passato per definizione irripetibile ed ormai perduto (*lost fact*).

Se dall'entrata in vigore del codice accusatorio del 1988 è stato un susseguirsi di passi avanti ed arretramenti nella tutela di tale fondamentale principio – talora sacrificato in nome di una presunta efficienza processuale ravvisata nella conservazione delle risultanze investigative acquisite unilateralmente – a seguito della revisione dell'art. 111 Cost., tre lustri or sono, non v'è più alcun dubbio circa lo statuto del canone fondamentale del processo penale, anima della prova, salve le eccezioni attentamente calibrate (art. 111, commi 4 e 5 Cost.)[1]. Lo scopo dichiarato della revisione, effettuata con la legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, è stato quello di introdurre nella Carta fondamentale le opzioni conoscitive che debbono costituire il cardine del processo penale[2].

Il contraddittorio è entrato in Costituzione carico di tutti i predetti significati, tanto che vi è chi ravvisa nel canone in esame il segno esplicito della vocazione cognitiva del rito penale, sulla quale debbono essere calibrati, ad esempio, gli istituti attuativi della c.d. giustizia negoziata[3].

1. M. Chiavario, voce *Giusto processo (processo penale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XV, Roma, 2001, pp. 16 ss.

2. G. Giostra, voce *Contraddittorio*, in *Enc. Giur. Treccani*, VIII, Roma, 2001, pp. 5 ss. Sul valore del principio del contraddittorio, G. Garuti, *Il contraddittorio nelle dinamiche dell'accertamento penale*, in Aa.Vv., *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di G. Dean, Torino, 2007, pp. 180 ss.

3. P. Ferrua, *Il "giusto" processo tra modelli, regole e princìpi*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 401.

Merita, altresì, considerare una ulteriore riforma – sia pure intervenuta a livello di legge ordinaria – che ha sortito l'effetto di valorizzare in modo esponenziale la valenza conoscitiva del contraddittorio all'interno del processo di parti. Si tratta della l. 20 febbraio 2006, n. 46, che ha codificato il principio dell'al di là del ragionevole dubbio, modificando il testo dell'art. 533 c.p.p. Sotto il profilo del *quomodo* dell'epistemologia giudiziaria, il canone in esame si raccorda immediatamente con il contraddittorio. È il metodo dialettico che consente la continua prospettazione di ricostruzioni alternative, tra le quali il giudice è chiamato ad effettuare una scelta motivata in ossequio alle rigide cadenze scandite dall'art. 546, lett. *e* c.p.p., così come da ultimo interpolato dalla legge 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando). Intesa nella sua accezione probatoria, la regola *hard* esalta gli oneri e condensa le attività degli antagonisti nel processo accusatorio. In un simile contesto, dovrà essere reso effettivo il diritto alla prova di tutte le parti mediante la possibilità di prepararsi al contraddittorio. In particolare, ne risulta rafforzato il diritto di svolgere investigazioni difensive (non a caso, anch'esso valorizzato, in concomitanza con l'entrata in vigore della revisione costituzionale, dalla legge 16 dicembre 2000, n. 396). Se indagasse soltanto una parte, l'accertamento del fatto attraverso il tentativo di smentita della ricostruzione accusatoria sarebbe compromesso in radice, perché difficilmente chi sostiene una tesi è in grado di cogliere gli elementi che la demoliscono[4].

In definitiva, il metodo dialettico nella formazione della prova è l'altro volto di quella moderna gnoseologia giudiziaria che, in relazione ad ogni tipo di prova, applica il criterio della probabilità logica e costruisce una vera e propria scienza del dubbio a supporto della qualità epistemologica della decisione[5].

2. Il contraddittorio debole.

Il contraddittorio ricorre più volte nell'art. 111 Cost., sia al comma 4, ove è consacrato quale canone fondamentale nella formazione della prova penale, sia al comma 2, tra i princìpi cardine di ogni giurisdizione, sia, infine, al comma 3, nel novero delle garanzie riconosciute ad ogni persona accusata di un reato[6].

4. Dal punto di vista etimologico, il termine "contraddittorio" deriva da "contraddire" a sua volta discendente dal latino *contra dicere* che significa «dir cosa contraria a quella detta da altri; rispondere alle affermazioni, alle opinioni altrui confutandole» e, in senso figurato, indica l'opporsi, il resistere. Così O. Pianigiani, *Vocabolario etimologico della lingua italiana*, Roma, 1907; Id, *Aggiunte, correzioni e variazioni al vocabolario etimologico della lingua italiana*, Firenze, 1926, ora in *www.etimo.it*.

5. Sul punto, volendo, v. *amplius* C. Conti, *La verità processuale nell'era "post-Frazese": rappresentazioni mediatiche e scienza del dubbio*, in Aa.Vv., *Processo mediatico e processo penale*, a cura di C. Conti, Milano, 2016, pp. 5 ss.

6. Sottolinea P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, 17ª ed., Milano, 2016, p. 42, nota 14 che l'espressione «*audiatur et altera pars*» è stata formulata da Seneca ed era contenuta nell'"Andromaca", opera andata perduta. La frase è stata ripresa da Giovenale ed in tal modo è diventata patrimonio dei giuristi.

Prendendo le mosse dalla nozione più generale dell'alinea, il contraddittorio in senso ampio richiama il canone, antico come il processo, *audiatur et altera pars*[7]. In buona sostanza, mentre il comma 4 cristallizza il significato "forte" del principio in oggetto, quale metodo dialettico di formazione della prova, il comma 2 recepisce quella nozione "debole", e come tale amplissima, in forza della quale chi subirà gli effetti di un provvedimento giurisdizionale deve essere messo in condizione di esporre le proprie difese prima che il provvedimento stesso sia emanato[8]. Ciò che conta è che l'ascolto vi sia, mentre la norma – nella sua generalità – non prende posizione sulle modalità attuative dell'incidente dialettico[9].

Emerge *ictu oculi* come il canone in oggetto sia stato affiancato ai princìpi di terzietà ed imparzialità del giudice ed a quello della parità tra le parti. Si tratta di un accostamento ricco di significato: la piena attuazione del contraddittorio postula una determinata fisionomia della giurisdizione[10]. Ne scaturisce una nitida conferma della concezione "triadica" delle funzioni processuali, che appaiono fisiologicamente separate e ripartite tra accusa, difesa e giudizio. Naturalmente, un simile assetto può trovare piena attuazione soltanto se si configura una tendenziale parità tra le parti, senza la quale, da un lato, il contraddittorio non potrebbe esplicarsi neppure nella sua accezione debole; da un altro lato, il giudice non potrebbe mantenere la propria posizione *super partes*[11]. Ragionando a termini invertiti, una disparità tra le parti darebbe luogo ad un contraddittorio claudicante e comprometterebbe la terzietà ed imparzialità del giudice.

3. Contraddittorio e ragionevole durata: gli spazi angusti della preclusione.

L'ultimo principio, che l'art. 111, comma 2 Cost. giustappone al contraddittorio debole, è quello della ragionevole durata del processo, la cui tutela è rimessa al

7. P. Ferrua *Il "giusto processo" in Costituzione*, in *Dir. giust.*, 2000, n. 1, p. 5; V. Grevi *Dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio (dagli insegnamenti della Corte costituzionale al progettato nuovo modello di "giusto processo")*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 844.

8. È la classica definizione di E.T. Liebman, *Il principio del contraddittorio nel processo civile italiano*, in *La protezione giuridica del lavoratore. Il principio del contraddittorio nel processo civile, penale e amministrativo,* Milano, 1968, p. 130. Sul contraddittorio come strumento fondamentale per l'esercizio del diritto di difesa, si veda V. Cavallari, voce *Contraddittorio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961, p. 730; G. Conso, *Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 405. Ad un "contraddittorio argomentativo" fa riferimento M. Chiavario, voce *Giusto processo (processo penale)*, cit., p. 6.

9. Occorre tenere presente che il contraddittorio sancito nel comma 2 non concerne soltanto le decisioni sul merito dell'imputazione, bensì, più in generale, qualsiasi provvedimento, anche di natura incidentale, possa essere emesso nel corso del procedimento penale (C. Conti, *L'imputato nel procedimento connesso. Diritto al silenzio e obbligo di verità*, Padova, 2003, p. 98). Si ricordi, in proposito, C. cost. n. 173 del 2009, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 195 (con nota di C. Conti, *Intercettazioni illegali: la Corte costituzionale riequilibra un bilanciamento "claudicante"*), con la quale il Giudice delle leggi ha ritenuto illegittimo il procedimento di distruzione delle intercettazioni illegali (art. 240, commi 4, 5 e 6 c.p.p.), per contrasto con il diritto di azione e di difesa in giudizio, con i princìpi del giusto processo e del contraddittorio e con l'obbligatorietà dell'azione penale.

10. M. Murone, *Primi appunti sulla disciplina del "giusto processo"*, in *Giust. pen.*, 2000, I, p. 13.

11. Il contraddittorio postula che gli antagonisti siano collocati in una posizione di parità. Così G. Ubertis, voce *Giusto processo*, in *Enc. dir.*, *Annali*, vol. II, 1, Milano, 2008, p. 433.

legislatore. È ormai pacifico che l'attuazione del *délai raisonnable* non può in alcun modo compromettere il contraddittorio inteso in ogni sua sfaccettatura[12]. Come più volte è stato chiarito dalla stessa Corte costituzionale, la predetta istanza può e deve essere perseguita compatibilmente con la tutela di altri valori fondamentali, di rango prevalente rispetto ad essa[13]. È lo stesso richiamo al criterio della "ragionevolezza" ad imporre che il principio rispetti il complesso delle altre garanzie costituzionali rilevanti nel processo penale[14].

Merita considerare che all'operatività della ragionevole durata suole talora ricondursi il c.d. principio di preclusione così in voga nel dibattito attuale[15]. Quest'ultimo canone, intimamente collegato allo stesso concetto di processo, è ormai ritenuto un criterio ermeneutico di diffusa applicazione nel rito penale. La preclusione, peraltro, si delinea come «uno strumento che indebolisce e svuota il potenziale difensivo delle parti» in quanto «ogni scoccare di preclusione toglie una freccia dalla faretra della parte: forse una freccia già scoccata, ma forse invece una freccia che rimane inutilizzata»[16].

È appena il caso di precisare, tuttavia, che un simile legame con l'aspirazione insoddisfatta al *délai raisonnable* costituisce ad un tempo la peculiarità ma anche il nervo

12. A. Nappi, *La ragionevole durata del giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1542.

13. In tal senso, nitidamente, C. cost., n. 317 del 2009, in *Guida dir.*, 2010, n. 2, p. 73, secondo cui deve essere esclusa l'eventualità che il diritto di difesa possa bilanciarsi con il principio della ragionevole durata. Tali istanze non possono entrare in comparazione ai fini del bilanciamento poiché ciò che rileva è esclusivamente la durata di quel processo che sia "giusto". Una diversa soluzione introdurrebbe una contraddizione logica e giuridica all'interno dello stesso art. 111 Cost., che da una parte imporrebbe una piena tutela del principio del contraddittorio e dall'altra autorizzerebbe tutte le deroghe ritenute utili allo scopo di abbreviare la durata dei procedimenti. Un processo non "giusto", perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata. La Corte ha altresì precisato che quello ipotizzato non sarebbe «un vero bilanciamento», ma «un sacrificio puro e semplice», sia del diritto al contraddittorio, sia del diritto di difesa. Viceversa, tali istanze sono garantite da due norme costituzionali (artt. 111 e 24, comma 2 Cost.) che risentono dell'effetto espansivo dell'art. 6 CEDU e della corrispondente giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Nella giurisprudenza costituzionale, v. altresì, C. cost., n. 399 del 2011, in *Giur. cost.*, 2001, p. 3888; C. cost., n. 458 del 2002, *ivi*, 2002, p. 3811; C. cost., n. 73 del 2003, *ivi*, 2003, p. 636; C. cost., n. 148 del 2005, *ivi*, 2005, p. 2213. In dottrina, P. Ferrua, *Il "giusto processo"*, 3ª ed., Bologna, 2012, p. 114. V. anche Id., *Garanzia del contraddittorio e ragionevole durata del processo*, in *Quest. giust.*, 2003, p. 457.

14. In almeno due occasioni la Corte costituzionale ha rilevato che la violazione di tale parametro non può essere collegata alla peculiare e contingente situazione dell'ufficio giudiziario in cui opera il rimettente bensì deve essere dedotta quale conseguenza astratta e generale dell'applicazione della norma impugnata (C. cost., n. 408 del 2001, in *Giur. cost.*, 2001, p. 3931 e C. cost., n. 370 del 2002, *ivi* 2002, p. 2741). Sul punto P. Gaeta, *Durata ragionevole del processo e giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Quest. giust.*, 2003, p. 1137; G. Ubertis, voce *Giusto processo*, cit., p. 426.

15. In proposito, volendo, C. Conti, *La preclusione nel processo penale*, Milano, 2013. Si vedano le considerazioni di F.M. Iacoviello, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali. Dal principio di minima interferenza al principio di preclusione*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2200. V. anche L.P. Comoglio, *Il principio di economia processuale*, I, Padova, 1980, p. 7.

16. Così P. Biavati, *Iniziative delle parti e processo a preclusioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 483, passo citato anche da A. Carratta, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, in *Il principio di preclusione nel processo penale*, a cura di L. Marafioti e R. Del Coco, Atti del Convegno di Teramo, 16 giugno 2011, Torino, 2012, p. 30.

scoperto del canone in esame. Come si è accennato, infatti, la regola costituzionale della ragionevole durata non costituisce un imperativo categorico. Soltanto quando interessi essenziali per l'attuazione del giusto processo – come il contraddittorio, il diritto di difesa, l'obbligatorietà dell'azione penale, l'accertamento del fatto – sono stati adeguatamente protetti ed hanno rinvenuto al loro interno un'armonica composizione, viene in causa il profilo dei tempi processuali[17]. La ragionevole durata ha, dunque, al massimo la funzione di indirizzare verso la soluzione preferibile tra più alternative.

Ecco dunque che, così inquadrata la problematica, la speditezza del processo – ed il connesso canone della preclusione – si configura come un valore suscettibile di bilanciamento per così dire di secondo grado con i diritti fondamentali[18]. Il fattore tempo risulta irrilevante nel momento in cui occorre prevedere tutti quegli snodi procedimentali che sono necessari per garantire i valori essenziali del processo – *in primis* il contraddittorio ed il diritto di difesa – nella loro estensione "ontologica". È, dunque, irragionevole quella durata che deriva dalla previsione di istituti che aggravano le cadenze del rito senza risultare necessari per la garanzia del valori fondamentali nel loro nucleo essenziale[19].

4. Il contraddittorio in senso oggettivo e soggettivo.

Nei commi 3 e 4 dell'art. 111 Cost. è affermato il principio del contraddittorio in senso forte, colto in relazione alla materia della prova[20]. Si tratta di un canone che, per un verso, richiama il diritto delle parti di contribuire alla formazione degli elementi che saranno utilizzati dal giudice per la decisione. Per un altro verso, si collega direttamente ai modi del conoscere giudiziale consacrando la dialettica come il miglior strumento attraverso il quale pervenire all'accertamento dei fatti[21]. È significativo sottolineare che nel

17. Così P. Ferrua, *Il "giusto processo"*, cit., p. 113. Nello stesso senso, nitidamente, M. Cecchetti, *Riforma dell'art. 111 della Costituzione e giurisprudenza costituzionale: analisi e bilancio del primo triennio*, in Aa.Vv., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2003, pp. 196 ss. V. altresì, L.P. Comoglio, *Le prove civili*, Torino, 2010, p. 50; Id., voce *Contraddittorio (principio del): I) Dir. proc. civ.*, in *Enc. giur.*, vol. VIII, Roma, 1997, p. 2. Ad avviso di M. Taruffo, voce *Preclusioni (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1997, p. 796, «non pare dubbio che in ogni caso le preclusioni non possano ledere la garanzia del contraddittorio».

18. R. Orlandi, *Principio di preclusione e processo penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2011, 5, p. 2.

19. P. Ferrua, *Il "giusto processo"*, cit., p. 114.

20. Sul valore del principio, colto nelle sue proiezioni processuali, G. Garuti, *Il contraddittorio nelle dinamiche dell'accertamento penale*, cit., pp. 180 ss.; Galantini, *Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova*, in *Proc. pen. giust.*, 2012, pp. 1 ss.

21. Per le variegate letture del poliedrico principio, E. Amodio, *Dal rito inquisitorio al "giusto processo"*, in *Giust. pen.*, 2002, 4, p. 103; Id., *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato sul fatto altrui*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3589; C. Conti, *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 197; M. Daniele, *Primi contrasti sull'applicazione dell'art. 111 Cost. e sul principio del contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2451; G. Di Chiara, *La "nuova" istruttoria dibattimentale: attuazione del "giusto processo", metodo del contraddittorio e*

corpo dell'art. 111 Cost., attraverso le variegate modulazioni dei commi 3, 4 e 5, il canone *de quo* è utilizzato in entrambi i predetti significati. La norma costituzionale, infatti, ne coglie a volte l'aspetto oggettivo, altre volte l'aspetto soggettivo[22].

Il contraddittorio in senso oggettivo è consacrato all'inizio del comma 4. La norma reca un'espressione lapidaria ma completa nella sua semplicità, che scolpisce il principio in esame nella sua più naturale caratura di metodo di conoscenza[23]. Una prova che sia attendibile non si ottiene in segreto con pressioni unilaterali, bensì in modo dialettico con l'intervento delle parti contrapposte. Valorizzando questo aspetto, il precipitato tecnico del principio del contraddittorio non può che ravvisarsi nell'esame incrociato e pare lecito ritenere che la norma costituzionale postuli proprio un siffatto *background*. Tuttavia, la generalità dell'enunciato consacra il canone del contraddittorio quale "metodo conoscitivo universale", di modo che esso, ove possibile, presiede all'assunzione di qualsiasi prova. Ove si abbia riguardo al dibattito attuale, il pensiero corre immediatamente alla necessità di garantire il metodo dialettico nell'acquisizione di quella prova che si definisce scientifica.

Il comma 3, viceversa, nella parte in cui consacra il diritto dell'imputato a confrontarsi con l'accusatore, fa riferimento ad un differente profilo del contraddittorio, richiamato stavolta nella sua accezione soggettiva, intimamente connessa ad una garanzia individuale. La medesima nozione compare nuovamente nel secondo periodo del comma 4, che – in un ideale completamento del *right of confrontation* – chiude il cerchio con la nota regola di esclusione delle dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. Si è dinanzi ad un'ipotesi "particolarmente qualificata" di inutilizzabilità fisiologica speciale soggettivamente ed oggettivamente relativa[24]. Per un verso, infatti, l'inutilizzabilità opera soltanto nei confronti dell'imputato che non ha potuto confrontarsi con l'accusatore. Per altro verso, le dichiarazioni non possono essere utilizzate come prove di reità, ma valgono esclusivamente ad avvalorare l'innocenza. Il limite probatorio è peculiare in ragione del rango della norma, che lo prevede, nella gerarchia delle fonti del diritto: colpisce senz'altro la previsione di un divieto direttamente in

prova rappresentativa, in *Foro it.*, 2001, V, p. 291; P. Ferrua, *La Corte costituzionale promuove la "regola d'oro" del processo accusatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 403; L. Filippi, *A proposito di "giusto processo": l'imputato diventa attore della* cross examination?, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1235; G. Giostra, voce *Contraddittorio*, cit., p. 4; V. Grevi, *Dichiarazioni dell'imputato*, cit., p. 844; A. Nappi, *Il contraddittorio dimenticato*, in *Dir. giust.*, 2000, n. 26, p. 5; D. Siracusano, *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1425; Id., *Lunga marcia del contraddittorio fra Costituzione e legge ordinaria*, in *Dir. giust.*, 2000, n. 45, p. 8; P. Tonini, *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1388; G. Ubertis, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2096; Id., voce *Giusto processo*, cit., p. 489.

22. Volendo, C. Conti, *Le due "anime"*, cit., p. 197.

23. Si vedano in proposito, le considerazioni di P. Ferrua, *La Corte costituzionale promuove la "regola d'oro"*, cit., p. 403.

24. Sul punto, V. Grevi, *Dichiarazioni dell'imputato*, cit., p. 850; C. Conti, *Le due "anime"*, cit., p. 199.

Costituzione. Secondo una parte della dottrina, peraltro, nell'ipotesi deve ravvisarsi non una regola di esclusione, bensì un criterio di valutazione. Al giudice, infatti, non è preclusa la conoscenza delle dichiarazioni, rese da chi ha eluso il contraddittorio, né la valutazione del contenuto delle stesse, bensì è soltanto vietato di accreditarle nel senso della colpevolezza[25].

La clausola appena ricordata, combinata con il comma 3, chiarisce come ad una determinata situazione (sottrazione al contraddittorio da parte dell'accusatore) corrisponda una conseguenza ben precisa (inutilizzabilità delle precedenti dichiarazioni rese in segreto). In tal modo, sia pure senza prendere espressa posizione – in positivo – sull'attuazione del bilanciamento dinamico tra diritto al silenzio e diritto al confronto, l'art. 111, comma 4, secondo periodo, stabilisce – in negativo – che la mancata garanzia del diritto a confrontarsi rinviene la sua sanzione nell'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese da chi ha eluso il contraddittorio.

Oggetto di acceso dibattito è stata la locuzione "per libera scelta". Alcuni studiosi hanno sostenuto che, nella sua formulazione neutra, essa palesa una sorta di indifferenza costituzionale verso l'atteggiamento del dichiarante, che si sottrae alla *servitus iustitiae*[26]. In senso contrario si è rilevato, da un lato, che l'espressione è stata inserita per impedire che la norma venisse a sancire l'inutilizzabilità delle dichiarazioni di chi, testimone o imputato, fosse rimasto silenzioso perché minacciato[27]; da un altro lato, che il termine "libera scelta" non postula, né conferisce una patente di liceità alla sottrazione al contraddittorio: anche la decisione di commettere un reato è "libera". Pertanto, la norma costituzionale non riconosce alcun diritto al silenzio in capo al dichiarante[28].

È appena il caso di sottolineare come una lettura "sostanziale" del diritto a confrontarsi con l'accusatore e del contraddittorio in senso oggettivo – volta a cogliere siffatti enunciati nel loro spirito autentico – induca a ritenere che entrambi, a livello attuativo, spingano verso l'ampliamento del novero dei dichiaranti chiamati, nel processo penale, a rispondere con obbligo di verità. I limiti all'operatività di tale obbligo scaturiscono necessariamente dal bilanciamento con il diritto al silenzio spettante a chi riveste lo *status* di imputato ed impongono una attenta calibratura idonea a contemperare entrambe le istanze senza che nessuna di esse debba subire un sacrificio eccessivo[29].

25. P. Ferrua, *Il "giusto processo"*, cit., pp. 137 ss.

26. In proposito, V. Grevi, *Dichiarazioni dell'imputato*, cit., p. 851. Sottolinea E. Amodio, *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato sul fatto altrui*, cit., p. 3589, che, sia pure al fine di dettare una regola di esclusione, l'art. 111, comma 4 Cost. attribuisce all'imputato la titolarità di una "libera scelta" che può risolversi nel sottrarsi al controesame esercitando lo *ius tacendi*.

27. P. Tonini *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, cit., p. 1388.

28. C. Conti, *Le due "anime"*, cit., p. 199.

29. Sui limiti della legge 1° marzo 2001, n. 63, con la quale il Parlamento ha dato attuazione al bilanciamento dinamico tra i princìpi costituzionali in tema di prova dichiarativa, P. Tonini e C. Conti, *Il diritto delle prove*

5. Concezione restrittiva ed estensiva del contraddittorio in senso oggettivo.

Sin dalla sua consacrazione a livello di enunciato costituzionale il contraddittorio in senso oggettivo si è mostrato suscettibile di interpretazioni contrastanti. Da un lato, un'esegesi restrittiva induce a ritenere che l'unica prova utilizzabile per la decisione finale sia quella che si è formata attraverso l'esame incrociato in dibattimento o nell'incidente probatorio. In tale ottica, il precedente difforme contestato nel corso della *cross examination* non sarebbe utilizzabile ai fini della prova del fatto affermato in precedenza[30].

Da un altro lato, un'interpretazione estensiva considera resa in contraddittorio non soltanto la dichiarazione rilasciata nel corso dell'esame incrociato, ma anche il precedente difforme. A tale conclusione si perviene affermando che, attraverso la contestazione, anche la precedente dichiarazione entra nel circuito del contraddittorio. Infatti, nel corso dell'esame incrociato è possibile vagliare il testimone sui pregressi *relata*, chiedendogli conto della difformità; egli, sotto l'obbligo penale e processuale di verità, deve fornire le spiegazioni richieste[31]. Il dichiarante, che muta versione, non si sottrae al contraddittorio perché le parti possono fare domande tendenti a chiarire le ragioni delle differenze rilevate.

Da tali considerazioni, si afferma, discende nitidamente che la Costituzione non impone una generale inutilizzabilità di quanto raccolto nel corso delle indagini. Nell'ipotesi in oggetto, il giudice può utilizzare per la deliberazione una sorta di prova "complessa" che si compone della dichiarazione resa in dibattimento e del precedente difforme, giacché entrambe sono state sottoposte al vaglio dialettico.

Chiamata a pronunciarsi sulla disciplina delle contestazioni, così come novellata dalla legge attuativa del giusto processo (n. 63 del 2001), la Corte costituzionale ha accolto l'interpretazione restrittiva sottolineando come la versione attuale dell'art. 111 Cost. «abbia espressamente attribuito risalto costituzionale al principio del contraddittorio anche nella prospettiva della impermeabilità del processo, quanto alla formazione della prova, rispetto al materiale raccolto in assenza della dialettica tra le parti». Pertanto, «alla stregua di siffatta opzione, appare del tutto coerente la previsione di istituti che mirino a preservare la fase del dibattimento — nella quale assumono valore paradigmatico i princìpi della oralità e del contraddittorio — da contaminazioni probatorie fondate su atti unilateralmente raccolti nel corso delle indagini preliminari»[32].

---

penali, 2ª ed., ristampa aggiornata, Milano, 2014,, pp. 243 ss. e ivi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

30. In tal senso, v. P. Ferrua, *L'avvenire del contraddittorio*, in *Crit. dir.*, 2000, p. 25; E. Marzaduri, *Sul diritto al silenzio degli imputati il giusto processo vive di contraddizioni*, in *Guida dir.*, 2000, n. 43, p. 12. Secondo questa prospettiva, le dichiarazioni, raccolte unilateralmente prima del dibattimento ed ivi usate per le contestazioni, dovrebbero servire al solo controllo della credibilità della persona esaminata.

31. P. Tonini e C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 432; P. Morosini, *Contraddittorio nella formazione della prova e criminalità organizzata*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 334.

32. Così C. cost., n. 36 del 2002, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1936. Tale orientamento è stato successivamente ribadito da C. cost., ord. n. 293 del 2002, in *G.U. prima serie speciale*, n. 26 del 2002; C. cost., n. 365 del 2002, *ibidem*

6. Contraddittorio e *scientific evidence*.

L'art. 111, comma 4 Cost. non richiama il principio del contraddittorio esclusivamente con riguardo alla prova dichiarativa, che peraltro ha costituito il costante punto di riferimento nelle motivazioni profonde della revisione costituzionale e nelle riflessioni successive sulla riforma del sistema probatorio. La generalità dell'enunciato – lo si è dianzi accennato – pare rendere operativo il predetto canone con riferimento a qualunque strumento dimostrativo e, in particolare, anche in relazione alla c.d. prova scientifica, sulla quale oggi si appunta la riflessione dei giuristi. Naturalmente, la difficoltà consiste nell'adeguare alla novità del materiale conoscitivo metodi che – dalla Roma repubblicana, sino ad arrivare all'analitica catalogazione di regole prodotte dalla pratica del *common law*, sviluppatasi già nell'Inghilterra del Seicento – risultano applicati all'assunzione di dichiarazioni.

Sul piano della filosofia della scienza, è pacifico che il post-positivismo popperiano fa del falsificazionismo un indispensabile strumento di vaglio della fondatezza di ogni ipotesi[33]. Attraverso la dialettica interna alla comunità degli esperti, la scienza si evolve continuamente abbandonando teorie ormai superate in favore di nuove acquisizioni.

Dal punto di vista dell'epistemologia giudiziaria, nel processo penale della modernità è sempre più frequente il ricorso a leggi di tipo scientifico per l'accertamento del reato [34] ed appare conclusione condivisa che anche in tale campo il miglior strumento euristico è costituito dal contraddittorio[35]. Quella scientifica non è una prova *sui generis*, ma deve essere trattata come tutte le altre e, dunque, rientra all'interno delle ordinarie regole processuali. Occorre, dunque, valorizzare il ruolo delle parti e del giudice. I singoli dati "tecnici", così come l'ipotesi ricostruttiva dell'accusa nel suo complesso, debbono essere falsificati attraverso l'urto del contraddittorio. La dialettica tra gli esperti riproduce sul proscenio del rito penale quel dibattito che è costante in ambito scientifico. Il contraddittorio costituisce, dunque, lo strumento ideale per vagliare la solidità delle ipotesi ricostruttive prospettate, attraverso la scelta delle teorie più idonee a spiegare il concreto andamento dei fenomeni da accertare alla luce dell'evidenza disponibile.

---

n. 29 del 2002; C. cost., n. 396 del 2002, in *Cass. pen.*, 2003, p. 113; C. cost., n. 431 del 2002, in *G.U., prima serie speciale*, n. 44 del 2002 e n. 473 del 2002, *ibidem*, n. 47 del 2002.

33. K. Popper, *The Logic of Scientific Discovery*, trad. it., *Logica della scoperta scientifica*, Torino, 1970, p. 308. Il testo inglese era a sua volta una traduzione operata dell'Autore del volume *Logic der Forschung* (Vienna, 1934).

34. Si veda, F. Caprioli, *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3521.

35. Sul problematico rapporto tra scienza e processo, si vedano le considerazioni di L. De Cataldo Neuburger, *Introduzione ai temi*, in Aa.Vv., *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di L. De Cataldo Neuburger, Padova, 2007, pp. XI ss. Sul principio del contraddittorio in materia di prova scientifica, P. Ferrua, *Metodo scientifico e processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008 Dossier *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di P. Tonini, pp. 17 ss.; P. Tonini, *Progresso tecnologico, prova scientifica e contraddittorio*, in Aa.Vv., *La prova scientifica nel processo penale*, cit., p. 58; C. Conti, Iudex peritus peritorum *e ruolo degli esperti nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008 Dossier *La prova scientifica nel processo penale*, cit., pp. 29 ss.

Se da un punto di vista "culturale" quanto fin qui affermato appare oggi un principio che nessuno si sente di contestare, l'attenzione degli studiosi è ora focalizzata sull'idoneità del sistema probatorio a consentire una piena esplicazione del contraddittorio «per la prova» scientifica.

Nella versione originaria del codice del 1988 si rinveniva *in nuce* una disciplina non incompatibile con un contraddittorio forte anche nella materia in oggetto. Per un verso, la perizia era regolamentata ancora come una prova del giudice e la figura dei consulenti tecnici di parte appariva soltanto abbozzata. Per altro verso, tuttavia, accanto alla consulenza tecnica endoperitale, con funzione di controllo sull'esperto del giudice, veniva delineata anche la c.d. consulenza tecnica extraperitale come espressione del diritto alla prova delle parti. Quest'ultimo istituto – sull'onda della concomitante revisione dell'art. 111 Cost. – è stato rafforzato con la riforma delle investigazioni difensive (legge n. 397 del 2000), che ha riconosciuto in ampia misura il diritto alle indagini di tipo tecnico.

Malgrado tale apprezzabile impostazione, il sistema probatorio appare ancora non del tutto adeguato a cagione di una serie di ostacoli ermeneutici in parte dovuti ai silenzi del codice ed in parte ad alcune vischiosità nell'interpretazione delle norme, che impediscono una piena attuazione del contraddittorio[36].

7. Le deroghe: un bilanciamento ragionevole.

Uno dei tratti caratterizzanti della revisione costituzionale consiste nella modernità dell'approccio. Il contraddittorio non è richiamato in modo assoluto e monolitico; all'enunciazione costituzionale sono affiancate tre eccezioni previste dal comma 5[37]. Il binomio contraddittorio-prova può scindersi per consenso dell'imputato, per accertata impossibilità di natura oggettiva, per effetto di provata condotta illecita. Dalla natura assertiva dell'enunciato pare lecito desumere che la Costituzione impone al Parlamento di disciplinare in via normativa le predette ipotesi[38].

Il contraddittorio, dunque, non è considerato come un fine in sé, ma come un metodo che, ove si riveli inattuabile, non preclude l'impiego di strumenti equipollenti per perseguire comunque il risultato accertativo. In questo senso può senz'altro affermarsi che la norma reca quelle eccezioni che rendono ragionevole il principio[39]. La nuova disposizione costituzionale riconosce, infatti, accanto al valore prevalente, la validità di esigenze che, in determinate situazioni, possono risultare di pari grado.

36. Per maggiori dettagli, P. Tonini e C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 325.

37. F. Dinacci, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, Padova, 2012; O. Mazza, *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, in Aa.Vv., *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Conso, Napoli, 2006, pp. 652 ss.

38. Ad avviso di M. Chiavario, voce *Giusto processo*, cit., p. 18, le ricordate deroghe costituiscono criteri di massima cui deve ricondursi il legislatore ordinario se si vuole che eccezioni vi siano.

39. P. Tonini, *Il contraddittorio*, cit., p. 1391.

Naturalmente, proprio perché si tratta di deroghe alla regola che enuncia il valore tutelato in via prioritaria dalla Costituzione, vi è chi prospetta un'interpretazione restrittiva delle stesse o quanto meno un divieto di integrazione analogica[40].

8. Il consenso dell'imputato.

La prima eccezione è prevista in ragione del consenso dell'imputato. Come da tempo chiarito, tale deroga ha due ambiti applicativi distinti.

Da un lato, vengono in rilievo i riti semplificati che omettono il dibattimento. In effetti, in siffatti contesti l'imputato rinuncia al contraddittorio in via anticipata (nel giudizio abbreviato e nel patteggiamento) o in via successiva (nel procedimento per decreto), di modo che il giudice utilizza le prove raccolte in modo unilaterale nel corso delle indagini[41]. Gli interessi dell'individuo risultano soddisfatti in una con la necessità di assicurare una durata ragionevole al processo, valore espressamente riconosciuto, sia pure con le evidenziate cautele, nell'art. 111, comma 2 Cost. Occorre tenere presente, peraltro, che il consenso dell'imputato ha la sola funzione di rendere utilizzabili le prove raccolte in modo unilaterale nel corso delle indagini; non consiste in un potere dispositivo assoluto sugli strumenti conoscitivi. Pertanto, al legislatore resta il potere-dovere di tutelare l'interesse di Giustizia all'accertamento del fatto[42].

Il secondo ambito applicativo dell'art. 111, comma 5 Cost., nella parte in cui si riferisce al consenso dell'imputato, riguarda la disciplina della prova nel rito ordinario. Con il *placet* dell'accusato è possibile acquisire al dibattimento prove formate fuori dal contraddittorio.

Poiché la norma costituzionale non fa distinzione, può apparire *prima facie* che il consenso del solo imputato valga a rendere utilizzabile qualsiasi atto di indagine anche se si tratta di elementi favorevoli raccolti unilateralmente dalla difesa. Eppure, in relazione a questi ultimi il reale controinteressato è il pubblico ministero (e chi si trova in posizione

40. P. Tonini, *Il contraddittorio*, cit., p. 1391. Si veda, anche, A. Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, 10ª ed., Milano, 2007, p. 20.

41. Di "contraddittorio implicito" parla G. Ubertis, voce *Giusto processo*, cit., p. 440. Invero, ci si è chiesti se l'art. 111 Cost. si riferisca soltanto ai riti semplificati nei quali il consenso precede l'acquisizione delle prove formate fuori dal contraddittorio (rito abbreviato e patteggiamento) o sia idoneo a ricomprendere anche il procedimento per decreto, basato su di un consenso "successivo" (V. Grevi *Dichiarazioni dell'imputato*, cit., p. 845; E. Marzaduri., sub *art. 1, l. cost. 23 novembre 1999, n. 2*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 799). La Corte costituzionale ha ritenuto la disciplina del procedimento monitorio compatibile con l'art. 111, comma 5 (in tal senso, C. cost., n. 8 del 2003, in *Guida dir.*, 2003, n. 9, p. 70; C. cost., n. 32 del 2003, *ibidem*, p. 73; C. cost., n. 323 del 2007, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4488).

42. Ad esempio, nel rito abbreviato, vista l'entità degli interessi in gioco, la legge 16 dicembre 1999, n. 479 ha consentito al giudice di valutare la necessità di un'integrazione probatoria da disporre anche d'ufficio (art. 441, comma 5 c.p.p.).

antagonista rispetto all'imputato, ad esempio la parte civile); pertanto, l'attenzione dovrebbe appuntarsi, quanto meno, sull'esistenza del consenso della pubblica accusa.

In effetti, il concetto di "consenso", se interpretato in modo tecnico, indica la rimozione di un limite all'agire altrui nella propria sfera soggettiva[43]. Pertanto, a rigore, può farsi questione di un "consenso dell'imputato" soltanto in merito all'acquisizione di atti prodotti da altre parti titolari di un interesse potenzialmente conflittuale.

Malgrado la formulazione dell'art. 111, comma 5 Cost., è dunque possibile affermare che l'uso di atti raccolti in modo unilaterale può essere ammesso soltanto se vi consentono quelle parti che non hanno partecipato all'acquisizione dell'elemento di prova e che potrebbero subire un pregiudizio dall'utilizzabilità dello stesso.

In definitiva, il consenso dell'imputato allude alla possibilità di rinunciare al contraddittorio in senso soggettivo ed alla tutela rappresentata dall'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese da chi ha eluso il confronto con la difesa. Viceversa, il contraddittorio in senso oggettivo resta indisponibile unilateralmente. Soltanto con l'accordo di tutte le parti il predetto canone può essere oggetto di rinuncia, sia pure entro limiti ben precisi garantiti attraverso il controllo del giudice[44].

9. La sentenza costituzionale sul valore del "consenso".

La lettura appena prospettata è stata avallata dalla Corte costituzionale con la nota e discussa sentenza n. 184 del 2009[45]. Il Giudice delle leggi ha preso le mosse dalla disciplina delle eccezioni come chiave ermeneutica per chiarire il valore del principio del contraddittorio nella formazione della prova. A parere della Consulta, catalogare i diritti sanciti dall'art. 111 Cost. in due classi contrapposte – ora, cioè, tra le "garanzie oggettive", ora

43. C. Conti, *L'imputato*, cit., pp. 130-131.

44. G. Giostra, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, in *Quest. giust.*, 2001, p. 1135; nonché, volendo, C. Conti, *L'imputato*, cit., p. 132. Dalla deroga stabilita in ragione del consenso dell'imputato la Corte costituzionale ha tratto la conclusione che il c.d. profilo oggettivo del contraddittorio è altresì correlato con quello soggettivo e costituisce comunque un aspetto del diritto di difesa (C. cost., n. 117 del 2007, in *Giur. cost.*, 2007, p. 1118). In altra occasione, la Corte costituzionale ha sottolineato che il riferimento al "consenso" dell'imputato rivela chiaramente che il principio del contraddittorio nel momento genetico della prova rappresenta precipuamente — nella volontà del legislatore costituente — uno strumento di salvaguardia "del rispetto delle prerogative dell'imputato" (C. cost., n. 29 del 2009, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2811).

45. In *Giur. cost.*, 2009, p. 2039, con note di G. Lozzi, *Il contraddittorio in senso oggettivo e il giudizio abbreviato* e di G. Spangher, *Indagini difensive e giudizio abbreviato* e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2072, con nota di G. Ubertis, *Eterogenesi dei fini e dialettica probatoria nel rito abbreviato*. In relazione alla sentenza, E. Amodio, *Garanzie oggettive per la pubblica accusa? A proposito di indagini difensive e giudizio abbreviato nel quadro costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 17 ss.; V. Grevi, *Basta il solo "consenso dell'imputato" per utilizzare come prova le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato?*, *ibidem*, 2009, pp. 3679-3680 ss.; Id., *Ancora su contraddittorio e investigazioni difensive nel giudizio abbreviato*, *ivi*, 2010, pp. 1287 ss.; G.L. Fanuli, *Quale contraddittorio? Una evasiva pronunzia della suprema Corte in tema di utilizzabilità di atti di indagini difensive*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2009, pp. 362 ss.; F. Zacché, *Giudizio abbreviato e atti difensivi "a sorpresa"*, in *Ind. pen.*, 2010, pp. 176 ss. Sul tema, v. già G. Giostra, *Analisi*, cit., p. 1134; C. Conti, *L'imputato*, cit., pp. 129 ss. e 423.

tra quelle "soggettive" – risulta fuorviante, nella misura in cui pretenda di reinterpretare, in una prospettiva di protezione dell'efficienza del sistema e delle posizioni della parte pubblica, garanzie dell'imputato che informano di sé lo statuto costituzionale della giurisdizione e sono garantite nelle Convenzioni internazionali essenzialmente come diritti umani. Per la Corte, nelle previsioni dell'art. 111 Cost. è stata delineata una protezione costituzionale specifica per l'imputato, particolarmente in tema di prove: insieme al suo diritto (storico connotato della difesa dell'accusato) di confrontarsi con le fonti di prova a carico e di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa (comma 3), insieme, altresì, al divieto di provare la sua colpevolezza sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte sua o del suo difensore (comma 4, secondo periodo), si è infine riconosciuta la sua facoltà di rinunciare unilateralmente all'assunzione delle prove in contraddittorio (comma 5).

Ad avviso del Giudice delle leggi, la deroga al contraddittorio per consenso dell'imputato non implica che il legislatore ordinario sia tenuto a rendere sistematicamente disponibile il contraddittorio nella formazione della prova, prevedendone la caduta ogniqualvolta l'imputato manifesti una volontà in tal senso. L'enunciato normativo, per contro, legittima il Parlamento a prevedere ipotesi nelle quali il consenso dell'imputato, unitamente ad altri presupposti, determina una più o meno ampia acquisizione di elementi di prova formati unilateralmente; ciò, in particolare, tenuto conto delle esigenze di economia processuale. Resta, peraltro, implicito che la fattispecie debba essere comunque configurata in maniera tale da assicurare uno svolgimento equilibrato del processo, evitando che la rinuncia al contraddittorio da parte dell'imputato pregiudichi *a priori* la correttezza della decisione.

Così, a detta della Consulta, è conforme ai cardini del sistema che in determinati casi la deroga al contraddittorio si verifichi non già con il solo consenso dell'imputato, ma con l'accordo delle parti, come avviene nell'ambito della c.d. acquisizione concordata (artt. 431, comma 2 e 493, comma 3 c.p.p.). Infatti, nel giudizio dibattimentale, sede processuale destinata al pieno sviluppo del contraddittorio attraverso l'assunzione dialettica della prova, una deroga a tale principio può fondarsi solo sulla rinuncia "incrociata" delle parti, a fronte della regola generale dell'inutilizzabilità degli atti di indagine.

Con inedita precisazione, il Giudice delle leggi ha rilevato che l'art. 111, comma 5 Cost., nella parte in cui prevede il consenso dell'imputato, deve essere letto insieme al principio di parità tra le parti, stabilito dal comma 2. Nel loro combinato operare i due enunciati impegnano il legislatore ordinario ad evitare che i presupposti e le modalità operative del riconoscimento all'imputato della facoltà di rinunciare alla formazione della prova in contraddittorio determinino uno squilibrio costituzionalmente intollerabile tra le posizioni dei contendenti o addirittura una alterazione del sistema.

Naturalmente, le considerazioni sin qui condotte debbono limitarsi rigorosamente alle dinamiche probatorie relative al procedimento ordinario. Esse, per contro, non pos-

sono estendersi *sic et simpliciter* ad altri riti, per il semplice motivo che questi ultimi sono imperniati su meccanismi peculiari.

Nell'ambito del giudizio abbreviato, ad esempio, è senz'altro corretto ritenere che tutti gli atti delle indagini preliminari, ivi comprese le attività di investigazione difensiva, divengano utilizzabili in forza del solo consenso dell'imputato. In tale contesto, infatti, la manifestazione di volontà, proveniente da quest'ultimo soggetto, concerne non le singole prove, bensì la struttura del procedimento, che omette *in toto* la fase riservata al contraddittorio nella formazione della prova. Pertanto, è senz'altro configurabile un consenso "globale e strutturale" che impone al giudice di decidere sulla base dell'intero materiale raccolto nel corso delle indagini preliminari sia dall'accusa, sia dalla difesa[46].

Proprio collocandosi su siffatto solco ermeneutico, la Corte costituzionale ha precisato che nell'ambito del giudizio abbreviato gli atti di investigazione difensiva acquistano valore solo come effetto della più generale rilevanza probatoria riconosciuta all'intera indagine preliminare. Essi sono equiparati agli atti compiuti dal pubblico ministero in quanto vi è una rinuncia generalizzata al contraddittorio nella formazione della prova[47].

In una simile cornice, la possibilità di utilizzare i frutti delle investigazioni difensive, in forza del consenso del solo imputato, non stride con il principio di parità tra le parti. Tale canone, come noto, deve misurarsi sulla diversità dei ruoli e dei poteri delle stesse nell'ambito delle varie fasi del procedimento penale. Ad avviso della Corte, la predetta utilizzabilità appare giustificata anche in una prospettiva di complessivo riequilibrio dei poteri dei contendenti[48]. Infatti, la fase delle indagini preliminari è caratterizzata da una marcata sperequazione di fondo fra le posizioni delle parti, dovuta — *ça va sans dire* — al ruolo istituzionale del pubblico ministero, che è munito di poteri e di mezzi investigativi incomparabili con quelli a disposizione della difesa. Se, dopo una sequenza procedimentale incardinata su di un assetto di tal guisa, viene offerto all'imputato uno strumento che — nel quadro di una generalizzata utilizzabilità degli atti di indagine — renda fruibili ai fini della decisione anche le investigazioni difensive, non può dunque ravvisarsi alcuna compromissione della *égalité des armes*.

10. L'accertata impossibilità di natura oggettiva.

La seconda deroga al principio del contraddittorio nella formazione della prova è consentita in caso di accertata impossibilità di natura oggettiva. Quando la dialettica "per la prova" è inattuabile, non vi è più motivo di escludere l'elemento raccolto in

46. Sul punto, G. Spangher, *Indagini difensive e giudizio abbreviato*, cit., p. 2064.

47. Secondo G. Di Chiara, *Dieci anni dopo*, in Aa.Vv., *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, a cura di G. Di Chiara, Torino, 2009, p. X, la sentenza ha preso le mosse dalla asserita polarizzazione della formula costituzionale utilizzata dall'art. 111, comma 5 Cost. sulla volontà unilaterale della parte privata, anziché su una necessaria bilateralità negoziale, pur emersa nelle pieghe del dibattito.

48. In termini critici, G. Ubertis, *Eterogenesi dei fini e dialettica probatoria nel rito abbreviato*, cit., pp. 2072 ss.

modo unilaterale[49]. Il termine "oggettiva", utilizzato nella norma in esame, sembra alludere a quelle cause indipendenti dalla volontà di taluno, che sono sostanzialmente assimilabili alle situazioni di forza maggiore[50]. L'ambito applicativo della disposizione ricomprende, dunque, tanto le ipotesi in cui l'atto appare fin dall'origine come non ripetibile (es. rilievo o accertamento effettuato nel corso del sopralluogo), quanto i casi di impossibilità sopravvenuta (es. irreperibilità del teste già sentito nel corso delle indagini)[51]. Si fa, dunque, riferimento alla impraticabilità di una utile ripetizione dell'acquisizione, riferendo l'espressione "di natura oggettiva" proprio alla causa dell'impossibilità[52].

La formulazione è estremamente generica; in particolare, in relazione all'impossibilità sopravvenuta non specifica se debba trattarsi di un'ipotesi di non ripetibilità dovuta a cause imprevedibili. La soluzione preferibile consiste nel non distinguere, a livello costituzionale, tra irripetibilità prevedibile o imprevedibile[53]. Naturalmente, proprio per la vaghezza del concetto e per l'importanza degli effetti che vi sono connessi in punto di utilizzabilità, l'impossibilità di natura oggettiva deve essere tema di prova e di discussione tra le parti. In definitiva, il contraddittorio viene recuperato nello specifico dibattito sull'esistenza in concreto del requisito in esame e nella valutazione sull'attendibilità dell'elemento di prova raccolto in modo unilaterale[54].

Qualche considerazione particolare s'impone in relazione all'impossibilità originaria divenuta tema di grande interesse nel processo penale della modernità. Almeno

49. Si è affermato che la disposizione eleva formalmente a principio costituzionale l'esigenza di non dispersione della prova (R. Orlandi *Le peculiarità di tipo probatorio nei processi di criminalità organizzata*, in *Crit. dir.*, 1999, p. 533). Quanto alla *ratio,* è stato sostenuto che l'irripetibilità giustifica l'utilizzazione di una prova formata senza contraddittorio perché impone di assegnare rilevanza all'evenienza stessa che il fatto probatorio si sia verificato (A. Nappi *Nell'attuazione del giusto processo il nodo delle dichiarazioni irripetibili*, in *Dir. giust.*, 2000, n. 28, p. 71). Sottolinea, peraltro, G. Giostra, voce *Contraddittorio*, cit., p. 11, che l'eccezione in oggetto non ha valore euristico perché l'impossibilità di ripetizione non attribuisce un crisma di attendibilità all'elemento raccolto in modo unilaterale.

50. C. Conti, *Le due "anime"*, cit., p. 201; P. Tonini, *Il contraddittorio*, cit., pp. 1388 ss. La Corte costituzionale (n. 440 del 2000, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 345), andando contro ad un proprio precedente (n. 479 del 1994), ha affermato che la scelta del prossimo congiunto di astenersi dal deporre non integra un'ipotesi di impossibilità oggettiva e non giustifica l'utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni. Si tratta, infatti, di una scelta "soggettiva" legata alla volontà di una persona.

51. C. Cesari *"Giusto processo", contraddittorio ed irripetibilità degli atti d'indagine*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 78; S. Ruggeri *"Accertata impossibilità di natura oggettiva" ed irripetibilità degli atti: qualche spunto per una ricostruzione* verfassungskonform, in *Giur. it.*, 2002, p. 1770.

52. Con un approccio restrittivo si sostiene che il lemma "di natura oggettiva" attiene non alla "causa" della impossibilità di ripetizione, bensì alla natura dello strumento probatorio. In tale nozione rientrerebbero, dunque, soltanto quelle prove che, per definizione, vengono acquisite in assenza di contraddittorio (ad esempio le intercettazioni). Così G. Ubertis, voce *Giusto processo*, cit., p. 440.

53. V. Grevi, *Dichiarazioni dell'imputato*, cit., p. 846; C. Conti, *Le due "anime"*, cit., p. 199.

54. Così P. Tonini, *Manuale*, cit., p. 666; Id., *Il contraddittorio*, cit., p. 1392. Si veda, inoltre, P. Ferrua *Il contraddittorio è salvo, ora va circoscritto il diritto al silenzio*, in *Dir. giust.*, 2000, n. 37, p. 81.

per determinate tipologie delittuose, la prova si forma sempre più spesso sulla *scaena criminis*[55]. Il fulmineo ingresso della tecnologia nel processo penale si verifica nel momento stesso in cui l'indagine inizia, quasi sempre prima — e sovente in funzione — dell'individuazione di un indagato. Per questo motivo, difficilmente siffatte acquisizioni si svolgono alla presenza salvifica di un difensore, che garantisca, quanto meno, un contraddittorio debole. Tanto è veloce l'impiego di tali metodiche nel processo, tanto è lento, quasi immobile, l'adeguamento delle garanzie difensive che restano pressoché ferme alla dialettica attenuata ed eventuale tratteggiata dal codice del 1988[56].

L'intelaiatura "minimalista" della disciplina del sopralluogo si deforma nello sforzo di accogliere i nuovi contenuti tanto da determinare lacerazioni invisibili ma pericolose nel tessuto sistemico che si trova di fronte ad una fase sguarnita, impostata su precari cardini normativi, nella quale, volente o nolente, il ruolo di *dominus* è affidato alla polizia giudiziaria che, di frequente, si trova a cimentarsi con strumenti e procedure assai opinabili, oggetto di discussione e di incertezze anche a livello scientifico[57].

Rilievi sconcertanti ove si tenga presente che alla vaghezza ed alla natura, che con termine oggi in voga potrebbe definirsi "*flue*", di tale spazio operativo fa da contraltare la regola netta dell'utilizzabilità dibattimentale delle acquisizioni non ripetibili. Di fronte all'elemento irreversibilmente cristallizzato, l'unico luogo sistematico per le garanzie si collocherà nel contraddittorio "sulla" prova, e cioè nella discussione sui limiti entro i quali un dato già acquisito in modo unilaterale può considerarsi utilizzabile ed attendibile[58].

Si pone, dunque, il problema di stabilire cosa è irripetibile e come devono essere effettuate acquisizioni del genere. Le nuove tecnologie mettono in crisi la tradizionale e già debole distinzione — su cui poggia la disciplina positiva — tra rilievi e accertamenti; tra atti ripetibili e non ripetibili[59].

È unanimemente denunciato come il codice in proposito appaia assai laconico. D'altronde nell'88 non occorreva essere più specifici: l'impiego della scienza nel pro-

55. C. Bonzano, *Prova "scientifica": le garanzie difensive tra progresso tecnologico e stasi del sistema*, in *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, a cura di C. Conti, Milano, 2011, p. 108. In merito al sopralluogo, si rinvia alle ampie considerazioni storiche e sistematiche di S. Lorusso, *L'esame della scena del crimine tra esigenze dell'accertamento, istanze difensive e affidabilità dei risultati*, in Aa.Vv., *Scienza e processo penale*, cit., pp. 33 ss.; Id., *Investigazioni scientifiche, verità processuale ed etica degli esperti*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, pp. 1345 ss. L'espressione è di C. Bonzano, *Prova "scientifica"*, cit., p. 104. Sul tema E. Aprile, *Le indagini tecnico-scientifiche: problematiche giuridiche sulla formazione della prova penale*, in *Cass. pen.*, 2003, pp. 4034 ss.

56. Così C. Bonzano, *Prova "scientifica"*, cit., p. 104.

57. C. Bonzano, *Prova "scientifica"*, cit., pp. 104 ss.

58. P. Tonini, *Considerazioni su diritto di difesa e prova scientifica*, in *Arch. pen.*, 2011, pp. 825 ss.

59. Sul punto, ampiamente, D. Curtotti Nappi e L. Saravo, *Il volo di Icaro delle investigazioni sulla scena del crimine: il ruolo della polizia giudiziaria*, in Aa.Vv., *Scienza e processo penale*, cit., pp. 201 ss. In giurisprudenza, Cass., sez. II, 24 gennaio 2011, C., in *Guida dir.*, 2012, n. 9, p. 71; Cass., sez. I, 3 maggio 2011, R., *ivi*, 2011, n. 46, p. 92.

cesso era quantitativamente più limitato e qualitativamente meno determinante per le sorti della vicenda giudiziaria, anche perché la prova dichiarativa brandiva ancora lo scettro di regina. Al tempo stesso, e corrispondentemente, il post-positivismo scientifico non aveva investito con la sua onda dirompente il processo penale: si riteneva ancora che fosse sufficiente nominare un esperto pronto a fornire risposte certe. Così alla scarsa valorizzazione del contraddittorio nell'ambito della perizia e della consulenza tecnica, si accompagnava la pressoché nulla considerazione di una dialettica nel corso del sopralluogo[60].

Tutte le predette riflessioni spingono a rifuggire esegesi volte a collocare all'interno del concetto di impossibilità di ripetizione la gran parte degli atti unilaterali svolti in tale sede. La nozione di "non ripetibilità" non può trasformarsi in un grimaldello per scardinare il contraddittorio. Per contro, un'interpretazione ragionevole deve ricondurre entro limiti rigorosi l'utilizzabilità di atti unilaterali subordinandola ad un duplice accertamento. Da un lato, occorre collocare nel novero degli atti irripetibili tutte quelle prove in relazione alle quali una successiva assunzione non varrebbe ad assicurare la possibilità di controllare la genuinità dell'elemento[61]. Da un altro lato, è necessario attuare il contraddittorio in relazione a tutte le acquisizioni irripetibili riducendo la raccolta unilaterale ad una *extrema ratio* cui ricorrere soltanto in caso di assoluta impraticabilità del contraddittorio, a causa dell'urgenza della situazione[62].

Dal punto di vista delle modalità acquisitive, specie laddove la dialettica risulti impossibile, occorre prestare la massima cautela laddove ci si trovi dinanzi a metodi controversi o di difficile applicazione. Un'esegesi conforme alla funzione accertativa del processo penale impone di attuare, in tali contesti, modalità esecutive che rendano possibile un successivo controllo incrociato sull'attendibilità dell'elemento raccolto[63].

11. La provata condotta illecita.

L'ultima eccezione, prevista dall'art. 111, comma 5 Cost., è consentita nell'ipotesi in cui la mancata attuazione del contraddittorio costituisca effetto di "provata condotta illecita". Come è stato chiarito in due occasioni dalla Corte costituzionale, la condotta illecita si riferisce a comportamenti contrari al diritto (*contra ius*) finalizzati ad indurre il dichia-

60. Cfr. ancora, C. Bonzano, *Prova "scientifica"*, cit., pp. 104 ss. In giurisprudenza, Cass., sez. II, 2 ottobre 2009, n. 42344, in *Guida dir.*, 2010, n. 4, p. 54.

61. Così Cass., sez. un., 18 dicembre 2006, Greco, in *Guida dir.*, 2007, n. 2, p. 86. Ad avviso di P. Tonini, *Considerazioni*, cit., pp. 825 ss., si tratta di un'esegesi che segna ormai l'abbandono della concezione "naturalistica" in favore di una più consapevole accezione di tipo "giuridico": l'atto deve essere ripetibile "in modo utile" ai fini dell'accertamento del fatto. Un tale approccio permette, dunque, di restringere il novero degli atti ripetibili che possono essere assunti in modo unilaterale.

62. Sul significato del concetto di non ripetibilità anteriormente alla revisione costituzionale, P. Tonini, *Considerazioni*, cit., pp. 825 ss.; P. Tonini e C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 441.

63. V., ancora, P. Tonini, *Considerazioni*, cit., pp. 825 ss.

rante a sottrarsi (lecitamente o meno) alla dialettica; restano, dunque, estranei all'ipotesi in oggetto i casi nei quali la persona escussa, senza essere condizionata dall'esterno, abbia commesso falsa testimonianza[64].

Inoltre, la Costituzione non richiede che la condotta illecita sia riconducibile all'imputato; l'eccezione al contraddittorio scatta a prescindere dall'identità dell'autore[65]. Quando il dichiarante è stato minacciato, il contraddittorio come metodo di accertamento dei fatti è ormai inquinato giacché ne risulta compromessa la funzione euristica. In casi del genere, diviene inutile la regola di esclusione delle dichiarazioni rese in precedenza.

Un altro problema, sollevato dalla disposizione in esame, è relativo al *quantum* di prova richiesto. Si è rilevato che il termine "provata" ricorre sia nel comma 5 ("provata condotta illecita"), sia nel comma 4, secondo periodo ("la colpevolezza non può essere provata"). Pertanto, un'esegesi coerente dovrebbe pervenire ad attribuire a tale espressione un significato identico nel contesto di entrambe le norme[66]. Peraltro, è indispensabile tenere presente che il termine "prova" (come pure i derivati dello stesso) si riempie di contenuto anche in ragione del proprio oggetto. Mentre nel comma 4, secondo periodo, il *thema probandum* è costituito dalla colpevolezza dell'imputato, nel comma 5 ciò che deve essere provato è la condotta illecita, e cioè un fatto dal quale dipende l'applicazione della regola (di natura squisitamente processuale) che rende utilizzabile il materiale formato senza contraddittorio. In tale ottica, si è sostenuto che ai fini della "prova" della condotta illecita ogni dato può assumere rilevanza senza necessità di rispettare particolari formalità di acquisizione[67]. Pertanto, eventuali intimidazioni possono essere allegate anche dal dichiarante che si sottrae al contraddittorio e non occorre un giudizio autonomo per accertare la sussistenza della condotta illecita, bastando in tal caso un accertamento incidentale.

64. C. cost., n. 453 del 2002, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2606; C. cost., n. 518 del 2002, in *Giur. cost.*, 2002, p. 4271; C. cost., n. 137 del 2005, in *Dir. giust.*, 2005, n. 20, p. 93. In dottrina C. Conti, *L'imputato*, cit., p. 139; *contra*, C. Mambriani *Giusto processo e non dispersione delle prove. I diversi equilibri del processo penale tra scopo conoscitivo e metodo dialettico*, Piacenza, 2002, p. 428.

65. V. Grevi, *Dichiarazioni dell'imputato*, cit., p. 848. Secondo una differente lettura, qualora uno solo tra più imputati si sia reso fonte di indebite pressioni, le precedenti dichiarazioni del testimone resterebbero inutilizzabili contro altri, ai sensi dell'art. 111, comma 4, secondo periodo, Cost. giacché il dichiarante si sottrarrebbe al contraddittorio con gli altri imputati "per libera scelta". Così G. Ubertis, voce *Giusto processo*, cit., p. 441. Nella giurisprudenza di legittimità, si veda Cass., sez. IV, 19 maggio 2009, Critelli, in *CED* 245036; Cass., sez. II, 22 gennaio 2008, A., in *Guida dir.*, 2008, n. 12, p. 83.

66. V. Grevi, *Dichiarazioni dell'imputato*, cit., p. 848.

67. P. Ferrua, *Rischio contraddizione nel neo-contraddittorio*, in *Dir. giust.*, 2000, n. 1, p. 81. Sul tema dell'onere della prova C. Conti, *L'imputato*, cit., pp. 145 ss.

APPUNTI SU LEGALITÀ E GIUSTIZIA

Fabrizio Di Marzio
Consigliere di Cassazione

Sommario: 1. Legalità, diritto, giustizia. - 2. Il sentimento di giustizia. - 3. Teorie della giustizia. - 4. Ragione e giustizia. – 5. Sul diritto come metodo per la giustizia. – 6. Sulla legalità (come primato della legge). - 7. Legalità (costituzionale) e giustizia. - 8. 'Legalità e giustizia'.

1. Legalità, diritto, giustizia.

Quando si discute di giustizia non sempre è implicato il diritto (e infatti il settore più fertile della riflessione è quello della filosofia della politica); invece quando si discute di quel particolare modo di essere del diritto che è la legalità la domanda sulla giustizia è immanente: sia perché nessuno dà per scontata l'implicazione tra legalità e giustizia (essendo la legalità ampiamente compatibile con l'ingiustizia), sia perché pochi sarebbero disposti a negare che la legalità (come l'intera esperienza giuridica) possa legittimarsi solo ed esclusivamente nell'orizzonte della giustizia. Legalità e giustizia, una volta affiancate, si mostrano nella loro alterità.

La carica problematica che si sprigiona dalla congiunzione tra legalità e giustizia può ricomporsi in un senso sotteso ma evidente: 'legalità e giustizia' varrebbe a dire 'legalità *per* la giustizia'.

Questa espressione può poi essere letta in un duplice senso: legalità quale scelta metodologica per raggiungere il traguardo della giustizia; legalità quale conseguenza di una scelta di giustizia (animata dal sentimento di giustizia che deve guidare così gli uomini come pure le istituzioni).

I due possibili significati non si escludono, ma si implementano a vicenda. Come appare evidente osservando la dinamica delle moderne democrazie costituzionali, la legalità si presenta quale risposta alla domanda di giustizia: sollecitata dunque dal senso di giustizia e destinata a soddisfare il desiderio di giustizia.

Discorrerò allora prima della giustizia, e poi della legalità, quale valore e anche quale strumento di giustizia. Dovrò però dire qualcosa anche del diritto: di cui la legalità è al contempo tecnica e valore.

2. Il sentimento di giustizia.

Della giustizia potrebbe essere difficilissimo, ma anche sbalorditivamente facile, trattare. Così, se si riconosce che essa si costituisce, essenzialmente, di un sentimento: il sentimento di giustizia. Tantoché, pur escludendosi tendenzialmente la possibilità di in-

dividuare modelli di esistenza giuridica nei mondi – fossero anche definibili, in qualche senso, "comunità" – abitati dagli animali non umani, e pur dovendo prendere atto della diffusissima idea del diritto come fatto umano[1], la ricerca scientifica ci invita progressivamente a prendere atto di come anche nelle comunità animali e prelinguistiche sia intensamente vissuto il sentimento di giustizia.

Ed è proprio sul piano della netta distinzione tra 'diritto' e 'giustizia' che appare possibile tracciare una differenza, prendendo peraltro atto di una profonda consapevolezza. Nonostante qualche incertezza terminologica, ciò che solitamente si revoca in dubbio è l'esistenza di ordinamenti (giuridici) animali non umani, ma non anche della esistenza di un sentimento di giustizia non umano[2]. A rendere il diritto cosa umana è la dimensione linguistica in cui esso si sostanzia; il fatto di essere il diritto un fenomeno non soltanto sociale, ma per di più linguistico: pertanto non riferibile appropriatamente a realtà, anche rudimentalmente organizzate, ma prelinguistiche[3]. A rendere la giustizia un qualcosa riferibile anche a comunità animali prelinguistiche è il suo consistere essenzialmente in un sentimento[4].

Le teorie della giustizia sviluppano riflessioni su una base di natura emotiva, data da un'intuizione morale nota anche come 'senso di giustizia'[5]: che dal rifiuto dell'ingiustizia[6] trascorre al desiderio di giustizia[7].

3. Teorie della giustizia.

Su questa intuizione fondativa si avviano le indagini speculative. Storicamente, il successo ha arriso alla famiglia di teoriche sviluppatesi sopra l'idea del contratto sociale e volte a definire, sulla base di un accordo trascendentale unico, la struttura delle organizzazioni (istituzioni, norme) in cui deve articolarsi una società che possa dirsi 'giusta'. Questa visione ambiziosa, che dalla riflessione di autori come Hobbes e poi Locke e Rousseau, attraverso la sistemazione kantiana giunge fino a noi nella versione elaborata da Rawls

1. Cfr. Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Milano, 2008[6], 5 ss., che ricorda il passo del *Digesto* di Giustiniano secondo cui '*hominum causa omne ius constitutum est*' (D. 1,5,2).

2. Cfr., per es., Del Vecchio, *La giustizia*[4], Roma, 1951, 97 ss. che scrive di 'prodromi di giustizia' con riguardo agli elementi organizzativi rinvenibili nelle comunità animali non umane.

3. Cfr., per tutti, Searle, *La costruzione della realtà sociale* (trad. it.), Torino,2006, 70 ss.

4. Molto suggestiva la lettura di Bekoff, Pierce, *Wild Justice. The Moral Lives of Animals*, University of Chicago Press., 2009, che riferiscono di episodi quali quello del topo che si astiene dall'eseguire un ordine ricompensato con cibo (premere una leva) se ne deriva l'afflizione di una sofferenza (scossa elettrica) a un altro topo.

5. Cfr. già Rawls, *Una teoria della giustizia* (trad. it.), Milano, 1997, 372 ss. ma, per quanto maggiormente qui interessa, la rivisitazione critica di G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009, 63 ss.

6. Esemplarmente testimoniata dal disprezzo degli antichi teorici indiani del diritto per la 'giustizia del mondo dei pesci' (*matsyanyāya*), dove il pesce grosso divora liberamente il pesce piccolo (cfr. Sen, *L'idea di giustizia*, Milano, 2011, 35 s.).

7. Su cui potrei rinviare, per qualche considerazione personale, a Di Marzio, *Il desiderio di giustizia (note impressionistiche su eros e diritto ai tempi del postmoderno)*", in *Politica del diritto*, 2004, 491 ss.

sulla giustizia come equità (e poi ulteriormente sviluppata secondo percorsi ancora diversi da altri autori, tra i quali spiccano Dworkin da un lato e Nozick dall'altro) ha sempre dovuto fare i conti con l'intrinseca disputabilità delle soluzioni finali variamente proposte. E, per di più, con la realistica contestazione che quando un criterio di giustizia ha portata assoluta (come nella massima giustinianea '*unicuique suum tribuere*'[8]; o nella rielaborazione secondo cui si deve trattare gli uguali in modo uguale e i diversi diversamente), ha contenuto esclusivamente formale (essendo compatibile con un variegatissimo catalogo di contenuti sostanziali), mentre quando ha contenuto sostanziale può considerarsi valido solo entro un preciso canale spaziotemporale[9].

La disputabilità delle visioni della giustizia è peraltro destinata ad aggravarsi oltre misura nelle società occidentali che da decenni si vanno sviluppando all'insegna del pluralismo dei valori (e del pluralismo stesso come valore)[10]; ed è destinata ad incontrare difficoltà ulteriori se il progetto di giustizia ambisce ad emanciparsi da una dimensione limitata e non totalizzante (fosse questa estesa anche quanto l'Occidente) per diffondersi invece su scala planetaria: secondo un orizzonte di riflessione ormai intensamente suggerito, se non imposto, dalle attuali condizioni di vita (come dimostra soprattutto la prassi economica senza frontiere e il fatto storico della crisi globale)[11].

In un simile smisurato contesto la impensabilità di un governo mondiale escluderebbe in radice, secondo alcuni, la stessa teorica possibilità di istituzioni giuste[12].

Deve spiegarsi anche così la fortuna di approcci meno ambiziosi e più misurati – riferibili a un altro ramo della tradizione dell'illuminismo – approcci disinteressati in via di principio di stabilire l'architettura ultima della società giusta e invece immediatamente preoccupati di elaborare soluzioni di volta in volta considerabili giuste ai problemi fondamentali che si concretamente si pongono. All'accordo trascendentale è qui sostituito l'accodo particolare, maturato attraverso la scelta comparativa tra le soluzioni alternative che possono argomentarsi nel caso specifico[13].

4. Ragione e giustizia.

Nell'una come nell'altra prospettiva il ruolo determinante è ricoperto dalla ragione: dall'argomentazione razionale sulle questioni etiche.

---

8. D. I,1, 10.

9. Cfr. G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge*, cit., 51, che ricorda la lezione di Bobbio, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Torino, 1948, 197.

10. Per riferimenti critici cfr. M. Barberis, *Etica per giuristi*, Roma-Bari, 2006, 157 ss.

11. Su questo problema si articola la riflessione neocontrattualistica di Veca, *La bellezza e gli oppressi. Dieci lezioni sull'idea di giustizia*, Milano, 2002.

12. Cfr. Nagel, *The Problem of Global Justice*, in *Philosophy and Public Affairs*, 33 (2005), 115.

13. In tal senso la mossa teorica di Sen, *L'idea di giustizia*, cit., 25 ss. che riconduce questa tradizione al pensiero di Smith, Condorcet, Mary Wollstobecraft, Bentham, Marx, Mill.

La primazia della ragione non sconfessa il legame fondativo con il sentimento (nel nostro caso, di giustizia). Accantonate le opinioni sulla inconciliabilità di ragione e sentimento; riconosciuta e anche studiata l'"intelligenza' delle emozioni[14]; stabilito il valore strategico del sentimento di giustizia in quanto capace di indirizzare concretamente le coscienze alla ribellione contro l'ingiustizia[15]; ribadito il ruolo positivo che gli atteggiamenti emotivi (come la ripulsa per la crudeltà e il rispetto per l'interlocutore) possono avere nel fondare i presupposti e nell'orientare lo sviluppo della discussione razionale[16], è proprio alla discussione razionale che le prospettazioni teoriche di maggior successo si affidano con convinzione.

In negativo, l'esame razionale ci preserva da quella che è stata definita come 'ideologia della giustizia': ossia dalla assolutizzazione di posizioni valoriali (ovviamente rispondenti a un ben individuabile assetto di interessi) rispetto e a discapito di altre: pertanto pregiudizialmente combattute nel nome (tuttavia strumentalizzato) della giustizia[17].

In positivo, l'esame razionale dei fatti e delle emozioni, scongiurando il pericolo dell'adesione settaria a particolari ideologie della giustizia, è senza dubbio essenziale per realizzare il presupposto logico per una scelta che possa definirsi giusta: il carattere oggettivo della valutazione.

Classicamente, l'oggettività sembra assicurata dalla posizione di terzietà e di giudizio pertanto disinteressato assunta dalla metafora smithiana dello spettatore imparziale, ossia di quel giudice interiore che dovrebbe guidarci nell'azione approvando o meno le nostre scelte secondo un criterio di imparzialità rispetto ai nostri personali interessi[18].

La metafora valorizza il punto di vista esterno; allarga lo spettro del giudizio accogliendo nel suo spazio punti di vista che in prima battuta potevano sembrare estranei o poco importanti e la cui considerazione mette in guardia non soltanto dall'abbaglio degli interessi personali, ma anche dall'abbaglio che possono suscitare credenze e tradizioni radicate in contesti particolari[19].

Nelle teoriche contemporanee l'oggettività quale esito consentito dall'assunzione della posizione dello spettatore imparziale è assicurato da accorgimenti procedurali. Piuttosto che assumere controfattualmente la posizione dello spettatore imparziale - e dunque punti di vista inconsueti per una decisione che rimane comunque confinata nella sfera soggettiva dell'agente – si persegue l'oggettività attraverso il dialogo delle ragioni[20].

14. Cfr. Goleman, *Intelligenza emotiva* (trad. it.), Milano, 1996; M. Nussbaum, *L'intelligenza delle emozioni* (trad. it.), Bologna, 2004 (spec. 37 ss.); in prospettiva neurofisiologica e psicologica cfr. Damasio, *L'errore di Cartesio: emozione, ragione e cervello umano* (trad. it.), Milano 2004.

15. Cfr. G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge*, cit., 70 ss.

16. Cfr. Sen, *L'idea di giustizia*, cit., 45 ss.

17. Su questo atteggiamento biologico-emotivo, indirizzato "alla difesa implacabile e cieca di certi interessi", cfr. Ross, *Diritto e giustizia* (trad. it.), Torino, 2001, 259.

18. Cfr. Smith, *Teoria dei sentimenti morali* (trad. it.), Milano, 1995, 205 ss.

19. Così Sen, *L'idea di giustizia*, cit., 58.

20. Cfr., in tal senso, la posizione di Rawls, *Liberalismo politico* (trad. it.), Torino, 1999, 106 ss., secondo

Nella famosa versione di Rawls la giustizia procedurale (ossia l'esito di giustizia discendente dalla giustizia delle procedure seguite per la decisione) si distingue in tre tipi: perfetta, imperfetta e pura[21].

Nella versione più ricca, della giustizia procedurale perfetta, esiste sia un condiviso esito di giustizia che una procedura che assicuri con certezza il risultato (nell'esempio: l'esito dell'equità distributiva nel taglio della torta; la procedura della scelta per ultimo della fetta da parte di chi taglia).

Nella versione intermedia, della giustizia procedurale imperfetta, esiste l'esito condiviso di giustizia ma non anche una procedura che assicuri con certezza il risultato (nell'esempio del processo penale: l'esito di assicurare i colpevoli alla giustizia; l'impossibilità tuttavia di una struttura processuale che garantisca con certezza il risultato).

Nella versione minimale, della giustizia procedurale pura, non esiste un esito condiviso di giustizia; cosicché esso dipende esclusivamente dalla ragionevolezza della procedura, la quale è idonea a tal punto a legittimare qualsivoglia risultato sostanziale scaturisca dal suo esperimento (l'esempio portato è la scommessa equa nel gioco d'azzardo).

Nel caso della discussione pubblica sulle scelte di giustizia in contesti segnati dal pluralismo dei valori (e dal pluralismo quale valore), nel conflitto insanabile tra opposte visioni morali si mostra per lo più plausibile esclusivamente la giustizia procedurale pura (difettando un esito condiviso di giustizia).

In generale, la giustizia della procedura è data da criteri etici a cui la specifica procedura che cade in questione deve essere ragionevolmente improntata (la sentenza del giudice deve fondarsi sull'imparzialità del decidente; il contratto sulla uguaglianza delle parti; la legge sulla legalità della procedura di formazione).Nel caso della discussione pubblica sui valori nei contesti pluralistici la caratteristica essenziale della procedura seguita, da improntarsi a criteri di ragionevolezza, è data dal rispetto del principio del contraddittorio: ossia dalla partecipazione di ogni interessato alla discussione sull'esito di giustizia. La giustizia della procedura (della regola del confronto) assicurerà la giustizia della decisione sostanziale che nel rispetto della procedura, e all'esito della stessa, sarà razionalmente assunta (ossia la scelta di un determinato assetto valoriale sostanziale rispetto ad altri)[22].

---

cui è oggettiva una posizione suscettibile di essere condivisa da persone ragionevoli; v. inoltre la posizione di Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo* (trad. it.) Bologna, 1986, fondata sul presupposto della razionalità non semplicemente del soggetto ma più ampiamente del dialogo (ossia che il dialogo si svolga senza pregiudizi, assumendo posizioni ragionevoli, e dunque premiando le buone ragioni rispetto alle alternative meno ragionevoli).

21. Cfr. Rawls, *Una teoria della giustizia*, cit., 85 ss.

22. Cfr. in generale Hampshire, *Non c'è giustizia senza conflitto* (trad. it.), Milano, 2001, 47 ss.; Veca, *La bellezza e gli oppressi*, cit., 60 ss.; v. anche Lombardi Vallauri, *Diritto naturale*, in *Jus*, 1987, 241 ss.

5. Sul diritto come metodo per la giustizia.

Credo che la persuasività dell'approccio fondato sulla giustizia procedurale, ossia sulla giustizia (e dunque sulla moralità) della procedura che deve seguirsi nella discussione - quale condizione strumentale ad assicurare la giustizia sostanziale del risultato finale dato dalla decisione - consista proprio nella rispondenza di questo punto di vista a radicate prassi sociali.

Deve sottoscriversi che "in ogni tempo e luogo i membri di una società e i cittadini di uno stato si aspettano che i conflitti nei quali sono coinvolti siano risolti in conformità con le regole riconosciute all'interno di quella società o di quello stato particolari"; è facile inoltre osservare come tali regole procedurali si specifichino all'interno delle varie istituzioni: "tribunali, parlamenti, consigli, partiti politici e così via"[23].

Appare del resto illuminante che Rawls nell'esporre il concetto di 'giustizia procedurale imperfetta' porti l'esempio del processo penale, ossia di una fondamentale pratica giuridica.

D'altro canto, le più accreditate concezioni del diritto risultano ampiamente spiegabili nella prospettiva della giustizia procedurale. Così la concezione relazione, di matrice kantiana, del diritto come rapporto giuridico segnato dal carattere della reciprocità (nel senso che la sfera di pretesa e di azione di ciascuna parte del rapporto è delimitata dalla sfera dell'altra): la quale implica evidentemente una corrispondenza dialogica. Ma ancor di più le concezioni normativistiche, che ricostruiscono il diritto come ordinamento (alla varia maniera di Kelsen, Bobbio, Hart) e come istituzione (alla maniera di Santi Romano): ossia come strutture dinamiche essenzialmente rette da regole procedurali.

E appare del tutto corretta l'osservazione secondo cui la ragionevolezza, l'esercizio della ragion pratica, non si apprezza solo su di un piano meramente logico e conoscitivo, ma si produce anche sul piano pratico, integrando una essenziale caratteristica dell'agire umano[24]: come è la prassi giuridica[25].

In questo ordine di suggestioni, l'essenziale prassi giuridica dell'interpretazione è stata proposta anche come metodo per affermare la giustizia attraverso la progressiva riduzione dell'ingiustizia originaria, radicata nei rapporti di potere da cui scaturì la 'legge'. "L'interpretazione, come applicazione che indebolisce la violenza dell'origine, 'fa giustizia del diritto': gli rende giustizia contro chi lo accusa di produrre solo *summas inurias*; lo rende giusto da violento che era; e anche lo giustizia in quanto lo consuma nelle sue pretese di perentorietà e definitività, ne smentisce la maschera sacrale"[26].

23. Hampshire, *Non c'è giustizia senza conflitto*, cit., 48.

24. Cfr. Viola, Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, Roma-Bari, 2004, 43.

25. Cfr. Viola, *Il diritto come pratica sociale*, Torino, 1990.

26. Vattimo, *Fare giustizia del diritto*, in *Annuario Filosofico Europeo. Diritto giustizia e interpretazione*, a cura di Derrida, Vattimo, Roma-Bari, 1998, 288. Al riguardo, per una riflessione sulla legittimazione dell'interpretazione

6. Sulla legalità (come primato della legge).

Un modo d'essere del diritto è la legalità. Genericamente con il termine può intendersi la conformità dell'esercizio del potere al diritto: secondo la formula germanica dello Stato di diritto (*Rechtsstaat*) o la formula inglese del "governo del diritto" ('*rule of law*'). Meno genericamente, "legalità" indica la soggezione del potere alla legge: la soggezione degli atti del potere esecutivo e del potere giudiziario alla legge deliberata dai parlamenti. Nella concezione più impegnativa ad essere sottoposta alla legalità è l'attività stessa del parlamento, e il suo prodotto: la legge. Qui "legalità" significa "legittimità costituzionale delle leggi"[27].

La prima concezione non si mostra in se stessa promettente: limitandosi ad esprimere un generico primato del diritto sul potere, e a prescrivere la legalità quale condizione di legittimazione dell'esercizio del potere (legittimo, e non arbitrario, perché conforme al diritto).

Una breve riflessione sulla seconda e sulla terza concezione può invece consentire maggiori guadagni: nei limiti in cui il riferimento al diritto è precisato con il richiamo più circoscritto alla legge e alla costituzione.

Il problematico rapporto tra legalità e giustizia, anticipato in premessa, è dovuto al fatto che la legalità non è concepita solo come tecnica giuridica, ma anche come valore[28]. La sottoposizione del potere alla legge esprime anzi un valore specifico del diritto (assicurando una organizzazione efficiente delle condotte attraverso prescrizioni certe), e ne determina la connotazione concreta (stabilendone in particolare fondamentali regole di produzione, come la deliberazione parlamentare delle leggi).

La connotazione valoriale della legalità implica la possibilità del conflitto tra legalità e giustizia. Poiché non solo la giustizia ma anche la legalità è considerata un valore, allora la non corrispondenza della legalità (per es., nel suo prodotto: la legge) alla giustizia scatena un conflitto di valori e impone di realizzare delle scelte.

Per ricondurre a dimensione reale il problema si è annotato che normalmente (nei c.d. "casi normali") il sistema delle leggi esprime valori condivisi: come dimostra la sistematica applicazione ed osservanza della regola nel contesto disciplinato; eccezionalmente (l'esempio indiscusso è nella "legalità nazista", ossia nelle leggi emanate durante il regime nazista), l'insanabile ed eclatante contrasto tra legalità (che non esprime valori minimamente condivisi) e senso elementare di giustizia impone come doveroso disobbedire.

In nessuno dei due casi il rapporto tra legalità e giustizia appare problematico: dimostrandosi armonico nel primo e insanabilmente conflittuale nel secondo; e dunque

giudiziale del diritto condotta secondo procedure ragionevoli può leggersi Di Marzio, *Interpretazione giudiziale e costrizione. Ipotesi sulla legittimazione della discrezionalità interpretativa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 395 ss.

27. Cfr. la limpida sintesi critica di M. Barberis, *Etica per giuristi*, cit., 150 ss.

28. Cfr., per es., Dworkin, *Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2004, 24.

imponendosi in ogni caso la scelta della giustizia (a favore della legalità legittimata da quella corrispondenza nel primo caso, e contro la legalità delegittimata da quel conflitto nel secondo).

Invece, il problema sorge nei casi intermedi: in cui potrebbe argomentarsi una qualche ingiustizia della legge (e del diritto) ma non così grave da imporre la scelta della disobbedienza (e dunque la violazione della legalità)[29]. In tali casi, si argomenta, le ragioni della legalità possono anche prevalere sulle ragioni della giustizia[30].

Ma potrebbe anche ipotizzarsi che la soluzione del rispetto della legge nei casi intermedi non implichi una vittoria della legalità sulla giustizia bensì, ancora una volta, un'affermazione della giustizia. In tali casi, infatti, da un lato stanno la legge e più ampiamente il diritto e dall'altro, ma soltanto in qualche modo, sta la giustizia. In tale rapporto, infatti, la giustizia non si pone in insanabile contrasto. Per ciò stesso, non potrebbe affermarsi che la legalità offenda il sentimento di giustizia quale moto di ribellione all'ingiustizia. Il sentimento di giustizia, infatti, per non essere controverso presuppone l'evidenza e l'intollerabilità dell'ingiustizia (soccombendo altrimenti alla critica della relatività e della opinabilità[31]). Ciò contro cui la legalità si porrebbe sarebbe allora una semplice e opinabile idea sostanziale di giustizia. Ma a fronte di quella sta il valore della legalità, che risponde anch'essa a ragioni sostanziali di giustizia (quali la certezza della regola e del giudizio sulle condotte). E risponde, per di più, a ragioni procedurali di giustizia (consistendo la legalità in una ragionevole procedura di produzione del diritto).

7. Legalità (costituzionale) e giustizia.

Possiamo a questo punto scorgere come il rapporto tra legalità e giustizia si svolga secondo la logica del giudizio: il giudizio sulla legalità come rispondente o meno alla giustizia. Nel proseguire la riflessione potremmo notare come tale giudizio, e il suo possibile contenuto di critica alla legge in quanto ingiusta, non deve determinare necessariamente la disobbedienza alla legge, ossia la violazione della legalità (e delle istanze di giustizia, perlomeno di carattere procedurale, ad essa sottese). Questo dovrebbe in particolare escludersi (o almeno revocarsi decisamente in dubbio) nelle esperienze giuridiche costituite dalle democrazie costituzionali. Il costituzionalismo moderno mette infatti a disposizioni procedure ragionevoli per verificare la corrispondenza della legge agli orizzonti di giustizia condivisi in una determinata comunità e come tali sanciti nelle costituzioni. Le procedure in questione disciplinano il giudizio di conformità delle leggi a costituzione, rimesso al complesso lavoro delle corti costituzionali.

29. Cfr. Radbruch, *Ingiustizia legale e diritto sovralegale* (trad. it.) in Aa.Vv. *Filosofia del diritto*, a cura di A.G. Conte ed altri, Milano, 2002, 152 ss.

30. Cfr. M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, 2005, 250 ss.

31. Cfr. G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge*, cit., 75 ss.

L'orizzonte legale e valoriale dato dalla costituzione segna in tal modo la soggezione alla legalità (costituzionale) non soltanto del potere esecutivo e giudiziario, ma anche del potere legislativo; e consente la critica della legge in nome della non corrispondenza della stessa a giustizia attraverso l'adozione di procedure ragionevoli, il rispetto delle quali legittima l'esito sostanziale di quel giudizio (in se stesso intrinsecamente opinabile).

È poi notevole che il lavoro delle corti costituzionali si svolga non semplicemente nel segno della verifica di corrispondenza tra legge e costituzione (secondo la schematica prospettiva del costituzionalismo classico esemplificato dalla riflessione kelseniana), ma anche nei termini – variamente teorizzati dal c.d. neocostituzionalismo – di una verifica suprema di ragionevolezza della legge (la quale oltre che essere dichiarata illegittima può essere ricondotta interpretativamente a conformità costituzionale), e della costituzione medesima (preservata dalla possibilità di revisione dove dispone la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo).

L'aspirazione suprema del giudizio di ragionevolezza delle leggi e della costituzione stessa è la giustizia. Ma – per osservazione finale sul punto – deve nonostante tutto condividersi che tale ambizione non può santificare nemmeno la costituzione, astraendola aprioristicamente da qualsiasi valutazione etica. Un simile atteggiamento travolgerebbe la conquista culturale di guardare comunque ai prodotti dell'esperienza giuridica (comprese leggi e costituzioni) piuttosto che come parametri (o, meglio, piuttosto che soltanto come parametri) anche come fatti: termini dunque di un giudizio etico (e giuridico) che garantisce sempre l'allerta della ragione da inversioni della civiltà che la storia ci ha sempre dimostrato come possibili[32].

8. 'Legalità e giustizia'.

Sembrano così predisposte le condizioni per una pratica del diritto che corrisponda alle esigenze della giustizia: ossia che si realizzi dietro il sentimento della giustizia, attraverso la difesa del valore della legalità costituzionale e in ragione del desiderio di giustizia.

Legalità dunque non a tutti i costi; ma legalità servente (alla giustizia). E pratica del diritto svolta nella consapevolezza della sua ineliminabile 'miseria'[33], della sua insuperabile imperfezione: imperfezione spinta fino all'orlo del paradosso dall'avvertimento del *summum ius, summa iniuria*.

Sguardo realistico e disincantato, infine, verso tutti gli accorgimenti escogitati per assicurare esiti di giustizia, compreso quello posto al livello più alto di conquista: la giustizia per procedure ragionevoli. Senza dimenticare, però, il valore altissimo del dialogo: dato dalla precondizione necessaria del reciproco riconoscimento dei partecipanti, e dunque della pari dignità dei parlanti.

32. Cfr. M. Barberis, *Etica per giuristi*, cit., 156.

33. Secondo l'espressione memorabile di P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, 143 s.

Contro ogni promessa della giustizia procedurale vale l'antico monito di Zhuang-zi (Chuang-tzu): "Se io discuto con te e tu hai la meglio su di me invece che io su di te, hai forse necessariamente ragione e io necessariamente torto? E se io ho la meglio su di te, ho io necessariamente ragione e tu necessariamente torto? Ha uno ragione e l'altro torto, oppure abbiamo ragione entrambi o entrambi torto? Né io né te possiamo saperlo, e un terzo sarebbe nella stessa oscurità. Chi può decidere senza errore? Se interroghiamo qualcuno che è del tuo parere, come potrà decidere, se è del tuo parere? Se è d'accordo con me, come potrà decidere se è d'accordo con me? Lo stesso accadrà se si tratta di qualcuno che è insieme d'accordo con me e con te, o se è di un parere differente da entrambi. Allora né io, né te, né un terzo possiamo decidere. Dovremo attendere un quarto? "[34].

Ma l'ultima frase sembra sottintendere la necessità in ogni caso della decisione; e apre di conseguenza la strada non solo alla presa d'atto di un possibile confronto indirimibile delle ragioni[35], ma anche alla constatazione della non negatività del disaccordo che dovesse permanere all'esito della discussione (indicativo infatti della non definitività delle proposizioni etiche le quali, diversamente da quelle scientifiche, sono insuscettibili di un qualsiasi giudizio di verità)[36]. Ciò che soprattutto conta sono le condizioni del dibattito, e non l'esito: il rispetto di procedure ragionevoli e non la condivisione del risultato materiale.

È stato scritto che ciò che conta è (poter) portare nel dibattito che determinerà la scelta (es., la legge) argomenti persuasivi, ossia ragionevoli, ma non anche persuadenti in concreto l'interlocutore. Quest'ultima condizione sarebbe infatti irragionevole, perché lascerebbe la decisione nelle mani dell'interlocutore (così, nei contesti deliberativi, consegnerebbe sempre la maggioranza al volere della minoranza)[37].

Restringendo lo sguardo alla comunità dei giuristi sembra allora di intravedere l'importanza di un compito: di praticare - secondo i pur instabili rapporti tra legalità e giustizia - il diritto. Per affievolirne l'originaria violenza (e irragionevolezza); per combattere attraverso quella pratica faticosa le forme di ingiustizia: e per conquistare attraverso il confronto delle ragioni (piuttosto che qualche passo verso un mitico traguardo) risultati concreti di giustizia.

34. *Zhuang-zi* (trad. it.), Milano, 1982, 31.
35. Teorizzato nelle filosofie del postmoderno: cfr., per es., il lavoro di Lyotard, *Il dissidio* (trad. it.), Milano, 1985.
36. Cfr. Williams, *L'etica e i limiti della filosofia*, (trad. it.) Roma-Bari, 1987, 162 ss.
37. Cfr. G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge*, cit., 22 ss.

FAKE NEWS E LIBERTÀ DI INFORMAZIONE

Filippo Donati
Prof. ordinario Università di Firenze

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il quadro normativo attuale. – 3. Libertà di informazione e *Fake News* – 4. Conclusioni

1. Premessa.

Come ha da tempo chiarito Paolo Barile, un grande maestro del diritto costituzionale, la mera diffusione di notizie false non può essere considerata in sé e per sé illecita, a meno che non leda diritti o valori costituzionalmente rilevanti[1]. In questa prospettiva si è saldamente collocata la giurisprudenza costituzionale, secondo cui la libertà di informazione riconosciuta dall'art. 21 Cost. può essere limitata soltanto per la tutela di altri valori di rilevanza costituzionale che possano entrare in conflitto con essa, quali sono i valori attinenti all'onore, alla reputazione ed alla riservatezza della persona; all'ordine pubblico; alla sicurezza dello Stato; al regolare svolgimento della giustizia; alla tutela di alcune forme di segreto[2].

La diffusione di internet sembra tuttavia aver mutato il quadro di riferimento. Nessuno dubita che internet abbia contribuito a rafforzare le possibilità di esercizio della libertà di informazione, sia sotto il profilo "attivo" del "diritto di informare" (perché oggi ciascuno può trasmettere idee e notizie in tempo reale in ogni parte del mondo e senza costi), sia sotto il profilo "passivo" del "diritto all'informazione" (perché oggi la rete mette a disposizione dei cittadini una quantità di fonti informative fino a pochi anni fa neppure immaginabile). Tuttavia le nuove potenzialità trasmissive offerte da internet favoriscono anche la possibilità di diffondere su larga scala notizie sbagliate, distorte o manipolate, che pure vengono presentate come vere (le cosiddette "fake news"). La più recente tecnologia permette inoltre l'utilizzo di robot che creano artificialmente falsi profili e falsi contenuti, che gli utenti generalmente scambiano per veri. L'anonimato garantito alle comunicazioni in rete, inoltre, rende generalmente difficile, se non impossibile, identificare l'autore delle fake news. Tutto questo genera una crescente disinformazione che può condizionare i comportamenti politici, sociali e le scelte economiche di ampi strati della popolazione.

Non meraviglia dunque che il tema delle "Fake News", cioè della possibilità di limitare la diffusione in rete di notizie oggettivamente false oppure rappresentate in manie-

1. P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 229.
2. Cfr. per tutte le sentenze nn. 11 e 98 del 1968.

ra distorta e fuorviante, sia da qualche tempo oggetto di accese discussioni in Italia e all'estero. Sotto questo profilo, emblematiche sono le polemiche correlate alla campagna politica di Trump, che secondo molti commentari avrebbe beneficiato degli effetti di una strategia di informazione che ha fatto largo uso di notizie o false, o rappresentate in maniera distorta o comunque non verificabili. In effetti si è progressivamente rafforzata la consapevolezza che, grazie alla diffusione di fake news mediante un sapiente utilizzo di Internet e delle più moderne tecnologie informatiche, il dibattito politico può essere facilmente condizionato a favore di un candidato o a danno di un altro. Assai recenti sono inoltre le polemiche sulla vaccinazione obbligatoria che, pur essendo indispensabile per garantire la salute dei cittadini, ha incontrato inaspettate resistenze in una considerevole fascia della popolazione a seguito della diffusione sulla rete di notizie circa la presunta pericolosità dei vaccini, che secondo l'amministrazione della sanità sono del tutto prive di fondamento scientifico.

Nell'ambito di un dibattito sempre più acceso sugli effetti distorsivi che la diffusione di fake news può avere sulla formazione dell'opinione e quindi, in ultima analisi, sulle scelte dei cittadini e sul funzionamento della democrazia, si sono moltiplicati gli appelli all'introduzione di forme di controllo volte a prevenire o comunque a sanzionare la diffusione in rete delle notizie false. In Germania è attualmente all'esame del Bundestag una proposta di legge che punisce severamente i fornitori di accesso a internet che non provvedono entro 24 ore alla rimozione di notizie segnalate come false[3]. In Italia è stata recentemente presentata una proposta di legge per sanzionare la diffusione in rete fake news[4].

Per valutare proposte del genere è opportuno partire da un breve richiamo al quadro normativo di riferimento.

2. Il quadro normativo attuale.

Nel nostro ordinamento, la diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose non è vietata di per sé, ma solo quando essa comporti un turbamento dell'ordine pubblico (art. 656 c.p.). La Corte costituzionale ha ritenuto che una previsione del genere non determina un'illegittima restrizione alla libertà di diffondere idee e informazioni, in quanto "la tutela costituzionale dei diritti, come quello cui ha riguardo l'art. 21 Cost., ha sempre un limite non derogabile nell'esigenza che attraverso il loro esercizio non vengano sacrificati beni anche essi voluti garantire dalla Costituzione,

3. Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG).

4. Disegno di legge n. 2688 dei senatori Gambaro e altri, recante "disposizioni per prevenire la manipolazione dell'informazione *online*, garantire la trasparenza sul *web* e incentivare l'alfabetizzazione mediatica", comunicato alla Presidenza il 7 febbraio 2017.

e che tale deve ritenersi non solo la tutela del buon costume, cui l'articolo stesso fa espresso riferimento, ma anche il mantenimento dell'ordine pubblico, che è da intendere come ordine legale su cui poggia la convivenza sociale"[5]. L'ordine pubblico, secondo la ricostruzione che emerge dalla giurisprudenza costituzionale, è un concetto volto a tutelare le norme che esprimono i valori fondamentali della società, la cui osservanza ed attuazione è ritenuta indispensabile per l'esistenza dell'ordinamento giuridico[6].

La falsità della notizia può inoltre rilevare con riguardo all'esercizio del diritto di cronaca. Infatti, secondo il mai superato insegnamento, enunciato in due famose sentenze della Corte di cassazione[7], l'esercizio del diritto di cronaca è legittimo anche se incide su diritti altrui (onore, riservatezza ecc.) laddove sussistano tre concorrenti condizioni: (I) la verità oggettiva o quanto meno "putativa" del fatto esposto, (II) l'interesse pubblico alla conoscenza dei fatti riferiti e (III) la forma civile dell'esposizione. La verità del fatto, oggettiva e putativa, rileva quindi solo al fine dell'attribuzione di responsabilità a carico di chi pubblica una notizia lesiva di altrui interessi. La verità della notizia, invece, non è considerata dall'ordinamento come presupposto per consentirne o meno la libera diffusione.

Le conclusioni sopra richiamate non sono contraddette neppure dalla disciplina sul cosiddetto negazionismo. Sul tema, com'è noto, si è aperto un acceso dibattito a seguito delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Perinçek c. Svizzera*. La Corte EDU ha ritenuto che la condanna, fondata sulla norma incriminatrice elvetica che punisce chi pubblicamente neghi, minimizzi grossolanamente o cerchi di giustificare un genocidio o altri crimini contro l'umanità, viola l'art. 10 Cedu, in quanto tale limitazione alla libertà di espressione non risulta "necessaria in una società democratica"[8]. Sul piano nazionale, la legge n. 115 del 2016 ha considerato il negazionismo (ovvero il negare l'esistenza della Shoah, di un crimine di genocidio o di guerra come definiti dallo Statuto di Roma, istitutivo della Corte penale internazionale) non come illecito in sé e per sé considerato, ma come circostanza aggravante dei delitti di propaganda nazista e di istigazione o incitamento alla commissione di atti razzisti.

La mera circostanza che una notizia sia falsa, in definitiva, non è oggi sufficiente per giustificare una restrizione alla sua circolazione.

5. Sentenze n. 19 del 1962 e 199 del 1972.

6. Sull'ordine pubblico come complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale» cfr., ex multis, le sentenze n. 81 del 2017, n. 118 del 2013, n. 35 del 2011, n. 226 del 2010, n. 50 del 2008, n. 222 del 2006, n. 428 del 2004, n. 407 del 2002.

7. Cass., Sez. I civ., 18 ottobre 1984m n. 5259 e Cass., sez. un. pen., 30 giugno 1984, Ansaloni.

8. Corte eur. dir. uomo, Grande camera, 15 ottobre 2015, Perinçek c. Svizzera, ric. n. 27510/08.

3. Libertà di informazione e Fake News.

Un recente disegno di legge ha previsto l'introduzione in Italia di un generale divieto di trasmettere on line notizie non veritiere[9].

Il disegno di legge in questione propone infatti di introdurre un nuovo articolo 656-*bis* del codice penale secondo cui, se il fatto non costituisce un più grave reato, "chiunque pubblichi o diffonda notizie false, esagerate o tendenziose che riguardino dati o fatti manifestamente infondati o non veritieri, attraverso s*ocial media* o altri siti che non siano espressione di giornalismo *online*" è punito con l'ammenda fino a euro 5.000. Questa norma, si legge nella relazione illustrativa del disegno di legge, sarebbe necessaria "per limitare e prevenire la diffusione delle cosiddette *fake news* che rischiano di creare allarmi infondati tra la popolazione".

Il disegno di legge introduce inoltre la responsabilità dei gestori dei siti *internet* in caso di pubblicazione o diffusione di notizie non attendibili o veritiere. La proposta impone ai gestori dei siti l'obbligo di effettuare un costante monitoraggio di quanto diffuso sulle proprie piattaforme *web*, compresi i commenti degli utenti, con particolare riguardo a frasi offensive e a informazioni verso le quali viene manifestata un'attenzione diffusa e improvvisa, per valutarne l'attendibilità e la veridicità. Quando i gestori rintracciano simili anomalie o ricevono segnalazioni in questo senso sono tenuti alla rimozione di tali contenuti dalla piattaforma. I gestori che non procedono in tal senso sono soggetti ad un'ammenda fino ad euro 5.000. È prevista la possibilità per i gestori di avvalersi delle segnalazioni degli utenti circa contenuti o condotte illecite ravvisate sul portale (art. 7 del disegno di legge).

Questo progetto di legge, se fosse approvato, finirebbe per introdurre una surrettizia forma di censura, del tutto incompatibile con le garanzie offerte dalla nostra Costituzione alla libertà di informazione. Esso comporterebbe inoltre una patente violazione della disciplina nazionale ed europea sulla responsabilità degli Internet Service Provider. L'articolo 15 paragrafo 1, della direttiva 2000/31/CE, infatti, vieta alle autorità nazionali di adottare misure che impongano ad un prestatore di servizi di hosting di procedere ad una sorveglianza generalizzata sulle informazioni che esso memorizza. In attuazione di tale previsione, l'art. 17 del d.l. n. 70 del 2003 ha escluso la possibilità di assoggettare l'hosting provider a un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, o a un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. La Corte di giustizia, con giurisprudenza ormai consolidata, ha del resto ritenuto incompatibile con la direttiva 2000/31 l'imposizione a un hosting provider dell'obbligo di approntare una sorveglianza generalizzata al fine di prevenire la diffusione in rete di contenuti illeciti[10].

9. Cfr. nota 4.

10. Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 24 novembre 2011, Scarlet Extended, C-70/1, punto 40 e sentenza 16 febbraio 2012, SABAM, C-360/10, punti 44 ss.

La direttiva 200/31/CE e il d.l. n. 70 del 2003 prevedono peraltro a carico dell'host provider un obbligo di informare l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite, ed a fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in loro possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite. Inoltre il fornitore di servizi di hosting è tenuto immediatamente a rimuovere i contenuti illeciti su richiesta dell'autorità competente.

Ben più convincente è quindi l'approccio, diametralmente opposto a quello del disegno di legge sopra richiamato, che emerge dalla dichiarazione congiunta "su libertà d'informazione, fake news, disinformazione e propaganda", firmata a Vienna il 3 marzo 2017 dal Relatore Speciale delle Nazioni Unite per la libertà di opinione e espressione, dal Rappresentante sulla libertà dei media dell'OSCE (Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa) e dai Relatori speciali per la libertà di espressione dell'Organizzazione degli Stati americani e della Commissione africana per i diritti umani e dei popoli.

La dichiarazione di Vienna muove dalla consapevolezza del crescente tasso di disinformazione e di propaganda nei social media, e dei danni che da ciò possono conseguirne per gli individui e per la società nel suo complesso.

In questa prospettiva, viene sottolineato il ruolo decisivo giocato da Internet e dalle tecnologie digitali nel permettere agli individui di trasmettere e mettere in circolazione idee e informazioni che possono determinate forme di disinformazione e di propaganda. Nello stesso tempo, tuttavia, si esprime una forte preoccupazione per l'adozione, da parte degli ISP, di misure volte a limitare l'accesso o la circolazione di dati sulla base di algoritmi o altri meccanismi automatici di riconoscimento e rimozione, laddove si tratti di misure non trasparenti che possano arbitrariamente limitare la libera diffusione di idee e notizie in rete.

La Dichiarazione di Vienna ha quindi ribadito il principio, ben noto al legislatore europeo, secondo cui gli ISP non possono essere ritenuti responsabili per i contenuti immessi in rete da terzi, se non quando rifiutino di adempiere a un ordine di rimozione adottato dalla competente autorità nel rispetto dei principi del contraddittorio e del diritto di difesa dei soggetti interessati. La Dichiarazione di Vienna ha quindi ribadito che l'imposizione agli ISP dell'obbligo di adottare sistemi di filtraggio preventivo dei dati trasmessi in rete, costituirebbe una illegittima violazione della libertà di informazione.

La Dichiarazione di Vienna ha infine ribadito che l'introduzione di un generale divieto di diffusione delle informazioni basato su concetti vaghi o ambigui, tra cui ad esempio quelli di "false informazioni" o "informazioni non obiettive", comporterebbe una illegittima violazione dei principi in materia di libertà di informazione.

4. Conclusioni.

Il nostro ordinamento prevede numerosi strumenti volti a reprimere la diffusione di idee e notizie lesive di interessi costituzionalmente protetti. Le enormi potenzialità trasmissive oggi offerte dalla rete rendono necessario rafforzare questi strumenti e adattarli alle particolari caratteristiche di Internet. Sempre più avvertita, ad esempio, è l'esigenza di individuare adeguati strumenti per la protezione del diritto d'autore contro le violazioni commesse on line[11]. Al riguardo l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha adottato un regolamento[12] che, ferme restando le eventuali procedure autoregolamentate di *notice and take down*, prevede un apposito procedimento dinanzi all'Autorità (aggiuntivo e non sostitutivo della tutela giurisdizionale) volto ad accertare e reprimere eventuali violazioni del diritto d'autore commesse in rete. Il procedimento così delineato assicura una tutela rapida, da parte di un soggetto indipendente e dotato di adeguata competenza tecnica, nel pieno rispetto dei principi in materia di diritto di difesa e di tutela del contraddittorio. Questo regolamento potrebbe costituire un modello utilizzabile anche per fronteggiare violazioni on line di altri diritti fondamentali.

Più difficile è invece immaginare forme di intervento volte a bloccare la diffusione di notizie e idee solo perché ritenute false. I principi in materia di libertà di informazione sanciti dalla Costituzione, dalle Carte europee dei diritti e dalla Dichiarazione di Vienna, unitamente alla disciplina nazionale e europea sulla responsabilità degli ISP, non permettono di introdurre un generico divieto di trasmettere fake news, e neppure di imporre obblighi di controllo e di filtraggio a carico degli ISP sulle informazioni immesse in rete dai loro utenti.

Sotto questo profilo lasciano perplessi i tentativi di autoregolazione proposti recentemente da Google e Facebook, ovvero l'introduzione di algoritmi che limitano la diffusione di notizie false o anche la limitazione degli introiti pubblicitari sulle pagine web che sono solite diffondere fake news. In questo modo si legittima infatti l'introduzione di forme censorie basate su un dato, la verità della notizia, che potrebbero prestarsi ad usi distorti e incompatibili con i nostri principi costituzionali.

Altrettanto dubbie paiono le proposte, da più parti avanzate, volte ad abolire l'anonimato sulla rete. La giurisprudenza ha riconosciuto, in alcune decisioni, la responsabilità dell'ISP che copra l'anonimato di persone che abbiano immesso in rete contenuti illeciti[13].

11. Al riguardo cfr. da ultimo Corte di giustizia, sentenza 14 giugno 2017 causa C-610/15, Stichting Brein c. Ziggo BV, XS4ALL Internet BV, con specifico riferimento alla diffusione di opere protette dal diritto d'autore mediante piattaforme di condivisione online.

12. Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del d. lg. n. 70 del 2003, approvato con la delibera del 12 dicembre 2013, n. 680/13/CONS.

13. Trib. Bologna 26 novembre 2001; Trib. Belluno 25 settembre 2014. In dottrina cfr. F. Buffa, *Responsabilità del gestore di sito Internet*, in *Questione giustizia,* 9 gennaio 2017; G. Scorza, *Anonimato in rete e responsabilità del provider*, in www.interlex.it; F. Di Ciommo, *Internet (responsabilità civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg. 2002; G. M.

Non esiste tuttavia per gli ISP un obbligo generalizzato di identificazione degli utenti che veicolano contenuti in rete. Da una parte sarebbe senz'altro opportuno introdurre strumenti che permettano di segnalare le notizie generate automaticamente da robot, per mettere gli utenti in condizione di valutare adeguatamente tali notizie. Vietare la diffusione di notizie non riconducibili ad un autore ben identificato è però cosa ben diversa: una limitazione del genere potrebbe infatti ridurre il pluralismo delle fonti e scoraggiare la diffusione di notizie e di idee critiche nei confronti dei detentori di potere politico o economico, in contrasto con i principi desumibili dalla nostra Costituzione. È noto che la cosiddetta primavera araba, che ha messo in crisi alcuni regimi autoritari, è nata da notizie e opinioni critiche diffuse in rete da oppositori del regime che hanno sfruttato la garanzia di anonimato.

Dobbiamo quindi rassegnarci alla diffusione di notizie false in rete? La domanda è ovviamente retorica. Gli strumenti per combattere la diffusione di idee e notizie ingiustamente lesive di valori costituzionalmente protetti, che il nostro ordinamento già prevede, andrebbero rafforzati e adattati alla particolarità della comunicazione on line. Non esiste però un principio costituzionale che giustifica la possibilità di limitare la circolazione di una notizia soltanto perché la stessa è ritenuta (da chi?) non veritiera. Lo strumento per combattere le "bufale" che non siano lesive di beni costituzionalmente protetti, pertanto, deve passare dal libero confronto tra le idee in un sistema pluralistico e trasparente. L'idea di affidare a soggetti, pubblici o privati, il compito di vagliare la verità o l'attendibilità di una notizia, e conseguentemente di decidere se la stessa possa o meno liberamente circolare in rete, riflette una logica paternalistica, se non autoritaria, estranea al nostro modello costituzionale.

Riccio, *Anonimato e responsabilità in internet*, in *Dir. inf. e inf.*, 2000, 314 ss.

DALLA DOTTRINA ALLA GIURISPRUDENZA E RITORNO

Rocco Favale
Prof. ordinario Università di Camerino

Sommario: 1. La giurisprudenza per la dottrina. – 2. La dottrina per la giurisprudenza. – 3. L'influenza della dottrina sulla giurisprudenza in Germania. La vicenda del contratto con effetti protettivi per i terzi. – 3.1. L'emancipazione del contratto con effetti protettivi per i terzi dal contratto a favore di terzi. – 3.2. Ascesa e caduta dei rapporti contrattuali di fatto. – 3.3. Fecondazione eterologa e contratto a favore di terzi. – 4. Il dovere della giurisprudenza di seguire la dottrina: l'esempio svizzero. – 5. Il dovere della giurisprudenza di omettere le citazioni dottrinali: l'esempio italiano.

1. La giurisprudenza per la dottrina.

Il formante dottrinale assolve, accanto alle funzioni di interpretazione e di ricostruzione (del sistema), anche quella di partecipare al processo di creazione del diritto, in particolare della formazione del diritto giurisprudenziale[1].

Quest'ultima funzione evoca la dimensione applicativa della scienza giuridica concretizzando le prime due funzioni teoriche (ermeneutica e sistematica).

I mutamenti di indirizzo della giurisprudenza, la loro fondatezza trovano base immediata nello studio e nelle proposte della dottrina. La stessa, a valle, misura la consistenza e il grado di persuasività della singola sentenza nonché il suo impatto entro le coordinate del sistema.

Una soluzione giurisprudenziale difficilmente può ritenersi vincolante se non è fondata sugli apporti della dottrina. Una decisione che ignora il tessuto sistematico annodato dalla dottrina costituisce una risposta instabile e precaria, facile da cancellare fra le regole viventi.

L'intimo legame fra Scuola e giurisprudenza pratica postulerebbe una collaborazione fra le stesse che non è sempre facile da assodare.

Se nella mentalità burocratica dei funzionari prussiani era ravvisabile una contrapposizione fra teoria e prassi, dopo la nascita del BGB l'atteggiamento degli studiosi nei confronti della giurisprudenza appare diverso.

L'indizio rilevante è nelle note dei manuali di diritto civile, che contengono gli estremi delle prime sentenze del *Reichsgericht*, nonché nello sviluppo di decisioni commentate dai professori. A ciò si aggiunge la tendenza di portare nelle aule universitarie le questioni risolte dalla giurisprudenza, al fine di diffondere, sul piano metodologico, la tecnica dell'analisi e dell'argomentazione giuridica partendo dallo studio dei casi concreti.

1. Nel modello tedesco – ma credo che il fenomeno non è estraneo al nostro sistema – v'è chi parla di trasformazione silenziosa del *Rechtsstaat* in *Richterstaat* (B. Rüthers, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, Tübingen, 2016).

Oggi non può essere messo in dubbio che il formante giurisprudenziale rappresenti una delle componenti principali di studio e di riflessione da parte della dottrina.

2. La dottrina per la giurisprudenza.

Negli ordinamenti di *civil law*, che ignorano sotto il profilo del formante legale il vincolo del precedente giudiziale, il *Richterrecht* non pare distinguersi dallo *Juristenrecht*.

La decisione del giudice è un'opinione che conta quanto quella di un qualsiasi giurista, e che acquisisce consenso soltanto attraverso la sua capacità persuasiva, sebbene la sentenza costituisca norma individuale, astretta al caso al quale lega il suo destino.

Le opinioni dottrinali entrano nel tessuto dell'ordinamento soltanto allorquando la giurisprudenza le fa sue. Helmut Coing lo esplicitava avvertendo che «da scienza giuridica non ha null'altro da fare che preparare decisioni giuridiche nella prassi»[2].

La dogmatica, in quanto studio del diritto in funzione applicativa, «vive nella speranza di poter convincere il giudice, in modo che un'altra serie di giudicati renda effettive le sue opinioni, integrandole nell'ordinamento giuridico»[3].

La tesi dottrinale, che la giurisprudenza non accoglie o ignora, rappresenta pura ricostruzione intellettuale che confida in un futuro suo accoglimento da parte dei giudici. In caso contrario, l'opinione resta all'esterno del diritto operazionale.

In questo senso costituisce un falso problema verificare se il giudice nel caso concreto faccia riferimento alle decisioni precedenti ovvero alle tesi della dottrina. Non fa molta distinzione l'opinione del giurista che scrive e quella del giurista che decide.

Il discorso assume una portata diversa se, in relazione al caso da decidere, vi sia un'opinione giurisprudenziale consolidata, salvo che il giudice a cui è rimessa la decisione del caso intenda attingere dalla dottrina al fine di ricercare argomenti persuasivi in grado di suggerirgli soluzioni diverse. In sostanza, le opinioni della dottrina hanno un peso per il giudice che deve decidere, ad eccezione di ricostruzioni dottrinali soltanto teoriche, smarrite nel cielo dei concetti.

All'opposto, il ruolo della dottrina, da sempre, è quello di ordinare le regole elaborate dal formante giudiziale, immettendole entro il sistema delle nozioni che compongono l'ordinamento, da cui l'interprete potrà attingere al fine di assolvere la funzione giudicante.

La giurisprudenza del RG ha, da sempre, manifestato una tendenza tesa a favorire il confronto costruttivo fra le proprie decisioni e le opinioni dottorali, addirittura giungendo – nella parte motiva della sentenza – ad instaurare un vero e proprio dialogo con la dottrina.

La tradizione tedesca si sviluppa in guisa tale che le *Entscheidungen* delle Supreme Corti, in alcuni luoghi si tramutano in trattazioni scientifiche che addirittura contaminano lo stile del giurista-decidente.

2. H. Coing, *Die juristische Auslegungsmethode und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, Köln-Opladen, 1959, p. 23.

3. Testualmente, M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Berlin, 1976, p. 320, ove ammonisce che mentre la giurisprudenza decide la dottrina può soltanto proporre.

I discorsi raffinati della dottrina entro la trama della decisione giudiziale a volte minano la credibilità e il prestigio della giurisprudenza e della sentenza.

Tuttavia, la tecnica dialogica adottata dai giudici, di là da pericoli metodologici conseguenti all'intreccio tra i formanti teorico-dogmatico e pratico, è comunque in grado di conferire un «sigillo» di scientificità alle decisioni, e costituisce un valido strumento che consente agli studiosi di ricostruire l'*iter* argomentativo e il percorso normativo seguito dal giudice nella soluzione del caso.

In tale prospettiva, vi è per il giudice l'obbligo di richiamare le opinioni dottrinali che sono state utilizzate al fine di pervenire alla decisione, e da ciò discende la possibilità di operare un controllo effettivo sui percorsi motivazionali adottati, con evidenti effetti positivi in termini di controllo della qualità scientifica del provvedimento giudiziale[4].

3. L'influenza della dottrina sulla giurisprudenza in Germania. La vicenda del contratto con effetti protettivi per i terzi.

Fra i moltissimi esempi che testimoniano l'influenza della dottrina sulla giurisprudenza in Germania si può richiamare la vicenda del contratto con effetti protettivi per i terzi, la quale ha tratto alimento dalla conformazione strutturale che caratterizza il sistema della responsabilità extracontrattuale fondato, com'è noto, sulla scelta del formante legale di tipizzare, in modo tassativo, i beni da tutelare, ai sensi del § 832 BGB. L'allontanamento del codice civile tedesco dalla regola onnicomprensiva seguita dall'art. 1382 *code civil* si è dimostrata deficitaria[5], costringendo la dottrina e la giurisprudenza ad elaborare nuovi strumenti al fine di garantire un'espansione della responsabilità contrattuale oltre le parti.

La figura del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* si sviluppa grazie all'apporto determinante della dottrina, a partire dal *Capuzolfall* alla fine degli anni Cinquanta[6], attraverso la sua separazione dall'istituto del contratto a favore di terzi[7].

4. Al contrario, può esistere un dovere della giurisprudenza di non rivelare la fonte bibliografica (come il nostro diritto) o addirittura di non prendere in considerazione le diverse posizioni dottrinali. Per quest'ultimo caso, in passato vi sono due esempi: il § 6 Einleitung, ALR: «Per le decisioni future, il giudice non deve considerare le opinioni della dottrina né le precedenti decisioni»; il § 14 dell'ABGB für den Kanton Aargau: «Nessun giudice può interpretare od integrare il codice vigente recependo nella sua sentenza una legge straniera o la concezione di una dottrina a fondamento della decisione». Forse fra le due forme di divieto, quello più dannoso per la naturale *Forthildung* dell'ordinamento è la prima, già soltanto per la confusione che crea nei rapporti fra dottrina e giurisprudenza. Ma tant'è!

5. Oggi art. 1240, sulla base della riforma adottata con *Ordonnance*, n° 2016-131, del 10 febbraio 2016, n. 2016-131 (*portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*), in JORF n. 0035 dell'11 febbraio 2016, consultabile in *www.legifrance.gouv.fr*.

6. BGH, 15 maggio 1959, in *NJW*, 1959, p. 1676.

7. In proposito, utili le considerazioni di C. Badde, *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte im Lastschriftabkommen der Banken*, Münster, 1979, p. 56.

La decisione Capuzol trova la sua preparazione teorica ed argomentativa nel caso della macchina trebbiatrice (*Dreschmaschinenfall*)[8], che costituisce l'occasione, per la dottrina, per elaborare la teoria del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*. Ciò che accade nel *Capuzolfall*.

I casi richiamati riguardano il contratto di vendita di beni di utilizzo professionale – e per questo sistemati nell'alveo della responsabilità del produttore – la cui peculiarità sta nell'allargamento della tutela contrattuale a favore di terzi danneggiati.

Non può essere trascurato che il problema dell'estensione della responsabilità contrattuale a soggetti terzi nasce già nella prima decade di applicazione del BGB per i contratti di trasporto[9], di trattamento medico[10], di locazione nonché d'opera. Sullo sfondo della questione v'è la necessità di non agevolare il debitore inadempiente, che avesse eseguito la prestazione mediante ausiliari, con la prova liberatoria prevista dalla disposizione del § 831 BGB. In seno al contratto di locazione la S. Corte imperiale riconosce a favore del terzo (figlia del conduttore) un risarcimento del danno contrattuale a carico del locatore[11]. In particolare, nel *Tuberkulosefall* il *RG* riconosce in capo alla figlia del conduttore di immobile un diritto al risarcimento del danno per aver contratto la tubercolosi sulla base della figura del contratto a favore di terzi. Con la stipula del contratto di locazione viene attribuito al locatario l'intenzione, conoscibile per il locatore, di tutelare anche gli interessi dei familiari conviventi, a cui vengono riconosciuti gli stessi diritti del conduttore anche in termini di salubrità dell'appartamento[12].

8. BGH, 25 aprile 1956, in *NJW*, 1956, p. 1193.

9. Per una chiara ed esaustiva ricostruzione giurisprudenziale dei precedenti più risalenti, utile il contributo di G. Varanese, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004, p. 54 ss. Fra le sentenze più interessanti, OLG Colmar, 23 dicembre 1913, in *Das Recht*, 1914, Nr. 327, secondo cui il soggetto trasportato che non ha concluso il relativo contratto può agire verso il trasportatore in via contrattuale ai sensi del § 328 BGB e la posizione del conducente che ha cagionato il danno per colpa risponde come ausiliario sulla base della norma del § 278 BGB. La strada della responsabilità contrattuale è imboccata anche dalla S. Corte nel noto *Droschken-Fall* (RG, 7 giugno 1915, in *RGZ*, 87, 1916, p. 64 ss.), che trova seguito successivamente – con l'eccezione del *Klosterfall* che richiama la complessa figura della *Drittschadensliquidation* (RG, 18 novembre 1915, in *RGZ*, 87, 1916, p. 289) – attraverso una diretta applicazione dell'istituto del *Vertrag zugunsten Dritter* (RG, 14 novembre 1923, in *Das Recht*, 1924, p. 52, Nr. 161; RG, 24 giugno 1930, in *Das Rechts*, 1930, p. 492, Nr. 1702; RG, 6 marzo 1935, in *RGZ*, 149, 1936, p. 6). Quanto al BGH, la S. Corte non ha affrontato con chiarezza la questione, tuttavia in motivazione ha richiamato l'idea dell'efficacia protettiva del contratto di trasporto (BGH, 28 maggio 1957, in *BGHZ*, 24, 1957, pp. 325 e 327).

10. La figura del contratto a favore di terzi è richiamata anche nei contratti di trattamento medico (in un primo momento il RG, 19 giugno 1914, in *RGZ*, 85, 1915, p. 183, adotta la via extracontrattuale nell'ipotesi di un figlio, vittima di un errore terapeutico, sulla base di un contratto concluso dal padre), come risulta da RG, 29 settembre 1936, in *RGZ*, 152, 137, p. 175. In argomento, utili indicazione sono offerte da R.-A. Hirth, *Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritten in ihrer Bedeutung für den Ausgleich von Drittschäden im Zahlungsverkehr*, in *Festschrift für Arthur Nikisch*, Tübingen, 1958, p. 22 ss.

11. In un primo momento il RG ha negato il risarcimento derivante da responsabilità contrattuale a favore del terzo danneggiato sulla base soprattutto del principio di relatività del contratto (così, RG, 4 ottobre 1911, in *RGZ*, 77, 1912, p. 99).

12. Questa decisione ha trovato seguito: RG, 21 febbraio 1921, in *WarnRspr.*, 1921, p. 114; RG, 3 giugno 1921, in *RGZ*, 102, 1921, p. 231.

Nello stesso solco argomentativo si pone la giurisprudenza in materia di *Werkvertrag*, con il noto arresto del c.d. *Gasuhrfall*[13]. La S. Corte tedesca, attraverso le disposizioni dei § 618 e 328 BGB, ha riconosciuto che il contratto d'opera concluso tra il committente e un fornitore di gas, finalizzato all'installazione di un contatore in un appartamento, doveva essere interpretato in via integrativa come contratto a favore di terzi (nel caso, della domestica al servizio della signora committente) danneggiati da una errata esecuzione della prestazione principale[14].

La giurisprudenza del *BGH* segue l'indirizzo tracciato dal *RG*, secondo cui il contraente inadempiente risponde in via contrattuale anche nei confronti dei terzi che ha danneggiato[15]. Tuttavia, il riconoscimento della protezione contrattuale a favore di terzi che non possono pretendere la prestazione principale spinge la dottrina a compiere una profonda riflessione.

Le due sentenze del *BGH* che segnano la svolta nella figura del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* concernono il caso della trebbiatrice[16] e l'altro, di poco successivo, del Capuzol[17]. Entrambi riguardano un contratto di vendita di prodotti da utilizzare con professionalità, ove i giudici estendono la responsabilità contrattuale a favore del terzo danneggiato.

Nel primo caso era stata venduta una puleggia motrice per la trebbiatrice, il cui uso aveva provocato il ferimento del bracciante. La vittima del danno lavorava come operaio in un deposito carburanti che in estate era temporaneamente adibito ad attività agricola. Lo stesso operaio non era alle dipendenze del compratore ma di altro imprenditore agricolo nel cui fondo si era verificato l'incidente.

Questa circostanza aveva condotto la Corte a negare l'estensione della tutela contrattuale alla vittima, perché non esistevano i termini per un accordo tacito a favore del danneggiato. Nella sentenza i giudici fanno riferimento alla dottrina di Wussow[18],

13. RG, 10 febbraio 1930, in *RGZ*, 127, 1930, p. 218 ss.

14. Sulla vicenda, C. Castronovo, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 157 s., scrive: «a spingere verso questa conclusione opera in primo approccio una considerazione di *Rechtsgefühl*, di intuizione pura e semplice del *quid juris* che fa sentire come iniqua un'eventuale differenza di trattamento, rispettivamente in termini di responsabilità contrattuale e di responsabilità extracontrattuale, tra i danni subiti dalla controparte e quelli sofferti dalla dipendente: il committente non può volere per i propri dipendenti una posizione deteriore rispetto alla sua nei confronti del comportamento dannoso della controparte. L'intuizione abbisogna di convertirsi in dato tecnico e ciò fa emergere allora il consueto parametro della volontà contrattuale: in un contratto d'opera, la cui esecuzione è in sé pericolosa per il committente, l'obbligato non può non avere presente che l'intento di questi è nel senso che siano evitati i possibili danni non solo a se stesso ma anche ai suoi familiari e ai domestici, onde identica sia la posizione giuridica di tutti i membri della comunità familiare nell'ipotesi di responsabilità di chi è tenuto ad eseguire l'opera».

15. Per alcune: BGH, 11 aprile 1951, in *BGHZ*, 1, 1951, p. 383; BGH, 28 aprile 1952, in *BGHZ*, 5, 1952, p. 378.

16. BGH, 25 aprile 1956, cit.

17. BGH, 15 maggio 1959, cit.

18. W. Wussow, *Das Unfallhaftpflichtrecht*, Berlin-Köln, 1954, p. 239.

secondo la quale l'estensione della tutela contrattuale poteva avvolgere soltanto quelle persone per le quali una delle parti ha interesse alla sua protezione e tale interesse è oggettivamente riconoscibile dalla controparte. Lo strumento che supportava l'estensione della tutela contrattuale ai terzi era il contratto a favore di terzi. Il *BGH* è chiaro sul punto: «come è riconosciuto in giurisprudenza che il contratto di locazione stipulato dal locatore di un'abitazione è concluso contemporaneamente anche a favore dei suoi congiunti, nel senso che ad essi spetta un diritto al risarcimento del danno contrattuale diretto ai sensi del § 328 BGB verso il locatore in caso di uno stato degli ambienti abitativi pericoloso per la salute. Allo stesso modo in un contratto volto alla consegna di una puleggia motrice che funzioni bene può esserci un contratto anche a favore delle persone che il proprietario della trebbiatrice ha adibito al suo impiego, se il committente della puleggia motrice nella conclusione del contratto ha agito con il proposito riconoscibile per l'imprenditore, cioè il fornitore, di tutelare anche gli interessi di queste persone».

Il *Dreschmaschinenfall* rappresentava un caso ordinario in cui poteva trovare applicazione l'istituto del contratto a favore di terzi (§ 328 BGB) facendo leva sulla interpretazione integrativa del contratto[19].

Tuttavia siffatto arresto offre lo spunto a Larenz per superare i confini del contratto a favore di terzi ed elaborare la figura del contratto con effetti protettivi per i terzi; nel contempo gli offre anche l'occasione per ripensare l'orientamento consolidato in giurisprudenza. In particolare, l'illustre autore tedesco rifiuta l'idea di ipotizzare un'ipotesi, qualificata come finzionistica, di accordo tacito e, allo stesso tempo, pone le basi del contratto con effetti protettivi per i terzi distinguendolo nettamente dal contratto a favore di terzi.

La nuova figura si fonda su una interpretazione integrativa del contratto basata sullo scopo dello stesso, sulle esigenze di una immanente giustizia contrattuale, ossia sulla buona fede, e ciò risulta utile per delimitare la cerchia delle persone protette dal contratto. La *Vertragstreue* impone a ciascuna parte di fare affidamento non solo sul fatto di ricevere la prestazione dalla controparte, ma anche che questi la esegua con diligenza al fine di non cagionargli danno. Questo affidamento non riguarda solo la propria posizione, ma anche la posizione di altre persone in contatto con il creditore che potrebbero subire danni durante l'esecuzione della prestazione. La responsabilità contrattuale si estende secondo Larenz a tutti quei terzi per i quali il creditore è obbligato, giuridicamente o anche moralmente, alla loro protezione e salvaguardia, come i parenti o le persone che appartengono alla comunità familiare e domestica nonché i dipendenti.

19. K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, München, 1953, p. 139 ss.

Siffatta estensione della tutela contrattuale oltre la parte del contratto solleva un proficuo dibattito in seno alla dottrina, nella quale si distingue chi in guisa raffinata mette in evidenza la *Sozialwirkung* dei rapporti obbligatori[20]. Il legislatore del BGB e la scienza giuridica non hanno mostrato la dovuta attenzione al fatto che i rapporti obbligatori vanno ben oltre le figure del creditore e del debitore. Siffatta dottrina mette in luce la forza propagativa dell'obbligazione nei confronti di terzi, tale da garantire anche a questi ultimi l'accesso alla responsabilità contrattuale. Ciascun rapporto obbligatorio coinvolge una cerchia di persone che va oltre le parti, ossia quelle persone che subiscono, con un'intensità diversa, l'influenza dell'obbligazione. Questo grado di intensità varia da rapporto a rapporto, ciò come conseguenza non solo della tipologia del rapporto obbligatorio ma soprattutto in forza delle circostanze del caso concreto.

La dottrina del contratto con effetti protettivi per i terzi coniata da Larenz trova accoglimento nel *Capuzolfall*[21]. In questo caso l'antiruggine Capuzol N. 22 aveva cagionato l'esplosione di un contenitore, ferendo gravemente uno dei dipendenti. La ditta fornitrice non aveva dato sufficienti informazioni sulla pericolosità del prodotto e l'operaio danneggiato non aveva adottato le cautele necessarie.

La S. Corte esclude l'applicazione dell'istituto del contratto a favore di terzi (§ 328), perché il debitore non era obbligato ad adempiere nei confronti del terzo e quest'ultimo non aveva il diritto primario alla prestazione, ma solo quello secondario al risarcimento del danno subito. In conformità al senso e allo scopo del contratto e alla luce del principio di buona fede il debitore è tenuto ad un comportamento diretto a proteggere la persona che può essere coinvolta dall'adempimento inesatto o da carenti misure di salvaguardia[22].

I giudici, sulla base della dottrina di Larenz, inseriscono il terzo danneggiato nella sfera di protezione del contratto e gli riconoscono il diritto al risarcimento del danno sulla base della responsabilità contrattuale[23].

---

20. J. Gernhuber, *Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe. Zur Lehre von den Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte*, in *Festschrift für Arthur Nikisch zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 1958, p. 249 ss.

21. BGH, 15 maggio 1959, in *NJW*, 1959, p. 1676.

22. I giudici sottolineano che «Es handelt sich hier um einen der Fälle, in denen dritte Personen in den Schutz des Vertrages einzubeziehen sind, weil die vertragliche Sorgfalts- und Schutzpflicht nach Treu und Glauben und dem Zweck des Vertrages nicht nur dem Vertragsgegner, sondern auch bestimmten weiteren Personen gegenüber zu beachten ist» (BGH, 15 maggio 1959, cit., p. 1677).

23. La S. Corte esprime le coordinate della dottrina che segue ai fini della soluzione del caso: «Wie Larenz (Schuldrecht I. Band 3. Aufl. S. 156- 160 und NJW 1956, 1193) zutreffend hervorhebt, handelt es sich in diesen und ähnlichen Fällen nicht um einen eigentlichen „Vertrag zugunsten Dritter", denn der Schuldner ist nach dem Vertrage nicht verpflichtet, an den Dritten zu leisten, wie § 328 BGB es voraussetzt (die Klägerin hatte keinen Anspruch auf Lieferung des von dem H.werk bestellten Rostschutzmittels). Von dem Schuldner wird aber ein Verhalten gefordert, das dem Schutzbedürfnis der Personen Rechnung trägt, die durch eine mangelhafte Leistung oder durch fehlende Sicherheitsmaßnahmen in Mitleidenschaft gezogen werden können. Gewiß ist es nicht der Sinn derartiger Verträge, daß jeder der aus einer Sorgfaltsverletzung des Schuldners Schaden erleidet, einen Ersatzanspruch aus den Vertrage herleiten kann. Nach dem Sinn und Zweck des Vertrages und nach

3.1. L'emancipazione del contratto con effetti protettivi per i terzi dal contratto a favore di terzi.

L'allontanamento sempre più netto della figura del contratto con effetti protettivi per i terzi dal contratto a favore di terzi, si ha allorquando il terzo è inserito nella sfera di protezione del contratto anche nell'ipotesi in cui il negozio non sia concluso o nell'ipotesi di contratto nullo.

Alla fine degli anni Sessanta il *BGH* ha riconosciuto che gli effetti protettivi a favore di terzi possono resistere anche nel caso in cui il contratto fra creditore e debitore sia nullo[24]. Nella specie si trattava di danni subiti da un terzo in materia di locazione, il cui contratto era stato concluso da un soggetto che non aveva il potere rappresentativo.

I giudici sostengono che tra le parti si sono comunque costituiti rapporti giuridici (o meglio: «*unmittelbare Rechtsbeziehungen*») che, oltre il dato formale, riguardano i dati economici e la posizione degli interessi delle parti. Da un lato, la tolleranza per l'utilizzo della cosa locata, dall'altro, l'accettazione del corrispettivo da parte del soggetto locatore supportano l'esistenza di effetti protettivi a favore del terzo danneggiato, analogamente al caso di contratto validamente concluso.

La posizione assunta dalla giurisprudenza si fonda su un'impostazione teorica che promana dalla migliore dottrina tedesca, secondo la quale in mancanza di obblighi di prestazione possono sorgere obblighi di protezione[25]. Si arriva così alla costruzione del rapporto obbligatorio di protezione unitario (*einheitliches Schutzverhältnis*) di origine legale, oggi richiamato anche dalla nostra suprema Corte.

---

den Grundsätzen von Treu und Glauben wird die vertragliche Sorgfalts- und Obhutspflicht aber in der Regel gegenüber Personen bestehen, die durch den Gläubiger mit der Leistung des anderen Vertragsteils in Berührung kommen und deren Ergehen den Gläubiger selbst berührt, weil er seinerseits ihnen gegenüber zu Schutz und Fürsorge verpflichtet ist, wie der Vater gegenüber den Angehörigen der Familie und wie der Unternehmer gegenüber seinen Arbeitnehmern. Da sie für das Wohl und Wehe dieser Personen mitverantwortlich sind, haben sie ein Interesse daran, daß die ihrem Schutz anvertrauten Personen nicht durch Sorgfaltsverletzungen des Vertragsgegners geschädigt werden. Diese Erweiterung der Verantwortlichkeit des Vertragsschuldners ist ihm gegenüber gerechtfertigt, weil er zu erkennen vermag, daß sein Vertragsgegner auf die Sicherheit dieser Personen ebenso vertraut wie auf seine eigene, und weil es sich um einen begrenzten, übersehbaren Personenkreis handelt, dem dieser Schutz des Vertrages zugute kommt (so zutreffend Larenz a.a.O.). Das liegt in der Linie der Rechtsprechung des Senats, wie vor allem das Urteil vom 25. April 1956 (a.a.O.) zeigt. Schon dort ist ausgeführt, es sei davon auszugehen, daß der Vorteil unmittelbarer Ansprüche aus dem Vertrage grundsätzlich den Personen zukomme, an deren Schutz der eine Vertragsteil ein für den Vertragsgegner erkennbares objektiv begründetes Interesse habe» (BGH, 15 maggio 1959, cit., p. 1677).

24. BGH, 10 gennaio 1968, in *MDR*, 1968, p. 402, e in *JZ*, 1968, p. 304.

25. C.-W. Canaris, *Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" bei nichtigen Verträgen. Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen*, in *JZ*, 1965, p. 475 ss., a seguito della convinzione «daβ das Schuldverhältnis sich nicht in den Hauptleistungspflichten erschöpft, sondern daneben die Grundlage einer Fülle weiterer Pflichten wie der Nebenleistungs-, der Schutz- und der Abwicklungspflichten bildet» (p. 478).

3.2. Ascesa e caduta dei rapporti contrattuali di fatto.

Un ulteriore esempio di diretta influenza della dottrina sulla giurisprudenza è quello che riguarda i *faktische Vertragsverhältnisse* che trovano origine nella famosa prolusione di Haupt presso l'università di Lipsia[26].

Il primo arresto è il caso del parcheggio di Amburgo[27], nel quale la disputa del valore di appena 25 marchi riguardava il mancato pagamento del parcheggio. I giudici supremi, partendo dalla tesi di Haupt, che intravede rapporti contrattuali, sebbene non fondati su un accordo tra le parti (§ 151 BGB), e richiamando gli argomenti di Tasche[28], approda alla teoria di Larenz dei rapporti obbligatori da comportamento socialmente tipico (*Schuldverhältnisse aus sozialtypischem Verhalten*)[29]. Secondo il BGH, «Larenz richiama l'attenzione sul fatto che nel moderno traffico di massa esistono rapporti obbligatori, il cui fondamento non va trovato in un accordo negoziale delle parti, ma nell'offerta pubblica, puramente di fatto, di una prestazione, e nell'utilizzo, puramente di fatto, di questa prestazione ad opera del partecipante al traffico. Siffatto comportamento, privo della relativa consapevolezza di fare la dichiarazione non sarebbe da considerarsi come dichiarazione di volontà bilaterale, ma come un accadimento che, secondo il suo significato socialmente tipico, ha gli stessi effetti di un atto negoziale»[30]. Tenendo conto delle regole di condotta seguite da tutti i consociati, nel caso di specie la S. Corte arriva alla conclusione secondo la quale «chi, durante il tempo della custodia, utilizza per parcheggiare gli appositi spazi riconoscibili, facendo ciò instaura un rapporto contrattuale che lo obbliga al pagamento di un corrispettivo corrispondente al tariffario del parcheggio»[31]. La conclusione non muta anche in ipotesi in cui l'automobilista espliciti la sua volontà contraria, fondata sulla dichiarazione di non volere costituire nessun rapporto[32].

In realtà Larenz ridimensiona la tesi di Haupt dei rapporti contrattuali di fatto, in quanto dirige la sua attenzione esclusivamente agli obblighi sociali di prestazione (*soziale Leistungsverpflichtungen*), i quali non hanno a che fare con la conclusione di un contratto

26. G. Haupt, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig, 1941 (ora in lingua italiana: G. Haupt, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, ed. it. di G. Varanese, Torino, 2012).

27. BGH, 14 luglio 1956, in *BGHZ*, 21, 1956, p. 319 ss.

28. F. Tasche, *Vertragsverhältnis nach nichtigem Vertragsschluß?*, in *Jher. Jharb.*, 90, 1942, pp. 101 ss., spec. 128, che diventerà Presidente di Sezione del BGH.

29. Con acutezza, nel saggio introduttivo, G. Varanese, *Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto*, all'opera di G. Haupt, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, cit., p. 35, mette in evidenza come la recezione della dottrina di Haupt in giurisprudenza si deve al ruolo positivo assunto da Larenz.

30. BGH, 14 luglio 1956, cit., p. 334.

31. BGH, 14 luglio 1956, cit., p. 334 s.

32. Dai rapporti contrattuali di fatto derivanti da un obbligo sociale di prestazione deriva la teoria di Larenz del comportamento socialmente tipico (così, G. Varanese, *Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto*, cit., p. 35 s.).

bensì con una offerta pubblica di un servizio essenziale[33]. Nella realtà il rapporto di erogazione della prestazione nasce con l'offerta pubblica fattuale di una prestazione da parte dell'impresa e l'utilizzo di fatto della prestazione da parte dell'utente. Questi comportamenti non possono qualificarsi dichiarazioni di volontà, ma costituiscono meri atti non negoziali in quanto privi dell'*Erklärungsbewußtsein*, ossia della coscienza di fare la dichiarazione da parte dell'autore dell'atto. Pur in assenza di contratto, esiste nell'ipotesi un comportamento che per il suo significato socialmente tipico produce gli stessi effetti di un atto negoziale. Così, nel caso del tram, chi lo utilizza non accetta un'offerta contrattuale dell'impresa di trasporti, bensì il solo fatto di usufruire di una prestazione equivale all'esistenza del contratto di trasporto. L'illustre studioso tedesco precisa che in capo all'utente «l'effetto obbligatorio non nasce dalla sua volontà di obbligarsi ma dal fatto che il suo comportamento sarà valutato dagli usi del traffico quale fondamento di un'obbligazione senza considerare la volontà dell'agente. È la risposta o reazione sociale tipica all'offerta della prestazione e perciò dal punto di vista socialmente tipico ha il significato di fondamento dell'obbligazione. Nessuno può evitare le conseguenze giuridiche di un proprio atto»[34].

A questa sentenza fondamentale seguirono altre due l'anno successivo relative a fattispecie da sempre molto controverse.

Nel caso del furto di corrente[35], la natura contrattuale della pretesa della società fornitrice verso l'utente viene fondata richiamando il precedente del caso di Amburgo dell'anno prima oltre che le teorie di Haupt e Larenz.

Va in proposito notato, tuttavia, che proprio Haupt porta come esempio negativo di costituzione di rapporto contrattuale di fatto la fattispecie di furto di energia elettrica: «è opportuno osservare che evidentemente il riconoscimento di ciascun rapporto contrattuale di fatto presuppone la sua conformità all'ordinamento giuridico nel suo complesso. Se è in contrasto con la legge o con il *buon costume*, allora le relazioni che si sono create non meritano la tutela giuridica che consiste nel loro inquadramento nella disciplina del contratto. Ciò vale soprattutto per il conseguimento fraudolento di prestazioni, come nel caso del "passeggero abusivo" o del consumo illecito di energia elettrica. In questo

33. Così, K. Larenz, *Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten*, in *NJW*, 1956, p. 1898; Id., *Sozialtypisches Verhalten als Verpflichtungsgrund*, in *DRiZ*, 1958, p. 245.

34. In questi termini, K. Larenz, *Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten*, cit., p. 1899. Come messo efficacemente in evidenza, «anche se può sembrare paradossale, questa sentenza ebbe il merito principale di mostrare un punto nodale della teoria dei rapporti contrattuali di fatto anche nei rapporti sociali da prestazione. Il fatto, cioè, che non coglieva la dimensione valutativa del comportamento. Questo non veniva espresso in una dichiarazione espressa, ma aveva il valore di una dichiarazione di volontà. Così nel caso del parcheggio, senza rischiare pericolosi sconfinamenti nella sfera sociologica, bastava l'antica massima *protestatio contra factum nihil relevat* per dimostrare che un vero contratto era stato concluso e dare una soluzione soddisfacente alla questione» (G. Varanese, *Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto*, cit., p. 40).

35. BGH, 29 gennaio 1957, in *BGHZ*, 23, 1957, p. 175 ss.

genere di casi non si realizza legittimamente un fatto tipico della vita quotidiana, ma si è verificata un'ingerenza unilaterale nella sfera giuridicamente tutelata di un altro soggetto. Non si può costituire un vincolo contrattuale in questo modo»[36].

Come detto, la S. Corte è persuasa che ormai è stato «riconosciuto che le reciproche relazioni giuridiche tra le parti, per come scaturiscono nell'odierno traffico di massa, date le circostanze possono anche essere considerate nei termini di un rapporto contrattuale (in senso ampio), pur in mancanza di dichiarazioni di volontà concordanti»[37].

Un certo clamore ha destato il caso deciso pochi giorni dopo del podere ereditario[38]. Il proprietario di un podere concedeva in affitto il bene al proprio nipote impegnandosi anche alle riparazioni dei danni cagionati dalla guerra. Fra le clausole del contratto era stabilito che «l'affitto termina con la morte del concedente e la proprietà del podere passa all'affittuario. Fino a quel momento è escluso il recesso del contratto per entrambe le parti»[39]. Successivamente, a causa di rancori tra i parenti, il proprietario tentava invano in tutti i modi di invalidare il contratto di affitto e per di più aveva adottato la figlia del suo amministratore. Da parte sua il nipote concessionario si era trasferito con la propria famiglia nel podere dello zio e nel corso del tempo aveva realizzato miglioramenti notevoli. La successiva adozione da parte dello zio aveva allarmato il nipote, il quale temeva che sarebbero state vanificate le sue pretese sulla titolarità del fondo. Così, cita in giudizio lo zio concedente per far valere il suo diritto al trasferimento della proprietà del fondo sulla base della qualificazione del contratto originario quale contratto successorio, tramite il quale fondare un vincolo fra le parti ad un contratto traslativo o ad un contratto preliminare di un *Übergabevertrag*. Difficoltà ulteriori derivavano dal fatto che il contratto non aveva la veste pubblica necessaria per la validità dell'*Erbvertrag* (§ 2276 BGB).

La decisione del *BGH* a favore del nipote concessionario del fondo viene fondata sulla teoria di Larenz del comportamento socialmente tipico e sulla tesi di Tasche in tema di responsabilità precontrattuale che supporta un diritto all'adempimento del contratto nullo per difetto di forma, come se fosse valido[40].

36. G. Haupt, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, cit., p. 73.

37. BGH, 29 gennaio 1957, cit., p. 177.

38. BGH, 5 febbraio 1957, in *BGHZ*, 23, 1957, p. 249 ss.

39. BGH, 5 febbraio 1957, cit., p. 247.

40. Così, BGH, 5 febbraio 1957, cit., p. 252, precisa che sia il contratto successorio (§ 2276 BGB), sia il contratto di trasferimento (§ 313 BGB) sono soggetti a forma *ad substantiam*. Lo stesso rigore formale vale per il contratto preliminare all'*Übergabevertrag*. Contratti che integrano contratti successori, contratti di disposizione e contratti preliminari di contratti di disposizione possono essere anche conclusi in via verbale o a seguito di comportamenti concludenti, ma questi accordi di regola risultano inefficaci perché la disposizione del § 125, frase 1, BGB prescrive la nullità dei negozi cui fa difetto la forma legale. A questo proposito – prosegue la S. Corte – bisogna discutere se la mancanza di forma per il contratto di concessione del fondo, oggetto del caso, possa qualificarsi ad ogni modo nullo o se esistano ipotesi nelle quali siffatti contratti eccezionalmente siano da considerare come se fossero validi.

La fattispecie dell'efficacia del contratto nullo per difetto di forma mediante il comportamento esecutivo delle parti contraenti ha costituito una pagina significativa per la soluzione di un problema attinente soprattutto al profilo della struttura dell'atto negoziale. La S. Corte tedesca, nel caso citato, ha risolto la questione di forma mediante il richiamo al principio di buona fede, principio da sempre richiamato per fondare soluzioni che mitigano la forza di regole rigide e sì poco adatte a soddisfare interessi, nei casi di specie meritevoli di protezione.

Nel volgere di pochi anni la teoria dei rapporti contrattuali di fatto è definitivamente tramontata e sia nella letteratura che nelle corti è prevalsa una concezione del negozio giuridico che ha minato alla radice tutto l'abbozzo di ricostruzione dogmatica. Qui non c'è dubbio che i precisi riferimenti alla dottrina hanno giocato un ruolo di primo piano nell'attività decisoria, nel riconoscere come nel negare.

3.3. Fecondazione eterologa e contratto a favore di terzi.

Una recente decisione appare paradigmatica per sottolineare la prassi tedesca di corredare una decisione giurisprudenziale di tutti i riferimenti dottrinali utili, anche nella prospettiva di ricostruire l'*iter* argomentativo adottato dal giudice al fine di risolvere il caso concreto.

Nell'ipotesi di fecondazione eterologa, il *BGH* ricostruisce la relativa convenzione che i conviventi concludono quale contratto a favore di terzi, di cui al § 328 BGB, e da ciò sorge in favore del bambino il diritto a pretendere la corresponsione degli alimenti da parte del padre il quale, successivamente, sia inadempiente rispetto alla prestazione alimentare dovuta nei confronti del figlio[41].

In seno alla sentenza si trovano espliciti riferimenti alle figure della paternità apparente e dell'adozione, con evidenti richiami ai più importanti contributi dottrinali in materia[42].

I giudici supremi sostengono che «con il consenso dell'uomo all'inseminazione eterologa si realizza un'assunzione di paternità mediante atto di volontà (*Willensakt*)». Il consenso integra una dichiarazione di volontà diretta ad assumere la responsabilità di padre[43]. In proposito la decisione non risparmia ampie citazioni giurisprudenziali e soprattutto dottrinali[44].

41. BGH, 23 settembre 2015 – XII ZR 99/14.

42. D. Coester-Waltjen, *Die Vaterschaft für ein durch künstliche Insemination gezeugtes Kind*, in *NJW*, 1983, p. 2059.

43. Qui i giudici mettono in evidenza che sul punto si pone il problema delle norme della parte generale che devono trovare applicazione.

44. A. Roth, *Der Ausschluss der Vaterschaftsanfechtung nach Einwilligung in die heterologe Insemination (§ 1600 Abs. 2 BGB)*, in *DNotZ*, 2003, pp. 805, 809 s.; T. Helms, J. Kieninger e C. Rittner, *Abstammungsrecht in der Praxis*, Bielefeld, 2010, Rn. 63; U. Wanitzek, *Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung*, Bielefeld, 2002, pp. 285 ss., 327 ss.; U. Wanitzek, *Ergänzungen des Abstammungsrechts durch das Kinderrechteverbesserungsgesetz*,

Interessanti riflessioni sono poi quelle dedicate al *vestimentum* dell'assenso del partner, che non subisce nessun limite, richiamando ora la normativa sulla rendita vitalizia (§ 761 BGB), ora la funzione generale di tutelare l'agente da decisioni affrettate, senza una adeguata riflessione.

4. Il dovere della giurisprudenza di seguire la dottrina: l'esempio svizzero.

L'influenza della dottrina sulla giurisprudenza può essere anche riconosciuta dal legislatore, come accade nella famosa disposizione dell'art. 1 del codice civile svizzero (ZGB)[45].

Il dettato codicistico, in guisa quasi mentitoria alla luce dell'intitolazione dedicata all'applicazione del diritto, stabilisce il luogo in cui il giudice può trovare le regole che devono governare il caso concreto. Nell'ordine il giudice è obbligato ad applicare la legge e, in mancanza, è tenuto ad adottare la consuetudine; in ulteriore difetto, al giudice spetta colmare la lacuna secondo la «*freie Rechtsfindung*»[46]. Il legislatore svizzero riconosce l'ingenuità dell'idea della *Gesetzesallmacht*, e per questo concede al giudice le misure dirette a colmare le mancanze della legge.

Nel Progetto del 1900 la regola era diversamente articolata: il giudice, in caso di lacuna, interrogava il diritto consuetudinario, in mancanza di risposta decideva secondo la dottrina e la giurisprudenza autorevoli. In caso di insufficienza, il giudice decideva nella veste di legislatore[47].

Poi a sorpresa la Commissione nel settembre 1907 declassa la dottrina e la giurisprudenza da fonti sussidiarie del diritto a strumenti di ausilio nell'interpretazione della legge, nell'applicazione del diritto consuetudinario e nell'attività giudiziale diretta a colmare una lacuna dell'ordinamento[48].

L'attuazione dell'ultimo comma dell'art. 1 ZGB ha condotto a riconoscere una grossa influenza della dottrina nella prassi di diritto civile, risultando determinante per l'interpretazione, lo sviluppo (*Fortbildung*) e l'integrazione del diritto civile.

L'apporto significativo della dottrina sulla giurisprudenza si esprime in diverse direzioni. Innanzitutto contribuisce alla soluzione di singole questioni, in cui nella maggior

in *FamRZ*, 2003, pp. 730, 733 s.

45. Art. 1. (*Applicazione del diritto*). – 1. La legge si applica a tutte le questioni giuridiche alle quali può riferirsi la lettera od il senso di una sua disposizione. 2. Nei casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore. 3. Egli si attiene alla dottrina ed alla giurisprudenza più autorevoli.

46. Così, A. Meier-Hayoz, in *Berner Kommentar*, *Einleitungsband*, *Artikel 1-10 ZGB*, Bern, 1962, p. 97.

47. Il testo quasi invariato è stato inserito nel Progetto del 1904.

48. Se poniamo questa regola in controluce vediamo gli apporti di Aristotele (Etica nicomachea, Libro V), di un pandettista Vangerow (che nel suo Manuale delle Pandette richiama un testo romano), del grande Geny (che nella sua Méthode del 1899 pone questa regola) e, infine, della giurisprudenza degli interessi (attraverso le figure di Stammler e Rümelin).

parte delle volte la critica della dottrina alla giurisprudenza prepara il terreno al mutamento di opinione dei giudici (*overrulling*)[49].

L'influenza della dottrina avviene anche indirettamente allorquando essa adempie ai compiti che le sono propri, quali quelli di carattere sistematico-metodologico. Innanzitutto di elaborazione del sistema, dove il *Richterrecht* si caratterizza per un'attività del giudice non avvezzo né alla metodologia dell'astrazione, né capace di inserire la soluzione entro le trame del sistema giuridico[50].

Non meno importante e delicato è il compito della dottrina tesa ad enucleare e sviluppare i valori generali che sono posti a fondamento della legge e dell'ordinamento. Va ribadito il valore del sistema e dei principi nello sviluppo del diritto privato e in tale contesto va vista senz'altro l'influenza sugli orientamenti giurisprudenziali[51].

Infine le correnti metodologiche operanti entro la scienza giuridica trovano attuazione e realizzazione nelle motivazioni giudiziali, le quali rispecchiano le proposte metodologiche e assiologiche del tempo[52].

5. Il dovere della giurisprudenza di omettere le citazioni dottrinali: l'esempio italiano.

A conclusione di queste riflessioni, è utile uno sguardo al modello domestico, connotato da rilevanti peculiarità rispetto ai modelli indagati, in quanto caratterizzato dal fatto che i nostri giudici, sulla base di una regola legale (art. 118, comma 3, disp. att. c.p.c.), hanno il dovere di omettere ogni citazione di autori giuridici. Il silenzio imposto per legge ai giudici non spegne il dialogo con la dottrina, ma lo rende solamente "non espresso"[53].

Fra gli ultimi studi più approfonditi[54], v'è chi suddivide il silenzio, in termini di assenza di citazioni dottrinali da parte dei giudici, in due periodi. Nel primo periodo sette-

49. Molti esempi sono offerti da A. Meier-Hayoz, in *Berner Kommentar*, *Einleitungsband*, *Artikel 1-10 ZGB*, cit., p. 192 s.

50. A. Meier-Hayoz, *Privatrechtswissenschaft und Rechtsfortbildung*, in *ZRS*, 78, 1959, p. 98 ss.

51. In proposito, utili indicazioni da A. Meier-Hayoz, *Privatrechtswissenschaft und Rechtsfortbildung*, cit., p. 93 ss.

52. Solo per fare un esempio si richiama la decisione del BG, 11 marzo 2014, 4A 413/2013, in www.bger.ch, in cui tratta il problema del vizio di forma del contratto alla luce della figura dell'abuso del diritto.

53. In seno all'*Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2015, la Sezione I è intitolata: «Dialoghi espressi, dialoghi muti: l'influenza della dottrina sulla giurisprudenza». A livello generale, oltre gli ordinamenti, A. Procida Mirabelli di Lauro, *Quando la dottrina si fa giurisprudenza*, in *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze*, I, *Le prassi delle Corti e le teorie degli studiosi*, a cura di S. Bagni, M. Nicolini, E. Palici di Suni, L. Pegoraro, A. Procida Mirabelli di Lauro, M. Serio, Torino, 2016, p. 115, avverte che «l'impatto della dottrina sulle Corti di vertice può essere misurato sulla base non soltanto della prioritaria ed evidente distinzione tra le Corti che citano o che non citano esplicitamente la letteratura giuridica (e della conseguente partizione tra "dialoghi espressi" e "dialoghi muti"), o di una serie di varianti che riguardano le fonti, la loro gerarchia e i metodi interpretativi, ma anche dello stile che le sentenze e le varie forme letterarie assumono, reciprocamente, nelle diverse esperienze giuridiche».

54. M. Serio, *Le ragioni del silenzio (apparente): l'atteggiamento della giurisprudenza italiana rispetto alle citazioni dottrinarie a confronto con quello della giurisprudenza inglese*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, p. 25 ss.

centesco si distingue l'intervento di Ferdinando IV di Borbone, secondo cui «per rimuovere quanto più si possa da' giudizi l'arbitrio, ed allontanare dai giudici ogni sospetto di parzialità, che le decisioni si fondino non già sulle nude autorità dei dottori, che hanno purtroppo con le loro opinioni o alterato, o reso incerto ed arbitrario il diritto, ma sulle leggi espresse del regno, o comuni: e quando non vi sia legge espressa pel caso di cui si tratta, e si abbia da ricorrere all'interpretazione o estensione della legge, vuole il Re che questo si faccia dal giudice, in maniera che le due premesse dell'argomento sieno sempre fondate nelle leggi espresse e letterali»[55].

A fronte di una certa protesta da parte del corpo giudiziario, il Re ribadisce con un dispaccio che «la legislazione è tutta nella sovranità; […] che i giudici sono esecutori delle leggi e non legislatori; che il diritto ha da esser certo e definito, non arbitrario»[56]. Nello stesso senso si muovono le Costituzioni piemontesi settecentesche[57]. Il timore dei regnanti del XVIII secolo era soprattutto quello di non erodere il diritto positivo attraverso l'opera di una giurisprudenza «che potesse divenire *os doctorum* piuttosto che *os regis*»[58].

All'indomani delle codificazioni unitarie del 1865, l'omissione di citare la dottrina è disciplinato dal Regolamento generale giudiziario, nella veste del r.d. 14 dicembre 1865, n. 2641, ove all'art. 265 è declamato che il giudice nella motivazione non deve «invocare l'autorità degli scrittori legali»[59].

La scelta del legislatore muta obiettivo e concerne la tecnica motivazionale governata dal paradigma della concisione. La nuova codificazione processualcivilistica del 1942 ha proseguito questa strada e all'art. 118, comma 3, disp. att. c.p.c. è fissato il dovere del giudice in motivazione di omettere «ogni citazione di autori giuridici»[60]. Disposizione che, secondo la S. Corte, «integra una *lex imperfecta*, non prevedendo, per la sua violazione, alcuna sanzione»[61]. Le censure mosse dalla ricorrente che il giudice d'appello, in violazione

55. Il passo è riportato da G. Monteleone, *Gaetano Filangieri e la motivazione delle sentenze*, in *Il giusto processo civile*, 2007, p. 664 s.

56. Citazione in G. Monteleone, *Gaetano Filangieri e la motivazione delle sentenze*, cit., p. 665.

57. Lavoro fondamentale sul punto è quello di G. Gorla, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it.*, 1969, V, c. 112 ss.

58. In guisa persuasiva, M. Serio, *Le ragioni del silenzio (apparente)*, cit., p. 27, individua le «origini non nobili […] non solo del divieto di citazione in sentenza degli autori giuridici, ma, soprattutto, di far perno sulla loro autorità per fondarvi le ragioni della decisione».

59. Art. 265, comma 2, Reg. gen. giud.: «Nella compilazione dei motivi delle sentenze devono separarsi le questioni di fatto dalle questioni di diritto; si enunciano gli articoli di legge, sui quali la sentenza è fondata, e si fa un cenno conciso dei principii generali del diritto che avranno influito sulla decisione, senza estendersi a confutare tutti gli argomenti addotti in contrario dai patrocinatori delle parti, e senza invocare l'autorità degli scrittori legali».

60. Sulle conseguenze della violazione del precetto da parte del giudice v. le considerazioni di M. Serio, *Le ragioni del silenzio (apparente)*, cit., p. 29, il quale parte proprio dalla mancanza nella disposizione di una sanzione per la sua violazione.

61. Cass., 23 ottobre 2001, n. 12999, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 672; già prima, Cass., 6 ottobre 1994, n. 8184, in *Pluris online*, secondo cui «Alla violazione della norma dell'art. 118, comma 3, disp. att. c.p.c. - secondo cui

dell'art. 118 disp. att. c.p.c., avesse "rivelato" l'autore inventore dell'espressione "interesse negativo", secondo i giudici superiori non inficia la validità della sentenza «poiché, come esattamente è stato osservato in dottrina» la norma richiamata è *lex imperfecta*[62].

Come ben sottolineato in un interessante studio, «il divieto allontana il giudice, una volta immesso nella professione, dagli studi praticati nell'Università, più attenti alla dottrina, e lo induce piuttosto a ricercare nella casistica il precedente utile, anche nei paesi a diritto codificato»[63].

La norma contenuta nell'art. 118 non ha posto ostacoli al dialogo fra giurisprudenza e dottrina, o meglio all'uso degli argomenti dottrinali entro il tessuto motivazionale della sentenza, ma, in guisa più riduttiva, ma non per questo meno importante, ha imposto la «nominalistica omissione degli autori giuridici»[64]. Ciò significa «nella ipotesi migliore, opacizzare la motivazione nella sua più compiuta trasparenza dell'argomentazione decisionale»[65].

Insomma, dialogo sì, ma unilaterale. La dottrina non può far mistero degli orientamenti giurisprudenziali, altrimenti il lavoro sarà tacciato di essere privo di scientificità; i giudici, al contrario, non devono rivelare gli autori delle tesi dottrinali adoperate nella rete di argomentazioni contenute nella motivazione della sentenza.

Gli esempi sono numerosissimi e per questo segnaleremo solamente qualche caso che si è distinto per particolare rilevanza.

Di recente le Sezioni Unite civili, per poter risolvere il problema concernente l'ammissibilità di una società tra avvocati multidisciplinare (naturalmente complice la negligenza del legislatore che in materia è silente), hanno emanato un'ordinanza interlocutoria con la quale è stato incaricato l'Ufficio del Massimario di approntare «una ricostruzione completa del quadro normativo di riferimento e dei contributi anche dottrinari»[66].

All'epilogo della grande guerra, un secolo fa, Leonardo Coviello dedicava la sua prolusione napoletana agli errori e ai trionfi della giurisprudenza nell'ambito del diritto civile[67]. Nella prospettiva dello studioso lucano il dialogo fra dottrina e giurisprudenza si

nella motivazione della sentenza "deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici" - non è collegata alcuna sanzione di nullità, sicché da detta violazione non può derivare alcuna particolare conseguenza, se non sul piano dell'esatto adempimento dei doveri propri del giudice, tenuto ad osservare tutte le norme processuali, e non soltanto quelle cui consegue una sanzione di nullità».

62. Cass., 23 ottobre 2001, n. 12999, cit., p. 674.

63. Così, L. Pegoraro, *L'influenza della dottrina scientifica sulla giurisprudenza: una ricerca sulla circolazione inter-formanti nel mondo*, in *Ann. dir. com. st. leg.*, 2015, p. 12.

64. M. Serio, *Le ragioni del silenzio (apparente)*, cit., p. 31.

65. Così, E. Caterini, *Il diritto «giurisprudenziale» e l'«arte» del diritto nel pensiero di Francesco Carnelutti*, in *Per Francesco Carnelutti. A cinquant'anni dalla scomparsa* a cura di G. Tracuzzi, Padova, 2015, p. 88.

66. Cass., Sez. Un., 20 giugno 2017, n. 15278, in *D&G*, 21 giugno 2017.

67. L. Coviello, *Gli errori della giurisprudenza ed i suoi trionfi*, (*Giur. it.*, 1918), in *Le prolusioni dei civilisti*, II, (1900-1935), Napoli, 2012, p. 1645, definisce gli errori quelle decisioni che costituiscono «un indirizzo

atteggia secondo diverse varianti: da una parte, una giurisprudenza che vince sul dissenso dottrinale; dall'altra, una dottrina dalla forte influenza in tutti i casi di mutamento di orientamento; per finire, i casi in cui non avviene una reale convergenza fra i formanti citati che esigono un intervento legislativo[68].

Coviello ha accusato la dottrina di essersi «lasciata un po' troppo sedurre dalle costruzioni scientifiche», tanto da non aver tenuto, nella sua missione di ordinare la vita del diritto, nella dovuta considerazione la giurisprudenza, la quale andava studiata secondo il metodo storico-critico francese: «si deve seguire per ciascun istituto l'indirizzo giurisprudenziale attraverso le sue varie fasi, a cominciare dalle origini sino all'ultimo stato, e ricercare le ragioni del mutamento, come del consolidarsi di un dato indirizzo, nelle circostanze varie, anche di ordine sociale, che l'accompagnano»[69].

Nel corso del tempo va aggiunto un ulteriore caso, la cui singolarità deriva dal fatto che l'intervento del legislatore è diretto a superare un orientamento consolidato della giurisprudenza. Insomma il *revirement* giurisprudenziale non troverebbe la sua base – come accade di consueto – in un costante impegno persuasivo della dottrina per contribuire al mutamento di opinione del giudice, ma, al contrario, in una apposita determinazione legale. Il *conditor iuris* usualmente registra e riscrive in forma di legge orientamenti consolidati della giurisprudenza; ma accade anche che il legislatore voglia ri-regolare un settore e, per farlo, ritenga necessario superare un orientamento giurisprudenziale consolidato. L'esempio della seconda legge sulla responsabilità sanitaria (l. 8 marzo 2017, n. 24) si muove proprio in questa direzione, e descrive un percorso assai singolare, allorquando qualifica la responsabilità professionale del medico dipendente in termini aquiliani (*ex* art. 7, l. n. 24/2017). Ciò in aperta opposizione ad un orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità che aveva applicato la disciplina della responsabilità contrattuale sulla base di una costruzione dottrinale che evocava temi familiari alla cultura giuridica tedesca[70].

La S. Corte poggia il mutamento di orientamento – così come espresso *retro* da Coviello – su una tesi dottrinale che, a sua volta, aveva sviluppato un orientamento della dottrina tedesca. I giudici supremi, aggirando il divieto contenuto nell'art. 118, comma 3, disp. att. c.p.c., aiutano gli studiosi ad individuare immediatamente la paternità della tesi

non conforme alla legge, o almeno non ritenuto tale dalla dottrina dominante» e trionfi quegli orientamenti giurisprudenziali che fanno «breccia nella dottrina che li riceve in tutto o in parte, e rielaborandoli, li assimila» contribuendo alla *Rechtsfortbildung*.

68. L. Coviello, *Gli errori della giurisprudenza ed i suoi trionfi*, cit., p. 1647 ss., ove i relativi casi tratti dalla giurisprudenza.

69. L. Coviello, *Gli errori della giurisprudenza ed i suoi trionfi*, cit., p. 1669. Sulle caratteristiche della giurisprudenza francese e italiana a fronte di quella tedesca, cfr. le considerazioni critiche di J. Kohler, *Die schöpferische Kraft der Jurisprudenz*, in *Jher. Jahrb.*, XXV, p. 262 ss.

70. Con Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, p. 441 ss., con nota di A. Di Majo, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*.

accolta, fondando la responsabilità contrattuale del medico dipendente su «un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contatto e torto»[71].

La peculiarità del regime contrattuale del medico ospedaliero – come noto – è che è priva di contratto, ma poggia sul «semplice "contatto sociale" (secondo un'espressione che risale agli scrittori tedeschi)»: «in questi casi al "rapporto contrattuale di fatto o da contatto sociale"»[72].

Pur tra alcune voci dottrinali dissenzienti dirette a chiarire il vero ruolo e il destino della teoria del *sozialer Kontakt* in Germania[73], la responsabilità contrattuale da contatto sociale ha trovato nella nostra giurisprudenza una significativa diffusione[74], culminata nella decisione recente della S. Corte sulla responsabilità precontrattuale che riconosce la natura contrattuale sulla base di un contatto sociale qualificato[75]. La relazione precontrattuale fra i paciscenti rappresenta «una relazione tra i futuri contraenti che sta in mezzo al contratto ed al torto, denominata *Sonderverbindung*, categoria che qualifica le situazioni tra soggetti non aventi fonte in un contratto (*ohne Vertrag*)»[76].

Proprio nel momento in cui la giurisprudenza ha applicato la teoria del contatto sociale alla figura della *culpa in contrahendo* – quale prototipo di relazione speciale non

71. Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, cit., p. 443 s., dettando al lettore il saggio di C. Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 148 ss.

72. Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, cit., p. 444, ove chiarisce: «in questa prospettiva, quindi, si ammette che le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nei casi in cui taluni soggetti entrano in contatto, senza che tale contatto riproduca le note ipotesi negoziali, e pur tuttavia ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso».

73. Com'è noto, la teoria del contatto sociale nasce con G. Haupt, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig, 1941, p. 5 ss. (oggi in lingua italiana: *Sui rapporti contrattuali di fatto*, ed. it. di G. Varanese, Torino, 2012, p. 45 ss.). Il breve percorso dottrinale e giurisprudenziale di questa teoria è bene messo in evidenza da A. Zaccaria, Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (*La resistibile ascesa del «contatto sociale»*), in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 77 ss.; di recente, C.-W. Canaris, *Il «contatto sociale» nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, I, p. 1 ss.

74. Un quadro degli sviluppi giurisprudenziali e soprattutto delle risposte alle critiche sollevate da una parte della dottrina è offerto da C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 131 ss.

75. Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, in *Danno e resp.*, 2016, p. 1051 ss., con nota di V. Carbone, *Responsabilità precontrattuale della P.A. che non adempie l'obbligazione* ex lege *di comportarsi secondo buona fede*. La sentenza è stata oggetto di numerosi commenti, ad es. A. di Majo, *La* culpa in contrahendo *tra contratto e torto*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2568 ss., C. Scognamiglio, *Responsabilità precontrattuale e «contatto sociale qualificato»*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1950 ss.; A. Iuliani, *La Cassazione riafferma la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1457 ss.; C. Cicero, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1510 ss.; I. Zambotto, *La Cassazione sulla natura della responsabilità precontrattuale: «aliquid novi»?*, in *Dir. civ. cont.*, 18 novembre 2016; F. Piraino, *la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità)*, in *Contratti*, 2017, p. 35 ss.; E. Tagliasacchi, *Dialogo con la giurisprudenza in tema di responsabilità precontrattuale e contatto sociale*: «looking back, thinking forward», in *Contr. impr.*, 2017, p. 233 ss. Sulla portata della decisione, v. l'analisi di C. Scognamiglio, *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura "contrattuale" della responsabilità precontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1515 ss.

76. Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, cit., § 6.

contrattuale[77] – il legislatore (l. n. 24 del 2017) interviene per cancellare l'orientamento consolidato della responsabilità medica ospedaliera a partire dal 1999.

Il problema del rapporto fra dottrina e giurisprudenza nel nostro modello giuridico meriterebbe una seria riflessione, anche se, forse, ancora oggi i tempi non sembrano essere ancora maturi affinché tale riflessione possa concretamente produrre esiti positivi. Tuttavia a noi basta aver sollevato i reali termini del problema: il divieto dell'art. 118, comma 3, disp. att. c.p.c. («in ogni caso deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici»), non è riuscito a spezzare il legame tra i formanti dottrinale e giurisprudenziale, i quali sono legati come l'ombra al corpo.

77. C. Castronovo, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, p. 1236 s., secondo cui il vero prototipo dell'obbligazione senza prestazione e della responsabilità «relazionale, in quanto caratterizzata in pari tempo dalla violazione di un rapporto giuridicamente rilevante che tipicamente non nasce da un contratto, e tipicamente non deriva da inadempimento di un obbligo di prestazione».

CONSIDERAZIONI SUL PROCESSO PENALE BIFASICO

Paola Felicioni
Prof. associato Università di Firenze

Sommario: 1. Il sistema dell'esecuzione della pena nell'attuale assetto normativo. – 2. L'insufficienza del modello processuale monofasico: le interferenze tra diritto penale, diritto processuale penale e diritto penitenziario. – 3. Le spinte verso lo schema bifasico del processo penale: il principio di specializzazione. – a. *Le incongruenze interne al sistema.* – b. *La giurisdizionalizzazione della fase esecutiva.* – 4. I modelli di processo penale bifasico emergenti dalla riflessione dottrinale. – a. *Il modello bifasico "attenuato": la valutazione sul trattamento sanzionatorio anteriore al giudicato di condanna.* – b. *Il modello bifasico "rinforzato": la valutazione sul trattamento sanzionatorio successiva al giudicato di condanna.*

1. Il sistema dell'esecuzione della pena nell'attuale assetto normativo.

La fase dell'esecuzione della pena[1] rappresenta il momento finale del procedimento penale. Il rilievo di tale momento sta nella logica necessità che i provvedimenti sanzionatori, sentenze o decreti penali di condanna, emessi a conclusione del medesimo trovino concreta attuazione, senza la quale resterebbe privo di senso lo stesso accertamento giurisdizionale sull'imputazione[2]. Infatti, ogni provvedimento dell'autorità giudiziaria è il risultato di un'operazione logica di tipo complesso composta da due elementi essenziali e consequenziali quali il giudizio (attività valutativa) e il comando (atto di volontà) che postula, per sua natura, la necessità di proiettarsi all'esterno modificando la realtà. L'attuazione del provvedimento, dunque, consiste in una serie di attività che consentono alla volontà espressa nel comando di estrinsecarsi all'esterno producendo le volute modificazioni della realtà[3]. I provvedimenti emessi dal giudice penale contengono un comando sanzionatorio penale che può avere ad oggetto una pena in senso stretto (detentiva o pecuniaria, sostitutiva, principale o accessoria) oppure misure di sicurezza[4]. Dunque, l'esecuzione penale è definibile, in prima approssimazione, come la configurazione giuridica che assume il momento attuativo dei provvedimenti del giudice penale. In tale fase si svolgono le operazioni

1. F. Carnelutti (*Principi del processo penale*, Morano, 1960, p. 314) evidenziava due fasi: il processo di cognizione in cui si decide se l'accusato debba essere punito e il processo di esecuzione – da *ex-sequor*, ciò che vien dopo – in cui si infligge la punizione.

2. P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2016, p. 1018.

3. F. Corbi, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, p. 119; G. Dean, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, p. 82 ss.

4. Per una riflessione sul nostro sistema sanzionatorio v. R. Bartoli, *Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena, carcere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2013, p. 715 ss.

delineate dalla legge allo scopo di rendere attuale e concreto il comando contenuto nel provvedimento del giudice[5].

Il fenomeno esecutivo, tuttavia, ha una più ampia articolazione. Sul piano dei princìpi occorre sottolineare che la fase in esame è stata caratterizzata da un profondo mutamento: rispetto alla regola dell'intangibilità e immodificabilità della sanzione irrogata nel processo di cognizione posta alla base dell'impianto originario del codice di procedura penale del 1930 e supportata sia dal principio di intangibilità del giudicato penale, sia dalla concezione della pena come retributiva e generalpreventiva, si è determinata una trasformazione che ha investito la funzione stessa della pena. Il mutamento di prospettiva è riconducibile all'entrata in vigore della Costituzione che ha sancito il principio della funzione rieducativa della pena (art. 27 comma 3)[6] ed ha introdotto una riserva di giurisdizione in materia di libertà personale (artt. 13, 24, 25, 102 e 111 Cost.), così imponendo una profonda revisione della fase esecutiva[7]. In particolare, la finalità rieducativa della pena (alla quale è difficile dare concretezza sia a livello normativo astratto, sia sul piano del *quantum* comminato in sede di condanna) ha trovato nell'esecuzione il momento ideale di attuazione a seguito della legge di ordinamento penitenziario del 26 luglio 1975, n. 354 la quale, in specie, ha delineato il trattamento rieducativo del condannato e ha previsto le misure alternative alla detenzione. Muovendo dalla finalità rieducativa riconosciuta alle sanzioni penali tanto a livello interno che europeo, il legislatore e la giurisprudenza si sono adoperati per garantire la perdurante legalità della pena durante tutta la fase attuativa, nonché per incrementare il ricorso a misure alternative alla detenzione.

Si è determinato un progressivo ampliamento dell'ambito operativo della giurisdizione nella fase dell'esecuzione penale. Pertanto, una definizione più completa dell'esecuzione penale deve comprendere, accanto alle attività processuali strumentali all'attuazione del comando sanzionatorio penale, ulteriori attività e provvedimenti che incidono sui contenuti del comando, modificandoli[8].

La complessità del fenomeno è stata evidenziata dalla dottrina[9] che ha distinto, da un lato, l'esecuzione penale in senso stretto avente ad oggetto le attività necessarie a rendere operativo il comando, disciplinata dal codice di procedura penale e, da un altro lato, l'esecuzione penitenziaria comprendente le attività volte a realizzare il contenuto del comando; le relative attività sono regolate dal codice di rito e dalla legge di ordinamento

5. F. Corbi – F. Nuzzo, *Guida pratica all'esecuzione penale*, Torino, 2003, p. 3.

6. In proposito F. Caprioli – D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2009, p. 5 ss.

7. Sull'evoluzione dell'esecuzione penale dalla concezione burocratica alla moderna fisionomia della fase esecutiva scaturita dai princìpi costituzionali e dai successivi sviluppi legislativi fino all'emanazione del vigente codice di procedura penale, v. F. Corbi, voce *Esecuzione penale*, in *D. disc pen.*, Torino, 1995; G. Dean, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., p. 1 ss.

8. F. Caprioli – D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 3 ss.

9. Per tutti, F. Corbi, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 9 ss.

penitenziario. In entrambi i momenti può trovare attuazione la garanzia della giurisdizione esecutiva (intesa come controllo del giudice sull'esecuzione della pena) mediante provvedimenti espressione di una duplice funzione: l'una, che compete al giudice dell'esecuzione, di controllo della legalità del provvedimento da eseguire e della correttezza delle attività procedimentali volte alla realizzazione del comando; l'altra, che compete alla magistratura di sorveglianza, di verifica del permanere della rispondenza tra contenuto sanzionatorio del comando e finalità rieducativa assegnata allo stesso.

Viene in luce la distinzione concettuale tra procedimento esecutivo e giurisdizione esecutiva in senso stretto, da un lato, e giurisdizione rieducativa, da un altro lato. Al primo ambito vanno riferite le attività processuali funzionali all'attuazione del comando compiute dal pubblico ministero e le funzioni giurisdizionali del giudice dell'esecuzione[10] il quale può intervenire anche operando variazioni contenutistiche del comando sanzionatorio[11]. All'altro ambito dell'esecuzione penale, invece, si riconducono i provvedimenti emessi dalla magistratura di sorveglianza incidenti sulla pena in chiave rieducativa o che accertano la pericolosità del condannato; si tratta di una giurisdizione sul contenuto sanzionatorio del titolo esecutivo[12]. Peraltro, alla magistratura di sorveglianza è riconosciuta anche la tutela dei diritti dei detenuti incentrata sul reclamo[13].

Occorre evidenziare come l'attuale disciplina dell'esecuzione penale comporti il riferimento ad un quadro normativo mobile, connotato da una profonda modificazione rispetto all'impianto originario[14] e caratterizzato da una certa instabilità a cagione sia di una cospicua produzione legislativa, sia di una copiosa elaborazione giurisprudenziale[15].

---

10. Il profilo esecutivo dei provvedimenti giurisdizionali è disciplinato dal codice di rito penale nella doppia prospettiva delle funzioni assegnate al pubblico ministero, organo promotore dell'esecuzione, al quale tuttavia le recenti modifiche in materia di sospensione dell'esecuzione, hanno attribuito compiti impegnativi talvolta di carattere paragiurisdizionale e della competenza funzionale del giudice dell'esecuzione a risolvere ogni questione relativa al titolo esecutivo. Così sintetizza D. Vigoni, *Giudicato ed esecuzione penale: confini normativi e frontiere giurisprudenziali*, in *Proc. pen. giust*., 4, 2015, p. 2.

11. Si veda l'analisi di A. Fusi, *Manuale dell'esecuzione penale*, Milano, 2013, p. 107 ss., p. 505 ss.

12. A. Pulvirenti, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, Torino, 2008, p. 143 ss.

13. G. Canzio, *La giurisdizione e la esecuzione della pena,* in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 26 aprile 2016, p. 11, il quale evidenzia i due aspetti critici della materia attinenti alla complessità della disciplina dei reclami e alle modalità disomogenee con cui nei vari modelli e tipologie di reclamo è garantito il contraddittorio.

14. Sull'originaria geografia normativa dell'esecuzione, realizzata dalla coesistenza di norme codicistiche che accolgono anche materie di pertinenza dell'ordinamento penitenziario (ad es. le disposizioni sulla magistratura e sul procedimento di sorveglianza) oppure si raccordano, disciplinandone l'aspetto procedurale, a istituti dell'ordinamento penitenziario o del codice penale (si pensi alle misure di sicurezza, alla liberazione condizionale, al rinvio dell'esecuzione), v. sempre D. Vigoni, *Giudicato ed esecuzione penale: confini normativi e frontiere giurisprudenziali,* cit., p. 3.

15. La rivisitazione dell'assetto vigente, oltre che da istanze di giustizia sociale, risulta imposta anche dalle direttrici offerte da Corte costituzione e Corte EDU che, a più riprese, hanno ribadito la finalità rieducativa del trattamento sanzionatorio, cui si ricollegano il dovere dello Stato di tutelare i diritti inviolabili dei detenuti durante tutta la fase di espiazione della pena (tra le tante, Corte cost., sentenze n. 204 del 1974, n. 26 del 1999 e

Dall'evoluzione che ha investito l'assetto normativo della esecuzione penale emerge la relatività del giudicato[16], sensibile ad esigenze di salvaguardia dei diritti fondamentali della persona[17] e permeabile ad istanze di giustizia sostanziale e processuale[18].

A ben vedere, viene in considerazione il rapporto tra intangibilità del giudicato e principio di flessibilità della pena che impone la ricerca di equilibrio tra giudizio di cognizione e fase esecutiva. Allo scopo, soccorrono tre acquisizioni concettuali che, vedremo, costituiscono linee di tendenza verso la prospettiva di un modello bifasico del processo penale.

Innanzitutto, emerge la dimensione relativa del giudicato a fronte dell'ampliamento dei già variegati poteri, correttivi o demolitivi, del giudice dell'esecuzione in materia di controllo sul titolo esecutivo: infatti gli sviluppi giurisprudenziali hanno gradualmente amplificato il potere del giudice di incidere sul contenuto sanzionatorio del titolo al fine di garantirne sia la correttezza, sia la perdurante conformità del giudicato alla legge sostanziale. Più precisamente, le corti sovranazionali[19] ed i giudici interni[20] hanno intrapreso un dialogo che ha portato all'espresso riconoscimento, in capo al giudice dell'esecuzione, del potere di rideterminare il *quantum* di pena, non solo in caso di *abolitio criminis*, ma anche qualora venga dichiarata costituzionalmente illegittima una norma penale che incide sul trattamento sanzionatorio e, in generale, ogni volta in cui la detenzione appaia, *ex post*,

n. 266 del 2009; Corte Edu, sent. *Sulejmanovich c. Italia*; *Torreggiani c. Italia*; *Kalashnikov c. Russia*; *Neshkov c. Bulgaria; Vasilescu c. Belgio*), nonché l'obbligo di prevedere meccanismi adeguativi in sede di attuazione del comando (cfr., ad es., Corte cost., sentenze n. 267/1974; 306/1993; 357/1994; Corte EDU, sent. *Kafkaris c. Cipro*; *Iogorov c. Bulgaria* e, in generale, tutte le pronunce che hanno affrontato il tema del cd. ergastolo ostativo).

16. D. Vigoni, *Giudicato ed esecuzione penale: confini normativi e frontiere giurisprudenziali*, cit., p. 1 ss. ; Ead., *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Milano, 2009, p. 8 ss.

17. Il processo evolutivo che ha riguardato il ruolo del giudice dell'esecuzione ha subito l'influenza della valorizzazione dei diritti fondamentali della persona e della riflessione sul tema della relatività del giudicato: così G. Canzio, *La giurisdizione e la esecuzione della pena*, cit., p. 3.

18. Il giudicato è permeabile alle impugnazioni straordinarie: alla revisione, prevista dal legislatore del 1988 (artt. 629-642 c.p.p.) come rimedio all'errore giudiziario il cui ambito operativo è stato ampliato a seguito della sentenza di illegittimità costituzionale n. 113 del 2011, , se ne sono aggiunti altri come il riscorso straordinario per cassazione (art. 625-*bis* c,.p.p.) e la rescissione del giudicato (art. 625-*ter* c.p.p.): in proposito, P. Corvi (a cura di), *Le impugnazioni straordinarie nel processo penale*, Torino, 2016.

19. In particolare, Corte EDU, 17 novembre 2009, *Scoppola c. Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 397 ss., con nota di C. Pecorella.

20. In proposito le Sezioni Unite della Cassazione hanno riconosciuto alla giurisdizione esecutiva il compito di provvedere sia alla sostituzione della pena inflitta con quella ritenuta legittima a livello convenzionale e costituzionale (Cass., Sez. Un, 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, in *Cass. pen.*, 2015, p. 65 ss., con nota di M. Gambardelli sulla questione originata dal caso Coppola), sia alla rideterminazione della pena qualora la dichiarazione di illegittimità costituzionale abbia investito disposizioni penali diverse dalla norma incriminatrice, ma relative comunque al trattamento sanzionatorio (Cass, Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858,): *ex multis*, Corte cost., 18 luglio 2013 n. 210; Cass., Sez. I, 22 dicembre 2014 n. 53793, Gambino; Cass., Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, in *Proc. pen. e giust.*, 3,2015, p. 50; Cass., Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 33040, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2514; *Cass.*, sez. I, 11 novembre 2016, n. 44193, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1374, con nota di P. Maggio.

illegale[21]. In sostanza, vengono in considerazione la giurisprudenza costituzionale in tema di prova illegale nonché la giurisprudenza della Suprema Corte le cui Sezioni Unite hanno sviluppato il tema della pena illegittima individuando ulteriori forme di limitazione del valore del giudicato a seguito di interventi della Consulta e della giurisprudenza europea, fino agli sviluppi che valorizzano l'esigenza ripristinatoria della legalità *in executivis*[22].

In secondo luogo, occorre sottolineare la frequente non coincidenza tra la pena inflitta dal giudice della cognizione e la pena che deve essere eseguita in concreto[23]. Infatti la possibilità di rivedere a livello qualitativo e quantitativo la pena in sede di esecuzione ha comportato una frattura tra sanzione contenuta nel titolo esecutivo e sanzione da attuare: la pena comminata all'esito del processo di merito, invece di essere immutabile, si atteggia a determinazione virtuale, sostituibile *in itinere*, in presenza di determinati presupposti, dalla commisurazione reale effettuata dalla magistratura di sorveglianza o, ancor prima, rideterminata dal pubblico ministero qualora sia necessario provvedere al cumulo delle pene concorrenti e al computo del presofferto oltre che al raccordo con l'esecuzione penitenziaria relativamente alla procedura sospensiva dell'esecuzione[24].

Peraltro, lo iato tra comando contenuto nella sentenza e momento attuativo[25] è accresciuto dalla frammentarietà e dalla disorganicità delle novelle che hanno investito l'impianto delineato dalla l. n. 354 del 1975 senza, tuttavia, garantire un incremento della valenza risocializzante della sanzione comminata ed, anzi, aggravando il problematico nodo che investe i rapporti tra giudice di merito e giudice dell'esecuzione. Infatti, il legislatore ha progressivamente allentato le maglie dei presupposti che consentono la fruizione di strumenti alternativi dapprima con la legge Gozzini del 1986 e con la legge Simeone del 1998. Successivamente, nel 2013 e nel 2014, si è registrata una ripresa della produzione

21. In dette ipotesi, pur non sussistendo gli estremi per la revoca del titolo *ex* art. 673 c.p.p., il giudice dell'esecuzione può procedere ad una sua parziale rinnovazione: il giudicato sull'accertamento resta intangibile, mentre il giudicato sul trattamento sanzionatorio è permeabile ad eventuali modifiche basate su di una rivalutazione dei fatti *ex* artt. 133 e 134 c.p (Cass., Sez. Un., n. 4687del 2005, Catanzaro; Cass., Sez. Un., 26 febbraio 2015 n. 37107).

22. Su tali temi, per un approfondimento e per le indicazioni giurisprudenziali, v. G. Canzio, *La giurisdizione e la esecuzione della pena*, cit., p. 4 ss.

23. Evidenzia D. Vigoni (*La metamorfosi della pena nella dinamica dell'ordinamento*, Milano, 2011, p. 2) come le variabili processuali esplichino effetti sulle prospettive penitenziare tanto da indurre a distinguere pena edittale, pena inflitta, pena da eseguire e pena scontata.

24. Relativamente all'esecuzione di condanne a pena detentiva emerge il ruolo del pubblico ministero come promotore della fase e "contabile penale": v. D. Vigoni, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit., p. 55 ss.

25. Sono fatti salvi i limiti di operatività del cd. doppio binario: infatti, fin dagli anni '90 del secolo scorso, a tale apertura nei di condannati per reati suscettibili di destare un notevole allarme sociale. In questi casi, il potere di calibrare il contenuto della pena è stato di fatto neutralizzato, sì da creare un doppio binario che inibisce ad un nutrito gruppo di condannati di intraprendere, in fase esecutiva, eventuali percorsi risocializzanti: si pensi a quanto previsto dagli artt. 4*bis*, 30 *quate*r e 58 *quater* OP, nonché alle preclusioni operanti in caso di ergastolo ostativo: in generale sul tema v. C. Musumeci – A. Pugiotto, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologie e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016.

legislativa in ambito penale ancora una volta sulla spinta dell'emergenza e di situazioni contingenti, nonché a seguito di imperativi *input* sovranazionali. Il pensiero va alla sentenza pilota della Corte europea dei diritti dell'uomo Torreggiani c. Italia dell'8 gennaio 2013 e alla precedente Suleijmanovic c. Italia che hanno posto la necessità di riforme del sistema penale, processuale e penitenziario volte al ripristino di condizioni carcerarie strutturali compatibili con i parametri costituzionali e sovranazionali[26]. In tale prospettiva vanno letti i progetti governativi del 2014 e vari disegni di legge mentre, sul piano degli interventi legislativi, occorre ricordare innanzitutto il d.l. 1° luglio 2013, n. 78 recante «Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena» convertito, con modificazioni, nella l. 9 agosto 2013 n. 94 e il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 intitolato «Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria», convertito. in l. 21 febbraio 2014, n. 10[27].

Inoltre, meritano qui menzione altre due leggi che hanno delineato nuove forme di definizione del giudizio penale, incidendo sul diritto penale sostanziale e processuale con ricadute sul piano dell'esecuzione della pena mediante l'introduzione nel nostro ordinamento giuridico meccanismi di *probation* e di *diversion*[28]: si tratta, rispettivamente, della l. n. 67 del 2014 e il d.lgs. n. 28 n. del 2015[29]. La prima novella ha previsto per gli imputati adulti la possibilità di definire il procedimento penale mediante la sospensione del processo con messa alla prova e ha delineato la delega al Governo per la riforma del sistema sanzionatorio; peraltro, ha introdotto nel codice di procedura penale l'art. 657-*bis* c.p.p. che consente il computo, per la determinazione della pena da eseguire, del periodo di prova nel caso di revoca o esito negativo della stessa[30]. Il secondo intervento normativo ha disciplinato la non punibilità per la particolare tenuità del fatto, determinando una deviazione dalla normale sequenza degli atti del procedimento penale[31].

In terzo luogo, in dottrina si sottolinea una vera e propria metamorfosi della pena[32] legata alla procedura sospensiva dell'esecuzione di cui all'art. 656 comma 5

26. Su tali riforme, v. F. Caprioli – L. Scomparin, (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Torino, 2015; A. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014, p. 3 ss.

27. Ancora A. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., *passim*.

28. D. Vigoni, *La metamorfosi della pena nella dinamica dell'ordinamento*, cit., p. 7, alla quale si rinvia per l'individuazione degli altri fattori che hanno inciso sulla fisionomia della sanzione penale.

29. Sulle nuove disposizioni G.M. Baccari – K. La Regina – E.M. Mancuso, *Il nuovo volto della giustizia penale*, Cedam, 2015; C. Conti – A. Marandola – G. Varraso, (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, 2014; N. Triggiani, (a cura di), *La deflazione giudiziaria – Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino, 2014.

30. La previsione appare criticabile: Volendo v. P. Felicioni, *Gli epiloghi*, in C. Conti – A. Marandola – G. Varraso, (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit. p. 433.

31. Per tutti, v. R Aprati, *Le regole processuali della dichiarazione di "particolare tenuità del fatto"*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1317 ss.

32. D. Vigoni, *La metamorfosi della pena nella dinamica dell'ordinamento*, cit., p. 41 ss.

c.p.p. che ha reso ancora più evidente il ruolo di completamento del comando sanzionatorio attribuito alla magistratura di sorveglianza: l'istituto, introdotto dalla legge Simeone n. 165 del 27 maggio 1998, come noto, è volto a consentire ai condannati a pene detentive brevi meritevoli un accesso immediato alle misure alternative, senza transitare dal carcere, in considerazione sia della natura desocializzante della carcerazione, sia del sovraffollamento carcerario[33]. Il meccanismo sospensivo dell'esecuzione della pena evidenzia la centralità del momento dell'esecuzione e si configura come ponte tra processo e pena mediante un accesso anticipato alle misure alternative sempre che ne ricorrano i presupposti previsti dalla legge[34]. Tale istituto è stato potenziato sotto il profilo applicativo e razionalizzato quanto agli aspetti procedurali dal già citato d.l. 1° luglio 2013, n. 78. Si sottolinea[35] un'innovazione di rilievo consistente nell'introduzione nell'art. 656 di tre commi (4-*bis*, 4-*ter* e 4-*quater*) in base ai quali il pubblico ministero, qualora il condannato non si trovi già in custodia cautelare (art. 656 comma 9, lett. *b*, c.p.p.) né sia in espiazione di pena per uno dei delitti indicati nell'art. 4-*bis* o.p., deve computare la liberazione anticipata maturata sull'eventuale presofferto: gli effetti di tale beneficio penitenziario, vengono calcolati in via anticipata al momento dell'emissione dell'ordine di esecuzione. Infatti, nel caso in cui debba essere effettuato lo scomputo previsto dall'art. 657 c.p.p., il pubblico ministero deve trasmettere gli atti al magistrato di sorveglianza competente a concedere l'applicazione della librazione anticipata. Le modifiche, inoltre, hanno influito sui profili procedurali del meccanismo sospensivo[36].

33. La disciplina della sospensione dell'esecuzione evidenzia che l'esecuzione penitenziaria non è più il centro dell'esecuzione penale e si avvia, pertanto, a costituire «sanzione penale residuale»: così M. Canepa - S. Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, p. 245.

34. Esistono dunque due modalità di accesso alle misure alternative a seconda dello *status* del richiedente: se detenuto il condannato propone istanza al tribunale di sorveglianza (o, nei casi previsti dalla legge, al magistrato di sorveglianza); se libero il condannato fa richiesta, nell'ambito del meccanismo sospensivo *ex* art. 656 c.p.p., al pubblico ministero tenuto a trasmettere l'istanza al tribunale di sorveglianza.

35. C. Fiorio, *Strasburgo chiama. Roma non risponde*, in *Dir. pen. proc.* 2013, 1136 ss.

36. Si evidenzia il seguente schema procedimentale. Il pubblico ministero presso il giudice dell'esecuzione, divenuta irrevocabile una sentenza di condanna, per determinare la pena da eseguire in concreto deve effettuare i calcoli matematici cui si è fatto cenno sopra e, inoltre, tenere conto di eventuali sconti per liberazione anticipata di cui potrebbe beneficiare il condannato. Successivamente l'organo dell'accusa verifica l'esistenza di eventuali condizioni ostative alla sospensione, individuate dal legislatore nell'art. 656 comma 9 c.p.p. nei casi di condanna per i gravi delitti di cui all'art. 4-*bis* o.p. o per altri gravi delitti (es. art. 423-*bis* c.p. incendio boschivo); qualora il condannato si trovi in custodia cautelare in carcere, al momento in cui diviene definitiva la sentenza, per lo stesso reato per il quale è stata irrogata la pena da eseguire; qualora il condannato abbia già beneficiato una volta della sospensione. Accertata la mancanza di divieti di sospensione nel caso concreto, il pubblico ministero deve chiedere al magistrato di sorveglianza di applicare l'eventuale liberazione anticipata; solo dopo aver ottenuto il provvedimento che concede la riduzione di pena il rappresentante dell'accusa potrà valutare l'entità della pena detentiva da eseguire al fine di emettere l'ordine di esecuzione e contestualmente un decreto di sospensione della pena detentiva breve. Bisogna precisare che, nonostante nei confronti del condannato in

2. L'insufficienza del modello processuale monofasico: le interferenze tra diritto penale, diritto processuale penale, diritto penitenziario.

L'attuale trama codicistica ripropone lo schema tradizionale monofasico del processo penale[37], ma in un contesto di disorganicità della legislazione che palesa l'inadeguatezza del dato normativo[38]: ciò impone due considerazioni.

Innanzitutto, è necessario ricordare che se è vero che il legislatore ha accolto il modello monofasico, eppure vi sono determinate disposizioni che rivelano la latenza di un modello bifasico implicito[39] o di fatto[40]; il riferimento va al meccanismo sospensivo di esecuzione della pena introdotto nel 1998 più volte ritoccato nel senso dell'ampliamento di operatività dell'istituto, qualificato dalla dottrina come sistema bifasico "differito".

Inoltre, bisogna notare che le disordinate modifiche e innovazioni normative cui si è accennato mettono in luce interferenze processuali ed esecutive[41] che delineano vari collegamenti tra sistema sanzionatorio, prospettive penitenziarie, riti speciali e semplificati del processo penale. Attraverso le riforme processuali, si sottolinea[42], la pena ha subito una radicale modificazione sia nella fisionomia quanto a *species*, *quantum* e *modus* sia nell'essenza ossia nell'*an*: conseguentemente il processo ha abbandonato il ruolo servente al diritto penale: piuttosto, è quest'ultimo che appare strumentale rispetto al processo[43].

Emerge la consapevolezza che le riforme attuate in questi anni devono fondersi in una prospettiva di più ampio respiro per superare le contingenze. In questo ambito di riflessione assume nuova rilevanza il tema, oggetto di un dibattito risalente e mai sopito,

---

custodia cautelare per lo stesso fatto non operi l'effetto sospensivo, il nuovo comma 4-*ter* dell'art. 656 c.p.p. impone al pubblico ministero di trasmettere senza ritardo gli atti al magistrato di sorveglianza per la decisione sulla liberazione anticipata; in caso di concessione della misura premiale il condannato ristretto in carcere può accedere prima ad una misura alternativa oppure a un altro beneficio penitenziario.

37. Gli agganci normativi della struttura processuale monofasica sono rappresentati dall'art. 533 comma 1 c.p.p. in base al quale il giudice, accertata la reità dell'imputato, pronuncia sentenza di condanna e al contempo determina la pena ed eventuali misure di sicurezza e dall'art. 220 comma 2 c.p.p. che preclude nel giudizio sul fatto lo svolgimento di perizie di tipo criminologico o psicologico: M. Montagna, *I confini dell'indagine personologica nel processo penale,* cit., p. 162.

38. A. Gaito – G. Ranaldi, *Esecuzione penale*, Milano, 2016, p. 58; G. Spangher, *Urge una riforma organica del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 8, 2015, p. 913.

39. G. Dean, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit. p. 14.

40. M. Montagna, *I confini dell'indagine personologica nel processo penale,* cit., p. 159; D. Vigoni, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva,* cit., p. 323.

41.Sul tema si vedano le considerazioni di F. C. Palazzo, *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, in *Dir. pen. proc.*, 3, 2016, p. 285 ss.; A. M. Siagura, *La negoziabilità della pena*, Cedam, 2015; G. Spangher, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Milano, 29015, p. 134; Id., *Urge una riforma organica del sistema sanzionatorio*, cit.; G. Varraso, *Verso una riforma della giustizia penale. Dubbi e speranze*, in *Processo penale e giustizia*, 1, 2015, p. 1 ss.; D. Vigoni, *La metamorfosi della pena nella dinamica dell'ordinamento*, cit., p. 25 ss.

42. D. Vigoni, *La metamorfosi della pena nella dinamica dell'ordinamento*, cit., p. 2.

43. R. Orlandi, *Effettività della sanzione penale e princìpi processuali,* in F. Giunta – R. Orlandi – P. Pittaro – A. Presutti (a cura di), *L'effettività della sanzione penale,* Milano, 1998, p. 37 ss.

del processo penale bifasico sulla cui opportunità e praticabilità sono note le dispute dottrinali: è certo che l'analisi debba articolarsi inevitabilmente sui differenti piani del diritto penale sostanziale, processuale penale e penitenziario.

Al fine di recuperare una certa organicità del sistema, e quindi trasformare le interferenze sopra evidenziate in interazioni proficue per il sistema della giustizia penale, si sottolinea l'esigenza di sottoporre a revisione il sistema sanzionatorio penale ed i rapporti tra giudizio di cognizione e fase attuativa del comando, in modo tale da superare la centralità assunta dal carcere e da svincolare la strategia di contrasto ai reati dalla previsione di una condanna detentiva.

In questi termini si sono espresse le Commissioni per la riforma del codice penale Nordio, Pisapia e, più di recente, la Commissione Palazzo, che hanno prospettato la possibilità di comminare sanzioni diverse dalla detenzione fin dalla emanazione della sentenza di condanna (cd. pene di comunità).

Ad analoghe conclusioni sono poi giunte la Commissione Giostra - deputata ad elaborare proposte di riforma in tema di misure alternative ed ordinamento penitenziario - e le relazioni conclusive all'attività di studio tenutasi in occasione degli "Stati Generali dell'esecuzione penale" indetti dal Ministro Orlando nel maggio 2015[44]. In tali sedi si è ribadito il bisogno di modulare la disciplina sulle condizioni di accesso alle misure alternative secondo un più nitido criterio di gradualità trattamentale, nonché di eliminare tutti gli automatismi che precludono l'individualizzazione della sanzione irrogata.

In ogni caso, è opinione condivisa che la riforma del sistema sanzionatorio penale e della fase esecutiva debbano procedere di pari passo. Si avverte, anzi, che per tamponare la crisi della giustizia penale occorre trovare un comune assetto e un globale equilibrio tra tutte le sue componenti – sostanziali, processuali, penitenziarie - insieme ad un adeguato sostegno strutturale-organizzativo[45].

In questa prospettiva rivela una vocazione sistematica la recente l. 23 giugno 2017, n. 103, cd. riforma Orlando, nella quale si colloca la legge delega in materia di «Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi nonché dell'ordinamento penitenziario per l'effettiva rieducatività della pena» In proposito si è evidenziato[46] che tale delega, frutto di un maxi-emendamento AS – 2067-A approvato dal Senato, si profila come uno dei più importanti interventi riformatori in materia penale degli ultimi anni per la vocazione sistematica che lo contraddistingue, spaziando dal diritto penale sostanziale a quello processuale,

44. Per una sintesi, F. Fiorentin, *La conclusione degli "Stati Generali" per la riforma dell'esecuzione penale in Italia,* in www.dirittopenalecontemporaneo.it*,* 6 giugno 2016.

45. D. Vigoni, *La metamorfosi della pena nella dinamica dell'ordinamento*, cit., p. 9.

46. Su tali temi, F. Fiorentin, *La delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Orlando*, Pisa, 2017, 305 ss.

all'ordinamento penitenziario, al diritto minorile. In altri termini, sembrano sussistere le basi per una revisione complessiva del sistema, da attuarsi tramite due direttrici fondamentali: la legge delega, infatti, impone di potenziare il ruolo degli strumenti alternativi alla detenzione e di incrementare la loro carica risocializzante, eventualmente incidendo sui presupposti di accesso alle misure alternative ed ai benefici penitenziari, sulla portata delle ostatività e sulle modalità esecutive da attuare in concreto.

Un intervento di tale portata[47], a ben guardare, pone seri interrogativi in ordine al futuro assetto dei rapporti tra fase di cognizione e fase di esecuzione. In ogni caso si è sottolineata l'evoluzione del sistema[48] verso la prospettiva di un meccanismo procedurale caratterizzato dalla divisione del processo penale in due segmenti, dei quali uno finalizzato al giudizio sul fatto nelle sue componenti oggettive e soggettive, l'altro teso alla determinazione ed individualizzazione del trattamento sanzionatorio.

3. Le spinte verso lo schema bifasico del processo penale: il principio di specializzazione.

Dopo i primi tentativi di elaborazione di uno schema bifasico del processo alla fine degli anni Sessanta dello scorso secolo[49], l'adesione al modello è stata considerata dal legislatore nel progetto preliminare del 1978 che tuttavia era rimasto ancorato alla tradizionale struttura processuale monofasica ritenendosi in ciò vincolato dalle indicazione della precedente legge delega del 1974. La scelta si è collocata nel solco di una sorta di ostracismo ideologico allo schema processuale bifasico[50], nonostante i tentativi di configurare uno schema bifasico sviluppati dal progetto preliminare del 1978[51], oppure, con riferimento ad una tipologia di marca sostanziale, dal progetto di codice penale della Commissione Grosso[52], non condivisa, tuttavia, pur dopo attenta valutazione, nella bozza di legge delega Riccio[53]. In sostanza, essendo noti gli inconvenienti che sarebbero potuti

47. In proposito si segnala l'articolata riflessione di G. Giostra – P. Bronzo (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 15 luglio 2017.

48. G. Ubertis, *Sul progetto preliminare del codice di procedura penale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1988, p. 1309.

49. Dal cauto progetto di riforma Reale alla soluzione avanzata dalla Commissione del centro di prevenzione e difesa sociale del 1968, fino allo sviluppo del tema anche a livello internazionale nel corso del X Congresso internazionale di diritto penale svolto a Roma nel 1969: M. Montagna, *I confini dell'indagine personologica nel processo penale*, cit., 160-161.

50. G. Dean, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., p. 13.

51. V. l'art. 518 del prog. prel. 1978 relativo alla riapertura del dibattimento al fine di procedere a perizia criminologica: sul punto *Relazione al prog. prel. c.p.p. 1978*, Roma, 1978, p. 433.

52. La Commissione per la riforma del codice penale presieduta dal Prof. Grosso (v. art. 13 disp. coord. del progetto preliminare di riforma del codice penale – testo del 26 maggio 2001, in www.giustizia.it) che prospettava l'adozione di un modello parzialmente bifasico: così B. Lavarini, *Ordine di esecuzione e meccanismi sospensivi,* in F. Caprioli – L. Scomparin, (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, cit., p. 37, nota 129.

53. La proposta di riservare alla fase cognitiva la sola decisione sulla responsabilità dell'imputato rimettendo alla fase esecutiva le decisioni concernenti la quantificazione e l'irrogazione della pena non ha potuto trovare

derivare da tale scelta, tra cui la difficoltà di scindere la verifica sull'elemento soggettivo del reato dall'indagine sulla personalità del reo e soprattutto la dilatazione dei tempi del processo[54], sono stati proposti vari modelli di processo penale bifasico differenti da quello puro di matrice nordamericana.

Neanche la ricodificazione del 1988 ha offerto opportunità di dibattito nonostante l'opzione bifasica fosse sostenuta da parte di autorevole dottrina[55] che sottolineava i vantaggi per il sistema giudiziario della distinzione tra un'apposita fase dedicata all'analisi della personalità del condannato e distinta da quella del giudizio al fine di garantire la determinazione di una pena individualizzata ed effettivamente volta alla rieducazione del reo[56].

I vari tentativi volti a sviluppare un approccio bifasico al tema dell'accertamento della responsabilità penale delineano schemi rappresentativi che costituiscono un utile riferimento per la riflessione dottrinale nell'ambito della quale rivela ancora oggi la propria attualità una considerazione che, prendendo avvio dallo studio sulle funzioni del processo penale, evidenziava l'opportunità della divisione del processo in due fasi[57] sulla base del principio della pluralità dei procedimenti penali e del principio di specializzazione[58]. Più in particolare, il primo principio risponde alla necessità di realizzare diversi gruppi di funzioni del processo penale relativamente da un lato, alla protezione della società dal crimine e alla contrapposta esigenza di tutela dell'accusato e, da un altro lato, alla prevenzione generale mediante intimidazione e al riadattamento sociale del condannato.

---

accoglimento per molteplici motivi culturali, politici, istituzionali, sistematici e organizzativi: così G. Riccio, *Premessa,* in A. Di Giovanni, *Il giudice della pena*, Napoli, 2010, p. 8.

54. Si rinvia alle puntuali notazioni di F. Caprioli – D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione,* cit., p. 17 ss.

55. Per la dottrina anteriore alla codificazione del 1988, v.: F. Bricola, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi,* in *Ind. pen*., 1969, p. 270 ss.; P. Camassa, *Il processo bifase per una giustizia moderna*, in *Riv. pen*., 1970, II, p. 640; G. Conso, *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale in due fasi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1968, p. 706; F. Gianniti, *Il problema della divisione del processo penale in due fasi*, in *Giust. pen*., 1976, I, c. 161; Id., *Prospettive criminologiche e processo penale*, Milano, 1984, p. 253; A. Malinverni, *La riforma del processo penale*, Torino, 1970, p. 18 ss.; Id., *Studi sul processo penale*, Torino, 1986, p. 32 ss.; L. Monaco, *Prospettive dell'idea dello scopo nella teoria della pena*, Napoli, 1984, p. 183 ss. Con riferimento al vigente codice di rito penale, v.: F. Corbi, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 42; G. Dean, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., p. 12-16; A. Di Giovanni, *Il giudice della pena*, Napoli, 2010; A. Gaito, *Dagli interventi correttivi sull'esecuzione della pena all'adeguamento continuo del giudicato: verso un processo penale bifasico?*, in *Giur. cost*., 1996, p. 892; L. Kalb, *Funzioni e finalità della pena tra teoria e prassi nella determinazione giudiziale*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia,* vol. II, Milano, 2000, p. 391 ss.; S. Lorusso, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Milano, 2002, p. 78 ss.; A. Miele, *Per una ristrutturazione bifasica del processo penale: brevi riflessioni*, in *Il giusto processo*, 1992, , p. 97; M. Montagna, *I confini dell'indagine personologica nel processo penale*, cit., 159 ss.; L. Monteverde, *Tribunale della pena e processo bifasico: realtà e prospettive*, in *Dir. pen. proc*., 2001, p. 1161; A. Pulvirenti, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, cit., p. 313 ss.

56. Sulla scelta monofasica del legislatore del 1988 v. i rilievi critici di F. Corbi, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 45 ss.; A. Miele, *Appunti per una illustrazione della esecuzione nel nuovo codice di procedura penale*, in *Giust. pen*., 1990, III, p. 637.

57. A. Malinverni, *La riforma del processo penale*, cit., p. 18 ss.

58. A. Malinverni, *Studi sul processo penale*, cit., p. 32 ss.

Nel solco della riferita considerazione si pone una più recente riflessione[59] secondo la quale attualmente la logica unitaria della struttura del procedimento penale non è agevolmente percepibile: in altri termini non sono riconducibili ad un sistema le varie fasi procedimentali che costituiscono, si afferma, altrettanti «blocchi monolitici»: si tratta della fase cognitiva fondata su un criticabile giudizio commisurativo della pena, del meccanismo sospensivo di cui si stigmatizza la collocazione immediatamente successiva al passaggio in giudicato della sentenza e, infine, il procedimento di sorveglianza.

D'altro canto il principio di specializzazione, secondo il quale l'attività di un individuo deve essere limitata allo svolgimento di un compito ben determinato, deve governare anche il processo penale: di tale principio costituisce un'applicazione proprio la struttura bifasica del processo.

Appare opportuno ricondurre a tale ambito concettuale le differenti spinte verso il modello bifasico che si può atteggiare sia a rimedio rispetto a precise criticità del sistema penale e processuale, sia come auspicabile sviluppo del sistema della giustizia penale.

a. Le incongruenze interne al sistema.

Le criticità del sistema di esecuzione della pena sono ascrivibili, in buona misura, al problema del sovraffollamento carcerario: trattasi di una emergenza endemica che nasconde un'antica questione: il dialogo tra sostanzialisti e processualisti deve tradursi in una concreta attività legislativa volta a superare le aporie del sistema. In altri termini emergono incongruenze interne al sistema in parte dovute a vizi genetici[60] che portano in evidenza criticità attinenti al giudizio commisurativo della pena[61] collegate ai problemi applicativi dell'art. 133 c.p. [62] e al divieto di perizia personologica di cui all'art. 220 comma 2 c.p.p.), in parte riconducibili a mutamenti legislativi susseguitisi nel tempo ma privi di organicità.

Con riferimento al primo aspetto vengono in considerazione alcune scelte di fondo operate dal legislatore del 1988 e destinate a ripercuotersi sui rapporti tra fase di merito e momento esecutivo[63].

In particolare, al fine di garantire la valenza rieducativa della pena comminata in sentenza, l'art. 187 c.p.p include tra gli elementi che devono costituire oggetto di prova tutto ciò che concorre alla determinazione della sanzione. Inoltre, l'art. 133 c.p. impone al giudice di cognizione di valutare, ai fini sanzionatori, i motivi a delinquere ed il carattere del reo, nonché le sue condizioni di vita individuale, familiare e sociale.

59. A. Pulvirenti, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, cit., p. 313.

60. M. Montagna, *I confini dell'indagine personologica nel processo penale*, cit.

61. Compongono il complesso delle attività che caratterizzano la c.d. commisurazione in senso lato, l'individuazione e il giudizio sul bilanciamento delle circostanze, la determinazione delle pene principali e accessorie, la definizione delle misure alternative ala detenzione: E. Dolcini, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, p. 4 ss.

62. F. Caprioli – D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 19 ss.

63. Sul punto, v. l'analisi di F. Caprioli – D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 18 ss.

Al contempo, però, sussiste il divieto di perizia criminologica previsto dall'art. 220 comma 2 c.p.p. che impedisce di compiere attività istruttorie utili in tal senso, con evidente pregiudizio per una reale individualizzazione del trattamento sanzionatorio la quale, conseguentemente, viene affidata alla fase esecutiva. Per di più, la rivalutazione della personalità del reo in un momento successivo è resa necessaria dalla troppo estesa durata del processo penale: tra la commisurazione della pena in sede cognitiva ed il momento in cui questa deve essere scontata può intercorrere un notevole arco temporale, con l'ovvia conseguenza che potrebbero emergere nuovi fattori da valutare in chiave risocializzante[64].

In sostanza, appare necessaria una ridefinizione generale del modello commisurativo della pena le cui dinamiche in sede cognitiva denunciano un'elevata sofferenza in specie a fronte della mancanza di attività probatoria specifica per l'art. 133 c.p.[65] A ciò si aggiunga la tecnica di formulazione della disposizione in questione che evidenzia, peraltro, la propria insufficienza ai fini del giudizio prognostico sulla personalità ossia del giudizio di predizione sul futuro comportamento del reo[66]: emerge, quindi, anche la necessità di razionalizzare il sistema sanzionatorio in considerazione del perdurante clemenzialismo che caratterizza la concessione delle misure alternative e premiali in fase di esecuzione in concreto della pena. A tale proposito, correttamente si è notato[67] che le misure alternative e sostitutive sono applicate con compiti clemenziali e perciò non contribuiscono alla razionalizzazione del sistema: peraltro, proprio la non razionalità del sistema ha spostato sul terreno del processo e della giurisdizione il carico della progressiva individuazione umanizzante della pena generando attenzione verso l'idea del processo penale bifasico.

Sul piano delle modifiche legislative succedutesi nel tempo, si consideri l'altra criticità la quale è generata dall'art. 656 c.p.p. che si colloca proprio nel segno di un recupero del modello bifasico: come è noto, il raccordo tra momento esecutivo e momento penitenziario è realizzato attraverso la sospensione dell'esecuzione della pena e l'accesso anticipato alle misure alternative da parte del condannato libero in caso di condanna a pene brevi. Tuttavia, tale strumento sospensivo, progressivamente ampliato dal legislatore degli ultimi anni, introduce una diseconomia del sistema[68] e appare tuttavia farraginoso in quanto è scandito dall'intervento di vari organi (pubblico ministero, giudice dell'esecuzione, magistrato e tribunale di sorveglianza) che operano con differenti moduli procedurali, determinando, inoltre, un criticabile dilatamento dei tempi di decisione[69]. In tale prospettiva si è proposta

64. In argomento, M. Montagna, *I confini dell'indagine personologica nel processo penale.*

65. G. Riccio, *Premessa*, cit., p. 8.

66. F. Caprioli – D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 21, sottolinea criticamente la commistione tra parametri di valutazione del quantum di colpevolezza e parametri di valutazione delle esigenze di recupero sociale.

67. G. Riccio, *Premessa*, cit., p. 10.

68. A. Gaito – G. Ranaldi, *Esecuzione penale*, cit., p. 63.

69. Si vedano i condivisibili rilievi critici di B. Lavarini, *Ordine di esecuzione e meccanismi sospensivi,* in F. Caprioli – L. Scomparin, (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, cit., p. 36.

addirittura l'eliminazione dell'istituto sospensivo che sarebbe strumentale all'obiettivo di recuperare razionalità alla pena in funzione dell'introduzione del processo penale bifasico[70].

È evidente la necessità di razionalizzare il sistema rivedendo i rapporti tra giurisdizione di cognizione e giurisdizione esecutivo/rieducativa, allo scopo di recuperare in termini di economia processuale ed effettività della pena.

b. La giurisdizionalizzazione della fase esecutiva.

In dottrina si è evidenziato il processo di graduale trasformazione del processo penale che interessa anche la fase dell'esecuzione della pena. Il dato da cui prendere avvio è noto: la pena definita in sentenza non costituisce giudicato: questo, invece, si forma sul merito in ordine all'accertamento del fatto e della responsabilità. Invero la fase degli incidenti di esecuzione sta assumendo progressivamente una sua autonomia in un forte contesto di giurisdizionalizzazione e alla luce dei principi del giusto processo[71], anzi, si tratta di una "pangiurisdizionalizzazione" della fase esecutiva[72].

In altri termini, il codice di rito penale vigente delinea una dimensione dinamica della certezza del diritto sottesa all'istituto del giudicato, alla costruzione della quale coopera, se occorre, la giurisdizione attivabile *post rem iudicatam* nei casi previsti tassativamente dalla legge[73].

La riflessione, da sviluppare sul piano dei rapporti tra latitudine cognitiva del giudice dell'esecuzione e progressiva erosione del giudicato, spinge quanto meno verso un'omologazione tra fase esecutiva e fase del giudizio[74]; tuttavia, la rilevata relativizzazione della distinzione tra cognizione ed esecuzione[75], legata all'evoluzione del sistema che vede potenziato il ruolo del giudice dell'esecuzione, non esclude in prospettiva l'approdo ad un sistema bifasico[76]. S'impone, conseguentemente, la necessità di valutare se nell'ambito probatorio esecutivo possano realizzarsi i princìpi del giusto processo espressi dall'art. 111 Cost.[77].

Infine, appare intuitivo il collegamento tra il principio di specializzazione dianzi ricordato e l'esigenza di giurisdizionalizzazione in esame: ad essa sembra funzionale l'attribuzione del giudizio sulla pena ad un giudice con specifiche competenze al quale affidare appunto il tasso di giurisdizionalizzazione della fase esecutiva anche al fine di superare la frammentazione della garanzia giurisdizionale relative al momento esecutivo della sanzione penale.

70. A. Pulvirenti, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, cit., p. 313.
71. Per tutti, G. Spangher, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, cit., p. 135.
72. D. Vigoni, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit., p. 334.
73. E. M. Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, Milano, 2012, p. 17.
74. A. Gaito – G. Ranaldi, *Esecuzione penale*, cit., p. 63.
75. G. Canzio, *La giurisdizione e la esecuzione della pena*, cit., p. 3.
76. G. Spangher, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, cit., p. 134.
77. F. Giunchedi, *La prova nella giurisdizione esecutiva*, Torino, 2012, p. 33 ss.; A. Pulvirenti, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, cit., p. 207 ss.

4. I modelli di processo penale bifasico emergenti dalla riflessione dottrinale.

La ricerca di soluzioni volte sia a porre rimedio alle criticità sopra ricordate, sia a soddisfare le varie esigenze in gioco, impone il riferimento ad alcune proposte nate nel tempo dalla riflessione degli studiosi.

Sono parse opportune, nel breve termine, alcune proposte minimamente razionalizzatrici[78] come la proposta di concentrazione dei giudizi sulla liberazione anticipata e sull'accesso alle misure alternative *ab initio* (senza passare dal carcere) davanti ad un solo organo, un giudice unico dell'esecuzione [79], ovvero l'idea che propugna l'abbandono della dicotomia tra giudice dell'esecuzione e magistratura di sorveglianza (e relativi uffici del pubblico ministero) in favore di un'unica struttura giudiziaria autonoma radicata in ogni distretto di corte di appello con una competenza mista esecutiva e penitenziaria[80].

Tuttavia, occorre menzionare alcune riflessioni più articolate che propongono differenti schemi, variamente denominati dalla dottrina a seconda dell'aspetto valorizzato di volta in volta.

In tale complesso quadro, il criterio che forse meglio consente di ordinare la materia appare quello della collocazione del giudizio sulla pena anteriormente o successivamente al passaggio in giudicato della sentenza di condanna: si individuano essenzialmente due varianti di processo penale bifasico.

a. Il modello bifasico "attenuato": la valutazione sul trattamento sanzionatorio antecedente al giudicato di condanna.

Alla prospettiva della valutazione sul trattamento sanzionatorio del condannato antecedente al passaggio in giudicato della sentenza di condanna si riconducono alcune tipologie di processo penale bifasico ascrivibili alla variante del bifasico puro o tradizionale secondo la quale è il giudice della cognizione che compie prima il giudizio sulla fatto e sulla responsabilità e in seguito la determinazione della pena da infliggere.

È stato immaginato uno schema bifasico delineato entri determinati limiti e soltanto per alcuni delitti, dividendo il dibattimento in due fasi con la possibilità di rinviare la decisione sulla pena in un momento successivo alla decisione sulla colpevolezza: da tale configurazione deriva la qualificazione del processo penale bifasico come "attenuato"[81]. Si tratta di una soluzione in cui la valutazione sul fatto e quella sulla pena sono distinte, ma con il temperamento di essere effettuate dallo stesso giudice[82].

78. B. Lavarini, *Ordine di esecuzione e meccanismi sospensivi*, cit., p. 36 ss.

79. A. Pulvirenti, *Riduzione della custodia cautelare e liberazione anticipata dallo* status libertatis quali antidoti al sovraffollamento penitenziario, in *Legisl. pen*., 4, 2013, p. 1001.

80. In questa direzione la Bozza Riccio: v. D. Vigoni, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit., p. 322 ss.

81. M. Montagna, *I confini dell'indagine personologica nel processo penale*, cit., p. 161.

82. È questa la versione di processo bifasico suggerita nel 1968 dalla Commissione del Centro di preven-

In altri termini, si prevede che il giudice della cognizione al momento della pronuncia della condanna, differisca ad un'udienza successiva la decisione sul trattamento sanzionatorio qualora appaia necessario acquisire a tal fine altre prove ovvero approfondire l'indagine sulla personalità del condannato, anche con una perizia psicologica: perciò il modello è definito anche "eventuale"[83]. Se una tale struttura processuale presenta alcuni pregi in quanto appare idonea a superare le incongruenze legate al giudizio commisurativo della pena, consentendo al giudice della cognizione di utilizzare strumenti di conoscenza della personalità del condannato e residuano perplessità in relazione al possibile condizionamento del giudice nell'attribuzione della responsabilità e la eccessiva dilatazione dei tempi processuali: dunque una prospettiva riformatrice come quella in discorso, richiederebbe una riscrittura dell'art. 133 c.p. e un intervento sulla lunghezza del processo[84].

Sempre eventuale è lo schema strutturale offerto, in contrapposizione al c.d. bifasico "differito" affiorante dalla disciplina della sospensione dell'esecuzione, da un'ulteriore proposta dottrinale[85]: si tratta di un modello definito "compatto" in quanto innestato subito dopo la decisione sulla pena da parte del giudice della cognizione, fondato su modalità volte a consentire, qualora giudizio sulla responsabilità si concluda con una pena contenuta nei limiti previsti dall'art. 656 comma 5 c.p.p., un ravvicinato giudizio sulla pena che individui la soluzione alternativa più adeguata al caso concreto.

Più precisamente, la deliberazione dovrebbe articolarsi in una prima fase necessaria in cui si determina la pena applicabile e si dà lettura del dispositivo ed una fase eventuale condizionata al caso in cui la pena irrogata rientri nelle soglie di pena detentiva breve individuate dal legislatore come presupposto per l'operatività del meccanismo sospensivo dell'esecuzione: in tale momento potrebbe trovare spazio, a richiesta del condannato, l'immediato vaglio sull'applicabilità delle misure alternative. Qualora fosse concessa una misura alternativa, competerebbe poi alla magistratura di sorveglianza ogni decisione sulle modalità applicative e le vicende modificative delle misure penitenziarie successivamente al passaggio in giudicato della sentenza. Il modello, tuttavia non è esente da critiche afferenti ai seguenti aspetti: esclusiva finalizzazione all'operatività della sospensione della pena; vanificazione delle prerogative istituzionali della magistratura di sorveglianza; tenuta delle decisioni di primo grado rispetto ad un'eventuale impugnazione con il rischio di condizionamenti sul giudizio di colpevolezza; disfunzioni temporali del processo[86].

zione e difesa sociale presieduta da Giovanni Conso e riproposta in seguito dalla Commissione di riforma del codice penale Grosso: v. F. Caprioli – D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 18.

83. F. Caprioli – D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 19.

84. M. Montagna, *I confini dell'indagine personologica nel processo penale*, cit., p. 163.

85. D. Vigoni, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit., p. 328.

86. D. Vigoni, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit., p.331 ss.

b. Il modello bifasico "rinforzato": la valutazione sul trattamento sanzionatorio successiva al giudicato di condanna.

Nell'alveo di una netta autonomia processuale del momento commisurativo della pena si pone la più coraggiosa prospettiva del modello bifasico calibrato sulla chiara distinzione dei due momenti valutativi sul fatto e sul trattamento sanzionatorio: al giudice della cognizione competerebbe esclusivamente la dichiarazione di colpevolezza, mentre la determinazione della pena sarebbe demandata *post iudicatum* ad un apposito giudice specializzato Si delinea, in sostanza, un sistema a "doppia pronuncia"[87] che potremmo definire bifasico "rinforzato" in quanto, ancorato al presupposto del passaggio in giudicato della sentenza, è fondata sulla distinzione dei momenti valutativi e degli organi ai quali competono. Il modello, dunque, comporta l'istituzione di un apposito organo giurisdizionale dotato di specifiche competenze funzionali relativamente alla commisurazione del trattamento sanzionatorio, nonché di compiti di vigilanza sulle modalità di attuazione dello stesso: un «tribunale delle pene» che parte della dottrina già individua nel tribunale di sorveglianza[88].

Non si discosta dal modello in esame una soluzione intermedia[89] che, sulla base della differenza tra giurisdizione cognitiva e giurisdizione esecutiva quanto a forme e garanzie, valorizza la variante forte di processo penale bifasico con il correttivo rappresentato da un ulteriore compito assegnato al giudice della cognizione: una volta accertata la responsabilità dell'imputato, di misurare con le forme e le garanzie della giurisdizione cognitiva un grado oggettivo di colpevolezza e fissare il limite massimo della pena; la definitiva commisurazione della pena e l'individualizzazione del trattamento sanzionatorio dovrebbero essere effettuate, alla luce della pregressa ricostruzione del fatto storico, in un secondo momento con le caratteristiche formali e contenutistiche, nonché con le garanzie proprie della giurisdizione esecutiva.

Sul piano procedurale, il giudice delle pene dovrebbe operare seguendo lo schema del procedimento di esecuzione delineato dall'art. 666 c.p.p. ma irrobustito dall'oralità dell'istruzione probatoria e dalla pubblicità dell'udienza[90]: non deve verificarsi una flessione delle garanzie, ma, semmai, una diversificazione delle stesse in ragione del peculiare oggetto del giudizio[91]. Emerge la figura di un giudice specializzato al quale affidare l'obiettivo di innalzare il tasso di giurisdizionalità del sistema e superare la parcellizzazione delle funzioni relative all'esecuzione della pena nell'intento di ridare credibilità alla funzione giudiziaria e di razionalizzare l'esecuzione della pena[92].

87. G. Dean, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., p. 16.

88. L. Monteverde, *Tribunale della pena e processo bifasico: realtà e prospettive*, cit., p. 1167; v. inoltre P. Comucci, *Attualità del processo bifasico*, in *Studi in onore di Giandomenico Pisapia*, vol. II, Milano, 2000, p. 131; A. Miele, *Per una ristrutturazione bifasica del processo penale: brevi riflessioni*, cit., p. 101.

89. F. Caprioli – D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 21.

90. M. Montagna, *I confini dell'indagine personologica nel processo penale*, cit., p. 168.

91. F. Caprioli – D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 2

92. G. Riccio, *Premessa*, cit., p. 10.

I fautori del modello in discorso ne pongono in luce i vantaggi individuati nell'idoneità a consentire un effettivo raccordo tra cognizione ed esecuzione[93], il giudizio sulla responsabilità secondo un quadro oggettivo delle risultanze[94] una valutazione individualizzante del trattamento sanzionatorio[95], oltre ai pregi connessi alla collocazione distrettuale e alla composizione mista del tribunale delle pene[96].

Merita sviluppare la riflessione su tale ultimo aspetto. La soluzione del bifasico nella sua declinazione forte appare idonea a far fronte alla necessità del giudizio prognostico sul futuri comportamento del reo[97].

D'altro canto la possibilità di utilizzare il giudizio prognostico riflette la precarietà del rapporto esistente fra diritto e scienze dell'uomo. Il legislatore prescrive che il giudice effettui giudizi prognostici senza preoccuparsi di stabilire se questi verranno formulati e con quali modalità. Nella prassi si finisce, in sostanza, con il lavorare empiricamente e di intuito[98].

Certamente intuitivo e perciò insufficiente è il metodo indicato dall'art. 133 del codice penale, che oggi costituisce l'unico aggancio normativo offerto dal sistema giuridico penale, oltre che per il giudizio commisurativo della pena, anche ai fini della predizione del comportamento antisociale sotto il duplice profilo della capacità a delinquere e della pericolosità sociale[99]. Quest'ultima, ricordiamolo, viene in considerazione quale presupposto, oggetto di accertamento oltre alla commissione di un reato o di un quasi - reato, al fine dell'applicazio-

93. G. Dean, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., p. 16.

94. A. Pulvirenti, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, cit., p. 317.

95. G. Riccio, *Premessa,* cit., p. 12.

96. La presenza di giudici professionali e di soggetti esperti garantirebbe un'adeguata valutazione della personalità senza pregiudizio per l'accertamento della responsabilità già sviluppato nella prima fase del processo: M. Montagna, *I confini dell'indagine personologica nel processo penale*, cit., p. 168; A. Pulvirenti, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, cit., p. 317.

97. Nella politica criminale degli ultimi trenta anni si è verificata la progressiva erosione dell'ambito di operatività della pena detentiva; tale erosione è culminata nella riforma del diritto penitenziario e nel potenziamento delle misure sostitutive. Si è registrata da un lato la ristrutturazione del sistema sanzionatorio ai fini di una sempre maggiore individualizzazione della risposta penale, e dall'altro, una differenziazione delle tipologie soggettive in relazione alle singole possibilità di intervento sul reo. Si sono inoltre e conseguentemente dilatati gli spazi di discrezionalità del giudice in sede applicativa. Volendo, in prospettiva di sintesi, P. Felicioni, *L'esecuzione della pena e della misura di sicurezza*, in G. Flora – P. Tonini (a cura di), *Diritto penale per operatori sociali*, vol. II, *Le aree di intervento*, Milano, 2014, p. 72 ss.; Ead, *Il giudizio sulla personalità del condannato*, in P. Tonini (a cura di), *Elementi di diritto penale per operatori sociali*, Milano, 1993, p. 109 ss.

98. L. Monaco, *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena*, cit., p. 149.

99. A. Pulvirenti, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, cit., p. 68 ss. La disposizione penale citata, come è noto, stabilisce che il giudice, in sede di commisurazione della pena entro i limiti edittali, deve considerare la gravità del reato desumibile dagli elementi indicati dal primo comma e cioè: 1) natura, specie, mezzi, oggetto, tempo, luogo ed ogni altra modalità delbazione; 2) gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato; 3) intensità del dolo o grado della colpa. In secondo luogo il giudice deve tenere conto della capacità a delinquere del reo desumibile dagli indici posti al secondo comma delbart. 133 c.p. e cioè: 1) motivi a delinquere e carattere del reo; 2) precedenti penali e giudiziari e, in genere, la condotta e la vita del reo antecedenti al reato; 3) la condotta contemporanea o susseguente al reato; 4) le condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo.

ne della misura di sicurezza. A sua volta l'art. 203 c.p. per definire la qualità della persona socialmente pericolosa rinvia alle circostanze elencate dalla norma suesposta.

Ne deriva che gli elementi indicati dall'art. 133 c.p. sono utili sia per un giudizio sulla capacità a delinquere (si considera il passato dell'autore fino alla commissione del reato), sia per un giudizio sulla personalità (si ha riguardo al probabile comportamento futuro dell'autore del reato). Per entrambi i giudizi è necessario considerare la personalità globale del soggetto. Da tale punto di vista anche gli elementi che l'art. 133 c.p. indica come rilevanti per accertare la gravità del reato, hanno valore di indici della personalità del soggetto. Ma la disposizione in esame risalta per la sua ambiguità consistente in ciò: l'art. 133 c.p. indica gli elementi che il giudice deve valutare, ma non i criteri di valutazione[100]. Pensiamo al primo elemento indicato dall'art. 133 comma 2 c.p. e cioè i "motivi a delinquere": la collocazione data rispetto agli altri elementi è un riconoscimento della loro importanza, ma nessuna indicazione è fornita circa la direzione in cui valutare tali motivi (a carico o a favore del reo). Ricordiamo infatti che le motivazioni presentano un'ambivalenza potenziale nel senso che possono indurre ad azioni antisociali o ad azioni socialmente accettate[101].

Inoltre gli elementi indicativi riportati dall'art. 133 c.p., sono suscettibili di una valutazione favorevole o sfavorevole al reo, a seconda del criterio finalistico che si adotta, sia esso retrospettivo - retributivo o prognostico - preventivo. Per esempio può essere duplice la valutazione delle "condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo" (art. 133 comma 2 n. 4). Infatti se tali condizioni risultano criminogene, possono essere valutate come attenuazioni della pena considerata dal punto di vista retributivo; se si assume un punto di vista prognostico - preventivo, invece, possono giustificare un giudizio di maggior pericolosità e perciò possono portare ad un aggravamento della pena.

In sintesi, nello sforzo dell'interprete di formulare un giudizio di predizione sul futuro comportamento del reo, i problemi nascono innanzitutto dalla vaghezza dell'art. 133 c.p.; d'altro canto nessun aiuto proviene dalle norme a struttura prognostica relative a singoli istituti previsti dal codice penale[102] o dalla normativa penitenziaria[103]. Resta il dato della difficoltà di

100. A. Malinverni, voce *Motivi*, cit., p. 293; L. Monaco, *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena*, cit., p. 138; F. Mantovani, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 628 ss.

101. A. Malinverni, voce *Motivi*, cit., p. 322; F. Mantovani, *Diritto penale, diritto premiale e ordinamento penitenziario*, in *Arch. pen.*, 1982, p. 14.

102. Si pensi all'art. 169 c.p. che, al fine di concedere il perdono giudiziale, richiede al giudice la previsione che il colpevole si asterrà dal commettere nuovi reati, sempre senza indicazione alcuna di criteri su cui fondare la prognosi, ove si eccettui il riferimento al criticato art. 133 c.p. Inoltre, l'art. 176 c.p., relativo alla concessione della liberazione condizionale, fra i presupposti di questa pone il fatto che il detenuto abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento. Rimane da stabilire che cosa significa "ravvedimento": la locuzione che richiama un concetto morale cui è difficile dare un contenuto.

103. Anche le norme dell'ordinamento penitenziario non recano alcun aiuto all'interprete. Consideriamo l'art. 30-*ter* relativo alla concessione dei permessi premio ai condannati. I presupposti soggettivi ai quali è

effettuare una predizione del futuro comportamento di una persona anche se formulata con l'ausilio tecnico di esperti (psicologi, esperti di servizio sociale, di pedagogia, di criminologia clinica, di psichiatria) come avviene attualmente nella fase della esecuzione penale, soprattutto in relazione alla concessione o revoca delle misure alternative. Si rende infatti necessario predisporre un sistema atto a contenere e a ridurre al minimo i rischi che, dall'apertura del carcere a causa della concessione di misure alternative o premiali, possono derivare alla società libera. In sostanza, la legge assegna alla magistratura di sorveglianza il compito di verificare la lealtà dell'adesione del detenuto al trattamento[104]; il problema si sposta dunque sempre sulla definizione dei criteri utilizzabili per effettuare tale accertamento concernente la genuinità dei comportamenti meritori del detenuto[105], ma occorre che gli strumenti siano maneggiati da un organo specializzato, come, appunto, potrebbe essere un giudice delle pene.

Una condivisibile riflessione conclusiva è volta a ridimensionare la paventata aspettativa di un effetto dirompente che la strutturazione bifasica del processo potrebbe determinare sul sistema. A ben vedere, infatti, il legislatore, intervenendo in tal senso, finirebbe semplicemente con il razionalizzare quella «dinamica bifasica» che già oggi caratterizza i rapporti tra giudice della cognizione e tribunale di sorveglianza nei casi in cui opera il meccanismo sospensivo dell'esecuzione di cui all'art. 656 comma 5 c.p.p.[106].

subordinata la concessione della misura in esame, sono la regolare condotta tenuta dal condannato durante la detenzione e l'assenza di pericolosità sociale. Il primo requisito attiene alla personalità del potenziale beneficiario del permesso premio. Per quanto riguarda il concetto di "regolarità" della condotta l'articolo citato al primo comma rimanda ad una nozione contenuta nell'ottavo comma: "La condotta dei condannati si considera regolare quando i soggetti, durante la detenzione, hanno manifestato costante senso di responsabilità e correttezza nel comportamento personale, nelle attività organizzate negli istituti e nelle eventuali attività lavorative o culturali". Dunque l'indicazione legislativa sulla correttezza del comportamento sembra rimandare alla condotta esteriore; questa certamente non è sufficiente quale base per un giudizio prognostico, in quanto è più facilmente simulabile di un tratto del carattere o di un atteggiamento mentale. Da questo punto di vista il rischio è notevole: infatti sono proprio i criminali più efferati, in quanto dotati di maggior freddezza e in grado di simulare facilmente una buona condotta esteriore, ad ottenere più di altri i permessi premio. Anche per valutare il "senso di responsabilità " e l'assenza di pericolosità occorre un'indagine sulla personalità del soggetto e un giudizio prognostico con le difficoltà già evidenziate.

104. F. Mantovani, *Diritto penale, diritto premiale e ordinamento penitenziario*, cit., p. 14 ss.

105. P. Felicioni, *L'esecuzione della pena e della misura di sicurezza*, in G. Flora - P. Tonini, *Diritto penale per operatori sociali*, II, Milano, 2014, p. 72 ss.

106. A. Pulvirenti, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, cit., p. 319.

NOTE IN TEMA DI USO FORENSE DEI PRECEDENTI GIUDIZIARI

Antonio Gambaro
Prof. ordinario Università di Milano

Sommario: 1. L'occasione di uno scorcio della Cattedrale. – 2. L'uso argomentativo del precedente nelle prassi forensi. – 3. Precisazioni semantiche su uno xenonimo. – 4. Le indicazioni provenienti dalle esperienze di common law. – 5. Le valenze intrinseche ai precedenti: la funzione semplificativa. – 6. La funzione preclusiva dei precedenti conformi. – 7. La funzione propulsiva del precedente.

1. L'occasione rappresentata da un incontro di studi[1] sui precedenti giudiziari ed il loro uso nelle prassi forensi, mi portato a riflettere su un tema che in sé può apparire limitato, ma che in realtà pertiene alla più vasta tematica dell'analisi del *Legal Process*, ossia dei fattori dinamici che assicurano il funzionamento di un ordinamento conferendogli efficacia non sotto il profilo astratto della cosiddetta efficacia giuridica, ma sotto quello concreto delle modalità con cui si producono decisioni giuridiche che si impongono anche ai non osservanti.

In quest'ottica, mi è parso che l'analisi degli usi dei precedenti, imponendo una parallela analisi delle loro funzioni possa contribuire a chiarire, a livello conoscitivo, alcuni meccanismi molecolari che condizionano i modi con cui si procede concretamente all'interpretazione e allo sviluppo del diritto; concetti che suggerei di mantenere distinti anche se nei discorsi giuridici correnti (tranne quelli che si esprimono in lingua tedesca ove si distingue tra «*Auslegung* » e «*Rechtsfortbildung*») sono accumunati sotto la denominazione generale di "interpretazione del diritto".

Si tratta deliberatamente di un piccolo scorcio della Cattedrale rappresentata dalla imponente tematica suddetta e volentieri, ma con umiltà di intenti, offro un primo precipitato delle riflessioni che l'occasione mi ha suggerito, all'amico Giovanni Furgiuele ben sapendo quanto il tema dell'interpretazione gli sia caro.

2. Circa l'uso forense del precedente giudiziale si dia per scontato che in tale contesto il cosiddetto "precedente" viene "invocato", ovvero viene citato come argomento per indicare la soluzione giuridicamente corretta di un problema giuridico attorno al quale è insorta una divergenza di valutazione. In questo senso, ancora del tutto generico, l'uso forense del precedente non è diverso dall'uso che se ne fa in dottrina, ove, sempre più spesso, l'ultima soluzione giurisprudenziale viene assunta come indiscutibilmente dirimente di un punto controverso. Tecnica argomentativa che in realtà era già in uso nella seconda

1. *Seminari "Leibniz" per la teoria e la logica del diritto, I precedenti*, Roma, Giovedì 6 luglio 2017.

e terza fase dell'*école dell'exégèse*[2], e si fonda sul riconoscimento che i giudici godono di una autorevolezza particolare, che si trasforma in autorità positiva quando si tratti della Corte di Cassazione che è dotata di funzioni di nomofilachia, recentemente ribaditi e rafforzati dalla riforma del processo civile di cassazione[3].

L'assunto per cui nel contesto del discorso forense, il "precedente" è uno dei materiali con cui si costruisce un tessuto argomentativo che vuole essere solo persuasivo è in armonia con l'assunto tradizionale per cui in un sistema di *civil law* il precedente giurisprudenziale ha valenza argomentativo-persuasiva e non è giuridicamente vincolante[4], ma lascia aperti una serie di problemi, ad iniziare da quello del suo non facile coordinamento con la funzione creativa della giurisprudenza[5], che si collocano nell'ambito dell' inquadramento conoscitivo del tema. Rispetto ad una gamma di questioni molto vasta ed anche ampiamente indagata[6], mi limiterò ad elencarne alcune che a mio avviso me-

2. Cfr. J. Bonnecase, *L'école de l'exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants; 2e éd. entièrement revue et augmentée*, Paris, 1924.

3. D. leg. n. 40 del 2006, in attuazione della l. delega n. 80 del 2005.

4. Cfr. R. Rordorf, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it*., 2006, V, p. 279.

5. Cfr. R. Rordorf, op cit.

6. In tema si vedano le opere collettive che sono state approntate in varie discipline: G. Visintini (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente,* Cedam, Padova, 1989; su cui cfr. A. Miranda, *La giurisprudenza per massime ed il valore del precedente (note per un convegno)*, in *Riv. critica dir. privato*, 1988, p. 513, e S. Sica, *Convegno su «la giurisprudenza per massime e il valore del precedente»*, in *Rass. dir. civ*., 1988, p. 777; G. Cocco (a cura di) *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Cedam, Padova, 2005; M. Pedrazza Gorlero (a cura di), *Il precedente nella giurisprudenza della corte costituzionale,* Cedam, Padova, 2008; nonché gli studi monografici di: A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale - Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, 1999; M. Bin, *Il precedente giudiziario*, Cedam, Padova, 1995; e le voci enciclopediche, tra cui da ultimo, M. Marinelli, *Precedente giudiziario*, in *Encicl. dir.*, aggiornamento-VI, Giuffrè, Milano, 2002, p. 871. Una attenzione intensa è stata dedicata al tema dalla rivista "*Contratto e Impresa*" ove sono stati pubblicati studi di rilievo, tra cui vedi: F. Galgano, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, ivi 1985, p. 701; G. De Nova, *Sull'interpretazione del precedente giudiziario*, ivi 1986, p. 779; *Otto voci sul precedente giudiziario*: Galgano, *Dei difetti della giurisprudenza, ovvero dei difetti delle riviste di giurisprudenza* - Bonsignori, *L'art. 65 dell'ordinamento giudiziario e l'efficacia persuasiva del precedente* – De Nova, *L'astrattezza delle massime e le origini dell'ufficio del massimario* - Sbisà, *Certezza del diritto e flessibilità del sistema (la motivazione della sentenza in common law e civil law)* - Inzitari, *Obbligatorietà e persuasività del precedente giudiziario* - Genghini, *Il punto di vista del magistrato della cassazione* - Basedow, *Fattori e strumenti processuali dell'evoluzione giudiziaria del diritto* - Bin, *Funzione uniformatrice della cassazione e valore del precedente giudiziario*, ivi, 1988, p. 504; P.G. Monateri, *L'occhio del comparatista sul ruolo del precedente giudiziario in Italia*, ivi, 1988, p. 192; F. Galgano, *L'efficacia vincolante del precedente di cassazione*, ivi, 1999, p. 889; M. Croce, *La «lunga marcia» del precedente: la nomofilachia come valore costituzionale?,* ivi, 2011, p. 847. Nella letteratura giuridica italiana il tema del precedente è considerato da varie angolature in numerosi saggi, tra cui vedi: N. Picardi, *Appunti sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 1985, p. 201 e in *Raccolta di scritti in memoria di Angelo Lener*, Esi, Napoli, 1989; V. Vigoriti, *La decisione arbitrale come precedente*, in *Riv. arbitrato*, 1996, p. 33; M. Cavino, *Il precedente tra certezza del diritto e libertà del giudice: la sintesi nel diritto vivente*, in *Dir. e società*, 2001, p. 159; M. Cavino, S. Chiarloni, *Un mito rivisitato: note comparative sull'autorità del precedente giurisprudenziale*, in Riv. dir. proc., 2001, p. 614; S. Mazzamuto, *Certezza e prevedibilità: nuove frontiere della nomofilachia e tentativi di enforcement del precedente,* in Politica del diritto, 2003, p. 157; E. Calzolaio, *Il valore di precedente delle sentenze della corte di giustizia*, in *Riv. critica dir. lav*., 2009, p. 41; G. Luchetti, *Il valore del precedente giurisprudenziale sul confine mobile tra potere legislativo e potere giudiziario - Profili romanistici*, in *Arch.*

ritano una certa attenzione collocandole nell'ottica dello studio realistico dei fenomeni giuridici senza rinunciare alle indicazioni che provengono dalla prospettiva del confronto comparativo[7].

3. Il confronto comparativo come è noto serve anzitutto a chiarificare attraverso l'effetto di contrasto[8] il significato comunemente attribuito ad un segno linguistico da una data comunità di parlanti. È quindi da ricordare che la parola precedente è penetrata nell'uso linguistico corrente per evidente suggestione dei modelli angloamericani e più precisamente per imitazione del lessico utilizzato nelle teorizzazioni che in quella tradizione giuridica sono state offerte in relazione al diritto di fonte giurisprudenziale[9]. Tuttavia in tale trasposizione è accaduto che la nozione di precedente giurisprudenziale abbia diluito la propria efficacia vincolante (infatti la vincolatività riconosciuta anche alla singola decisione nella teoria classica dello *stare decisis*, non è trasponibile in un sistema di *civil law*), ma abbia dilatato assai il proprio campo semantico, divenendo espressione linguistica con cui si può denotare qualsiasi asserzione che sia contenuta in una sentenza giudiziale anche se non è la *ratio decidendi* del caso della vita oggetto del giudizio[10].

In altri termini, nelle nostre prassi discorsive la parola "precedente" denota mere citazioni di brani estrapolati da sentenze e da massime che dovrebbero acquistare valore

giur., 2014, p. 507; A. Martinuzzi, *Un'analisi comparata sull'uso del precedente di fronte alle corti costituzionali*, in Percorsi costituzionali, 2015, p. 559; S. Bertea, C. Sarra, *Dialettica del precedente - Appunti per una collocazione teorica dell'uso del precedente straniero*, in *Ars interpretandi*, 2016, fasc. 1, p. 13.

7. Del resto, nella dottrina italiana sul tema del precedente la letteratura di riferimento è costituita dagli studi comparatistici con le esperienze di common law, ai quali si deve fare rinvio per gli indispensabili riferimenti agli studi e ricerche condotti in lingua inglese che sono troppo numerosi per essere citati in questa sede, cfr. in sintesi: U. Mattei, *Stare decisis*, Milano, Giuffré, 1988; Id., *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. Civ.*, XIV, p. 148 (1996); G. Gorla, *Precedente giudiziale*, in *Encicl. giur. Treccani*, Roma, 1990, vol. XXIII; F. De Franchis, *L'interpretazione del precedente giudiziario nei sistemi di «civil law» e di «common law» (accenni comparatistici*), in *Contratto e impr.*, 1986, p. 91; L. Antoniolli, *Il precedente giudiziario come fonte del diritto: l'esperienza inglese,* in Riv. dir. civ. 1993, I, p. 133; M. Taruffo, *Il giudice e la rule of law,* in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1999, p. 931; Id., *Il processo civile di civil law e di common law: aspetti fondamentali*, in *Foro it.*, 2001, parte V, p. 345; Id., *Precedente e giurisprudenza,* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, p. 709; Id., *Aspetti del precedente giudiziale,* in *Criminalia*, 2014, p. 37; J. Ovalle Favela, *Tradizioni giuridiche e processo civile: sentenza, precedente e giurisprudenza,* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, p. 867; M. Serio, *Il valore del precedente tra tradizione continentale e common law: due sistemi ancora distanti?,* in *Riv. dir. civ.*, 2008, suppl. al n. 1, p. 109; E. Calzolaio, *Riforma del processo di cassazione e precedente giudiziale: riflessioni nella prospettiva della comparazione civil law-common law,* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 1003; R. Mancuso, *Il precedente giudiziale tra ordinamenti di common law e di civil law,* in *www.diritto.it*, 2011; M. Serio, *La rilevanza del fatto nella struttura del precedente giudiziario inglese*, in *Europa e dir. privato*, 2013, p. 357; G. Criscuoli, M. Serio, *Nuova introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano, Giuffré, 2016, p. 267 ss.

8. Cfr. A.G. Conte, *Semantica della xenonimia*, in R. Sacco (a cura di), *Le nuove ambizioni del sapere del giurista: antropologia giuridica e traduttologia giuridica*, in *Atti dei Convegni Lincei – 253*, Roma, Scienze e Lettere, 2009, p. 161.

9. Pertanto la parola precedente e xenonimo della parola inglese "*precedent*", non essendovi dubbio alcuno che l'una traduce l'altra

10. Pertanto è dubbio che la parola precedente abbia il medesimo referente della parola "*precedent*", anzi gran parte della letteratura comparatistica, *supra* n.7, suggerisce che tra i due segni non intercorre il fenomeno semantico della identità di *Bedeutung*.

persuasivo dall'autorevolezza delle loro fonti. Il che esclude dal suo campo semantico solo le citazioni errate, o manipolate che fanno dire ad una corte l'opposto di ciò che ha deciso, citazioni che pure sono frequenti non solo negli atti degli avvocati.

Ciò che quindi è andato perduto nell'operazione di trasposizione da una esperienza all'altra è sia il significato normativo ed istituzionale del concetto di precedente giudiziale, sia l'apparato teorico-intellettuale che ne guida il trattamento ai fini delle decisioni giudiziali successive. Diviene quindi banale osservare che senza la guida di criteri di selezione ed individuazione delle decisioni precedenti che siano congruenti con il problema *sub judice*, le citazioni di meri *holdings* tratti da giudicati precedenti non possono svolgere altra funzione all'infuori di quella di ottenere la immediata persuasione del giudicante (anche a costo di gettare talvolta sabbia negli occhi dei giudici), ponendosi così al di fuori di qualunque forma di sapere giuridico, il quale richiede come minimo una esposizione ordinata e controllabile di argomentazioni secondo i canoni di ragionamento comunemente accettati da una data comunità di giuristi.

4. Circa il significato che deve essere attribuito al termine di partenza, ossia alla parola inglese "*precedent*" si deve osservare che nelle esperienze di *common law* le tecniche di trattamento dei precedenti hanno subito, a partire dagli anni trenta del secolo scorso, una evoluzione se non una vera e propria metamorfosi. Sicché risulta improponibile l'operazione consistente nel riportarsi alla cosiddetta teoria classica del precedente giudiziale di *common law*, che in realtà era una teorizzazione essenzialmente inglese, non solo perché si tratta dell' impostazione più nettamente confliggente con i postulati basilari dei sistemi di *civil law*, ma anche perché è antistorico rifarsi ad una impostazione abbandonata da coloro stessi che l'avevano sostenuta.

Pertanto il riferimento alla certo più ricca ed estesa esperienza di *common law* non deve essere finalizzato ad attuare un migliore ricalco del modello storico di partenza; ma, più appropriatamente, al fine di comprendere meglio quale sia la posta in gioco, ossia quale siano gli effetti che si producono quando si verifichino slittamenti di significato delle parole nei discorsi dei giuristi, e, soprattutto, quali effetti ci si può attendere quando si varino le funzioni assegnate all'istituto giuridico che costituisce il referente della parola in questione.

Infatti analizzando le esperienze di *common law* diviene chiaro che se si intende per precedente unicamente la *ratio decidendi* adottata da una corte superiore per risolvere un caso portato alla sua attenzione, si limita severamente la introduzione di nuove regole di diritto per via giurisprudenziale.

Tale restrizione interviene in due modi. In primo luogo, che è ovvio, perché vincolando il giudice successivo a seguire la stessa *ratio decidendi* che è già stata adottata in passato da una corte di pari rango, gli si impedisce di esprimere una regola nuova che sia ritenuta più adatta a decidere il caso secondo razionalità e giustizia. In secondo luogo, meno ov-

vio, ma più importante, perché limitando la nozione di precedente alla sola *ratio decidendi* con esclusione degli *obiter dicta*, si rende assai più lento lo sviluppo del diritto giurisprudenziale in quale deve attendere non solo che un caso inusitato – e perciò non coperto da un precedente – si presenti avanti una corte superiore, ma deve attendere che corti successive applichino la medesima regola a casi analoghi definendone così l'area di rilevanza.

Se si tiene presente che anche nelle esperienze di *common law* il diritto giurisprudenziale non è mai stata l'unica fonte dello sviluppo del diritto, avendo sempre concorso nello svolgimento di tale compito con la legislazione e che in tale situazione di concorrenza l'attitudine ad attuare velocemente un adeguato sviluppo del diritto è divenuta, in società caratterizzate da un insaziabile appetito di nuove regole giuridiche, la ragione principale per orientare la divisione del lavoro tra i formanti, diviene agevole comprendere che l'effetto istituzionale dei criteri classici di trattamento del precedente giurisprudenziale è quello di assegnare a legislatori e regolatori l'intero compito di aggiornare e "modernizzare" l'ordinamento giuridico.

Questo esito è parso insopportabile a non pochi ed in particolare a coloro i quali hanno a cuore gli interessi di minoranze che non riescono a farsi udire nelle assemblee elettive e da ciò è derivata la tendenza a svincolare i giudici dal rispetto del precedente in senso classico. Tendenza che si esprime in tecniche sofisticate, in uso particolarmente nell'esperienza americana, che in gran parte servono ad attenuare la critica principale alla creazione del diritto per via giurisprudenziale, rendendolo più accettabile, ma che producono immancabilmente l'esito di sciogliere l'efficacia persuasiva delle *opinions* giudiziali dalla restrizioni imposte dalla cosiddetta teoria classica, allargandola a tutti gli *holdings* espressi nella opinione, o nelle opinioni, della corte, concorrendo in tal modo a rendere più veloce, ed anche più incerta, l'evoluzione del diritto di origine giurisprudenziale.

Al fondo, ciò che le esperienze di *common law* indicano è che la posta in gioco è lo spazio che si vuole riservare al formante giurisprudenziale nello sviluppo del diritto e che tale posta non è politicamente neutra perché i due formanti agiscono secondo logiche diverse. Se ciò è vero ed è anche indubbiamente rilevante giova però considerare più da vicino i meccanismi fini con cui si ricerca un equilibrio ottimale tra le diverse, ed opposte, funzioni che tradizionalmente sono state assolte dal diritto creato dalle corti di *common law*.

Sorvolando per il momento sul dato di fatto che anche nell'esperienza americana l'efficacia persuasiva degli *holdings* è fortemente gerarchicizzata e quindi segue schemi consuetudinari niente affatto anarchici, ciò che preme sottolineare è la rilevanza della figura del giudice. Si dovrebbe infatti ricordare che nelle tradizioni di *common law* ciò che un giudice ritiene (*to hold*) quando si esprime come giudicante è autorevole perché consuetudinariamente il giudice delle corti di appello impersona il giurista più autorevole, ed anche perché contiene il preannuncio di ciò che egli riterrà in futuro nel contesto di un ambiente che mantiene in linea di massima il criterio dello *stare decisis* ed è incline a considerare che la

sapienza giuridica consiste nel prevedere che cosa dirà il giudice, ma ciò sul presupposto implicito che il giudice delle corti superiori sia il giurista più sapiente. Da noi, in pochi anni, il giudice è passato da impersonare la bocca della legge ad essere pensato come la fonte della legge in qualsiasi contesto si esprima, ed anche con scarsa attenzione al rango che occupa nel sistema giudiziario. Vi è una certa ironia storica in questa discontinuità, ma quanto si è qui accennato serve a ricordare che le scelte circa i criteri di selezione ed individuazione di materiali giurisprudenziali qualificabili come persuasivi, è "preceduta" da opzioni di politica del diritto relative al tema delle fonti dello stesso, ma è seguita da una serie di delicati meccanismi istituzionali che si formano da soli, ma che debbono essere resi congruenti l'uno con l'altro se vogliono svolgere le funzioni che le scelte politiche gli assegnano.

5. In tema di meccanismi istituzionali, si può osservare che se è vero che lo spazio riservato da un ordinamento giuridico moderno alla dinamica del diritto giurisprudenziale si definisce necessariamente in rapporto alle parallele dinamiche delle altre fonti, nonché in relazione alla struttura istituzionale che governa il sistema delle corti e che quindi il tema delle funzioni che vogliono assegnare al precedente giurisprudenziale si colloca inevitabilmente in un quadro molto complesso; tuttavia non ogni aspetto di tale dinamica si definisce in funzione di scelte di politica del diritto. Vi sono alcuni elementi della complessità del quadro che dipendono da caratteri intrinseci alle strutture delle fonti di produzione del diritto. Esemplificativamente: la tensione tra la funzione stabilizzatrice e la funzione propulsiva è permanente e dipende dal modo di essere del diritto giurisprudenziale e del diritto legislativo. Su ciò mi sembra che il consenso sia pressoché universale, tante sono le volte in cui si è sentito ripetere l'elenco dei pregi e dei difetti intriseci a ciascun formante; ma se si ha riguardo all'uso forense del precedente giudiziario è facile avvedersi che tale prassi utilizza principalmente la valenza di semplificazione che il precedente offre rispetto al groviglio delle fonti del diritto invocabili. È banale infatti osservare che se su ogni questione si appunta una pluralità di regole provenienti da svariate fonti di produzione, è più semplice rifarsi a quanto già deciso da una corte la quale abbia vagliato la stessa pluralità di regole selezionando quelle rilevanti e dotandole di un significato certo. In altri termini, o è ovvio che in sistemi giuridici che sono, in ogni componente (legale, regolativa giurisprudenziale) sistemi multilivello, per l'avvocato è più semplice rifarsi ad una decisione giudiziale in cui si assume che si sia già compiuto il processo di coerenziazione tra i prodotti delle diverse fonti ed, inoltre, si è provveduto a svolgere quell'attività concretizzatrice che da un contenuto più preciso alla struttura necessariamente più aperta delle disposizioni normative[11].

È ovvio che in questi assunti, specie quando siano riferiti a corti diverse da quella di legittimità, presentano i caratteri delle finzioni giuridiche, ma vi sono buone ragioni di economia processuale per mantenere tale comune credenza.

11. Cfr. G. Canzio, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *Foro it.*, 2012, V, col. 305.

Quando si sottolinea che il discorso dei forensi ha mutato aspetto e che sempre più si è trasformato in un elenco di precedenti invocati, forse si trascura di considerare che strategie argomentative che si basino su fonti legali o regolamentari sono in molte circostanze antieconomiche.

In ogni caso la funzione semplificativa del precedente serve a spiegare le ragioni dell'assoluta prevalenza dei riferimenti ai precedenti giurisprudenziali nei materiali argomentativi addotti dagli avvocati, ma introduce anche uno slittamento di prospettiva. Se si assume il dato di fatto storico che i forensi basano le loro argomentazioni giuridiche sulle pregresse decisioni giudiziali, e non si ha tema di incorrere nel peccato di fallacia naturalistica, si può facilmente trascorrere alla conclusione che si può almeno presumere la non correttezza di un argomento che sia stato già esaminato e concordemente rifiutato nella giurisprudenza pregressa.

Ciò accade quando, perseguendo la finalità deflattiva di ridurre la massa dei procedimenti pendenti[12], si assegna ai precedenti conformi un ruolo di filtro ai fini dell'ammissibilità dei ricorsi in appello o per cassazione, come accade ai sensi dell'art. 348-ter c.p.c. e dell'art. 360-bis c.p.c.. In tale ipotesi si fa leva sulla attitudine delle decisioni giudiziarie, specie quelle di ultima istanza, a sancire una regola giuridica formulandola allo stesso livello semantico nel quale un dubbio interpretativo può porsi, ma si volge questa valenza intrinseca alla decisione giudiziale a tutt'altro fine rispetto alla funzione semplificativa di cui si è detto. Si da origine infatti ad un uso del preceenete che è stato efficacemente denominato "preclusivo".

6. Vi sono buone ragioni a sostegno di un uso preclusivo dei precedenti, uso cui del resto si ricorre non solo in Italia, e la principale di tali ragioni mi pare facilmente rinvenibile nel dato ovvio per cui il perseguimento della funzione semplificatrice del precedente giudiziario ed al di là da essa della solo leggermente diversa funzione stabilizzatrice dello stesso, diviene problematico, se non del tutto impossibile, quando i precedenti sono eccessivamente numerosi e dalla gran massa di essi, anche senza ricorrere a manipolazioni, diviene agevole estrarre *holdings* idonei a sostenere qualunque argomento. Qui si contemplano gli effetti di una delle differenza di fondo tra i sistemi di *common law* e quelli di *civil law*, perché in quelli non solo vige sia pure in forma attenuata e flessibile il principio dello *stare decisis* che evita o cura i conflitti di giurisprudenza, ma i precedenti invocabili sono una frazione molto ridotta di quelli prodotti dalle corti dei sistemi di *civil law*. Diviene quindi necessario introdurre correttivi che evitino il formarsi di una fittissima rete dei precedenti ed il conseguente effetto perverso di moltiplicare i contrasti[13].

12. Cfr. A. Martinuzzi, *Le conseguenze giuridiche dell'inosservanza del precedente giudiziario in àmbito processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, p. 1345.

13. Cfr. G. Canzio, op cit.

Giova però precisare che in riferimento al cosiddetto precedente preclusivo, la parola precedente denota non già una decisione singola, ma una serie più o meno ampia di decisioni che uniformemente esprimono un orientamento giurisprudenziale. Più che al concetto anglosassone di precedente giurisprudenziale qui siamo vicini all'idea di *doctrina legal*.

Più ancora si deve osservare che in riferimento alle norme procedurali citate, il precedente si caratterizza per una sua valenza negativa nel senso che preclude la riproposizione di un argomento, o di una tesi, che in passato è stata più volte respinta dalle corti superiori. Ciò chiarisce la funzione negativa dell'accertamento contenuto nei precedenti conformi. La valutazione che rileva non è riferita alla soluzione appropriata di una controversia che nasce da un caso della vita, ma è relativa alla ammissibilità o inammissibilità di un argomento addotto a sostegno di una data soluzione. Siamo quindi due volte lontani dalla nozione di precedente giudiziale nel senso originario perché siamo di fronte al ripetuto pronunciamento delle corti su una questione giuridica specifica e non quindi ad un pronunciamento su un intero caso della vita; da tale ripetuto pronunciamento discende un giudizio di inammissibilità di un argomento singolo, il quale in definitiva viene qualificato come giuridicamente insostenibile mediante un autorevole parere di tipo dottrinale e non in seguito alla valutazione giudiziale di un caso da cui estrarre la regola giuridica valida per tutti i futuri casi simili.

Qualificare un argomento, o una tesi giuridica, come insostenibile equivale però a attivare un meccanismo che persegue anche la funzione stabilizzatrice del diritto giurisprudenziale. È stato infatti finemente osservato che nella dinamica del diritto giurisprudenziale è rilevante affermare che un argomento è giuridicamente sostenibile, anche se non viene accolto. Infatti qualificare come sostenibile un argomento, incoraggia gli avvocati ad invocarlo e crea nell'opinione pubblica l'immagine che si tratti di un argomento vincente e da ciò deriva una pressione esercitata sulle corti ad accettarlo anche quando produce risultati bizzarri[14]. All'opposto qualificare un argomento come insostenibile significa sbarrare la strada alla proposta innovativa che tale argomentazione intende sostenere.

7. Se si assume che il ricorso al criterio del precedente a scopo deflattivo, sfocia nell'assegnare allo stesso criterio una funzione stabilizzatrice del diritto giurisprudenziale, occorre verificare il grado di compatibilità con la funzione creatrice che si voglia preservare in capo alla giurisprudenza delle corti, la quale naturalmente pone capo ad un precedente innovativo che ha effetto propulsivo sull'intero sistema.

Chiaramente non è in questione la dinamicità del sistema giuridico in generale. La funzione stabilizzatrice svolta dal precedente preclusivo è facilmente compatibile con un mutamento legislativo. Ciò è vero non solo nel caso, ovvio, in cui i precedenti conformi siano relativi

14. Per questa osservazione cfr. G. Calabresi, *A common law for the ages of statute*, Harvard Univ. Press., 1982, p. 168.

all'interpretazione di un testo legislativo; ipotesi nella quale si comprende facilmente che la abrogazione, o la novellazione, del testo rende priva di efficacia normativa la interpretazione del testo antecedente. La compatibilità logica della funzione stabilizzatrice dei precedenti conformi con le novità legislative si estende anche alle ipotesi in cui la soluzione conformemente adottata dalla giurisprudenza abbia solo remoti gradi di parentela con l'interpretazione dei testi legali in senso stretto e si ponga come regola di pretta fonte giurisprudenziale. Tale compatibilità logica dipende dal fatto che in tal caso intervengono i normali criteri di organizzazione della gerarchia delle fonti che vede comunque la prevalenza della fonte legale, rispetto alla fonte giurisprudenziale e la prevalenza delle regola successiva rispetto a quella antecedente. In questo contesto quindi il problema residuo riguarda solo la saggezza del legislatore che riduca l'area delle certezze del diritto che sono così difficile da acquisire.

Diversa prospettiva si impone quando accanto al ruolo di filtro deflattivo assegnato al criterio del precedente, si voglia preservare la funzione propulsiva del diritto giurisprudenziale e quindi la creatività della giurisprudenza.

In tema rilevano certamente più le mentalità che le norme e quindi ha rilevanza la propensione dei giudici verso il polo del valore della certezza piuttosto che verso quello dello sviluppo del diritto, ma non si può omettere dal ricordare che la propensione a favorire lo sviluppo del diritto per via giurisprudenziale si manifesta anche nel modo con cui l'art. 360.bis c.p.c. lascia aperta la porta a ricorsi con cui si ripropongono tesi uniformemente respinte in passato dalla stessa corte di cassazione, ma che offrano elementi per mutare l'orientamento della stessa.

Rileva inoltre la prassi pregressa delle istituzioni giudiziarie e quindi l'attitudine della stessa Corte di Cassazione ad attuare mutamenti di "giurisprudenza". Attitudine di cui non sono certo mancate manifestazioni negli anni passati ed a cui non è mai mancato il sostegno dei forensi ed anche della dottrina. Al riguardo basta sottolineare un dato empirico. Nella nostra letteratura recente le analisi dei precedenti giurisprudenziali, o del diritto giurisprudenziale *tout court*, sono prevalentemente dedicate a mettere in luce le novità introdotte nel tessuto ordinamentale per via giurisprudenziale[15], ed a sottolineare il ruolo propulsivo dello sviluppo del diritto che è svolto dal precedente giudiziario che si svincola dal rispetto della lettera della legge[16].

Se si ritorna a contemplare la tensione tra funzione stabilizzatrice dei precedenti giudiziali e la funzione di contributo allo sviluppo del diritto, si ritorna anche a considerare come giovevole il riferimento alle vicende delle esperienze giuridiche di *common law*, per chiarire meglio il contesto generale in cui l'una o l'altra funzione può dispiegarsi. Si può quindi ricordare che la teoria classica del precedente di *common law*, quella, tanto per inten-

15. Cfr. ad esempio, M. Franzoni, *Diritto, processo e precedente giudiziario*, in *Politica del diritto*, 2013, p. 415.

16. Il che, con mia sorpresa, è sostenuto anche in ambito penale; cfr. R. Bartoli, *Lettera, precedente, scopo - Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1769.

dersi, che Gino Gorla fece conoscere in Italia negli anni sessanta del secolo scorso[17], sia sorta e si sia perfezionata in un ambiente, quello dei giuristi vittoriani, in cui era diffusa la convinzione che il *common law* avesse raggiunto, almeno in molti settori, il traguardo della quasi perfezione e che ciò rendeva indesiderabile l'introduzione di mutamenti. Viceversa l'abbandono della teoria classica si deve collocare in un ambiente intellettuale in cui prevaleva l'idea che le regole messe a punto dal *common law* necessitassero di profondi cambiamenti, anche al fine di preservarla[18]. Nelle esperienze di *common law* attuali questo sentimento è in parte mutato[19], ma soprattutto si è indagato a lungo sia sul problema della legittimazione dei giudici a produrre mutamenti delle regole giuridiche, sia sulla loro capacità di produrre nuove regole giuste, pervenendo a suggerire una serie di criteri mediante i quali individuare le aree del diritto in cui lo sviluppo per via giurisprudenziale è preferibile, e quelle in cui è invece preferibile che siano altri formanti a farsene carico.

Nella nostra esperienza giuridica, al momento sembra prevalere un sentimento di sfiducia verso il diritto creato dal legislatore ed anche quello introdotto da autorità indipendenti non gode di ottima stampa, e pertanto l'apparentemente desiderato sviluppo del diritto è affidato alle cure della giurisprudenza.

In simile contesto è difficile che la funzione stabilizzatrice connessa alla introduzione del precedente preclusivo, possa dispiegarsi in direzione di assicurare una più elevata calcolabilità del diritto[20].

Il dubbio è che se ci mantiene nella indistinzione evocata dalla vaghezza delle parole normalmente utilizzate: diritto, precedente, corti, giurisprudenza, etc., difficilmente si può procedere alla individuazione di criteri atti a contemperare la inevitabile tensione di cui si è fatto cenno, ossia ad individuare i punti di equilibrio che in ciascun tempo siano adatti alle circostanze. Infatti se è vero che il valore del precedente giudiziale «non è un valore assoluto, ma metodologico»[21], non è men vero che il suo uso nel foro pratico, per usare una espressione del Cardinal de Luca, potrebbe trarre giovamento da un buon metodo di analisi. Ma ciò imporrebbe di inserire negli usi persuasivi del precedente anche componenti sapienziali che se non sono mai del tutto mancate nelle prassi forensi[22], non paiono particolarmente in auge.

17. Cfr. G. Gorla, *Saggi* sull'interpretazione e sul valore del precedente in Italia, in Quaderni de Il Foro italiano, 1966.

18. Cfr. B.N. Cardozo, *To Rescue "Our Lady of the Common Law*", in *American Bar Association Journal,* Vol. 10, No. 5 (MAY, 1924), pp. 347-349.

19. Cfr. R.A. Epstein, *Simple Rules for a Complex World,* Harvard Univ. Press, 1995.

20. Cfr. N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016.

21. Cfr. G. Canzio, op. cit., ove si cita G. Borré, *L'evoluzione della corte nel diritto commerciale e del lavoro, nel diritto pubblico e processuale civile*, in *La Corte di cassazione nell'ordinamento democratico*, Milano, 1996, p. 252.

22. Cfr. G. Alpa (a cura di), *Sine Causidicis*, Roma, Consiglio Nazionale Forense, 2009, prefazione, p. VII.

LA CONSENSUALITÀ NEL GOVERNO DEL TERRITORIO QUALE FORMA DI REDISTRIBUZIONE: POTERE DI CONFORMAZIONE DELLA PROPRIETÀ E PEREQUAZIONE

Wladimiro Gasparri
Prof. associato Università di Firenze

Sommario: 1. Introduzione: il passaggio dall'"urbanistica' al 'governo del territorio'… – 2. … e il mutamento dei metodi di formazione delle scelte e degli strumenti giuridici di attuazione. – 3. Il contenimento delle (naturali) differenze tra i suoli: la pianificazione urbanistica in funzione della redistribuzione dei vantaggi tra le proprietà. – 4. Gli strumenti perequativi quale modo di essere del potere di conformazione della proprietà privata. – 5. Il necessario governo della rendita fondiaria: le fattispecie perequative nella legislazione statale e i loro limiti applicativi. – 6. La perequazione urbanistica nella legislazione regionale: la deterritorializzazione e dematerializzazione dello *jus aedificandi* e il limite dell'"ordinamento civile dello Stato'. – 7. La perequazione 'orizzontale' tra soggetti privati: l'equa distribuzione di costi e benefici tra i proprietari di suoli ricompresi in ambiti di trasformazione urbana e la scissione tra edificabilità effettiva ed edificabilità potenziale. – 8. Le fattispecie perequative: la perequazione 'per comparti' quale strumento di ricomposizione fondiaria. La persistente rilevanza della zonizzazione e il comparto perequativo. – 9. (*Segue*). La perequazione 'estesa' quale forma di contrattazione privata generalizzata per l'attuazione del piano. La necessaria definizione da parte del piano regolatore generale dei contenuti e delle modalità negoziali della fase attuativa. – 10. La perequazione 'verticale': la diverse modalità di compensazione urbanistica quale forma del rapporto tra la proprietà fondiaria e l'interesse alla costruzione della città pubblica. 11. (*Segue*). La compensazione redistributiva tra riconoscimento delle facoltà edificatorie private e la ragionevole redistribuzione dei vantaggi economici derivanti dall'esercizio del potere di pianificazione.– 12. (*Segue*). Del predicabile parallelismo tra il contenuto del provvedimento e quello dell'accordo, quale conseguenza necessitata della tipicità del potere amministrativo: limiti di una ricostruzione. – 13. Per concludere.

1. Introduzione: il passaggio dall'"urbanistica' al 'governo del territorio'...

L'ordinamento urbanistico nazionale, caratterizzato dall'attribuzione agli enti territoriali del potere di conformazione dei suoli *ex* art. 42, co. 2, Cost. attraverso, in particolare, il piano regolatore generale e la sua successiva attuazione mediante i piani operativi, è stato oggetto, negli ultimi trenta anni, di una lenta ma continua evoluzione, caratterizzata da un consistente mutamento sia con riferimento alla elaborazione legislativa statale e

(soprattutto) regionale, che in relazione alle prassi delle singole amministrazioni pubbliche nella formazione dei piani urbanistici generali. Questo mutamento è evidenziato, da ultimo, dalla transizione dall'urbanistica al 'governo del territorio', al quale sono state ricondotte l'insieme delle «funzion[i] ordinatric[i], ai fini della reciproca compatibilità, degli usi e delle trasformazioni del suolo nella dimensione spaziale e nei tempi ordinatori previsti»[1], che impongono «di identificare e graduare gli interessi in base ai quali possono essere regolati gli usi ammissibili del territorio»[2].

Questo processo ha condotto al superamento del tradizionale ruolo della funzione urbanistica quale disciplina degli aggregati urbani e coordinamento delle potenzialità edificatorie dei suoli legate alla disposizione del diritto di proprietà, per riconoscerle una funzione più complessa, quella di garantire lo sviluppo complessivo ed armonico del territorio prendendo in considerazione non soltanto la sua edificabilità in relazione alle effettive esigenze di abitazione della comunità, ma parimenti la vocazione dei luoghi, dei valori ambientali e paesaggistici, delle esigenze di tutela della salute ossia, del modello di sviluppo che i pubblici poteri intendono imprimere al territorio stesso[3]. La funzione sociale della proprietà e la conformazione del relativo diritto non è limitabile alla mera re-

1. Corte cost., 27 giugno 1986, n. 151, in *Giur. cost.*, 1986, I, p. 1031. In precedenza, cfr. Corte cost. 21 dicembre 1985, n. 359, in *Giur. cost.*, 1985, I, p. 2522 ss., nonché 29 dicembre 1982, n. 239, *ivi,* 1982, I, pp. 2307 ss., ove è affermato che l'urbanistica comprende «tutto ciò che concerne l'uso dell'intero territorio (e non solo gli aggregati urbani) ai fini della localizzazione e tipizzazione degli insediamenti di ogni genere con le relative infrastrutture» (p. 2319).

2. Corte cost., 28 giugno 2004, n. 196, in *Giur. cost*, 2004, p. 1987. Per l'affermazione secondo cui la disciplina del 'governo del territorio' comprenda, «in linea di principio, tutto ciò che attiene all'uso del territorio e alla localizzazione degli impianti o attività», cfr. Corte cost., 7 ottobre 2003, n. 307, e 19 dicembre 2003, n. 362, in *Giur. cost.*, 2003, rispett. pp. 2841 ss. e 3736 ss. In proposito cfr. G.L. Conti, *le dimensioni costituzionali del governo del territorio*, Milano, Giuffrè, 2007, il quale osserva come il ricorso dell'espressione 'governo del territorio' finisca per ridisegnare il compito e il ruolo degli strumenti urbanistici con «l'integrazione della pianificazione degli usi del suolo in tutte le politiche che riguardano l'interagire fra il cittadino e lo spazio» (p. 177). In proposito, cfr. anche N. Pignatelli, *Il «governo del territorio» nella giurisprudenza costituzionale: la* recessività *della materia*, Torino, Giappichelli, 2012, secondo cui il 'governo del territorio' «quale ambito legislativo costituzionale, esiste e vive […] come dimensione *residuale*: è 'governo del territorio' ciò che, pur attenendo alla disciplina degli 'usi ordinati del territorio' non è assimilabile ai limiti conformativi imposti dagli ambiti di competenza esclusiva statale (art. 117, co. 2, Cost.), ciò che *non* ricade sotto la copertura costituzionale di altri ambiti disciplinanti in via specifica gli usi del territorio (art. 117, co. 3, Cost.), ciò che *non* è di competenza residuale (art. 117, co. 4, Cost.» (p. 204). E, tuttavia, la dimensione deontica di 'governo del territorio', così come emerge dalla stessa giurisprudenza costituzionale, appare «utile a descrivere un generale obbligo per le pubbliche amministrazioni di ricomposizione in sede applicativa (di esercizio di un potere amministrativo) del coacervo di norme e istituti connessi alla molteplicità di interessi, nonché a far enucleare i criteri necessari per il bilanciamento degli interessi, quale 'politica di coordinamento complessivo di ciò che sul territorio *si fa*» (p. 207).

3. In tal senso, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 10 maggio 2012, n. 2710; 28 novembre 2012, n. 6040; 6 ottobre 2014, n. 4976; T.a.r. Toscana, sez. I, 1 dicembre 2015, n. 1646; Cons. Stato, sez. IV, 5 settembre 2016, n. 2806, ove è specificato che il governo del territorio «non è strumentale solo all'interesse pubblico all'ordinato sviluppo edilizio del territorio in relazione alle diverse tipologie di edificazione, ma è volta funzionalmente alla realizzazione contemperata di una pluralità di interessi pubblici che trovano fondamento in valori costituzionalmente tutelati».

golazione dello *jus aedificandi*, ma richiede la conoscenza e l'interpretazione dei fenomeni economico-sociali che coinvolgono un certo territorio e impone l'adozione di strategie in grado di indirizzare lo sviluppo, così da garantire un intervento non circoscritto alla regolazione delle dinamiche di mercato, ma in grado di esprimere una direzione allo sviluppo quantitativo e qualitativo di un territorio.

2. … e il mutamento dei metodi di formazione delle scelte e degli strumenti giuridici di attuazione.

Queste nuove esigenze hanno prodotto, altresì, la crisi del sistema delineato nelle legge urbanistica del 1942, incardinato su un modello di pianificazione fortemente gerarchico, in cui tutti gli usi del territorio trovavano la propria disciplina generale nel piano regolatore generale per poi essere attuata per mezzo di piani attuativi: tutto ciò era il riflesso di una precisa forma di gerarchia di interessi. Questa rigida gerarchia è stata incrinata dalla progressiva differenziazione degli interessi e dalla necessità di un loro coordinamento, manifestandosi sempre più l'esigenza di una regolazione degli usi del territorio 'dal basso', che facesse costante riferimento al bilanciamento degli interessi, pubblici e privati, presenti in un certo ambito territoriale. Questo mutamento sistematico ha determinato una profonda modifica sia dei metodi e dei modi di formazione delle scelte che degli strumenti giuridico-amministrativi posti in essere per attuarle. Il riferimento è, innanzitutto alla generalizzata suddivisione (nella più recente legislazione regionale) del piano regolatore generale nel piano c.d. strutturale (o documento di piano) e nel piano operativo (o piano delle regole). Il primo è espressione della *componente strutturale*, con il compito di individuare i caratteri permanenti o di lenta modificazione del territorio, preordinato, per lo più, a definire le scelte della pianificazione urbanistica, conformativa del territorio ma non ancora del regime della proprietà, le cui prescrizioni hanno efficacia illimitata nel tempo. Mentre il secondo costituisce l'oggettivazione della *componente strategico-operativo e* rappresenta la parte di piano regolatore relativa sia alla disciplina della gestione degli insediamenti esistenti che delle trasformazioni degli assetti insediativi, infrastrutturali ed edilizi del territorio e come tale conformativa del regime della proprietà[4].

4. La 'rottura' del quadro disciplinare contenuto nella legge urbanistica del 1942 è opera della legislazione regionale: la prima legge urbanistica regionale che muta il sistema disegnato dalla legge urbanistica del 1942 e la legge reg. Toscana 16 gennaio 1995, n. 5 (poi sostituita dalla legge reg. Toscana 3 gennaio 2005, n. 1, cui è seguita la legge reg. Toscana 10 novembre 2014, n. 65), alla quale hanno fatto seguito le leggi urbanistiche di altre Regioni: cfr., tra le altre, legge reg. Umbria 21 ottobre 1997, n. 31; legge reg. Lazio 22 dicembre 1999; legge reg. Emilia-Romagna 24 marzo 2000, n. 20). La differenziazione a livello regionale del diritto urbanistico ha tratto una nuova spinta a seguito della riforma costituzionale del Titolo V del 2001, che ha consentito anche una più decisa divaricazione dei percorsi regionali: in proposito cfr. legge reg. Veneto 23 aprile 2004, n. 11, e legge reg. Lombardia 11 marzo 2005, n. 12.

All'interno di questo processo è collocabile una tra le maggiori novità del periodo: la trasformazione del modello di formazione e di attuazione della decisione urbanistica, contrassegnato dal passaggio da forme unilaterali e autoritative di definizione della scelta a modalità costruite sull'accordo tra soggetto pubblico e soggetti privati. In questo ambito si colloca la stessa affermazione del principio perequativo, non codificato nel nostro ordinamento da una legge dello Stato, ma affermatosi prima in via di prassi, con la redazione di alcuni piani regolatori, e poi con la sua introduzione nell'ambito delle diverse leggi regionali.

Questi modelli sono riconducibili, in via generale, alle previsioni contenute negli artt. 1 e 11, legge n. 241/1990, e tradotti in moduli consensuali di cooperazione, mediante i quali le amministrazioni pubbliche, dismettendo l'esercizio coercitivo del potere amministrativo, ricercano il consenso dei soggetti privati per il perseguimento di finalità di pubblico interesse, con l'obiettivo di conseguire l'attuazione dei processi di sviluppo e di rigenerazione urbana e di garantire la migliore organizzazione e il più efficace bilanciamento degli interessi in gioco. E, al contempo, garantire una socializzazione della rendita fondiaria e la conseguente diminuzione dei costi urbani pubblici per l'investimento e la gestione dei suddetti processi.

Lo scambio dei consensi che connota l'accordo amministrativo lo rende certamente idoneo «a definire un complessivo assetto di interessi e rapporti fra la parte pubblica e la parte privata mediante la riconduzione al loro interno non soltanto della spendita del potere amministrativo, ma anche di vere e proprie obbligazioni civilistiche». In tal modo, l'accordo consegue «quella interdipendenza del momento potestativo e del momento contrattuale vero e proprio che va oltre la tradizionale teorica del doppio grado e della scomposizione della fattispecie in segmenti giustapposti di matrice eterogenea. In altri termini, se l'accordo presuppone – dal lato dell'amministrazione – l'esistenza di un potere, del quale costituisce una manifestazione mediata (cfr. Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204), gli obblighi che da esso scaturiscono non possono non risentire, sul piano della giustificazione causale, dell'inserimento in un più ampio programma negoziale non solo funzionalizzato al perseguimento di un pubblico interesse, ma connotato dall'immanenza del potere, che 'colora' l'intera fattispecie»[5].

L'affermazione degli strumenti consensuali nell'azione amministrativa è da sempre letta come una delle modalità di manifestazione delle trasformazioni della stessa amministrazione che spogliandosi della veste autoritaria, imperativa ed unilaterale, istituisce relazioni paritarie con gli altri soggetti dell'ordinamento[6]. Questo visione 'entusiastica'

5. T.a.r. Toscana, sez. I, 1 agosto 2016, n. 1293.

6. Cfr. G. Berti, *Dalla unilateralità alla consensualità nell'azione amministrativa*, in A. Masucci (a cura di), *L'accordo nell'azione amministrativa*, Roma, Quaderni del Formez (51), 1988, pp. 25 ss.; M. Nigro, *Conclusioni*, in A. Masucci (a cura di), *L'accordo nell'azione amministrativa*, cit., ora in Id., *Scritti giuridici*; vol. III, Milano, Giuffrè, 1996, pp.

delle modalità consensuali è certamente reale anche se nella materia urbanistica il ricorso allo strumento dell'accordo appare permeato anche da altre (meno nobili) esigenze[7]. In particolare, in questo campo, il ricorso all'accordo appare, talvolta, come l'unico strumento in grado di assicurare il conseguimento dell'interesse pubblico e l'efficace regolazione dell'attività privata. L'amministrazione appare costretta a ricorrere all'accordo perché «non dispone del potere di imporre coercitivamente ai privati atti e comportamenti che sarebbero funzionali al soddisfacimento dei pubblici interessi affidati alla sua protezione […] e in cui soltanto la conclusione di un accordo che attribuisca ai medesimi privati significative contropartite […] può indirizzarli in tal senso»[8]. In questi casi è evidente che il ricorso ad atti imperativi non sarebbe in grado orientare l'attività privata in maniera più efficace rispetto a quanto può l'atto consensuale che, invece, consente al soggetto pubblico e a quello privato di obbligarsi reciprocamente a porre in essere anche prestazioni alle quali non sarebbero per legge tenuti. Talvolta, quindi, il ricorso all'accordo appare come l'unica via percorribile perché nei confronti della necessità di obbligare il soggetto privato ad un fare, l'esercizio del potere imperativo e unilaterale è sterile e vano dal momento che in assenza del contributo del soggetto privato, pur essendo possibile per l'amministrazione definire il contenuto della prescrizione, tuttavia la sua effettività resta legata ad una '*fare del privato*' che non può essere precisato in astratto o *inaudita altera parte*.

In tutti queste ipotesi, allora, l'accordo non è una opportunità, ma diventa una necessità: i rischi e gli inconvenienti del provvedere tramite accordo e non in via unilaterale diventano significativi. Ai rischi prospettati da sempre ossia, tra gli altri, alla possibilità di uno sviamento dal perseguimento del pubblico interesse da parte della decisione contrattata, alla possibilità che il soggetto privato assuma condizioni maggiormente onerose rispetto a quelle che sarebbero consentite dalla legge ove l'amministrazione pubblica avesse agito in via unilaterale e imperativa, al pericolo che la decisione possa essere fondata su una inadeguata considerazione degli interessi dei soggetti che rispetto all'accordo restano terzi, alla stessa possibilità che, «a causa degli impegni assunti con l'accordo, divenga più difficile per l'amministrazione assicurare il costante adeguamento delle sue decisioni e dei suoi atti alle mutevoli esigenze del pubblico interesse»[9], se ne aggiunge un altro: il rischio che la 'necessarietà' dell'accordo, in assenza del quale le previsioni di assetto del territorio di rilevante interesse per la comunità locale rischiano di rimanere inattuate, finisca in taluni casi per determinare il c.d. commercio delle potestà amministrative e, in tal altri,

1925 ss.; F. Ledda, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione* pubblica, in *Foro amm.*, 1997, ora in Id., *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, pp. 403 ss.

7. Per un recente esame, in chiave comparata, dell'ambito applicativo dell'accordo in materia di governo del territorio, cfr. M. De Donno, *Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio*, Bologna, Bononia Univ. Press, 2015, pp. 33 ss.

8. E. Bruti Liberati, *Accordi pubblici*, in *Enc. dir., Agg.*, vol. V, Milano, Giuffrè, 2001, p. 2.

9. E. Bruti Liberati, *Accordi pubblici*, cit., p. 3.

per consentire la cattura del regolatore da parte del regolato con un capovolgimento dei rapporti di forza a favore del soggetto privato (proprietario e/o investitore immobiliare) e del suo individuale interesse economico.

L'affermazione di questo nuovo modello di governo del territorio è, altresì, legata, in tempi di crescente ristrettezza delle risorse disponibili, «anche alla sempre più diffusa ricerca di meccanismi di redistribuzione della ricchezza generata dalle scelte operate attraverso gli strumenti della pianificazione e del governo del territorio, con l'obiettivo, tra gli altri, di attenuare almeno in parte le disparità di trattamento inevitabilmente connesse alla zonizzazione e di prelevare una parte della rendita fondiaria generata da quelle scelte per destinarla allo sviluppo della città pubblica»[10].

Tutto ciò ha prodotto lo sviluppo di un duplice fenomeno per molti aspetti nuovo e controverso: l''urbanistica perequativa' e/o 'compensativa', espressioni con le quali si intendono individuare le previsioni pianificatorie che, per un verso, subordinano l'operatività del riconoscimento di capacità edificatoria dei suoli ad un'equa redistribuzione dei benefici economici, dovuti alla edificabilità dell'area, tra tutti i proprietari di terreni compresi nelle aree oggetto di trasformazione. E, per l'altro, individuano meccanismi idonei a superare la penalizzazione di quei soggetti le cui proprietà sono interessate da quelle scelte urbanistiche necessarie alla costruzione della c.d. 'città pubblica', con la previsione di cessione di suolo (o di volumetria) in favore dell'amministrazione in cambio di diritti edificatori destinati a concentrarsi sulle aree di cui è prevista l'edificabilità.

Gli strumenti perequativi e compensativi hanno così tentato di superare le rigidità delle prescrizioni del piano regolatore generale previsto dalla legge 17 agosto 1942, n. 1150, nella ricerca di quel necessario punto di equilibrio tra l'interesse individuale allo sfruttamento dei propri beni e l'interesse generale a definire un modello di sviluppo sostenibile della città e del territorio. Tuttavia, i nuovi moduli consensuali di formazione della decisione sono rimasti privi di un adeguato impianto normativo in grado di delimitare l'ambito delle scelte e di costituire il parametro del successivo controllo. Talché, non di rado, l'adozione di questi moduli ha collocato l'amministrazione in una posizione ancillare rispetto agli interessi privati, con il rischio che il conseguimento di più generali obiettivi di interesse pubblico sia finito per rimanere in secondo ordine, se non addirittura come scenario di sfondo.

10. T.a.r. Toscana, sez. I, 1 dicembre 2015, n. 1646. Sulle risorse finanziarie quale limite dell'azione amministrativa e quale giustificazione di scelte legislative, resta fondamentale in materia urbanistica la sentenza della Corte cost., 16 giugno1993, n. 283, che giustifica la riduzione dell'indennità di espropriazione con l'affermazione dell'idea che la congiuntura economica può conferire un diverso peso ai contrapposti interessi oggetto di bilanciamento legislativo e quindi una situazione storica caratterizzata da risorse delimitate giustificherebbe una scelta legislativa che consente di liquidare un'indennità di esproprio in una misura pari all'incirca a metà del valore venale del suolo.

Anche per questo motivo, il fenomeno della perequazione urbanistica è oggetto di controverse valutazioni e solleva più di un interrogativo: l'affermazione secondo cui la conclusione di accordi tra amministrazione e privati rappresenta sempre un passo in avanti, in forza dell'idea dei maggiori benefici delle soluzioni negoziali come tecniche di allocazione di beni e risorse, è destinata a trovare sicuramente la sua controprova proprio nel campo dell'urbanistica consensuale.

3. Il contenimento delle (naturali) differenze tra i suoli: la pianificazione urbanistica in funzione della redistribuzione dei vantaggi tra le proprietà.

La disciplina urbanistica della legge n. 1150/1942 è costruita attorno a tre elementi: lo *zoning*, gli standards urbanistici e i vincoli preordinati all'esproprio, secondo una rigida logica parametrica e una astratta rappresentazione dei materiali urbani (quantità, indici, ecc.). Questo modello, nel complesso, si è rivelato efficace nella previsione di vincoli, ma insufficiente laddove la sua attuazione ha richiesto la collaborazione dei soggetti privati, generando, nel tempo, una pluralità di effetti urbanistico-sociali negativi, tra cui una sempre più impropria discriminazione tra proprietari, l'estensione dell'edificato con l'ampliamento dei confini della città e l'abbandono di vaste aree semi-urbanizzate a tutto svantaggio delle aree agricole, con la trasformazione pressoché irreversibile e l'indiscriminato consumo di una risorsa (de)finita e irriproducibile quale quella del bene-suolo.

Il modello della zonizzazione, che individua la suddivisione del territorio in zone urbanistiche omogenee, si è rivelato uno strumento eccessivamente rigido, frammentato e, per di più, disomogeneo, incapace di conseguire l'eguale trattamento delle proprietà poste nella stessa condizione. Mentre è ormai pacificamente ammesso che l'attività di pianificazione determini una diversità di trattamento tra le diverse zone del territorio e, dunque, tra le differenti proprietà, questa differenziazione appare legittima soltanto ove trovi la sua giustificazione nella natura intrinseca delle zone e dei suoli[11]. All'opposto, il ricorso alla zonizzazione ha alimentato fenomeni di insostenibile diseguaglianza nella distribuzione del plusvalore fondiario legato alle previsioni urbanistiche, che ha prodotto una netta separazione tra quei proprietari che sono premiati con l'edificabilità (e, quindi, con il maggior valore) dell'area e coloro che, all'opposto, escono sconfitti della pianificazione con l'inedificabilità dei propri suoli ovvero con la previsione della loro successiva espropriazione. L'ampio e incontrovertibile margine di discrezionalità attribuito ai Comuni nella formazione dei piani regolatori, «sia per quanto riguarda la ripartizione in zone del territorio comunale, sia per ciò che riguarda il regime della proprietà privata nell'ambito delle singole zone»[12] non trova, dunque, il suo più ragionevole sviluppo nello *zoning*, tanto da essere ancora attuale l'osservazione secondo cui «agli ingiustificati cospicui arricchi-

11. Cons. Stato, sez. IV, 14 aprile 981, n. 367.
12. Corte cost., 14 maggio 1966, n. 38.

menti, così assicurati a una parte dei proprietari di immobili compresi nel piano regolatore e su cui è consentita l'attività edilizia, [ha corrisposto] la situazione precaria e talvolta gravemente svantaggiosa degli altri»[13].

Il sistema di pianificazione previsto dalla legge n. 1150/1942 ha, così, condizionato fortemente il valore dei suoli, sostenendo le forti 'sperequazioni' tra i proprietari fondiari. Un fenomeno che nel lungo periodo è divenuto insostenibile perché se il conseguimento di una uguaglianza assoluta tra proprietà non è, oggettivamente, possibile, dal momento che la situazione territoriale delle diverse proprietà è naturalmente differente, per caratteristiche fisiche e per collocazione geografica, tuttavia questa diversità oggettiva richiede, comunque, la previsione di strumenti preordinati alla sua riduzione, non certo alla sua esasperazione. E se l'indifferenza delle situazioni proprietarie davanti alle scelte di politica urbanistica e di pianificazione appare difficilmente conseguibile, la loro differenziazione non pare potersi sottrarre ad un necessario vaglio di ragionevolezza e di non arbitrarietà: la possibilità di differenziare deve trovare un necessario e ragionevole bilanciamento con l'esigenza di distribuire tra tutti i proprietari delle aree oggetto di trasformazione tanto i vantaggi legati all'edificazione, quanto gli oneri pubblici connessi all'urbanizzazione delle aree. L'obiettivo della riduzione delle differenze o della 'ragionevole differenziazione' è stato legato all'applicazione delle tecniche perequative: la perequazione non quale deroga, ma quale particolare forma di attuazione del principio di zonizzazione in specifiche porzioni di territorio, nel rispetto, quindi, degli stessi principi della legislazione urbanistica.

L'altro anello debole – ancor più a seguito della equiparazione dell'indennità di esproprio al valore venale del bene ad opera della Corte costituzionale, prima, e del legislatore, dopo[14] – ha finito per essere il modello costruito sulla relazione tra apposizione dei vincoli, espropriazione per p.u. e sviluppo delle opere e delle attrezzature pubbliche[15].

13. G. D'Angelo, *Cento anni di legislazione urbanistica*, in A.M. Sandulli (a cura di), *I lavori pubblici (Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione),* Milano, 1967, p. 476.

14. Cfr. Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 348, e art. 2, co. 89, legge 24 febbraio 2007, n. 244.

15. L'introduzione della c.d. 'lottizzazione convenzionata' (art. 8, legge 6 agosto 1967, n. 765) ha contribuito solo in parte alla soluzione di questo problema, rappresentando una via alternativa all'espropriazione per p.u. per l'acquisizione delle aree necessarie alla realizzazione degli standard, subordinando il rilascio dell'autorizzazione alla lottizzazione all'obbligo di stipulare una convenzione, con la quale porre a carico dei privati la cessione gratuita della aree necessarie alla realizzazione della opere di urbanizzazione primaria e secondaria e l'assunzione degli oneri finanziari per la realizzazione delle urbanizzazioni primarie e di una quota parte delle secondarie. D'altra parte l'introduzione. Sulle convenzioni di lottizzazione, cfr. L. Mazzarolli, *Il piano di lottizzazione e i poteri del Comune*, in *Riv. giur. edil.*, 1969, pp. 145 ss.; M. Costantino (a cura di), *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano, Giuffrè, 1978; V. Mazzarelli, *Le convenzioni urbanistiche*, Bologna, Il Mulino, 1979; A. Crosetti, *Piano di lottizzazione*, in *Ns. D.I.*, *Appendice*, vol. V, Torino, Utet, 1984, pp. 923 ss.; T. Galletto, *Convenzioni urbanistiche*, in *Digesto disc. pubbl.*, vol. IV, Torino, Utet, 1989, pp. 359 ss.; G. Morbidelli, *Pianificazione territoriale e urbanistica*, in *Enc. giur.*, vol. VIII, Roma, Istit. Enc. Ital., 1990; A. Candian - A. Gambaro, *Le convenzioni urbanistiche*, Milano, Giuffrè, 1992; R. Ferrara, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Digesto disc. pubbl.*, vol. VIII, Torino, Utet, 1993, pp. 543 ss. F. Pugliese - E. Ferrari (a cura di), *Presente e futuro della*

L'esperienza applicativa si è incaricata di dimostrare come gli strumenti di attuazione del piano regolatore generale, diretti e indiretti, difficilmente siano riusciti a coprire «l'intero fabbisogno delle opere di urbanizzazione della città pubblica» idonee a rispondere al mutamento delle esigenze di quella determinata collettività. Talché è frequente che, a dispetto delle previsioni, restino «ampi vuoti specie nei casi in cui le disposizioni di piano si limitino alla sola garanzia degli standard urbanistici mediante l'apposizione di vincoli urbanistici senza procedere all'esproprio delle aree»[16]. In proposito, la stessa Corte costituzionale ha avuto modo, a suo tempo, di precisare come quel modello potesse essere ben sostituito da altri «sistemi compensativi che non penalizz[i]no i soggetti interessati dalle scelte urbanistiche che incidono su beni determinati»[17], facendo così intravvedere una possibile via perequativa in grado di ovviare al problema della reiterazione dei vincoli e alla indennizzabilità. L'incapacità del vincolo preordinato all'esproprio di rispondere alle mutevoli esigenze della città pubblica – e alle complesse modalità per adeguarle alle trasformazioni del tessuto economico-sociale locale – è, dunque, l'altro motivo che ha condotto, pur in assenza di una riforma legislativa, alla introduzione per via amministrativa degli strumenti perequativi e compensativi nella pianificazione urbanistica.

Vista l'impossibilità oggettiva di assicurare «l'indifferenza tra i proprietari rispetto alle scelte di pianificazione», i meccanismi perequativi e compensativi, quali tecniche di pianificazione legate all'attività di governo del territorio, hanno un duplice obiettivo: per un verso, ridurre la disparità di trattamento tra i proprietari dei suoli, mediante il riconoscimento di un valore alle proprietà «commisurato alla tipologia, alla localizzazione, all'urbanizzazione, alla classificazione delle aree rispetto al contesto territoriale in cui si collocano»[18], così da garantire un eguale trattamento delle aree ed assicurare l'adesione «dei proprietari ai valori, ai programmi e agli obiettivi espressi dal piano»[19].

Per l'altro, quegli stessi strumenti hanno lo scopo di incentivare i proprietari ad aderire al progetto di costruzione della città pubblica tramite uno strumento che si pone

pianificazione urbanistica, Milano, Giuffrè, 1999; V. Mazzarelli, *Convenzioni urbanistiche*, in *Enc. dir.*, *Aggiorn.*, vol. V, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 294 ss.

16. P. Urbani, *Urbanistica solidale. Alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, Torino, Bollati-Boringhieri, 2012, p. 139.

17. Corte cost. 20 maggio 1999, n. 179, § 8 *consid. in diritto.*

18. P. Urbani, *Urbanistica solidale*, cit., p. 143.

19. E. Boscolo, *La pianificazione generale*, in M.A. Cabiddu (a cura di), *Diritto del governo del territorio*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 146. La discontinuità di questo modello è notevole: nelle aree di trasformazione urbanistica viene soppresso l'iniquo dualismo tra «i beneficiari dei plusvalori legati alla valorizzazione dei suoli [e] i futuri proprietari destinati all'essere espropriati», a tutto vantaggio della configurazione di un'unica categoria di proprietari, tutti, indiscriminatamente, «destinati a disporre di una quota dell'edificabilità, senza distinzioni tra aree destinate alle dotazioni pubbliche e quelle invece destinate allo sviluppo privato» (E. Micelli, *Perequazione, piano e mercato. I nuovi strumenti di gestione dei piani urbanistici tra opportunità e contraddizioni*, in P. Urbani (a cura di), *Politiche urbanistiche e gestione del territorio. Tra esigenze del mercato e coesione sociale*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 106). L'attuazione del piano diventa l'oggetto di procedure consensuali che tengono luogo dell'azione del soggetto pubblico.

in alternativa all'intero procedimento ablatorio e che consiste nell'attribuzione di beni o utilità pari a quelle dell'area necessaria alla realizzazione dell'opera pubblica. Anziché corrispondere l'indennizzo espropriativo – commisurato al valore venale del bene – l'amministrazione attribuisce al proprietario del bene altre aree edificabili, oppure crediti edificatori compensativi.

L'adozione delle tecniche perequative nella pianificazione urbanistica, dunque, comporta che «nell'area oggetto della pianificazione venga attribuito un indice edificatorio a tutti i suoli in essa compresi, tale da riconoscere ai loro proprietari dei diritti di edificazione, e che separatamente da ciò vengano individuate le aree su cui si concentrerà l'effettiva realizzazione di questi diritti edificatori, i cui proprietari non si ritroveranno, quindi, a disporre di tutti i diritti edificatori resi disponibili dal piano, ma solo di quelli ad essi distribuiti contestualmente a tutti gli altri proprietari di terreni compresi nell'area oggetto della pianificazione. Consentendo così anche ai soggetti proprietari di fondi non effettivamente suscettibili di trasformazione, di non venire esclusi dalla distribuzione dei benefici economici indotti dalla pianificazione». Parallelamente la c.d. 'cessione compensativa' prevede la possibilità che, nel caso in cui un terreno debba essere trasferito a favore dell'amministrazione per la localizzazione di un'opera pubblica, «esso sviluppi comunque una volumetria propria, che potrà essere realizzata dal proprietario, al momento dell'effettiva cessione del terreno, sulle aree su cui deve concentrarsi l'edificabilità»[20].

A questi obiettivi, altri se ne sono aggiunti: in particolare gli strumenti compensativi sono utilizzati sia in chiave premiale per la riqualificazione territoriale e paesaggistica, sia – e questa appare la novità più significativa – per promuovere un processo di cattura e redistribuzione del plusvalore fondiario legato alla possibilità di trasformazione urbanistica prevista dagli atti di governo del territorio, in grado di rimediare ai costi sociali prodotti da quella stessa trasformazione e di assicurare la realizzazione della dotazione pubblica, mediante l'avocazione di una parte del valore generato dall'intervento di trasformazione assentito. La novità è significativa perché lo strumento compensativo, in questo caso, è utilizzato non in funzione della conformazione della proprietà o del territorio, ma in funzione di redistribuzione dei valori.

La perequazione e la compensazione rappresentano, dunque, una innovazione nella gestione dei piani: la loro introduzione nel campo del governo del territorio poggia sulla modifica delle regole sulla distribuzione, tra pubblico e privato e tra privati, del valore determinato dal piano ed è preordinata a garantire strumenti urbanistici più equi – dunque meno conflittuali – e più efficaci. Queste esigenze sono tanto più avvertite di fronte alla progressiva consapevolezza che il bene 'suolo' costituisce una risorsa ecosistemica limitata, non riproducibile, che finisce per imporre il passaggio da una pianificazione

20. T.a.r. Toscana, sez. I, 23 febbraio 2017, n. 288.

fondata sulla diffusione urbana ad una costruita sul contenimento del consumo di suolo in cui ogni suo ulteriore impegno deve trovare una adeguata e rigorosa giustificazione[21].

4. Gli strumenti perequativi quale modo di essere del potere di conformazione della proprietà privata.

Sotto l'espressione 'perequazione urbanistica' sono riassunte una pluralità di tecniche, eterogenee tra loro, il cui elemento comune è costituito dal fatto di rappresentare 'unicamente' un mezzo preordinato a rimuovere gli inconvenienti legati alla pianificazione tradizionale. Le forme applicative che caratterizzano le tecniche perequative disegnano un quadro estremamente frastagliato: storicamente il ricorso a queste tecniche è avvenuto da parte di alcune amministrazioni locali in assenza di un quadro normativo definito, salvo le previsioni sui comparti edificatori contenute nell'art. 23, legge n. 1150/1942, e nell'art. 870 cod. civ., che hanno avuto un riscontro favorevole nella giurisprudenza amministrativa, anche se non privo di contrasti, prima ancora di venir accolte da una parte della legislazione urbanistica regionale e trovare applicazioni di settore nella disciplina statale.

Il contesto in cui tutto ciò ha avuto origine è stato caratterizzato, oltre che dall'elevato valore degli immobili urbani e dalla ridotta disponibilità di finanziaria da parte delle amministrazioni locali, dall'inadeguatezza della tradizionale forma del piano (incardinata sulle zone territoriali omogenee) e della connessa procedura di attuazione, costruita sull'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio e sulla successiva ablazione delle aree destinate ad opere pubbliche. Alla ricerca di un rimedio alle ingiustizie distributive tra proprietà, legate allo zoning e alle discriminazioni tra proprietari per la natura vincolistica delle previsioni di aree da riservare alle opere collettive, nonché alla residualità dell'impiego dell'istituto espropriativo, ha corrisposto un sempre più frequente ricorso alle forme di pianificazione per accordi costruite sulle tecniche perequative e compensative. Attraverso questi strumenti le amministrazioni hanno promosso sia una regolazione condivisa delle trasformazioni urbane che l'equa ripartizione delle possibilità edificatorie e dei connessi oneri tra tutti i proprietari fondiari, a prescindere dalle specifiche destinazioni attribuite ai singoli suoli, così da assicurare la redistribuzione della rendita fondiaria tra soggetti privati e tra questi e il soggetto pubblico.

Il carattere comune di tutti questi esperimenti può essere individuato nell'aspirazione a trasformare l'utilizzo della proprietà privata anche in una risorsa per gli interessi della collettività coinvolta nei processi di trasformazione urbana ed a ridurre il peso della rendita fondiaria ed edilizia. Per l'altro, è difficile caratterizzare in via generale quegli stessi

21. Su quest'ultimo profilo, cfr. E. Boscolo, *Beni comuni e consumo di suolo. Alla ricerca di una disciplina legislativa*, in P. Urbani (a cura di), *Politiche urbanistiche e gestione del territorio*, cit., pp. 69 ss.; G. Cartei - L. De Lucia (a cura di), *Contenere il consumo di suolo. Saperi ed esperienze a confronto*, Napoli, ES, 2014; e, se si vuole, W. Gasparri, *Suolo, bene comune? Contenimento del consumo di suolo e funzione sociale della proprietà privata*, in *Dir. pubbl.*, 2016, pp. 69 ss.

strumenti: mancando un preciso riferimento normativo nazionale idoneo a costituire la cornice di principio, quelle sperimentazioni hanno trovato, sì, nell'attività legislativa regionale una prima forma di codificazione, ma dotata di una ben scarsa uniformità[22].

Secondo la giurisprudenza, peraltro, il ricorso ai meccanismi perequativi, incardinati sulla definizione da parte del 'pubblico' delle potenzialità edificatorie sulle aree di trasformazione che si trovano nella medesima situazione urbanistico-giuridica e sulla richiesta alla proprietà di organizzarsi in comparti e di cedere una quota proporzionale di aree a servizio di bisogni collettivi, è un modo di essere del potere (pubblico) di conformazione della proprietà (privata), caratterizzato dal fatto che le relative determinazioni sono assunte non in via unilaterale e autoritaria, ma in forma concordata con i destinatari degli effetti. E costituisce «un primo tentativo di ricomposizione – mediante moduli consensuali – della tradizionale dicotomia 'autorità/libertà', che si manifesta nell'attività di governo del territorio»[23].

Questa forma di esercizio del potere conformativo, per questa stessa giurisprudenza, non necessita ancorché sia auspicabile di una modificazione della vigente legislazione statale o regionale. In proposito, è stato affermato che la perdurante assenza «di una specifica disciplina statale contenente i principi fondamentali di una determinata materia di competenza legislativa concorrente non impedisce alle Regioni di esercitare i propri poteri, in quanto in ogni caso tali principi possono e devono essere desunti dalla preesistente legislazione statale»[24], anche quale risultante «dal complesso della legislazione urbanistica stratificatasi sul ceppo dell'originaria legge n. 1150 del 1942 e dell'applicazione fattane dalla giurisprudenza (anche costituzionale)» [25]. D'altronde, la «'copertura'

22. Da ultimo, per un quadro generale dello sviluppo degli strumenti perequativi nell'esperienza nazionale e dei problemi che essa pone, cfr. C. Cacciavillani, *La perequazione urbanistica nell'esperienza italiana*, in D. D'Orsogna (a cura di), *Perequazione urbanistica. Materiali per la comparazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 13 ss.

23. Cfr. T.a.r. Emilia-Romagna sez. I, 14 gennaio 1999, n. 22, in *Riv. giur. urb.*, 2000, p. 5; T.a.r. Lazio, sez. I, 19 luglio 1999, n. 1652, in *Urb. app.*, 2000, pp. 780 ss.; T.a.r. Campania-Salerno, sez. I, 5 luglio 2002, n. 670.

24. Così Corte cost. 19 dicembre 2003, n. 359, in *Giur. cost.*, 2003, p. 3722, con nota di G.U. Rescigno, *La Corte scambia i principi della materia per i principi fondamentali dell'oggetto*.

25. Cons. Stato, 13 luglio 2010, n. 4545, in *Riv. giur. edil.*, 2010, p. 1555. Per l'affermazione di una rigorosa tipicità del piano regolatore generale, cfr. T.a.r. Lazio, sez. II-*bis*, 4 febbraio 2010, n. 1524, secondo cui «esiste, nell'ordinamento urbanistico non meno che in tutto il diritto pubblico, in applicazione del più generale principio di legalità (che vuole che in uno Stato di diritto non possa una Pubblica amministrazione avvalersi di poteri che la legge non le ha previamente conferito), un inderogabile principio di nominatività e tipicità degli strumenti urbanistici: esso è tale per cui una Pubblica amministrazione non può adottare, od approvare, una figura di piano di organizzazione del territorio che non corrisponda (per presupposti, competenze, oggetto, funzione ed effetti) ad uno schema già predeterminato, in via generale ed astratta, da una norma primaria dell'ordinamento. La gestione dell'assetto del territorio è infatti una funzione che si estrinseca in una molteplice tipologia di manifestazioni di potestà pubbliche, in cui ciascuna deve essere caratterizzata per legge (a garanzia dei destinatari) da una propria causa, da propri effetti, e da una corrispondente competenza: per modo che non può essere ravvisato sussistere, nell'attuale ordinamento, in capo ad alcun centro amministrativo, un generale ed indifferenziato potere di pianificazione del territorio, libero quanto a mezzi e a forme, capace di incidere sui diritti

normativa» degli strumenti consensuali per il perseguimento di finalità perequativa è rinvenibile, per un verso, nel potere di pianificazione dell'amministrazione, finalizzato alla conformazione della proprietà allo scopo di assicurarne la funzione sociale, e, per l'altro, «nel combinato disposto dagli artt. 1, co. 1*bis*, e 11, legge n. 241/1990»[26]. Appare dunque necessario rimuovere l'equivoco interpretativo secondo cui dall'art. 13, legge 7 agosto 1990, n. 241, dovrebbe dedursi l'inapplicabilità *tout court* agli atti di pianificazione della disciplina generale in materia di partecipazione del privato all'attività procedimentale (ivi compresa quella in tema di accordi *ex* art. 11, legge n. 241/1990), talché sarebbe altresì preclusa la praticabilità dei meccanismi consensuali. Viceversa, predicare e riconoscere la legittimità del ricorso ai moduli convenzionali non significa porre questi strumenti in sostituzione della pianificazione generale autoritativa: invero in tutti questi casi il piano regolatore generale esiste ed esiste come «atto provvedimentale e autoritativo, […] approvato all'esito di un procedimento di carattere pubblicistico interamente promosso e gestito dall'Amministrazione pianificatrice». Gli strumenti privatistici e consensuali «sono destinati a intervenire nella fase attuativa delle prescrizioni poste dal piano»: è infatti nella fase esecutiva, relativa alle singole specifiche aree, che gli strumenti convenzionali hanno il proprio campo elettivo, sostituendosi «semmai a procedure espropriative o comunque realizzative di singole opere pubbliche, piuttosto che a una vera e propria attività pianificatoria. D'altra parte, il ricorso a moduli convenzionali nella fase della pianificazione attuativa del p.r.g. non è certo ignoto all'esperienza del nostro ordinamento (basti pensare alle convenzioni di lottizzazione)»[27]. Tanto più che a seguito della novella del 2005 alla legge n. 241/1990, l'ordinamento «ha optato per una piena e assoluta fungibilità dello strumento consensuale rispetto a quello autoritativo, sul presupposto della maggiore idoneità del primo al perseguimento degli obiettivi di pubblico interesse»; cosicché, rimossa la previgente riserva alla legge di individuare i casi in cui alle amministrazioni è consentito ricorrere ad accordi in sostituzione di provvedimenti autoritativi, «tale possibilità deve ritenersi sempre e comunque sussistente (salvi i casi di espresso divieto normativo); col che […] non è stato affatto introdotto il principio dell'atipicità degli strumenti consensua-

dei consociati. Gli strumenti urbanistici legittimamente applicabili sono pertanto soltanto quelli previsti – per nome, causa e contenuto – dalla legge; e dunque, al di fuori di un tale numero chiuso, non può legittimamente un'amministrazione procedere ad introdurre nella realtà giuridica qualsivoglia, indicativa o coercitiva che sia, nuova categoria di strumento di pianificazione dell'assetto del territorio» (§ I.2), conf. T.a.r. Abruzzo-L'Aquila, 31 gennaio 2005, n. 44; Cons. Stato, sez. V, 12 dicembre 2003, n. 8198; sez. IV, 7 novembre 2001, n. 5721; sez. II, 26 ottobre 1994, n. 883; sez. IV, 28 luglio 1982, n. 525. Per un commento a T.a.r. Lazio, sez. II-*bis*, 4 febbraio 2010, n. 1524, cfr. M. Ragazzo, *Pianificazione urbanistica e perequazione: il caso del PRG di Roma*, in *Urb. app.*, 2010, pp. 1088 ss. Per la necessaria previa intermediazione legislativa della potestà conformativa della proprietà e per l'insufficienza dei modelli consensuali, cfr. D. Simeoli, *Appunti sul principio di legalità amministrativa*, in *Quest. giust.*, 2016 (4), part. p. 178.

26. Cons. St., 13 luglio 2010, n. 4545, cit., § 7.5.

27. Cons. St., 13 luglio 2010, n. 4545, cit., § 7.4.

li in contrapposizione a quello di tipicità e nominatività dei provvedimenti»: l'accordo è comunque preordinato a prendere il posto «di un provvedimento autoritativo individuato fra quelli tipici disciplinati dalla legge: a garanzia del rispetto di tale limite, lo stesso art. 11 […] prevede l'obbligo di una previa determinazione amministrativa che anticipi e legittimi il ricorso allo strumento dell'accordo»[28].

5. Il necessario governo della rendita fondiaria: le fattispecie perequative nella legislazione statale e i loro limiti applicativi.

I meccanismi, per un verso, perequativo-premiali e, per l'altro, compensati-redistributivi hanno trovato, in tempi più recenti, un'applicazione settoriale nell'ambito dell'edilizia residenziale sociale, della riqualificazione urbana e del rinnovo edilizio.

Partiamo dai meccanismi perequativo-premiali: in proposito è stato, innanzitutto, previsto che per «l'attuazione di interventi finalizzati alla realizzazione di edilizia residenziale sociale, di rinnovo urbanistico ed edilizio, di riqualificazione e miglioramento della qualità ambientale degli insediamenti, il Comune può, nell'ambito delle previsioni degli strumenti urbanistici, consentire un aumento di volumetria premiale nei limiti di incremento massimi della capacità edificatoria» prevista per gli ambiti di trasformazione (art. 1, co. 259, legge 24 dicembre 2007, n. 244).

La promozione dell'edilizia residenziale sociale e la riqualificazione urbana costituisce, altresì, l'obiettivo della previsione che contempla la possibilità di incentivare questi interventi mediante «*a*) il trasferimento di diritti edificatori in favore dei promotori degli interventi di incremento del patrimonio abitativo; *b*) incrementi premiali di diritti edificatori finalizzati alla dotazione di servizi, spazi pubblici e miglioramento della qualità urbana […] *e*) la cessione, in tutto o in parte, dei diritti edificatori come corrispettivo per la realizzazione anche di unità abitative di proprietà pubblica da destinare alla locazione a canone agevolato, ovvero da destinare alla alienazione in favore delle categorie sociali svantaggiate» (art. 11, co. 5, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, introdotto in sede di conversione da legge 6 agosto 2008, n. 133).

La legislazione regionale può, altresì, prevedere «*a*) il riconoscimento di una volumetria aggiuntiva rispetto a quella preesistente come misura premiale; *b*) la delocalizzazione delle relative volumetrie in area o aree diverse» al fine di incentivare la razionalizzazione del patrimonio edilizio esistente «nonché di promuovere e agevolare la riqualificazione di aree urbane degradate con presenza di funzioni eterogenee e tessuti edilizi disorganici o incompiuti nonché di edifici a destinazione non residenziale dismessi o in via di dismissione ovvero da rilocalizzare, tenuto conto anche della necessità di favorire lo sviluppo dell'efficienza energetica e delle fonti rinnovabili», mediante interventi di demolizione e

28. Cons. St., 13 luglio 2010, n. 4545, cit., § 7.4.

ricostruzione (art. 5, co. 9, d.l. 13 maggio 2011, n. 70, conv. con legge 12 luglio 2011, n. 106). La separazione che in tal modo si è prodotta tra disponibilità delle aree e possibilità edificatoria ha reso necessario prevedere l'obbligo della trascrizione dei contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale (art. 2643, co. 1, n. 2*bis*, cod. civ., introdotto dall'art. 5, co. 3, d.l. n. 70/2011), con il risultato di aver regolato « la pubblicità della fattispecie, senza aver prima disciplinato il fenomeno giuridico in sé»[29].

Quanto, invece, ai meccanismi compensativi-redistributivi, il riferimento è alla previsione secondo cui, in aggiunta alle aree da acquisire a titolo di standard urbanistico (da destinare a spazi pubblici o riservati alle attività collettive, a verde pubblico o a parcheggi, secondo quanto previsto dal d.m. 2 aprile 1968, n. 1444), i piani urbanistici possono «prevedere ambiti la cui trasformazione è subordinata alla cessione gratuita da parte dei proprietari [...] di aree o immobili da destinare a edilizia residenziale sociale, in rapporto al fabbisogno locale e in relazione all'entità e al valore della trasformazione» (art. 1, co. 258, legge n. 244/2007). Questa disciplina appare esclusivamente legata alle particolari esigenze di edilizia residenziale sociale: le prestazioni oggetto dello 'scambio' sono costituite dall'assentimento di interventi urbanistici assai vantaggiosi (per il soggetto privato) contro la cessione gratuita – a favore del Comune – di immobili da destinare ad edilizia residenziale pubblica. Essa non sembra poter essere intesa come l'espressione di un principio generale in virtù del quale l'amministrazione è legittimata a pretendere (con o senza aumento di volumetria) qualsiasi prestazione aggiuntiva; né garantisce alcuna copertura legislativa per prestazioni diverse dalla cessione gratuita di aree od alloggi di edilizia residenziale sociale, talché qualunque onere aggiuntivo consistente in prestazioni diverse dalla suddetta cessione gratuita sembrerebbe comunque da qualificare come *praeter* o *ultra legem*.

Questa interpretazione deve valere anche per la normativa intervenuta a dare copertura legislativa alla introduzione di oneri aggiuntivi in funzione redistributiva da parte del p.r.g. del Comune di Roma[30]. La norma prevede la possibilità per l'amministrazione comunale di istituire un contributo straordinario «nella misura del 66% del valore immobiliare conseguibile, a fronte di rilevanti valorizzazioni immobiliari generate dallo strumento urbanistico generale, in via diretta o indiretta, rispetto alla disciplina previgente per la realizzazione di finalità pubbliche o di interesse generale, ivi comprese quelle di riqualificazione urbana, di tutela ambientale, edilizia e sociale». Il contributo ha un parziale vincolo di destinazione: deve essere impegnato, innanzitutto, per «la realizzazione di opere pubbliche o di interesse generale ricadenti nell'ambito di intervento cui accede».

29. P. Stella Richter, *Diritto urbanistico. Manuale breve*, III ediz., Milano, Giuffrè, 2014, p. 60.

30. Cfr. art. 14, co. 16, lett. *f*, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv., con modif., in legge 30 luglio 2012, n. 122.

Per l'eventuale parte residua, può finanziare la spesa corrente, comunque «da destinare a progettazioni ed esecuzioni di opere di interesse generale, nonché alle attività urbanistiche e servizio del territorio».

Infine, è stata prevista la cessione, da parte del soggetto privato, di una quota delle utilità economiche acquisite per effetto delle scelte pianificatorie pubbliche, in ipotesi di interventi su aree o immobili che abbiano beneficiato di varianti urbanistiche su sua istanza, di deroghe o di cambi di destinazione d'uso. In questi casi, una quota non inferiore al 50% del maggior valore prodotto dalla decisione urbanistica, come calcolato dall'amministrazione comunale, è 'catturata' dal Comune stesso sotto forma di contributo straordinario, da corrispondere in denaro, che attesta l'interesse pubblico, con destinazione vincolata per la realizzazione di opere pubbliche e servizi da realizzare nel contesto in cui ricade l'intervento, ovvero sotto forma di cessione di aree o immobili da destinare a servizi di pubblica utilità, edilizia residenziale sociale od opere pubbliche[31].

Nel suo insieme questa disciplina legislativa regola fattispecie specifiche e da più parti è stato sottolineato come essa non appaia generalizzabile. In un contesto politico-urbanistico molto frammentato, esse tuttavia evidenziano come il governo della rendita fondiaria si imponga sempre più come un'esigenza generale sempre più avvertita, anche sul piano legislativo. Siamo, peraltro, ancora lontani da quella previsione normativa in grado di rappresentare quel fondamento legislativo generale di cui avrebbero necessità la legislazione regionale e le politiche urbanistiche regionali e locali, in grado di salvaguardare uno dei principi fondamentali della pianificazione urbanistica: quello della centralità del piano urbanistico quale strumento ineludibile nella individuazione del corretto equilibrio tra le potenzialità edificatorie delle aree e l'effettiva edificabilità delle stesse.

6. La perequazione urbanistica nella legislazione regionale: la deterritorializzazione e dematerializzazione dello jus aedificandi e il limite dell'"ordinamento civile dello Stato'.

Il riconoscimento della natura complessa delle trasformazioni urbane e la necessità di un approccio 'integrato', ha indotto, come già anticipato, i legislatori regionali a regolare, almeno in parte, gli strumenti perequativi ed a fornire così un fondamento normativo alle numerose e concrete esperienze comunali di utilizzo delle tecniche perequative in sede di pianificazione urbanistica in relazione ai singoli comparti oggetto di trasformazione[32]. L'estrema varietà delle

31. Cfr. art. 16, co. 4, lett. *d-ter*, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, introdotto da art. 17, co. 1, lett. *g*, n. 3, d.l. 12 settembre 2014, n. 133, conv., con modif., con legge 11 novembre 2014, n. 164.

32. Tra le altre, possono essere richiamate la legge reg. Piemonte 25 marzo 2013, n. 3 (*Modifiche alla legge regionale 5 dicembre 1977, n. 56, Tutela ed uso del suolo*) (artt. 13, 26 e 37); legge reg. Lombardia 11 marzo 2005, n. 12 (*Legge per il governo del territorio*) (art. 11); legge prov. Trento, 4 agosto 2015, n. 15 (*Legge provinciale per il governo del territorio*) (artt. 24, 26 e 27); legge prov. Bolzano, 11 agosto 1997, n. 13 (*Legge urbanistica provinciale*) (56*bis*); legge reg. Veneto, 23 aprile 2004, n. 11 (*Norme per il governo del territorio e in materia di paesaggio*) (artt. 35-37); legge reg.

soluzioni adottate dalle singole Regioni rischia, comunque, di tradursi nella «lesione di ineliminabili esigenze di salvaguardia dei livelli qualitativi omogenei di convivenza civile», soprattutto laddove venga dimenticato che «lo scopo della disciplina urbanistica non è la massimizzazione dell'aggressione al territorio, ma la fruizione, privata o collettiva, delle aree in modo pur sempre coerente con le aspettative di vita della popolazione che ivi risiede»[33].

In sintesi, la normativa regionale configura, alternativamente, un sistema perequativo obbligatorio o facoltativo che può trovare applicazione all'interno di specifici comparti edificatori per aree omogenee (perequazione parziale) o per assemblamento di aree collocate sull'intero territorio comunale (perequazione generalizzata), con lo scopo, per un verso, di garantire l'equa distribuzione delle facoltà edificatorie e degli oneri tra le diverse proprietà immobiliari. A questo sistema si affianca, poi, la possibilità di prevedere, in virtù di accordo convenzionale, l'attribuzione, nel rispetto delle previsioni del piano operativo, di quantità edificatorie o di aree in permuta ai proprietari di immobili, a fronte di impegni onerosi di natura edilizia, urbanistica o ambientale non imposti dalle disposizioni legislative, sui quali dovranno essere realizzate opere pubbliche o di pubblica utilità o che l'amministrazione intenda vincolare a fini ambientali o per dotazioni di servizi di pubblico interesse, previsti dal piano regolatore generale (c.d. perequazione compensativa). Il risultato più immediato, in questo caso, è quello di evitare il ricorso alla procedura espropriativa per acquisire le aree da destinare alla 'città pubblica'.

Il ricorso alle tecniche perequative presuppone l'attribuzione, in sede di pianificazione generale, di un identico indice di edificabilità territoriale a tutti i suoli compresi all'interno dell'ambito di trasformazione oggetto di perequazione, che ignora la destinazione a standard ovvero la capacità edificatoria delle singole aree. Le aree di concentrazione dell'edificabile e quelle, invece, da cedere all'amministrazione per la loro destinazione a standard sono, invece, determinate successivamente dal piano attuativo.

Al di là dei problemi legati alla distribuzione della competenza tra la pianificazione generale e quella di attuazione, la possibilità di concentrare l'edificabilità su alcune aree, tipica dei meccanismi perequativi, ha richiesto la configurazione di un diritto, quello edi-

Friuli Venezia-Giulia, 23 febbraio 2007, n. 5 (*Riforma dell'urbanistica e disciplina dell'attività edilizia e del paesaggio*) (artt. 31-33), e 11 novembre 2009, n. 19 (*Codice regionale dell'edilizia*) (art. 60, co. 1); legge reg. Liguria 4 settembre 1997, n. 36 (*Legge urbanistica regionale*) (artt. 29*bis*-29*quinquies*); legge reg. Emilia-Romagna, 24 marzo 2000, n. 20 (*Disciplina generale sulla tutela e l'uso del territorio*) (art. 7); legge reg. Toscana, 10 novembre 2014, n. 65 (*Norme per il governo del territorio*) (artt. 100-102); legge reg. Umbria, 21 gennaio 2015, n. 1 (*Testo unico Governo del territorio e materie correlate*) (artt. 34-40 e 42); legge reg. Lazio 22 dicembre 1999, n. 38 (*Norme sul governo del territorio*) (art. 30); legge reg. Campania, 22 dicembre 2004, n. 16 (*Norme sul governo del territorio*) (artt. 32-34); legge reg. Puglia, 27 luglio 2001, n. 20 (*Norme generali di governo e uso del territorio*) (art. 14); legge reg. Basilicata 11 agosto 1999, n. 33 (*Tutela, governo ed uso del territorio*) (artt. 33 e 34); legge reg. Calabria 16 aprile 2002, n. 19 (*Norme per la tutela, uso e governo del territorio. Legge urbanistica della Calabria*) (artt. 31 e 54).

33. Cons. Stato, sez. IV, 12 febbraio 2014, n. 616, § 2.1. Sulla riconducibilità dell'attività amministrativa in materia edilizia alle 'prestazioni' di cui all'art. 117, co. 2, lett. *m*, Cost., cfr. Corte cost., 27 giugno 2012, n. 164, in *Giur. cost.*, 2012, 3, 2233.

ficatorio, che si è tendenzialmente reso autonomo dalla proprietà del fondo-fonte, dando luogo a forme di commercializzazione attraverso la loro compravendita. Invero, tutte le tecniche perequative contemplano forme di trasferibilità di diritti edificatori tra soggetti pubblici e privati nonché tra privati all'interno del medesimo comparto ovvero tra comparti differenti, laddove la pianificazione generale preveda incrementi di edificabilità all'interno di particolari comparti in grado di accoglierne le quote, ovvero l'attribuzione di diritti edificatori da parte dell'amministrazione quale corrispettivo per la cessione di beni (o la realizzazione di opere e lavori pubblici).

Questo profilo è il punto più critico perché comporta lo scorporo dello *jus aedificandi* dalla titolarità formale del diritto di proprietà del suolo e dunque la sua dematerializzazione, tramite la creazione dei c.d. diritti edificatori[34]. In queste ipotesi assistiamo ad una scissione tra ciò che su una determinata area (non) è concretamente possibile realizzare e ciò che quella stessa area è in grado di esprimere come potenzialità edificatoria. Potenzialità edificatoria che non si traduce nella realizzazione di un manufatto sulla medesima area di generazione, ma che si converte nella possibilità di trovare svolgimento (soltanto) su un'area diversa. In sostanza, la potenzialità edificatoria di determinate aree viene tradotta in un quantità edificatoria che attribuisce un 'credito' ad edificare in altre aree individuate dal piano, un credito che come tale appare dotato di un proprio valore economico, che è liberamente trasferibile ovvero commerciabile[35].

Siffatto fenomeno ha prodotto la necessità di regolare il loro trasferimento, la loro commerciabilità e il loro 'atterraggio' in ambiti di trasformazioni differenti rispetto a quelli di 'decollo', tutti aspetti che incidono senza dubbio alcuno sui profili civilistici della

34. Sul tema dei diritti edificatori, cfr. da ultimo F. D'Angelo, *Riflessioni in tema di diritti edificatori: spinti ricostruttivi per una nuova interpretazione dell'istituto*, in *Riv. giur. edil.*, 2014, II, p.p. 63 ss.; G.M. Uda, *Profili civilistici della circolazione dei diritti edificatori,* in D. D'Orsogna (a cura di), *Perequazione urbanistica. Materiali per la comparazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 33 ss.

35. La scissione tra diritto di proprietà e *jus aedificandi*, secondo un indirizzo ricostruttivo che sofferte le conclusioni cui era giunta la Corte costituzionale 30 gennaio 1980, n. 5, (in *Giur. cost.*, 1980, pp. 21 ss.; in proposito, cfr. M. Luciani, *Vecchi e nuovi principi in materia di espropriazione e indennizzo*, ivi, pp. 40 ss.; U. Morello, *Il problema del giusto indennizzo ai proprietari di aree espropriate*, in *Foro it.*, 1980, I, cc. 605 ss.; G. Silvestri, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, pp. 1684 ss.; S. Mangiameli, *Indennizzo e serio ristoro, ovvero: della impossibilità di dare un seguito legislativo ad una sentenza-indirizzo della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1983, pp. 1347 ss.) appare evidente in tutti quei casi in cui il piano urbanistico attribuisce all'amministrazione la possibilità di costituire di diritti edificatori 'compensativi' o 'premiali', in cui il proprietario acquista, in forza dello strumento urbanistico, una facoltà che non è originariamente legata alla titolarità del suo diritto di proprietà: lo *jus aedificandi* qui non è un attributo originario della proprietà del suolo, ma diviene una facoltà attribuita dall'amministrazione. Su questi aspetti, cfr. da ultimo D.M. Traina, *Lo ius aedificandi può ritenersi ancora connaturale al diritto di proprietà?*, in Id. (a cura di), *Circolazione dei diritti edificatori e ius aedificandi*, Firenze, Cesifin-online, 2013, pp. 7 ss., il quale osserva che affinché «sorga il 'diritto di fare la costruzione' in capo al proprietario del suolo occorre combinare due fattori: la previsione conformativa del piano urbanistico, che consente – ma solo in potenza - la trasformazione del suolo accipiente; l'acquisto del credito edificatorio da parte del suo proprietario, che riempie di contenuto una posizione altrimenti astratta, di aspettativa o di *chanche* edificatoria» (p. 38).

disciplina dei diritti soggettivi. E, proprio a tal proposito, la stessa Corte costituzionale ha avuto modo di ribadire che gli aspetti attinenti al trasferimento ed alla cessione dei diritti edificatori «incidono sulla materia 'ordinamento civile', di competenza esclusiva dello Stato»[36]. Né i tentativi di qualificare i diritti edificatori in termini, volta per volta, di bene immateriale, di interesse legittimo, di credito edilizio appaiono idonei a ovviare al problema che sorge nel momento in cui la legislazione regionale e/o la gli strumenti di pianificazione costituiscono «beni giuridici oggetto di contratti, attribuiti dal Comune in ragione del diritto di proprietà su un bene immobile ma che in questo caso possono vivere e circolare liberamente separati dal bene in relazione al quale sono attribuiti»[37].

Il punto più delicato è costituito dal rischio che le norme regionali, incidendo sui modi di acquisto e sui limiti del diritto di proprietà, finiscano per configurare uno statuto differenziato della proprietà dei suoli, se non anche per incidere indirettamente sulla conformazione del diritto reale, in violazione di quelle norme costituzionali che attribuiscono una competenza esclusiva alla legislazione statale. La questione del possibile conflitto si pone con riferimento all'art. 42 Cost., laddove pone una riserva di legge statale in ordine alla determinazione del contenuto e dei limiti al diritto di proprietà. Ma si pone anche in relazione all'art. 117, co. 2, lett. *l* e *m*, Cost. che attribuisce alla competenza esclusiva statale, rispettivamente, la materia dell'«ordinamento civile», cui appartiene anche la disciplina della proprietà privata, e la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali da garantire uniformemente sull'intero territorio nazionale[38].

Ora, secondo una consolidata giurisprudenza costituzionale, la carenza di una «un'espressa, specifica disciplina statale contenente i principi fondamentali di una determinata materia di competenza legislativa concorrente non impedisce alle Regioni di esercitare i propri poteri, in quanto in ogni caso tali principi possono e devono essere desunti dalla preesistente legislazione statale»[39]. Talché, per questo aspetto, la disciplina legislativa regionale in materia di perequazione rientrerebbe nell'ambito del potere conformativo della proprietà e troverebbe, tra l'altro, nell'art. 23, legge n. 1150/1942, sui comparti edificatori, uno dei propri principi fondamentali.

Diverse debbono, viceversa, essere le conclusioni in punto di 'ordinamento civile', ma anche in questo caso non necessariamente preclusive di qualsiasi intervento della legislazione regionale. È pacifico che laddove la legislazione regionale coinvolga la regolazione dei rapporti intersoggettivi siamo di fronte ad una vera e propria preclusione nei suoi

36. Corte cost., 26 marzo 2010, n. 121, § 10 *considd. in diritto*.

37. P. Urbani, *Urbanistica solidale*, cit., p. 197.

38. In proposito cfr. P. Stella Richter, *op. cit.*, p. 58, il quale osserva che «la disciplina urbanistica ha sempre una duplice valenza: per un verso determina le modalità di esercizio del potere dell'amministrazione nelle scelte di pianificazione, ma per altro incide sui rapporti tra privati proprietari e quindi sul contenuto stesso del diritto di proprietà, che a sua volta rientra nell'"ordinamento civile', materia di potestà esclusiva dello Stato».

39. Corte cost., 19 dicembre 2003, n. 359.

confronti di interferire «nella disciplina dei diritti soggettivi» che riguarda i profili civilistici dei rapporti da cui derivano, «cioè i modi di acquisto e di estinzione, i modi di accertamento, le regole sull'adempimento delle obbligazioni e sulla responsabilità per inadempimento, la disciplina della responsabilità extracontrattuale, i limiti dei diritti di proprietà connessi ai rapporti di vicinato, e via esemplificando»[40]. Più incerte sono le considerazioni che debbono essere fatte con riferimento alla «normazione conformativa del contenuto dei diritti di proprietà allo scopo di assicurarne la funzione sociale»: in queste ipotesi la riserva di legge stabilita dall'art. 42 Cost. «può trovare attuazione anche in leggi regionali, nell'ambito, s'intende, delle materie indicate dall'art. 117 Cost.». Invero sulla falsariga di una nota giurisprudenza costituzionale l'intervento della disciplina regionale non appare precluso dal momento che il confine tra ordinamento civile e governo del territorio in relazione al diritto di proprietà non è né così nettò né così certo come potrebbe apparire. Se non è dubitabile che la disciplina della proprietà appartenga al diritto privato e dunque all'ordinamento civile «le interferenze che il governo del territorio ha con gli interessi privati e quelli pubblici fanno sì che, quando la norma è dettata non esclusivamente per regolare i rapporti tra proprietari, ma ha finalità di assetto della città, allora non è più diritto privato, ma diventa 'governo del territorio'»[41]. Poiché, osserva la Corte, tutti i «fabbricati insistono su di un territorio che può avere rispetto ad altri – per ragioni naturali e storiche – specifiche caratteristiche, la disciplina che li riguarda – ed in particolare quella dei loro rapporti nel territorio stesso – esorbita dai limiti propri dei rapporti interprivati e tocca anche interessi pubblici. Ed è per l'influenza che le peculiarità dei diversi insediamenti possono avere che lo stesso codice civile, ancor prima della Costituzione, ha attribuito rilievo ai regolamenti locali, in un'epoca in cui unica fonte di normativa primaria era lo Stato. Una volta assegnate alle Regioni competenze normative primarie, il rilievo della connessione e delle interferenze tra interessi privati e interessi pubblici […] ha trovato attuazione nel riparto di competenze legislative e nell'attribuzione alle Regioni, in sede di competenza concorrente, della materia del governo del territorio, comprensiva, come si è detto, dell'urbanistica e dell'edilizia»[42]. Dunque, in questa caso la competenza legislativa regionale per essere legittimamente esercitata deve avere riguardo agli assetti urbanistici della città e non ai rapporti tra le diverse proprietà considerate in funzione degli interessi privati dei proprietari dei fondi. Tuttavia in quanto titolari di competenza concorrente e non residuale riguardo ad una materia che interferisce con altra di spettanza esclusiva dello Stato, «le Regioni devono esercitare le loro funzioni nel rispetto dei principi della

40. Corte cost., 11 luglio 1989, n. 391.

41. P. Stella Richter, *Introduzione*, in R. Corrado (a cura di), *L'urbanistica italiana dopo le sentenze del TAR sul PRG di Roma,* Roma, Cangemi, 2010, p. 18.

42. Corte cost., 26 marzo 2010, n. 121. In precedenza cfr. Corte cost. 16 giugno 2005, n. 232; Corte cost. 24 febbraio 2017, n. 41.

legislazione statale», finora rinvenibili, a tutto concedere, nella previsioni ricordate in precedenza (cfr. *supra* § 4). È di tutta evidenza, come è stato osservato che benché il principio non sia assente, esso «andrebbe fissato in tutte le sue possibili finalità» e a tale scopo «una legge statale è indispensabile»[43].

7. La perequazione 'orizzontale' tra soggetti privati: l'equa distribuzione di costi e benefici tra i proprietari di suoli ricompresi in ambiti di trasformazione urbana e la scissione tra edificabilità effettiva ed edificabilità potenziale.

Gli strumenti perequativi restano, dunque, una realtà frantumata in molteplici fattispecie, il cui comune denominatore è rappresentato dall'esigenza di garantire l'equa distribuzione delle possibilità edificatorie ossia la tendenziale indifferenza dei proprietari rispetto alle scelte pianificatoria, nonché la compartecipazione alla realizzazione di interventi di interesse pubblico.

Al di là di dei profili di criticità e della persistente incertezza che circonda l'individuazione del loro contenuto, è possibile tentare una distinzione in relazione ai destinatari dei benefici redistributivi.

Il primo modello perequativo è quello 'orizzontale' che ha quale propria specifica finalità quella di distribuire equamente i costi e i benefici tra i proprietari dei suoli ricompresi in ambiti di trasformazione urbana. Esso è preordinato a rendere quanto più indifferenti possibile le scelte discrezionali di politica urbanistica rispetto alle situazioni soggettive private, con l'attribuzione di uno stesso valore a tutti i terreni compresi all'interno di un medesimo progetto di trasformazione. La sua finalità è quella di riequilibrare le posizioni reciproche dei proprietari – che potranno essere stati, in parte, gratificati dalle scelte di piano e, in parte, frustrati dalle stesse – rispetto alle previsioni urbanistiche, mediante accordi (di cessione di cubatura, oppure di costituzione di servitù reali o, ancora, di trasferimento di diritti edificatori o di aumento premiale di volumetria) sia tra loro che con l'amministrazione. In questo caso, il modello si avvicina molto a quello dei comparti edificatori, già conosciuto dalla legge urbanistica del 1942.

La perequazione 'orizzontale' trova applicazione soltanto con riferimento alle aree soggette a trasformazione urbanistica: in linea di principio, questo strumento non trova applicazione con riferimento ai suoli aventi destinazione agricola, nonché ai suoli per i quali, «in assenza di potenzialità edificatorie, non appare ipotizzabile quello scambio di utilità fra proprietà ed amministrazione che […] concretizza una delle funzioni tipiche della perequazione, riducendo il ricorso all'esproprio»[44].

43. P. Stella Richter, *Introduzione*, cit., p. 18.

44. T.a.r. Puglia-Bari, sez. II, 20 maggio 2010, n. 1691, in *Riv. giur. edil.*, 2010, I, p. 1961 (con nota di S. De Paolis, *Comparto edificatorio e comparto perequativo, ancora sull'attuazione dei principi perequativi*), ove è osservato altresì che «con la pregressa edificazione si è già determinata la necessità di reperire una determinata quantità di aree a

L'applicazione di questa tecnica perequativa comporta l'identificazione preliminare degli ambiti di trasformazione urbanistica e il riconoscimento, a tutte le aree che si collocano al loro interno, di una 'quantità virtuale' di valore edificatorio. In sintesi, l'articolazione procedimentale di questa tecnica può essere così riassunta: (*a*) classificazione delle aree destinate a trasformazione urbanistica e attribuzione di indici convenzionali di edificabilità: (*b*) individuazione al loro interno di comparti in cui ricercare una condivisione tra i proprietari in vista dello sfruttamento delle volumetrie che sono state loro attribuite; (*c*) trasferimento dei diritti edificatori assegnati ai proprietari dei suoli destinati ad attrezzature pubbliche, che potranno utilizzarli solo nelle aree destinate dal piano a edificazione privata; (*d*) regolazione dello scambio tra chi cede edificabilità ('fondi sorgente' o 'aree di decollo') e chi l'acquisisce ('fondi riceventi' o 'aree di atterraggio'); (*e*) cessione gratuita o a prezzo agricolo delle aree destinate alla città pubblica.

L'essenza di queste tecniche risiede nella contemporaneità tra il riconoscimento della capacità edificatoria e l'imposizione dell'onere di contribuire allo sviluppo della città pubblica, cosicché, «laddove la pianificazione generale venga attuata per comparti, per i proprietari interessati [è] resa indifferente la collocazione all'interno del comparto delle aree destinate a infrastrutture e attrezzature pubbliche da cedere al Comune, giacché tutti dispongono del medesimo indice di edificabilità da utilizzare sulle aree destinate a ricevere la cubatura stabilita». D'altronde, è pacifico che «l'attribuzione del medesimo indice edificatorio a tutte le proprietà inserite nel comparto implica […] che si tratti di fondi aventi caratteristiche analoghe»: altrimenti, la redistribuzione perequativa della rendita fondiaria «finirebbe per operare in maniera distorta, vanificando le finalità equitative ad essa connaturate»[45].

Le tecniche perequative 'orizzontali' assicurano, così, una sorta di 'giustizia distributiva' tra proprietari che si realizza nella ripartizione della capacità edificatoria degli ambiti di trasformazione urbanistica in maniera proporzionale tra i suoli in essi ricompresi, a prescindere dalla effettiva edificabilità di ciascuno di essi, con la conseguente scissione tra edificabilità effettiva ed edificabilità solo potenziale[46]. Tutti i proprietari fondiari ricompresi all'interno del singolo ambito divengono titolari di diritti edificatori 'virtuali', senza che abbia alcun rilievo la destinazione d'uso impressa dal piano alle singole proprietà:

standards, le quali, se inserite in un comparto perequato, finirebbero per scaricare, sull'area libera (edificabile) rimasta, non solo il peso dell'aumento di carico insediativo indotto dal comparto ma anche di quello indotto dalla pregressa edificazione. La individuazione di un comparto perequato nell'ambito di un contesto già edificato, caratterizzato da aree libere, rischia quindi di trasformarsi nella celata ma sostanziale imposizione di nuovi vincoli (dal momento che in tal caso la superficie di comparto è di fatto vincolata alla superficie delle aree rimaste libere all'interno del contesto edificato e che, però, le aree a standards all'interno dell'interno del comparto di fatto debbono essere di dimensioni tali da poter soddisfare anche i bisogni delle aree già edificate in precedenza).

45. T.a.r. Toscana, sez. I, 31 ottobre 2012, n. 1752.

46. In questi termini, P. Stella Richter, *op. cit.*, p. 61.

questi diritti potranno poi essere ceduti a titolo oneroso ai proprietari delle aree effettivamente edificabili, trasformandosi cosi in diritti edificatori 'reali'.

Gli intenti redistributivi e di uguaglianza sostanziale che – almeno nel modello teorico – caratterizzano questo strumento appaiono evidenti. Il piano tradizionale è costruito sulla rigidità *zoning* e rappresenta una manifestazione emblematica dell'imperatività del potere: le linee cartografiche separano 'meccanicamente' le aree edificabili da quelle non edificabili o destinate ad ospitare le infrastrutture e i servizi per la collettività, con la conseguenza di determinare un effetto vantaggioso o irrimediabilmente svantaggioso. Nel piano urbanistico tradizionale un numero circoscritto di suoli posti in aree di trasformazione è beneficiato della capacità edificatoria, mentre tutti gli altri sono esclusi da questo beneficio oppure sono assoggettati a vincoli per la realizzazione di opere infrastrutturali. L'applicazione delle tecniche perequative è, invece, finalizzata a ripartire equamente la capacità edificatoria (o volumetrica) tra tutti i proprietari coinvolti nell'ambito di trasformazione, con la contestuale individuazione di uno o più fondi sui quali avverrà la concentrazione delle volumetrie previste dal piano.

In tal modo, lo stesso proprietario delle aree destinate alla realizzazione delle opere infrastrutturali pubbliche finisce per essere titolare di una frazione di edificabilità al pari del proprietario del suolo per il quale è previsto un utilizzo residenziale: frazione la cui fruizione è subordinata all'asservimento del fondo c.d. 'di decollo' e al suo consolidamento nelle aree c.d. 'di atterraggio' della volumetria consentita dal piano.

La volumetria distribuita sull'intero ambito di trasformazione acquista così un rilievo giuridico ed economico a prescindere dalla destinazione urbanistica del fondo 'di decollo', dal momento che ciascun proprietario potrà, alternativamente, cedere la propria quota di edificabilità virtuale ad altri, ovvero sfruttare individualmente il proprio diritto alla edificazione procurandosi la differenza volumetrica necessaria per raggiungere il limite minimo dell'indice di fabbricabilità previsto dal piano. La cessione dei diritti edificatori, distribuiti dal piano sull'insieme dei lotti e la loro successiva concentrazione sui soli fondi 'riceventi', consente così di assicurare anche ai proprietari delle aree 'di decollo' una frazione dell'utilità economica che deriva dall'attività di trasformazione di quella parte del territorio urbano prevista dal piano.

Questo modello segna, sotto un diverso profilo, una riduzione dell'autonomia privata del proprietario: questi vede limitate le possibilità di poter disporre in maniera autonoma della sua proprietà, dovendo, per lo più, ricercare – per acquisire la volumetria necessaria a raggiungere il limite minimo dell'indice di fabbricabilità previsto dal piano – il consenso degli altri proprietari, con la conseguenza che le scelte di ciascun proprietario finiscono per dipendere da quelle degli altri.

Per altro aspetto, questo stesso modello è in grado di ingenerare il rischio correlato al fenomeno di libera commercializzazione dei diritti edificatori tra ambiti territoriali diver-

si, senza più alcun legame con l'area 'di decollo', con la possibilità che questa 'circolazione' finisca «per minare nelle fondamenta il principio di pianificazione che attribuisce al potere pubblico il potere di conformazione dei suoli e di determinazione degli interessi pubblici generali, potendosi sostanzialmente prefigurare l'ipotesi che la funzione di assetto del territorio diventi – al contrario – da condividere 'necessariamente' con i privati a fronte dei numerosi 'debiti' edificatori»[47]. Talché lo strumento perequativo – caratterizzato dall'esigenza di redistribuire la rendita e dunque preordinato ad assicurare un'equa distribuzione dei diritti edificatori e dei relativi oneri – in assenza di una regolazione che tenga conto tanto dei profili urbanistici quanto di quelli legati all''ordinamento civile' rischia di ridurre la capacità decisionale pubblica e di incrementare (paradossalmente) la posizione della rendita fondiaria.

Quanto agli effetti economici, il modello perequativo è sicuramente collegato all'equa distribuzione del plusvalore delle aree tra tutti i proprietari di suoli coinvolti nella trasformazione urbana: si tratta, evidentemente, di un'equità relativa, limitata alle proprietà interessate ai processi di trasformazione della città e non di un'equità assoluta estesa a tutte le proprietà immobiliari. Inoltre esso produce un effetto redistributivo poiché l'amministrazione non sostiene alcun onere finanziario per l'acquisizione delle aree necessarie allo sviluppo della città pubblica e per questo aspetto, esso costituisce strumento di cofinanziamento delle attrezzature pubbliche.

8. Le fattispecie perequative: la perequazione 'per comparti' quale strumento di ricomposizione fondiaria. La persistente rilevanza della zonizzazione e il comparto perequativo.

È già stato osservato come non esista un unico modello di perequazione 'orizzontale': le leggi regionali e le amministrazioni comunali hanno proposto e continuano a proporre forme applicative molto differenti tra loro. Tra le molte fattispecie, due sembrano riassumere in maniera esemplare l'intera gamma delle esperienze: la perequazione parziale o di comparto (o 'a posteriori') e la perequazione generalizzata (o 'a priori')[48].

Nel primo caso, la perequazione si pone 'a valle' delle scelte pianificatorie generali e coinvolge specificamente soltanto alcuni particolari ambiti territoriali (c.d. di trasformazione), generalmente ordinati in comparti ('perequativi'), nell'ambito dei quali i diritti

47. P. Urbani, *op. cit.*, 199.

48. Nell'ambito della perequazione di comparto, la tecnica perequativa può essere, poi, applicata a tutte le zone destinate alla trasformazione urbana (c.d. perequazione generalizzata), dando così priorità all'eguale trattamento della proprietà immobiliare, oppure può essere limitata ad una quota delle aree destinate alla trasformazione (c.d. perequazione parziale) quando l'obiettivo prioritario non è quello della perequazione ma, piuttosto, quello di disporre di una molteplicità di strumenti per dare attuazione allo strumento urbanistico in contesti differenti, talché in taluni ambiti nei quali debbano essere realizzate specifiche infrastrutture, l'imposizione del vincolo preordinato all'esproprio seguita alla procedura ablatoria viene preferita alla perequazione.

edificatori distribuibili coincidono con l'edificabilità concessa dal piano all'ambito. Qui la vicenda perequativa coinvolge generalmente porzioni circoscritte di territorio, preventivamente identificate dal piano regolatore, si inserisce nella trama dello *zoning* e ne costituisce una particolare forma di attuazione. Essa è, infatti, legata alla suddivisione del territorio in aree omogenee dotate o dotabili di opere di urbanizzazione proporzionali e adeguate alla volumetria realizzabile e mira a correggere le distorsioni della pianificazione attraverso il riequilibrio delle posizioni dei singoli proprietari delle aree coinvolte[49]. Al piano regolatore compete fissare *a priori* la natura edificatoria delle aree ed assegnare a ciascuna i rispettivi indici, salvo prevedere che in taluni ambiti la vicenda edificatoria si conformi allo schema del comparto perequativo.

A ben vedere, il comparto 'perequativo' si caratterizza per la compresenza di due porzioni territoriali, ciascuna sottoposta a distinte previsioni di zonizzazione. Sotto questo profilo, allora, deve essere tenuto distinto il profilo strutturale e quello funzionale. Sotto il profilo strutturale il comparto 'perequativo' «non determina la perdita di rilevanza della zonizzazione: entro il comparto sono presenti e riconoscibili (nella loro separatezza) le aree edificabili e le aree destinate a servizi». Sotto il differente profilo funzionale, invece, sbiadisce l'originaria rigidità della «tecnica della *bright line*» ed «il confine tra zona edificabile e zona destinata a servizi finisce per perdere rilievo rispetto alla posizione dei proprietari». L'attuazione del comparto 'perequativo' presuppone, difatti, «una ridistribuzione dei diritti edificatori attribuiti dal piano in misura eguale a tutti i terreni ricompresi nella perimetrazione del comparto. Tali diritti sono poi concentrabili unicamente nella porzione edificatoria predeterminata in sede di zonizzazione (lato attivo). In parallelo, vengono del pari ridistribuiti tra tutti i proprietari anche i correlati oneri di cessione di aree (lato passivo della perequazione)». È proprio l'attuazione della vicenda perequativa, «ossia il contestuale perfezionamento sul piano funzionale del profilo attivo e di quello passivo, fa in modo che la zonizzazione, che permane a livello strutturale, non ingeneri alcuna disparità economica tra i soggetti coinvolti»[50].

L'intento in questo caso è quella di garantire la realizzazione delle previsioni contenute nel piano urbanistico tramite l'accordo con e tra i soggetti privati (riuniti in consorzio), in assenza del quale l'amministrazione potrà intervenire con l'esproprio delle aree e la

49. In proposito, T.a.r. Puglia-Bari, sez. I, 16 marzo 2015, n. 416, secondo cui «la conferma che la perequazione di comparto non contraddice […] ma implica una forma di attuazione del sistema di conformazione per zone omogenee (così detto *zoning*), sta nel fatto che i proprietari delle aree destinate all'edificazione privata, al fine di esercitare concretamente il loro diritto ad edificare, avranno interesse ad acquistare, dai proprietari delle aree con destinazione pubblica, i diritti edificatori che rappresentano una quota della volumetria esprimibile dalle aree edificabili già ripartita sulla intera superficie di comparto, favorendo così la cessione al Comune delle aree da destinare a servizi o a verde pubblico, salvo, in caso di disaccordo, il potere ablatorio del Comune, secondo lo schema tradizionale della zonizzazione e localizzazione degli standard».

50. In questi termini, T.a.r. Piemonte, sez. I, 16 gennaio 2009, n. 120.

loro assegnazione a soggetti terzi[51]. In queste ipotesi, il ricorso alla perequazione svolge una funzione fortemente redistributiva in attuazione delle scelte urbanistiche contenute negli atti di pianificazione, così da ripartire in maniera equilibrata i vantaggi economici dell'edificabilità delle aree, che si vedono attribuire la medesima potenzialità edificatoria, e da rendere sostenibili le diseguaglianze legate alle scelte pianificatorie.

Questo modello ha restituito vitalità al 'comparto', previsto dall'art. 23, legge n. 1150/1942, nella forma del comparto 'edificatorio'[52]. Il comparto, fino a tempi recenti ha avuto scarsa applicazione, che ben sintetizza i caratteri dell'urbanistica consensuale: «grande autorità» da parte delle amministrazioni locali e «buona volontà da parte dei privati proprietari». Più di recente, invece, il comparto è stato impiegato per dare ingresso nella pianificazione urbanistica alla tecnica perequativa in funzione attuativa del p.r.g., prestandosi ad una redistribuzione dei diritti edificatori tra tutti i titolari dei lotti compresi nel comparto stesso[53].

Peraltro, il comparto 'perequativo' va tenuto distinto da quello 'edificatorio' perché il primo è svincolato dai limiti che caratterizzano il secondo, in particolare per la ragione che esso prescinde dalla iniziativa pubblica e perché in esso i confini non hanno rilevanza fondamentale. In proposito è stato precisato come l'esperienza storica conosca due differenti tipologie di comparti 'perequativi': «quelli di tipo 'continuo', che delimitano un

51. Cfr. art. 7, d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327.

52. P. Stella Richter, *I comparti edificatori*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, Giuffrè, 1960, p. 1032.

53. Il fine del comparto edificatorio è quello di «soddisfare un interesse pubblico per realizzare un corretto e coordinato assetto del territorio» e l'esercizio del potere autoritativo da parte dell'autorità comunale è preordinato al conseguimento di un corretto (ragionevole) assetto del territorio in grado di «conciliare le ragioni della proprietà privata con quelle di interesse pubblico, che si sviluppa sostanzialmente nelle seguenti fasi: predisposizione del comparto, previo riscontro dei presupposti per la sua costituzione, la determinazione della loro dimensione, le modalità di formazione, la scelta delle opere da eseguire, la ripartizione di oneri ed utili; invito al proprietario delle aree (se unico) ovvero ai proprietari, costituiti in apposito consorzio, a procedere alle edificazioni e alle trasformazioni degli immobili ricompresi secondo le dette prescrizioni; acquisizione coattiva in favore del costituito Consorzio di tutte le aree appartenenti ai proprietari dissenzienti; espropriazione di tutte le aree del comparto in caso di mancata costituzione del consorzio entro i termini assegnati» (Cons. Stato, sez. IV, 24 gennaio 2011, n. 488, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2011, I, p. 74). Sui comparti edificatori, cfr. P. Stella Richter, *I comparti edificatori*, Milano, Giuffrè, 1960; D. Rodella, *Comparti edificatori*, in *Corr. amm.*, 1964, pp. 365 ss.; V. Caputi Jambrenghi, *osservazioni su vecchi e nuovi strumenti di attuazione in materia urbanistica (programmi pluriennali. Lottizzazioni, comparti, piani di recupero)*, in *Impresa amb. p.a.*, 1979, I, pp. 242 ss.; A. Crosetti, *Comparto edificatorio*, in *Nss. D.I.*, *Appendice*, vol. II, Torino, Utet, 1981, pp. 98 ss.; V. Mazzarelli, *Comparto edificatorio*, in *Enc. giur.*, vol. VII, Roma, Istit. Enciclopedia Ital., 1988; E. Romano - M.A. Bazzani, *Comparti edificatori: discrezionalità amministrativa e* jus aedificandi, in *Urb. app.*, 1998, pp. 191 ss.; E. Follieri, *Rigidità ed elasticità degli strumenti di pianificazione generale*, in *Riv. giur. edil.*, 1999, pp. 20 ss.; E. Boscolo, *Una conferma giurisprudenziale (e qualche novità legislativa) in tema di perequazione urbanistica*, in *Riv. giur. edil.*, 2003, I, pp. 823 ss.; A. Gatto, *Il comparto edificatorio: da istituto emergenziale a strumento perequativo*, in *Riv. giur. edil.*, 2005, I, pp. 1644 ss.; A. Baglivo, *Sanzioni amministrative nei comparti edificatori*, in A. Cagnazzo - S. Toschei - F. Tuccari (a cura di), *Sanzioni amministrative in materia di edilizia*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 648 ss.; A. Travi, *Piano di lottizzazione e comparti edificatori*, in *Digesto disc. pubbl.*, vol. XI, Torino, Utet, 1996, part. p. 163.

determinato settore del territorio, nel quale sorgono i diritti edificatori e nel quale soltanto essi vengono utilizzati; e quelli di tipo 'discontinuo', i cui diritti edificatori possono essere trasferiti e sfruttati su aree diverse da quelle incluse nel perimetro d'origine». In tal senso, tanto «la flessibilità dei confini del comparto perequativo» che «la possibilità di aggregare, idealmente, aree tra loro distanti mercé la dislocazione dei diritti edificatori»[54] contribuisce a caratterizzare l'istituto del comparto 'perequativo' in modo profondamente diverso rispetto a quello 'edificatorio'. E quindi, benché anche ad esso debba essere riconosciuta la natura di piano attuativo, tuttavia parrebbe riconducibile agli strumenti della programmazione integrata.

Il meccanismo, in sé, è abbastanza semplice: il piano comunale assegna una potenzialità volumetrica complessiva all'ambito di trasformazione; spetta, poi, al piano attuativo ripartire tra tutti i proprietari delle aree interessate dagli interventi le capacità edificatorie e gli oneri legati alle realizzazione delle infrastrutture pubbliche. I proprietari coinvolti, in piena autonomia, devono porre in essere, attraverso la cessione e l'acquisto dei diritti edificatori, quella ricomposizione fondiaria necessaria al rispetto degli indici previsti dal piano[55]. Il vincolo di attuazione delle previsioni di piano riferibili a ciascun comparto, forza i proprietari interessati ad un atteggiamento necessariamente cooperativa, in mancanza del quale ogni previsione edificatoria rischia di venir meno.

In talune fattispecie la stessa perequazione di comparto è collegata a modalità redistributive che prendono la forma della cessione di aree a favore del Comune in corrispettivo dell'attribuzione di diritti edificatori ovvero della cessione sempre a favore del Comune di una quota parte di edificabilità, utilizzabili per le finalità di pubblico interesse previste negli atti di pianificazione. Si tratta, in buona sostanza, di quella che è stata definita cessione perequativa, «alternativa all'espropriazione perché non prevede l'apposizione di un vincolo pre-espropriativo sulle aree destinate a servizi pubblici ma prevede che tutti i proprietari, sia quelli che possono edificare sulle loro aree sia quelli i cui immobili dovranno realizzare la città pubblica, partecipino alla realizzazione delle infrastrutture pubbliche attraverso l'equa ed uniforme distribuzione di diritti edificatori indipendentemente dalla localizzazione delle aree per attrezzature pubbliche e dei relativi obblighi nei confronti del Comune»[56]. La previsione della cessione perequativa dei suoli (o di quota parte delle edificabilità) impone che prima di intraprendere qualsiasi iniziativa edificatoria il proprietario privato debba necessariamente ricercare un accordo con l'amministrazione stessa (c.d. interventi a consensualità necessaria), in mancanza del quale resta precluso qualsiasi

54. T.a.r. Puglia-Bari, sez. II, 20 maggio 2010, n. 1961, cit., p. 1961. Conf. T.a.r. Puglia-Bari, sez. II, 1 luglio 2010, n. 2810, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2010, I, p. 2607.

55. E. Boscolo, *Un'alternativa al modello toscano: la perequazione diffusa e la circolazione dei titoli volumetrici*, in G. Cartei - E. Amante (a cura di), *Perequazione e compensazione nel governo del territorio della Toscana*, Napoli, ES, 2011, p. 23.

56. T.a.r. Lombardia-Milano, sez. II, 17 settembre 2009, n. 4671.

intervento. Con l'acquisizione dei suoli in cambio di diritti edificatori ovvero con la riserva di una quota di edificabilità (c.d. edificabilità pubblica priva di suolo) l'amministrazione ottiene che una parte della volumetria prevista dal piano sia destinata alla realizzazione di infrastrutture pubbliche, di edilizia residenziale sociale, oppure potrà permutarla con la cessione di altre aree, o potrà semplicemente limitare il carico insediativo di un determinato comparto.

In sostanza, la dinamica funzionale perequativa limita e attenua l'intrinseca discriminatorietà della pianificazione costruita sulla rigida zonizzazione. Fin quando la perequazione è costruita attorno ai comparti, essa non mette in discussione la prerogativa del piano regolatore generale di identificare *ex ante* dove e cosa si possa edificare e quante e quali aree debbano rimanere inedificate o debbano essere cedute al Comune per usi collettivi. Mediante il ricorso al comparto perequativo, queste scelte sono tali da non generare quelle insostenibili disuguaglianze e disparità di trattamento e, in aggiunta, da consentire che le cessioni di aree avvengano senza espropri.

9. (Segue). La perequazione 'estesa' quale forma di contrattazione privata generalizzata per l'attuazione del piano. La necessaria definizione da parte del piano regolatore generale dei contenuti e delle modalità negoziali della fase attuativa.

La tecnica perequativa muta i propri obiettivi quella 'per comparti' venga sostituita dalla perequazione 'estesa'. La perequazione *a priori* o 'estesa' aspira, in via di principio, ad un'uguaglianza sostanziale tra proprietari fondiari non limitata agli specifici comparti preventivamente individuati, ma riguarda l'insieme delle aree di espansione o di trasformazione, con la distribuzione di parametri di edificabilità uniformi sulla base dello stato di fatto e di diritto esistente, in forza di criteri preventivi rispetto alle scelte di piano.

Mentre la perequazione a posteriori si costruisce sulla cooperazione forzata dei proprietari indotti a consorziarsi per dare attuazione al piano, la perequazione «prefigura […] un dispositivo fondato sulle logiche dello scambio, entro il quale le potenzialità edificatorie assegnate dal piano vengono incorporate in titoli volumetrici cedibili e, conseguentemente, il disegno urbanistico prefigurato dal piano trova attuazione progressiva ('a mosaico') per effetto dell'atterraggio […] dei titoli volumetrici sui fondi di concentrazione»[57].

L'elaborazione del piano, in tal senso, è preceduta da una fase preliminare costituita dalla ricerca delle caratteristiche giuridico-urbanistiche dei suoli, preordinata alla loro aggregazione in classi aventi un indice di edificabilità corrispondente.

Il piano urbanistico può limitarsi, così, a configurare due sole categorie di aree: quelle c.d. di trasformazione e quelle c.d. di conservazione. I diritti edificatori sviluppati da queste ultime potranno essere utilizzati unicamente nelle aree di trasformazione, secondo le

57. E. Boscolo, *op. cit.*, p. 31.

regole fissate dal piano (c.d. aree di atterraggio) e la loro utilizzazione in relazione alle aree di atterraggio è lasciata alla libera iniziativa individuale: il piano non predetermina alcuna «destinazione puntuale dei diritti edificatori, limitandosi a prevedere che ogni trasformazione sia il risultato di un 'atterraggio' di diritti edificatori esogeni che si saldano alla (eventuale) dotazione intrinseca del fondo-accipiente, comunque insufficiente a garantire la trasformazione dell'area»[58]. Al pari dell'ipotesi della perequazione di comparto e per le medesime finalità, può essere prevista la riserva a favore del Comune di una quota-parte di edificabilità.

In questo modo viene soppresso qualsiasi vincolo di contestualità nell'attuazione delle previsioni di piano (come invece avviene nelle perequazione di comparto) così da incardinare il processo di attuazione sull'autonomia dei privati proprietari, alla quale è garantita la massima estensione. Con un rischio non secondario: quello di frammentare l'attuazione in una teorica indeterminata di iniziative individuali e di confidare su una ipotetica funzione autoregolatoria del libero mercato immobiliare, a cui dovrebbero restare estranei quei fenomeni che, invece, tendono e continuano sempre più a caratterizzarlo: monopolio e atteggiamenti predatori.

Un'ultima notazione sul ruolo che, in relazione alle aree oggetto di trasformazione urbanistica, riveste la classificazione dei suoli e l'attribuzione dei relativi indici edificatori nelle due forme di perequazione. Mentre nel caso della perequazione di comparto, la classificazione e la determinazione degli indici dei suoli convive con gli strumenti perequativi, nella perequazione 'estesa' la questione appare più complessa. Per un verso, si è predicata la necessità di continuare, innanzitutto, a distinguere le aree sotto il profilo delle loro caratteristiche di diritto e di fatto: a questa prima fase, poi, deve seguire quella in forza della quale «a ciascuna classe viene attribuito un insieme peculiare di regole, e tra queste, l'indice perequativo il cui valore appare determinante per la valorizzazione dei suoli e dunque per la sostenibilità economico-amministrativa del piano»[59]. Per l'altro, si è, invece, sostenuta la necessità di sopprimere la fase della classificazione dei suoli per adottare il modello dell'indice unico da applicare a tutte le aree di trasformazione urbana[60]. In quest'ultima ipotesi, il processo di pianificazione pubblica muta profondamente, passando «dal paradigma unilateralità del potere-zonizzazione-localizzazione» a quello «del tipo consenso-compartecipazione […] costringendo l'amministrazione ad assumere un ruolo promozionale e contrattuale particolarmente impegnativo tutto affidato a meccanismi consensuali, mentre dall'altra parte anche il privato deve assumersi una serie d'impegni e responsabilità di risultato che in molti casi non sembrano del tutto pacifici». Tutto questo pone un ineludibile problema: quello del «controllo nel tempo dell'esecuzione di quanto

58. E. Boscolo, *op. cit.*, p. 32.
59. E. Micelli, *Perequazione, piano e mercato*, cit., p. 108.
60. S. Moroni, *La città del liberalismo attivo*, Milano, CittàStudi Edizioni, 2007, *passim*.

disposto negli atti convenzionali». Un profilo che conferma sia la necessità di «un'attenta valutazione dei contenuti morfologici e di sostenibilità alla trasformazione dei diversi ambiti territoriali», che l'esigenza di individuare nel piano urbanistico generale «i contenuti e le modalità negoziali cui riferirsi in fase di pianificazione operativa»[61].

10. La perequazione 'verticale': le diverse modalità di compensazione urbanistica quale forma del rapporto tra la proprietà fondiaria e l'interesse alla costruzione della città pubblica.

L'altro modello è quello della c.d. perequazione verticale – o compensativa – in cui l'equità redistributiva riguarda, innanzitutto, i rapporti tra i proprietari fondiari e l'interesse alla costruzione della città pubblica. In questo caso si tratta di uno strumento che svolge una funzione di ristoro, in più direzioni. La prima è quella di eliminare le conseguenze pregiudizievoli per il privato derivanti dalla imposizione di vincoli, con una funzione sostanzialmente indennitaria in grado di neutralizzare l'imposizione di vincoli a carico del proprietario. La seconda è quella premiale-incentivante: l'amministrazione, nel quadro delle previsioni degli strumenti urbanistici può consentire – per garantire, ad esempio, l'attuazione di interventi di edilizia residenziale sociale, di rinnovo urbanistico ed edilizio e di riqualificazione degli insediamenti – un aumento di volumetria premiale nei limiti di incremento massimi della capacità edificatoria prevista per quegli ambiti territoriali in cui debbano essere realizzati i suddetti interventi.

Ma è configurabile anche una terza ipotesi legata all'utilizzo dello strumento compensativo: quella redistributiva con lo scopo di garantire la compartecipazione della collettività ai benefici che il piano urbanistico ha determinato in favore dei privati proprietari. Il suo presupposto è rappresentato dal principio di solidarietà e di giustizia sociale, per cui i plusvalori generati dalle scelte pianificatorie dell'ente di cui è beneficiato il privato non paiono poter essere interamente acquisite da quest'ultimo, ma paiono dover essere, almeno in parte, redistribuite attraverso la loro cessione (in varie forme) all'ente che le ha determinate, per il conseguimento di determinati obiettivi di pubblico interesse.

La prima ipotesi c.d. di cessione compensativa o compensazione retributiva nasce direttamente dalla crisi del modello 'vincolo-esproprio-opera pubblica', quale mezzo di acquisizione di aree senza esproprio, mediante cessione gratuita ottenuta attribuendo nuova cubatura da utilizzare su altra area ovvero nuova superficie. La compensazione è caratterizzata «dall'individuazione da parte del pianificatore di aree, destinate alla costruzione della città pubblica, rispetto alle quali l'amministrazione non può rinunciare a priori al vincolo ed alla facoltà imperativa ed unilaterale di acquisizione coattiva delle aree. In queste aree, il Comune appone il vincolo pre-espropriativo ed entro il termine di cinque anni

61. P. Urbani, *Problemi giuridici della perequazione urbanistica*, in *Riv. giur. urb.*, 2002, pp. 595 s.

deve fare ricorso all'espropriazione con la possibilità di ristorare il proprietario mediante attribuzione di 'crediti compensativi' od aree in permuta in luogo dell'usuale indennizzo pecuniario»[62]. In questo caso l'urbanistica consensuale convive con quella autoritativa: sia la permuta che l'attribuzione di crediti compensativi coesistono immancabilmente con l'esercizio del potere da parte dell'amministrazione. Tuttavia, l'esercizio del potere resta sullo sfondo e il compito dell'amministrazione appare quello di 'pungolo cognitivo' ossia di influenzare la decisione del proprietario in relazione alla conclusione della cessione bonaria: «l'operatività dei meccanismi ablatori, di volta in volta ideati dal pianificatore comunale, dipende […] da una libera iniziativa della proprietà», in assenza della quale «il Comune [sarà costretto a] fare ricorso al tradizionale strumento espropriativo»[63].

L'emersione di questo strumento ha molto a che fare con la vicenda traslativa legata all'acquisizione dei suoli da parte dell'amministrazione. Esso, infatti, consente all'amministrazione di acquisire le aree necessarie alla realizzazione delle opere pubbliche in un contesto nel quale il ricorso all'espropriazione per p.u. è divenuto sempre più marginale: per un verso, perché la commisurazione dell'indennità di esproprio al valore di mercato del bene ha reso l'utilizzo di questo istituto oltremodo oneroso per la parte pubblica; per l'altro, perché i tempi di conclusione della vicenda risultano per lo più non coincidenti con la realizzazione delle opere private, dovendo scontare anche la frequente conflittualità giurisdizionale. Al proprietario gravato dal vincolo viene così offerta ed assegnata un'utilità di tipo compensativo equivalente a quella del fondo ceduto bonariamente: un'area idonea alle esigenze del soggetto ovvero un'utilità consistente in una cubatura fruibile in altra area edificabile, trasferibile anche a terzi[64]. L'indennizzo espropriativo è sostituito da una forma atipica di *datio in solutum*, che muta la stessa percezione dell'espropriazione per p.u. che si allontana sempre più dalla vicenda ablatoria per avvicinarsi ai modelli neo-contrattuali della vendita forzata di fine Ottocento quando, come adesso, l'indennità dovuta consisteva «nel giusto prezzo che, a giudizio dei periti, avrebbe avuto l'immobile in una libera contrattazione di compra e vendita»[65], ossia nel «valore venale del bene»[66].

62. T.a.r. Lombardia-Milano, sez. II, 17 settembre 2009, n. 4671.

63. T.a.r. Toscana, sez. I, 1 dicembre 2015, n. 1646, che richiama Cons. Stato, sez. IV, 13 luglio 2010, n. 4545. Sugli accordi in materia di pianificazione urbanistica, cfr., tra gli altri, F. Pugliese, *Risorse finanziarie, consensualità ed accordi nella pianificazione urbanistica*, in *Dir. amm.*, 1999, pp. 13 ss.; S. Civitarese Matteucci, *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche*, in F. Pugliese - E. Ferrari (a cura di), *Presente e futuro nella pianificazione urbanistica*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 163 ss.; P. Urbani, *Urbanistica consensuale*, Torino, Bollati-Boringhieri, 2000; A. Travi, *Accordi tra proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti,* in *Foro it.*, 2002, V, cc. 274 ss.; M. Magri, *Gli accordi con i privati nella formazione dei piani urbanistici strutturali*, in *Riv. giur. urb.*, 2004, pp. 539 ss.; . Urbani, *Dell'urbanistica consensuale*, in *Riv. giur. edil.*, 2005, pp. 222 ss.; Id., *Pianificare per accordi*, in *Riv. giur. edil.*, 2005, pp. 177 ss.

64. Cfr. Corte. cost. 20 maggio 1999, n. 179, § 8 *cons. in diritto*; art. 30, co. 1 e 2, legge 28 febbraio 1985, n. 47.

65. Art. 39, legge 25 giugno 1865, n. 2359.

66. Art. 37, co. 1, d.P.R. 8 giugno 2011, n. 327, come sostituito da art. 2, co. 89, lett. *a*, legge 24 dicembre

La seconda forma di compensazione è quella c.d. premiale-incentivante: in questo caso lo strumento compensativo non mira tanto a riequilibrare il patrimonio del privato, quanto a creare le condizioni favorevoli per assicurare l'effettività delle previsioni di piano con l'assunzione da parte dei proprietari di quegli obblighi finalizzati, ad esempio, all'attuazione di interventi di edilizia residenziale sociale, di rinnovo urbanistico ed edilizio, di riqualificazione e miglioramento della qualità ambientale degli insediamenti, di restauro paesaggistico. L'amministrazione, in questo caso, invita i privati a procedere ad operazioni di riqualificazione urbana i cui oneri ulteriori vengono remunerati con l'attribuzione di crediti compensativi che assumono, di frequente, la forma di 'premi volumetrici'[67]. Il soggetto privato concorre così alla riqualificazione delle aree degradate, assumendone gli oneri, in cambio di crediti compensativi.

11. (Segue). La compensazione redistributiva tra riconoscimento delle facoltà edificatorie private e la ragionevole redistribuzione dei vantaggi economici derivanti dall'esercizio del potere di pianificazione.

Il terzo modello di compensazione è quello c.d. redistributivo che, come accennato, riguarda i rapporti tra i proprietari fondiari e la collettività con l'obiettivo, innanzitutto, di garantire la compartecipazione di quest'ultima ai benefici che il piano urbanistico ha determinato in favore dei primi, attraverso la previsione di oneri aggiuntivi rispetto a quelli ordinari a carico del soggetto privato.

Il suo presupposto è rappresentato dal principio di solidarietà e di giustizia sociale, per cui i plusvalori generati dalle scelte pianificatorie dell'ente di cui è beneficiato il privato non paiono poter essere interamente acquisite da quest'ultimo, ma sembrano dover essere redistribuite, almeno in parte, attraverso la loro cessione (in varie forme) all'ente che le ha determinate, per il conseguimento di determinati obiettivi di pubblico interesse. Una forma di compensazione diretta alla riappropriazione di quota parte del valore che l'amministrazione può determinare con le sue decisioni in materia di governo del territorio.

A tal proposito, devono essere ricordate la due recenti modifiche delle modalità di definizione del contributo per il rilascio del permesso di costruire previsto dall'art. 16, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, nella parte in cui è disciplinato il procedimento comunale relativo alla determinazione dell'incidenza degli oneri di urbanizzazione primaria e secondaria in base alla tabelle parametriche fissate dai Comuni[68]. La prima è volta a differenziare gli interventi favorendo quelli di ristrutturazione rispetto a quelli di nuova costruzione con lo scopo di alleggerire gli oneri di urbanizzazione per gli interventi di recupero del patrimonio edilizio esistente.

2007, n. 244.

67. Cfr. art. 1, co. 259, legge 24 dicembre 2007, n. 244.

68. Il riferimento è all'art. 17, co. 1, lett. *g*, d.l. 12.9.2014, n. 133, conv. con modif. in legge 11.11.2014, n. 164 (c.d. *Sblocca Italia*) che ha, tra l'altro, aggiunto le lettere *d-bis* e *d-ter* all'art. 16, co. 4, d.P.R. n. 380/2001.

La seconda novità riguarda l'individuazione di un ulteriore parametro per la determinazione dell'incidenza degli oneri di urbanizzazione: quello relativo alla valutazione del maggior valore della destinazione d'uso di un terreno o di un immobile generato da interventi «in variante urbanistica, in deroga o con cambio di destinazione d'uso». Il maggior valore che in tal modo si determina dovrà essere suddiviso in misura non inferiore al 50% tra il Comune e il soggetto privato. La quota-parte a carico del soggetto privato è erogata al Comune «sotto forma di *contributo straordinario* che attesta l'interesse pubblico» e dovrà essere destinata alla «realizzazione di opere pubbliche e servizi da realizzare nel contesto in cui ricade l'intervento, cessione di aree o immobili da destinare a servizi di pubblica utilità, edilizia residenziale sociale od opere pubbliche»[69]. La norma, poi, si preoccupa di far salve le «diverse disposizioni delle legislazioni regionali e degli strumenti urbanistici generali comunali». La disciplina normativa appena ricordata anche se appare preordinata a dare una copertura normativa a quella pratiche urbanistiche negoziali sviluppate nel frattempo, salvo circoscriverne il campo di applicazione a quegli interventi su aree o immobili «in variante urbanistica, in deroga o con cambio di destinazione d'uso», assume tuttavia un valore più generale, di principio.

Questa previsione è, quindi, molto importante perché, oltre a ridefinirne il *quantum*, incide sulla stessa ragion d'essere degli oneri di urbanizzazione. Invero gli oneri urbanistici, originariamente previsti dalla legge 28 gennaio 1977, n. 10, e poi ripresi dal testo unico dell'edilizia, sono una diretta filiazione del concetto di *standards* urbanistici, preordinati a definire la dotazione urbanistico-finanziaria a servizio della edificabilità dell'area[70]. La

69. Corte cost., 5 aprile 2016, n. 67, in *Foro it.*, 2016, I, cc. 2312 ss.

70. L'art. 1, legge 28 gennaio 1977, n. 10, ha introdotto il principio della onerosità delle concessioni edilizie diversificate a seconda delle zone in cui è suddiviso il territorio comunale: in forza di questa previsione, gli oneri di urbanizzazione sono dovuti a prescindere dalla situazione urbanizzativa delle zone in cui ricadono i singoli interventi. La loro funzione è quella di adempiere all'esigenza della partecipazione patrimoniale dei privati interessati al pregiudizio economico gravante sulla collettività comunale per effetto della trasformazione del territorio (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 24 dicembre 2009, n. 8757; T.a.r. Lombardia-Brescia, 7 novembre 2005, n. 1115, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2005, pp. 3429 ss.). La corresponsione del contributo è commisurato all'incidenza degli oneri di urbanizzazione nonché al costo di costruzione (art. 16, co. 1, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380). Esso, pertanto, è composto da due quote distinte: gli oneri di urbanizzazione, che non sono dovuti se il titolare del permesso si obbliga a realizzare direttamente tali opere, le quali resteranno acquisite al patrimonio indisponibile del Comune (cd. scomputo totale e/o parziale), ed il costo di costruzione, che, invece, essendo una percentuale (dal 5 al 20%) rapportata non ad opere da fare per la collettività, ma ai costi di costruzione per tipologia edilizia, adeguati annualmente, non sono suscettibile di entrare in quel meccanismo dello scomputo. Secondo il concorde orientamento giurisprudenziale, mentre il contributo per gli oneri di urbanizzazione ha funzione recuperatoria delle spese sostenute dalla collettività comunale riguardo alla trasformazione del territorio assentita al singolo, il contributo per costo di costruzione – che è rapportato alle caratteristiche e alla tipologia delle costruzioni e non è alternativo ad altro valore di genere diverso – afferisce alla mera attività costruttiva in sé valutata (T.a.r. Liguria, sez. I, 28 marzo 2013, n. 552). Queste differenze incidono sulla stessa natura delle due quote: il contributo commisurato agli oneri di urbanizzazione ha natura di corrispettivo di diritto pubblico in funzione della partecipazione dei privati ai costi delle opere di urbanizzazione ed è dovuto anche al di là di un nesso di stretta inerenza delle opere di urbanizzazione rispetto alle singole

nuova previsione, ancorché circoscritta alle ipotesi suddette, muove da un'idea differente: è il plus-valore acquisito dall'area in forza dell'intervento autorizzato a misurare il *quantum* della dotazioni finanziarie e/o territoriali necessarie allo sviluppo della 'città pubblica' negli ambiti di riferimento. Una configurazione che appare coerente con le stesse forme che gli interventi urbanistici sono destinati ad assumere nei prossimi anni, quelli di rigenerazione urbana[71].

Si fa strada in questo modo il principio della redistribuzione tra pubblico e privato delle plusvalenze legate alla trasformazione urbana. D'altra parte, non si può non segnalare un pericolo sottese a questa stessa previsione: ossia il legame tra redistribuzione e negoziazione in deroga che ne attesta l'interesse pubblico. Tutto questo, come è stato di

aree (Cons. Stato, sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4687; Ta.r. Piemonte, sez. II, 16 settembre 2013, n. 1009; Cons. Stato, sez. IV, 30 luglio 2012, n. 4320; T.a.r. Campania-Napoli, sez. VIII, 12 gennaio 2012, n. 108; T.a.r. Sicilia-Catania, sez. I, 28 febbraio 2011, n. 485; T.a.r. Puglia-Bari, sez. III, 10 febbraio 2011, n. 243; T.a.r. Sardegna, sez. II, 8 novembre 2012, n. 925; Cons. Stato, sez. V, 20 aprile 2009, n. 2359; Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2006, n. 2258; Ta.r. Lombardia-Brescia, 7 novembre 2005, n. 1005; Ta.r. Campania-Salerno, sez. II, 23 maggio 2003, n. 548, in *Giur. merito*, 2004, p. 121; T.a.r. Lombardia-Milano, sez. II, 6 novembre 2002, n. 4267; T.a.r. Lombardia-Brescia, 13 giugno 2002, n. 957; Cons. Stato, sez. V, 23 maggio 1997 n. 529; T.a.r. Sicilia-Palermo. Sez. I, 5 novembre 1996, n. 1358; Cons. Stato, sez. V, 26 luglio 1984 n. 592; T.a.r. Sicilia-Catania, 31 luglio 1979 n. 408). Diversamente, l'obbligazione contributiva per costo di costruzione è impositiva, 'a-causale', rapportata al costo dell'opera e legata all'incremento di ricchezza connessa all'utilizzazione edificatoria del territorio ed alle potenzialità economiche che ne derivano e, come tale, ha natura sostanzialmente paratributaria con la conseguenza che il Comune non può negoziare né l'*an* né il *quantum* della prestazione, in quanto predeterminati da criteri di legge (T.a.r. Lombardia-Brescia, sez. II, 24 agosto 2012, n. 1467; Cons. Stato, sez. V, 30 novembre 2011, n. 6333; Cons. Stato, sez. IV, 14 ottobre 2011, n. 5539, in *Urb. app.*, 2011, p. 1488; T.a.r. Sicilia-Catania, sez. I, 28 febbraio 2011, n. 485; T.a.r. Lombardia-Brescia, sez. I, 3 dicembre 2007, n. 1268, in *Foro amm.-TAR*, 2007, p. 3704; Cons. giust. amm. reg. sic. - sez. giurisd., 2 marzo 2007, n. 64; T.a.r. Lazio-Roma, sez. II-*bis,* 10 ottobre 2006, n. 10237; Cons. Stato, sez. V, 15 dicembre 2005 n. 7140; T.a.r. Campania-Salerno, sez. II, 11 giugno 2002 n. 459, in *Foro amm-T.a.r.*, 2002, p. 2160; Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 1997, n. 462, in *Foro amm.*, 1997, p. 1375; Cass. 27 settembre 1994 n. 7874). Sulla natura e la funzione del contributo di costruzione, cfr., in particolare, G. Pagliari, *Corso di diritto urbanistico*, V ediz., Milano, Giuffrè, 2015, pp. 634 ss.; G.C. Mengoli, *Manuale di diritto urbanistico*, VI ediz., Milano, Giuffrè, 2009, pp. 947 ss.; F. Dello Sbarba, *Sulla natura di obbligazione* propter rem *del costo di costruzione*, in *Riv. giur. edil.*, 2009, pp. 226 ss.; S. Bigolaro, *La strana natura del contributo di edificazione*, in *Riv. dir. trib.*, 1996, I, pp. 295 ss.; A. Fiale, *Concessioni, autorizzazioni, nulla-osta*, in A. Assini (a cura di), *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, Giuffrè, 1991, part. pp. 492 ss.; G. Pifferi, *Contributo di concessione edilizia. Natura giuridica, presupposto e finalità. Criteri, modalità e tempi di determinazione*, in *Riv. amm.*, 1990, pp. 1405 ss.; M. Miscali, *Imposizione tributaria e territorio*, Padova, Cedam, 1985; G. Fanzini, *La natura giuridica del contributo della l. 28 gennaio 1977, n. 10, ed i fondamenti dell'imposizione immobiliare locale*, in *Riv. dir. fin.*, 1983, I, pp. 308 ss.; M.A. Quaglia, *L'onerosità della concessione edilizia*, Milano, Giuffrè, 1983; A.E. Granelli, *Natura giuridica e qualificazione agli effetti civilistici e fiscali dei contributi di urbanizzazione*, in *Finanza locale*, 1982, pp. 1404; M. Papa, *La natura giuridica del contributo per il rilascio della concessione edilizia*, in *Finanza locale*, 1982, pp. 403 ss.; G. Morbidelli, *Il contributo di urbanizzazione*, in *Riv. giur. edil.*, 1979, II, pp. 141 ss.; F, Maffezzoni, *Natura e funzione del contributi urbanistico*, in *Profili giuridici e prospettive della nuova normativa sulla edificabilità dei suoli* (*Atti del convegno di studi in Trieste 7-8 ottobre 1977*), Milano, Giuffrè, 1978, pp. 161 ss.; A. Predieri, *La legge 28 gennaio 1977, n. 10, sulla edificabilità dei suoli*, Milano, Giuffrè, 1977; M. Viviani, *Il corrispettivo della concessione*, in *La nuova legge sui suoli*, Milano, Giuffrè, 1977.

71. Su questo aspetto, da ultimo P. Urbani, *La rigenerazione urbana: la posizione del giurista*, in *Astrid-online*, 2017; R. D'Onofrio - M. Talia (a cura di), *La rigenerazione urbana alla prova*, Milano, FrancoAngeli, 2015.

recente osservato, produce un evidente rischio: il concetto di interesse pubblico ricorre in presenza di «un preciso impegno che è tuttavia economico e privilegia la convenienza rispetto agli equilibri ecosistemici e territoriali che dovrebbero essere obiettivo delle visioni pianificatorie». Il pericolo è che le bune intenzioni della norma producano il rovesciamento «di ruolo dei comuni: dalla sovranità della pianificazione all'accodamento nei confronti delle scelte private e delle opportunità che ne possono scaturire […]. Il pubblico diventa così subalterno agli investimenti privati che, con torsione logica, attestano l'interesse pubblico»[72].

La norma in questione è stata oggetto anche di un recente giudizio di costituzionalità: la Corte cost. 5 aprile 2016, n. 67, ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale della norma in questione sollevata dalla Regione Veneto per violazione, tra l'altro, dell'art. 23 Cost. in quanto la previsione normativa, nel determinare autoritativamente il contributo straordinario senza contrattazione con la parte privata, assegnerebbe alle amministrazione comunali una amplissima discrezionalità nell'individuazione della percentuale da ripartire. La decisione della Corte costituzionale è importante perché, sia pure indirettamente e senza entrare nel merito, riconosce l'istituto della compensazione redistributiva e contribuisce ad affermare il principio per cui l'utile derivante da una trasformazione urbanistica non può essere acquisito unicamente dall'operatore privato, ma deve essere condiviso con la collettività perché quel maggior valore commerciale dipende per larga parte dal contesto in cui quello stesso intervento si inserisce. Gli interessi urbanistici (pubblici e privati), sostiene la Corte, non restano per nulla compromessi «dalle vicende relative alla corresponsione del contributo». Tanto più a fronte della possibilità per le Regioni di «introdurre, eventualmente, specifiche regole che modulino l'attribuzione delle plusvalenze in termini percentuali ritenuti coerenti con le realtà locali». In tal modo, la sentenza della Corte ripropone il tema centrale della conformazione del rapporto tra il dispiegamento della facoltà edificatorie private e gli oneri perequativi o, detto altrimenti, della redistribuzione dei benefici che derivano alla proprietà dalla scelte urbanistiche dell'amministrazione.

Il presupposto della compensazione redistributiva è duplice: per un verso, essa poggia sull'idea che l'edificabilità non è una qualità connaturale dei suoli, ma che essa può essere attribuita unicamente dalla pianificazione urbanistica e, in questo quadro, non tutta la capacità edificatoria attribuibile ad un'area deve necessariamente esserle riconosciuta in blocco e senza alcuna condizione. Per l'altro, la sua introduzione è incardinata sulla presa d'atto dell'impossibilità di regolare il mercato fondiario e di governare la rendita con i soli

72. P. Bonora, *La città pubblica tradita*, in *Il Mulino*, 2016, p. 966, la quale rammenta come sotto questo aspetto la norma rappresenti la legittimazione di «una prassi instaurata da tempo» e delinei «una pietra tombale sulla pianificazione e [sulla] potestà di progetto [del Comune]»: ancora una volta «il rischio è di acquisire risorse ma perdere di vista il territorio e la sua complessità. Il miraggio delle plusvalenze può diventare un incentivo per i Comuni a concedere varianti, anziché un freno» (p. 966). Ma tutto questo ha molto a che fare con la prassi politica locale e con il venir meno (talvolta) della difesa degli interessi della città pubblica.

strumenti unilaterali: oneri di urbanizzazione, imposizione di vincoli, eventuale successiva espropriazione dei suoli. E, infatti, proprio sui vincoli espropriativi finiscono, il più delle volte, per arenarsi le previsioni di piano. Ecco allora il ricorso a strumenti negoziali: se il provvedimento è incapace di regolare la rendita immobiliare, allora il tentativo di accorciare la distanza tra la città pubblica pensata dalla pianificazione urbanistica e quella realizzata dalle scelte della rendita immobiliare, ovvero di redistribuire proporzionalmente i vantaggi economici derivanti dalle destinazioni d'uso impresse dalla pianificazione ai suoli, non può che essere affidato all'accordo, al negozio tra le parti.

Questo modello appare contrassegnato da una preminente finalità di riequilibrio e di conciliazione dei diversi interessi (pubblici e privati) coinvolti in un determinato progetto di trasformazione urbanistica. E la finalità redistributiva, in grado di assicurare la funzione sociale della proprietà, è destinata ad incidere, direttamente, sul plusvalore generato dalla edificabilità attribuita a quella determinata area, con la previsione di una sorta di «reintegrazione di valore», ovvero di contribuzione straordinaria, che può anche assumere la forma del 'volontario' trasferimento all'amministrazione, ad esempio, di terreni vincolati a pubbliche finalità o di una quota della produzione edilizia assentita per finalità sociali, così come quella della realizzazione diretta di infrastrutture e servizi.

12. (Segue). Del predicabile parallelismo tra il contenuto del provvedimento e quello dell'accordo, quale conseguenza necessitata della tipicità del potere amministrativo: limiti di una ricostruzione.

Tutto questo evidentemente imporrebbe di fare i conti con le tesi restrittive legate al principio di legalità e all'art. 23 Cost.: qui possiamo solo accennare a questo profilo. I maggiori dubbi si sono posti proprio per quelle discipline urbanistiche locali che, poggiando sull'accordo con i soggetti privati, hanno previsto, in varie forme, prestazioni aggiuntive sotto forma di contributi straordinari. Il dubbio coinvolge lo stesso 'accordo', facendo dubitare che esso nasconda una qualche imposizione al privato e che non di vero accordo si tratti, ma piuttosto di 'patto imposto': «anche ciò che si presenta come accordo può essere giudicato il frutto dell'esercizio di una potestà impositiva priva di titolo da parte dell'amministrazione, con violazione dell'art. 23 Cost.»[73]. Il problema sollevato è quello del se sussista un limite insuperabile per l'accordo, se dal fatto che «l'oggetto dell'accordo è dato essenzialmente dalle modalità di esercizio del potere», discenda non solo la necessaria titolarità da parte dell'amministrazione di tale potere ma anche il rispetto della tipicità del provvedimento, dovendosi altrimenti affermare la radicale nullità dell'atto per difetto assoluto di attribuzione ai sensi dell'art. 21-septies, legge n. 241/1990»[74].

73. Così S. Bigolaro - G. Piva, *Perequazione urbanistica e art. 23 Costituzione: la necessità di una norma di legge statale*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, pp. 548 s.

74. In questi termini T.a.r. Lombardia-Brescia, 12 ottobre 2010, n. 4026.

La risposta a questo interrogativo, sotto il profilo di teoria generale, conduce ad uno dei problemi sollevati dall'attività consensuale dell'amministrazione, da sempre tra i più dibattuti: quello che riguarda il predicabile, o meno, parallelismo tra il contenuto del provvedimento e quello dell'accordo, quale conseguenza necessitata della tipicità del potere amministrativo. In altri termini, l'interrogativo concerne il profilo del se l'accordo concluso tra amministrazione e soggetto privato consenta di definire un assetto di interessi diverso, anche *praeter* o *ultra legem*, rispetto a quello conseguibile tramite il provvedimento unilaterale: potere discrezionale e volontà del privato possono stabilire consensualmente prestazioni differenti e ulteriori rispetto a quelle determinabili con la decisione unilaterale, così da realizzare (da una delle due parti ovvero da entrambe) utilità maggiori e aggiuntive rispetto a quelle acquisibili in via unilaterale e autoritaria? L'assetto degli interessi che scaturisce dall'accordo deve essere necessariamente quello che può essere modulato nel rispetto della tipicità del provvedimento oppure può essere diverso in funzione delle specifiche clausole negoziali? Ed eventualmente quali limiti incontra – e dunque quale è il parametro del controllo – la possibilità che, mediante l'accordo, «il potere sia conformato in modo da conseguire il massimo risultato sia per l'interesse pubblico che per quello del privato»?[75].

La questione riconduce alla domanda più generale se l'accordo sia sempre comunque riducibile a strumento meramente alternativo al provvedimento, cosicché la pubblica amministrazione potrebbe sempre «raggiungere esattamente gli stessi risultati pratici che consegue mediante il contrato, attraverso il puro esercizio dei poteri autoritativi ovvero attraverso provvedimenti amministrativi»[76]. Rispondere positivamente a siffatta domanda presupporrebbe affermare che l'amministrazione abbia «completa, unilaterale disponibilità – per il tramite del suo *potere* – della fattispecie complessiva (come insieme di situazioni soggettive dell'amministrazione e del privato) al cui venire in essere il soddisfacimento dell'interesse pubblico è collegato». Ma è evidente che se così fosse, «ogni intervento del privato che contribuisse ad ulteriormente determinare la fattispecie in questione non potrebbe che apparire, in effetti, ad esso *estrinseco*, essendo contemporaneamente *inutile* (ché l'amministrazione potrebbe soddisfare con il solo proprio potere l'interesse pubblico) e *insufficiente* (ché il difetto dell'interesse pubblico al venire in essere della fattispecie non potrebbe mai venire compensato dall'apporto del privato)»[77].

75. P. De Lise, *Moduli convenzionali della programmazione urbanistica*, in P. Stanzione - A. Saturno (a cura di), *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 2006, p. 691.

76. A. Candian - A. Gambaro, *Le convenzioni urbanistiche*, cit., p. 134.

77. G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 252 s. In proposito cfr. anche M. Immordino, *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratto di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1997, p. 120 s., la quale, a proposito delle convenzioni urbanistiche, ricorda come la disciplina normativa abbia espunto «le clausole che implicavano sinallagmaticità dell'accordo: cosicché le convenzioni si strutturano come negozi associativi a prevalente contenuto organizzativo, in funzione di strumenti urbanistici».

La tematica, appena accennata, è molto complessa e coinvolge sottili aspetti dogmatici: in questa sede è soltanto possibile osservare come il profilo problematico degli accordi *praeter* o *ultra legem* non sia costituito tanto dalla legittimità in sé dell'assunzione, da parte del soggetto privato, di oneri particolarmente gravosi – ormai ammessa dalla prevalente giurisprudenza in materia[78] – ma dalla adeguatezza di siffatte clausole in relazione all'insieme delle circostanze, per cui l'accordo non può imporre oneri per finalità non consentite dall'ordinamento o con modalità tali da cagionare un sacrificio sproporzionato e ingiustificato alla controparte, al fine di conseguire risultati diversi e ulteriori rispetto a quelli richiesti per la cura dell'interesse cui è funzionale l'attività di quella determinata amministrazione. Il conseguimento dell'interesse pubblico deve correlarsi e confrontarsi con quello del privato a non essere «inutilmente o spropositatamente sacrificato [...] con la possibilità per il giudice di verificare la sussistenza di quella correlazione secondo i [...] criteri di correttezza, ragionevolezza, proporzionalità, attendibilità, coerenza»[79]. L'accordo deve garantire, detto altrimenti, il trattamento uniforme di situazioni analoghe e dunque l'imparzialità dell'amministrazione e deve assicurare che la prestazione assunta dal privato risponda alle effettive esigenze determinate dal suo intervento. E tutto questo a prescindere dalla qualificazione della prestazione patrimoniale assunta dal privato, tenuto conto che la giurisprudenza costituzionale ritiene che debbano essere ricondotte all'art. 23 Cost. anche quelle prestazioni aventi natura di corrispettivo «quando per i caratteri ed il regime giuridico dell'attività resa, sia pur su richiesta del privato, a fronte della prestazione patrimoniale appare prevalente l'elemento dell'imposizione legale»[80].

78. Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 13 luglio 2010, n. 4545; T.a.r. Sicilia-Catania, sez. III, 14 aprile 2011, n. 934; T.a.r. Campania-Salerno, 22 febbraio 2012, n. 318; T.a.r. Lombardia-Brescia, sez. II, 24 maggio 2013, n. 513; T.a.r. Lombardia-Brescia, sez. I, 6 giugno 2013, n. 539; T.a.r. Lombardia-Milano, sez. II, 3 aprile 2014, n. 879; T.a.r. Sicilia-Catania, sez. I, 9 gennaio 2015, n. 30; Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 256;, nonché T.a.r. Lombardia-Milano, sez. II, 17 febbraio 2015, n. 504. Per un analisi di questi aspetti, cfr., se si vuole, W. Gasparri, *Compensazione urbanistica, redistribuzione e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2014, pp. 979 ss.

79. Cons. Stato, sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1649.

80. Corte cost., 29 gennaio 2005, n. 66, la quale ha altresì osservato che «ai fini dell'individuazione delle prestazioni patrimoniali imposte non costituiscono elementi determinanti, ma secondari e supplementari, le formali qualificazioni delle prestazioni (sent. n. 4/1957), la fonte negoziale o meno dell'atto costitutivo (sent. n. 72/1969), il dato empirico dell'inserimento di obbligazioni *ex lege* in contratti privatistici, nonché la maggiore o minore valenza sinallagmatica delle rispettive prestazioni (sent. n. 55/1963). Ai predetti fini va invece riconosciuto un peso decisivo agli aspetti pubblicistici dell'intervento delle autorità, ed in particolare alla disciplina della destinazione e dell'uso di beni o servizi, per i quali si verifica che, in considerazione della loro natura giuridica (sentt. n. 122/1957 e n. 2/1962), della situazione di monopolio pubblico o della essenzialità di alcuni bisogni di vita soddisfatti da quei beni o servizi (sentt. n. 36/1959, 72/1969, 127/1988), la determinazione della prestazione sia unilateralmente imposta con atti formali autoritativi, che, incidendo sostanzialmente sulla sfera dell'autonomia privata, giustificano la previsione di una riserva di legge» (Corte cost., 10 giugno 1994, n. 236). Per una efficace sintesi di questo dibattito, cfr. A. Poddighe, *Giusto processo e processo tributario*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 65 ss., il quale osserva come ai fini della individuazione «del discrimine tra tasse ed i corrispettivi di diritto privato ovvero i proventi di diritto pubblico […], laddove da una parte si enfatizza la coattività della prestazione patrimoniale e, dall'altra, al contrario, la volontarietà di colui che, in quanto debitore, si fa parte del rapporto stesso» sia determinante «la complessiva valutazione del rapporto giuridico» (p. 73).

L'accordo, dunque, può dissimulare un possibile divario tra la forma contrattuale e la sostanza dell'operazione economica che vi è concretizzata. Questo divario coincide con la posizione di potestatività dell'amministrazione: il campo negoziale dell'accordo è, infatti, comunque riconducibile allo spazio della discrezionalità del potere amministrativo. Il che non preclude, a meno di non confondere la legalità del potere con la tipicità degli atti, la possibilità che la parte privata assuma obblighi che, altrimenti, non potrebbero gravare sul destinatario del provvedimento. L'invalidità dell'accordo, pertanto, non sembrerebbe da legare all'eventuale definizione di un onere 'aggiuntivo' particolarmente gravoso a carico del privato assunto in forza del consenso prestato, quanto, invece, all'assunzione di oneri reciproci non sorretta da quel principio di proporzionalità che deve, sempre, presiedere allo svolgimento del rapporto, sia in forma unilaterale e autoritaria che in forma negoziale e consensuale, ossia al venir meno dell'appropriatezza rispetto all'insieme delle circostanze e del giusto rapporto tra le prestazioni delle parti dedotte nell'accordo[81]. Laddove al profilo dell'autorità subentra la libertà del privato (in relazione ad un proprio diritto disponibile), dovranno operare «i limiti che riguardano il potere non in quanto potere di autorità, ma in quanto potere discrezionale e cioè i principi in funzione di garanzia di ogni parte: la ragionevolezza, la proporzionalità, la congruità», nonché il divieto di prevedere prestazioni «in elusione o in frode della legge»([82]).

Per questa via si ritorna a quel profilo ricordato all'inizio: la necessità di predeterminare a monte le regole delle compensazione urbanistica e, dunque, della contrattazione per resistere alla cattura di interessi di vario genere e precostituire il parametro in virtù del quale valutare la correttezza delle clausole negoziali.

13. Per concludere.

Il tema del rapporto tra pubblico e privato nel governo del territorio è divenuto il tema centrale della fase di attuazione della pianificazione urbanistica nel quadro del-

81. In proposito, cfr. Ta.r. Toscana, sez. I, 28 dicembre 2016, n. 1874, ove è affermato l'eventualità della previsione in sede di pianificazione attuativa di un atipico procedimento perequativo «articolato su trasferimento e ricezione di volumetrie tra aree predeterminate e sulla cessione gratuita alla mano pubblica delle zone di decollo, non collide di per sé con l'istituto della perequazione urbanistica» tenuto conto che non esiste alcuna tassatività in ordine alle tipologie di modalità perequative; ciò che invece rileva, ai fini della legittimità del meccanismo perequativo, è invece «l'aleatorietà e la non sostenibilità economica in concreto dell'operazione: invero nel caso di specie non vi è alcuna evidenza in ordine al fatto che la cessione gratuita al Comune del terreno della ricorrente sia giustificata in termini di compensazione degli oneri sostenuti dalla stessa per il perfezionamento dell'operazione incentrata sul trasferimento di volumetria, ovvero in ordine al fatto che tale cessione non si tradurrebbe in una sostanziale espropriazione». Infatti l'amministrazione appare l'unica beneficiaria «della traslazione volumetrica, mentre il ridotto numero di possibili interlocutori disponibili a contrattare con i proprietari delle aree di decollo rende l'operazione incerta nei risultati ed esposta a costi tali da rendere del tutto problematica la sua fattibilità economica» (§ 3).

82. C. Marzuoli, *Gli accordi di programma*, in R. Ferrara - M.A. Sandulli (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, tomo II, Milano, Giuffrè, 2014, p. 458.

le invarianti socio-economiche, ambientali e paesaggistiche definite dalla pianificazione strutturale. Oggi, l'attuazione delle previsioni urbanistiche appare sempre più l'oggetto dell'accordo tra amministrazione e soggetto privato interessato alla trasformazione urbanistica, tant'è che, nell'ambito della pianificazione del territorio, la realistica affermazione secondo cui se «c'è qualcosa che, per natura sua, è elastico e trasformabile in relazione alle circostanze concrete, è […] proprio il potere»[83], trova la sua più ampia conferma. Invero si potrebbe dire che, in questo campo, il problema non è mai stato quello dell'autoritarietà e unilateralità della scelte: il problema è sempre stato quello di associare il privato alla scelta pubblica per renderla effettiva, in maniera tale da offrire al privato una forma di gestione e una condotta del suo interesse che non solo non pregiudichi la realizzazione dell'interesse pubblico, ma sia, piuttosto, in grado di assicurarne la sua soddisfazione. Se tutto questo determini il miglior assetto dei suoli trasformabili resta un problema aperto e la discussione sul punto è accesa.

Sotto questo profilo, tuttavia, il potere è consapevole della sua impotenza: la ricerca dell'accordo non è l'incontro solidale della volontà pubblica con quella privata. Ma appare l'unico strumento per conseguire l'interesse pubblico, perché l'unico in grado di garantire – a fronte delle trasformazioni assentite – la realizzazione di quegli standards e di quelle opere pubbliche che altrimenti il solo soggetto pubblico non sarebbe in grado di realizzare. Ma non può neppure essere ignorato che i modelli di integrazione pubblico-privato costituiscono una forma di urbanistica in cui la ridefinizione del ruolo del potere pubblico è l'esito di una scelta consapevole della stessa amministrazione pubblica, conscia del fatto che, per la stessa natura degli interessi in gioco, soltanto il ricorso a strumenti fondati sul consenso delle parti, in luogo dell'esercizio di poteri autoritari, è in grado di garantire in maniera efficace un assetto idoneo a soddisfare l'interesse pubblico.

L'utilizzo degli strumenti perequativi e compensativi si colloca proprio su questo incrocio e l'esame delle differenti forme di perequazione/compensazione pone alcune domande: come evitare che la carenza di risorse finanziarie, la mancanza di una visione strategica del progetto urbano, la debolezza della struttura amministrativa caratterizzata da una non adeguata professionalizzazione possano determinare esiti negativi per l'interesse pubblico a favore di eccessivi vantaggi per il privato? Come evitare che il costo delle urbanizzazioni, delle opere pubbliche e quello di gestione dell'incremento del peso urbanistico sia posto a carico della spesa pubblica, lasciando il conseguente incremento e accaparramento della rendita a favore soltanto del privato? Ma, soprattutto, come garantire la centralità del piano regolatore quale sistema di regole preordinato ad individuare le norme dello sviluppo immobiliare e, quindi, a salvaguardare l'equilibrio tra gli interventi immobiliari privati e la realizzazione della c.d. 'città pubblica'? Ossia, quali debbano es-

83. M. Nigro, *Convenzioni urbanistiche e rapporti tra privati. Problemi generali*, in M. Costantino (a cura di), *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 45.

sere le forme per assicurare che sia sempre e comunque il potere pubblico a prefigurare e decidere le trasformazioni urbanistiche ed a definire un costante e coerente equilibrio degli interessi in gioco, tale per cui ogni nuovo insediamento risulti preceduto e compensato dal reperimento di aree o di opere da destinare a finalità pubbliche, così da evitare quei fenomeni, sempre più frequenti, di cattura della regolazione da parte degli interessi economici privati.

Se l'affermazione circa l'importanza della possibilità di concludere accordi da parte dell'amministrazione per l'efficienza economica ha un qualche fondamento, tuttavia l'introduzione della perequazione e della compensazione in campo urbanistico riafferma, al fine di evitare quello che è stato definito lo scambio ineguale, la centralità del tema delle regole che debbono presiedere alla sviluppo delle forme perequative e compensative, in grado di disciplinare le modalità e le forme con cui amministrazioni pubbliche e soggetti privati individuano e pongono in essere progetti di trasformazione urbana.

La sfida che pone la perequazione urbanistica, allora, non riguarda tanto l'uso dei modelli consensuali, l'adozione dell'accordo in luogo del provvedimento, sul quale non può esserci alcun dubbio, almeno sotto il profilo giuridico. La sfida è un'altra ed è qui il nodo da sciogliere dell'utilizzo delle forme pattizie: la capacità e la necessità di definire, negli atti di governo del territorio, le regole generali sulla distribuzione del plusvalore generato dalla regolazione pubblica. Quelle regole idonee a definire i possibili modelli contrattuali, a procedimentalizzarne la conclusione e, infine, a costituire – come ricordato innanzi – il parametro dell'eventuale controllo giurisdizionale dell'accordo.

Perequazione e compensazione, dunque, sia quali obiettivi della pianificazione, che quali mezzi per governo del territorio. Intese come obiettivo, esse contribuiscono alla realizzazione dei principi di proporzionalità e di equità nella distribuzione dei vantaggi e egli svantaggi che discendono dalla pianificazione; intese come mezzo, esse sono veri e propri istituti redistributivi a garanzia sia del principio di eguaglianza tra i soggetti privati, che della costruzione della 'città pubblica', che consentono di recuperare aree e risorse per la parte pubblica senza disincentivare l'interesse del privato.

QUALE MODELLO GIURIDICO PER I BENI CULTURALI?

Aurelio Gentili
Prof. ordinario Università Roma Tre

1. L'impressione di un civilista, non esperto del tema, che legga il codice dei beni culturali è che il modello sotteso soffra di una difficoltà: la mancanza delle 'parole per dirlo'. Le parole per dirlo non sono solo un problema di lessico, ma anzitutto di idee e di concetti, e quindi di guida al modello giuridico migliore per governare, alla luce di certe finalità (ma quelle ce le indica la nostra Costituzione), una materia speciale.

A prima vista infatti, lo dico senza infingimenti, il codice di settore sembra un guazzabuglio. Approcci diversi si intersecano e si sovrappongono. Solo a una seconda lettura – perché ho incolpato me stesso e la mia inesperienza – emerge che nel codice è stato adottato, ma con imprecisioni, indecisioni, oscillazioni, un modello dominicale.

La riprova è nell'ordine espositivo, che corrisponde con notevole precisione alla definizione della proprietà dell'articolo 834 del codice civile, un diritto di godere e di disporre. Ma il problema concettuale rinasce appena si passa a considerare l'oggetto del diritto.

Se si scorre la prima e la seconda parte del codice, ci si accorge che la nozione di bene culturale è tutt'altro che unitaria. Provando a fare una sintesi logica di quelle adottate se ne ricavano almeno quattro diverse. Una prima è nella parte iniziale, dove domina l'interesse storico-artistico, etno-antropologico, archivistico, librario, bibliotecario, eccetera, di un bene che abbia un valore di civiltà e che sia imputabile alla mano pubblica o (qui c'è una strana deviazione) a persone giuridiche non lucrative. Una seconda nozione riguarda i casi particolari delle raccolte, archivi e biblioteche, sempre in mano pubblica, anche non dichiarate. C'è poi una terza nozione, con almeno cinque tipologie particolari, che è quella dei beni dichiarati. E c'è una quarta nozione, quella dei beni di specifica tutela, che contempla, se non conto male, nove sotto-tipologie.

Come si vede, una casistica abbastanza minuziosa, e piuttosto disorganica, che mette in rilievo due cose. La prima è che lo stesso legislatore non ha le idee chiare. La seconda che egli, però, sente la diversa pressione delle difformità tra differenti beni culturali, e quindi forse è inevitabile che il discorso non possa essere unitario. Effettivamente i beni culturali presentano oggettive diversità, e queste diversità debbono riflettersi sulla specifica disciplina da adottare.

Ma la disciplina da adottare dipende solo in ridotta misura dalla titolarità. Essa riguarda soprattutto la fruizione, e poi la conservazione e la circolazione. Su questo il modello dominicale non ha molto da dire ed è di aiuto solo in parte. Da che una certa discrasia tra i problemi da risolvere e gli strumenti per farlo che affligge oggi il sistema.

In sintesi sul punto: il codice aspira ad un modello unitario e dominicale, ma un modello unitario può risultare inadatto ad una realtà differenziata, e un modello dominicale a problemi che in buona parte prescindono dalla titolarità.

2. Il modello dominicale ha dietro di sé una tradizione molto antica; e corrisponde all'idea dell'attribuzione dei poteri sui beni – qui culturali - al titolare dell'interesse.

In ciò a prima vista nulla di strano, perché l'essenza del modello dominicale è appunto la coincidenza, nello stesso soggetto, dell'interesse e dei poteri. A guardar meglio, è evidente l'inadeguatezza. La tendenziale inattitudine del modello dominicale al governo dei rapporti giuridici in tema di beni culturali emerge infatti già dal semplice fatto che qui gli interessi rilevanti sono ben più ampi, numerosi, complessi, di quelli ascrivibili al formale titolare.

C'è poi un secondo punto di discrasia: la tendenza del codice, per non citare che la cosa più vistosa, a disciplinare con restrizioni, limitazioni e autorizzazioni quasi tutte le fenomenologie, salvo una, la cessione allo Stato. Questa è libera, non governata. Ciò lascia capire che nella proprietà della figura pubblica di più ampia portata il codice vede la soluzione ottimale per la tutela e la gestione dei beni culturali. Ma anche questo è, probabilmente, del tutto inadeguato; per duplice ragione.

Anzitutto perché l'apparato statale è senz'altro l'ente esponenziale della comunità, ma l'*apparato* non è il portatore dell'interesse. È semmai il gestore dell'interesse. Portatore dell'interesse è piuttosto la *comunità*.

Inoltre perché è soltanto una opinabile visione che le comunità statali siano le vere portatrici dell'interesse sui beni culturali. In realtà sono possibili, ed hanno giustificazioni, tanto una visione più specifica, che lega certi beni a comunità locali, quanto una visione più ampia, per la quale i beni culturali, soprattutto se di grande importanza, non appartengono semplicemente ad un territorio e alla sua comunità, ma appartengono all'umanità. Non è un caso che in alcuni testi normativi, soprattutto di carattere internazionale - ma la definizione è recuperata nella parte prima del nostro codice - sia proprio il valore di civiltà a connotare il carattere culturale dei beni.

Di qui la sensazione, alla quale accennavo in apertura, che il modello dominicale adottato non sia l'*optimum* per il governo dei rapporti giuridici in materia di beni culturali.

Di qui una prima conclusione di *pars destruens*, se così posso chiamarla, di questo mio intervento da dilettante. In primo luogo l'incertezza del modello, i tanti punti di discrasia e di confusione, di mancanza di idee chiare sotto le scelte normative.

3. C'è poi un secondo punto: leggendo immaginavo di trovare che all'esito del modello concettuale adottato il codice dei beni culturali contenesse, naturalmente, uno strumentario molto affinato, preciso, analitico e soprattutto rigoroso, perché quel modello trovasse effettività nell'applicazione. Quando si arriva alle disposizioni sulla fruizione,

sulla gestione, sulla valorizzazione, in realtà non si dice niente o, meglio, si dice che agenzie, enti, collaborazioni e accordi tra mano pubblica e privati programmeranno e concorderanno. Onestamente, significa non tanto dettare, quanto demandare, rinviare la disciplina dell'effettività. Questo preoccupa, soprattutto alla luce delle critiche all'efficienza della mano pubblica nella gestione, e della inadeguatezza, delle sanzioni sotto il profilo penale, certe volte addirittura irrisorie, che dovrebbero garantire il rispetto dei principi veramente inderogabili della disciplina giuridica. Dunque, ho la sensazione che alla fine tutto lo strumentario che dovrebbe rendere effettivo il modello sia in realtà, salvo isole di eccellenza, fiacco, debole e poco strutturato.

4. Se il modello che abbiamo non è integralmente soddisfacente, la domanda è "quale modello?". A questa domanda si può rispondere da due diversi punti di vista.

I modelli che ci sono: le nostre fonti normative, l'esempio di altri paesi, mostrano una pluralità di modelli, ispirati a principi diversi.

Il modello che ci dovrebbe essere: se avessimo poteri legislativi, se fossimo consiglieri del principe, che suggerimenti penseremmo opportuno dargli?

Primo punto: i modelli che ci sono. Ci sono modelli, per il poco che ho fatto in tempo a comprendere, molto diversi da Paese a Paese, perché i modelli, in realtà, sono semplicemente soluzioni giuridiche di particolari tipi di conflitti. Per comprendere i modelli, per elaborarli, vale certamente capire quale sia il valore di riferimento, quindi di che cosa ci preoccupiamo, quale finalità vogliamo raggiungere; però vale anche molto il problema di riferimento. Il problema è dato, ovviamente, dal possibile conflitto. Mi sono perciò messo a fare una sorta di ricognizione dei tipi di conflitto che una disciplina giuridica dei beni culturali si deve rappresentare, perché questa è la realtà.

Cominciamo allora con il dire che c'è innanzitutto nelle scelte costituzionali, nei vari articoli della Carta, un conflitto tra Stato e Regioni. Chi è l'ente pubblico esponenziale che deve impostare il discorso, fare l'andatura? La Carta oscilla fra i due: da un certo punto di vista sembra fidarsi più dello Stato, poi però tende a non comprimere del tutto la competenza regionale o degli altri enti pubblici territoriali, perché i beni culturali hanno anche legami territoriali locali.

Anche la visione statualista, lasciando perdere il conflitto Stato-Regioni e Stato-enti minori territoriali, è una visione che può essere facilmente messa in discussione. Cito solo un autore statunitense, Merryman, il quale ha inaugurato una nomenclatura nota per distinguere, come approccio alla materia, quello del *cultural nationalism* - i beni culturali appartengono ad una nazione – dal *cultural internationalism* – i beni culturali appartengono al mondo, alla civiltà. Non per niente li definiamo beni con valore di civiltà.

Non è finita: c'è una visione, che ovviamente è quella dei Paesi importatori, e c'è una visione ideologicamente diversamente orientata dei Paesi esportatori. C'è una diversità di

approccio nei Paesi detentori rispetto a quella dei Paesi produttori. È evidente dunque che anche in un ambito internazionale ci sono molti conflitti potenziali da governare.

C'è poi un grave conflitto dimenticato: è un'opinione personale che può essere sbagliata, ma sembra importante: c'è un tendenziale conflitto, che è anche conflitto di visioni ideologiche, fra tutela del passato e beni culturali come segno di ciò che è stato, e tutela non solo del presente, la fruizione che noi uomini di oggi possiamo desiderarne, ma soprattutto del futuro, delle generazioni future.

Trovo poi che ci sia una tendenziale possibilità di conflitto tra conservazione e fruizione. Non ho alcun dubbio che in astratto e in generale qualsiasi membro del consorzio umano abbia una legittima aspettativa di poter godere dei beni culturali, però la fruizione incide sulla conservazione. Non possiamo ammettere, sic et simpliciter, una fruizione generalizzata, che in sé e per sé sarebbe un obiettivo desiderabile, senza essere consapevoli che una fruizione generalizzata è spesso conflittuale con una efficiente conservazione.

Fino a questo punto sono rimasto in un discorso di ambito generale, che potrebbe interessare soprattutto i profili pubblicistici. Guardiamo anche quelli privatistici. C'è un notorio conflitto fra il privato proprietario e la mano pubblica perché, ovviamente, la soddisfazione egoistica che il privato proprietario ricava certamente è in conflitto con il godimento generalizzato. C'è però anche una tendenziale tensione tra privato commerciante - parola che uso per indicare il privato che voglia utilizzare il potere dominicale non solo per godere ma anche per disporre serialmente, il commerciante, o singolarmente, il privato che decida di acquistare o di alienare – che naturalmente va in conflitto con i limiti che lo Stato, per comprensibili ragioni, non le metto in dubbio, voglia opporre.

Caso particolare, ma non trascurabile, è che c'è una possibilità di conflitto fra l'autore del bene culturale e tutti gli altri interessati a fruirne, ad acquisirlo, a disporne e magari a intervenire su di esso.

Scivolo rapidamente a ricordare che su questi temi i diversi Paesi, il francese più vicino al nostro, l'inglese diversamente orientato e molto meno sensibile agli interventi pubblici, lo statunitense per nulla preoccupato della circolazione, il tedesco ancora in modo diverso, hanno opzioni diverse; e opzioni diverse ha l'Unione europea con una legislazione che, per la verità, ha una caratterizzazione particolare, perché riguarda soprattutto il rapporto tra area comunitaria e area extra-comunitaria e, dunque, di sistemi e di modelli possibili ne esistono molti.

5. Veniamo al modello da proporre. Quale potrebbe essere, dalla considerazione di questi conflitti, dal riconoscimento di alcune esigenze particolari sulle quali, sia pure con oscillazioni più ampie, meno ampie, più rigorose, meno rigorose, tutti conveniamo, il modello da proporre, non per un ripensamento radicale, ma per una migliore messa a punto del codice, se volete un riferimento normativo, o comunque del governo dei rapporti?

Non ho la competenza per dire che cosa, esattamente, si dovrebbe disporre, quali singole disposizioni si dovrebbero modificare. Posso soltanto manifestare alcune opinioni personali e sottoporle alla valutazione. In sostanza, i punti principali mi sembrano quattro.

Punto primo: il modello dominicale non può essere conservato così com'è, perché la non coincidenza interesse-potere ci spinge, a mio giudizio, necessariamente a depotenziare la proprietà, di chiunque sia, del privato come della mano pubblica, a mera intestazione. È un'opinione che è stata manifestata in dottrina - mi viene in mente uno scritto di Raffaele Di Raimo - e io credo che in questo campo, proprio per la non coincidenza, che invece sarebbe tipica del diritto dominicale, tra chi ha il potere e chi ha l'interesse, la proprietà debba essere degradata ad intestazione.

Secondo punto: il potere di godimento. Io penso che, come Kelsen ci ha insegnato, che cioè un soggetto giuridico in realtà altro non è che il *nomen iuris* di un ordinamento, il centro di imputazione di una serie di regole, lo stesso si possa dire dell'oggetto giuridico. I beni culturali non sono tali soltanto agli effetti della loro funzione, cioè perché soddisfano interessi culturali. Sono beni culturali anche agli effetti della loro ontologia. Non è nell'intrinseca materiale natura del bene, ma nel valore che noi gli attribuiamo, la sua ontologia come bene culturale; e allora perché non accettare fino in fondo questa caratteristica e strutturare la disciplina del bene culturale in sé e per sé, cioè trasformare quel bene in una serie di regole di comportamento, per chiunque lo possegga? *Res transit cum onere suo*, chi acquista un bene culturale trova un regime giuridico del godimento di quel bene e vi si conforma, indipendentemente dal fatto che il proprietario sia privato o pubblico.

In un buon modello di governo dei beni culturali le regole il proprietario se le deve trovare, nella misura in cui questo è necessario per i valori perseguiti, già fatte. Compra un bene che ha un suo regime.

Terzo punto, molto delicato, è quello della circolazione. Qui distinguerò la circolazione legittima e la circolazione illegittima. La circolazione legittima è indubbiamente un problema e i modelli giuridici sono diversi da caso a caso. Vi sono ordinamenti nei quali vale la regola francese "*en matière de meubles possession vaut titre*" e questo comporta, soprattutto, la tutela dell'acquirente. Vi sono poi ordinamenti che, facendo tesoro di esperienze di diritto internazionale, invece valorizzano la restituzione e, quindi, fanno normalmente prevalere il proprietario che cerca di recuperare. Ci sono ordinamenti nei quali c'è un'attribuzione elevata di importanza alla circolazione, perché questa è l'anima del mercato dei beni culturali, che sono una ricchezza che può essere sfruttata, valorizzata, incentivata. Ci sono inoltre ordinamenti nei quali, invece, si tende molto al freno.

C'è un criterio guida, che sicuramente non risolverà tutti i casi singoli che sono molto complicati e vanno esaminati ciascuno per sé, al quale ci potremmo attenere per avere almeno un minimo di orientamento nella circolazione legittima? La mia personale opinio-

ne, per quel che vale, è la seguente: data la diversità tipologica tra i beni culturali, occorre adottare, come punto di partenza, il principio che un regime unificato è assurdo.

Io mi sono trovato, nel 1997, all'asta degli arredi di Castel Duino. Il duca di Castel Duino vendeva l'intera collezione di beni che arredavano il castello. Un'antichissima famiglia, quella dei Thurn und Taxis, che era testimone di civiltà. Pensate solo che la posta l'hanno inventata loro. All'asta dei beni di Castel Duino si vendeva, fra le altre cose - era uno dei beni più cari, come base d'asta - un delizioso e anche ampio, era composto da molti pezzi, salottino settecentesco, che era una meravigliosa prova materiale di quella civiltà della conversazione di cui ci parla in un bellissimo libro Benedetta Craveri. Ebbene, non l'ha comprato nessuno. Come mai nessun antiquario era interessato a comprare un pezzo del XVIII secolo, in ottime condizioni e, certamente, abbastanza *outstanding* dal punto di vista della bellezza, della finezza, della capacità di arredare e di testimoniare un'epoca? La ragione è semplicissima: era notificato, in Italia era difficile venderlo, all'estero non si poteva portare.

Non critico affatto questa soluzione legislativa, mi limito a osservare: siamo sicuri che possa valere, per il pur delizioso salottino settecentesco, una regola che non metteremmo in discussione per le opere pittoriche di massimo valore, che conserviamo nei nostri musei? C'è lo stesso bisogno di restrizione per la Gioconda di Leonardo e per un divanetto in legno dorato? Io penso che sarebbe il caso di distinguere.

Vengo poi alla circolazione illegittima: qui evidentemente c'è il problema delle regole di protezione dell'acquirente e probabilmente anche qui si potrebbe distinguere. A me è stato rubato, tempo fa, qualcosa in casa. Non possedevo dei Tintoretto, dei Tiziano o dei Raffaello, ma dei semplici quadri d'epoca. Me ne rammarico, però francamente mi rendo conto da me che se qualcuno ha comprato dei quadri di autori anonimi di qualche secolo fa, difficilmente si potrà pensare che io abbia il diritto di andare a recuperarli solo perché un tempo sono stati miei; e, del resto, prima di me li avevano avuti altri.

La situazione probabilmente si presenta, almeno in termini di buon senso, in maniera diversa se invece stiamo parlando di opere pittoriche di massima importanza e di elevata notorietà. Non per niente esistono, o comunque sono *in fieri*, dei cataloghi; ma vi è chi di queste cose sa molto più di me e io quindi mi limito a ricordarlo.

Certo è che nel diritto internazionale un principio è fermo: i beni culturali non sono merci. Allora l'applicazione della regola "possesso vale titolo" deve essere temperata perché, a mio personale avviso, la verità è che i beni culturali – che tanto meno sono merci quanto più sono importanti - possono tornare ad essere anche merci quando la loro importanza culturale non è massima.

C'è poi da considerare il versante che anche ottime leggi, senza uno strumentario adeguato, non funzionano e lo strumentario che oggi sostiene il complessivo disegno del codice, forse non è in ogni sua parte adeguato.

Tutto quello che chiederei è un ripensamento accurato su strumenti molto affinati, che spesso non dipendono da improvvise e geniali invenzioni di che cosa si potrebbe fare per rimediare. Mi limito a pensare che un buon risultato può darlo anche un lavoro scrupoloso.

Oggi è il 20 maggio e tra pochissimi giorni, il 31, sarà il centenario di un doloroso, tragico, evento di esattamente 100 anni fa. Il 31 maggio del 1916, le due più potenti flotte del mondo, quella inglese e quella tedesca, si scontrarono nel Mare del Nord nella celeberrima battaglia dello Jutland. Erano due flotte potenti, due marine gloriose, ma successe un fatto curiosissimo: gli inglesi, che erano molto orgogliosi dei loro nuovi cannoni potentissimi, nel cuore dello scontro constatarono che i proiettili di ultima generazione non avevano ragione delle blindature delle corazzate tedesche.

La battaglia finì in sostanzialmente in parità e, dunque, non si dimostrò né la superiorità degli uni né la superiorità degli altri, ma certamente l'ammiragliato britannico, che già aveva compiuto azioni di indagine e di spionaggio egregie, si chiese quale fosse il segreto delle corazzate tedesche. Si immaginò qualche speciale ingrediente nella lega d'acciaio, qualche particolare tecnica di lavorazione: il segreto rimase tale fino alla fine della prima guerra mondiale, quando gli inglesi poterono accertare che il segreto era semplicissimo: dal fonditore al colatore, dal montatore al bullonatore, tutti avevano fatto, rigorosamente, esattamente, la loro parte.

LA PRESCRIZIONE DEL REATO: OSSIA LA CAUSA ESTINTIVA CHE VISSE DUE VOLTE

Fausto Giunta
Prof. ordinario Università di Firenze

1. Se si volesse dare un titolo alla lunga storia della prescrizione penale, mi sentirei di proporre – parafrasando la versione italiana del celebre capolavoro cinematografico di Alfred Hitchcock – "*La causa estintiva che visse due volte*", al fine di sottolineare la radicale diversità delle vite vissute da questo istituto.

L'attenzione di noi tutti si catalizza – com'è normale che sia per chi vive nell'attualità – sulla storia recente della prescrizione, sulla sua seconda vita, più breve della prima, ma in compenso più vivace e contrastata, scandita dalle riforme legislative subite e da quelle annunciate, entrambe capaci di alimentare un dibattito sovente polemico, che non ha coinvolto soltanto gli addetti ai lavori, ma larga parte delle élite culturali del nostro paese e dell'opinione pubblica *tout court*.

A partire dagli anni '90 del secolo scorso, da quando la domanda di giustizia è cresciuta per effetto di Tangentopoli, e il sovraccarico giudiziario non ha più potuto contare sulla valvola di sfogo delle amnistie periodiche, di fatto precluse dalla maggioranza qualificata richiesta dal riformato art. 79 Cost., la prescrizione è uscita dal cono d'ombra di una vita anonima e ha assunto una centralità funzionale e simbolica assoluta. Nell'arco di qualche anno la prescrizione, da istituto poco studiato e poco applicato, qual era, perché fagocitato dall'operatività dell'amnistia, è diventata un'autentica protagonista del mondo della giustizia, e ha sprigionato un'attitudine divisiva insospettata, ben più intensa di quella espressa da altri istituti penalistici che periodicamente occupano la scena e fomentano contrapposte visioni politico-criminali, come, ad esempio, la legittima difesa, la recidiva, il concorso esterno nell'associazione mafiosa, la normativa premiale per il concorrente dissociato, ecc. La prescrizione – non è un'esagerazione - ha spaccato il mondo penalistico in due fazioni: per l'una, sia tratta di una garanzia personalistica irrinunciabile, il cui mantenimento merita una battaglia di civiltà giuridica; per l'altra, rappresenta il male assoluto, l'emblema della giustizia denegata e fallimentare.

Eppure, le cose non stavano così in origine, posto che l'istituto, seppure dibattuto sul piano della sua giustificazione teorica, era comunemente accettato.

Valgano due brevi citazioni. La prima: "*L'implacabile volontà di punire, se può concepirsi come un fatto di psicologia individuale inferiore, non è immaginabile quale fatto di psicologia collettiva, rispetto ad azioni individuali, come i reati, presso popoli civili, e quando il tempo ha alterato le condizioni in cui normalmente viene esercitato il potere punitivo pubblico"*. La seconda citazione: *"Il*

rigido principio di attuazione della giustizia, per cui al delitto dovrebbe seguire, in ogni caso, la pena, non tollererebbe idealmente ostacolo o deroga alcuna: tanto meno quello che si concreta nel solo decorso del tempo. Tuttavia io non ho creduto di accedere ad una concezione così rigida. Sarebbe andar contro una legge inesorabile di natura disconoscere tale azione corroditrice del tempo; o anche considerare il rapporto giuridico penale fra quelli, in verità rari, che l'ordinamento sottrae all'influenza estintiva del tempo. Data la natura squisitamente pubblicistica di tale rapporto, il problema consiste nel non eccedere nella valutazione di questo elemento naturale e nel non largheggiare nell'ammissione di questa causa di estinzione".

Gli autori dei passaggi citati, all'evidenza espressivi di una visione moderata ed equilibrata del rapporto tra la punibilità e il trascorrere del tempo, non sono due recenti epigoni di un garantismo ipocrita e "peloso", ma due importanti artefici del codice penale del 1930, rispettivamente: Vincenzo Manzini, autorevole giurista di regime; e Alfredo Rocco, all'epoca Guardasigilli. Possibile che la dottrina coeva al varo del codice penale del 1930, certamente incline a una visione severa e autoritaria dello *jus puniendi*, fosse meno intransigente degli odierni nemici della prescrizione?

Che le disfunzioni della giustizia penale non dipendano dalla prescrizione è dimostrato da una semplice constatazione. La disciplina della prescrizione ha subito nel tempo, ora per via legislativa, ora ad opera di una giurisprudenza pretoria, una costante evoluzione in senso sfavorevole al reo. Basti pensare alla riforma del 2005 (la c.d. *ex* Cirielli), che, erroneamente considerata espressione di lassismo punitivo, allungava per lo più i termini di prescrizione, collegando arditamente l'operatività di questo istituto a quello della recidiva, la cui *ratio* repressiva è incontestata e incontestabile. Ma non è tutto: si considerino la crescita numerica e l'estensione interpretativa (ovviamente *in malam partem*) delle cause di sospensione della prescrizione, l'elevazione parossistica dei massimi edittali come escamotage legislativo per allontanare ulteriormente il termine prescrizionale, le forzature giurisprudenziali in materia di consumazione del reato (fino all'estremo di considerare permanenti taluni reati formali, sovente contravvenzionali, al chiaro fine di differire il termine di decorrenza della prescrizione). E ancora: come trascurare la lettura *praeter legem* della categoria dell'inammissibilità dell'impugnazione, allo scopo di farne discendere effetti impeditivi della prescrizione formalmente già maturata? Per non dire del recente progetto di riforma Orlando, che prevede, tra l'altro, ulteriori cause sospensive connesse alla sopravvenienza della condanna, su cui si tornerà in chiusura: una sorta di limbo temporale per quegli imputati nei cui confronti la presunzione di non colpevolezza comincia a vacillare.

Ebbene, deve far riflettere che a fronte di una disciplina viepiù severa della prescrizione, si continui a lamentare il protagonismo operativo dell'istituto, là dove in passato, quando la sua disciplina era assai più mite, l'esistenza della prescrizione non ostacolava la funzionalità del sistema punitivo, né favoriva la mortalità prematura del processo.

A ben vedere la prescrizione non costituisce il problema, ma segna il punto del circuito repressivo dove affiorano e si disvelano talune gravi inadeguatezze, di natura sistemica e generale, che affliggono da tempo la nostra giustizia penale.

2. Come noto, per chi muove dalle (risalenti e oramai per lo più abbandonate) concezioni retributive della pena, risulta difficile giustificare l'operatività della prescrizione. Nella metafisica dei disvalori, la gravità di un fatto e la colpevolezza del suo autore non sbiadiscono per il semplice decorso del tempo. L'illiceità rimane, a meno che non muti il parametro di giudizio e non intervenga una rivalutazione del fatto di reato, nel senso della sua abrogazione; nel qual caso il sopraggiungere della non punibilità non è effetto del decorso del tempo nel diritto penale, ma è un fenomeno che attiene al diverso capitolo dell'intertemporalità, ossia alla tematica del mutamento del diritto penale nel tempo.

La prescrizione – e più in generale le deroghe alla punibilità in concreto – sono espressione, infatti, di una concezione secolarizzata del diritto penale, che cala la dinamica della punizione nella storia sociale e assume la prevenzione dei reati come compito primario della giustizia penale. Fatti troppo lontani nel tempo perdono la forza evocativa necessaria alla riaffermazione del divieto, secondo la logica della c.d. prevenzione-integrazione.

Vi è largo accordo nel riconoscere che la prescrizione attui il principio, si può dire generale, del *tempori cedere*. E non meraviglia che meccanismi estintivi, vicini al modello della nostra prescrizione o ad essa equivalenti negli effetti, siano presenti nella gran parte dei sistemi penali contemporanei.

Per converso, non esiste un'ontologia in grado di guidare la disciplina positiva della prescrizione, la quale è piuttosto il campo delle variabili storiche e comparatistiche. L'operatività concreta della prescrizione dipende in modo decisivo dalla normativa processuale, con la quale essa si interseca in modo trasversale. Per esempio, anche altri sistemi (tra cui quello delineato dai §§ 78b e 78c StGB) prevedono, distinguendole, ipotesi di sospensione e interruzione della prescrizione; diversi, però, sono tanto i casi di sospensione e interruzione, quanto i loro effetti. Si potrebbe continuare, osservando che negli ordinamenti imperniati sul principio della discrezionalità dell'azione penale, la scelta se attivare o meno la tutela repressiva può dipendere anche dalla risonanza sociale del fatto di reato o all'opposto dalla sua lontananza nel tempo; con la conseguenza che l'istanza del *tempori cedere* perde di autonomia, perché viene assorbita nella valutazione, in termini di opportunità, del bisogno sociale di pena, affidata al pubblico ministero. Per questa ragione, nel campo della prescrizione, la comparazione con sistemi stranieri può risultare fuorviante quando si concentra su profili normativi troppo specifici: è difficile isolare singoli segmenti di disciplina e valutarli a prescindere da una visione olistica dei contesti. In questa materia la comparazione maggiormente proficua è quella che valorizza le funzioni svolte dal sistema, più che la corrispondenza della loro traduzione normativa.

Anche per quel che concerne la nostra esperienza legislativa recente, l'operatività della prescrizione non va isolata dai cardini strutturali del sistema repressivo nel suo complesso. Come cercherò di argomentare, infatti, la prescrizione è fuoriuscita dal suo alveo funzionale dichiarato. Per cogliere la portata di questa trasformazione bisogna abbandonare il diritto penale libresco e concentrarsi su quello vivente, che ci consegna un presente più difficile da comprendere del passato, perché il sistema si è evoluto troppo più velocemente delle categorie utilizzate per descriverlo.

3. Sebbene la prescrizione non abbia affatto smarrito l'originaria *ratio* sostanziale legata al *tempori cedere*, negli ultimi anni l'istituto ha finito per perseguire, in modo surrettizio e prioritario, altri due obiettivi. Il riferimento è, da un lato, alla durata ragionevole del processo, dall'altro, al contenimento del sovraccarico giudiziario attraverso la selezione, ad opera del pubblico ministero, dei fatti bisognosi di pena. Si tratta di due autentiche patologie del sistema, con le quali *bon gré mal gré* la prescrizione interferisce.

Per quanto riguarda la durata ragionevole del processo penale, non è certo la prescrizione lo strumento per perseguirla. È ben vero il contrario: la prescrizione presuppone che l'ordinamento assicuri in altro modo, e per così dire "a monte", la ragionevole durata del processo. Nella fisiologia del sistema, infatti, il tempo necessario per la prescrizione sopravanza quello della durata ragionevole del processo, la quale, secondo la giurisprudenza CEDU e la legge Pinto, non può eccedere mediamente il tetto di sei anni. Non solo: il decorso della prescrizione durante lo svolgimento del processo è temperato dalle cause di sospensione previste dall'art. 159 c.p. Quest'ultima disposizione muove dall'idea che il tempo prescrizionale debba essere abbondantemente sufficiente a celebrare il processo, tanto è vero che le cause di sospensione, ossia le eventuali parentesi di stasi del processo, si sommano senza limiti e si considerano come tempo processuale non trascorso, ossia tempo "fermo" non contemplato dal legislatore nella valutazione presuntiva della durata ordinaria del processo. Le ipotesi di sospensione rispondono, dunque, all'esigenza di ricalcolare e aggiornare il tempo della prescrizione quando rischia di essere più breve della durata ragionevole del processo. Diversamente, l'incidenza delle cause di interruzione, che dimostrano unicamente la persistenza dell'interesse ordinamentale alla persecuzione del fatto, è contenuta, indipendentemente dal numero dei fattori interruttivi, al di sotto di un nuovo tetto insuperabile, destinato per lo più a scattare – data la numerosità delle cause interruttive - e a costituire il vero tempo massimo di prescrizione, per l'appunto in modo da renderlo superiore a quello che si ritiene astrattamente necessario all'esaurimento del processo.

Passando alle interferenze con il principio di obbligatorietà dell'azione penale, è noto che la prescrizione matura per lo più nella fase delle indagini preliminari. Dall'intensità della spinta iniziale e della persistente attività della magistratura inquirente dipendono le

probabilità che l'indagine venga instradata verso l'epilogo estintivo, quale alternativa rispetto alla chiusura rituale delle indagini o all'archiviazione del procedimento. La sostanza del discorso è che nel primo caso la prescrizione consente scelte selettive dei fatti da perseguire destinate a rimanere opache sotto il profilo dei criteri che le guidano.

Se così stanno le cose, il vero problema che si agita dietro la prescrizione è l'elevata quantità dei procedimenti pendenti, tale da non consentire al sistema di gestirli, con un conseguente e generalizzato allungamento dei tempi di definizione del processo, a sua volta contrastato da una non dichiarata – e comunque insufficiente – sacca di discrezionalità pura nelle mani della magistratura inquirente.

Sia chiaro, i pubblici ministeri non usurpano alcun potere di selezione dei reati da perseguire; essi si trovano a gestire una situazione di fatto e fanno quello che tutti noi faremmo al loro posto: dare un ordine alle priorità in concreto. Questa attività equivale, però, a effettuare opzioni politico-criminali. Il problema merita al più presto una soluzione coraggiosa, che muova senza ipocrisia proprio dall'ineffettività del principio espresso dall'art 112 Cost. Finora si è cercato di salvare l'obbligatorietà dell'azione penale attraverso forme di *diversion* processuale indubbiamente utili (potenziamento della procedibilità a querela, irrilevanza penale del fatto, riti semplificati ecc.), le quali, tuttavia, non sono più sufficienti. Nei sistemi sociali complessi, non si può pretendere la repressione di tutto quanto è previsto come reato, risultando sufficiente per la prevenzione generale una repressione articolata, tendenzialmente a tappeto per quanto riguarda i reati gravi, e mirata ed esemplificativa per i rimanenti. La qual cosa significa rendere trasparente la dissociazione, oramai nei fatti, tra legalità penale sostanziale e obbligatorietà dell'azione penale: la prima, limitando il perimetro dell'area del penalmente rilevante, è espressiva di una garanzia cui non si può rinunciare senza incidere sul nostro paradigma di giustizia penale; la seconda, operando in modo concentrico rispetto alla legalità sostanziale, ha perso l'originaria natura di obbligazione di risultato, per assumere un valore programmatico e tendenziale, che richiede una regolamentazione del potere di selezione anche sul piano della responsabilizzazione del suo esercizio.

4. Il disegno di legge Orlando in materia di prescrizione segna un deludente passo indietro, perché non risolve, bensì accentua i guasti della normativa vigente.

Anziché adoperarsi per assicurare la ragionevole durata del processo, quale diritto del cittadino, aprendo al contempo alla "flessibilizzazione" del principio stabilito dall'art. 112 Cost. (come ha fatto la recente proposta di legge costituzionale di iniziativa popolare promossa dall'Unione delle Camere penali), il progetto di riforma Orlando si preoccupa di ampliare ulteriormente l'operatività della prescrizione, assicurando così lunga vita al processo penale.

Come si è avuto modo di anticipare, questo obiettivo viene perseguito con l'introduzione di una nuova causa di sospensione della prescrizione, per un totale di tre anni, che scatta con l'impugnazione della sentenza di condanna, in appello o in Cassazione, ove coronata da successo.

Si prescinda pure dalla eterogeneità della nuova causa sospensiva, che, a differenza di quelle finora previste, non è ancorata a una stasi forzata del processo. Il punto debole della proposta sta soprattutto altrove. Essa muove dal corretto presupposto che, in un sistema dove la prescrizione decorre durante lo svolgimento del processo, come accade da noi, ma anche in Austria e in Germania, il processo deve durare meno del tempo necessario alla prescrizione. Sennonché, piuttosto che incidere sul tempo del processo, si è preferito allungare ancora la prescrizione, dimostrando l'incapacità del sistema di garantire la ragionevole durata del processo. È vero, infatti, che la prescrizione falcidia il processo, ma non è affatto vero che si tratti di una mortalità precoce.

A questo punto, e considerato che – se passa la riforma - la prescrizione non scatterà quasi mai dopo la sentenza di condanna, ci si può chiedere provocatoriamente perché non rinunciare del tutto all'istituto, facendo cadere il velo che avvolge la gestione temporale delle indagini preliminari da parte del suo *dominus:* il pubblico ministero. Ne conseguirebbe uno tsunami istituzionale, che tuttavia farebbe giustizia di molti silenzi e altrettante ipocrisie. Il sistema, infatti, già in crisi, diventerebbe ingestibile: il sovraccarico giudiziario reclamerebbe una regolamentazione trasparente dei flussi in entrata, con beneficio per la durata dei processi, che può ridursi se si riduce il numero dei processi celebrabili e si prevede una causa di improcedibilità per quelli irragionevolmente lunghi. È proprio il caso di dire: *hic sunt leones*.

LA INTERPRETACIÓN «AUTÉNTICA» DEL CONTRATO*

Pilar Gutiérrez Santiago
Prof. catedrática acreditada Universidad de León

Sumario: 1. Planteamiento del tema: consideraciones introductorias sobre los sujetos de la interpretación contractual. - 2. La llamada interpretación auténtica del contrato y su distinción de las "normas interpretativas". - 3. La interpretación auténtica como obra *común* de las partes del contrato interpretado. - 4. Dualismo doctrinal en torno a la interpretación auténtica: negocio declarativo o de fijación *vs.* negocio modificativo o novatorio. - 5. Efectos de la interpretación auténtica y carácter imperativo de las reglas legales de hermenéutica contractual. - 6. El valor de los pactos interpretativos de los contratantes a la luz de las normas *subjetivas* de interpretación del contrato. - 7. La interpretación auténtica del contrato como acto posterior de los contratantes en el marco del artículo 1282 del Código Civil español: referencia particular a los actos de cumplimiento o ejecución del contrato. - Bibliografía.

1. Planteamiento del tema: consideraciones introductorias sobre los sujetos de la interpretación contractual.

Con terminología importada de la hermenéutica de las normas jurídicas, son no pocos los autores que, al abordar el tema de los sujetos de la interpretación del contrato (o del negocio jurídico en general), se hacen eco de la común distinción entre interpretación *auténtica*, interpretación *judicial* e interpretación *doctrinal*, según que la misma sea realizada, respectivamente, por los propios contratantes, por los tribunales de justicia, o por terceros en función asesora, dictaminadora o puramente académica[1]. Ahora bien, parece evidente que limitar el asunto de los sujetos de la interpretación contractual a preguntarse, sin más, por *el autor o posibles autores* de dicha actividad se traduciría en algo tan banal como una pura enumeración de quiénes pueden interpretar un contrato, lo que, a su vez, llevaría a la obvia (y jurídicamente absurda) conclusión de que "sujeto" de la interpretación es cualquier persona que, por el mero hecho de leer un contrato, le atribuya un determinado significado, más o menos atinado o discutible.

*. Este trabajo se desarrolla en el marco del Proyecto de investigación DER2016-74898-C2-1-R "Conflictos de derechos: tipologías, razonamientos, decisiones" (Ministerio de Economía y Competitividad, AEI y FEDER).

1. Vid. entre otros, L. Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Cizur Menor, 2007, pp. 497-498. También J.L. Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho Civil*, I-3º, Madrid, 2005, p. 238; y M. Albaladejo, *Derecho Civil*, I, Madrid, 2013, p. 534 distinguen entre interpretación judicial e interpretación auténtica del contrato, por razón de su origen.

Poco interés más presenta el enfoque del tema bajo la pregunta de quiénes son *los destinatarios de las reglas de interpretación contractual*. El Código Civil español, influido por el modelo francés, recoge con cierto detalle los criterios interpretativos que han de seguirse en la averiguación del sentido de un contrato (arts. 1281-1289)[2]. Sin embargo, conviene recordar a este

2. No conviene obviar que también se ocupa de la interpretación de los contratos la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Sección Primera de Derecho Civil (bajo la presidencia de L. Díez-Picazo) de la Comisión General de Codificación y publicada por el Ministerio de Justicia en enero de 2009 (*Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, LXIII, enero 2009). Dentro de su Título II («De los contratos»), dicha Propuesta dedica al tema concretamente el Capítulo V («De la interpretación de los contratos») compuesto por los artículos 1278 a 1281; grupo de tan solo cuatro preceptos en los que, si bien se viene a condensar el contenido de los nueve que actualmente regulan la hermeneusis contractual en el CC español (arts. 1281 a 1289), se introducen numerosas variaciones formales y ciertas de fondo y se añade alguna norma totalmente novedosa (como la del art. 1281 a tenor del cual "cuando existan versiones de un contrato en diferentes lenguas y ninguna de ellas haya sido declarada preferente, en caso de discrepancia se adoptará para la interpretación la versión original"). Tampoco parece inoportuno traer aquí a colación que las más recientes propuestas en orden a un futuro Derecho contractual europeo se han decantado igualmente por ocuparse de la interpretación contractual. Concretamente, el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de iusprivatistas europeos de Pavía, coordinado por G. Gandolfi, destina a ese tema el Título V del Libro I, integrado por los arts. 39 a 41 (vid. sobre el particular, C. Vattier Fuenzalida, "El Derecho europeo de contratos y el anteproyecto de Pavía", *An.der.civ.*, T.LXI, fasc.IV, 2008, pp. 1853-1854; y "La interpretación del contrato", *Código Europeo de Contratos*, I, Madrid, 2003, pp. 247 y ss.; J.L. De los Mozos, "Las reglas de interpretación de los contratos en un intento de codificación europea", en *Estudios sobre Derecho de Contratos, Integración europea y Codificación*, Madrid, 2005, pp. 225 y ss.; Mª.Á. Parra y A. López Azcona, "La interpretación del contrato en el Proyecto de Pavía", en *Anotaciones españolas al Proyecto de Pavía*, Zaragoza, 2005, pp. 211-246). Con bastante más amplitud, también los Principios europeos de Derecho contractual -*PECL* (*Principles of European Contract Law,* elaborados por la "Comisión sobre Derecho Contractual Europeo" presidida por Ole Lando)- dedican a la regulación de la interpretación de los contratos el Cap. V (arts. 5:101 a 5:107), recogiendo en general los criterios y principios tradicionales que presiden la materia en nuestro CC, aunque también adoptan en ciertos puntos soluciones distintas, inspiradas en una tradición jurídica diferente (en particular, anglosajona). Vid. al respecto, O. Lando, "El Derecho contractual europeo en el tercer milenio", *DN*, nº.116, 2000, pp. 1-20; Mª.Á. Parra Lucán, "Interpretación del contrato", en *Derecho Privado Europeo*, Madrid, 2003, pp. 472-474; B. Verdera, "La interpretación de los contratos a partir de los Principios Contractuales Europeos", en *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, Valencia, 2003, pp. 245-260; L. Díez-Picazo, E. Roca Trías y A.M. Morales Moreno, *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, 2002; y ampliamente, S. Espiau, "Interpretación del contrato y bases del derecho contractual europeo", en *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, Valencia, 2003, pp. 227-243. Refiriéndose en concreto al art. 5:102 de los *PECL*, este último autor enjuicia críticamente tal precepto, tanto por el desorden y falta de sistemática que se aprecia en la enumeración que hace de las circunstancias relevantes a tener en cuenta en la interpretación de un contrato, como por su carácter reiterativo y, sobre todo, porque no todas esas circunstancias que recoge constituyen medios de interpretación ni todos los medios de interpretación de los que puede hacer uso el intérprete aparecen en dicho artículo -echándose de menos, especialmente, alguna referencia al elemento gramatical-. En efecto, el citado art. 5:102 hace alusión a los siguientes elementos de interpretación del contrato: a) las circunstancias de su celebración, comprendiendo los tratos preliminares; b) la conducta de los contratantes, tanto anterior y coetánea, como posterior a la conclusión del contrato; c) la naturaleza y finalidad del contrato; d) la interpretación que los contratantes atribuyen o han atribuido a cláusulas semejantes y a prácticas anteriores existentes entre ellos; e) el sentido que comúnmente se atribuye a los términos y expresiones del contrato dentro del sector de actividad de que se trate, y a la interpretación que pueda haberse atribuido ya a cláusulas semejantes en dicho sector; f) los usos; y g) las exigencias de la buena fe.

respecto que la conveniencia de que los Códigos Civiles formulen o no en su articulado reglas de interpretación de los contratos ha sido objeto, desde antiguo, de arduas polémicas. Durante algún tiempo se entendió que esa materia no era propia de un Código ni debía ser objeto de regulación legal sino que debía dejarse en manos de la doctrina y del buen criterio judicial, pues dichas reglas hermenéuticas no eran más que reglas del pensar o máximas de la práctica y la experiencia[3], carentes de verdadero carácter jurídico: se trataba únicamente de pautas dialécticas de naturaleza puramente admonitiva, meros axiomas sin contenido jurídico positivo, simples consejos dirigidos a auxiliar al juez en su tarea. Fruto de esta orientación fueron algunos Códigos europeos que, como el Código suizo de las obligaciones, no establecen reglas de interpretación del contrato, o que, como el BGB alemán, se limitan a formular al respecto algún principio general[4]. Pero frente a esa tendencia, el Código Civil francés y, tributarios del mismo, también el italiano y el español, se decantaron por consignar una serie de preceptos dedicados a la interpretación de los contratos[5]. Aun así, el peso de la tradición germánica hizo que una parte de la doctrina antigua (tanto española como italiana y francesa) pusiera en tela de juicio y contemplara con escepticismo esas reglas codificadas, defendiendo que no pasaban de ser enunciaciones lógicas o de puro sentido común, meras recomendaciones cuya aplicación había de entregarse necesariamente al criterio de los jueces, y que, en rigor, eran extrañas a la legislación propiamente dicha. En la actualidad, sin embargo, se apuesta mayoritariamente -tanto en España, como en Italia y en Francia- por predicar de las reglas legales de interpretación del contrato su naturaleza de auténticas *normas jurídicas stricto sensu*[6], de modo

3. Originariamente, las reglas de interpretación de los contratos hunden sus raíces, en efecto, en reglas procedentes de la práctica, cuyo germen más remoto está en la praxis romana (F. De Castro, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, p. 80).

4. Concretamente, su parágrafo 133 establece que en la interpretación de una declaración de voluntad se ha de investigar la voluntad real y no atender al sentido literal de la expresión de aquella; y según su parágrafo 157, los contratos han de interpretarse como exige la buena fe en atención a los usos del tráfico.

5. Su procedencia más inmediata se encuentra en la obra de R.J. Pothier, quien formuló y sistematizó una docena de reglas que, a su vez, eran fruto de la simplificación de la exposición de la materia por J. Domat -que enumeraba quince reglas-. Su traslación al *Code* francés será posteriormente seguida por los Códigos de tradición latina (con la excepción del hoy derogado Código de Argentina de 1869, donde Vélez Sarsfield optó por no incluir normas legales sobre interpretación del contrato, aunque sí un precepto homólogo a nuestro art. 1258), sin que pueda extrañar, pues, que también el legislador decimonónico español se apuntara a la tendencia de codificar dichas reglas, a cuya plasmación legal destinó los arts. 1281 a 1289 CC.

6. Desde que en la doctrina española M. Traviesas ("Los negocios jurídicos y su interpretación", *Rev. der. priv.*, 1925, pp. 33 y ss.) afirmara el carácter normativo de los arts. 1281 y ss. CC (orientándose así en la línea iniciada por E. Danz, *La interpretación de los negocios jurídicos*, Madrid, 1955, pp. 137 y ss. poco después de la promulgación del BGB), acogen actualmente esa tesis, entre otros muchos, J.B. Jordano Barea, "Com. art. 1286", *Comentario del Código Civil*, II, Madrid, 1991, p. 515; L. Rojo Ajuria, "Interpretación de los contratos (Derecho civil)", *EJB*, III, Madrid, 1995, p. 3694; J. Gil Rodríguez, "Interpretación y modificación del contrato", en *Manual de Derecho Civil*, II, Madrid-Barcelona, 2000, p. 623; M. Albaladejo, *Derecho Civil*, I, 2013, p. 534; C. Lasarte, *Principios de Derecho Civil*, III, Madrid-Barcelona, 2011, pp. 105-106; J.R. García Vicente, "Com. arts. 1281-1289", *Comentarios al Código Civil*, VII, Valencia 2013, p. 9173; C. Díaz-Regañón, "Com. art. 1281", en *Comentarios al Código Civil*, coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Cizur Menor, 2013, p. 1751; y J.L. Lacruz, *Elementos...*, II-1º, 2011, p. 493. Como ha señalado este autor, "el ordenamiento podría haber dejado libertad a quien tuviera que determinar la virtualidad

que, en cuanto tales, el intérprete ha de proceder necesariamente con arreglo a ellas (SSTS 12 julio 2011[7] y 22 junio 2011[8]): "debe, no solo tenerlas en cuenta, sino observarlas en el proceso interpretativo", de forma que "viene obligado a respetar los caminos interpretativos que le señalan"[9]. Como en este sentido se ha afirmado, "por ser mandato del legislador y por ser precisamente un remedio frente a la arbitrariedad judicial", no puede dudarse del verdadero carácter jurídico y vinculante de tales reglas legales: "no son apotegmas jurídicos sino que, por el contrario, imponen criterios de política jurídica, deciden imperativamente casos de duda y ordenan cómo se ha de completar lo establecido en la regla negocial"[10].

Partiendo de lo anteriormente dicho, y conectando ya esa cuestión dogmática con el tema que nos ocupa, cabe afirmar que, aunque un sector doctrinal considera que el destinatario exclusivo de tales normas de interpretación es el juez (ya que es a él a quien corresponde decidir sobre el significado de las cláusulas contractuales dudosas)[11], en realidad dichas reglas

preceptiva de un negocio jurídico -en última instancia, a los jueces y tribunales- para que averiguase el sentido de la declaración o declaraciones por las que el negocio se concluye, pero... ha preferido señalar un método adecuado para la actividad interpretativa en los arts. 1281 a 1289 CC"; preceptos que se consideran "verdaderas normas cogentes, que el juzgador... viene obligado a respetar" (*Elementos*..., I-3º, 2000, pp. 237 y 240). A nivel jurisprudencial, vid. expresamente en esa dirección las Sentencias del Tribunal Supremo [en adelante STS] de 9 febrero 2012 (*Tol 2.489.134*), 7 marzo 2012 (*Tol 2.498.240*), 15 noviembre 2012 (RJ 2013/17), 23 diciembre 2013 (RJ 2013/8240), 5 noviembre 2014 (RJ 2014\6452), 11 diciembre 2014 (RJ 2015/51), 23 marzo 2015 (RJ 2015/3810) y 8 abril 2015 (RJ 2015/3816) donde puede leerse que "los artículos 1281 a 1289 del Código Civil no contienen meras reglas lógicas o de buen sentido que se pongan a disposición del intérprete para que libremente se sirva o no de ellas en la búsqueda de la llamada voluntad contractual, sino *verdaderas normas jurídicas de las que necesariamente debe aquel hacer uso*". Bastante escéptico se muestra, en cambio, J. Castán (*Derecho civil español, común y foral*, III, Madrid, 1992, p. 685), quien considera muy dudosa la cuestión de que los Códigos deban formular reglas de interpretación de los contratos, pues -afirma- "la interpretación, en principio, no puede ser reducida a una serie de preceptos estereotipados que, o han de ser arbitrarios e injustos, o tan vagos e imprecisos que nada resuelvan". Por su parte, Á. Carrasco Perera (*Derecho de Contratos*, Cizur Menor, 2010, pp. 401-402) habla de la "superfluidad de las reglas legales de interpretación" y sostiene su "valor *discursivo*, pero *no vinculante*", afirmando que "ninguna carencia relevante sufriría nuestro sistema jurídico si no existieran como mandatos jurídicos… Si estas reglas legales no existiesen, tendrían que ser aplicadas y buscadas como máximas de experiencia o como lugares argumentales o como reglas del procedimiento de hermenéutica general. Pues el juzgador está siempre constreñido a dar una respuesta a los conflictos, y no puede soslayar esta tarea con un *non liquet*".

7. *Tol 2.185.434*.

8. *Tol 2.169.848*.

9. Así lo observa J.L. Lacruz, *Elementos*..., I-3º, 2005, p. 240.

10. F. De Castro, *El negocio*..., 1971 (reimpresión 1985), pp. 80-81.

11. Señala al respecto M. García Amigo, *Derecho Civil de España*, I, Madrid, 1997, p. 648 que "las normas legales sobre interpretación de los negocios jurídicos tienen una naturaleza peculiar, pues ni son constituyentes -de los elementos del negocio- ni son de conducta -de los interesados en la relación negocial-; más bien *se dirigen a los Tribunales, cuya misión interpretativa se ve regulada por dichas normas*: ello se induce del hecho de que es a ellos a quienes corresponde «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado», resolviendo los litigios planteados (art. 117.3 de la Constitución Española)". Con una orientación similar, aunque más matizada, escribe J. Almagro Nosete, "Com. art. 1281", *Comentario del Código Civil*, 6, 2000, p. 639 que "las normas de interpretación son normas mediales o instrumentales, cuyo principal y último destinatario es el juez". También Á. Carrasco, *Derecho de Contratos*, 2010, p. 402 considera que "sólo los tribunales son destinatarios de estas normas, y los contratantes no pueden aplicarlas ni contravenirlas, porque de ellas no

hermenéuticas se dirigen a todos, y en cuanto verdaderas normas jurídicas, los destinatarios de los arts. 1281 a 1289 de nuestro Código Civil son *todos los ciudadanos* y no solamente los jueces[12]. Pues bien, aun no faltando razón a esta consideración, y admitiéndose, por tanto, que quepa hablar no solo de interpretación judicial del contrato, sino también de interpretación doctrinal y de interpretación auténtica, esta clasificación por razón de los sujetos tendría, desde esa perspectiva aislada, un valor puramente terminológico y carente de mayor interés si no es puesta en conexión con algún otro parámetro que le dote de virtualidad práctica.

De lo que acaba de decirse resulta fácil intuir que una primera aproximación al tema de los sujetos de la interpretación exige enfocarlo a la luz de los distintos *efectos* atribuibles a unos y otros tipos de interpretación del contrato en atención a quién sea su autor. Como con carácter general se ha afirmado, "las cosas parecen otras según quién las mira; mas aparte de esa relatividad del juicio de los hombres, *es necesario tener en cuenta la distinta postura que corresponda al intérprete según quién éste sea*"[13]. Desde esta óptica elemental, habrá sujetos -principalísimamente el juez- que, por razón de su posición y funciones, lleven a cabo una interpretación *autoritativa* del contrato en cuanto que, a través de ella, van a dirimir un conflicto de forma vinculante: dado que la labor hermenéutica llevada a cabo en vía *judicial* se incardina dentro del conjunto de actividades que el juez desarrolla con la finalidad de zanjar una determinada controversia acerca de la ejecución de dicho contrato, es indiscutible que, en virtud de las potestades públicas que a tal sujeto confiere nuestro Ordenamiento, la interpretación judicial deviene *vinculante* para todos los interesados y, en concreto, vincula a las partes en relación con el litigio decidido[14]. Habrá,

se derivan derechos subjetivos de ninguna clase. Tampoco los tribunales son sujetos pasivos de un mandato de obediencia", pues las reglas legales de interpretación del contrato tienen un "valor *discursivo*, pero *no vinculante*". En particular sobre las reglas de interpretación contenidas en los *PECL*, recuerda S. Espiau, "Interpretación...", en *Bases*..., 2003, p. 228 que su "aplicación efectiva depende de la voluntad de los particulares, en la medida en que dicha aplicación sólo se producirá si las partes acuerdan incorporarlos al contrato que celebran o deciden someterlo expresamente a su regulación. Desde este punto de vista y con carácter general, puede afirmarse -añade- que los particulares son, pues, los *destinatarios* de los PECL; con todo, *en materia de interpretación, el destinatario de las reglas que integran su regulación es el juez*: los PECL refieren sus disposiciones a una *interpretación judicial*, en la que quien asume la tarea de averiguar el sentido y la extensión del contrato no son los contratantes, sino el juez". Vid. en igual sentido, B. Verdera, "La interpretación de los contratos...", en *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, 2003, p. 247.

12. M. Albaladejo, *Derecho Civil*, I, 2013, p. 534.

13. F. De Castro, *El negocio*..., 1985, p. 74.

14. Una posición autoritativa similar cabría predicar de los árbitros cuando para resolver la controversia en cuestión realicen, en su caso, la interpretación de un contrato, pues la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 diciembre) dispone que "el laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes" (art. 43, modificado por la Ley 11/2011, de 20 de mayo). En cuanto a los notarios y los registradores, recordaba F. De Castro, *El negocio*..., 1985, pp. 74-75 que "el notario… habrá de redactar la escritura «de acuerdo con la declaración de voluntad de los otorgantes» (art. 176 Reglamento del Notariado),… «interpretando la voluntad de los otorgantes, adaptándola a las formalidades jurídicas necesarias para su eficacia» (art. 147 Reglamento del Notariado)" –artículo 147.1 que, tras su nueva redacción por el Real Decreto 1209/1984 de 8 junio (no afectada en este punto por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero), dispone hoy que "el notario

en cambio, otros muchos sujetos cuya interpretación de un contrato no esté investida de tal carácter por ser completamente "irrelevante" desde un punto de vista jurídico y no vincular a nadie. Así, ni siquiera a la llamada interpretación doctrinal puede otorgársele propiamente una eficacia jurídica, ya que su valor -privado- no va más allá de aquel que le aporten el mayor o menor renombre, prestigio o autoridad científica del jurista que la haya realizado y el grado de fuerza de convicción o el acierto de los argumentos que haya empleado al interpretar, aconsejar o incluso dictaminar[15].

Con este planteamiento, y siendo plenamente pacífico que la interpretación doctrinal carece de carácter vinculante[16] y que, por el contrario, la interpretación judicial goza del mismo[17], el meollo del problema reside en la determinación de los efectos que quepa predicar de la comúnmente denominada *interpretación auténtica del contrato*.

2. La llamada interpretación auténtica del contrato y su distinción de las "normas interpretativas".

A modo de cuestión previa, y aunque en principio la advertencia pudiera parecer ociosa, interesa señalar que, si bien en sede de hermenéutica de la ley la interpretación auténtica es la

redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico...")-. De tal modo, señalaba De Castro que "en la estipulación aparecerá la declaración de voluntad conformada ya conforme a la apreciación *técnica* del notario" –aunque no falta algún caso, matizamos nosotros, en que, como llega a reprochar la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 4 marzo 2010 (*Tol 1.808.325*), ante un contrato de compraventa formalizado en escritura pública cuya "redacción es sumamente confusa en todo su clausulado,… *causa cierto estupor que haya sido autorizado por Notario*")-. Por otro lado, añadía dicho autor que "los funcionarios que hayan de atender a la validez de los negocios jurídicos (por ej., los encargados de los Registros) deberán también calificarlos según su sentido; mas para ello habrán de atenerse pasivamente a las declaraciones debidamente autorizadas que se les presenten, sin que estén autorizados para considerar explicaciones o interpretaciones de los declarantes". A fin de poner de relieve que el Registrador de la Propiedad ha de emplear en su labor calificadora los criterios legales de interpretación del contrato de los arts. 1281 y ss. CC, cabe traer a colación las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado [en adelante RDGRN] de 18 mayo 2013 (RJ 2013/4853), 24 noviembre 2010 (*Tol 2.007.452*) y 3 marzo 2007 (*Tol 1.090.703*) donde se recuerda que "este Centro Directivo ha reiterado en numerosas ocasiones (vid. por todas, las Resoluciones de 19 de junio de 1990, 25 de junio y 21 de noviembre de 2001, 24 de noviembre de 2004, 12 y 20 de septiembre y 23 de julio de 2005, 27 de noviembre y 13 de diciembre de 2006) que ciertamente, los instrumentos públicos han de ser redactados por el Notario con estilo claro, puro, preciso, sin frases ni término alguno oscuros ni ambiguos (cfr. artículo 148 del Reglamento Notarial). Pero es igualmente cierto que *en la calificación registral de los títulos que contengan negocios jurídicos*, *el Registrador habrá de tener en cuenta no sólo la simple y pura literalidad de los términos empleados, sino también la intención evidente de los otorgantes reflejada en el negocio documentado, la valoración global de sus cláusulas y su inteligencia en el sentido más adecuado para que produzcan efecto* (cfr. artículos 1281, 1283, 1284, 1285 y 1286 del Código Civil)".

15. Cuestión distinta es que, como observa J. Gil, "Interpretación...", II, 2000, p. 624, ese asesoramiento interpretativo de un contrato "pueda llegar a convencer a las partes y quizás a los terceros interesados -o incluso al juez por vía de un dictamen por ejemplo, añado yo-, dando por resuelto el conflicto en un determinado sentido".

16. Vid. en tal sentido, entre otros muchos, L. Díez-Picazo, *Fundamentos*..., I, 2007, p. 498; y J. Gil, "Interpretación...", II, 2000, p. 624.

17. Vid. por ejemplo, M. Albaladejo, *Derecho Civil*, I, 2013, p. 534; L. Díez-Picazo, *Fundamentos*..., I, 2007, p. 498; y J. Gil, "Interpretación...", II, 2000, p. 624.

que efectúa el propio legislador, no es este, naturalmente, el autor de la misma cuando se habla de interpretación auténtica de un contrato.

Es cierto que también en el ámbito contractual existen supuestos en los que es *el legislador* quien indica directamente el sentido que tienen determinadas declaraciones o expresiones, el que fija el alcance que ha de darse a determinadas palabras, actos o disposiciones de los contratantes. Las diversas normas que a lo largo del articulado del Código Civil responden a ese cometido[18] suelen ser calificadas por la doctrina como "*normas interpretativas",* para distinguirlas de las normas legales de interpretación de los arts. 1281 a 1289[19] -que son las que recogen los criterios que han de gobernar la interpretación contractual, las reglas que disciplinan de forma preceptiva cómo debe llevarse a cabo la investigación del significado de un contrato-.

Ejemplo típico de norma interpretativa es el art. 346 CC, en el que se dice qué debe entenderse por «cosas o bienes inmuebles» o «cosas o bienes muebles» y por la palabra «muebles» cuando se use alguna de esas expresiones en un contrato, *salvo cuando del contexto del mismo resulte claramente otro sentido distinto* (art. 347). De esta última matización se deduce ya que las llamadas normas interpretativas no implican necesaria e ineludiblemente la imposición del alcance que expresan de una cierta palabra o declaración contractual, sino que tienen el valor de simples presunciones legales que, si bien buscan favorecer una determinada interpretación, son rebatibles por prueba en contrario.

En definitiva, y aunque cabría entender que en estos casos el legislador ya ha realizado una interpretación de la hipotética voluntad de las partes, en la medida en que no la impone de una manera obligatoria[20] sólo en un sentido meramente aproximativo podría decirse que el legislador ha "interpretado", por lo que, en rigor, con las denominadas normas interpretativas nos salimos del ámbito genuino de la interpretación de los contratos. No en vano, la calificación que nuestra doctrina hace del art. 346 CC se mueve entre la opinión de quienes lo mencionan como ejemplo de norma interpretativa para diferenciarlo de las normas legales de interpretación de los contratos[21] y la de aquellos otros autores que lo ubican como un supuesto de inter-

18. Conviene señalar que este tipo de normas, aunque no están ausentes en sede de contratos -como veremos-, son mucho más frecuentes en materia testamentaria (arts. 749, 751, 769, 770 CC, etc.).

19. De tal distinción se hacen eco en la doctrina, entre otros muchos, F. De Castro, *El negocio*..., 1985, p. 80, n. 8; J.L. Lacruz, *Elementos*..., I, 2005, pp. 242-243; S. Espiau, "Interpretación...", en *Bases*..., 2003, p. 219; M. Albaladejo, *Derecho Civil*, I, 2013, p. 535; F.J. Sánchez Calero, *Curso de Derecho Civil II*, 2008, Valencia, p. 195; o C. Díaz-Regañón, "Com. art. 1281", en *Comentarios*..., 2013, p. 1751. También L. Díez-Picazo, *Fundamentos*..., I, 2007, p. 512 da cuenta de la referida distinción, si bien maneja una terminología totalmente distinta, que, por contraste con la empleada por los autores antes citados, podría dar lugar a confusión en cuanto que aquel habla de "*normas legales en materia de interpretación*" para designar las que nosotros hemos llamado "normas interpretativas".

20. Así lo destacan, entre otros, M. Albaladejo, *Derecho Civil*, I, 2013, p. 535; L. Díez-Picazo, *Fundamentos*..., I, 2007, p. 512; y F.J. Sánchez Calero, *Curso*..., 2008, p. 195.

21. Vid. en este sentido, J.M. Lete del Río, *Derecho de Obligaciones*, II, 1995, p. 97; y F.J. Sánchez Calero, *Curso*..., 2008, p. 195.

pretación auténtica en sede de interpretación de las normas jurídicas[22]. Nada extraño, por lo demás, si se tiene en cuenta que dicho precepto se aplica al entendimiento de las expresiones «cosas o bienes inmuebles, o cosas o bienes muebles» cuando sean empleadas -como el propio art. 346 comienza diciendo-, bien "por disposición de la ley, o por declaración individual".

3. La interpretación auténtica como obra *común* de las partes del contrato interpretado.

Hecha la aclaración del precedente epígrafe, es preciso ahora destacar que por interpretación *auténtica* de un contrato ha de entenderse la llevada a cabo por los autores del mismo *conjuntamente*, la realizada *en común* por los propios contratantes; es decir, cuando estos, mediante una posterior declaración de voluntad, establecen y fijan el sentido que querían dar a sus anteriores declaraciones contenidas en el contrato objeto de interpretación o aclaran el valor de alguna de las cláusulas del mismo.

Si bien hay plena unanimidad en esa idea[23], añade en desarrollo de la misma la doctrina -en particular, DÍEZ PICAZO[24]- que tal tipo de interpretación puede igualmente ser realizada conjuntamente por los *representantes* de los contratantes, y que "no hay inconveniente en que puedan hacerla también los causahabientes a título universal o particular, aunque en tal caso -matiza- el carácter auténtico sólo es predicable de modo aproximado". Por otra parte -precisa dicho autor-, "no parece válido que la interpretación del contrato quede remitida, en virtud del propio contrato, a una de las partes contratantes. Tal posibilidad parece encontrarse vedada por la regla de la interdicción de la arbitrariedad contenida en el art. 1256 CC". Sí "es lícito, en cambio, que las partes remitan a un tercero o deleguen en él la interpretación de las dudas o ambigüedades de los contratos, aunque en tal caso -aclara Díez-Picazo- no puede hablarse en rigor de interpretación auténtica".

4. Dualismo doctrinal en torno a la interpretación auténtica: negocio declarativo o de fijación *vs.* negocio modificativo o novatorio.

Como punto de partida para enfrentarse al problema de la eficacia de la interpretación auténtica del contrato, es obligado poner de relieve que la teoría sobre la interpretación auténtica en la hermeneusis de la ley en absoluto puede ser extrapolada directamente al campo contractual, porque así como la ley atiende siempre al interés general -y por tanto, la interpretación efectuada por el propio legislador se traduce en una concreción o, a lo sumo, en un cambio en la valoración de ese interés general[25]-, los contratos sirven a fines particulares y también a estos se ceñirá, pues, toda interpretación auténtica realizada por las propias partes. Por otro

22. Esta es la orientación de C. Lasarte, *Curso de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 2008, p. 79.

23. Vid. por ejemplo, J.M. Lete del Río, *Derecho*..., II, 1995, p. 97.

24. Vid. L. Díez-Picazo, *Fundamentos*..., I, 2007, p. 504.

25. Precisa al respecto J.L. Lacruz, *Elementos*..., I-1º, 2002, p. 229 que "la interpretación auténtica de la ley es una nueva ley: así, en el sistema actual, las disposiciones aclaratorias o interpretativas".

lado, conviene señalar que el planteamiento del alcance que deba atribuirse a dicha clase de interpretación del contrato aflora en la doctrina desde dos posiciones o perspectivas distintas -declarativa y novatoria-, que, aunque en una lectura superficial de las mismas parecen difícilmente conciliables, en realidad no lo son tanto si se atiende a lo que verdaderamente importa.

Según una corriente de pensamiento, la interpretación del contrato hecha por las partes mediante una nueva declaración complementaria dará lugar a un nuevo negocio jurídico, perteneciente al ámbito de los llamados *negocios de fijación*, en el que desembocará la eventual discusión de los contratantes. En tal supuesto se habla, en consecuencia, de la existencia de dos negocios jurídicos: uno, el contrato interpretado; y otro, el negocio interpretativo o de fijación, que tiene una eficacia declarativa, y a través del cual las partes han procedido a eliminar o aclarar las posibles dudas o discrepancias futuras. Desde estos postulados, se considera que el deber de observancia del negocio interpretativo que incumbe a las partes que lo han celebrado implica, como efecto típicamente negocial, que aquellas se encuentren vinculadas por el sentido en que dejaron establecido que debía entenderse el contrato interpretado. Por eso, puesto que las partes estarán obligadas a dar a este contrato el sentido fijado en aquella otra nueva declaración de voluntad y no podrán separarse de la interpretación por ellas dada, de ahí que se predique la eficacia vinculante de esa interpretación auténtica; vinculación que tendrá un alcance limitado a las propias partes, y no frente a terceros[26], pues es entre aquellas

26. A modo de paréntesis, y al hilo de la eventual repercusión que la interpretación de un contrato pueda desplegar respecto de un sujeto distinto de los propios contratantes, interesa traer a colación la novedosa referencia a la protección de los terceros en sede de hermenéutica contractual que se contiene, a nivel de propuestas de Derecho contractual europeo, en los *DCFR* (*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference*) publicados en 2008 dentro del borrador eminentemente académico denominado Marco Común de Referencia (MCR). Escribe sobre el particular C. Vattier ("La interpretación del contrato, entre la intención de las partes y el criterio de una persona razonable", *Act.Civ.*, nº.14, 2010, nn. 34-35) que "llama la atención que el DCFR se ocupe de la protección de los terceros, con cierta insistencia, en materia de interpretación del contrato, cuando es evidente que se trata para ellos de una *res inter alios acta*, incluso aunque esta protección escape a la materia estrictamente obligacional que el proyecto pretende regular. Pese a ello, si la cuestión hermenéutica surge con un tercero que es completamente extraño a la relación entablada entre las partes, el contrato se ha de interpretar con arreglo al significado aparente que le atribuiría una persona razonable y de buena fe (art. II.-8:101.3.b), de la misma manera que las circunstancias subjetivas concurrentes en la formación y ejecución del contrato deben entenderse igualmente conforme al mismo significado siempre que tales circunstancias sean conocidas por el tercero o pueda esperarse razonablemente que las haya conocido (art. II.-8:102.2). Así pues, el significado aparente es el que resulta patente del documento contractual para una persona razonable y de buena fe, con lo que parece que ha debe prevalecer la interpretación literal, por encima de la intención de las partes, pero no frente al criterio de lo razonable o a las circunstancias objetivas del contrato. Nótese que aquí, en cambio, la buena fe resplandece. Esto es, debe ser así, según el Comentario, para evitar las sorpresas causadas al tercero por un significado oculto establecido por los contratantes, o ante los pactos secretos de las partes, e incluso para impedir que una parte defraude a la otra mediante el simple expediente de la cesión del contrato, lo que es especialmente importante no sólo en los instrumentos negociables o en los derechos reales inmobiliarios, sino también, como se ha señalado, en los contratos societarios, cuyas restricciones pueden afectar a futuros tenedores o acreedores, o en los innumerables ejemplos de titulización de bienes o derechos que circulan en los mercados secundarios. Todo ello es cierto, pero –concluye Vattier- es

para quienes rige la exclusión de cualquier otra interpretación y entre quienes queda vedada toda inteligencia del contrato distinta de la expresada por su propio acuerdo posterior[27].

Frente a esta visión de la labor interpretativa realizada por los propios contratantes como un negocio declarativo o de fijación, se alza otra tendencia que, si bien reconoce que las partes de un contrato son libres de dar a sus manifestaciones el significado que quieran (en tanto entre dentro de los límites de la autonomía privada), entiende que no cabe deducir de ello que los contratantes puedan, después de celebrado el contrato, atribuirle el sentido que crean conveniente por medio de la *interpretación auténtica*. Ya De Castro[28] se inclinó en esta dirección afirmando que es "cierto que las explicaciones de las partes, sobre lo que hicieran o quisieran, su misma confesión, serán medios auxiliares importantes para la interpretación del negocio, según las circunstancias. Mas las partes -precisaba- no pueden dar por no hecho lo ya realizado... Su poder llega hasta celebrar un nuevo negocio jurídico (*contrarius consensus*, desistimiento, acto dirigido al restablecimiento de la situación anterior), pero no a más". Añadía además De Castro que, obviamente, las partes "no podrán borrar lo ya hecho respecto a los terceros interesados (por ejemplo, en caso de venta, respecto a quién sea retrayente, del cesionario o tercer adquirente, de los acreedores; o en el arrendamiento, por arrendador y arrendatario respecto al nuevo dueño)".

En la misma línea se orientan en la doctrina actual quienes sostienen que es inexacto pensar que los sujetos del contrato puedan (aunque haya acuerdo entre ellos) atribuir el sentido que quieran a sus declaraciones, *dándoles uno distinto del originario*. Lo único que ocurre es que -cuando la ley no disponga otra cosa, y salvo los intereses de terceros que de algún modo queden afectados por el contrato y que hubiesen confiado en el sentido normal que la declaración inicial tenía en el tráfico jurídico-, como las partes tienen la facultad de *modificar* o novar el contrato, ese cambio que *realmente* operan en sus declaraciones anteriores puede ser calificado, si así se quiere, y en un sentido figurado, como una suerte de *interpretación auténtica del contrato originario*[29]. Desde esa perspectiva, se ha afirmado que cuando los contratantes introduzcan en su declaración contractual primitiva unas consecuencias distintas a las que derivasen de su

dudoso que se trate de una verdadera norma de hermenéutica contractual; dado que no resuelve un conflicto entre los contratantes, debería figurar tal vez entre los efectos del contrato, en concreto, entre las normas dedicadas a la simulación. Asimismo, se debe recalcar que aunque esta norma venga impuesta por la buena fe objetiva, es claro que el tercero protegido ha de ser de buena fe, pero entendida aquí en sentido subjetivo, ya que debe desconocer los acuerdos inaparentes de los contratantes y confiar en el texto contractual".

27. Esta es la opinión que mantiene L Díez-Picazo, *Fundamentos*..., I, 2007, p. 503, siguiendo en líneas generales la tesis formulada en su día por E. Betti (*Teoría general del negocio jurídico*, 2000, traducción de *Teoria generale del negozio giuridico*, 1952).

28. F. De Castro, *El negocio*..., 1985, p. 74. Expone su doctrina y la sigue J.C. Monterde, "Hermenéutica jurídica en Federico De Castro y Bravo", *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, nº.28, 2006, p. 234.

29. Vid. en este sentido, por ejemplo, M. Albaladejo, *Derecho Civil*, I, 2006, p. 773; y J.M. Lete del Río, *Derecho*..., II, 1995, p. 97.

intención común originaria, se estará ante una disposición claramente *novatoria*[30]; y también se ha dicho, en un sentido similar, que las partes contratantes, "una vez celebrado el contrato, pueden extinguirlo o modificarlo, pero no pueden impedir que haya existido ni que mientras exista tenga el contenido que inicialmente le habían dado"[31].

Expuestas las dos tesis básicas sobre la interpretación auténtica, conviene advertir que algunos reputados autores prescinden, deliberadamente, de posicionarse en una u otra. Así, afirma Jordano Barea que "cualquier acuerdo interpretativo de las partes que descartara la aplicación de las normas de los arts. 1286 a 1289 CC tendría el valor de un nuevo *negocio de fijación jurídica* o de un *contrato de transacción*"[32]. Por su parte, Carrasco Perera[33] pone de relieve *la pluralidad de calificaciones* que, según el caso, puede merecer el nuevo acuerdo interpretativo de las partes (del que lo importante es su alcance retroactivo al contrato interpretado): "Puede ser un *negocio de fijación* de los términos inciertos de un acuerdo previo. Pero puede tratarse de una *novación* en sentido estricto, o de una *transacción* que pone fin a una controversia interpretativa. Las fronteras entre unas y otras categorías -concluye- padecen una inevitable labilidad".

5. Efectos de la interpretación auténtica y carácter imperativo de las reglas legales de hermenéutica contractual.

No obstante esa diversidad de enfoques doctrinales de que se ha dado cuenta en torno a la llamada interpretación auténtica, parece claro que, por un lado, en virtud del principio de autonomía de la voluntad las partes siguen siendo dueñas de sus intereses una vez celebrado el contrato, y que, por otro lado, no están legitimadas para inmiscuirse en intereses ajenos ni, en consecuencia, pueden pretender degradar los derechos de terceros derivados de sus declaraciones originarias. Así las cosas, no existen mayores problemas en admitir que, cuando el entendimiento de lo pactado por los contratantes se suscite en vía extrajudicial, estos tienen plena libertad (dentro de los márgenes del art. 1255 CC) para determinar qué sentido le dan a sus manifestaciones, pudiendo establecer *inter partes* criterios de interpretación diversos e incluso contrastantes con los previstos legalmente[34].

30. Vid. Á. López y López, "Com. arts. 1281-1289", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* XVII-2º, dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Madrid, 1995, p. 27.

31. Vid. J.L. Lacruz, *Elementos...*, II-2º, 1977, p. 220.

32. Vid. J.B. Jordano, "Com. art. 1286", *Comentario del Código Civil*, II, 1991, p. 515.

33. Á. Carrasco, *Derecho de Contratos*, 2010, p. 423.

34. Vid. Á. López, *Comentarios...,* XVII-2º, 1995, pp. 26-27. Por su parte, L. Díez-Picazo, *Fundamentos...*, I, 2007, p. 511 pone de relieve que los contratantes son libres de proceder a la interpretación sin sujeción a las reglas de los arts. 1281 a 1289 CC, por lo que nada impide que las partes, en uso de su autonomía privada, puedan seleccionar algunos de los mencionados criterios de interpretación y excluir otros, o establecer entre ellos un orden de preferencia (por ej., acordar que para interpretar el contrato se tenga en cuenta el que anteriormente existía entre ellos). Sólo se presenta alguna dificultad -matiza dicho autor- en aquellos casos en que se trata de excluir un principio interpretativo que guarde algún entronque con los límites de la propia autonomía privada según el art. 1255 (*v.gr.* la exclusión de la regla de la buena fe).

Con todo, si se mira bien, en realidad el problema de los efectos de la interpretación auténtica del contrato se suscita propiamente y cobra especial interés cuando el conflicto hermenéutico pende *ante el juez*; supuesto en el que es preciso plantearse si el acuerdo interpretativo que hayan alcanzado los propios contratantes debe desplegar su eficacia en sede judicial y si puede contrarrestar o "desplazar" los criterios de interpretación a emplear por el juzgador. Como ya se intuye, la respuesta a estas preguntas no permite orillar una cuestión dogmática que se encuentra subyacente en la base de todo ello, cual es la del carácter -imperativo o dispositivo- de las normas legales de hermenéutica contractual.

Amén de la naturaleza normativa que en la actualidad se predica mayoritariamente de los preceptos reguladores de la interpretación de los contratos, también el común de la doctrina considera que los arts. 1281 a 1289 CC son normas *imperativas*[35], lo que implica que, para averiguar el significado y alcance de un contrato, tales reglas normativas no pueden ser desconocidas. Es en dichos artículos donde se localizan las pautas que de forma *preceptiva* ha de seguir el intérprete y, particularmente, el Juez llamado a decidir sobre el sentido de un contrato ante un determinado conflicto. Por tanto, en la medida que es la interpretación en la instancia judicial la que resulta especialmente condicionada por esos criterios legales, se impone como primera conclusión la de que los contratantes no pueden sustituir eficazmente en esa sede las reglas del Código Civil por otras fruto de su propia voluntad. Como acertadamente se ha afirmado en este sentido, *los contratantes "no pueden imponer su consenso hermenéutico* a los terceros interesados en el contrato, ni mucho menos *a la autoridad judicial que vaya a decidir el pleito*". Resulta evidente, pues, "*la imposibilidad de proporcionar al Juez reglas hermenéuticas contrarias a las establecidas por el legislador*"[36].

6. El valor de los pactos interpretativos de los contratantes a la luz de las normas *subjetivas* de interpretación del contrato.

Desde la perspectiva que acaba de apuntarse, la vinculación indefectible del juzgador a los arts. 1281 a 1289 CC reconduce en último término todo el problema de la interpretación

35. Vid. entre otros muchos, J.B. Jordano Barea, "Com. art. 1286", *Comentario del Código Civil*, II, 1991, p. 515; Á. López, *Comentarios...*, XVII-2º, 1995, pp. 26-28; L. Rojo, "Interpretación...", *EJB*, III, 1995, p. 3694; Mª. Serrano Fernández, *Estudio de Derecho Comparado sobre la interpretación de los contratos. ¿Hacia una unificación de la hermenéutica contractual?*, Valencia, 2005, pp. 84 y 92; y M. Albaladejo, *Derecho Civil*, I, 2013, p. 534. De forma matizadamente diversa, C. Vattier, "La interpretación integradora del contrato en el Código Civil" *An.der.civ.*, nº.2, 1987, pp. 520-521 señala que las reglas de interpretación subjetiva (a su juicio, solo los arts. 1281 y 1282 CC) sí son imperativas y, por tanto, indisponibles por los particulares, mientras que, en cambio, las normas de interpretación objetiva (donde dicho autor incluye los arts. 1283 a 1285) tienen naturaleza dispositiva y, en consecuencia, son disponibles y derogables por la autonomía privada, de forma que las partes podrían excluirlas de forma expresa. En cuanto a los arts. 1286 a 1289 -que Vattier adscribe a la categoría de la llamada interpretación integradora-, este autor considera que los arts. 1286 y 1287 pertenecen al Derecho dispositivo, mientras que los arts. 1288 y 1289 son de *ius cogens*, por lo que los contratantes no pueden excluir su aplicación.

36. J. Gil, "Interpretación...", II, 2000, p. 624, al que sigue textualmente Mª. Serrano, *Estudio...*, 2005, p. 84.

auténtica al análisis particular de las reglas imperativas de carácter *subjetivo* que establece el Código Civil para interpretar los contratos[37]; y es que la cuestión de lo que valen las interpretaciones de los sujetos, por un lado, y la de cuáles son las interpretaciones subjetivas que el juez debe tener en cuenta al investigar el significado de un contrato, por otro, es justamente lo que se regula en los arts. 1281 a 1283 CC[38] -donde se contienen las reglas subjetivas de la hermenéutica contractual-.

De esta manera, interesa destacar que *los acuerdos mediante los que las propias partes hayan efectuado una interpretación auténtica de su contrato* -ya se reputen de eficacia declarativa y limitada a esclarecer y fijar su voluntad inicial, ya se entienda que han alterado y modificado realmente el sentido originario de aquella- *podrán y deberán ser valorados por el juez, quien no puede prescindir de atender a los mismos en cuanto que el mandato imperativo del art. 1282 CC le ordena atenerse, principalmente, a los actos posteriores* (y coetáneos) *de los contratantes* para indagar y juzgar cuál sea su voluntad[39].

37. En el campo de los contratos se acostumbra a distinguir dos grandes categorías, métodos o tipos de interpretación, que responden a sendas teorías fundamentales sobre la misma: una, conocida como *subjetiva*, y fuertemente amparada en el principio de autonomía de la voluntad, que centra la finalidad de la interpretación en la averiguación de *la realidad de lo querido*, buscando siempre la *efectiva intención* común de los contratantes; y otra, denominada *objetiva*, que basa la interpretación en la eliminación de las dudas, ambigüedades y oscuridades de la declaración contractual mediante la atribución a la misma de un significado obtenido a través de módulos objetivos, con independencia de lo que los declarantes pudieran efectivamente querer. Estaremos, pues, en los confines de la interpretación subjetiva cuando el intérprete se sirva de cánones dirigidos a indagar y reconocer cuál haya sido *la voluntad común de los contratantes*, tratando de esclarecer lo que quisieron decir los declarantes en concomitancia con sus propios comportamientos (que también vienen a conformar la voluntad contractual). La interpretación mostrará, en cambio, su cara *objetiva* cuando se acuda a patrones que no contengan criterios para descubrir cuál haya sido la intención concreta de las partes y que, por tanto, con independencia, en su caso, de la voluntad interna de los declarantes, tiendan a averiguar *lo que significa su declaración según la opinión común del tráfico*, ocupándose de resolver los problemas derivados de la falta de univocidad, de la ambigüedad en general o de las dudas que suscita el entendimiento de determinadas cláusulas o palabras.

38. El art. 1281 del Código Civil español, tras disponer en su párrafo 1 que "*Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas*", añade en el párrafo 2 que "*Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas*". Seguidamente establece el art. 1282 que "*Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato*". Y a tenor del art. 1283 CC, "*Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar*".

39. Tan patente es la orientación *subjetiva* que informa el art. 1282 CC que autorizados especialistas en la materia, tanto de nuestra doctrina clásica (F. De Castro, *El negocio*..., 1985, p. 83) como actual (C. Vattier, "La interpretación...", 1987, p. 519, n. 111; C. Díaz-Regañón, "Com. art. 1282", en *Comentarios*..., 2013, p. 1753; y especialmente Á. López, *Comentarios*..., 1995, pp. 32-33 y 36) han hilvanado el contenido del art. 1282 con el del 1281.2 (a tenor del cual "*si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas*") hasta el punto de concluir que ambos preceptos constituyen, en realidad, *una sola norma* en la que se plasma el principio de búsqueda de la voluntad real de las partes en nuestro Código Civil. También en la jurisprudencia se hacen eco del perfil indudablemente *subjetivo* del art. 1282 las muchas sentencias en que puede leerse que "la regla que contiene el art. 1282 CC, a fin de averiguar la intención de los contratantes, opera como complemento de la que establece el artículo 1281, en su párrafo segundo". Vid. entre otras, las SSTS 11 febrero 2009 (*Tol 1.448.807*), 21 abril 2009 (*Tol 1.514.767*), 15 junio 2009 (*Tol 1.560.760*), 25 noviembre 2009 (*Tol 1.748.176*), 23 marzo 2010 (*Tol*

En suma, como ya algún autor[40] ha señalado percatándose atinadamente de esa correlación entre la llamada interpretación auténtica y la regla hermenéutica subjetiva del citado artículo 1282, los eventuales convenios interpretativos de los contratantes -aparte de vincularles a ellos- no están privados, en caso de contienda ante el juez, de cualquier influencia en el sentido de la decisión judicial, sino que, bien al contrario, pueden surtir algún efecto en la misma, ya que *aquel nuevo pacto* "*deberá ser tenido en cuenta como conducta o acto posterior al contrato para juzgar de la intención de los contratantes*, *por imperativo del art. 1282*"; intención contractual real que, cuando se tenga por evidente, ha de prevalecer sobre las palabras, tal como dispone el art. 1281.2 CC.

7. La interpretación auténtica del contrato como acto posterior de los contratantes en el marco del artículo 1282 del Código Civil español: referencia particular a los actos de cumplimiento o ejecución del contrato.

Tal como se ha anticipado, el art. 1282 del Código Civil español establece que "*Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato*". Aunque escapa de los confines del presente trabajo llevar a cabo una exégesis detenida de dicho precepto[41], a la luz del mismo ha de aceptarse sin ningún género de dudas que "el «*acto posterior*» de las partes cabe que sea precisamente pactar la *interpretación auténtica* de los términos de un contrato anterior, cuyo sentido era incierto o disputado"[42]. Así, pues, según deja entrever en la jurisprudencia la STS 11 febrero 1998 (RJ 1998/753) o, como afirma la más autorizada doctrina[43] refiriéndose al acuerdo por los propios contratantes de reglas particulares y específicas de interpretación de su previo compromiso, en virtud de la prevalencia del principio espiritualista es de presumir que, en última instancia, de tal modo las partes contribuirán al establecimiento de lo verdaderamente querido por ellas, y, en todo caso, *tal acuerdo entraría dentro de los "actos" posteriores de los contratantes a que se refiere el art. 1282* CC para juzgar de la efectiva intención común de estos.

Ahora bien, además de la sujeción al imperio del art. 1282 de la interpretación auténtica llevada a cabo por medio de un ulterior negocio o acuerdo *expreso* entre las partes, interesa ahora detenernos en que también tiene pleno encaje dentro de dicho precepto lo que se ha dado en llamar "*conducta interpretativa*" (RDGRN 28 enero 2009[44]) o "*comportamiento interpretativo" de los contratantes* (STS 8 noviembre 2011[45]); conducta que, a menudo, es calificada asimis-

1.819.321), 5 mayo 2010 (*Tol 1.856.160*), 27 octubre 2010 (*Tol 1.979.901*) y 30 septiembre 2011 (*Tol 2.259.032*).

40. J. Gil, "Interpretación...", II, 2000, pp. 624 y 630. Le sigue Mª. Serrano, *Estudio...*, 2005, p. 84.

41. Para ello me permito remitir a lo que ya he escrito en anteriores ocasiones: vid. P. Gutiérrez Santiago, "La conducta de las partes como canon hermenéutico del contrato", en *Racionalidad, argumentación y decisión judicial*, Madrid, 2012, pp. 51-60; e "Interpretación e integración del contrato", en *Tratado de contratos*, dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, I, Valencia, 2013, pp. 976-986.

42. Así lo señala expresamente Á. Carrasco, *Derecho de Contratos*, 2010, p. 423.

43. Vid. Á. López, *Comentarios...,* XVII-2º, 1995, p. 27.

44. *Tol 1.466.192.*

45. *Tol 2.299.555***.** Vid. igualmente las SSTS 18 octubre 2010 (*Tol 1.981.926*), 23 marzo 2011 (*Tol 2.081.622*)

mo como un supuesto de interpretación auténtica (o cuyo valor hermenéutico -entienden más matizadamente otros autores- "se aproxima a una interpretación auténtica"[46]). No extraña, pues, que se haya afirmado en tal sentido[47] que "*también se considera como interpretación auténtica la realizada por los propios contratantes sin declaración formal, a través de su comportamiento en orden a la ejecución o cumplimiento del contrato* (en realidad, actos posteriores del art. 1282 CC)"[48].

En efecto, si nos centramos en el valor interpretativo del comportamiento seguido por las partes *con posterioridad* al contrato, no cabe duda de que el conjunto de actos realizados por estas en *ejecución* de lo pactado -y en especial, los actos de cumplimiento previos al planteamiento de la discordia- pueden ser de gran ayuda para fijar el alcance que los propios contratantes querían dar a su compromiso. En este sentido, destaca la STS 28 abril 2006[49] que "entre los actos posteriores de los contratantes, conforme establece el art. 1282 CC, *cobran singular relevancia los actos de ejecución del contrato*"; y también la STS 9 octubre 2007[50] ha señalado que el art. 1282 "es una regla de interpretación de los contratos por medio de los actos de las partes realizados *durante la fase del cumplimiento* de los mismos o lo que se ha venido en denominar «*cumplimiento interpretativo*»". Igualmente la STS 2 mayo 2011[51] reconduce el contenido del art. 1282 CC a "los *comportamientos interpretativos* o reglas de interpretación de los contratos por medio de *los actos de las partes realizados durante la fase de cumplimiento*". Y en la misma línea se pronuncia la citada RDGRN de 28 enero 2009[52] cuando se refiere al "conocido como «criterio de la conducta interpretativa», acogido por

y 3 mayo 2011 (*Tol 2.124.186*).

46. Esta es la opinión que expresa L. Díez-Picazo, *Fundamentos*..., I, 2007, p. 505 cuando escribe que el comportamiento de las partes "puede considerarse que se trata de un negocio interpretativo realizado a través de declaraciones de voluntad tácitas, aunque es cierto -puntualiza- que su valor interpretativo es independiente de la voluntad que manifiesten, pues se trata más de valorar el sentido objetivo de tales actos". Desde esta perspectiva -se pregunta-, "si el comportamiento interpretativo requiere que los actos tomados en consideración sean comunes, ¿quiere ello decir que carecen de relevancia a fines hermenéuticos los actos realizados unilateralmente por una sola de las partes, si no han recibido el asenso o la aquiescencia de la otra? No es posible atribuirles el valor de una *interpretación auténtica per facta concludentia*, pero no por ello carecen de eficacia, ya que no puede excluirse la vinculación de quien de ese modo expresó su propia interpretación, pues parece que sostener después una interpretación distinta sería contrario a la regla que impide *venire contra factum propium*". Vid. en la misma línea en la jurisprudencia, la STS 14 mayo 2008 (*Tol 1320862*).

47. Vid. J.M. Lete del Río, *Derecho*..., II, 1995, p. 97, quien puntualiza que esa suerte de interpretación auténtica tácita exige que "los actos fueren comunes a ambas partes o que, si hubiesen sido llevados a cabo por una sola, la otra los haya aceptado".

48. Cfr. la STS 30 noviembre 1987 (RJ 1987/8706), según la cual "la actora había fijado de manera clara y precisa... los servicios que había de prestar a las demandadas a virtud de lo convenido con las mismas", y, por consiguiente, "no cabe hacer otra interpretación que la *auténtica* que se deriva de lo que la repetida parte actora expresó, al haber sido aceptada tal interpretación por las entidades demandadas". Vid. también las SSTS 24 noviembre 2005 (*Tol 781284*) y 24 noviembre 2014 (RJ 2014\6815).

49. *Tol 948875*.

50. *Tol 1156473*. Vid. en sentido similar la STS 22 marzo 2013 (RJ 2013/2928).

51. *Tol 2.125.806*.

52. *Tol 1.466.192*.

el artículo 1282 CC, cuyo cometido consiste en concretar la voluntad negocial *a través de los actos de ejecución* del negocio"[53].

A fin de justificar la importancia que presenta a efectos hermenéuticos la valoración del sentido de tales actos de cumplimiento, la doctrina suele aducir "lo que podría llamarse un principio de coherencia y de continuidad de la voluntad contractual en la fase de formación del contrato y en la fase de ejecución del mismo" (Díez-Picazo[54]). Ello exige realzar la idea de que la voluntad real de los contratantes que el intérprete debe averiguar ha de ser, no la individual de cada uno de ellos, sino la *común* de ambos[55]; y

53. Vid. también la STS 24 noviembre 2005 (*Tol 781284*). Asimismo la STS 27 junio 2011 (*Tol 2.170.134*), a fin de confirmar la debida aplicación del art. 1282 CC efectuada por la Audiencia Provincial, declara en relación con los actos de las partes previstos por dicho precepto que "*entre los comportamientos elocuentes tienen especial significación los actos de cumplimiento del contrato*, de los que la sentencia recurrida destaca el siguiente: probado que Fiesta Hotels & Resorts, SL había previsto destinar a campo de golf sus terrenos colindantes con la futura vía de acceso al aeropuerto de Ibiza, tenía una particular significación el que la tierra depositada en ellos por Unión Temporal de Empresas Acceso Ibiza, no se hubiera amontonado de modo que permitiera su próxima retirada por la depositante, sino que se hubiera repartido para que la superficie de la finca fuera apta para el juego de golf, todo ello de conformidad con el proyecto elaborado por la propietaria, que obraba en poder de la demandada para posibilitar una distribución adecuada. *La elocuencia de ese comportamiento* -concluye el TS- parece evidente y determina el fracaso del motivo, fundado en la supuesta infracción del artículo 1282 del Código Civil".

54. L. Díez-Picazo, *Fundamentos*..., 2007, p. 504.

55. En efecto, la voluntad real que el intérprete ha de buscar es, ante todo, la voluntad *común* de ambas partes y no tanto la voluntad individual o las motivaciones e intenciones de cada una de ellas por separado. En cuanto que el contrato es el producto de un consentimiento recíproco -lo cual implica que las declaraciones de voluntad de las partes tienen que concordar-, el Código Civil (cuyos arts. 1281, 1282 y 1283 CC hablan de los "contratantes" o "interesados", *en plural*) parte de la base de que lo que debe investigarse a través de la interpretación es la intención común que tuvieron los dos contratantes, y no lo que quiso uno de ellos: "no son los móviles de cada una de las partes lo que ha de entrar en juego, sino solamente su voluntad común de producir determinados efectos jurídicos", por lo que, en última instancia, habrá que averiguar "si un determinado efecto jurídico ha sido o no querido por ambas" (A. De Cossío, *Instituciones de Derecho Civil*, I, Madrid, 1988, p. 421). Amén de ser esta la opinión unánime en la doctrina (vid. entre muchos otros, J. Gil, "Interpretación...", II, 2000, p. 630; S. Espiau, "Interpretación...", en *Bases*..., 2003, p. 217; Mª. Serrano, *Estudio*..., 2005, p. 22; L. Díez-Picazo, *Fundamentos*..., 2007, p. 498; L.F. Ragel Sánchez, "Principios y criterios legales de la interpretación del contrato", en *Aranzadi Civil,* nº.21, 2010, p. 23; Á. Carrasco, *Derecho de Contratos*, 2010, pp. 399-400 y 418-420; J.L. Lacruz, *Elementos*..., II-1ª, 2011, p. 495), también la jurisprudencia se ha encargado de subrayar que "la interpretación admisible es la que atiende a *la común intención de los contratantes*,... basada en la *voluntad bilateral de ambos* [o plurilateral, en su caso], quedando por tanto excluida la mera voluntad interna de cualquiera de ellos" (SSTS 8 marzo 1995 [*Tol 211111*] y 14 marzo 2006 [*Tol 866062*]). Este mismo pronunciamiento reproduce, por ejemplo, la STS 25 junio 1985 (RJ 1985/3314), donde se precisa que "para averiguar la intención de los contratantes no puede atenderse a lo que cada uno entendió o pensó al contratar". Y asimismo subrayan que la intención contractual que el intérprete ha de desvelar es la *común* de ambos contratantes, por ejemplo y entre muchísimas otras, las SSTS 24 febrero 2017 (RJ 2017\660), 7 octubre 2016 (RJ 2016/4638), 5 julio 2016 (RJ 2016/3197), 25 abril 2016 (RJ 2016\1836), 30 marzo 2016 (RJ 2016/1152), 11 junio 2015 (RJ 2015\2048), 19 mayo 2015 (RJ 2015\2443), 17 febrero 2015 (RJ 2015/3625), 20 febrero 2014 (RJ 2014/1379), 20 diciembre 2012 (RJ 2013/1253), 27 septiembre 2012 (RJ 2012/9707), 19 julio 2012 (RJ 2012/10101), 8 mayo 2012 (RJ 2012/6117), 4 abril 2012 (RJ 2012/5736) y la de 8 mayo 2009 (*Tol 1.956.567*) que, amén de referirse a "la voluntad *común* de las partes contratantes", alude

de ahí que sea indudable el valor que como medio hermenéutico poseen aquellos actos posteriores que asimismo sean comunes a ambas partes (STS 21 septiembre 2016 [RJ 2016\5121])[56]. Ahora bien, ello no es óbice para que también los actos unilaterales de cualquiera de las partes (y en concreto, los actos singulares realizados por una sola de ellas en ejecución del propio contrato), aunque por sí mismos no deban considerarse directamente reveladores de una voluntad común ni vinculantes para la otra parte, puedan servir al intérprete en la búsqueda de aquella intención común[57] -si bien van

con énfasis a la "intención de *todas las partes* del negocio, *todas ellas*". Bastante ilustrativa en tal sentido es la STS 17 mayo 1997 (*Tol 215712*) donde se destaca, al interpretar un contrato de permuta, "que las declaraciones contenidas en un contrato (negocio jurídico bilateral) no son unilaterales,... de forma que la «creencia» de una parte no puede fundamentar una determinada resolución judicial que le sea favorable". Igualmente conviene subrayar que de "intención *común* de las partes" habla expresamente el art. 1278.1 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de 2009 (*Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, LXIII, enero 2009, p. 56): tras disponer dicho párr. I que "*los contratos se interpretarán según la intención común de las partes*", añade el art. 1278.2 que "si uno de los contratantes hubiere entendido el contrato o alguna de sus partes en un determinado sentido que el otro, en el momento de su conclusión, no podía ignorar, el contrato se entenderá en el sentido que le dio aquel". A nivel internacional, también los Principios UNIDROIT resaltan que la interpretación se orienta hacia la intención *común* de las partes (art. 4.1), y no a la de cada una de ellas.

56. De hecho, la STS 9 octubre 2007 (*Tol 1156473*) restringe el canon hermenéutico del art. 1282 CC a los "*actos comunes de las partes* como expresión de una voluntad concreta"; y haciéndose eco de la misma, también la STS 2 mayo 2011 (*Tol 2.125.806*) declara que "*el recurrente confunde* los comportamientos interpretativos… regulados en el artículo 1282 del Código Civil y que «*consisten en actos comunes de las partes* como expresión de una voluntad concreta»*, con los actos unilaterales de las partes* que no interpretan el contenido de lo pactado, sino que exteriorizan su voluntad individual".

57. Puntualiza a este respecto J. Gil ("Interpretación...", II, 2000, p. 630) que es preciso que "la parte contra quien se esgrime la conducta [unilateral de la otra] haya podido tener el oportuno conocimiento, a juicio de un observador imparcial [SSTS 31 diciembre 1992 (*Tol 179243*), 9 junio 1994 (*Tol 206492*), 8 marzo 1995 (*Tol 211111*) y 17 mayo 1997 (*Tol 215712*)]". Refiriéndose a la conducta de las partes en el seno de los Principios UNIDROIT y de los Principios Lando, también señala J. Marco que "sus actos de ejecución del acuerdo -sean bilaterales o bien unilaterales pero aceptados o asentidos por la otra parte-, sean o no conformes con los términos inicialmente pactados, se consideran la mejor manifestación de lo realmente querido por ellos" (vid. J. Marco Molina, "Las nuevas tendencias legislativas en materia de perfección e interpretación del contrato: la aproximación entre el *civil* y el *common law* en las «nuevas leyes» o codificaciones internacionales del contrato", en *Estudios Jurídicos en memoria del Prof. J.M. Lete del Río*, Cizur Menor, 2009, p. 594, n.16). Por su parte, L. Díez-Picazo (*Fundamentos*..., 2007, pp. 504-505) recuerda la línea doctrinal que condiciona la relevancia interpretativa de los actos ejecutados por una sola de las partes a que el acto en cuestión haya contado con la aceptación o aquiescencia de la otra parte (Mosco). El acto unilateral realizado en ejecución del contrato -afirma dicho autor- "no expresa más que la actitud de una de las partes sobre el sentido que ella atribuye al contrato", pero -matiza al respecto- no por ello carece de eficacia ya que "no puede excluirse la vinculación de quien de ese modo expresó su propia interpretación, pues parece que sostener después una interpretación distinta sería contrario a la regla que impide *venire contra factum propium*". Ampliamente al respecto, vid. del mismo autor *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963. También en este sentido, M.J. Godreau ("Lealtad y buena fe contractual", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº.609, 1992, p. 312) conecta la doctrina de los actos propios con el imperativo hermenéutico de atender a los actos de los contratantes para juzgar de su intención. A nivel jurisprudencial, vid. al respecto, por ejemplo las SSTS 16 septiembre 2004 (*Tol 495624*), 1 marzo 2011 (*Tol 2.092.292*) y 24 noviembre 2014 (RJ 2014\6815), mientras que, en cambio, las SSTS 27 diciembre 2006 (*Tol 1040224*), 18

a situarse extramuros de la llamada interpretación auténtica (obra común de ambas partes, como ya se dijo)-.

Entre otras muchas muestras de la utilidad práctica de la conducta posterior de los contratantes como criterio interpretativo[58], cabe recordar la jurisprudencia que ha afirmado, con carácter general, que el contenido de los actos propios posteriores de las partes forma parte de la obligatoriedad contractual (STS 31 octubre 1992[59]); o, más en particular respecto a actos de ejecución del contrato con significado negocial[60], que si el lugar o el tiempo del pago de una deuda aparecen oscuramente determinados en el contrato, *los pagos efectivamente realizados por el deudor y aceptados por el acreedor* son un claro indicio del sentido del contrato sobre ese punto: como en concreto declaró la añeja STS 20 marzo 1926, la práctica durante muchos años de no pagar la renta de un arrendamiento hasta que el arrendador no presentaba los recibos revelaba la intención de las partes de no tener por vencida la deuda hasta ese momento.

febrero 2009 (*Tol 1.452.537*), 19 mayo 2015 (RJ 2015\2443) y la de 2 mayo 2011 (*Tol 2.125.806*) -que utiliza la gráfica fórmula de "*actos propios vs. comportamientos interpretativos*"- separan, en los concretos asuntos litigiosos, el tema de los "actos propios" y el canon interpretativo del art. 1282 CC; y la STS 23 enero 2008 (*Tol 1245341*) afirma tajantemente que la doctrina de los actos propios no guarda relación alguna con el art. 1282 CC. Por su parte Á. Carrasco (*Derecho de Contratos*, 2010, pp. 422-423), al hilo del estudio del art. 1282, señala que la conducta de las partes puede desempeñar, además de la función interpretativa del contrato prevista en dicho precepto, otras funciones distintas; y así, por ejemplo, "puede tener un valor constitutivo, y no simplemente interpretativo, si se trata de actos u omisiones posteriores a la perfección del contrato, y el intérprete prefiere *inferir* de ellos un deber de conducta conforme a los propios actos, en lugar de tomar el más comprometido partido de buscar cuál fue la voluntad contractual pasada *a partir* de los datos que suministran estos actos concluyentes posteriores".

58. Especial importancia otorga J. Santos Briz ("La fuerza vinculante del contrato. Especial consideración en los contratos fácticos", *Rev. der. priv.*, 1993, pp. 654-655) a los actos posteriores de las partes a fin de valorar *el silencio* como posible expresión de una determinada voluntad contractual: no obstante la abstención de un contratante, cabe que este realice en su esfera particular "actos que ayuden a interpretar su abstención frente a la contraparte como aceptación. Estos actos -destaca dicho autor- son de tener en cuenta a tenor del art. 1282 CC, para juzgar la intención del contratante; por ejemplo, si el destinatario de la oferta realiza actos de ejecución del contrato". También otros muchos autores se refieren a la gran importancia de las actuaciones (tanto posteriores como anteriores) de las partes como medio para interpretar el silencio en cuanto eventual declaración tácita de voluntad contractual. Así, J.L. J.L. Lacruz (*Elementos*..., II-1º, 2011, p. 391), M. Albaladejo (*Derecho Civil I*, 2013, p. 532), o L. Díez-Picazo (*Fundamentos*..., 2007, p. 179), quien señala al respecto que ha de estarse a las circunstancias del caso "valorando de manera muy especial si existen o no entre las partes anteriores y continuadas relaciones de negocios; cuáles eran entre los contratantes sus usos particulares respecto del modo de valoración del silencio y cuáles son, dentro del mismo marco, los usos generales del tráfico en el ramo de negocios de que se trate". En la misma línea, Mª.C. Gete-Alonso (*Manual de Derecho Civil*, II, Madrid-Barcelona, 2000, p. 532) pone de relieve que para determinar el sentido y alcance que jurídicamente haya querido darse al silencio "ha de acudirse a la interpretación del contrato en su conjunto"; "en particular -precisa dicha autora-, de la manera en que se han comportado las partes a lo largo de sus relaciones o del tipo de contrato y circunstancias que lo acompañan (art. 1282 CC), de los usos negociales (art. 1258 CC) y del principio de buena fe (arts. 7.1 y 1258 CC), podrá seguirse cuál sea su valor".

59. *Tol 179179*.

60. Otros supuestos de actos de ejecución del contrato con valor interpretativo de lo convenido pueden verse en las SSTS 7 octubre 2002 (*Tol 225440*), 30 noviembre 2004 (*Tol 520289*), 18 octubre 2010 (*Tol 1.981.926*) y 16 abril 2015 (RJ 2015/2043).

A título puramente ejemplificativo de las posibles aplicaciones hermenéuticas de los actos posteriores de las partes *ex* art. 1282 CC[61], puede hacerse mención de la STS 16 junio 2005[62] que, a fin de interpretar un contrato de suministro de energía de baja tensión a una urbanización, tomó en consideración "*el posterior cruce de comunicaciones entre los contratantes*" para estimar que, *en virtud del contenido de esas cartas*, aparecía "meridianamente clara la intención de pactar la obligación de la demandada de realizar las obras necesarias para el transporte de la energía hasta cada una de dichas parcelas". Y asimismo es digna de ser citada la STS 8 julio 1996[63] en la que, "teniendo en cuenta que durante los cinco años posteriores a la celebración del contrato de arrendamientos urbanos litigioso las partes vinieron realizando las sucesivas revisiones o actualizaciones anuales de la renta tomando siempre como base la renta inicialmente pactada (renta contractual) y no la totalidad de la renta resultante de la revisión efectuada en el año inmediatamente anterior", el TS llegó a la conclusión de que esa fue la verdadera voluntad de los contratantes al pactar la cláusula denominada "Revisión" en el arrendamiento celebrado entre ellos[64].

Bibliografía

Albaladejo García, M. (2013). *Derecho Civil I*, Introducción y Parte General, 19ª ed., revisada y puesta al día por S. Díaz Alabart, Madrid: Edisofer (y 17ª ed., 2006).

Almagro Nosete, J. (2000). "Comentario al art. 1281", en *Comentario del Código Civil*, Tomo 6, coordinado por I. Sierra Gil de la Cuesta, Barcelona: Bosch.

Betti, E. (2000). *Teoría general del negocio jurídico*, traducción (de *Teoria Generale del negozio giuridico*, 1952) y concordancias por A. Martín Pérez, Granada: Comares.

Carrasco Perera, Á. (2010). *Derecho de Contratos*, Cizur Menor: Thomson-Reuters. Aranzadi.

Castán Tobeñas, J. (1992). *Derecho civil español, común y foral*, T.III (Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general), 16ª edición revisada y puesta al día por G. García Cantero, Madrid: Reus.

Danz, E. (1955). *La interpretación de los negocios jurídicos*, traducción española de W. Roces, 3ª ed., adaptada al Derecho español y con notas de F. Bonet Ramón, Madrid (y Editorial Analecta, 2006).

De Castro y Bravo, F. (1985). *El negocio jurídico*, 1971, reimpresión 1985, Madrid: Civitas.

De Cossío y Corral, A. (1988). *Instituciones de Derecho Civil*, T. I (Parte General. Obligaciones y Contratos), revisado y puesto al día por De Cossío y Martínez, M. y León Alonso, J., Madrid: Civitas.

61. También acuden a los actos posteriores de las partes como criterio hermenéutico, entre otras, las SSTS 8 septiembre 2003 (*Tol 308001*), 10 marzo 2004 (*Tol 360016*), 16 septiembre 2004 (*Tol 495624*), 23 diciembre 2004 (*Tol 544118*), 30 noviembre 2004 (*Tol 520283*), 14 marzo 2006 (*Tol 866062*), 13 junio 2006 (*Tol 961824*) y 30 marzo 2016 (RJ 2016\1540); y en la llamada jurisprudencia menor, la SAP Madrid de 13 marzo 2017 (JUR 2017\115779), entre las más recientes.

62. *Tol 667490*.

63. *Tol 217456*.

64. Como con acierto ha dicho Á. Carrasco (*Derecho de Contratos,* 2010, p. 422) sobre la regla del art. 1282 CC, "su sentido alcanza la máxima expresión cuando el contrato en cuestión es contrato de duración y tracto continuado en el que las partes reproducen una y otra vez actos o conductas de cumplimiento".

De los Mozos y De los Mozos, J.L. (2005). "Las reglas de interpretación de los contratos en un intento de codificación europea", en *Estudios sobre Derecho de Contratos, Integración europea y Codificación*, Madrid: Centro de Estudios Registrales.

Díaz-Regañón García-Alcalá, C. (2013). "Comentario a los arts. 1281 y 1282", en *Comentarios al Código Civil*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, R., 4ª ed., Pamplona: Aranzadi.

Díez-Picazo y Ponce de León, L. (1963). *La doctrina de los propios actos*, Barcelona: Bosch.

- (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. 1º (Introducción. Teoría del contrato), 6ª ed., Cizur Menor: Thomson-Civitas.

Díez-Picazo, L., Roca Trías, E. y Morales Moreno, A.M. (2002). *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, Madrid: Civitas.

Espiau Espiau, S. (2003). "Interpretación del contrato y bases del derecho contractual europeo", en S. Espiau Espiau y A. Vaquer Aloy (editores), *Bases de un Derecho Contractual Europeo. Bases of a European Contract Law*, Valencia: Tirant lo Blanch.

García Amigo, M. (1997). *Derecho Civil de España*, I. Parte General, Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.

García Vicente, J.R. (2013). "Comentario a los arts. 1281 a 1289", en *Comentarios al Código Civil*, T.VII, dir. por Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Valencia: Tirant lo Blanch.

Gete-Alonso y Calera, Mª.C. (2000). "La autonomía privada" y "El contrato", en *Manual de Derecho Civil*, II (Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato), 3ª ed., Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

Gil Rodríguez, J. (2000). "Interpretación y modificación del contrato", en *Manual de Derecho Civil*, II (Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato), 3ª ed., Madrid-Barcelona: Marcial Pons (y 2ª ed., 1998).

Godreau, M.J. (1992). "Lealtad y buena fe contractual", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 609, marzo-abril.

Gutiérrez Santiago, P. (2012). "La conducta de las partes como canon hermenéutico del contrato", en *Racionalidad, argumentación y decisión judicial*, Bubok.

- (2013). "Interpretación e integración del contrato", en *Tratado de contratos*, dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, T.I, 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.

Jordano Barea, J.B. (1993). "Comentario a los arts. 1281-1289", en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª ed., Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones (y 1ª ed., 1991).

Lacruz Berdejo, J.L. (1977). *Elementos de Derecho Civil*, II (Derecho de Obligaciones), Vol. 2º (Contrato y negocio jurídico *inter vivos*), con la colaboración de A. Luna Serrano y J. Delgado Echevarría, Barcelona: Bosch.

Lacruz Berdejo, J.L., Sancho Rebullida, F. de A., Luna Serrano, A., Delgado Echevarría, J., rivero Hernández, F. y Rams Albesa, J. (2002). *Elementos de Derecho Civil*, I (Parte General), Vol. 1º (Introducción), 3ª ed. revisada y puesta al día por J. Delgado Echevarría, Madrid: Dykinson.

- (2005). *Elementos de Derecho Civil*, I (Parte General), Vol. 3º (Derecho subjetivo. Negocio jurídico), 3ª ed. revisada y puesta al día por J. Delgado Echevarría, (también edición de 2000), Madrid: Dykinson.

- (2011). *Elementos de Derecho Civil*, II (Derecho de Obligaciones), Vol. 1º (Parte General. Teoría general del contrato), 5ª ed. revisada y puesta al día por F. Rivero Hernández, Madrid: Dykinson (y edición de 2003).

LANDO, O. (2000). "El Derecho contractual europeo en el tercer milenio", en *Derecho de los Negocios* [*DN*], nº.116.

Lasarte Álvarez, C. (2008). *Curso de Derecho Civil Patrimonial. Introducción al Derecho*, Tecnos, Madrid, 14ª ed.

- (2011). *Principios de Derecho Civil III. Contratos*, 14ª ed., Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

Lete del Río, J.M. (1995). *Derecho de Obligaciones*, Vol. II, 2ª ed., Madrid: Tecnos.

López y López, Á. (1995). "Comentario a los artículos 1281 a 1289", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por Albaladejo, M./Díaz Alabart, S., T. XVII, Vol. 2º, 2ª ed., Madrid: Edersa.

- (2011). "Comentario a los artículos 1281 a 1289", en *Código Civil comentado*, dir. por Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J. y Valpuesta Fernández, R., Vol. III, Cizur Menor: Thomson Reuters – Civitas.

Marco Molina, J. (2009). "Las nuevas tendencias legislativas en materia de perfección e interpretación del contrato: la aproximación entre el *civil* y el *common law* en las «nuevas leyes» o codificaciones internacionales del contrato", en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor José Manuel Lete del Río*, coord. por Mª. P. García Rubio, Cizur Menor: Thomson-Civitas.

Monterde García, J.C. (2006). "Hermenéutica jurídica en Federico De Castro y Bravo", en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, nº.28.

Parra Lucán, Mª.Á. (2003). "Interpretación del contrato", en *Derecho Privado Europeo*, coord. por S. CÁMARA LAFUENTE, Madrid: Colex.

Parra Lucán, Mª.Á. y López Azcona, A. (2005). "La interpretación del contrato en el Proyecto de Pavía", en *Anotaciones españolas al Proyecto de Pavía*, coord. por G. GARCÍA CANTERO, Zaragoza: El Justicia de Aragón.

Ragel Sánchez, L.F. (2010). "Principios y criterios legales de la interpretación del contrato" en *Aranzadi Civil,* nº.21.

Rojo Ajuria, L. (1995). Voz "Interpretación de los contratos (Derecho civil)", en *Enciclopedia Jurídica Básica* [*EJB*], Vol. III, dir. por Montoya Melgar, A., Madrid: Civitas.

Sánchez Calero, F.J. (2008). *Curso de Derecho Civil II (Derecho de Obligaciones, Contratos y Responsabilidad civil por hechos ilícitos)*, 5ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.

Santos Briz, J. (1993). "La fuerza vinculante del contrato. Especial consideración en los contratos fácticos. Derecho español y de la Comunidad Europea", en *Revista de Derecho Privado* [*Rev.der.priv.*], julio-agosto.

Serrano Fernández, Mª. (2005). *Estudio de Derecho Comparado sobre la interpretación de los contratos. ¿Hacia una unificación de la hermenéutica contractual?*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Traviesas, M. (1925). "Los negocios jurídicos y su interpretación", en *Revista de Derecho Privado* [*Rev.der.priv.*].

Vattier Fuenzalida, C. (1987). "La interpretación integradora del contrato en el Código Civil", en *Anuario de Derecho Civil* [*An.der.civ.*], nº.2, abril-junio.

- (2003). "La interpretación del contrato", en *Código Europeo de Contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía). Comentario en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, dir. por C. VATTIER, J.J. DE LA CUESTA y J.Mª. CABALLERO LOZANO, T. I, Madrid: Dykinson.

- (2008). "El Derecho europeo de contratos y el anteproyecto de Pavía", en *Anuario de Derecho Civil* [*An. der.civ.*], T. LXI, fasc. IV.

- (2010). "La interpretación del contrato, entre la intención de las partes y el criterio de una persona razonable", en *Actualidad Civil* [*Act.Civ.*], nº.14, julio.

Verdera Izquierdo, B. (2003). "La interpretación de los contratos a partir de los Principios Contractuales Europeos", en Espiau Espiau, S. y Vaquer Aloy, A. (editores), *Bases de un Derecho Contractual Europeo. Bases of a European Contract Law*, Tirant lo Blanch: Valencia.

PERSONALITÀ E DIGNITÀ NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE*

Nicolò Lipari
Prof. emerito Università di Roma "La Sapienza"

Sommario: 1. La giurisprudenza costituzionale quale paradigma del nuovo modo d'essere del diritto nell'esperienza contemporanea. Il bilanciamento fra principî quale indice di emersione del processo di giurisdizionalizzazione del diritto. – 2. Il particolare significato in questo processo del richiamo al valore della dignità umana. La non definibilità della dignità e il suo sottrarsi ad ogni possibilità di bilanciamento. Il peculiare significato di una riflessione sulla giurisprudenza della Corte costituzionale nell'ottica della dignità. – 3. Dignità e riferimenti normativi. La dignità quale criterio di raccordo tra l'ordinamento e il tessuto di valori che ne costituiscono il fondamento. – 4. Le difficoltà di uno scrutinio della giurisprudenza della Corte in tema di dignità. Il raccordo con l'art. 2 e l'art. 3 cost. Dignità sociale: l'indice della relazionalità. Dignità e interessi economici. – 5. La dignità quale momento significativo dei processi di costituzionalizzazione e di giurisdizionalizzazione del diritto. Il superamento, almeno nell'ottica della dignità, dell'alternativa tra testi e valori.

1. La giurisprudenza costituzionale quale paradigma del nuovo modo d'essere del diritto nell'esperienza contemporanea. Il bilanciamento fra principî quale indice di emersione del processo di giurisdizionalizzazione del diritto.

Riflettere sull'incidenza della giurisprudenza costituzionale nello svolgimento del diritto civile significa porre l'accento su quello che mi è parso altra volta di poter designare come il punto cruciale dell'esperienza giuridica del nostro tempo: il passaggio dal paradigma di uno *jus positum* a quello di uno *jus* costantemente *in fieri*[1]. La costituzionalizzazione del diritto[2] rompe lo schema di un diritto che scende, attraverso i meccanismi di

*. Questo scritto è destinato agli "Studi in onore di Giovanni Furgiuele".

1. Per questa tematica di fondo mi permetto di rinviare a N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017. La giurisprudenza della Corte può essere oggi assunta a fondamentale criterio di indirizzo per quel "ritorno al diritto" da molti auspicato nel segno del superamento di un ormai consunto formalismo legislativo (cfr. P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Bari, 2015): una presa d'atto di quello che è stato definito "un mutamento nella complessità" (così U. Breccia, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Immagini del diritto privato*, I, *Teoria generale, fonti, diritto*, Torino, 2013, p. 61) entro il quale il giudice delle leggi svolge una funzione fondamentale.

2. Si tratta di una formula ormai entrata nel linguaggio corrente: cfr., per tutti, L. Favoreu, *La costitutionnalisation du droit*, in B. Mathieu – M. Verpeaux, a cura di, *La costitutionnalisation des branches du droit*, Paris, 1998. Sui diversi possibili significati dell'espressione v. R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2011, p.

un procedimento formalizzato, dall'atto di posizione di un sovrano, posto che il potere costituente non è un fatto empirico, separabile da ciò che crea, ma è un atto che è parte della sua stessa creazione[3], nel senso che la costituzione, come riflesso originario della comunità, non può che preesistere alle istituzioni del potere[4]. In altri termini, nel richiamo alla costituzione si sublima quello che, a ben vedere, può ritenersi il dato caratterizzante della giuridicità, cioè il necessario processo di integrazione tra soggetto e oggetto che il punto di vista del positivismo sembrava aver dimenticato nel segno dell'artificialità di una regola solo imposta e non necessariamente riconosciuta e condivisa.

Ragionare nella chiave dei principî costituzionali significa spostare il fulcro del procedimento interpretativo dal momento di posizione di un enunciato ai modi della sua concretizzazione nell'esperienza giurisprudenziale, significa collocarsi all'interno di un continuo processo di ricreazione del diritto nella sua portata storica concreta, vincendo i vecchi postulati della sua positività formale[5]. Come è stato già da tempo chiarito, il processo applicativo di un principio è diverso da quello di una norma[6], soprattutto per-

359. È chiaro che la lettura dell'ordinamento in chiave costituzionale lascia intendere come il richiamo ai valori sui quali si fonda diventi momento essenziale del procedimento interpretativo: sul punto cfr. N. Lipari, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2003, p. 865 ss.

3. Cfr. B. De Giovanni, *Elogio della sovranità politica*, Napoli, 2015, p. 206; E. Scoditti, *Dire il diritto che non viene dal sovrano*, in *Questione giustizia*, 2016, n. 4, § 2.

4. P. Grossi, *Ritorno al diritto*, cit., p. 31.

5. Cfr. G. Zagrebelsky, *Storia e costituzione,* in G. Zagrebelsky – P.P. Portinaro – J. Luther, a cura di, *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996, p. 75. Può essere sintomatico constatare che anche chi si muoveva in un'ottica molto diversa da quella propria del riferimento ad un quadro costituzionale riconosceva che i principî sono caratterizzati da "una eccedenza di contenuto deontologico" rispetto alla somma delle norme singole (così E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, p. 205) ovvero che vi sono principî che non possono essere desunti da norme espresse dal sistema, potendo essi essere individuati anche in criteri ricavabili da "idee e convinzioni morali affioranti nella società (che è in continua evoluzione), non ancora accolte dal diritto positivo" (così N. Bobbio, *Principi generali del diritto*, in *Novissimo Digesto italiano*, XIII, Torino, 1966, p. 891). Del tutto diversa è la posizione di chi considera i principî solo in chiave di astrazione generalizzante dal sistema delle norme riconoscendo al giudice solo il potere di sollevare un profilo di illegittimità costituzionale "quando il principio abbia trovato accoglimento nella Carta fondamentale": così C. Castronovo, *L'aporia tra* ius dicere *e* ius facere, in *Europa e diritto privato*, 2016, p. 1010, che richiama criticamente E. Scoditti, *Il diritto tra fonte e interpretazione*, in *Foro it.*, 2013, V, c. 189, il quale giustamente osserva che "con la comparsa nel secolo scorso delle costituzioni per principî il criterio di identificazione del diritto non è più dato dalla fonte ma dal merito costituzionale del diritto stesso". Che è proprio quello che i giudici ormai sistematicamente fanno. Sostenere il contrario significherebbe, a ben vedere, da un lato negare il diritto come esperienza e dall'altro non comprendere che il valere del diritto si dà essenzialmente come valore.

6. V., per tutti, R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 200. Il che naturalmente non esclude la strutturale normatività del principio: cfr. A. Longo, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli, 2007, p. 358. Assumere il principio giuridico come norma dotata di particolare genericità e significatività (così, ad esempio, A. Cerri, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXIX, Roma, 1991, p. 4) non esclude che esso, nella sua applicazione finale, si esprima necessariamente come il risultato di un bilanciamento, di per sé rappresentativo di una gerarchia di valori (cfr. A. Longo, *op. cit.*, p. 372). La dimensione del peso o dell'importanza del principio deve "essere misurata caso per caso quando il principio entra in conflitto con un

chè le norme si pongono fra di loro in un rapporto di rispettiva autosufficienza, laddove invece i principî esigono di essere valutati in un rapporto reciproco di ponderazione o bilanciamento[7], che può indurre alternativamente ad una loro conciliazione ovvero ad una scelta legata al loro maggior peso o valore, peraltro con esclusivo riferimento alle peculiarità del caso.

Non è senza significato il fatto che – vista la contraddizione di un simile procedimento alle simmetrie concettuali del positivismo giuridico – la tecnica del bilanciamento fra principî sia messa in discussione da chi si colloca nella prospettiva dello *jus positum* assunto nella sua intrinseca artificiosità[8]. La stessa Corte riconosce che il punto di equi-

altro, in relazione alle circostanze sulle quali la collisione si manifesta" (così L. Mengoni, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, *Saggi*, Milano, 1996, p. 132). In sostanza, non si deve, a mio avviso, far discendere dalla precettività del principio un suo modo di operare analogo a quello di un enunciato, posto che il principio, quali che siano i modi della sua rilevazione, implica l'"assenza del nesso con una specifica fattispecie ipotetica" (così U. Breccia, *Principi: luci e ombre nel diritto contemporaneo*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, n.s., 2014, p. 125). A differenza delle norme enunciate il modo di applicazione dei principî "non è la tecnica logico-formale della sussunzione, ma la tecnica logico-pratica del bilanciamento dei beni e degli interessi protetti" (così L. Mengoni, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *I principi generali del diritto*, Atti del Convegno linceo del 27-29 maggio 1991, Roma, 1992, p. 326). Il che ovviamente suppone il riferimento ad un dato da analizzare diverso dal semplice enunciato normativo. Esclude invece una tale possibilità N. Irti, *I 'cancelli delle parole' (intorno a regole, principi, norme)*, in *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 70, affermando che "il testo normativo ha da essere insieme punto di partenza e punto di arrivo, poiché non c'è nulla al di sopra o al di sotto di esso: tutto è dentro il suo cerchio". Non prendo qui nemmeno in considerazione la tesi secondo la quale, non implicando il principio la formulazione algoritmica della regola, esso sia privo di qualunque valenza precettiva: v. in tal senso L. Alexander, *Cosa sono i principi? Ed esistono?*, in L. Alexander – K. Kress, *Una critica dei principi del diritto*, trad. it., Napoli, 2014, p. 7. È appena il caso di ricordare che il riferimento ai principî esclude la possibilità di utilizzare gli stessi paradigmi di linguaggio che siamo soliti usare con riferimento agli enunciati normativi. La stessa alternativa fra "frastico" e "neustico", per designare la differenza fra la parte descrittiva e quella più propriamente precettiva di un enunciato con valenza normativa (sul punto rimane ancora fondamentale lo scritto di G. Tarello, *Osservazioni sulla individuazione dei precetti. La semantica del neustico*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1965, p. 405 ss.), non è riproducibile con riferimento ad un principio che, quali che siano i modi della sua rilevazione, si sottrae ad una simile alternativa. Il processo di adattamento del principio alle sopravvenienze della storia prescinde da quello che Tarello chiamava "il riferimento semantico dell'enunciato", proprio perchè il principio prescinde dalla rigidità di una formula enunciativa.

7. Cfr. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Madrid, 1993; B. Celano, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti*, in S. Pozzolo, a cura di, *La legge e i diritti*, Torino, 2002; G. Pino, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003, p. 99 ss.; Id., *Diritti e interpretazioni. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, cap. VII; R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, p. 216 ss.; D. Martinez Zorrilla, *Conflictos costitucionales, ponderación e indeterminatión*, Madrid, 2007; Id, *Metodologia giuridica y argumentación,* Madrid, 2010, cap. IV; M. Carbonell – P.P. Grandez Castro, a cura di, *El principio de proporcionalidad en el Decrecho contemporaneo*, Lima, 2010; S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011. Con specifico riferimento alla giurisprudenza costituzionale italiana v. R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; G. Scaccia, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, p. 3956 ss.; G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragion pratica*, 2007, n. 2, p. 236 ss.

8. È questa la posizione di L. Ferrajoli, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen,* Roma-Bari,

librio fra principî è "dinamico e non prefissato in anticipo"[9], con ciò dimostrando che il procedimento di cui si vale si risolve in una costante dialettica tra l'ordine dei principî e la realtà dei fatti. In sostanza – e ciascuno di noi intende quanto una simile conclusione contraddica con i consolidati modelli della nostra formazione scolastica – la regola nasce nel momento della sua applicazione in relazione alle peculiarità del caso. La tecnica del bilanciamento offre al giudice uno spazio amplissimo di manovra[10], proprio perchè la

2016, ma già Id., *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, 2013, spec. p. 95 ss.; Id., *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, p. 2771 ss.; da ultimo v. Id., *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, 2016, n. 4 § 6, secondo il quale non può mai darsi bilanciamento fra principî, perchè semmai la ponderazione opera in chiave equitativa con riferimento alle circostanze di fatto prese in considerazione. Per una puntuale critica a tale posizione cfr. E. Scoditti, *Dire il diritto che non viene dal sovrano*, cit., § 3, il quale richiama G. Pino, *Principi, ponderazione e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, p. 987 ss., che riconduce la rilevanza del fatto ad un qualche criterio normativo, si tratti di una norma giuridica (regola o principio), di una valutazione morale o equitativa, di una stima economica. Tutto sta nell'intendersi sul significato da attribuire al "caso", che oggi non può che essere assunto nella sua intrinseca "legalità": cfr. F. Viola, *La legalità del caso*, in *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale*, I, *Principi fondamentali*, Atti del 2° convegno nazionale della Sisdic, Capri 18-20 aprile 2006, Napoli, 2007, p. 315 ss. Se cioè nella realtà dell'esperienza contemporanea il riconoscimento giuridico di un diritto, di un potere o di una facoltà non può esaurire la propria funzione nel momento di una sua astratta attribuzione in base a condizioni di validità stabilite *a priori*, ma accompagna tutti i comportamenti che lo traducono in atto, con la conseguenza che solo una valutazione *a posteriori*, allargata a tutte le circostanze del caso, può attribuire a quel riconoscimento un significato giuridicamente apprezzabile, allora il rapporto fatto-diritto non può più essere letto secondo i paradigmi del passato e non può più essere riconosciuto al giudice un semplice ruolo di riscontro delle condizioni dettate in astratto dalla previsione normativa. Il caso assume una sua valenza direttiva nell'individuazione della regola. Dal bilanciamento influenzato dal caso nasce il precetto.

9. Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85.

10. Sulle modalità del procedimento interpretativo in chiave di riconduzione e non di sussunzione, di induzione e non di deduzione v. ancora E. Scoditti, *op. cit.*, § 4. Contesta in radice la legittimità di un simile procedimento N. Irti, *I 'cancelli delle parole'*, in *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 67, il quale afferma che laddove i principî risultino svincolati dai testi legislativi essi "finiscono per identificarsi e dissolversi nella soggettiva volontà, nella volontà di colui che asserisce di averli intuiti scoperti trovati". In tal modo il criterio di legalità finirebbe per rovesciarsi "nell'assoluto intuizionismo e volontarismo del giudicante". Quel che mi sembra importante evidenziare è che non ci si può limitare a denunciare il ruolo di "una giurisprudenza decisa a concorrere con il legislatore", che si serve "frequentemente di norme senza fattispecie per perseguire obiettivi di politica del diritto da essa stessa individuati" (cfr. così A. Gentili, *A proposito di "Eclissi del diritto civile"*, in *Europa e diritto privato*, 2016, p. 1167 ss.), perchè è chiaro che gli "indirizzi giurisprudenziali" (non le singole decisioni) riflettono sempre una convinzione diffusa, subiscono un controllo sociale, hanno inevitabilmente un radicamento nella collettività onde la legittimità di quel "diritto che nasce dal basso" di cui continua a parlare P. Grossi (cfr., da ultimo, *Il giudice civile. Un interprete?*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2016, p. 1135). Anche chi di recente ha proposto nuovi strumenti legislativi per favorire il formarsi di una nomofilachia più univoca (cfr. R. Rordorf, *Pluralità delle giurisdizioni ed unitarietà del diritto vivente: una proposta*, in *Foro italiano*, 2017, V, c. 123 ss.) suppone pur sempre la realtà di un diritto che si viene formando, magari in maniera disordinata e talvolta inizialmente conflittuale, nella complessità di un'esperienza giurisprudenziale. Checché se ne dica, l'ampliamento del ruolo della giurisprudenza, specie nel quadro di un costante riferimento ai principî, non ha modificato, a ben vedere, il processo applicativo del diritto (che non si è mai esaurito in una automatica lettura di testi, priva di qualsiasi capacità di analisi etico-politica). Ne ha reso solo più complicate le modalità di svolgimento.

norma – anche quale possibile criterio direttivo per comportamenti futuri in casi similari – nasce dalla pronuncia giudiziale, che a sua volta si struttura in funzione del raccordo tra le peculiarità del caso e il bilanciamento fra i principî costituzionali in concreto richiamati. In sostanza, la lettura del diritto civile nella chiave dei principî costituzionali rappresenta la più evidente manifestazione di quella giurisdizionalizzazione del diritto da molti temuta, ma che costituisce il più qualificante degli indici rappresentativi dell'esperienza giuridica del nostro tempo.

2. Il particolare significato in questo processo del richiamo al valore della dignità umana. La non definibilità della dignità e il suo sottrarsi ad ogni possibilità di bilanciamento. Il peculiare significato di una riflessione sulla giurisprudenza della Corte costituzionale nell'ottica della dignità.

Questa conclusione, già di per sé rivoluzionaria rispetto ai tradizionali modelli didattici tuttora trasmessi dalle nostre facoltà universitarie, assume un'incidenza massima se si analizza la giurisprudenza della Corte costituzionale nell'ottica del richiamo al valore della dignità umana, proprio perchè questa, al di là delle raffinate riflessioni che ha determinato[11], si sottrae, in buona sostanza, ad ogni tentativo di definizione compiuta[12]. La stessa

11. Non tento neppure di fornire un quadro sistematico degli scritti in tema di dignità. Mi limito a segnalare i contributi di C. Enders, *Die Menschenwürde in der Verfassungrordnung. Zur Dogmatik des Art. 1 GG*., Tübingen, 1997; H. Moutouh, *La dignité de l'homme en droit*, in *Revue droit pubblic*, 1999, p. 162 ss.; Ch. Girard – S. Hennette – A. Vauchez, *La dignité de la personne humaine*, Paris, 2005; S. FISHER, a cura di, *Der Begriffe der Menschenwürde*, Frankfurt, 2005; E. Bloch, *Diritto naturale e dignità umana*, trad. it., Torino, 2005; R. Spaemann, *Tre lezioni sulla dignità della vita umana*, trad. it., Torino, 2011; J. Waldron, *Dignity, Rank & Rights*, Oxford, 2012; M. Rosen, *Dignità. Storia e significato*, trad. it., Torino, 2013. Tra gli autori italiani più recenti, a loro volta ricchi di citazioni, v. C.M. Mazzoni, *Dignità*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2016, p. 157 ss.; B. Malvestiti, *La dignità umana dopo la "Carta di Nizza". Un'analisi concettuale*, Napoli-Salerno, 2015; G. Resta, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014; F. De Sanctis, *Riflessioni sull'homo dignus*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2011, p. 9 ss.; S. Rodotà, *Antropologia dell'homo dignus*, *ivi*, 2010, p. 547 ss.; Piepoli, *Tutela della dignità e ordinamento della società secolare europea*, *ivi*, 2008, p. 7 ss.

12. Osserva giustamente G. Piepoli, *op. cit.*, p. 11, che la tormentata vicenda che ha condotto a fare della dignità un istituto giuridico di diritto positivo l'ha portata da un lato a coincidere con l'area definita dai diritti di libertà e dalle pretese all'eguaglianza, dall'altro a sottrarle qualunque autonomia normativa. Nota suggestivamente M.C. Lipari, *Figure della dignità umana*, Milano, 2008, p. 23, che l'idea di dignità "non è semplicemente affacciata sul limite estremo del sistema dei diritti fondamentali, ma è sospesa su una linea più sottile: tra l'essere positivamente qualcosa e il non-essere la propria negazione". Forse anche da qui nascono le diffidenze che l'utilizzazione della dignità in sede interpretativa ha suscitato in Europa: sul punto cfr. R. Sacco, *Note sulla dignità umana nel 'diritto costituzionale europeo'*, in *I diritti fondamentali e le Corti europee*, Napoli, 2005, p. 583 ss. Sulla assiomaticità del concetto v. M. Fabre-Magnan, *La dignité en droit: un axiome*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2007, p. 30 ss. È stato detto che "l'idea di dignità umana presenta quella particolare fragilità che spesso caratterizza le cose troppo pure; una sorta di instabilità mercuriale che, appunto, può affliggere solo quel metallo eccezionalmente refrattario alle leghe": così M.C. Lipari, *La dignità dello straniero*, in *Politica del diritto*, 2006, p. 283 (la quale alla nota 7, p. 312 s., richiama tutti gli studi di area francese che desistono dal definire la dignità, deducendo che essa va ritagliata in negativo a partire da ciò che, con evidenza, contraddice il suo concetto intuitivo, in quanto tale non formulabile).

Corte ha riconosciuto che, mentre non esiste un diritto fondamentale costituzionalmente garantito che abbia la prevalenza assoluta sugli altri[13], necessitando quindi tutti di passare attraverso l'assetto equilibrativo del bilanciamento, tuttavia il complessivo contesto delle situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette rappresenta nel suo insieme il quadro di riferimento della dignità della persona[14], che, proprio per questa chiave generale e assorbente che la caratterizza, si sottrae ad ogni profilo di bilanciamento o di riserva di legge. Vi è, al fondo della clausola di dignità, la diffusa esigenza di ricondurla a massino principio generale del sistema[15], a indice identificativo non di un bene giuridico, ma del terreno in cui si radica un complesso di beni giuridici[16], a cifra con la quale si misura il proprio grado di libertà e di eguaglianza[17], a presupposto morale – in un certo senso autoriflessivo – per l'esercizio dei diritti definiti fondamentali[18], in una parola a fondamento della giuridicità medesima, peraltro nel segno di perifrasi che ne designano inevitabilmente la plurivocità. Ragionando della dignità il giurista avverte che si sta misurando con un concetto non riconducibile ad un definito (anzi definibile) contenuto normativo e tuttavia da assumere a indefettibile presupposto per l'esercizio dei diritti, la cui violazione implica lesione di quel valore fondamentale. La necessaria intuitività del concetto[19] si accompagna al riconoscimento della sua coessenzialità ad ogni forma di tutela della persona nella pienezza dei suoi attributi, quasi un risvolto essenziale e ineludibile della personalità. Come è stato giustamente evidenziato[20], il termine greco αξίωμα, che aveva all'origine il significato proprio di dignità (intesa come qualità, pregio, valore elevato dell'essere umano), è venuto progressivamente assumendo quello che oggi assegnamo al lemma assioma

13. C. cost., 19 novembre 2012, n. 264. È stato osservato che la nostra Corte costituzionale ha fatto riferimento all'idea di dignità prevalentemente "quale elemento *rafforzativo* di altro contiguo valore costituzionale protetto" scegliendo "di contestualizzare il valore della dignità umana": cfr. A. Ruggeri – A. Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica del diritto*, 1991, p. 352 s. Sul punto v. anche G. Alpa, *Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1997, II, p. 415 ss.; F. Bartolomei, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Torino, 1987.

14. C. cost., 9 maggio 2013, n. 85, cit.

15. Sul senso prescrittivo della dignità come *principium iuris et in iure*, cfr. L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 1, *Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 791.

16. Cfr. G. Piepoli, *op. cit.*, p. 25. Sulla sovrabbondanza etica dell'idea di dignità cfr. J. Isensee, *Menschenwürde: die sakülare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2006, p. 212.

17. Cfr. C.M. Mazzoni, *op. cit.*, p. 171.

18. Cfr. M. Rosen, *Dignità. Storia e significato*, trad. it., Torino, 2013, p. 27. È stata peraltro giustamente ricordata "l'essenziale irriducibilità della dignità alla logica e alla grammatica dei diritti soggettivi", proprio perchè "la configurazione di un diritto soggettivo postula, quale precondizione logica, la definibilità o determinabilità del bene-interesse", laddove, invece, al nome "dignità dell'uomo" corrisponde "una particolarissima *mancanza di oggetto*, fenomeno davvero eccezionale nel panorama giuridico; forse anzi il prezzo pagato a quella stessa posizione di eccellenza": così M.C. Lipari, *La dignità dello straniero*, cit., p. 286.

19. M.C. Nussbaum, *Creare capacità*, trad. it., Bologna, 2012, p. 36.

20. Cfr. M.C. Lipari, *Figure della dignità umana*, cit., p. 46. Per una ricostruzione delle variazioni semantiche che riguardano la dignità cfr. F. De Sanctis, *Riflessioni sull'*homo dignus*,* cit., p. 9 ss.

(inteso come principio primo, enunciato evidente di qualunque procedimento argomentativo). Eppure, secondo gli schemi argomentativi dei giuristi, anche l'autoevidenza[21] ha i suoi limiti, perchè, se se ne fa un diritto che non ha bisogno di dimostrazioni, e per ciò stesso inderogabile e invincibile, può insorgere il timore che si finisca per creare una barriera con altri diritti che non ne condividono la natura assiomatica, con il rischio che il rafforzamento teorico possa risolversi in un indebolimento operativo[22].

In sostanza, il modello antropologico dell'*homo dignus*, che individua la dignità quale comune denominatore dei diritti della persona nel nostro tempo[23], incontra ancora difficoltà applicative e soprattutto, nella diversità delle sue articolazioni pratiche, non può fare riferimento a paradigmi applicativi non solo uniformi ma altresì riducibili a modalità attuative che siano suscettibili di indicazioni paradigmatiche. Al diffuso riconoscimento formale della dignità – subito dopo la guerra, nell'arco di pochi mesi, la dignità è stata assunta a fondamento dei rispettivi sistemi dalla Costituzione italiana (dicembre 1947), dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (dicembre 1948), dalla Legge fondamentale tedesca (maggio 1949) fino a giungere alla prima Carta dei diritti del nuovo millennio approvata a Nizza nel 2000 – corrisponde l'assoluta mancanza di qualsivoglia criterio operativo che valga a indirizzarne le modalità applicative. Il riferimento alla dignità può essere assunto a paradigma di un diritto che nasce dal basso, nel modo di atteggiarsi di un'esperienza che non ammette più le aberrazioni del secolo scorso. È proprio la riflessione sulla dignità che ripropone emblematicamente la dialettica caso-principio.

Ma forse si può dire ancora di più. Come è stato giustamente osservato[24], è proprio la riscoperta della dignità dell'uomo a permettere il passaggio dal formalismo egalitario al sostanzialismo di cui al secondo comma dell'art. 3 cost. Non a caso quell'articolo si apre con il riconoscimento della "pari dignità sociale" di tutti i cittadini[25]. Proprio se entro un

21. Cfr., per tutti, M. Fabre-Magnan, *La dignité en droit: un axiome*, cit., 2007, p. 30 ss.

22. Questa tesi è prospettata da S. Rodotà, *Editoriale*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2016, p. 4. Per superare un rischio di questo tipo si deve, probabilmente, riproporre l'alternativa, mai seriamente entrata nel dibattito giuridico, tra interessi e bisogni: sul punto può essere ancora utile richiamare A. Sayag, *Essai sur le bésoin créateur de droit*, Paris, 1969. Del resto anche all'interno della teoria dei bisogni si tratta di distinguere tra la sfera di esigenze od attese che designano uno stato di tensione dovuto alla mancanza di ciò che è sentito come necessario alla vita fisica o morale e il territorio di ciò che invece attiene ad una valutazione propria della scienza economica e che ha riguardo al doppio concetto di utilità e di quantità limitata: su queste diverse eccezioni cfr. I. Gough, *Una teoria dei bisogni umani* (1991), trad. it., Milano, 1999; S. Acquaviva, *La strategia del gene. Bisogno e sistema sociale*, Roma-Bari, 1983; M. Bianchi, *I bisogni e la teoria economica*, Torino, 1980; A. Vigorelli, *Bisogno e teoria marxista*, Milano, 1976; AA.VV., *Le besoin religieux*, Neuchatel, 1974; J.K. Galbraith, *La società opulenta* (1958), trad. it., Milano, 1963.

23. Cfr. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 179 ss.

24. Cfr. G. Azzariti, *Contro il revisionismo costituzionale*, Bari, 2016, p. 61.

25. Ed è appena il caso di rilevare che non può esistere dignità sociale o collettiva senza dignità individuale della persona. I due aspetti si coniugano inevitabilmente insieme. Sul punto si possono leggere le appassionate parole di M. Ovadia, *Madre dignità*, Torino, 2012, p. 9. Si debba o meno riconoscere, in chiave storica, che sono

determinato contesto sociale tutti debbono essere considerati parimenti degni, è conseguenziale che non ci si possa più limitare a riconoscere una condizione soggettiva di non discriminazione, ma diventa necessario garantire l'effettività del diritto all'uguaglianza.

Su questi presupposti l'ottica di una riflessione sulla giurisprudenza della Corte costituzionale che faccia riferimento al valore della dignità assume una triplice valenza, particolarmente significativa nella stagione di passaggio che stiamo vivendo. Innanzitutto ribadisce l'essenzialità di un procedimento argomentativo per principî, irriducibile ai paradigmi di un puntuale dibattito normativo[26], anche in funzione della riconosciuta non definibilità della dignità. In secondo luogo evidenzia la peculiarità di un principio che è, in un certo senso, fondativo di molti altri, a ben vedere dell'intero quadro di garanzia dei diritti fondamentali[27]. Da un terzo punto di vista fa emergere, in maniera peculiare, il ruolo del momento giurisdizionale (tanto più incisivo quanto più indefinibile appare il criterio di riferimento), che enunci il principio in funzione delle specificità del caso, con ciò realizzando l'attuazione in concreto di quel riconoscimento sostanziale dell'eguaglianza che costituisce una delle più significative novità del nostro assetto costituzionale[28]. Nella sintesi tra queste tre prospettive

stati proprio gli orrori della seconda guerra mondiale, i crimini e le catastrofi umanitarie a rendere "di per sé evidente" la necessità della tutela di alcuni diritti legati alla condizione umana, certo è che è proprio il rispetto per la dignità della persona il carattere che, in quest'ultima fase storica, viene posto a fondamento dei diritti umani nella loro dimensione individuale e sociale (cfr. G. Azzariti, *op. cit.*, p. 164 ss.). Ha osservato giustamente P. Grossi, *L'invenzione dell'ordine costituzionale: a proposito del ruolo della Corte*, in *Giustizia civile*, 2016, p. 237 ss., ripercorrendo la giurisprudenza della Corte dal momento della sua costituzione, che essa ha innestato "la trama delle situazioni giuridiche dei singoli individui nell'ordito della loro multiforme identità sociale", in tal modo esaltando "la persona come creatura relazionale con i diritti non individualmente connotati ma socializzati in un folto tessuto di doveri" (p. 240).

26. Non mi sembra sufficiente individuare come principio una norma che per un verso abbia carattere fondamentale e per un altro verso sia affetta da una peculiare forma di indeterminatezza. Così invece R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 174 (il quale richiama C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, p. 262), assumendo più oltre (p. 181) che qualunque enunciato normativo può essere considerato come formulazione sia di una regola sia di un principio. Non sembra che un simile postulato possa valere con riferimento ai riconoscimenti della dignità contenuti in molte Carte fondamentali.

27. Su questo punto vi è assoluta concordia. In termini ancor più perentori, di recente C.M. Mazzoni, *Dignità*, cit., p. 171 osserva che "dignità non è un diritto, non è un principio. È qualcosa di più. Dignità è un valore morale, un criterio con il quale si misura l'effettività di principî e di diritti che sono fondamentali per la manifestazione e lo sviluppo della personalità umana. È la condizione necessaria per l'esercizio dei diritti". Con formula ancor più assorbente R. Spaemann, *Tre lezioni sulla dignità della vita umana*, cit., p. 48, afferma che la dignità "è piuttosto il 'motivo metafisico' per il quale gli esseri umani hanno diritti e doveri. Nel segno della dignità si determina cioè il più fondamentale fra i criteri di radicamento del diritto".

28. Molti anni fa, nella prima stagione della mia esperienza universitaria (cfr. N. Lipari, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Roma-Bari, 1974) tentai una rilettura dell'intero sistema del codice civile alla luce dell'art. 3 cpv. della costituzione, suscitando un dibattito, ma incontrando non poche resistenze e diffidenze. Allora il riferimento alla dignità non era ancora entrato nel corrente dibattito dei civilisti. Oggi il punto di vista della dignità non può che rafforzare la necessità di quella prospettiva, fermo il principio della indivisibilità dei diritti (in qualche modo riassunti e sintetizzati nel riferimento, alla dignità) non a caso richiamato nel Preambolo della Carta di Nizza ("L'Unione si fonda sui valori indivisibili di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà").

non solo si evidenzia, nel segno della dignità, la tutela di posizioni soggettive che noi, volta a volta, siamo soliti ricondurre a parole come eguaglianza, libertà, solidarietà, ma si scopre altresì che la, da molti temuta, indeterminatezza del diritto nel tempo presente può in realtà risolversi in un più solido radicamento, se è vero che – come si legge nelle "Spiegazioni" che accompagnano la Carta di Nizza – "la dignità della persona umana non è soltanto un diritto fondamentale in sé, ma costituisce la base stessa dei diritti fondamentali"[29].

3. Dignità e riferimenti normativi. La dignità quale criterio di raccordo tra l'ordinamento e il tessuto di valori che ne costituiscono il fondamento.

La premessa di cui sopra appare indispensabile proprio perchè l'impiego del concetto di dignità nella giurisprudenza costituzionale risulta tanto più determinante quanto meno legato a presupposti enunciativi. Le enunciazioni sono tanto meno necessarie quanto più incidente ed essenziale è il bene che si tratta di tutelare. Ogni tentativo volto ad indicarne i risvolti applicativi finirebbe inevitabilmente per risultare riduttivo. La stessa Carta di Nizza, che pure dedica il primo dei sei capi in cui è articolata proprio alla dignità, considerata (art. 1) inviolabile e quindi meritevole di essere necessariamente tutelata e rispettata, nel momento in cui tenta di declinare le principali estrinsecazioni di quella tutela finisce per limitarsi a profili (il diritto alla vita, il diritto all'integrità fisica e psichica, la proibizione della tortura o delle pene inumane, la proibizione della schiavitù o del lavoro forzato) certo importanti ma, per fortuna, di non frequente applicazione giudiziale. L'atteggiamento, apparentemente meno incisivo, del costituente italiano, assegnando alla tutela costituzionale un impianto spiccatamente personalistico e incentrando, senza condizionamenti formali, la tutela della persona nell'attributo primo ed irrinunciabile della sua dignità, all'un tempo individuale e sociale, finisce per attribuire a questa tutela un ambito privo di vuoti, oltre tutto capace di implementarsi in funzione di sopravvenienze neppure prevedibili al momento dell'assemblea costituente. A ben vedere, non c'è neanche necessità di far richiamo agli spunti offerti dagli artt. 36 e 41 per riconoscere che il riferimento alla dignità, assunta come ineludibile riflesso di qualunque applicazione del principio di eguaglianza, si esprime, nel nostro sistema giuridico, quale criterio costituzionale fondante, nessuna persona essendo tutelabile, nella pienezza dei suoi attributi e nella articolazione delle sue relazioni, senza passare attraverso il valore-sintesi della sua dignità. Si può semmai segnalare, essenziale criterio di lettura della giurisprudenza costituzionale, che, mentre in un primo periodo la dignità è stata prevalentemente legata alle previsioni testuali che la richiama-

29. Giustamente N. Moutouh, *La dignité de l'homme en droit*, cit., p. 159 ss., osserva che la dignità della persona umana, quando la si riferisce all'universo giuridico, non è una nozione come le altre: si è all'un tempo tentati di collocarla al di fuori e simultaneamente a fondamento stesso del diritto. Sulla delicatezza del processo di giuridificazione della dignità umana nel costituzionalismo moderno cfr. C. Girard – S. Hennette Vauchez, *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, Paris, 2005. Non insisto qui sul problema della c.d. indeterminatezza o incertezza del diritto nel tempo presente sul quale mi sono ampiamente occupato in altro luogo: cfr., da ultimo, N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., spec. p. 182 ss.

no, successivamente il concetto è stato esplicitamente utilizzato quale riflesso del principio personalista, svincolandolo dalla necessità di qualsiasi riferimento testuale[30].

In sostanza, nell'ottica della dignità, si evidenza la necessaria sintesi tra il sistema giuridico assunto nella pienezza del suo assetto costituzionale e quel tessuto di valori, di principî etici condivisi, di essenziali criteri indirizzanti dell'azione dei singoli e della collettività che taluno tende a collocare in un terreno metagiuridico, ma che invece costituiscono il risvolto essenziale e ineludibile della giuridicità intesa quale esperienza vissuta. Questa consapevolezza è, a ben vedere, sottesa anche alla maggior parte delle decisioni dei giudici ordinari. Si coglie, in gran parte di queste pronunce, il tentativo di ricondurre i diritti fondamentali, quali che ne siano la portata e la specificazione, sotto l'ombrello della dignità e libertà della persona, intese – per riportate la formula utilizzata dalle sezioni unite della Cassazione nella nota vicenda che ha condotto a riconoscere la sottoposizione della Repubblica Federale di Germania alla giurisdizione del giudice italiano[31] – come "principî fondamentali" ai quali deve essere riconosciuto "il contenuto assiologico di metavalore". In tal modo la giurisprudenza – e in maniera tanto più significativa quella costituzionale – supera, nella puntualità di riconoscimenti specifici in chiave di valore, l'affermazione di chi aveva ricondotto ad un vero e proprio enigma ermeneutico il passaggio della dignità da nozione radicata nei nostri modelli culturali e nella nostra capacità intuitiva e quindi autoevidente a paradigma giuridico[32].

4. Le difficoltà di uno scrutinio della giurisprudenza della Corte in tema di dignità. Il raccordo con l'art. 2 e l'art. 3 cost. Dignità sociale: l'indice della relazionalità. Dignità e interessi economici.

La valenza assorbente che – come si è detto – l'idea stessa di dignità è venuta assumendo nell'esperienza giuridica contemporanea finisce per rendere più difficoltoso

30. Cfr. M. Bellocci – P. Passaglia, a cura di, *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale*, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese, Roma, 2007, p. 5.

31. Cfr. Cass., sez. un. [ord.], 29 maggio 2008, n. 14201.

32. Cfr. C. Enders, *Die Menschenwürde in der Vergassungsordnung. Zur Dogmatik des Art. 1 GG*., cit., spec. p. 442 ss. Naturalmente il superamento della paventata aporia indicata nel testo appare più evidente nel raccordo tra la dignità e i diritti fondamentali della persona, assumendo la dignità come fulcro di questa tutela (cfr. P. Haeberle, *La dignità umana come fondamento della comunità statale*, in *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo. Saggi*, Milano, 2003, p. 1, che richiama una sentenza della Corte costituzionale tedesca del 1983 in cui tale principio è perentoriamente affermato) e all'un tempo riconoscendo – proprio perchè la dignità viene intesa come criterio riassuntivo di ciò che connota intrinsecamente la persona umana – il principio della indivisibilità dei diritti fondamentali (cfr. P. Meyer-Bisch, *Le corps de droit de l'homme. L'indivisibilité comme principe d'interprétation et de mise en oeuvre de droits de l'homme*, Fribourg, 1992, p. 115 ss.; J. Ballesteros, *Sicurezza umana e indivisibilità dei diritti*, in *Ragion pratica*, 2008, p. 28 ss.). Meno evidente appare la conclusione laddove la dignità venga riconnessa a profili di rilevanza economica. Mi limito a segnalare il tema del rapporto con l'autonomia privata rispetto al quale il criterio della dignità si pone quale tecnica di controllo: cfr. G. Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti*), in *Rivista di diritto civile*, 2002, II, p. 801 ss.

qualsiasi scrutinio della giurisprudenza della Corte costituzionale alla luce del termine di linguaggio che la designa. Se si ripercorre infatti la storia della Corte nell'integrità della sua vicenda si scopre che il termine dignità viene alternativamente (talora addirittura simultaneamente) utilizzato come sinonimo di diritti fondamentali, come equivalente della ragione giustificativa di ciascuno di essi (e segnatamente del principio di eguaglianza), come indice riassuntivo dell'intero quadro di garanzie costituzionali riservate alla persona, come criterio guida per indirizzare la valutazione della Corte rispetto a sopravvenienze certamente non pensabili nel momento in cui è stata dettata la carta costituzionale. Quel che si deve semmai registrare, accanto all'uso indifferenziato del termine e al richiamo (spesso addirittura sottinteso) al valore che esso esprime, è la progressiva sempre maggiore incidenza del riferimento alla dignità nelle motivazioni dei giudici costituzionali. Questo dato, oggettivamente verificabile, segna, a mio giudizio, da un ulteriore punto di vista, il superamento di un positivismo ottuso, che preclude all'interprete ogni interpretazione in chiave di valore[33], ravvisando invece nel processo di costituzionalizzazione di valori designati come oggettività ideali la traduzione in principî giuridicamente vincolanti anche per il potere legislativo del tasso di eticità dell'intera collettività. L'esperienza ci ha semmai insegnato che quei valori si sono venuti implementando nel tempo e che la lettura che la stessa Corte ne ha fatto ha guardato non soltanto al testo costituzionale ma anche al contesto storico al quale esso andava applicato. In questa chiave è frequentissimo nelle sentenze della Corte il richiamo all'art. 2 cost., dal momento che non può darsi una effettiva garanzia delle libertà fondamentali e dei diritti inviolabili riconosciuti all'individuo senza che sia stabilita una correlativa protezione costituzionale di tutte quelle forme di relazione intima e privilegiata dell'uomo con sé stesso che di quelli costituisce la base spirituale-culturale e il fondamento di valore etico-giuridico.

Si può semmai osservare, proprio nella chiave interpretativa dell'art. 2, che la Corte tende ad accentuare – con ciò evidenziandone l'ineludibile rapporto da un lato con le libertà, dall'altro con il principio di eguaglianza[34], – la dimensione sociale della dignità, cioè il suo essere essenzialmente un fatto relazionale, il cui significato (e conseguentemente la cui portata applicativa) non può essere assunto in sé, tanto meno in una chiave astratta

33. Tuttora illuminanti le pagine di L. Mengoni, *Diritto e tecnica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001, p. 1 ss., che, partendo dal dialogo tra Irti e Severino (in *Contratto e impresa*, 2000, p. 665 ss.), intende la lettura in chiave assiologica del sistema costituzionale come un modo per superare lo scientismo tecnologico. Mi sembra questa la chiave nella quale anche il Presidente della Corte ne individua il ruolo affermando che "nell'esperienza della Corte le forme rappresentano vere e proprie sostanze e di queste esprimono la concretezza e la carnalità" (cfr. P. Grossi, *Relazione del Presidente sulla giurisprudenza costituzionale del 2016* svolta a palazzo della Consulta il 9 marzo 2017). È chiaro che una prospettiva di questo tipo emerge in maniera ancor più evidente quando si toccano profili che incidono sui diritti della persona e segnatamente sul valore assorbente della sua dignità.

34. Sul punto si vedano le lucide osservazioni di M.R. Marella, *Il fondamento sociale della dignità umana*, cit., p. 1599.

e trascendente, ma va ricavato dal contesto dei rapporti sociali entro i quali l'individuo si colloca ed opera. Solo così la dignità costruisce il proprio legame con "l'intero quadro normativo che ne garantisce l'effettività, la specifica e ne specifica il contenuto"[35]. Solo in questa chiave si intende, come dicevo, la sua connessione non solo con il tessuto complessivo delle libertà riconoscibili[36], ma altresì con il principio fondante di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 cpv. cost.[37] e se ne comprende altresì la potenziale capacità espansiva legata a sopravvenienze di tipo economico, culturale e politico connesse al progresso della società[38]. Così, per esempio, la Corte è riuscita ad affermare l'applicazione del principio di pari dignità allo straniero[39] declinandone il rilievo nei più diversi risvolti: disciplina dell'allontanamento[40], tutela della salute[41], circolazione gratuita sui mezzi di trasporto per gli invalidi[42], ricongiungimento familiare[43]. Ed è appunto nell'ottica sintetica che riconduce ad un criterio unificante la tutela dei diritti della persona che la discriminazione viene interpretata come un'offesa alla dignità, quale che sia la causa giustificativa della pretesa differenziazione: si tratti del sesso[44], della religione[45], della libera manifestazione del pensiero[46]. Senza possibilità di ripercorrere qui i tragitti argomentativi di decisioni che muovono dal presupposto secondo il quale la dignità, assunta come diritto primario della persona, è posta a presidio dei diritti fondamentali e postula di necessità, attesa la sua inviolabilità, di essere assistita da una garanzia giurisdizionale[47], si avverte come la Corte, al di fuori di qualsiasi istanza giusnaturalista, intenda la dignità come una sorta di sintesi della posizione dell'individuo nel sistema costituzionale[48], così assumendola a filtro di giudizio per escludere – nel quadro della tutela dei diritti della personalità – qualunque discriminazione legata a condizioni personali. Da qui il diritto degli ammalati

35. Così G. Piepoli, *Tutela della dignità e ordinamento della società secolare europea*, cit., p. 25.

36. Cfr. M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, p. 206.

37. M.R. Marella, *op. cit.*, p. 1615.

38. Cfr. G. Ferrara, *La pari dignità sociale*, (*appunti per una ricostruzione*), in *Studi in onore di G. Chiarelli*, a cura di G. Zangari, Milano, 1974, p. 1104.

39. A partire da C. cost. 19 giugno 1969, n. 104.

40. Cfr. C. cost. 10 luglio 1974, n. 244; 10 febbraio 1994, n. 62; 13 novembre 1997, n. 353; 8 luglio 2004, n. 222.

41. C. cost. 5 luglio 2001, n. 252.

42. C. cost. 28 novembre 2005, n. 432.

43. C. cost. 14 dicembre 2005, n. 464.

44. Ritenuto rilevante nell'ambito familiare (si pensi alla sent. 16 novembre 1968 n. 126 sull'adulterio o a quella sulla perdita della cittadinanza a seguito di matrimonio 9 aprile 1975, n. 87) ovvero nel mondo del lavoro (cfr. C. cost. 1 luglio 1969, n. 123; 11 giugno 1986, n. 137; 16 gennaio 1987, n. 17; 24 marzo 1993, n. 109; 6 settembre 1995, n. 422; 10 febbraio 2003, n. 49).

45. C. cost. 14 febbraio 1973, n. 14; 27 giugno 1975, n. 188; 7 dicembre 1979, n. 111; 12 luglio 1979, n. 203; 8 luglio 1988, n. 925; 11 aprile 1989 n. 203; 18 ottobre 1995 n. 440; 30 settembre 1996 n. 334; 10 novembre 1997 n. 329.

46. C. cost. 20 novembre 1969 n. 48; 28 giugno 1973, n. 131; 24 marzo 1993, n. n. 112.

47. C. cost. 22 ottobre 2014, n. 238.

48. Cfr. M. Luciani, *op. cit.*, p. 205 s.

ad essere curati[49]; dei portatori di handicap ad essere inseriti nel mondo del lavoro[50], a vivere una vita di relazione piena[51], ad essere garantiti nelle loro necessità sia di natura socio-economica[52] che assistenziale[53]; dei minori ad essere protetti sia nell'ambito familiare[54] che in quello sociale[55]; dei soggetti sottoposti a restrizione delle libertà personali a vedere comunque assicurate degne condizioni di vita[56] e di salute[57]; più in generale dei lavoratori alla garanzia dei loro diritti al lavoro[58], dei loro rapporti col datore[59], delle loro tutele sociali[60].

Si può semmai soggiungere che, toccando il nucleo essenziale della tutela giuridica, la Corte ha assunto una funzione di indirizzo che non sempre si è risolta in una semplice dichiarazione di illegittimità costituzionale. Per esempio, tutte le volte in cui la Corte – rompendo i vecchi schemi di stampo formalistico – ha affermato la prevalenza del "principio di legittimità" sul principio di legalità, lo ha fatto dando al quadro costituzionale il rilievo e la forza di una piattaforma di garanzia che non ammette zone franche (così, per esempio, è avvenuto quando ha dichiarato "costituzionalmente necessaria" la legge sulla procreazione medicalmente assistita)[61] nonchè implicitamente affermando la preesistenza di valori di fondo che, ove anche non specificamente enunciati, implicano la persona nella sua totalità. In altri casi la Corte, nella tutela (e prima ancora nell'individuazione) dei

49. C. cost. 24 maggio 1977, n. 103; 12 luglio 1979, n. 88; 25 ottobre 1982, n. 175; 6 luglio 1994, n. 304; 20 maggio 1998, n. 185; 7 luglio 1999, n. 309; 7 marzo 2005, n. 111.

50. C. cost. 8 giugno 1960, n. 38.

51. C. cost. 2 giugno 1987, n. 215.

52. C. cost. 8 aprile 1991, n. 167; 29 aprile 1999, n. 167; 14 luglio 1999, n. 341.

53. C. cost. 24 novembre 2003, n. 350; 8 giugno 2005, n. 233; 18 aprile 2007, n. 158.

54. C. cost. 30 giugno 1960, n. 54; 7 febbraio 1963, n. 7; 2 aprile 1969, n. 79; 16 aprile 1073, n. 50; 21 marzo 1974, n. 82; 15 giugno 1979, n. 55; 5 giugno 1984, n. 168; 20 novembre 2002, n. 494.

55. C. cost. 9 aprile 1997, n. 109; 14 luglio 1998, n. 324; 20 novembre 2002, n. 467.

56. C. cost. 24 giugno 1993, n. 349; 8 febbraio 1999, n. 26.

57. C. cost. 2 maggio 1984, n. 134; 6 novembre 1991, n. 414; 21 febbraio 1994, n. 70; 18 ottobre 1995, n. 438; 16 maggio 1996, n. 165; 13 giugno 1997, n. 173.

58. C. cost. 11 dicembre 1962, n. 106; 26 maggio 1965, n. 45; 2 aprile 1969, n. 81; 11 febbraio 1988, n. 217; 21 giugno 2006, n. 253.

59. C. cost. 12 aprile 1962, n. 41; 26 maggio 1965, n. 45; 14 febbraio 1969, n. 27; 25 marzo 1971, n. 70; 5 luglio 1971, n. 174; 19 dicembre 1974, n. 18; 23 gennaio 1975, n. 23; 19 giugno 1980, n. 99; 16 dicembre 1980, n. 189; 29 novembre 1982, n. 204; 14 gennaio 1983, n. 15; 28 gennaio 1983, n. 46; 5 maggio 1983, n. 243; 8 gennaio 1986, n. 2; 26 marzo 1987, n. 96; 6 marzo 1989, n. 108; 17 gennaio 1991, n. 41; 11 luglio 1991, n. 364; 8 luglio 1996, n. 312; 10 dicembre 2003, n. 359; 25 marzo 2004, n. 113; 23 gennaio 2006, n. 22.

60. C. cost. 13 aprile 1957, n. 57; 28 febbraio 1967, n. 22; 29 gennaio 1971, n. 10; 12 febbraio 1980, n. 14; 12 luglio 1984, n. 209; 23 gennaio 1986, n. 31; 25 novembre 1986, n. 248; 9 giugno 1988, n. 694; 26 ottobre 1988, n. 1021; 2 marzo 1990, n. 98; 2 dicembre 1991, n. 439; 23 marzo 2002, n. 56; 20 novembre 2002, n. 171. Si può dire che il modo in cui la Corte ha inteso la tutela della dignità del lavoratore è andata al di là delle stesse prospettive all'origine offerte dalla dottrina: cfr. A. Cataudella, *La "dignità" del lavoratore (considerazioni sul titolo I dello Statuto dei lavoratori)*, in *Annali della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Perugia*, Milano, 1973, p. 262 ss.

61. C. cost. 9 aprile 2014, n. 162.

diritti fondamentali, ha preceduto lo stesso legislatore, per esempio ammettendo – ben prima che intervenisse la legge 20 maggio 2016, n. 76 – la garanzia di un rapporto di coppia non più eterosessuale, a seguito della sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso ad uno dei coniugi, dalla quale veniva fatto discendere l'automatico scioglimento del matrimonio o la cessazione dei suoi effetti civili[62]. Ha ancora perentoriamente affermato la prevalenza della garanzia della persona anche rispetto a temi di rilevanza nazionale un tempo ritenuti assorbenti, come quando, per esempio, ha dichiarato prevalente la tutela dei diritti fondamentali della persona anche rispetto a norme formalmente dettate a presidio delle frontiere, ammettendo il diritto a contrarre matrimonio anche per il soggetto non regolarmente presente sul territorio dello stato[63].

Il superamento dei vecchi paradigmi sulle fonti del precetto, ancora da molti guardato con sospetto e diffidenza[64], emerge, in maniera esemplare, da una vicenda recente che chiaramente dimostra il superamento dello schematismo della vecchia alternativa legislatore-giudice. Con una sentenza additiva di principio di pochi anni fa[65], la Corte costituzionale aveva affermato, proprio nel segno della dignità della persona, il diritto del soggetto a conoscere le proprie origini, invitando il legislatore a dettare norme volte ad individuare, in chiave di riservatezza e in adeguato bilanciamento dei diversi interessi in gioco, un procedimento di interpello volto a verificare la perdurante volontà della madre di non essere identificata dal figlio dato in adozione. Molto di recente la Cassazione, con una sentenza di forte impatto innovativo[66], di fronte alla persistente inerzia del legislatore, lo ha di fatto surrogato, riconoscendo una rilevanza immediata e diretta alla dignità anche per quanto attiene ai profili procedimentali volti a garantirla. La dignità assume cioè nel sistema un valore assorbente e onnicomprensivo che si sottrae agli stessi stereotipi dell'alternativa tra affermazione in astratto di un principio e sua applicazione in concreto.

Certo si danno ancora situazioni in cui la piena tutela della dignità della persona si scontra con la garanzia di altri interessi rilevanti per la collettività. Significativa a questo riguardo la condizione del detenuto. Va comunque segnalato che, anche quando la Corte ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata (per esempio con riferimento alla norma che preclude al detenuto rapporti di tipo sessuale con il

62. C. cost. 11 giugno 2014, n. 170.

63. C. cost. 20 luglio 2011, n. 245.

64. Cfr., da ultimo, G. Iudica, *Il mezzo secolo lungo*, Milano, 2016, spec. p. 22 ss.

65. C. cost. 18 novembre 2013, n. 278, in *Foro italiano*, 2014, I. c. 4, con nota di G. Casaburi. Sulle sentenze additive di principio della Corte v. G. Zagrebelsky – V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, p. 400 ss..

66. Cfr. Cass., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, in *Foro italiano*, 2017, I, c. 477 ss. con note di N. Lipari, *Giudice legislatore* e di G. Amoroso, *Pronunce additive di incostituzionalità e mancato intervento del legislatore*. Si tratta di una decisione che ha rinverdito il dibattito nel rapporto legislatore-giudice e sul modo di intendere l'apparato creativo della giurisprudenza: cfr. R. Pardolesi – G. Pino, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro italiano*, 2017, V. c. 113 ss.

proprio partner, attesa la previsione di un necessario controllo visivo da parte del personale di custodia)[67], lo ha fatto formulando indirette pesanti critiche al legislatore (in quel caso affermando la necessità di garantire l'intimità della vita familiare quale condizione per il libero sviluppo della persona assunta nell'integralità della sua dignità).

Più delicato è semmai il problema di come il criterio valutativo della dignità possa incidere su tematiche che l'ordinamento prevalentemente valuta nella loro rilevanza di segno patrimoniale. La dignità è stata assunta a criterio giustificativo della decisione anche quando la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 50 e 142 l. fall. (nel testo precedente alla riforma del 2006)[68], nella parte in cui stabilivano che le incapacità del fallito, anziché arrestarsi con la chiusura del fallimento, perdurassero nel tempo senza consentire alcun controllo giurisdizionale sulla sussistenza dei presupposti idonei a giustificare le limitazioni alla capacità della persona. Ma si tratta di un principio destinato ad assumere rilevanza quando ormai sono esauriti gli effetti di ordine patrimoniale legati al fallimento. Più delicato è il problema, peraltro già chiaramente avvertito dalla dottrina più avveduta[69], di come, una volta riconosciuta l'incidenza della dignità nella sua dimensione sociale sul principio di eguaglianza, ciò possa ridondare sul piano della libertà contrattuale imponendo una rilettura in senso sociale del diritto dei contratti[70]. La tematica della giustizia del contratto, un tempo ritenuta del tutto estranea alle riflessioni giuridiche, oggi significativamente emersa all'attenzione dei civilisti[71], non è fin qui passata, nei suoi non facili canali ricostruttivi, attraverso il filtro della dignità. È tuttavia ragionevole prevedere

67. C. cost. 11 dicembre 2012, n. 301.

68. C. cost. 25 febbraio 2008, n. 39.

69. Cfr. M.R. Marella, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, cit., p. 1622 ss. Della stessa v. anche *The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe*, in *European Review of Contract Law*, 2006, n. 2, p. 269 ss. Sul problema si veda M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit.

70. Cfr. L. Paladin, *Eguaglianza*, in *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano, 1965, p. 532 ss.; M. Luciani, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicitistiche*, V, Torino, 1990, p. 375 ss.; M. Esposito, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003, p. 76 ss. Da ultimo v. F. Macario, *L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, nella rivista *on-line Questione giustizia*, 2016, n. 4. Significativi spunti anche in E. Scoditti, *Il diritto del contratto fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, in nota a Corte cost. sent. n. 77/2014 in *Foro italiano*, 2014, I, p. 2036 ss.

71. Si tratta di una tematica certamente complessa, ma la cui semplice prospettazione er0a considerata, fino a qualche decennio fa, assolutamente aberrante. Per un tentativo di inquadramento del problema mi permetto di rinviare a N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giustizia*, cit., p. 235 ss. La più qualificata dottrina civilistica avverte comunque da qualche tempo l'assoluta importanza del tema: cfr. F. Galgano, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2005, p. 509 ss.; E. Roppo, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto*, in *Politica del diritto*, 2007, p. 451 ss.; R. Sacco, *Giustizia contrattuale*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civile, Aggiornamento, Torino, 2012, p. 534 ss.; V. Calderai, *Giustizia contrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, VIII, Milano, 2014, p. 447 ss.; G. Vettori, *Il contratto giusto nell'ordine costituzionale europeo*, in *Il contratto europeo tra regole e principi*, Torino, 2015, p. 149 ss.; E. Navarretta, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, 2016, p. 1262 ss.

che questa potrà essere, in un prossimo futuro, una chiave di lettura significativa in un momento in cui sempre più incisivamente si avverte che la tutela dei beni esclusivi e la prevalenza dell'ottica mercantilistica non può finire per comprimere i valori essenziali della persona. Laddove si riconosca la necessaria intima connessione tra giustizia contrattuale e giustizia sociale[72], non si può non aprire la prospettiva anche alla dignità che, come si è detto, nel nostro disegno costituzionale si coniuga essenzialmente in chiave sociale. Anche il punto di vista della dignità ci consente di superare molti di quei vecchi schematismi categoriali sui quali ancora si parametra buona parte dei nostri insegnamenti universitari, che tendono a porre rigide paratie tra il c.d. diritto delle persone e il c.d. diritto dei contratti[73].

5. La dignità quale momento significativo dei processi di costituzionalizzazione e di giurisdizionalizzazione del diritto. Il superamento, almeno nell'ottica della dignità, dell'alternativa tra testi e valori.

Quali che siano le prospettive evolutive della giurisprudenza della Corte in tema di dignità, certo è che il rilievo di questa categoria qualificante e i modi non omogenei della sua applicazione possono essere assunti ad indice ulteriore di quei due processi convergenti di costituzionalizzazione e di giurisdizionalizzazione del diritto che rappresentano il momento più significativo di svolta dell'esperienza giuridica contemporanea. Nel momento stesso in cui la dignità diventa una sorta di clausola generale – peraltro a contenuto molto più ampio di quelle tradizionali – capace di dare fondamento alla stessa garanzia dei diritti fondamentali[74], oltre tutto amplificandone l'ambito applicativo, e all'un tempo capace di condizionare le modalità di esercizio dell'autonomia contrattuale ovvero i modi di utilizzazione dei beni esclusivi, si coglie, in una delle emersioni più significative, la connessione del diritto, inteso come sistema di regole riconosciute ed applicate, con l'entroterra di quel tessuto di valori condivisi senza il cui fondamento nessuna organizzazione sociale è in grado di funzionare.

In questa chiave l'ottica giuridica consente di superare, cogliendone il punto di convergenza, le due posizioni alternative che, in sede teorica, sono state proposte con riferimento alla dignità, l'una riconducibile alla "teoria della dotazione", che ha riguardo ad indici comunque proprî della natura dell'uomo, l'altra espressa dalla "teoria della prestazione", che coglie nella dignità il risultato dell'agire umano[75]. A ben vedere, il

72. Sul punto si vedano le significative riflessioni di E. Navarretta, *op. cit.*, p. 1285 ss.

73. Anche per questi profili mi permetto rinviare a N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2009.

74. C.M. Mazzoni, *Dignità*, cit., p. 172, osserva che "se la dignità è il presupposto per l'esercizio di diritti, così la sua lesione è la conseguenza della violazione di quei diritti". Alla dignità come vera e propria "clausola generale" del complessivo catalogo dei diritti e delle libertà fondamentali e chiave di volta dell'intero sistema si riferisce C. Schimid, in *Der Parlamentariche Rat (1948-49)*, Band 5/1, Boppard am Rhein, 1993, p. 64.

75. Su questa alternativa v. H. Hoofmann, *La promessa della dignità umana*, in *Rivista internazionale di filosofia del*

diritto di oggi si dà una sua identità proprio evidenziando la connessione tra i modi delle relazioni sociali e la necessità di riconoscere un fondamento, sia pure storicamente condizionato, alla posizione della persona umana nella società. Ecco perchè, a ben vedere, appare improprio domandarsi se la dignità umana sia una supercategoria dalla quale discendono tutti i diritti fondamentali ovvero se sia un criterio riassuntivo per indicare il panorama di questi diritti. Mutare il punto di vista non cambia il risultato. La dignità è specchio e insieme fondamento dei diritti della persona. Questa apparente bivalenza si riflette anche nei modi della sua emersione in sede giudiziale (e segnatamente nella giurisprudenza della Corte), perchè la dignità preesiste alla sua enunciazione nelle peculiarità di una specifica tutela, ma all'un tempo emerge da quella enunciazione. La specificità di situazioni sempre nuove impone nuovi modi di espressione ad una esigenza di fondo che si può dire sottesa all'idea stessa di giuridicità, intesa come modo di vita, non come struttura ossificata di enunciati.

D'altra parte, nel momento stesso in cui la dignità, alla quale non può essere negato il rango di valore, si afferma (ed è riconosciuta) quale criterio giuridico fondamentale, viene meno il timore di chi rifiuta il "brivido dei valori"[76] e si riassegna al diritto il suo autentico fondamento e la sua funzione. Almeno nell'ottica della dignità, che si impone ad ampio spettro, al di là di qualsiasi enunciazione formale, si supera l'artificiosa alternativa fra "interpretare testi" e "intuire valori"[77] e si riscopre l'essenziale profilo della validità assiologica del diritto come esperienza[78].

diritto, 1989, p. 625 ss. Sulla necessaria connessione delle due teorie si vedano le chiare indicazioni di F. Viola, *Dignità umana*, in *Enciclopedia filosofica Bompiani*, 3, Gallarate, 2006, p. 2863 ss.

76. Così N. Irti, *op. cit.*, p. 69.

77. Ancora N. Irti, *op. cit.*, p. 83.

78. Cfr. riassuntivamente E. Opocher, *Valore, filosofia del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, XLVI, Milano, 1993, p. 114.

RECUPEREMOS EL JUICIO (UNA REFLEXIÓN SOBRE LA ACTIVIDAD JUDICIAL HOY)

Angel M. López y López
Prof. emérito de la Universidad de Sevilla

Sumario: 1. La era de la posmodernidad. – 2. Posmodernidad y Posverdad. Verdad y Derecho. Justicia y Proceso. – 3. Las condiciones del juicio: independencia, imparcialidad y objetividad. Papel relativo de la separación de poderes. Esencialidad de la supremacía del Parlamento. – 4. Las tentaciones del juez. – 5. La impenetrabilidad del acto de juzgar en sí mismo y la necesidad de cumplir requerimientos de un razonamiento judicial que salvaguarde seguridad jurídica e igualdad de los justiciables conduce a límites predicables del acto concreto.

1. La era de la posmodernidad.

1. Se dice, y se dice en vulgares o estimulantes páginas de diarios al tiempo que en sesudos tratados, que vivimos en la era de la posmodernidad. Debe comprenderse que no sería adecuado ni posible un discurso (analítico y, en su caso, crítico) sobre el concepto de posmodernidad, y ello como premisa del que va a ser objeto de este trabajo.

A nuestros efectos basta con decir que del posmodernismo no hay definiciones de consenso, salvo las puramente negativas, que giran siempre en torno al fracaso o no vigencia del legado de la Ilustración y su incapacidad para hacer frente a una sociedad mucho más compleja, con el resultado de arrojarnos a una edad de la incertidumbre y al relativismo de valores que antes se pensaban sólidamente anclados[1].

2. Para el posmodernismo ningún rasgo del mundo de la Ilustración parece indiscutible y así ha sido descrito con autoridad por Paolo Grossi para el mundo del Derecho[2], y a partir de ahí y por lo que a nosotros ahora interesa, se puede aceptar como la designación de un concreto tiempo histórico, en el que se incluye nuestro presente, lo que nos dispensa de adjudicar una concreta fecha de inicio al derrumbe de la Modernidad. La evidencia de ese nuevo (al menos parcialmente, pero muy significativamente, y ahora expreso mi opinión[3])

1. Excelente visión de conjunto la de G. Aylesworth, *Postmodernism*, en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2005.

2. P. Grossi, *Novecento giuridico: un secolo posmoderno*, *passim,* recogido en *Introduzione al Novecento giuridico*, 2012.

3. En efecto, y ciñéndonos sólo a ellos, los tiempos recientes no dejan de suscitar alguna perplejidad, de la que aportamos una (no por cierto la única) que brota del hecho de que el legislador civil de la posmodernidad sigue codificando, que aspira a que la "forma Código" siga siendo un eje central del Ordenamiento, como demuestran las reformas de los dos grandes paradigmas, el *BGB* y el *Code*. Bien me doy cuenta de que esta breve constatación es solo morfológica, pero no deja de suscitarnos la pregunta de si codificar es un modo superado de legislar (como se pregunta R. Sacco, *Codificare: modo superato di legiferare?*, *Rivista di diritto civile,* 1983*,* I, p. 117 ss.) y lleva a cuestionarnos si tal vez el mundo de la modernidad no era tan lineal y simple como ahora parece, y a él no era ajena la conciencia de

tiempo del Derecho nos libera, pienso, a los juristas de un debate general sobre la idea de posmodernidad[4].

2. Posmodernidad y Posverdad. Verdad y Derecho. Justicia y Proceso.

1. Difícil es que la nueva era de la posmodernidad, pese a esa falta de referencias axiológicas fuertes que la caracterizan, no porte valores positivos. Tal cosa no sería propia de la condición humana, ni individual ni socialmente. Y por la misma razón, también trae consigo algún fruto amargo, el que vamos a indicar, amarguísimo.

2. Me refiero a la asunción dentro de los esquemas que definen la vida pública (en sentido amplio, es decir, no estrictamente particular) del concepto de posverdad. La moda del tiempo, y bien reciente, es hablar de la era de la posverdad. *Post-truth* ha sido declarada por el *Oxford English Dictionary* la palabra internacional del año 2016. Por otra parte, no hay que engañarse, posverdad será tal vez un término nuevo, pero el fenómeno que designa es viejo, viejísimo: la conversión del espacio público en un reino dominado por el arte de la mentira. Lo único novedoso son los nuevos instrumentos de ese arte: medios de comunicación de masas, técnicas de *marketing*, "redes sociales"[5].

3. Para nosotros, juristas, y pese a los tópicos, la cuestión de la verdad es esencial, y lo es de manera especial en un momento de la vida jurídica, el que discurre a través de la institución del proceso. Esta cuestión ha sido abordada desde muy distintos puntos de vista: la escéptica, que se remonta a las viejas palabras pronunciadas en un pretorio histórico,*(¿Qué es la verdad?*); la que considera que existe una verdad específica del proceso; la que nos dice que la verdad obtenida en este no puede dejar de tener que ver con la verdad intrínseca[6]; la que ve imposible obtenerla salvo para el juicio divino, pero que los hombres desean en el juicio humano, que ven como un reflejo de aquél[7].

---

una complejidad que los Códigos solo podían guiar desde el punto de vista de los principios, pero cuyas soluciones se encontraban *aliunde*, muchas veces en una miríada normativa, no sustituidas por la sofocante ley. Este era, desde luego, el caso del derecho sobre el que gira el sistema, la propiedad, como creo haber puesto de manifiesto en *El derecho de propiedad. Una* relectio*,* en *Anuario de Derecho Civil*, 1993, p. 1639 ss. siguiendo la estela de las sugerencias de un esencial ensayo de P. Grossi, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietá*, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976-1977, p. 201 ss. El discurso sobre la esencia de la Modernidad jurídica y cuanto de ella ha sobrevivido en nuestros días debe, por razones obvias, quedar interrumpido aquí.

4. Como reafirma, con amplitud de argumentos, el mismo P. Grossi en *Il diritto in italia, oggi, tra modernita' e pos-modernità, Lectio brevis* pronunciada en la Academia Nazionale dei Lincei, el 13 de diciembre de 2013 (www.lincei.it/files/documenti/LectioBrevis_Grossi.pdf).

5. Interesantes consideraciones, pegadas a la realidad política del momento, en el artículo "*Post-truth politics. Art of the lie*", publicado en *The Economist el* 20 de septiembre de 2016.

6. G. Capograssi, *Giudizio processo scienza veritá*, en *Opere*, vol. V, Milano, 1959, p. 57 ss.; P. Häberle,, tras un amplio recorrido sobre las teorías de la verdad, concluye que las buenas relaciones que mantenga el Estado con la verdad son garantía de justicia (*Verdad y Estado constitucional*, 2006, *passim*).

7. S. Satta, *Il mistero del proceso*, en *Soliloqui e colloqui di un giurista*, 1968, p. 3 ss, especialmente 10 y 11. Me permito también remitir a mi ensayo parafrástico de esta esencial obra, *Verdad, Derecho, Juicio, Proceso*, ahora

4. Ahora bien, para el Derecho la pregunta por la verdad es en realidad la pregunta por la justicia, y es tan difícil de contestar como aquella. Sea cual sea el concepto que se tenga de esta, es claro que en términos absolutos es inalcanzable, porque esos términos serían solo asequibles a una Alta Mente (realmente existente o hipotética) que contemple el decurso desde principio a fin de la vida de la entera humanidad[8]. Dada su limitación, lo único posible para los humanos es idear un método que en sí lleve la idea de una justicia como tal método. Lo conocemos como proceso.

5. El proceso, de acuerdo con la venerable definición de Búlgaro (recuérdese, uno de los "lirios del Derecho") es el acto de tres personas, acusador, acusado y juez. Diríamos hoy, las dos partes y el Juez. Siglos de civilización jurídica han consagrado los principios que gobiernan la actividad de las partes para que se pueda hablar del proceso justo: audiencia de ellas, contradicción entre ellas, igualdad de armas para ellas. Pero, además, en el proceso se ventila un juicio, y el juicio es esencialmente el acto del juez[9]. Conviene ver, entonces, que reglas gobiernan ese juicio, que determinan sus condiciones para que el juicio sea tal.

3. Las condiciones del juicio: independencia, imparcialidad y objetividad. Papel relativo de la separación de poderes. Esencialidad de la supremacía del Parlamento.

1. Es comúnmente aceptado que dichas condiciones son la independencia, la imparcialidad y la objetividad del Juez. Dicho esto, el concepto y significado de cada una de ellas no es del todo pacífico, y aún dentro de un denso núcleo de consenso, se hacen necesarias algunas precisiones.

2. La primera de ellas es que la condición estructural del juicio es la imparcialidad, puesto que el juicio responde, por definición a la necesidad de superación de la parcialidad entre las contiendas de los hombres. El Juez debe estar en una posición de desinterés, entendida esta como la superación de la antinomia amigo-enemigo.[10]

3. La necesidad de que el juez sea absolutamente autónomo para decir el Derecho no es una condición estructural del juicio sino una premisa del mismo. Si el juez debe obedecer órdenes, de otro Juez o Tribunal u otro poder del Estado, no sería él el que juzgara. En consecuencia el Juez deber ser independiente de ese otro poder y no sometido a jerarquía alguna, dentro del ámbito de su jurisdicción, en relación con otro órgano de su clase.

---

en *Derecho Civil Constitucional* (selección de textos por mis discípulos con motivo de mi jubilación académica), 2015, p. 511 ss.

8. Es una de las ideas centrales de Satta, *op.cit.*

9. A pesar del uso impropio que equipara proceso y juicio, incluso en las propias leyes procesales modernas, desde muy temprano, el Derecho Canónico, al que se remontan las más antiguas y fecundas ideas procesales, distinguió entre *processus* y *iudicium*, hasta el extremo de que acuñó la expresión, exquisitamente técnica incluso hoy, de *processus iudicii*. Noticia sobre el particular en N. Picardi, sub. *Processo (diritto moderno)*), *Enciclopedia del Diritto,* XXXVI, 1987, p. 101 ss.

10. S. Cotta, *La istituzione giudiziaria tra diritto e política*, en *Rivista di diritto civile*, 1984, n. 4, p. 421 ss.

4. Está fuertemente instalado en la conciencia del pensamiento jurídico occidental que el principio de la separación de poderes es la clave de bóveda de la independencia judicial, lo que ha llevado en muchos casos a la equiparación entre ambas cosas, lo que es inexacto, al menos parcialmente, y fuente de graves equívocos sobre el contenido de la actividad jurisdiccional. Un brevísimo recorrido histórico lo demuestra.

5. En efecto, el principio separatista es formulado primariamente como una reacción frente al absolutismo monárquico. En este, la función de juzgar le pertenece. Los jueces son *lions under the Crown*. Recuérdese, aunque no sea más que un atavismo, que en nuestro país las sentencias se dictan "en nombre del Rey".

6. Dicho principio no siempre ha incluido dentro de los poderes separados al Poder judicial. No era así en el pensamiento de Locke[11], y no lo era, y de modo radical, por cierto, en el de Rousseau[12], y lo era en Montesquieu, pero con una específica concepción del juicio (como acto de juzgar) formulado sobre la base de una formulación directiva preconstituida, ya sea por la legislación, ya sea por la actividad de gobierno y administración, como se ha puesto de manifiesto [13]

7. Se olvida también con frecuencia un punto esencial del pensamiento de Montesquieu, el de que los jueces deben ser particulares, no incardinados en lo público, ocasionales y elegidos. Solo en esas condiciones el Poder judicial podía ser *en quelque faÇon, nul*[14]. Se ha puesto de relieve que las condiciones de desenvolvimiento de un Poder Judicial tal apelan a una certidumbre y fácil cognoscibilidad del Derecho[15].

8. Por mi cuenta añado que esas condiciones se realizan tan sólo en los ordenamientos protoliberales, gobernados por los Códigos Civiles y Penales y las Leyes Procesales Generales, mundo donde el conflicto judicial se produce casi siempre entre particulares[16], casi nunca frente a unos poderes públicos encargados solamente de "en tiempos de guerra, ganarla, y en tiempos de paz, repartir el correo".

9. Debe concluirse, entonces, que lo pretendido por Montesquieu, de acuerdo con el aliento histórico de la época, era afirmar la primacía de las asambleas legislativas, frente al absolutismo del monarca, que tenía una de sus más intensas manifestaciones en el

11. Que distinguía entre legislativo, ejecutivo y federativo, sin duda por el papel judicial de la *House of Lords*. La expresión de su pensamiento se encuentra, como es sabido en su *Second Treatise on Governmemt (An Essay Concerning The True Original, Extend, and End of Civil Government),* 1690.

12. Lo que era consecuencia lógica de su idea de la indivisibilidad de la soberanía, fundamentada esta en la voluntad general. Vid Libro II, Capítulo 2 de su obra *Du Contrat Social ou príncipes de droit politique*, 1762.

13. G. Tarello, *Assolutismo e codificazione del Diritto*, 1976, pp. 285-295, singularmente, pp. 293-295.

14. En la expresión contenida en el celebérrimo capítulo 6, Libro XI, de *L'Esprit des Loix*.

15. G. Tarello, *op. loc. ult. cit.*

16. Remito a mi trabajo *"Constitución, Código y Leyes especiales. Reflexiones en torno a la llamada descodificación"*, 1990, ahora en *Derecho Civil Constitucional*, 2015, p.31.

poder de "sus" jueces. En el núcleo de su pensamiento está tanto que los jueces sean independientes, cuanto que el castigo de los crímenes y la decisión de las controversias entre particulares se han de hacer de tal modo que no se entre en la actividad legislativa o administrativa.

10. Es notorio que la textura de los ordenamientos, a partir del momento (que podemos fechar tras la Primera Guerra Mundial, de manera aproximada, pero suficiente) en que las reglas del juego en la paz burguesa[17] caen estrepitosamente, no es ya la misma. Las nuevas Constituciones, las masivas intervenciones del Legislador, su diseño de un Ejecutivo fuertemente conformador de la sociedad, son elementos de un nueva estructura del Estado, al que convencionalmente, y conscientes de la variedad de sus formulaciones, e incluso de la debilidad del concepto[18], llamamos "Estado social", lo que implica, como no puede ser de otro modo, que el ordenamiento jurídico también sufre un cambio estructural Las consecuencias de este cambio significan acrecimiento, y esto, aún obvio, se señala pocas veces, de los tres poderes del Estado: nunca los legisladores han sido tan prolíficos , nunca los gobernantes tan interventores en la vida social, nunca los jueces tendrán tantas oportunidades para que el aspecto creativo de toda interpretación resulte acentuado por la utilización de principios y cláusulas generales.

11. Sin embargo, y desde algunos puntos de vista, la situación no es tan diferente en relación con las exigencias de la separación de poderes. No se predica un concepto de independencia diverso para los jueces en relación con la teoría clásica. Lo que se hace mucho más agudo, y hoy y aquí, especialmente agudo, es que las decisiones judiciales no invadan el campo del Poder legislativo o sustituyan los legítimos juicios de oportunidad de los gobernantes en la acción política y administrativa y esta era una preocupación que ya latía en la formulación de Montesquieu, como sabemos.

12. Comprendo que en un contexto de vida política degradada esta no es una afirmación que pueda gozar de popularidad, y los jueces se crean honestamente llamados a garantizar lo que el Legislador y el Gobierno no garantizan, y que los sufridos ciudadanos puedan creer que el activismo judicial es una solución, pero creo que la política hay que regenerarla desde la democracia representativa, y por utilizar el eslogan o grito de combate de los tiempos recientes, los jueces "no nos representan".

13. Dicho, en otros términos, el innegable papel de los jueces como garantes de los derechos fundamentales y valladares contra los abusos de los poderosos (por cierto, no solo los políticos), es un papel esencialmente negativo. Para descanso de equívocos, diré inmediatamente que este carácter negativo no impide una gran dosis de creatividad, pero

17. Idea central del libro de Arnaud, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, 1974.

18. M.S. Giannini, "*Stato sociale: una nozione inutile*", en *Scritti in onore di Mortati,* I, 1977, p. 139 ss.

ha de ajustarse a directrices preconstituidas y exteriores al juez[19]. En última instancia, se trata de un ejercicio de ponderación y a ello no debe ser ajeno el principio de supremacía del Parlamento[20].

14. La primera y más eficaz garantía de la independencia del juez está en que su carrera resulte reglada por la ley, de un modo altamente predeterminado, con escaso, por no decir ninguno, margen de discrecionalidad a la hora de la selección, de los destinos, los ascensos y las retribuciones, procesos administrativos gobernados por el Ministro de Justicia, responsable políticamente ante las Cámaras, y cuyos actos, por supuesto, serán revisables judicialmente.

15. Apurado el boceto que creo significativo de la imparcialidad y la independencia judicial, convendría gastar alguna palabra sobre la tercera condición del juicio, la objetividad. Si bien se piensa, exigidas la independencia y la imparcialidad del juicio como presupuestos estructurales de este (el juez no recibe órdenes. el juez no puede ser parte), habría que considerarlos hasta cierto punto extrínsecos, porque exigen una posición *para* el juez a la hora de juzgar, pero no exigen una posición *al* juez.

Dicho de otra forma, ni la independencia ni la imparcialidad suponen garantía alguna sobre el proceso interno de la decisión del juez, que sin dejar de ser imparcial o independiente puede ser subjetivo, en el sentido de que dicte sentencias de acuerdo con sus particulares convicciones sociales, políticas o técnicas, buscando una justicia del caso concreto, en el mejor de los supuestos. Aunque pudiéramos aceptar una idea de justicia que se compusiera de justicias concretas heterogéneas entre sí, lo que está en el borde mismo, si no flagrantemente incurso en el principio lógico de no contradicción, tal idea no puede ser aceptada como propia del Derecho. No podría cumplir ni mínimamente su papel de

19. En efecto, ese papel de garante de los derechos fundamentales y evitación del desvío abusivo de los poderes no puede consistir en adjudicarle al Juez papeles que no tiene constitucionalmente. Más adelante nos ocuparemos de este capital punto.

20. Nos alumbra este pormenor esencial la experiencia británica. La clásica obra de A.V. Dicey (*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, primera edición en 1885), de tan enorme influencia, nos ha enseñado que los dos pilares básicos del complejo entramado que conocemos como Constitución británica son la *supremacy of Parliament* y la *rule of law*. Al lado del principio de supremacía ha convivido el sistema de creación judicial del Derecho, y si no se han planteado cuestiones de separación de poderes, han sido por la justificación que suministra la llamada "teoría declarativa" del *common law* (aunque todos sabemos que es una pura ficción) y por el *self-restraint* de los jueces. Sobre el punto, breve pero expresiva noticia en S. Vogenauer, sub. voz *Judge made Law*" en *Max Planck Enciclopaedia of European Private Law*, 2012, p. 1014 ss. De todos modos, nos informa el mismo texto, hay abundantes acusaciones críticas del activismo judicial. Para la experiencia norteamericana es demostrativo de la necesidad de cohonestar la *precedent rule* con el imperio de los *statutes* el libro de G. Calabresi, *A common law for the age of statutes*, 1982, de título bien expresivo, *passim*. Por otro lado, y aunque la función nomofiláctica del ordenamiento esté, en la casación "continental", confiada a un Tribunal, ello no puede hacer olvidarnos qué se persigue con ella, la uniformidad del mandato legislativo, como mecanismo de preservación de su integridad; baste con evocar la página de historia jurídica francesa que enseña que la casación vino a sustituir al *referé legislatif*. Insuperables al respecto las páginas de P. Alvazzi Del Frate, "*Aux origines du référé législatif: interprétation et jurisprudence dans les cahiers de doléances de 1789*", en *Revue historique de droit franÇais et etranger*, 2008, p. 253 ss.

ordenador de la vida social, dado que supondría la absoluta falta de previsibilidad de las decisiones, al provocar la casi total incertidumbre en la solución de los conflictos en las relaciones sociales. Y todo ello, sin contar que la subjetividad incontrolada abre el camino a la parcialidad y la prevaricación.

16. En suma, la objetividad del juez, condición intrínseca del juicio, que la independencia o imparcialidad no garantizan, solo puede venir obsequiada si su proceso interno de decisión viene gobernado por criterios de carácter prescriptivos y generales de carácter externo a los suyos personales. Ahora bien, esos criterios así definidos no son sino las normas jurídicas. Como bien se ha indicado no hay otro modelo que satisfaga las exigencias del juicio salvo el del "juez legalitario"[21]. Así era en el pensamiento de Montesquieu, y así sigue siendo ahora, aunque la estructura actual del ordenamiento aboca a una forma distinta de enfocar esa sujeción a la ley

17. Ahora bien, llegados a este punto, es forzoso recuperar la perspectiva de las mutaciones estructurales del Estado y su reflejo en su producción normativa.

18. Tópico es señalar las profundas diferencias de un Estado que se preocupa de procurar activamente el bienestar de sus ciudadanos, en relación con aquel pretérito que una frase ingeniosa definía como guardián nocturno de sus súbditos.

19. Ese Estado preocupado por el bienestar social de modo activo, es, en nuestro presente europeo y occidental, un Estado intervencionista; y lo es sea cual sea el signo político de un gobierno, y oportuno será tal vez recordar que la complejidad de la sociedad nacional e internacional han enviado definitivamente al baúl de los recuerdos las formulaciones liberales en las que prevalecía una idea de igualdad puramente formal, que llevaba a una sistemática defensa con respecto a los poderes públicos, de los que siempre se temía la invasión de inalienables ámbitos de poder individual. En parecido contexto histórico se produce también la crisis del Legislativo incapaz de subvenir por sí mismo a las necesidades normativas de la mano pública, y que ante la «motorización » de la normativa del Ejecutivo, remite su papel a las grandes líneas de la legislación y al control de la actividad del Gobierno.

20. Esta evolución del Estado, estas sus transformaciones estructurales, por fuerza se han de reflejar en el ordenamiento jurídico: socialización y publificación del Derecho privado, florecimiento de ámbitos de discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados, «cláusulas generales» como técnica legislativa, recurso a la aplicación directa de las normas constitucionales, el llamado orden público económico como principio general, la aparición y expansión de la mano pública en la empresa, la sistemática reducción de los ámbitos de no justiciabilidad ante los Tribunales, acompañada del también sistemático alargamiento de la legitimación procesal, ampliada a los llamados intereses difusos, amén

21. S. Cotta, *op. cit.*, p. 427.

del reforzamiento de la de los colectivos y corporativos, la necesidad de recurrir a conocimientos extrajurídicos para conocer la relevancia jurídica de los hechos ... todo un aluvión de mutaciones que se citan como tópicos consolidados, por vía de ejemplo y sin ánimo exhaustivo.

21. Mutaciones que han de reflejarse por fuerza en la fisonomía tradicional de los ordenamientos, en sus caracteres de abstracción y generalidad, y por consiguiente en el carácter puramente deductivo y silogístico de la interpretación que hacen especialmente difícil la objetividad del juicio.

22. En estas condiciones la influencia de la actividad interpretativa por parte de los jueces deviene enorme, y empieza a llenarse de criterios valorativos, y aquí es donde surgen los problemas de que más adelante nos ocupamos al hablar de las tentaciones de la política que los jueces padecen y hacen padecer. Como se verá a continuación, no son las únicas tentaciones del juez. Veámoslas, aunque sea de manera sintética.

4. Las tentaciones del juez.

A. La tentación de la arbitrariedad. Arbitrio, arbitrariedad y equidad.

1. En relación con el arbitrio judicial, Alejandro Nieto[22] ha puesto de manifiesto que no es algo ilícito (lo ilícito es la arbitrariedad), sino una alternativa a la legalidad, su complemento imprescindible; de ordinario el juez modula la aplicación de aquella con este, introduciendo un elemento arbitrado (que no arbitrario) que ayuda para concretarla y adaptarla a las circunstancias. El ilustre autor nos explica como este paradigma no es extraño a nuestra tradición jurídica propia, aunque ha venido sofocado por la exacerbada presencia del positivismo legalista. No cabe nada más que estar de acuerdo en esta tesis central, aunque la obra, llena de ideas estimulantes, como siempre en este maestro, susciten alguna perplejidad o discrepancia, que ahora no es necesario traer a colación.

2. Ahora bien, ello no significa que el peligro de la extralimitación del Juez sea una falsa percepción alarmista. Las razones que justifican su acrecido poder, propio de un nuevo entramado del ordenamiento, pueden fomentar actuaciones *ultra vires Constitutionis*.

3. Dicho lo anterior, en realidad, la tentación de la arbitrariedad no tiene su manifestación más insidiosa en un grado de arbitrio en la aplicación de la legalidad, sino en apartarse de esta en el sagrado nombre de la equidad. La historia de esta tentación viene de lejos y llega a nuestros días, desde la Escuela del Derecho "libre" a las recientes manifestaciones en materia de arbitraje, que tanto si es de "equidad" como si es de Derecho, favorecen el apartamiento del árbitro del Derecho de origen estatal, estrechando cada vez la revisabilidad judicial del laudo, en la idea de que a los jueces lo único que les está reservada es la ejecución de lo arbitrado[23].

22. A. Nieto, *El arbitrio judicial*, 2000, *passim*.

23. Con lo que se favorece no a la equidad, sino a las reglas de composición de conflictos de la nueva *lex mercatoria*, la cual puede tener en común con aquella, en tantísimas ocasiones, ignorar el Derecho de origen

B. Las tentaciones de la política.

1. Cuando hablamos de las tentaciones de la política no nos estamos refiriendo, por supuesto, a la utilización del poder jurisdiccional con el único fin de influir en la vida política, porque dicha utilización se resuelve en una de estas dos opciones, y no se da una tercera: o se hace con los mecanismos predispuestos por el ordenamiento para el juicio, y la finalidad de este pertenece a una esfera interna de motivos del juez, no censurables, en el supuesto de que sean detectables, o bien se contradicen o defraudan aquellos mecanismos, y nos encontramos entonces ante el juez prevaricador o el juez revolucionario. Nos referimos a algo diferente, la interpretación de las normas en sede procesal, utilizando principios hermenéuticos deducibles del propio ordenamiento, para obtener un resultado no contemplado por la *ratio legis* de aquellas normas.

2. Cierto es que hay una delgada línea de confín entre este modo de proceder y el del que es propio del juez prevaricador o del juez revolucionario, y que pueden surgir muchas dudas si, en un caso concreto, estamos ante uno o ante otro, pero la diferencia existe, por delgada que sea aquella línea. Por decirlo con un término ya acuñado, una cosa es el activismo judicial, que aspira a implantar por la vía jurisdiccional una interpretación que haga entender la obra del legislador de manera distinta a la *ratio* político-jurídica que la inspira, y otra bien distinta, al menos conceptualmente, la conversión del juez en un actor directo de la vida política, o en un funcionario que abusa de su posición. Esta conversión no hace del juez un activista, lo hace un revolucionario o un delincuente, y es un problema menor desde un punto de vista estructural, puesto que se dispone de medios, se utilicen o no, para corregir la subversión o el delito. Es mucho mayor problema el activismo judicial, porque es el propio ordenamiento jurídico quien puede propiciarlo, y desde ese momento, legitimarlo.

3. Aunque la literatura sobre el activismo judicial es relativamente extensa, los límites conceptuales del fenómeno son pacíficos, en términos generales, y se pueden exponer con algo de simplicidad, por más que el fenómeno diste de ser simple, y contenga problemas capitales. Activismo judicial es todo proceso de interpretación en sede jurisdiccional que conduzca a la negación del papel del legislador, sea esta negación mayor o menor, total o parcial, pero siempre encaminada a la huida de la *ratio* político-jurídica de la norma que se interpreta. Cobra especialmente importancia cuando se trata de la norma constitucional y de la técnica de la interpretación evolutiva[24].

4. No hemos de ocuparnos del problema cuando se plantee exclusivamente en sede de jurisdicción constitucional, sino cuando nos encontremos ante la invocación de la

público. Ilustración sumaria, pero que creo suficiente a los efectos que persigue este trabajo, en otro mío: Hic sunt leones. *La dimensión jurídica en la era de la globalización*, en *Derecho Civil Constitucional*, 2015.

24. Como guía para una aproximación, reenvío a mi trabajo *En torno a la interpretación evolutiva*, en *Derecho Privado y Constitución*, 2013, ahora también en *Derecho Civil Constitucional*, 2015.

Constitución y de los valores y principios que de ella emergen por parte de jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial, al que los Tribunales constitucionales no pertenecen. La razón de ello es que la cuestión del activismo judicial por parte de los Tribunales Constitucionales tiene dimensiones propias, por definición no conectadas con la legislación ordinaria (cosa muy diferente es que se produzca con ocasión de esta) y resultados también propios desde el instante en que el juez constitucional puede acabar asumiendo el papel de legislador negativo, no tanto porque lo sea, cuanto por la eficacia *erga omnes* de su sentencia; omito, por razones de simplicidad del discurso, y no ser útil a nuestro propósito actual, la densa problemática de las "sentencias interpretativas"[25]. En cambio, el activismo judicial parte de la existencia de una legislación ordinaria, a la que quiere dar un determinado sentido, con apoyos externos a esa legislación, que no pueden ser otros que las normas, los principios y los valores constitucionales; y obvio es que sus sentencias no tienen eficacia *erga omnes*. La vocación del Juez ordinario activista no es ser legislador negativo, sino la de ser "legislador sustitutivo".

5. No obstante, desde el punto de vista sustantivo y técnico la cuestión de la interpretación evolutiva se plantea tanto para el Juez constitucional como para el juez ordinario en los mismos términos, La controversia sobre originalismo o historicismo en la interpretación constitucional[26], es metodológica y funcionalmente idéntica a la que se mueve entre el obsequio a los elementos literal, sistemático, y finalista, desde su versión histórica, o según "la realidad social del tiempo"[27]

6. Con las anteriores premisas (y prescindiendo en este discurso de la comparación con el *common law*, que sin duda resultaría provechosa, y dejando a un lado también la cuestión de la interpretación evolutiva y sus confines, que en sí misma es estrictamente técnica, y depende, desde el punto de vista de su fundamento en última instancia de lo

25. F.J. Díaz Revorio**,** *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional : significado, tipología, efectos y legitimidad : análisis especial de las sentencias aditivas*; panorama utilísimo en *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale* (*Quaderno predisposto in occasione dell'incontro di studio con la Corte costituzionale di Ungheria*, Palazzo della Consulta, 11 giugno 2010, a cura di M. Bellocci, T. Giovannetti).

26. Reciente versión de conjunto, aunque destinada al anális de la Segunda Enmienda de la Constitución norteamericana, en P.J. Charles, *Historicism, Originalism and the Constitution. The Use and Abuse of the Past in American Jurisprudence*, 2014.

27. El llamado canon o elemento "sociológico", contenido en el artículo 3.1 del Código Civil español, tras la reforma de 1975 del Título preliminar "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, *y la realidad social tiempo en que han de ser aplicadas*, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas". Es norma bien singular, y abre amplios caminos a la jurisprudencia española, aunque, a decir verdad, fiel a su tradición, salvo escandalosas excepciones, se muestra extremadamente restrictiva en su aplicación, privilegiando el elemento teleológico, lo que le permitte dentro de los términos de la ley, escapar al exacerbado positivismo de otras latitudes. Dicho *en passant* esta es la razón por la que en España la crítica (por supuesto necesaria y útil) al "absolutismo jurídico" no se puede mover en el mismo escenario que el Derecho italiano, provisto del "*asfittico articolo 12 Preleggi",* en palabras de P. Grossi.

que se concluya en el discurso que sigue) para mí no hay nada más que un activismo judicial legítimo, el que partiendo de los principios constitucionales que regulan los derechos fundamentales, derive reglas concretas más allá de la omisión legislativa, cuando esta suponga una clara falta de tutela de aquellos. Además, como ha de concretarse, ese activismo judicial, ni puede ni debe ser siempre de la misma intensidad, y está sometido a precisos límites. Solo en este contexto y límites el juez puede ser activista: fuera de él es o prevaricador o revolucionario.

7. Es innegable que los principios constitucionales inciden cada vez más en la actividad judicial; pero según una poderosa y reciente tendencia, no basta ya con utilizar entre las diversas posibilidades de interpretación la más cercana al texto constitucional, sino proponer la actuación directa de este en un caso concreto, cuando la normativa sectorial no suministre la tutela adecuada. Se dice que esta debe ser gobernada por el principio de efectividad. Dicho principio de efectividad se refleja en las exigencias de tutela sustancial de los intereses protegidos y de un proceso justo[28]. Su técnica príncipe son los remedios, su fundamento los principios constitucionales internacionales, comunitarios e internos, sus ejecutores los jueces.

8. Pero las afirmaciones anteriores, tomadas en su generalidad, sin los matices adecuados, nos conducirían (salvo que las indicaciones del legislador fueran absolutamente precisas y aptas para la satisfacción de los intereses protegidos, y conformes a los principios constitucionales) a una habilitación a los jueces para pasar *per saltum* de los principios a las reglas que el legislador omisivo debió promulgar y no promulgó, o puso en vigor sin la eficiencia jurídica suficiente para tutelar aquellos intereses. Todo ello abre un universo de graves problemas.

9. Desde luego, para mi es claro que la habilitación indicada no puede consistir en adjudicarle al Juez papeles que no tiene constitucionalmente. En la medida que aquella habilitación se asigne, no puede exceder el principio de separación de poderes. Pero sería muy fácil y desde luego totalmente farisaico (y por otra parte absolutamente irreal) ante la creación judicial del Derecho rasgarse las vestiduras y acusar un quebrantamiento del principio de separación de poderes. Quienes así razonan olvidan que lo esencial del mismo, ahora, y desde el inicio de la Modernidad jurídica, no es tanto la inevitable función creadora del Derecho por el Juez[29], como señala Cappelletti, sino la supremacía del Parla-

28. G. Vettori, *Il contratto europeo fra principi e regole*, 2015, pp. 19-31.

29. M. Cappelletti, en su obra *Giudici legislatori?*, 1984, *passim*, expone una clara demostración de que el proceso de creación del Derecho es idéntico para el Legislador y para el Juez, y que el problema no versa sobre la alternativa creación o no creación judicial del Derecho, sino los modos y límites de la creatividad judicial. Dichos límites son intrínsecos a la propia tarea de juzgar, desde el instante en que el Juez tiene un deber de fundamentar las decisiones, bien en normas, bien en precedentes jurisprudenciales, pero atendiendo a que cada conflicto en sí mismo considerado es nuevo y único como situación de hecho. Cuando el juez acomoda su decisión a la técnica del *distinguishing* o al argumento *a contrario,* no está invadiendo la competencia del legislador sino

mento, en última instancia. El problema es otro (como el propio anuncia desde el mismo título de una obra en la que se interroga sobre si los jueces pueden ser legisladores), el de la relación entre principios y reglas *en un preciso dominio y un singular momento, el de la interpretación-aplicación en el caso concreto*[30]. Por razones obvias, en ese preciso momento, la función del Juez está por encima de cualquier otra. Ello es claro: si no fuese así, se le estaría despojando de su papel constitucional que se desempeña *en el caso concreto*, y conviene resaltar que tanto principios como reglas son material imprescindible para esa tarea[31]

10. En todo caso el mandato al Legislador de actuar normativamente los derechos fundamentales no tiene menor intensidad que el dirigido a los jueces de protegerlos en el momento de la interpretación-aplicación. Es más, es tarea prioritaria de aquél, y el olvido de ello, juntamente con la necesidad técnica (como presupuesto de la accionabilidad ante la jurisdicción constitucional) de imputar a un acto de un Poder público, en este caso al

poniendo de manifiesto que la interpretación no tiene un resultado final, mecánica e inequívocamente predeterminado*;* y ese resultado tiene que estar presidido por el buen sentido y el uso habitual de las palabras. Añado por mi cuenta: ese buen sentido y ese uso habitual no puede ser una pura determinación autorreferencial, pues entonces estamos ante el "Derecho libre" (lo que expresamente rechaza Cappelletti) entre otras cosas porque se debe asegurar el tratamiento par a los ciudadanos y dotar a las decisiones judiciales de predictibilidad económica, y eso exige la vinculación o al precedente o la ley, que según el caso serán objeto de una aplicación inmediata con la subsunción, y otras con más elevado grado de arbitrio. En relación con este punto, remito de nuevo a A. Nieto (*El arbitrio judicial*, cit.).

30. Cappelletti, *op. cit*.

31. En un agudo e interesante ensayo, *Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional* , en *Jueces para la Democracia*, 1996, p. 41 ss, J.C. Bayón pone de manifiesto que en la querella sobre los poderes del Juez se introduce precisamente la distinción entre principios y reglas, de manera que la utilización de los principios parece ser el soporte de un nuevo juez garante de los derechos, mientras que las reglas determinarían un papel de dicho juez más cercano al de un aplicador de las leyes exclusivamente, con escaso margen para una jurisprudencia creativa. Uno vendría a ser el Juez del Estado Social de Derecho, el segundo el del Estado Liberal. Con suma precisión y certeza, Bayón descabalga tales argumentos maniqueos porque ningún ordenamiento puede prescindir del valor ordenador de los principios, tanto en su propia eficacia, como en la orientación de la eficacia de las reglas, a lo que añade que ningún sistema de reglas es tan autosuficiente como para no necesitar de la interpretación-aplicación judicial con mayor o menor intensidad creativa, salvo extraordinarias excepciones. En última instancia, los límites del poder del Juez los marca , con su producción normativa, el Legislador ordinario. Cosa bien distinta es que el Legislador no establezca reglas, o bien las que establece se acojan a la técnica de las cláusulas generales o los conceptos jurídicos indeterminados. Tanto en un caso, como en otro, el Juez no puede dejar de cumplir su deber de resolver los casos concretos, porque la inactividad del legislador no le excusa, en el primer caso, y en el segundo es el propio Legislador el que le autoriza. Añado que si su actividad se desliza, en estas circunstancias. al activismo político –ideológico, ello es posible, pero corregible por el propio sistema, con mayores o menores dificultades según las circunstancias, aunque no hay que olvidar que en una perspectiva final, todo cuerpo intrínsecamente extraño a la plausibilidad y al consenso general, acaba siendo expulsado. En cualquier caso, el principio democrático ha de ser siempre enérgicamente afirmado. Bayón termina su brillante frase ensayo de esta forma: "Pienso que haríamos bien en no olvidar estas palabras: *"El cándido ciudadano tiene que confesar que si la política del gobierno acerca de cuestiones vitales que nos afectan a todos ha de ser irrevocablemente fijada por las decisiones de la Corte Suprema…el pueblo habrá dejado de gobernarse a sí mismo, al haber puesto en la práctica su gobierno en las manos de ese eminente Tribunal*". Y también haríamos bien en no olvidar quien las escribió. No fue Robert Bork ni Antonin Scalia. Fue Abraham Lincoln".

judicial, la vulneración del derecho fundamental (la famosa "finta alemana"), nos han hecho perder de vista que la actuación de los derechos fundamentales debe ser la principal ocupación del Legislador[32].

11. A decir verdad, la relación entre principios y reglas (atributivas de derechos, pensamos ahora) y la conexión entre unos y otras en la tarea de la interpretación-aplicación por los jueces, hoy de rabiosa actualidad y puesta en el centro de los problemas del universo jurídico, tiene su propia y larga historia, con independencia de haber sido desde el punto de vista filosófico político jurídico generadora de encuentros y desencuentros que en mi opinión no tendrán fin[33].

12. No obstante, y aunque no pueda perderse de vista este denso cúmulo de cuestiones, al civilista le ha sido concedido el privilegio de ser el guardián de la vida jurídica íntima de las personas y puede prescindir de mediar en la disputa de la visión ontológica del problema, y se le permite descender a la humilde facticidad de lo cotidiano, a la entraña del derecho o interés vulnerado en un caso concreto. Cuando se habla de prescindir de una visión ontológica o esencialista del problema, no se pretende la negación de la diferenciación entre principios y reglas[34], sino la afirmación de que nuestro problema en la interpretación-aplicación está, más que en la dilucidación de la esencia, en la pragmática determinación de grados, límites, restricciones para los jueces, en el diálogo entre principio y regla atributiva de un derecho.

13. La consciencia jurídica de la existencia de principios y reglas, a mi juicio, sólo es útil en la medida de que se consideren a ambos dos partes de un mismo territorio jurídico, sellado por la continuidad. Cualquier intento formalista de distinción, se utilice el criterio que se utilice, no añade nada a su comprensión de cara a su utilidad práctica. Cualquier intento sustancialista de verlos como ámbitos estancos vulnera la esencial unidad del ordenamiento, de manera aumentada cuando se trata de resolver cuestiones al calor de ordenamientos que se entrecruzan. Y es que no debemos olvidar que la existencia de principios y su traducción en reglas por los jueces son una necesidad inmanente en todo sistema jurídico[35]. Que ni siquiera los sistemas de Derecho civil codificado se hayan dado por satisfechos con los principios sacados por inducción de los textos legales ha sido el primer hito del camino de la teoría de los principios generales del Derecho, cuya principal

32. A este respecto, y con su indiscutible autoridad, K. Hesse, *Verfassungsrecht und Privatrecht*, 1988, *passim*.

33. Una presentación crítica de las principales doctrinas (R. Dworkin, H.L. Hart, R. Alexy, G. Zagrebelsky, M. Atienza y J. Ruiz Manero), y defensa de la propia posición se encuentra en L. Ferrajoli, *El constitucionalismo entre principios y reglas*, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2012, p. 791 ss.

34. Obviamente no me refiero, antes bien, está en las raíces de mi afirmación, a esa otra ontología social de que habla G. Vettori, *Il contratto*, cit., p. 59, y la consiguiente valoración del contrato como acto social, y la necesidad de un dialogo intenso con otras ciencias.

35. Para todo lo que sigue, me acojo al pensamiento de J. Esser, en el esencial libro *Grundsatz und Norm in der richterlichenfortbildung des Privatrechts,* 1956.

problemática es precisamente su traducción a reglas aplicables a la resolución judicial de un caso concreto. Esta es exactamente la cuestión que nos ocupa en estos momentos, cuestión que aparece ahora simplificada en lo relativo a las fuentes de legitimación de los principios, pues hablamos de la más indiscutida de ella, la constitucional, derivada de los Tratados o de las Constituciones nacionales.

14. Si aceptamos, como creo no puede ser de otra manera, que la heurística de los principios debe huir tanto del intento positivista de subordinarla al material positivo preexistente, como de ponerla en dependencia de cualquier pensamiento iusnaturalista axiomático, hay que partir de que para la conversión del principio en regla no podemos esperar ninguna buena orientación que no sea la observación del proceso real de la creación efectiva de Derecho.

15. En efecto, un principio jurídico no es un precepto jurídico y, ni siquiera una norma en sentido técnico, en tanto no contenga algún tipo de instrucción vinculante para el legislador y para el juez, y ello solo tiene sentido si cristaliza en una forma de protección del derecho o interés, y que solamente lo es tal si a su vez cristaliza (valga la redundancia) en un remedio adecuado. Determinar los contornos de este remedio es función exclusiva del Juez, a la que efectivamente no hay que ver como una anomalía[36], sino como exacto cumplimiento del papel constitucional que le ha sido conferido. Si partimos de la base de que hay un inescindible *continuum* entre principios y reglas, la estrechez de estas no puede impedir el despliegue de plenitud de la tutela, y ese despliegue para el caso concreto no puede ser más que obra de la jurisprudencia.

16. Empero, conviene afinar el discurso en torno a la omisión del legislador, tanto absoluta al no legislar, como provocada por su deficiencia al hacerlo. Esta omisión no puede ser para los jueces una barrera absoluta y es siempre una posibilidad, aunque no siempre de la misma intensidad.

17. La omisión legislativa no puede ser una barrera absoluta, porque si partimos de la existencia de un principio jurídico, la falta de *interpositio legislatoris* no puede privarle de todo valor en vía judicial. Cosa distinta es hasta dónde puede llegar la efectividad de ese valor. El tratamiento de los remedios frente a tal omisión debe ser distinto cuando en el litigio concreto se plante la eficacia de un derecho fundamental *stricto sensu* (esto es, tutelable en amparo), la de un derecho de relevancia constitucional (las llamadas garantías institucionales), la de principios programáticos como mandato al legislador, o la derechos subjetivos sin directa relevancia constitucional.

18. No obstante dicha diversa intensidad, la omisión legislativa es siempre una posibilidad, aunque conviene tener presente que la derivación de una regla desde un principio es operación delicada, pues depende de cada principio y su significación en el conjunto del

36. *Il contratto*, cit. p. 29.

ordenamiento. Es labor que aboca a delicadas tareas técnico-jurídicas, y siempre sutiles valoraciones, como consecuencia de que la interpretación judicial (toda interpretación) parte de la actitud u orden del espíritu que se ha llamado "precomprensión". Esta, desde luego, en el razonamiento judicial no equivale a arbitrariedad, sino al recurso a cánones de plausibilidad social de la decisión, adoptada en el marco de las alternativas legales y con sólidos referentes en la dogmática consolidada; pero no cabe la menor duda de que la "precomprensión" dota de una amplitud a aquel razonamiento, que no se ve enteramente confinado dentro de una mecánica deducción de los efectos de una norma[37].También ha de tenerse en cuenta que la barrera de la *interpositio legislatoris* será de muy diversa densidad en función de la importancia social de un principio, en un dado contexto histórico y de los consensos en él dominantes[38].

19. Ello, obviamente, no excluye que el Poder legislativo no ejerza su supremacía, negando con *contrarius actus* una dada línea jurisprudencial, o impidiendo su nacimiento con regulaciones restrictivas, constitucionalmente aceptables. Pero tal intervención, presupuesta su legitimidad constitucional, es inherente al principio de separación de poderes, y en sí misma, no puede limitar con carácter general la potestad de los jueces de derivar de los principios, derechos, o más exactamente, hacer operativo un principio en regla aplicable, y no puede porque esa limitación general también sería contraria a aquel principio.

20. Un remedio esencial para corregir los excesos del activismo judicial es una buena estructura del recurso de casación, que privilegie su función nomofiláctica, y a cuyo

37. J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterchlicher Entscheidungpraxis*. 1972, especialmente p. 33 ss.

38. Es paradigmática en esta incumbencias la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional que opta por un máximo despliegue de eficacia del artículo 51 Constitución española (protección de consumidor), incluso para constreñir el contenido esencial de la libertad contractual (derivada necesaria de la libertad de empresa, artículo 38 de la Constitución española), aunque con necesidad del subsidio de otros títulos competenciales; son precisamente aquellos que justifican que el contenido esencial de la garantía *ex*. artículo 38 de la Constitución no desborde su ámbito natural en el Estado social; ámbito natural que pasa por concebirla solo de manera limitada como un "derecho de libertad", y ello por la presencia de otros valores constitucionales específicos- A saber: el principio de igualdad ex. artículo 14 de la Cobnstitución española., como rector de la protección del contratante débil; el derecho a la salud (artículo 51); el íntimamente conectado con éste último derecho a la seguridad, aunque posiblemente es de radio más amplio, porque se intenta evitar la peligrosidad del producto en sentido amplio, lo que coloca al fondo incluso el derecho a la vida (artículo 15 de la Constitución); no deja de tener incidencia también el artículo 47: el adquirente de una vivienda, en el tráfico en masa inmobiliario es también un contratante débil. Se podría aducir que incluso pueden reforzar, de manera más o menos directa el mandato del artículo 51 todos los títulos constitucionales que embridan la actividad económica para no deteriorar intereses colectivos. Existe, pues, una relación dialéctica entre el artículo 38 y el artículo 51, ambos de la Constitución. De todos modos, este es argumento a manejar ponderadamente, y desde luego no de manera expansiva, sobre todo porque el exceso en estas incumbencias podría afrentar de manera constitucionalmente inaceptable la garantía institucional del artículo 38: la compresión que sobre su núcleo ejerza el artículo 51 y sus derivadas no debe olvidar más allá de lo razonable la diferencia de magnitudes constitucionales entre ambos preceptos, ya el primero representa una garantía institucional, y el segundo un principio rector de la política económica y social, y entre ambos hay un escalón.l en la protección: cfr. artículo 53 Constitución española**.**

desempeño sea fácil el acceso. Solo puede privilegiarse dicha función estrechando cuanto más mejor la presencia de los hechos como elemento del juicio. En páginas imperecederas se puso de relieve que la ausencia de análisis de los hechos, por si sólo posible en casos concretos, y que tiende a teñirse de juicios de valor sobre la conducta de las partes, es la única vía que puede garantizar las finalidades primarias del recurso, establecer una interpretación uniforme de la ley, y así evitar desigualdades de trato y padecimientos de la seguridad jurídica; y en consecuencia la verdadera esencia de la casación[39].

Esta esencia no debe venir afectada por el interés de las partes en obtener un pronunciamiento favorable para la realización de su derecho en concreto, interés que también late en el recurso de casación, desde el instante en que la potestad impugnatoria pertenece a los particulares destinatarios de la sentencia de instancia. En este extremo no cabe tener planteamientos simplistas de la finalidad del proceso, privatista o publicista que sea. Pero hay que subrayar que la historia de la paulatina invasión de los hechos en la casación, a la que originariamente siempre estuvo vetado el *error facti in iudicando* de la sentencia impugnada, es la historia de la decadencia y de la falsificación del recurso de casación mismo.

No significa lo que estoy diciendo que la dimensión jurídica de los hechos no haya de ser tenida en cuenta, pero eso impone que la apreciación y alcance de esa dimensión es también nomofiláctica, porque se refiere a la preservación del sentido y finalidad de las normas probatorias, de las que califican jurídicamente las declaraciones de voluntad y de las que gobiernan la interpretación de estas[40]. Todas estas afirmaciones abren un universo de problemas, algunos de gran calado, y no pueden ser abordados en este trabajo.

21. Otro remedio esencial para evitar los excesos del activismo judicial es que por parte de los jueces se tenga rigurosa observancia de que el papel de la jurisdicción ordinaria, que a ellos está conferido en exclusiva, no ha de confundirse con el adjudicado a la jurisdicción constitucional. Dicho de otra forma, el dialogo, del juez ordinario es principalmente con la ley, y el del juez constitucional con la norma fundamental.

Esta afirmación es tan obvia que puede parecer superflua, pero todos sabemos perfectamente que esos diálogos se entrecruzan desde el instante en que para el juez ordinario es un mandato inexcusable la *interpretatio secundum Constitutionem*, y ello crea un complejo mundo de interrelaciones con la apreciación de la constitucionalidad de las leyes, última entraña de la función de la jurisdicción constitucional.

Ahora bien, ese complejo mundo tiene precisas reglas para uno y otro juez, que no les consienten subrogarse uno en el papel del otro, y a ninguno de los dos en el papel del

39. Así lo veía P. Calamandrei, en el archiclásico *La casación civil*, traducción española, 1959 vol. I, *passim*, con rotundo pronunciamiento en pp. 155-156.

40. A.M. Lopez y López, *La interpretación de los contratos*, 2017, pp. 30-40.

legislador[41]. En efecto, el juez ordinario debe partir siempre de la legitimidad del mandato del legislador y no pretender que la interpretación de la Constitución le permite apartarse de ese mandato. Cosa distinta es que, con el auxilio de los tradicionales métodos de interpretación y surgido un auténtico *casus dubius*, la incertidumbre resultante deba resolverse en el sentido más próximo a los principios y a los valores constitucionales. Pero más allá no hay extensión de la jurisdicción, porque de constatar el juez la contrariedad de la norma a aplicar con la Constitución el único remedio del que dispone, dentro de nuestro sistema continental, es plantear la cuestión de constitucionalidad.

5. La impenetrabilidad del acto de juzgar en sí mismo y la necesidad de cumplir requerimientos de un razonamiento judicial que salvaguarde seguridad jurídica e igualdad de los justiciables conduce a límites predicables del acto concreto.

1. Al gran genio del filósofo[42] no escapaba que esta lógica de la objetividad no elimina la subjetividad del juez: queda el juzgar en su parte más delicada y secreta, el momento en el cual el *hombre-juez,* "no se sabe si con su inteligencia o su voluntad o con todo si mismo, dice la última palabra". *Tu magis scire potes, ex sententia animi tui existimare potes!,* queda siempre como la reverencia a "un momento eterno del juzgar". Y se acerca al pensamiento la frase del *Justice* Marshall, siempre mal entendida, porque no es una frase cínica, sino descriptiva de ese eterno momento, para el juez *crux et carnificina officii sui*: "nosotros no hablamos al final porque seamos infalibles, somos infalibles porque hablamos al final"[43]. Ahora bien, a este último momento, no sometible a análisis, y por consiguiente, aún menos a regla, el juez llega a través de la mediación de la lógica objetiva, y a través del proceso, que es el cauce de aquella mediación; y pasadas estas pruebas de fatigosa y controlable objetividad, puede descender a su elección, con tranquilidad de conciencia, por mucho que sea y sólo sea un acto de libertad.

2. Ahora bien, esas pruebas de fatigosa y controlable objetividad, desenvuelta en la mediación del proceso, no son otras que las ya apuntadas: el respeto a la obra del legislador y de los mecanismos constitucionalmente previstos para cuestionarla; la especial atención a los criterios de un verdadero control nomofiláctico, depurado de hechos; el exquisito respeto del propio ámbito jurisdiccional; el del propio ámbito competencial; y el del procedimiento legalmente establecido, y el especial cuidado en la motivación de la sentencia, exigida rigurosamente, en aras de la certeza del Derecho y la no indefensión para las partes.

41. En la literatura española disponemos de dos excelentes ensayos que delinean perfectamente el papel del juez ordinario y sus relaciones con la Constitución y la Ley: L. Diez Picazo, *Constitución, Ley, Juez*, en *Revista española de Derecho Constitucional,* nº 15, septiembre-diciembre 1985, pp. 9-23; M. Aragón Reyes, *El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*, en *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* I 1997, pp. 179-202.

42. G. Capograssi, *op. cit*.

43. L. Tribe, *American Constitutional Law*, 1978, p. III.

3. En conclusión, recuperar el juicio, al no ser posible eliminar la subjetividad antes descrita, es tarea solo posible desde un legado que permanece vivo, aunque tenga que hacer las cuentas con un ordenamiento cuyos pilares no son los del Estado liberal, y esos pilares tienen su principal expresión en la potente arquitectura jurídico política de dicho Estado. Unos jueces que tengan rigurosamente delimitada por la ley su carrera, con responsabilidad política y jurídica del Ejecutivo que la actúa; unos jueces que vivan con la conciencia de la supremacía del Parlamento, lo que es equivalente a respetar en la tarea no sólo los términos de la ley, y ello no significa otra cosa sino que el respeto se extiende primordialmente a la ratio – político jurídica de la mayoría que da lugar a ella[44], obviamente siempre dentro del marco constitucional; unos jueces que acomoden su razonamiento a los consensos sociales básicos y la doctrina consolidada; unos jueces cuya actividad venga, en última instancia, depurada por un alto y verdadero control nomofiláctico, ausente de la valoración de los hechos; unos jueces que ejerzan la jurisdicción sabiendo que una cosa es la interpretación de las normas ordinarias según la Constitución, y que carecen de jurisdicción constitucional propia, teniendo sólo como potestad propia elevar las dudas a quien tiene esa jurisdicción; unos jueces que acepten que la *Drittwirkung* es principalmente tarea de legislador[45], y a ellos solo compete directamente ante las "discriminaciones odiosas"; unos jueces con escrupuloso respeto del propio ámbito jurisdiccional, y competencial; y del procedimiento legalmente establecido, siempre con especial cuidado en la motivación de sus resoluciones… serán jueces ajenos a las tentaciones de la arbitrariedad y de la política, por mucho que es, no solo inevitable, sino también sano, reconocer cuanto puede haber de creativo en la interpretación y aplicación del Derecho en el proceso.

44. Sobre este punto, vigorosamente, y a mi parecer, de manera irrefutable, S. Cotta, *op. loc. ult. cit.*
45. K. Hesse, *op. cit.*

IL CRITERIO DELL'IMPLICITO NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO E LA SUA DIALETTICA CON IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ

Giuseppe Morbidelli
Prof. ordinario Università di Roma "La Sapienza"

Sommario: 1. L'implicito come criterio ermeneutico. – 2. L'implicito nel potere regolamentare delle Autorità indipendenti. – 3. L'implicito nei provvedimenti amministrativi e il suo rapporto antitetico con il principio di tipicità. – 4. Il provvedimento implicito perché non espressamente esteriorizzato. – 5. I provvedimenti impliciti per derivazione da principi generali non scritti. – 6. I provvedimenti impliciti per estensione dell'oggetto. – 7. Conclusioni

1. L'implicito come criterio ermeneutico.

L'implicito è nozione e criterio costante del diritto. Costituisce la premessa e il risultato di un criterio interpretativo usato già dai giuristi romani. Se volessimo, anche le dispute circa i confini dei poteri dell'Imperatore del Sacro Romano Impero e delle frastagliate e diffuse comunità intermedie dell'epoca medievale ruotavano sovente attorno alla sussistenza o meno di poteri impliciti. Come pure, nelle forme di governo improntate alla monarchia costituzionale, si era soliti ravvisare una serie di poteri impliciti del Sovrano[1]. È comunque scontato che il criterio dell'implicito è praticato in tutti i settori del diritto: per restare nella nostra Costituzione, da essa si ricavano ad es. limiti impliciti al potere di revisione costituzionale, limiti impliciti del referendum abrogativo, limiti impliciti della libertà di manifestazione del pensiero. E sempre dalla Costituzione si ricavano diritti "impliciti" (i *penumbral rights* dell'esperienza statunitense) dedotti ed individuati sulla scia di diritti espressamente riconosciuti: sono tali ad es. il diritto alla *privacy*, il diritto all'informazione, il diritto all'obiezione di coscienza. Il criterio dell'implicito è del resto comunemente praticato nella interpretazione contrattuale (sia tramite il brocardo "nel più vi sta il meno", sia attraverso il ricorso alla clausola della buona fede).

Con riguardo specifico alla definizione della sfera di poteri, il criterio ha ricevuto positivizzazione, e dunque acquisito una legittimazione superiore a quella nascente dalla pura logica interpretativa nella Cost. USA (art. 8, n. 8). Da tale previsione è nata la dottrina della *necessary and proper clause*, così come proposta e motivata nel caso *MacCulloch v. Maryland*[2].

1. Sulla presenza di consistenti poteri d'influenza impliciti e espliciti, da parte del monarca, attraverso l'esecutivo, o in quanto capo dello Stato: v. ora M. Kirsch, *Monarch und Parlament im 19. Jahrhundert. Der monarchische Konstitutionalismus als europäischer Verfassungstyp*, Göttingen, Vandenhoeck u. Ruprecht, 1999.

2. Nel noto caso *MacCulloch vs Maryland*, 17 U.S. 316 (1819) (consultabile sul sito: *http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a1_8_18s14.html*) in cui si ebbe ad affermare che "se lo scopo è legittimo e costituzionale

Sulla base di essa la Corte Suprema ha considerato "potere implicito" del Congresso, tra l'altro, la creazione di un ampio diritto penale federale, la regolamentazione del diritto del lavoro, l'esecuzione di ispezioni parlamentari, la fondazione di altri tipi di società private oltre alle banche, la possibilità di impiegare tutti i mezzi possibili, anche la confisca, per l'esazione delle tasse, il diritto di espropriazione, il diritto di negare l'accesso agli stranieri o di espellerli[3]. La tematica dei poteri impliciti trova continua applicazione con riguardo al profilo del riparto di competenze tra enti territoriali o anche tra organi, e massimamente in ordine al riparto di competenze tra Stato centrale e enti territoriali anche se con terminologie variegate: nel diritto tedesco si usa in genere il termine *ungeschriebene Kompetenzen* (competenze non scritte), ma si hanno anche espressioni quali "*mitgedachte Kompetenzen*" ("competenze sottointese"), o competenze annesse (*Annexkompetenzen*), o competenze derivate dalla natura delle cose (*Kompetenzen kraft Natur der Sache*) o competenze che derivano dalla peculiare relazione tra diversi ambiti di regolamentazione (*Kompetenzen kraft Sachzusammenhang*). Talvolta anzi viene applicato anche se non espressamente richiamato: ad es. la notissima sentenza 303/2003, della Corte Costituzionale è leggibile nel senso che è implicita nell'art. 118, comma 1° Cost., l'attribuzione di una competenza legislativa allo Stato (additiva rispetto a quelle di cui all'art. 117) atta a disciplinare funzioni che richiedono, per ragioni di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, un esercizio a livello centrale.

La teoria dei poteri impliciti è comunque propria di ogni ordinamento e di ogni testo normativo (a meno che questo non lo escluda espressamente), anche in carenza di clausole "abilitanti" come quella della Carta costituzionale nordamericana. Risponde anzi ad una esigenza di interpretazione evolutiva, in quanto consente di adattare la normativa (specie quella dotata di rigidità, come le costituzioni moderne) via via ai bisogni del tempo[4].

Inutile dire poi che il potere implicito costituisce un principio proprio del diritto internazionale pubblico: un trattato internazionale comporta anche la presenza di previsioni, pur non espresse, ma che risultino essere necessarie per la ragionevole applicazione delle previsioni dello stesso trattato e per il raggiungimento dei suoi scopi. Esso del resto ha una espressa canonizzazione nell'art. 352 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), già art. 235 del Trattato di Roma, che autorizza "*ogni azione della Unione che appare necessaria nel quadro delle politiche definite dai trattati per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine*". Di talché, per

allora tutti i mezzi che sono appropriati e vengono adottati chiaramente al fine di raggiungerlo e che non sono espressamente vietati dalla Costituzione, ma anzi sono coerenti con il testo e lo spirito della Costituzione, sono costituzionali".

3. Per una trattazione sintetica di questa dottrina v. L. Tribe, *American Constitutional Law*, Mineola-New York, 1988, p. 300 ss.

4. V. in tal senso già A. Levi, *La teoria hamiltoniana degli* implied powers *della Costituzione,* in *Accademia Nazionale dei Lincei, Rendiconti della classe scienze morali, storiche e filologiche*, serie VIII, vol VI, 1952, p. 513.

quanto tale ordinamento sia nato come titolare di "competenze d'attribuzione", cioè di *enumerated powers*, si è subito caratterizzato come un sistema orientato in senso finalistico; il che è ben percepibile ove si consideri la progressiva espansione delle competenze comunitarie, la cui causa prima è data dal fatto che le competenze della Corte sono formulate in termini finalistici, ovvero secondo una tecnica redazionale che le rende più simili a "titoli trasversali", che non a vere e proprie "materie". Sicché è acquisito che la competenza attribuita ad un'istituzione europea le conferisce nel contempo anche il potere di adottare misure che non sono previste espressamente e "nominatamente" nei trattati, ma risultino essere indispensabili per assicurare un esercizio efficace e appropriato di tale competenza. Le competenze non vengono cioè dedotte da un'analisi degli obiettivi dei trattati, bensì dal fatto che esse servono all'esercizio dei poteri di cui la Unione è già dotata[5].

2. L'implicito nel potere regolamentare delle Autorità indipendenti.

La problematica ha avuto nel nostro Paese una forte ripresa di interesse a seguito della istituzione delle autorità amministrative indipendenti, con attribuzioni alle stesse di poteri regolamentari definiti per obiettivi, al punto di essere definite come "deleghe in bianco". Si è così assistito ad una lettura estensiva delle competenze di tali Autorità onde tener dietro al progresso tecnologico, alle dinamiche prodotte dalla globalizzazione e dalla concorrenza, alle esigenze di sicurezza via via emergenti. In realtà in questi casi più che di competenze implicite (e dunque di espansione per via interpretativa-evolutiva delle competenze) si deve parlare di competenze "generiche" assegnate dalla legge: in tal maniera debordando dai principi che devono regolare l'attribuzione del potere regolamentare, tanto più se avente ad oggetto materie coperte da riserva di legge. Ma sappiamo che ha prevalso la tesi "legittimista": da un lato osservandosi che le carenze di legalità sostanziale sono compensate dalla c.d. legalità procedurale, ovvero da un procedimento aperto alla consultazione da tutti gli interessati, e al connesso obbligo di tenerne conto, dall'altro attraverso il rilievo per cui la riserva di legge viene soddisfatta non soltanto dalla *interpositio legislatoris*, ma anche attraverso i principi e le regole ricavabili dal sistema ordinamentale che rendono in concreto l'atto "raffrontabile"[6]. Tanto più che le materie di competenza delle autorità indipendenti sono costellate da criteri e regole di ordine tecnico. In altri termini, la naturale flessibilità e mobilità delle materie affidate alle cure delle Autorità indipendenti fa sì che non si prestino ad essere guidate da *standards* predeterminati. Questo è però controbilanciato dal fatto che

5. Su questo tema v. per tutti R. Calvano, *I poteri impliciti comunitari. L'art. 308 TCE come base giuridica per l'espansione dell'azione comunitaria*, in S. Mangiameli (a cura di), *L'ordinamento europeo. L'esercizio delle competenze*, Milano, 2006, p. 91 ss.

6. V. sul punto e più ampiamente G. Morbidelli, *Il potere regolamentare di Isvap dopo il codice delle assicurazioni*, in A. Pisaneschi, L. Violini (a cura di), in *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione*, *Scritti per Giovanni Grottanelli De' Santi*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 897-927; Id., *Il principio di legalità e i poteri impliciti*, in *Studi in memoria di Vincenzo Caianiello*, Napoli, 2008, pp. 497-563.

standards univoci sono ravvisabili nelle regole della tecnica (quelle che una volta si chiamavano le "regole dell'arte"), cui tali Autorità devono di necessità ricorrere e per l'appunto la giurisprudenza ha costantemente rilevato che il principio di legalità è inverato quando si tratta di norme "*confacenti al particolare ambito tecnico - specialistico cui si riferiscono*"[7]. Tanto che, tra l'altro con riguardo alla disciplina di sanzioni amministrative (quindi a stretta legalità), si è affermato che è ammissibile nella normativa regolamentare una certa "*elasticità nella puntuale configurazione e nella determinazione delle condotte sanzionabili*", purché "*esse siano riferibili a principi enunciati da disposizioni legislative o enucleabili dai valori che ispirano nel loro complesso le regole di comportamento che caratterizzano la scala di doveri propri della funzione esercitata*"[8]; specialmente quando il contenuto dei valori tutelati dalla norma è tale da rendere impossibile "*prevedere tutti i comportamenti che possono lederli*"[9]. Del resto, con riguardo alle istruzioni di vigilanza, espressione del potere regolamentare di Banca d'Italia, si è messo in luce che la loro rispondenza al principio di legalità nasce dal fatto che si muovono entro criteri oggettivi, ricavabili dalla regolamentazione tecnica del settore bancario[10]. Ne deriva che in tali istruzioni, come nei regolamenti Consob o Ivass, laddove dettino disposizioni aventi ad oggetto materie di carattere tecnico come l'adeguatezza patrimoniale, il contenimento del rischio, le partecipazioni detenibili, l'organizzazione contabile, i controlli interni, etc., l'inveramento della legalità viene assicurato attraverso le relative regole tecniche che nascono dalla dottrina, dalla pratica, dai principi deontologici, le quali appunto garantiscono la cosiddetta "raffrontabilità"[11]. Si tratta di un *modus* interpretativo analogo a quello riscontrabile negli Stati Uniti, ove la giurisprudenza della Corte Suprema è consolidata nel ritenere costituzionale il potere delle agenzie di emanare norme sostanziali anche in base ad una "*generica attribuzione di potere di emanare e promulgare tali norme e regolamenti se ciò è necessario a perseguire i fini stabiliti dall'Atto*"[12]. In altre parole, la delega di un potere normativo generico (*general rulemaking*) garantisce anche la delega del potere di emanare norme sostanziali specifiche: questo viene definito principio del *general grant of power*, principio che - come nella nostra giurisprudenza - si basa sulla necessità di rendere l'agire amministrativo più efficace e efficiente possibile e che la Corte Suprema giustifica ancora sulla base dei moderni sviluppi della crescente complessità dei problemi da affrontare: "*In our increasingly complex*

7. V. Cass., Sez. I, 7 aprile 1999, n. 3351, in *Giust. civ. mass.,* 1999, p. 770.

8. V. Corte Cost., 24 luglio 1995, n. 356, in *Giur. cost.*, 1995, I, p. 2631.

9. V. Corte Cost., 8 giugno 1981, n. 100, in *Giur. cost.*, 1981, I, p. 843.

10. V. Cass., Sez. I, 23 marzo, 2004, n. 5743, in *Foro amm. CdS,* 2004, p. 679.

11. Si potrebbe aggiungere che, a fronte di norme tecniche, la giurisprudenza costituzionale non solo riduce il tasso di raffrontabilità, ma legge con minore rigore il riparto di competenze tra Stato e Regioni (si rinvia sul punto a A. Contieri, *Normative tecniche come limite all'attività normativa*, in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo Annuario,* 2004, *Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione*, Milano, 2005, p. 105).

12. *In re Permanent Surface Mining Reg. Litig*., 653 F. 2d, 514 (D.C. Cir. 1981).

society, replete with ever changing and more technical problems, Congress simply cannot do its job absent an ability to delegate power under broad general directives"[13].

Ma – come sottolineato più sopra – questo non è tanto un problema di potere implicito, quanto è un problema di potere generico, di talché la estensione del perimetro oggetto di regolamentazione è da ricondurre più che al criterio dell'implicito (o dell'inerenza o della strumentalità), all'assenza di criteri. Anche se resta il fatto che sia nel caso delle Autorità indipendenti, sia di qualunque potere normativo, la individuazione della relativa sfera di competenza di necessità segue il criterio dell'implicito (o della connessione o della continenza o della strumentalità) in quanto criterio ermeneutico "logico".

3. L'implicito nei provvedimenti amministrativi e il suo rapporto antitetico con il principio di tipicità.

Diverso il discorso quando si va a parlare di provvedimenti, cioè di misure specifiche e concrete. Questo perché l'implicito nel provvedimento amministrativo ha da confrontarsi con il principio di tipicità che significa connessione fissata dalla normativa tra i vari elementi dell'atto e predeterminazione degli effetti che esso può produrre. La tipicità implica cioè che la legge nell'attribuire all'amministrazione quel determinato potere, deve stabilirne i presupposti, il procedimento, gli effetti.

È invero discusso se la tipicità abbia un fondamento nella Costituzione. Ciò è incontestabile per i provvedimenti destinati ad incidere sfavorevolmente nella sfera giuridica dei destinatari, stante l'art. 23 Cost., mentre per i provvedimenti che dispongono in modo favorevole (peraltro sovente, nel contempo, fonte di limitazioni, o anche di pregiudizio per i terzi: si pensi alle autorizzazioni commerciali nei confronti di concorrenti) la presenza di una matrice costituzionale è messa in dubbio da taluni. Tuttavia secondo la tesi prevalente la tipicità trova fondamento nell'art. 97 Cost., in quanto è la legge che deve disporre l'attribuzione di competenza. Conferma è data dalla disciplina di cui alla l. 241/1990, che richiama a più riprese la competenza, la quale a sua volta richiede per l'art. 97 Cost. una copertura legislativa (v. ad es. art. 6, comma 1, lett. a, c, d, e; art. 11, comma 4-*bis*, art. 14, comma 4°, art. 19, comma 3° e comma 4°, art. 20, comma 2° e 3°). Non solo: l'art. 97 Cost. ha anche una declinazione come principio del giusto procedimento[14], nel quale è di necessità compresa la indicazione legislativa degli effetti del provvedimento alla cui formazione si partecipa o si può partecipare.

Ciò fa sì che non occorre disquisire oltre in ordine al principio di tipicità e alla sua portata (debole, forte, etc.) e alle sue eccezioni[15], perché già dal principio di legalità si

13. *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 416 (1989).

14. In proposito si fa rinvio, tra i tanti studi, al saggio di L. Buffoni, *Il rango costituzionale del giusto procedimento e l'archetipo del processo*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 277 ss. ed ivi complete indicazioni bibliografiche.

15. Sono considerate infatti tali le ordinanze *extra ordinem*: peraltro atteso il sistema di controlli e di limiti

ricavano due regole: a) il provvedimento deve essere previsto dalla legge; b) la legge deve stabilirne gli effetti. La conseguenza è che i poteri provvedimentali impliciti in senso stretto non possono esistere. Purtuttavia, giurisprudenza e dottrina evocano sovente provvedimenti impliciti. Si vedrà però che in nessuno dei casi che andiamo a passare in rassegna v'è una violazione delle due regole sovra ricordate. Si tratta dunque di provvedimenti che anche a definirli impliciti, sono peraltro sempre riconducibili entro la legalità.

4. Il provvedimento implicito perché non espressamente esteriorizzato.

Secondo la giurisprudenza, si ha provvedimento implicito quando "*l'Amministrazione pur non adottando formalmente un provvedimento, ne determina univocamente i contenuti sostanziali, o attraverso un comportamento conseguente, ovvero determinandosi in una direzione, anche con riferimento a fasi istruttorie coerentemente svolte, a cui non può essere ricondotto altro volere che quello equivalente al contenuto del provvedimento formale corrispondente*"[16], congiungendosi i due elementi di una manifestazione chiara di volontà dell'organo competente e della possibilità di desumerne in modo non equivoco una specifica volontà provvedimentale "*nel senso che l'atto implicito deve essere l'unica conseguenza possibile della presunta manifestazione di volontà*"[17]. Caso tipico è quello dell'ordine di demolizione di un'opera costruita sì sulla base di un permesso di costruire, il quale però a sua volta è *contra legem*, laddove dall'istruttoria o da manifestazioni di volontà dell'amministrazione, possa ricavarsi seppur tra le righe la presenza di un annullamento d'ufficio del permesso di costruire[18]. Tale individuazione trova la *ratio* nella esigenza di tutela giurisdizionale. Essa consente infatti "*di individuare un atto impugnabile, anche dove non esiste un provvedimento esplicito*"[19].

Come è evidente la figura ora descritta è del tutto diversa rispetto alla categoria dei provvedimenti basati su di un potere implicito. È semmai un provvedimento "nascosto", da rinvenire e decrittare, in quanto collegato ad un provvedimento di per sé compiuto ed autonomo che lo presuppone e rispetto al quale sussiste un collegamento esclusivo e bilaterale. Il provvedimento c.d. implicito è dunque un provvedimento esteriorizzato in modo indiretto e "criptato", ma previsto dalla legge. Sicché non si pone un problema di compatibilità con il principio di legalità, esistendo al riguardo la previsione legislativa, quanto piuttosto un problema di rispetto dei principi posti dalla legge sul procedimento amministrativo (moti-

cui sono soggette in virtù della giurisprudenza costituzionale v'è comunque anche per esse una "tipizzazione", quantomeno in ordine all'autorità competente e al procedimento.

16. Cons. Stato, Sez. IV, 7 febbraio 2011, n. 813.

17. Cons. giust. amm. reg. sic., 1 febbraio 2012, n. 118.

18. V. il caso deciso da Cons. Stato, Sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5887, in cui è stato ritenuta legittima la ordinanza di demolizione di un manufatto che impediva l'accesso alla proprietà comunale nonostante la stessa Amministrazione non avesse annullato d'ufficio il precedente atto autorizzatorio, dovendosi ritenere tale annullamento formato per provvedimento implicito.

19. Cons. Stato, Sez. IV, 18 ottobre 2002. n. 5758, nonché Cons. giust. amm. reg. sic., 1 febbraio 2012, n. 118.

vazione, conclusione del procedimento con provvedimento espresso), nonché delle regole che attengono alle forme di esternazione dell'atto amministrativo.

5. I provvedimenti impliciti per derivazione da principi generali non scritti.

Una seconda categoria è quella dei "classici" poteri impliciti, ora invero in gran parte positivizzati dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15, che ha novellato la l. 241/1990; si pensi alla sospensione (art. 21-*quater*), alla revoca (art. 21-*quinquies*), all'annullamento d'ufficio (regolato ora dall'art. 21-*nonies*, 1° comma), alla convalida (art. 21-*nonies*, 2° comma), Essi venivano definiti impliciti perché non espressamente previsti da una disposizione specifica di diritto positivo, ma tuttavia trovavano fondamento nei principi generali. Come noto la esigenza insita in qualunque ordinamento di individuare criteri sistematici e appunto criteri ordinatori ha legittimato la giurisprudenza (per il vero in una serrata e continua dialettica con la dottrina[20]) ad individuare una *summa* di regole dell'azione amministrativa, al fine sia di porre ordine ad una normativa copiosissima e stratificata, sia di colmare lacune[21]. Regole, in parte, estrapolate da disposizioni contenute in leggi di particolare rilievo anche per la vastità del campo di applicazione e/o per la accuratezza di disciplina (es.: T.U. delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato; l. com. prov.; Codice della navigazione; T.U. sulle acque e impianti elettrici; T.U. delle leggi di pubblica sicurezza, cui ora si aggiungono i testi unici e i codici della recente stagione normativa: es. codice dell'ambiente, codice dei beni culturali, codice dei contratti pubblici), e di lì "generalizzati" al fine di disciplinare ipotesi analoghe prive di diretta regolamentazione; in parte, invece, elaborate convertendo "in positivo" i vari profili dell'eccesso di potere (c.d. principi sul "formarsi dell'atto"); in parte, attingendo ai principi generali del diritto, anche desunti dal diritto privato (si pensi alla giurisprudenza in tema di obbligo di motivazione circa l'interesse pubblico attuale in sede di annullamento d'ufficio, che nasce dal generale principio di tutela della buona fede)[22]; in parte, infine, ricavate dai principi costituzionali, oltre che dal diritto eurounitario (es. il principio di proporzionalità o il

20. Sul ruolo della dottrina v. in particolare, G. Guarino, *Qualche riflessione sul diritto amministrativo e sui compiti dei giuristi*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, IV, Padova, 1974, p. 267 ss.

21. V., in proposito, l'ampio e documentato studio di G. Sala, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993.

22. Questa strada è stata largamente percorsa nella fase costituente del diritto amministrativo italiano. Ad es. il ricorso a principi generali, sia tratti dal codice civile, che dalla legge della ragione o da quella della tradizione (come ad es. razionalità, tutela dei diritti quesiti, eguaglianza, natura delle cose) era largamente frequente nell'opera di Cammeo: v. quanto rilevato in G. Morbidelli, *Federico Cammeo: l'itinerario culturale e di vita*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 22, 1993, spec. 98 e soprattutto l'analisi di B. Sordi, *Le Pandette e il diritto amministrativo: privato e pubblico nell'itinerario giuridico di Federico Cammeo*, ivi, p. 233 ss. Sulla trasposizione degli istituti privatistici, a loro volta inquadrati secondo i dettami della Pandettistica, nel nostro diritto pubblico, v. altresì le rilevanti considerazioni di M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, in Aa.Vv., *Cinquant'anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1984, p. 366 ss.

principio di precauzione nel diritto ambientale). Sicché - e ciò costituisce affermazione comune in dottrina e in giurisprudenza - il diritto amministrativo non è frutto solo delle leggi che regolano l'attività dello Stato e degli enti pubblici, ma anche dei principi che costituiscono la "*parte generale non scritta di tale branca del diritto*"[23]. Principi che sono ritenuti idonei ad assicurare il rispetto della riserva di legge. Infatti la Corte Costituzionale, investita dal sindacato su leggi carenti di criteri e principi direttivi tali da indirizzare 1'esercizio dei poteri discrezionali della P.A., le ha ritenute compatibili con la riserva di legge ex art. 97 Cost., in quanto ha ravvisato comunque la sussistenza di tale elementi attraverso la rete dei principi elaborati dalla giurisprudenza[24] (c.d. norme *sans texte*). Tali principi possono essere altresì dotati di diretta precettività. Difatti non sempre il principio generale è un limite (es. divieto di retroattività) o un criterio (es. proporzionalità), ma può essere anche una fonte attributiva: cioè il principio si può esprimere sia in una norma regolatrice dell'esercizio del potere, sia anche in una attribuzione del potere stesso. Tale carattere è espresso con chiarezza in talune decisioni: ad es. riguardo al potere di controllo sostitutivo, si è osservato che "*né, ovviamente, può mettersi in dubbio la sussistenza del particolare potere esercitato, per il fatto di non essere specificatamente previsto in alcuna delle norme attribuite, al ripetuto Ministero, della vigilanza e tutela sull'E.N.C.I., discendendo tale potere dai principi generali disciplinati la materia della vigilanza sugli organi sottoposti al controllo della loro gestione amministrativa*"[25]. E ancora:

23. Cons. Stato, Ad plen., 28 gennaio 1961, n. 3, in *Cons. Stato*, 1961, I, p. 8, ove leggesi che il diritto amministrativo risulta non solo da norme ma anche da principi che dottrina e giurisprudenza hanno elaborato e ridotto a unità e dignità di sistema; il "diritto giurisprudenziale" è comunque evocato in numerose sentenze: v. ad es. Cons. Stato, Sez. VI, 2 aprile 1965, n. 222, in *Foro amm*., 1965, I, 2, p. 548 e Id., Sez. IV, 30 marzo 1966, n. 182, ivi, 1966, I, 2, p. 460 ss. Sulla costruzione del diritto amministrativo italiano in via giurisprudenziale v., per tutti, M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc*., 1963, p. 536. Sulla formazione dei principi nel diritto amministrativo v. altresì, tra i tanti, F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, p. 105 ss.; Id., *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo*, in *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto*, Milano, 1983, p. 122 ss.; P. D'Amelio, *La formazione giurisprudenziale del diritto amministrativo*, in *Foro amm*., 1969, 111, p. 118.

24. V. Corte Cost. 7 aprile 1988, n. 409, in *Giur. cost*., 1988, p. 1833 ss. molto puntuale nel rilevare che i principi non scritti di matrice giurisprudenziale debbono essere riconosciuti come parametri del corretto esercizio dell'attività amministrativa e anche Id. 24 marzo 1993, n. 103, ivi, 1993, p. 841 ss. che ha ritenuto conforme a Costituzione, malgrado la genericità della previsione normativa, l'art. 15-bis l. 19 marzo 1990, n. 55, così come modificato dall'art. 1 del d.l. 31 maggio 1991, n. 164, conv. in l. 22 luglio 1991, n. 221, che prevede la possibilità di scioglimento dei Consigli comunali e provinciali, delle UU.SS.LL., dei consorzi di Comuni e Province, di unione di Comuni, delle comunità montane, nonché delle aziende speciali dei Comuni e delle Province e dei Consigli circoscrizionali, sulla base del rilievo che l'adozione di tali misure presuppone la completezza dell'istruttoria procedimentale, la coerenza tra accertamenti e decisione finale, la congruità della motivazione, e dunque "*una rete di principi tali da ricondurre la discrezionalità entro parametri confrontabili con il dato normativo*". Del resto, che nel concetto di legalità rientrino anche i principi è convinzione comune: v. per tutti A. Trabucchi, *Significato e valore del principio di legalità nel moderno diritto civile,* in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, Milano, 1978, p. 2081.

25. TAR Lazio, Sez. II, 21 giugno 1984, n. 1010. Il principio è stato più volte rilevato anche dalla Corte Costituzionale: "*il potere di nomina del Commissario straordinario costituisce attuazione del principio generale, applicabile a tutti gli enti pubblici del superiore interesse pubblico al supperimento, con tale rimedio, degli organi di ordinaria amministrazione, i cui titolari siano scaduti o mancanti*": v. Corte Cost., 20 gennaio 2004, n. 27; Id., 27 luglio 2005, n. 339.

dalla presenza del potere di vigilanza si è ricavato altresì il potere dell'autorità vigilante di annullare provvedimenti dell'ente strumentale ritenuti illegittimi[26].

Altro esempio è quello del potere di annullamento d'ufficio del Prefetto sugli atti del Sindaco che viene giustificato attraverso l'interpretazione estensiva delle funzioni di direzione, sostituzione e vigilanza di cui agli artt. 54, comma 12, 54, comma 11 e 9, comma 2, del d.lgs. n. 267/2000. Con una recente sentenza[27] il Consiglio di Stato ha ritenuto che, in ragione del vincolo di subordinazione del Sindaco al Ministero dell'Interno, rientrasse tra i poteri assegnati al Prefetto anche quello di annullare gli atti dello stato civile in cui il Sindaco ha ordinato *contra legem* la trascrizione di matrimoni contratti all'estero tra persone del medesimo sesso[28].

Il Consiglio di Stato ha appunto ritenuto che, per quanto non espressamente prevista da disposizione di legge, "*la potestà in questione debba intendersi implicitamente implicata dalle funzioni di direzione (art. 54, comma 12, d.lgs.* [n. 267/2000]*), sostituzione (art. 54, comma 11, d.lgs. cit.) e vigilanza (art. 9, comma 2, d.lgs. cit.). In ossequio ai criteri ermeneutici sistematico e teleologico, infatti, le predette disposizioni devono necessariamente intendersi come comprensive anche del potere di annullamento gerarchico d'ufficio da parte del Prefetto degli atti illegittimi adottati dal Sindaco, nella qualità di ufficiale di governo, senza il quale, peraltro, il loro scopo evidente, agevolmente identificabile nell'attribuzione al Prefetto di tutti i poteri idonei ad assicurare la corretta gestione della funzione in questione, resterebbe vanificato*".

Ciò avviene non solo quando il principio viene tratto da disposizioni specifiche, che attribuiscono poteri puntuali, ma da principi più alti e "di ragione". Ad es., in passato si riteneva che lo stesso potere regolamentare trovasse fondamento nella attribuzione di poteri discrezionali, che in tal maniera venivano ad essere autoregolamentatati, a tal

26. V. per tutti V. Ottaviano, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali,* Padova, 1959, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1992, p. 44. Tuttavia tale potere può essere messo in discussione a seguito dell'art. 21-*nonies*, l. 241/1990 che attribuisce il potere di annullamento all'organo che ha emanato l'atto o ad altro organo previsto dalla legge. È vero che Cons. Stato, Sez. III, 26 ottobre 2015, n. 4897, (sentenza su cui v. subito *infra*) ha affermato che tale disposizione "*deve essere letta ed applicata nel senso che è ammesso l'annullamento d'ufficio di un atto illegittimo da parte di un organo diverso da quello che lo ha emanato in tutte le ipotesi in cui una disposizione legislativa attribuisce al primo una potestà di controllo e, in generale, di sovraordinazione gerarchica che implica univocamente anche l'esercito di poteri di autotutela*": lì però si trattava di un rapporto gerarchico, che di per se comporta una *summa* di poteri anche più incisivi dell'annullamento (es. l'avocazione); altro è la mera vigilanza, da "rileggere" alla luce dell'art. 21-*nonies*. Spunti in tal senso sono rinvenibili in TAR Lombardia, Sez. III, 29 settembre 2015, n. 2037, che appunto distingue tra gerarchia e vigilanza (v. 6.2); sulla base peraltro di una lettura del rapporto tra Prefetto e Sindaco ufficiale di Governo non aderente al dato normativo (si tratta infatti di gerarchia, e non di mera vigilanza).

27. Cons. Stato, Sez. III, 26 ottobre 2015, n. 4897.

28. La sentenza in questione riforma la decisione del TAR Lazio, Roma, Sez. I, 9 marzo 2015, n. 3912, nella quale l'interpretazione sistematica delle disposizioni in materia di stato civile conduce invece ad escludere il potere di annullamento del Prefetto. Secondo l'opinione del TAR, il sistema normativo in materia prevede "puntuali" possibilità di intervento sui registri dello stato civile, "*tra cui non è compresa quella posta in essere dal Prefetto di Roma*": v. il commento di F. Ielo, *Il Prefetto difetta del potere di annullare le trascrizioni di matrimoni contratti all'estero tra persone omosessuali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, 3, p. 389 ss.

fine rifacendosi alla famosa formula di Gneist secondo la quale "*ciò che l'Autorità può comandare e vietare in ogni singolo caso, può comandarlo o vietarlo in generale per tutti i casi simili dell'avvenire*"[29]. Altro potere implicito del "tempo che fu" è quello di coazione, ovvero il potere della pubblica amministrazione di dare attuazione ai provvedimenti rimasti non eseguiti da parte degli interessati pur intimati in tale senso. Nel senso che il provvedimento, ove per essere eseguito avesse avuto necessità dell'azione dei destinatari dello stesso, era anche per definizione esecutorio. Si tratta della tesi della pienezza della competenza (Cammeo parlava addirittura di pienezza della sovranità, per il vero ascrivendo a tale *imperium* anche il potere di dettare regole e di dar luogo a controlli[30]). Data cioè una determinata competenza, e attribuito un correlativo potere di impero, vi si considerava incluso per connessione anche il potere di coazione, pur in assenza di una espressa previsione legislativa. Ciò veniva giustificato sulla scorta di argomenti diversi: chi si appellava ad una ragione per così dire funzionale all'agire amministrativo, sicché vi sarebbe un interesse sociale intrinseco alla esecutorietà (Borsi scriveva che è la *utilitas* pubblica a giustificare l'esecutorietà dell'atto amministrativo[31]); chi alla presunzione di legittimità, chi ad una conseguenza implicita dell'imperatività, chi ad un principio generale dell'ordinamento (ricavandolo da tutta una serie di disposizioni, tra cui *in primis* l'art. 378 l. 22 marzo 1865 n. 2248, all. F)[32]. Come noto, la dottrina, anche soprattutto in virtù delle disposizioni costituzionali, ha messo in discussione e anzi dimostrato l'inesistenza di tale potere implicito, in quanto è sempre necessaria una previa base legislativa[33]. Peraltro la giurisprudenza amministrativa ha mantenuto la fedeltà alla tesi tradizionale[34]. Senonché l'art. 21-*ter*, l. 241/1990, nello stabilire che "*nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge, le pubbliche amministrazioni possono imporre correlativamente l'adem-*

29. Tesi – come noto - da gran tempo abbandonata, a partire dal fondamentale saggio di Zanobini, *Sul fondamento legislativo della potestà regolamentare*, in *Arch. giur.* 1922, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano 1955, p. 145 ss., che dimostrò il necessario ancoraggio alla legge del potere regolamentare.

30. F. Cammeo, *L'esecuzione d'ufficio specie nei riguardi dei regolamenti comunali*, in *Giur. it.* 1929, III, p. 18 ss.

31. Cfr. U. Borsi, *Fondamento giuridico dell'esecuzione forzata amministrativa*, in *Studi senesi 1905,* ora in *Scritti di diritto pubblico*, Padova, 1976, I, p. 239 ss.; Id. *L'esecuzione degli atti amministrativi*, in *Studi senesi*, 1901-2, ora in *Scritti di diritto pubblico*, I, p. 52.

32. Puntuali indicazioni delle varie posizioni della dottrina in N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit. p. 350 ss.

33. Sono stati fondamentali in tal senso gli scritti di F. Benvenuti, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IV. Milano, 1959, p. 537 ss.; A.M. Sandulli, *Note sul potere amministrativo di coazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, p. 819 ss.; S. Cassese, *I beni pubblici, circolazione e tutela*, Milano, 1969.

34. V. la giurisprudenza ricordata da N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit. p. 330. Mette conto ricordare invece che la Cassazione è di contro ferma nell'affermare che "*l'autotutela della P.A., attuata mediante lo strumento autoritativo (nella specie con effetti sulla esecuzione di contratti di diritto privato), può essere esercitata solo nelle ipotesi tassativamente previste per legge, come quelle indicate dalla legge n 2248 del 1865, all. F, art. 340 e dall'art. 8 della medesima legge all. E, non estensibili in via di analogia a casi diversi*": Cass., S.U. 20 dicembre 2006, n. 27170, in *Giur. it.*, 2007, p. 1532.

pimento degli obblighi nei loro confronti. Il provvedimento costitutivo di obblighi indica il termine e le modalità dell'esecuzione da parte del soggetto obbligato" e che "*qualora l'interessato non ottemperi, le pubbliche amministrazioni, previa diffida, possono provvedere all'esecuzione coattiva nelle ipotesi e secondo le modalità previste dalla legge*", non solo ha chiarito che il potere di coazione richiede comunque una espressa base legislativa, ma altresì ha stabilito che non è sufficiente la mera attribuzione formale di tale potere, essendo invece indispensabile anche una predeterminazione legislativa del concreto esplicarsi di quello che venne definita[35] capacità di farsi giustizia da se[36].

Come pure il potere di annullamento d'ufficio veniva considerato espressione di *jus poenitendi* quale attributo "naturale" all'azione amministrativa, in quanto finalizzato ad assicurare la conformità alla legge. Quanto alla revoca, era una conseguenza dell'unilateralità e della inesauribilità del potere amministrativo ma nel contempo anche dell'applicazione della potestà di diritto privato di revocare i negozi giuridici che non avessero creato diritti[37]. Mentre la sospensione era considerata un "meno" e dunque a sua volta implicito nei poteri impliciti appena ricordati. Quanto alla convalida, trovava fondamento nell'art. 1444 cod. civ. e nel contempo considerata espressione del principio di conservazione, nonché di quello di economia dei mezzi dell'azione amministrativa.

Va tuttavia detto che non tutti i poteri impliciti "per derivazione" dei principi generali sono stati positivizzati, e dunque sono tuttora da definirsi impliciti. Valga richiamare oltre ai poteri sostitutivi derivanti dal rapporto di vigilanza, già evidenziati, il potere di sospensione. Non ci si riferisce al potere di sospensione dei propri provvedimenti (ora espressamente previsto e regolato dalla l. 15/2005: v. art. 14, comma 1°, che ha introdotto l'art. 21-*quater* l. 241/1990 e dunque non più implicito) bensì al potere (e nel contempo dovere) di sospendere l'adozione di provvedimenti sanzionatori (cui l'amministrazione è obbligata) in presenza di una domanda di sanatoria (o più esattamente, di accertamento di conformità)[38]. Si tratta cioè di un potere (dovere) di non provvedere, che la giurisprudenza radica nel principio di collaborazione e di buona amministrazione, oltre che nel principio di ragione il quale osta alla distruzione della *res* realizzata senza titolo se essa può comunque essere oggetto di titolo abilitativo[39].

35. F. Benvenuti, *Autotutela* (dir. amm.), cit.

36. V. ora per una accurata disamina della portata e del significato dell'art. 21-*ter* F. Saitta, *Esecutorietà*, in N. Paolantonio-A. Police-A. Zito (a cura di) *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, p. 437 ss.; nonché G. Pagliari, *Efficacia, esecutività ed esecutorietà dei provvedimenti amministrativi*, in F. Liguori (a cura di), *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo nelle riforme del 2005*, Bologna, 2007, spec. p. 83 ss.

37. Così F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1901.

38. V. TAR Toscana, Sez. II, 17 gennaio 2000, n. 4; TAR Lazio, Latina, 13 dicembre 2001 n. 1166.

39. Per altri esempi di provvedimenti impliciti derivanti da principi generali, v. G. Morbidelli, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit.

6. I provvedimenti impliciti per estensione dell'oggetto.

Una terza categoria di provvedimenti impliciti è rinvenibile non quando difetta in radice il potere (nel qual caso anzi avremo un provvedimento nullo per difetto assoluto di attribuzione), bensì quando si dà luogo per via interpretativa ad una estensione del contenuto precettivo. Si potrebbe dire che qui l'implicito non è da rinvenire tanto nel provvedimento, quanto nella legge: è cioè un criterio interpretativo della spazio di competenza.

Tipico esempio il potere di autotutela esecutiva, riconosciuto anche a difesa dei beni del patrimonio indisponibile, malgrado l'art. 823 cod. civ. si riferisca solo a beni del demanio. Secondo la giurisprudenza, difatti, "*la destinazione dei beni patrimoniali indisponibili ad una finalità corrispondente ad un interesse pubblico rende applicabile ad essi in via analogica, per identità di ratio legis, la norma di cui al 2° comma dell'art. 823 c.c., dettata per i beni demaniali, poiché da quella destinazione a finalità pubbliche, comune ai beni del demanio ed a quelli del patrimonio indisponibile, deriva l'esigenza per questi ultimi beni, al pari dei primi, che la p.a. possa provvedere ad una tutela immediata e diretta*"[40].

Altre espressioni di poteri impliciti per estensione del contenuto precettivo in via interpretativa sono rinvenibili con riguardo alla diffida di AGCM che ai sensi dell'art. 15, l. n. 287 del 1990, deve accompagnare l'accertamento di un illecito anticoncorrenziale. Secondo la lettera della legge il contenuto della diffida consiste esclusivamente nell'inibizione a non ripetere o proseguire nel comportamento illecito. In caso di violazione della diffida viene aperto un procedimento di inottemperanza, con l'applicazione di una sanzione pecuniaria. Nella prassi l'Autorità non si limita a registrare il disvalore concorrenziale di un certo comportamento, ma tende a configurare il migliore assetto possibile per quel dato mercato e, pertanto, utilizza la diffida per conformare il mercato imponendo obblighi di comportamento, e cioè anche al di fuori dei c.d. abusi escludenti. Nascono veri e propri obblighi di *facere*, in quanto AGCM è solita indicare comportamenti da porre in essere, tra cui l'assunzione di obbligazioni[41], sicché la diffida assume anche una capacità conformativa e non solo interdittiva-inibitoria. Esplica così una funzione che si aggiunge al contenuto tipico della diffida e questo avviene facendo leva sull'argomento *a contrario* rispetto alla disciplina in punto di autorizzazioni alla concentrazione[42]. In tal maniera l'Autorità tende a conformare il comportamento dell'impresa nel mercato ben oltre quelli che sono i limiti risultanti dall'illecito accertato, svolgendo così una funzione microregolatoria. Tale operazione estensiva viene giustificata anche sulla base dell'effetto utile[43], di talché si va ad introdurre una sorta di

40. Cass., SS.UU., 28 novembre 1981, n. 6328, in *Foro it.*, 1982, I, p. 3045.

41. V. per tutti M. Ramajoli, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano 1998, *p.* 490.

42. P. Fattori - M. Todino, *La disciplina della concorrenza*, Bologna, 2004, p. 372.

43. In Cons. Stato, Sez. VI, 2 agosto 2004, n. 5368 si legge: "*il provvedimento sanzionatorio di diffida va interpretato complessivamente, tenendo conto della motivazione e del dispositivo ed alla luce del principio del c. d. effetto utile, in base al quale qualsiasi disposizione, anche una disposizione di carattere repressivo, richiede un'applicazione o un'interpretazione che sia funzionale al raggiungimento delle proprie finalità*".

"regolazione dell'esecuzione"[44]. Ma appunto: è una regolazione, cioè un *quid pluris* rispetto al potere espressamente attribuito all'autorità antitrust.

7. Conclusioni.

Abbiamo dunque: a) provvedimenti amministrativi impliciti nella accezione di provvedimenti "celati" nelle pieghe di un provvedimento tipico ed espresso, e dunque da "rinvenire" attraverso una operazione di scrutinio all'interno del procedimento e/o nella motivazione del provvedimento; b) poteri impliciti (o meglio, c.d. impliciti), molti dei quali sono stati di recente espressamente positivizzati (annullamento, revoca, convalida, sospensione etc.) o espressamente ripudiati (la eseguibilità d'ufficio di ogni provvedimento), o che trovano titolo nei principi generali (es. poteri sostitutivi dell'autorità di vigilanza); c) una terza categoria è quella dei provvedimenti dove l'implicito è per interpretazione analogica o estensiva del contenuto precettivo. Nulla di eversivo: i processi interpretativi, in armonia con l'evoluzione ordinamentale, sociale, culturale, tecnologica e anche in virtù delle indicazioni provenienti dall'ordinamento europeo (e da quello internazionale: basti pensare alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo), propongono sempre significati nuovi "delle parole secondo la connessione di esse" e soprattutto propongono nuove analogie e nuove sistematiche. Va però fatta attenzione ai provvedimenti delle Autorità indipendenti, in ragione del fatto (rilevato più sopra con riguardo ai poteri regolatori) che le loro attribuzioni sono dettate in prevalenza per valori e per obiettivi, talché hanno una ridotta compiutezza e tassatività. Ragion per cui avviene o può avvenire che i provvedimenti vengano costruiti in funzione delle finalità, estendendone così il contenuto tipico. Ma le finalità possono servire per interpretare, non per costituire un nuovo oggetto. Vi è infatti sempre un muro invalicabile; quello della determinazione in sede legislativa dell'oggetto del provvedimento e dei suoi specifici effetti. Ciò significa che non è possibile far leva sulla cura degli interessi pubblici affidati per estrarne poteri a ciò funzionali. In tal senso è sempre attuale quanto si legge in una storica sentenza: il "*noto principio della tipicità degli atti amministrativi, cioè il principio per cui la pubblica Autorità può emanare esclusivamente i tipi di atti che sono previsti dalla legge, e per cui le norme che conferiscono poteri amministrativi sono tassative"*, e la "*tipicità degli atti amministrativi implica cioè l'identificazione di uno schema legale tipico per ciascun atto, con la conseguenza che l'atto che per qualche profilo decampi dallo schema è illegittimo*"; con la precisazione che "*la competenza provvedimentale delle Autorità amministrative non è identificata esclusivamente attraverso la «materia» intesa come sfera di interessi. Un concreto provvedimento amministrativo può decampare dallo schema legale, e quindi essere illegittimo, anche quando sia indiscussa la sua congruenza all'interesse pubblico la cui tutela è affidata all'Autorità emanante*"[45].

44. P. Lazzara, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001, p. 398 ss.

45. Cons. St., Sez. VI, 2 marzo 2004, n. 991; Id., Sez. VI, 24 gennaio 2005, n. 128. La conseguenza tratta

Se si segue questo canone, anche la "*nouvelle vogue*" delle amministrazioni di regolazione e di garanzia viene ricondotta al fondamentale principio di legalità, il che è tantopiù necessario atteso che le loro attività impattano in materie la cui disciplina è riservata alla legge, in quanto hanno ad oggetto attività economiche (Autorità garante della concorrenza e del mercato, IVASS, Banca d'Italia, Consob, AEEGSI - prossimamente ARÈRA, Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente – ANAC, AGcom) e quando non addirittura diritti fondamentali (ancora AGcom, Garante della Privacy).

da tale principio, nella specie, fu nel senso che l'Amministrazione non può imporre la concessione edilizia (oggi permesso di costruire) per dar luogo a modifiche d'uso di immobili cui si dia corso senza opere: la disciplina legislativa degli strumenti urbanistici all'epoca consentiva a questi di porre solo prescrizioni che venivano inverate o controllate in sede di esecuzione di opere.

IL PRINCIPIO DI PROPORZIONE E I VINCOLI SOSTANZIALI DEL DIRITTO PENALE

Francesco Palazzo
Prof. ordinario Università di Firenze

Sommario: 1. Razionalità della legge penale e principi di legalità e di proporzione. – 2. Duplice fondamento della proporzione. – 3. Proporzione quale principio di giustizia e quale principio di garanzia. – 3.1. La proporzione-giustizia e le teorie della pena. – 3.2. La proporzione-garanzia e le ragioni della politica. – 3.3. Qualche esemplificazione. – 4. I contenuti del principio e i criteri del giudizio di proporzione. – 4.1. Meritevolezza del bene e necessità della pena. – 4.2. I criteri del giudizio: giudizi "formali" e giudizi "sostanziali". – 5. I volti del giudizio di proporzione: offensività, cornici edittali di pena, commisurazione della pena, adeguatezza funzionale. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Con una reminiscenza poetica si potrebbe iperbolicamente dire che il principio di proporzione, in diritto penale, è «come l'araba fenice. Che ci sia ciascun lo dice. Dove sia nessun lo sa». Principio circolante nel diritto penale, di quasi autoevidente universalità nella sua enunciazione teorica, esso trova infatti rilevanti difficoltà di razionalizzazione sia sul piano puramente logico che su quello empirico della sua reale effettività. Fra l'altro, e salvo ritornare poi sul punto, nonostante il suo rango sostanzialmente costituzionale – anzi fondativo – il principio non trova espresso riconoscimento nella nostra Costituzione. E non è facile ipotizzare le ragioni di questo silenzio, a confronto in particolare con altri testi costituzionali e internazionali che invece lo consacrano solennemente: tra tutti, oggi merita di esser richiamato almeno l'art. 49.3 della Carta di Nizza, incorporata nel Trattato dell'Unione europea. Forse si potrebbe addirittura supporre che, al di là delle 'manovre argomentative' attraverso le quali dottrina e Corte costituzionale l'hanno ricavato da talune norme espresse (l'art. 3 e l'art. 27.3 Cost.), i costituenti abbiano taciuto sul punto perché consideravano la proporzione quasi come un carattere implicito della pena. Comunque sia di ciò, è molto significativo e nient'affatto 'accademico' che proprio oggi, in Italia in particolare, il principio di proporzione in materia penale sia nuovamente ricollocato all'ordine del giorno e al centro dell'attenzione.

A questa "ricentratura" del principio di proporzione ha recentemente contribuito una significativa sentenza della Corte costituzionale (n. 236 del 2016), con la quale è stata dichiarata incostituzionale – per manifesta sproporzione – la cornice edittale prevista dall'art. 567.2 c.p. per il delitto di alterazione di stato mediante false attestazioni, con conseguente sua "sostituzione" con la più mite cornice edittale comminata per l'analoga fattispecie dell'alterazione di stato mediante sostituzione di neonato (art. 567.1 c.p.). Ancor

più recentemente, con la sentenza n. 179 del 2017, prendendo spunto dallo sconclusionato quadro delle pene edittali comminate dall'art. 73 T.U. della disciplina degli stupefacenti, la Corte costituzionale ha ripercorso puntualmente la "storia costituzionale" del principio di proporzione con riferimento alle comminatorie edittali, sottolineando fra l'altro come si stia consolidando una tendenza a rendere più frequente, vasta e penetrante questa delicatissima forma di controllo sull'esercizio del potere legislativo, sempre che – beninteso – la "nuova" pena sia univocamente rintracciabile nell'ordinamento.

Più in generale, il principio di proporzione trova motivo di rinnovato interesse in quanto attinente al più vasto tema della *razionalità* della legge penale, della sua elaborazione, formulazione ed applicazione: un'esigenza, quella della razionalità nel 'penale', largamente sentita. Certamente, battere l'accento sulla razionalità penale significa implicitamente e virtualmente entrare in tensione con l'altro fondamento di legittimazione del diritto penale, costituito dalla democraticità delle scelte di criminalizzazione (che dovrebbe essere assicurata da una concezione forte e sostanziale del principio di legalità). Sennonché, almeno in Italia in questo momento, è proprio soprattutto nel campo penale che i meccanismi della democrazia rappresentativa stanno subendo le maggiori torsioni involutive. Non è questa la sede per ripercorrere le complesse vicende che stanno all'origine di questa trasformazione dell'originaria legittimazione democratica della legge penale, che ha finito per indurre un processo di svalutazione della stessa legalità. Distorsioni della rappresentanza politico-parlamentare, incremento delle fonti non legislative e secondarie, uso simbolico e personalistico della legge penale, opzioni incriminatrici effettuate in chiave elettoralistica, sono tutti fenomeni che hanno rotto l'irrealistica ed illuministica equazione tra *legalità e razionalità* dell'opzione penale. Tutto al contrario, proprio quei fenomeni degenerativi dell'assioma della razionalità *legale* in quanto tale – cioè perché legale – impongono un recupero *altrove* di parametri ed istanze di controllo della razionalità della legge. Solo assicurando il buon funzionamento di siffatti meccanismi di controllo, tra i quali *in primis* il principio di proporzione, risulterà infatti possibile cercare di mantenere un vitale equilibrio tra la componente democratica (e volontaristica) della legga penale e la sua componente razionale (e 'oggettiva'), così da continuare a salvaguardare una sufficiente fiducia in quella fonte legislativa che in materia penale è tuttora irrinunciabile.

Quasi plasticamente la già ricordata sentenza costituzionale n. 236/2016 mette in luce questo rapporto tra razionalità e legalità nel 'penale' laddove, da un lato, non si sottrae più al controllo di legittimità *sub specie proportionis* e, dall'altro, cerca di non scoprire più di tanto il fianco della legalità cercando ed utilizzando «precisi punti di riferimento già rinvenibili nel sistema legislativo», cui si aggiunge il consueto – e scontato nell'esito – auspicio che il legislatore, riconsiderando complessivamente il settore dei delitti contro lo stato di famiglia, «potrà introdurre i diversi trattamenti sanzionatori ritenuti adeguati».

2. Già per quanto riguarda il suo fondamento profondo, il principio di proporzione rivela incertezze e interne antinomie. Esso infatti affonda la sue radici in un duplice terreno: da un lato, si colloca in un 'ambiente' pre-positivo, di stampo universale e giusnaturalistico, anzi 'naturalistico'; dall'altro, però, è certamente riconducibile anche ad una matrice positiva e particolaristica in quanto strettamente dipendente dall'assetto costituzionale degli Stati e dall'organizzazione del loro potere punitivo.

Sotto il primo profilo, il principio di proporzione sembra esprimere un principio d'*ordine* addirittura della natura, che rifugge di regola da un dispendio eccessivo, sproporzionato di forze ed energie naturali. Così come esso costituisce un principio d'ordine morale, regolativo dei rapporti umani: in quest'ultimo senso, la proporzione, in quanto instaura una necessaria corrispondenza delle risorse (sempre limitate rispetto ai desideri) in rapporto ai meriti, alle opere, ai bisogni, costituisce una condizione della *giustizia.* Peraltro, la proporzione quale criterio di giustizia – sebbene goda storicamente di un grande credito – non è in grado di appagare incondizionatamente l'aspirazione umana alla giustizia. E ciò non solo per la nota ed insopprimibile ragione che rimangono pur sempre concettualmente indeterminati i criteri in base ai quali instaurare quella corrispondenza. Ma anche e soprattutto perché la stessa idea di giustizia (tanto distributiva che commutativa) fondata sulla proporzione risulta essere in definitiva 'astratta' nella sua incondizionata universalità ed astoricità. La concretezza delle situazioni sociali spesso non consente di risolvere i problemi di allocazione delle risorse sulla esclusiva base della proporzione: basta considerare al riguardo che la proporzione non è già più risolutiva allorché s'imponga la scelta se privilegiare la corrispondenza rispetto ai meriti ovvero ai bisogni. Fin d'ora, dunque, emerge un connotato della proporzione sul quale avremo occasione di ritornare: il principio di proporzione *sembra* di primo acchito esprimere un prezioso schema logicamente rigido e ben definito nella sua astrattezza, ma *in realtà* non cessa di richiedere per la sua concreta 'praticabilità' una duttile discorsività argomentativa, la cui irrinunciabilità continua a rappresentare una vera e propria croce almeno per una parte del pensiero giuridico moderno.

In questo suo primo fondamento di principio d'ordine naturale e morale, la proporzione viene ad essere, in definitiva, un principio di stabilizzazione e di conservazione (della natura e) della società. La sproporzione, al contrario, rappresenta un motivo di rottura e discontinuità dell'assetto sociale, per fronteggiare eventuali prepotenti mutamenti che si manifestano nella struttura sociale e per addivenire talvolta a vere e proprie mutazioni sociali. Orbene, se è vero che l'esistenza della società non può essere assicurata senza stabilizzazione e continuità, è anche vero che i momenti di rottura possono rappresentare ragioni di vitalità per organizzazioni sociali che altrimenti potrebbero essere condannate all'estinzione per consunzione. Dunque, nonostante la del tutto comprensibile primazia del principio di proporzione, la sproporzione può essere la manifestazione – più o meno traumatica – di forze storico-sociali *dinamiche* e vitali.

Sotto il secondo profilo, la proporzione viene ad essere un criterio regolativo strettamente connesso – abbiamo detto – all'assetto costituzionale degli Stati e dunque operante in una dimensione 'positiva' e storicamente condizionata. In siffatta prospettiva, la proporzione viene a svolgere una netta funzione *di garanzia* della persona nei confronti del potere pubblico e – per quanto segnatamente c'interessa – del potere punitivo statale. Più in particolare, la proporzione è lo strumento operativo, per dir così, della teoria e della pratica dei diritti fondamentali nello Stato di diritto: nel senso, cioè, che essa per un verso postula la preminenza dei diritti fondamentali rispetto alle esigenze della "ragion di Stato" e, per l'altro, conseguentemente, funge da misura di legittimità sostanziale dell'eventuale sacrificio cui i diritti possono soggiacere. In definitiva, la proporzione (in relazione ai rapporti individuo/autorità) costituisce la cifra essenziale del *Rechtsstaat*, divenendo essa stessa una componente essenziale del *Rechtsstaatsprinzip*. Sotto queste premesse politico-costituzionali, è allora forse comprensibile che il principio di proporzione non venga sempre immancabilmente esplicitato nelle costituzioni, come è ad esempio per quella italiana, anche con specifico riferimento alla materia penale. In effetti, quel principio risulta implicito nell'organizzazione costituzionale del *Rechtsstaat* e concerne tutta l'area d'intervento del potere pubblico nei diritti fondamentali, compreso ovviamente ed *in primis* il diritto penale.

Anche in questa prospettiva, però, la proporzione probabilmente promette più di quanto può mantenere. In vero, in che senso e in che modo l'idea di una 'corrispondenza' tra sacrificio del diritto fondamentale e ragioni dello Stato può funzionare da limite garantista? O questa corrispondenza viene improbabilmente tratta dal postulato aprioristico di una universale tavola di valori che consenta di instaurare una rigida equipollenza tra sacrificio (del diritto individuale) ed utilità sociale, oppure più verosimilmente la corrispondenza dovrà essere apprezzata in termini di adeguatezza e di "minimo mezzo" necessario e sufficiente a perseguire lo scopo individuato dal 'pubblico potere'. Ma allora, in questo secondo caso, è chiaro che la proporzione torna ad aprirsi ad una discorsività non precostituita, che vede lo Stato in un ruolo protagonistico in quanto soggetto particolarmente qualificato ad effettuare quelle determinanti valutazioni di adeguatezza e di minimo mezzo. In fondo, sembra qui profilarsi una sorta di circolo – più virtuoso che vizioso – tra democrazia delle leggi e loro controllo di razionalità in termini di proporzionalità. Argine al volontarismo esasperato di una sopravvalutazione della legittimazione democratica delle leggi è il controllo di razionalità, ma dove quest'ultimo non può spingersi per i connaturali limiti della proporzione torna ad essere significativa la matrice democratica della legge, nel senso sostanziale di consenso sociale storicamente dato. Un equilibrio circolare, che certamente può essere rotto dall'atteggiamento eventualmente prevaricatorio degli organi coinvolti nelle vicende legislative, o di quello democratico che fa le leggi o di quello di garanzia che ne controlla la razionalità in termini di proporzione.

3. Nel diritto penale le cose sono forse un po' più complicate che altrove. In effetti, sembra proprio che in questa nostra area del diritto la proporzione continui a venire in gioco in *entrambe* le sue accezioni, cioè quale principio di giustizia e quale principio di garanzia (così, *expressis verbis*, la sentenza n. 236/2016).

3.1. Quale *principio di giustizia*, la proporzione non cessa di aleggiare sul sistema penale, nonostante l'ormai compiuto processo di secolarizzazione abbia al centro l'idea utilitaristica della pena. In verità, se non v'è certo bisogno di richiamare come e perché la proporzione sia del tutto consentanea alla concezione retributiva della pena, continuano ad apparire logicamente problematici – almeno a chi scrive – i rapporti funzionali della proporzione con le finalità utilitaristiche della pena, prevenzione generale e speciale, nonostante che si tratti ormai di tema diventato quasi tralatizio anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

Orbene, quanto alla prevenzione generale (specie quella "negativa" o mediante intimidazione), rimane logicamente discutibile *l'iter* argomentativo con cui si afferma la proporzione quale requisito puramente *interno* alla finalità generalpreventiva. In effetti, desumere l'esigenza della proporzione dalla premessa che una pena sproporzionata (per eccesso) sortirebbe in realtà il contrario effetto di suscitare la reazione ostile dei consociati piuttosto che il loro adeguamento comportamentale, oltre a costituire un dato empiricamente tutto da dimostrare, si rivela piuttosto singolare almeno da due punti di vista. In primo luogo, la ragione di questa presunta reazione di rigetto da parte dei consociati sarebbe individuabile nel senso di *ingiustizia* che una pena sproporzionata in essi indurrebbe: rimanendo chiusi nell'orizzonte dell'utilitarismo generalpreventivo della pena, si finisce per ridurre l'idea di giustizia ad un puro sentimento psicologistico insuscettibile di una sua qualunque dignità concettuale ed etica. Ma forse non è anche lo stesso meccanismo intimidativo riconducibile ad un fenomeno psicologistico, la cui consistenza e realtà empirica sono addirittura ancor meno verificabili ed indiscutibili di quel 'sentimento di giustizia' che anima l'idea della proporzione? E allora, se è reale tutto e solo ciò che è 'sentito' come tale dall'uomo, anche la proporzione quale principio di giustizia ha la stessa dignità dell'utilità generalpreventiva. In secondo luogo, l'esperienza legislativa mostra che quale limite-requisito interno alla prevenzione generale la proporzione non riesce sempre a funzionare: anzi, non mancano previsioni di pene particolarmente draconiane che, mentre sono palesemente 'giustificate' da esigenze generalpreventive avvertite dal legislatore, non vedono affatto pregiudicata la loro efficacia intimidativa sebbene continuino ad essere 'sentite' (giudicate?) come chiaramente sproporzionate.

Quanto poi alla prevenzione speciale, la situazione è ancor più paradossale: da un lato, infatti, la deduzione della proporzione dall'art. 27.3 Cost. è un vero e proprio "cavallo di battaglia" della Corte costituzionale (fra le tante, v. sentenza 251/2012), ma, dall'altro, la

fragilità del ragionamento è ancora più macroscopica. Intanto, l'idea che il 'sentimento di ingiustizia' indotto (questa volta a livello individuale) da una pena sproporzionata per eccesso impedisca o ostacoli l'obiettivo risocializzativo, contrasta storicamente con tutte le teorizzazioni scientifiche e le attuazioni pratiche di esperienze di pene indeterminate e, in fondo, anche col nostro originario sistema delle misure di sicurezza (posto che il formarsi di quel 'sentimento di ingiustizia' non può certo essere condizionato dal nominalismo sanzionatorio che distingue tra pena [rieducativa] e misura di sicurezza). In secondo luogo, se è vero che il sentimento di giustizia, con cui viene vissuta l'esecuzione della sanzione, è in qualche modo una condizione dell'efficacia specialpreventiva e rieducativa, allora anche una pena sproporzionata *per difetto* – e *a fortiori* la rinuncia alla pena – dovrebbe essere almeno tendenzialmente inidonea a produrre l'auspicato effetto risocializzante. Insomma, pare difficile uscire dalla stringente alternativa: o s'intende sanzionare secondo un finalismo sostanzialmente terapeutico, e allora la 'giustizia' – con la connessa proporzione della sanzione – rimane estranea, sia in eccesso che in difetto, a quella tipologia sanzionatoria; oppure s'intende comunque rimanere in una prospettiva pur sempre punitiva, e allora l'innesto della proporzione per via del 'sentimento' di giustizia va incontro a quelle stesse difficoltà viste a proposito della prevenzione generale.

3.2. Concepita invece la proporzione quale *principio di garanzia*, tutto sembrerebbe conseguire più agevolmente in modo lineare. In effetti, una teoria delle proporzione quale garanzia dei diritti individuali nei confronti del potere (punitivo) pubblico, parrebbe non essere contaminata né da apriorismi concettualistici, né da psicologismi empiricamente indimostrabili e neppure da potenziali contraddizioni o antinomie. Tutto al contrario, una concezione schiettamente garantista della proporzione avrebbe non pochi vantaggi. In primo luogo, s'inserirebbe a pieno titolo in quel processo di secolarizzazione del diritto penale, che storicamente l'ha messo al riparo dall'indimostrabilità metafisica delle sue opzioni legislative, ancorché non abbia potuto – e del resto neppure lo si poteva pretendere – evitare degenerazioni autoritarie o comunque scarsamente razionali delle decisioni del legislatore. In secondo luogo, la proporzione quale garanzia non limita il suo spettro applicativo al campo 'punitivo' ma, concernendo ogni limitazione dei diritti, lo estende anche al settore – politicamente ambiguo – delle misure di sicurezza, ove il principio di proporzione vale *direttamente*, come ben insegna l'esperienza tedesca.

Come già anticipato, poi, la proporzione-garanzia assume una valenza propriamente e francamente costituzionale in quanto connaturata all'idea di *Rechtsstaat*, senza bisogno che dottrina e giurisprudenza s'impegnino in manovre argomentative che, al di là dei risultati ormai consolidati, non sono prive di qualche artificiosità – come pure si è detto. Tuttavia, non ci possiamo però nascondere che, nonostante tutto, la prospettiva garantista non rende per ciò più facile l'attuazione – o l'implementazione, come si suole dire – del prin-

cipio di proporzione. Se, infatti, la proporzione-giustizia rimanda ad rapporto tra reato e pena, sfuggente quanto si vuole per la nota incomparabilità quantitativa dei termini in rapporto, ma tuttavia postulato come qualcosa di relativamente fisso nel suo contenuto assiologico e sostanzialmente pre-positivo, la proporzione-garanzia svela una natura del tutto 'discorsiva', anzi politico-discorsiva. Ed invero, nella sua accezione garantista la proporzione si colloca innanzitutto in una dimensione totalmente interna all'ordinamento, senza 'agganci' pre-positivi, così che lo spazio valutativo del legislatore è più ampio se non incontrastato. Inoltre e soprattutto, queste valutazioni (di proporzionalità) si dilatano per così dire, assumendo una articolata complessità in termini funzionali e finalistici più che assiologici, così da coinvolgere una molteplicità non predeterminata e storicamente mutevole di parametri. In breve, il *giudizio* di proporzione in chiave di garanzia, pur nascendo per tenere a bada le ragioni della politica, finisce per essere fatalmente impastato di ragioni politiche nel difficile sforzo di conferire loro la razionalità necessaria a mantenerle nello spazio *rechtsstaatlich*.

Al riguardo, può essere interessante notare come la proporzione sia un canone certamente noto alla giurisprudenza sia della Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo che della Corte di giustizia del Lussemburgo. E, per limitarsi ad un solo esempio particolarmente interessante, si può ricordare la sentenza della Corte di giustizia del 28 aprile 2011 (causa C-61/11), in cui il principio di proporzione è stato invocato ed applicato in rapporto alle limitazioni della libertà personale funzionali alle procedure di espulsione degli immigrati irregolari, mutuandolo espressamente da analoga giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo (sentenza 29 gennaio 2008, *Saadi c. Regno Unito*).

Peraltro, una volta che la proporzione sia appunto sganciata dalla premessa assiologica di giustizia, essa viene talvolta utilizzata con una certa disinvoltura – si direbbe – specialmente dalla Corte di giustizia, cioè in modo decisamente 'duttile' a seconda della direzione in cui si manifestano politicamente le esigenze di garanzia. E così, allorché la Corte deve giudicare dei limiti penali introdotti dagli Stati a certi beni od interessi di rilevanza europea, il principio di proporzione è utilizzato "al ribasso", cioè nel senso del contenimento di quelle limitazioni che non possono dunque comportare sacrifici sproporzionati ai beni europei confliggenti. Quando, invece, si tratta di pretendere la tutela penale da parte degli Stati dei beni od interessi di rilevanza europea, la formula canonica secondo la quale le pene debbono essere "dissuasive, proporzionate ed efficaci" lascia intendere che il requisito della proporzione deve ben coniugarsi – anche "al rialzo" – con quello dell'efficacia dissuasiva. Ed anche l'idea dell'"assimilazione" della tutela, secondo la quale beni 'europei' debbono ricevere la stessa tutela penale riservata dagli Stati a beni nazionali simili, lascia chiaramente trasparire dietro l'esigenza di armonizzazione delle tutele un requisito di proporzionatezza delle pene che può spingerle anche verso l'alto.

A questo punto, può forse essere utile sottolineare come in Italia il principio di proporzione sia presente nel sistema tanto come esigenza di giustizia quanto come istanza di garanzia. Peraltro, per essere più precisi, mentre la Corte costituzionale non afferma mai l'esigenza di giustizia traendola dal carattere retributivo della pena (che, come è noto, non trova nessun riconoscimento in Costituzione), assolutamente consolidato è invece l'orientamento che riconduce la proporzione al finalismo rieducativo della pena affermato dall'art. 27.3 Cost. Nella notissima sentenza n. 313/1990, ad esempio, la Corte costituzionale reimposta la disciplina del "patteggiamento", relativamente ai poteri del giudice di controllo sul *quantum* di pena concordato, affermando che in ogni caso il giudice dovrà verificare l'adeguatezza della pena allo scopo rieducativo sotto il profilo in particolare della sua proporzione («si tratta di un principio [quello di rieducazione] che, seppure variamente profilato, è ormai da tempo divenuto patrimonio della cultura giuridica europea, particolarmente per il suo collegamento con il "principio di proporzione" fra qualità e quantità della sanzione, da una parte, ed offesa, dall'altra». Ancora più incisivamente la sentenza n. 343/1993: «la palese sproporzione del sacrificio della libertà personale […] produce […] una vanificazione del fine rieducativo della pena»). A fronte di quest'orientamento assolutamente maggioritario non manca tuttavia qualche isolata, ma pregevole, presa di posizione in cui la Corte è sembrata desumere la proporzione da una generale istanza di garanzia presente nell'ordinamento per quanto riguarda gli interventi del potere pubblico sui diritti individuali. Molto significativa in proposito è la sentenza n. 409/1989, di cui val la pena riportare testualmente un passo saliente: «Questa Corte ha già più volte osservato che il principio d'uguaglianza, di cui all'art. 3, primo comma, Cost., esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia, nel contempo, alla funzione di difesa sociale ed a quella di tutela delle posizioni individuali».

In questa stessa prospettiva merita di essere segnalata un'interessante questione di costituzionalità anche se purtroppo non ha potuto essere affrontata dalla Corte costituzionale per indeterminatezza del *petitum* (sentenza n. 186/2011). La questione riguardava l'illecito amministrativo dell'abuso di informazioni privilegiate di cui al Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (l. 6 febbraio 1996, n. 52). Per tale illecito la legge prevede, oltre le pene pecuniarie, anche la confisca obbligatoria (anche per equivalente) non solo del "prodotto" e del "profitto" ma anche dei "beni utilizzati per commettere l'illecito". E la consistenza di questi ultimi può in concreto essere particolarmente ingente, soprattutto in rapporto a quella del prodotto e profitto realizzato. Muovendo dalla premessa del chiaro carattere sanzionatorio di questa misura ablatoria, il giudice *a quo* dubita della legittimità della norma nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria dei beni utilizzati per la commissione dell'illecito in quanto quest'ultima può in concreto rivelarsi del tutto sproporzionata all'intrinseco disvalore dell'illecito concre-

tamente realizzato. Sebbene il giudice *a quo* abbia tralaticiamente fatto riferimento all'art. 27.3 Cost., appare evidente che, anche ammettendo che i principi fondamentali dell'illecito amministrativo punitivo siano gli stessi di quelli dell'illecito propriamente penale, certamente abbastanza arduo è instaurare questa identità rispetto al principio rieducativo che, insieme a quello di umanità, sembra invece essere di esclusiva pertinenza dell'illecito criminale. È invece assai significativo che, al di là delle 'manovre argomentative' un po' artificiose per desumere la proporzione dal *testo* costituzionale, sia stata avvertita l'esigenza di mantenere l'equilibrio tra entità della sanzione e disvalore dell'offesa anche in relazione agli illeciti amministrativi. Ed infatti, nella prospettiva della *garanzia*, quell'esigenza di corrispondenza e dunque di limitazione si pone indifferentemente, quale che sia la natura specifica dell'illecito o più in generale dell'intervento del potere pubblico nella sfera dei diritti individuali.

4. È giunto ora il momento di voltar pagina. Dopo essersi intrattenuti sul fondamento del principio di proporzione, occorre a questo punto passare ad esaminarne i *contenuti* e i connessi *criteri del giudizio* di proporzione. E anche qui constateremo ancora una volta, anzi con particolare evidenza, due fenomeni segnalati fin dall'inizio e tra loro strettamente connessi. E cioè che, in primo luogo, a fronte della auto-evidenza del principio di proporzione la sua attuazione e praticabilità nella vita quotidiana dell'ordinamento incontra non lievi difficoltà; e che, in secondo luogo, nonostante l'apparente rigidità della corrispondenza assiologica implicata nella proporzione, il principio tende a manifestare sempre più larghi spazi di discorsività in termini di adeguatezza funzionale della norma.

4.1. Quanto ai *contenuti*, non ci pare per la verità il caso di indugiare troppo qui nel ricordare come essi siano stati ormai individuati abbastanza nitidamente specialmente dalla dottrina. Riassumendo al massimo, ricorderemo come sia possibile individuare due nuclei contenutistici principali riconducibili alla proporzione: quello della "meritevolezza" e quello della "necessità" della pena. Com'è notissimo, la meritevolezza chiama in campo primariamente la natura del bene/interesse tutelato, che deve appunto presentare una "dignità" di valore proporzionata alla incisività – massima, estrema nella gamma sanzionatoria – della pena criminale. Secondariamente, ma certo non trascurabilmente, alla meritevolezza di pena del bene deve seguire una comminatoria edittale e una disciplina complessiva della commisurazione idonea a far sì che la pena irrogata sia proporzionata alla gravità dell'offesa incarnata dal fatto tipico criminoso. La necessità della pena, poi, presuppone ovviamente la meritevolezza, ma più precisamente richiede che l'opzione penale sia indispensabile all'efficace realizzazione degli scopi di tutela, nel senso cioè che non appaiano altrettanto sufficientemente adeguati altri strumenti extrapenali di tutela; inoltre, la necessità della pena presuppone che anche la sua misura edittale sia giustificata dalle peculiari esigenze di tutela del bene. Non è difficile constatare fin d'ora che, mentre

il giudizio di meritevolezza è più caratterizzato sotto il profilo assiologico presupponendo una valutazione della 'dignità' del bene, il giudizio di necessità della pena è specialmente caratterizzato sotto il profilo funzionale dovendo spingersi a valutazioni diagnostico-prognostiche e comparative sull'efficacia dello strumento penale di tutela.

Un buon esempio di come la giurisprudenza della Corte costituzionale abbia fatto proprie tali elaborazioni della moderna riflessione penalistica, è costituito dalla sentenza n. 47/2010. La questione riguardava il *quantum* di pena edittale comminata per il delitto di falsa testimonianza e viene, appunto, affrontata dalla Corte in rapporto al principio di proporzione sotto il duplice profilo della corrispondenza rispetto alla meritevolezza del bene tutelato e rispetto alla necessità della tutela. Per la verità, l'articolazione della motivazione è più complessa poiché non manca una parte relativa al confronto del trattamento sanzionatorio della falsa testimonianza con quello di altri delitti 'consimili', ma – per quanto a noi qui interessa – l'infondatezza della questione appare già sufficientemente delineata sulla base dei due precedenti argomenti. Ebbene, sotto il primo profilo, la Corte testualmente rileva che «l'innalzamento del trattamento sanzionatorio, previsto per il delitto di cui all'art. 372 c.p., è stato dettato dalla necessità di preservare la veridicità della prova […] in relazione all'attuale modello di processo penale di tipo tendenzialmente accusatorio, con una disciplina che, prevedendo la formazione della prova in via prevalente in dibattimento, nel contraddittorio delle parti, ha attribuito ruolo primario alla testimonianza». E si conclude sul punto escludendo che «la determinazione del minimo edittale per il delitto *de quo* violi il principio di ragionevolezza o di proporzionalità, in quanto l'inasprimento della pena risulta giustificato dalle suddette esigenze; alle quali, peraltro, si deve aggiungere il rilievo che l'illecito in questione presenta un disvalore intrinseco che gli attribuisce carattere di gravità, anche se la circostanza oggetto di mendacio o di reticenza non desta particolare allarme sociale. Infatti, la falsa testimonianza turba comunque il normale svolgimento del processo, ne compromette lo scopo che è quello di pervenire a sentenze giuste, costituisce ostacolo all'accertamento giudiziale».

Sotto il secondo profilo, della necessità (del *quantum*) della pena, la Corte sottolinea come «rientra nella discrezionalità del legislatore anche la facoltà di modulare il trattamento sanzionatorio in riferimento al dilagare di un fenomeno criminoso che si intende reprimere». E, spingendosi oltre sul piano delle valutazioni empiriche di efficacia della norma incriminatrice, osserva come il giudice remittente «trascura di considerare la diversa incidenza del delitto in questione con riferimento alle molteplici realtà territoriali, nel momento in cui asserisce che "nessuna evidenza sociologica ha mai esaltato la recrudescenza nella società italiana" del delitto di falsa testimonianza».

Dunque, la cornice edittale – e in particolare il massimo edittale – del delitto di falsa testimonianza appare alla Corte, innanzitutto, proporzionata all'"importanza' del bene giuridico così come viene ricostruito ed "attualizzato" dalla Corte – è importante sotto-

linearlo – alla luce delle trasformazioni del nostro processo penale; ed in secondo luogo appare anche necessaria rispetto alle particolari esigenze generalpreventive che si manifestano nelle "molteplici realtà territoriali", in alcune delle quali i fenomeni di criminalità organizzata possono in effetti giustificare l'esercizio della discrezionalità legislativa in senso più marcatamente deterrente.

4.2. Più interessante e complesso, dicevamo, è il discorso sui *criteri* di quel giudizio di proporzione che, da un lato, dovrebbe accompagnare le opzioni legislative di criminalizzazione e, dall'altro, praticare la Corte costituzionale in sede di controllo di legittimità delle norme penali. Fermo restando, ovviamente, che un principio dal volto così poliedrico e duttile come quello di proporzione trova fatalmente nell'elaborazione giurisprudenziale la fonte effettiva del suo contenuto. Anzi, lo spettro logico-argomentativo e valutativo sotteso al principio di proporzione è così ampio che si rende opportuna una duplice *actio finium regundorum*. In primo luogo, è utile assumere un punto di vista più costituzionalistico, ragionando sulla natura intrinseca dei giudizi di proporzione; in secondo luogo, occorrerà muovere da un punto di vista più propriamente penalistico, per verificare quale fisionomia assume il giudizio di proporzione in rapporto alla specificità delle norme penali.

Preliminarmente, però, occorre superare l'idea – pur autorevolmente sostenuta – che il giudizio di proporzione possa sindacare l'illegittimità delle sole norme penali caratterizzate da assoluta "irrazionalità", confinando tutto il resto nell'area della discrezionalità legislativa insindacabile. L'*assoluta irrazionalità* di una norma, se realmente tale, la pone già di per sé al di fuori della stessa giuridicità essendo sostanzialmente priva di contenuto normativo. Inoltre, guardando alla realtà effettuale del giudizio costituzionale ispirato ai criteri di proporzione, nonostante il comprensibile *self-restraint* della Corte, si constata come il suo sindacato sia rivolto alla "ragionevolezza" – o meglio alla "irragionevolezza", che certo deve presentarsi come estrema – piuttosto che alla assoluta "irrazionalità" della norma censurata.

Ciò premesso, è utile riprendere una distinzione dei giudizi di proporzione rintracciabile già in alcune, seppure risalenti, relazioni annuali di autorevoli Presidenti della Consulta (Vassalli e Zagrebelsky). Prescindendo momentaneamente dal fatto che vengano utilizzati o meno i c.d. *tertia comparationis*, si è invece distinto a seconda che i giudizi siano "di parità" o "formali" ovvero "di ragionevolezza" o "sostanziali". La contrapposizione formale/sostanziale va intesa, peraltro, in un senso molto particolare, che cercheremo di lumeggiare. Col giudizio "di parità" l'arbitrarietà della norma illegittima viene colta quale sua disomogeneità rispetto ad una misura, ad un parametro *dati*: ad esempio, posto il parametro della natura necessariamente costituzionale dei beni penalmente tutelabili, la norma disomogenea a tale parametro, che cioè tuteli penalmente un bene non di rilevanza costituzionale, sarebbe già per questo "arbitraria" in quando difforme rispetto alla misura

di legittimità data. Così, posto che l'offesa dolosa al bene giuridico "x" sia sanzionata con la pena "y", una particolare specie di quella stessa offesa non potrebbe essere sanzionata con una pena "z" se fosse del tutto corrispondente al *genus*, poiché in tal caso la norma sarebbe disomogenea – seppure sotto il profilo 'quantitativo' – rispetto al parametro assunto, cioè il trattamento sanzionatorio di "x", e dunque arbitraria (v. specialmente la sentenza n.394/2006). Apparentemente semplice, lo schema di giudizio "formale" trova i suoi evidenti momenti di difficoltà valutativa (che lo rendono *formale* solo in un senso del tutto particolare) sia nella individuazione del parametro di riferimento, della misura cui rapportare la disomogeneità, sia nella considerazione dei caratteri 'significativi' della stessa disomogeneità della fattispecie *sub iudice*.

Nel secondo tipo di giudizio, "sostanziale", l'arbitrarietà della norma – e dunque anche l'eventuale 'sproporzione' del sacrificio inferto al diritto individuale – viene in gioco sotto il profilo della sua adeguatezza rispetto agli scopi di tutela e di disciplina. In altri termini, si potrebbe dire che il giudizio assume carattere più sostanziale dell'altro nel senso che il suo parametro di riferimento non è precostituito e soprattutto *esterno* alla norma in questione, ma s'identifica nel complesso 'insieme' teleologico come ricostruibile da quella stessa disposizione normativa e dalla sua collocazione nel sistema. Indubbiamente, nel diritto penale questo secondo tipo di giudizio è più difficilmente praticabile, in quanto l'inadeguatezza "sostanziale" di una norma incriminatrice rispetto ai suoi obiettivi di tutela si radicherà il più delle volte in una difettosa articolazione strutturale della fattispecie: sulla quale alla Corte costituzionale è interdetto intervenire in via 'manipolativa' in ragione del principio di riserva di legge. Diversamente, come in effetti è dimostrato dall'esperienza giurisprudenziale della Corte, il giudizio "sostanziale" di adeguatezza agli scopi di disciplina è relativamente frequente in relazione alle norme e agli istituti del sistema sanzionatorio; e ciò sia perché non vi osta la stringente impossibilità di 'toccare' l'architettura strutturale delle incriminazioni, sia perché – inoltre – proprio nel diritto penale sussiste un espresso vincolo teleologico costituzionale degli istituti sanzionatori, rappresentato dal finalismo rieducativo della pena (art. 27.3 Cost.) (sebbene quel vincolo debba essere comunque ponderato con le altre finalità e caratteri della pena).

5. Passando ora a guardare ai giudizi di proporzione con occhio più propriamente penalistico, un punto di osservazione non consueto potrebbe distinguere a seconda che quei giudizi abbiano caratteri prevalentemente qualitativi o quantitativi.

A) In primo luogo, è risaputo come la proporzione sia l'anima del principio (e del giudizio) di *offensività* del reato. In quest'ambito vengono in gioco essenzialmente le norme penali di natura incriminatrice. Peraltro, non è escluso che anche norme di natura circostanziale, aggravanti, possano essere investite dal giudizio di offensività, come è accaduto, ad esempio, a proposito della disposizione sulla circostanza c.d. della "clandestinità" (art.

61 n. 11 *bis* c.p.), che in effetti è stata dichiarata incostituzionale in ragione del fatto che l'aggravamento di pena non corrispondeva ad una maggiore oggettiva offensività del reato commesso dallo straniero 'irregolare' né ad una maggiore sua capacità criminale (sentenza n. 249/2010). Il giudizio di offensività, poi, appartiene ai giudizi di proporzione di tipo "formale" in quanto si fonda sulla natura costituzionale del bene giuridico tutelato e dunque sulla sua meritevolezza di tutela penale. Ha un carattere di regola qualitativo in quanto mette in correlazione la qualità della tutela, penale e incidente sulla libertà personale, con la qualità, costituzionale, del bene giuridico.

B) Il giudizio di proporzione assume carattere quantitativo quando viene contestata la corrispondenza della (misura della) pena rispetto alla posizione che il bene (di per sé meritevole) occupa nella scala di valore degli interessi tutelabili penalmente. Anche questo secondo tipo di giudizio è, dunque, riconducibile in fondo alla logica dell'offensività in quanto si tratta pur sempre di una corrispondenza proporzionale tra contenuto di disvalore del reato e pena. Sennonché, si tratta come noto di giudizio, questo sulla *misura delle pene edittali*, assai raramente praticato dallo Corte, certamente per il rischio particolarmente alto di andare ad impingere nella discrezionalità del legislatore. Una discrezionalità che trova le sue ragioni d'esistenza prima di tutto nell'intrinseca difficoltà logica di razionalizzare una corrispondenza, una proporzione, tra due entità incommensurabili quali sono quella – qualitativa – del disvalore dell'offesa e quella – quantitativa, numerica – del *quantum* edittale della pena. Ma non mancano altre ragioni: in effetti, è innegabile che il legislatore, nella quantificazione della pena edittale, non sia solo – costituzionalmente – legato alla proporzione nel senso ora detto, ma possa e debba anche compiere altre valutazioni largamente indeterminate, complesse e molteplici, che rispondono ad insopprimibili esigenze di politica criminale.

Proprio questa insopprimibile componente di discrezionalità insita nel giudizio di proporzione sulla misura edittale della pena, è alla base dell'atteggiamento estremamente cauto della Corte. E al riguardo, anzi, può essere non poco significativo che quei pochi casi di sentenze di incostituzionalità sulla misura edittale delle pene riguardino per lo più fattispecie relative alla tutela di beni o interessi per così dire "squalificati", "superati" o comunque lontani dalla nuova tavola di valori emergente dalla Costituzione (così fu, ad esempio, per l'oltraggio a pubblico ufficiale, per taluni reati a tutela della disciplina militare, per la contravvenzione della mendicità c.d. non invasiva, ecc.).

Ammesso che la norma penale sia in regola con la proporzione sotto il profilo dell'offensività, per quanto concerne sia l'*an* che il *quantum* dell'incriminazione, si pone in secondo luogo un ulteriore problema di proporzione. Ed è precisamente quello che concerne la necessità di 'proporzionare' la *pena irrogata* al caso *concreto*, cioè che sussistano norme deputate a tale obiettivo e idonee a realizzarlo. Premesso che si tratta di un giudizio di proporzione avente questa volta un carattere eminentemente quantitativo, è chiaro che

la vastità del tema non consente qui che qualche rapido cenno di particolare attualità. Innanzitutto, rimane confermata la tendenziale inconciliabilità delle pene fisse con la proporzione così intesa. A questo proposito, merita sottolineare che il discorso va esteso anche alle pene accessorie, come ha fatto una interessante sentenza della Cassazione (sez. V, 31 marzo-18 giugno 2010, n. 23720): l'art. 216, ult. co., l. fall., che dispone l'applicazione della pena accessoria letteralmente «per la durata di dieci anni», va inteso in conformità coi principi costituzionali e dunque nel senso che esso stabilisce la misura massima edittale della pena accessoria, la cui durata sarà in concreto ragguagliata proporzionalmente alla gravità del reato come desumibile dalla misura della pena principale irrogata. Egualmente, l'opposta ipotesi di forbici edittali eccessivamente divaricate è pure censurabile non tanto per un generico ed aprioristico atteggiamento di ostilità verso un'esorbitanza del potere discrezionale del giudice, quanto piuttosto per la più puntuale ragione che siffatte pene mettono in crisi la proporzione sia nel momento della comminatoria edittale sia, conseguentemente, in quello della irrogazione in concreto.

Attualmente, sembra di poter dire in sintesi che la misura edittale della pena può essere sindacata dalla Corte costituzionale secondo due diversi schemi del giudizio di proporzione: mediante l'impiego del *tertium comparationis* (come è avvenuto, ad esempio, nella sentenza n. 341/1994 sull'oltraggio a pubblico ufficiale) oppure in ragione di "irragionevolezza intrinseca" (come è avvenuto, ad esempio, nella sentenza 236/2016 sull'alterazione di stato). Nel primo schema il giudizio sembra più "formale", ma in realtà tutto dipende dal riconoscimento o meno dell'analogia tra la norma contestata e il *tertium comparationis*. Sicché la Corte ha sempre buon margine di manovra per opporre un *fin de non recevoir* alla questione prospettata disconoscendo l'analogia. Nel secondo schema, il giudizio è più "sostanziale" e soprattutto tende a fondarsi sulla considerazione di sottofattispecie ricomprese nella norma per valutare la congruenza della pena quasi in concreto, in rapporto a queste ultime (sentenza 236/2016 e anche 68/2012 sul sequestro estorsivo). Ciò che viene censurata in questo secondo schema è la sproporzione rispetto ad una "ipotesi criminosa particolare" o ad una possibile fascia di ipotesi. In definitiva il giudizio di proporzione per irragionevolezza intrinseca, di per sé povero di punti di riferimento chiari, si precisa ed acquista evidenza in rapporto ad una sorta di processo di concretizzazione, prospettato dal giudice *a quo* o effettuato dalla stessa Corte. Non sfugge come i confini di questo processo di concretizzazione siano particolarmente aperti.

C) Il vero grosso nodo problematico è costituito dall'art. 133 c.p. e soprattutto dal ruolo che è chiamata a svolgere la *capacità criminale* nella commisurazione della pena, in rapporto al principio di proporzione. Innanzitutto, l'adeguamento della pena irrogata alla concreta capacità criminale del soggetto, se intesa quest'ultima in senso prognostico-preventivo, rimanda ad un concetto di adeguatezza funzionale allo scopo neutralizzativo o rieducativo più che ad una corrispondenza quantitativa; d'altro lato, proprio per ciò

l'adeguatezza della pena alla capacità criminale rischia d'introdurre un fattore di forte frizione proprio rispetto alla proporzione tra pena e gravità *del reato*. E a quest'ultimo proposito vale la pena notare che, se tali tensioni possono essere ridimensionate accedendo alla diffusa posizione dottrinale per cui la gravità del reato costituisce il limite invalicabile – proporzionalmente fondato – della commisurazione dovendo limitarsi la capacità criminale a operare 'verso il basso', per contro vincoli e presunzioni legislative di capacità criminale – come quelle consistenti ad esempio in ipotesi di recidiva 'obbligatoria' – possono comportare una violazione della proporzione tra pena e *reato* sotto il profilo in particolare dell'*Übermaßverbot* garantista. Sotto questo profilo, va ricordata una sentenza della Corte costituzionale (n. 183/2011) che, al di là della pur rilevante questione specifica esaminata, è importante per la portata più generale del *decisum*. In definitiva la Corte, ribadendo che il potere discrezionale del giudice nella determinazione della pena corrisponde ad un preciso principio costituzionale, afferma peraltro che non sono per ciò solo illegittime norme 'ragionevolmente' limitative ma non totalmente esclusive di detto potere. Tuttavia, dal tenore generale della sentenza, si ricava anche che, quando si tratta di presunzioni di capacità criminale, la loro "ragionevolezza" deve fare i conti non solo colla proporzione rispetto al reato ma anche con l'intrinseca natura del concetto di capacità criminale. La quale, potendo dipendere da una molteplicità infinita di fattori personali, comportamentali e socio-ambientali, mal si presta ad essere ingabbiata in presunzioni assolute facilmente smentibili dai dati d'esperienza generalizzati. In sostanza, nella misura in cui la capacità criminale rimanda ad un concetto di adeguatezza funzionale della pena in concreto irrogata, il principio di proporzione non è qui scindibile dal potere discrezionale del giudice se non in stretti limiti. Salva sempre la soglia dell'*Übermaßverbot* costituito dalla gravità del reato.

D) L'ultimo tipo di giudizio rispetto al quale si pone l'esigenza dell'*actio finium regundorum* è quello appunto di *adeguatezza funzionale* della norma ai suoi obiettivi finalistici. Giudizio senz'altro di natura "sostanziale", che prescinde da parametri "di parità" esterni alla norma, in quanto invece tutto interno al teleologismo funzionale di *quella* norma specifica ancorché necessariamente da valutare in relazione alle condizioni anche empiriche fattuali del suo funzionamento. Si tratta, poi, del giudizio in cui si esprime e si accerta quel requisito di 'necessità' della tutela penale di cui pure si alimenta il sovraordinato principio di *extrema ratio*: e, come abbiamo già detto, in fondo anche l'*extrema ratio* risponde a quell'esigenza di proporzione secondo cui l'intervento penale si legittima in quanto 'non superfluo'. Tale giudizio ha infine natura esclusivamente qualitativa e, vale la pena sottolinearlo, può concernere norme tanto 'sfavorevoli' quanto 'favorevoli', essendo ad esso piuttosto distante l'esigenza dell'*Übermaßverbot*. La "ragionevolezza" di cui tale giudizio è impastato lo pone in immediata continuità con la discrezionalità legislativa, facendone pertanto uno strumento particolarmente delicato del controllo di costituzionalità.

Buon esempio di quest'ultimo tipo di giudizio può essere la già ricordata sentenza sulla falsa testimonianza (n. 47/2010), in cui la gravità della pena viene "giustificata" in relazione alle esigenze di prevenzione generale particolarmente forti in talune aree territoriali del Paese. Anche la sentenza (n. 370/1996) che dichiarò incostituzionale la contravvenzione del possesso ingiustificato di valori (art. 708 c.p.), appare ispirata da un giudizio di inadeguatezza della norma là dove si osserva che «la crescita della ricchezza mobiliare, la sua circolazione in ambito internazionale e l'uso dello schermo societario per il suo controllo rendono infatti questo strumento ottocentesco di difesa sociale [l'art. 708 c.p.] del tutto inadeguato a contrastare le nuove dimensioni della criminalità, non più rapportabile, necessariamente, a uno "stato" o a una "condizione personale"». Infine, val la pena ricordare in proposito anche la famosa sentenza della Corte di Lussemburgo (28 aprile 2011, *El Dridi*, causa C-61/11) che, decidendo sulla compatibilità della disciplina italiana dell'immigrazione irregolare con la c.d. direttiva rimpatri, ha assunto un interessante punto di vista. Ha infatti affermato che «gli Stati membri non possono introdurre, al fine di ovviare all'insuccesso delle misure coercitive adottate per procedere all'allontanamento coattivo […] una pena detentiva […] solo perché un cittadino di un paese terzo, dopo che gli è stato notificato un ordine di lasciare il territorio di uno Stato membro e che il termine impartito con tale ordine è scaduto, permane in maniera irregolare nel territorio nazionale». Orbene, indubbiamente l'uso della pena detentiva appare difforme ad un'esigenza di proporzione sotto il profilo della "meritevolezza" dell'interesse tutelato, che invero va visto e bilanciato con esigenze umanitarie di salvaguardia dei diritti dell'uomo. Ma è altrettanto indubbio che, in un altro passaggio, la Corte fa un rapido ma chiaro riferimento anche al criterio di adeguatezza funzionale, quando rileva che la pena detentiva «rischia di compromettere […] l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare».

6. È opportuno riassumere conclusivamente il nostro discorso in quattro punti fondamentali.

1) La proporzione costituisce sicuramente oggi un principio della tradizione costituzionale di molti Stati liberaldemocratici occidentali, anche a prescindere dalla sua espressa formulazione in un testo costituzionale. La proporzione, infatti, costituisce un carattere intrinseco della pena e delle sanzioni punitive di tali Stati e, più in generale, è imposta dall'*Übermaßverbot* che nel rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo limita il potere pubblico del *Rechtsstaat* in relazione ad ogni intervento limitativo di quei diritti.

2) In Italia il principio di proporzione ha trovato una sua indiretta base normativa costituzionale negli articoli 27.3 e 3. La prima norma, implicando la proporzione quale requisito del finalismo rieducativo della pena, sembrerebbe richiamare una sottostante idea di pena "giusta" come condizione imprescindibile perché si possa "tendere" al risultato

rieducativo. In questo senso, l'art. 27.3 Cost. comporta un giudizio di proporzione come congruenza assiologica della pena rispetto a valori dati. L'art. 3, invece, è in grado di fondare un giudizio di proporzione più 'aperto' come congruenza funzionale del sacrificio imposto all'individuo rispetto agli scopi di disciplina normativa.

3) Il principio di proporzione, nonostante la sua apparente autoevidenza concettuale, specie proprio nel dominio dei delitti e delle pene, presenta una straordinaria complessità di corretta traduzione normativa e di efficace controllo costituzionale. Ciò dipende non solo dai molteplici volti che il principio di proporzione assume ispirando diversi canoni fondamentali del diritto penale, ma anche e soprattutto dalle caratteristiche proprie dei giudizi ispirati alla proporzione. Infatti, tali giudizi, lungi dal corrispondere ad una logica binaria dell'*aut aut*, hanno carattere massimamente discorsivo, argomentativo e valutativo – storicamente e culturalmente condizionato – così da rivelarsi omogenei a quella 'discrezionalità legislativa' i cui vincoli costituiscono il *proprium* della moderna democrazia costituzionale.

4) L'art. 49.3 della Carta di Nizza, che oggi sancisce la proporzione della pena quale principio espresso del diritto dell'Unione europea, verosimilmente non comporterà immediati mutamenti dirompenti nella concreta esperienza giuridica di quel principio. Tuttavia, non si può escludere l'eventualità di una qualche evoluzione, se la Corte europea di giustizia cominciasse ad utilizzare quel parametro nel controllo della normativa penale relativa alle materie di competenza dell'Unione. A parte il controllo di ragionevolezza *ex* art. 3 Cost. in termini di adeguatezza funzionale della norma, che probabilmente potrebbe restare appannaggio prevalente della Corte costituzionale, la Corte di Lussemburgo potrebbe impegnarsi in un controllo di congruenza assiologica del trattamento punitivo *nazionale* condotto alla stregua di parametri *esterni* all'ordinamento nazionale. Invero, la Corte europea sarà naturalmente portata a individuare i *tertia comparationis* per la valutazione della proporzione nelle fattispecie omogenee e similari degli ordinamenti europei più che in quello nazionale: ciò, da un lato, avrebbe il vantaggio di consentire l'individuazione di fattispecie di comparazione strutturalmente più simili e del tutto corrispondenti a quella *sub iudice*, più di quanto può accadere individuando i *tertia comparationis* all'interno dello stesso ordinamento nazionale; dall'altro lato, un simile modo di utilizzare la proporzione in via "infraordinamentale" presupporrebbe però l'esistenza di un ordine di valori europeo omogeneo. O almeno favorirebbe la ricerca di un tale ordine di valori sovranazionale, scontandosi in ogni caso le comprensibili resistenze e diffidenze degli Stati nazionali.

LA TIPICITÀ ICONOGRAFICA DELLA FATTISPECIE E L'INTERPRETAZIONE DEL GIUDICE. LA TRADIZIONE ILLUMINISTICA E LE SFIDE DEL PRESENTE*

Michele Papa
Prof. ordinario Università di Firenze

1. Riflettere sull'interpretazione del giudice richiamandosi alla tradizione illuministica, vuol dire, sovente, stigmatizzare asserite derive dell'interpretazione giurisprudenziale, sottolineando l'urgenza di recuperare gli ideali e i canoni garantistici che costituirono il vessillo della grande svolta culturale di fine Settecento. Tra questi, viene in rilievo soprattutto un'accezione del principio di legalità orientata a ridurre al massimo lo spazio interpretativo, richiamandosi alla lettera della legge e alla linguisticità del diritto positivo; ciò nell'assunto che vincolare il giudice alle parole di un testo costituisca il più efficace strumento per assicurare la *benefica* costrizione del potere di punire[1].

Lasciando per ora da parte la questione delle derive giurisprudenziali e soffermandosi invece sull'appello a quei rimedi, è opportuno avvertire subito che chi scrive non condivide il punto di vista segnalato e appartiene, anzi, al novero di coloro che hanno maturato, nei confronti dell'illuminismo così inteso, un atteggiamento abbastanza critico.

Critico, preciso subito, non certo sul piano dei valori e meno che mai partendo da premesse reazionarie o illiberali: nessuno, ovviamente, rimpiange l'ordine sanguinario dell'*ancien régime*; nessuno auspica un diritto libero affidato all'arbitrio del giudice. L'orientamento critico dipende, piuttosto, dal convincimento che la tradizione illuministica non offra strumenti epistemologici né tecniche progettuali capaci di affrontare il problema penale quale si presenta nella post-modernità contemporanea. Particolarmente velleitario è, in tale quadro, il progetto di ridurre l'attività interpretativa alla dimensione linguistica dei testi[2].

È appena il caso di notare che, se dovessimo affrontare il discorso sull'illuminismo giuridico in termini rigorosamente storici, bisognerebbe articolare l'analisi facendo pun-

*. Una versione leggermente diversa del presente lavoro è già stata pubblicata in *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, a cura di G. Cocco, Padova, 2016, pp. 149-162.

1. Il presente saggio tocca temi dalla bibliografia sterminata, ma anche molto nota. Il corredo delle citazioni qui effettuate è, anche per scelta editoriale, veramente minimo. Per una efficace sintesi critica degli orientamenti interpretativi sopra additati, v. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo della legge*, Milano, 2006, p. 6 ss.

2. Sui limiti di un'interpretazione limitata ai meri segni linguistici, Palazzo, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, Studi Marinucci, II, Milano, 2007, p. 515 ss. V., per opportuni riferimenti, M. Papa, Fantastic Voyage, *Attraverso la specialità del diritto penale*, Torino 2017, spec. p. 73 ss.

tuale riferimento ai tanti diversi profili di quel grande movimento di idee[3]. Un movimento, come è notissimo, molto complesso e variegato; che appoggia, tanto per dirne una, su fondazioni etiche talora inconciliabili tra loro, come sono, da un lato, quelle utilitariste e dall'altro quelle categoriali kantiane.

Fermo dunque lo scrupolo nel ricordare l'eterogeneità e le molteplici vene dell'illuminismo, resta il fatto che nell'odierno discorso penalistico si fa riferimento alla 'tradizione illuministica', alludendo ad una nozione di sintesi. Una nozione che, preme sottolinearlo, è definita più dall'uso corrente che dalla filologia del concetto. Una nozione, per forza di cose, più metaforica che storica.

Una nozione d'illuminismo, dunque, propria dell'uomo, del penalista, d'oggi; evocata per indicare, in poche ed efficaci battute, *un paradigma garantistico*. Questo paradigma trova legittimazione e forza retorica nel grande lascito garantista-umanitario, da cui attinge anche le indicazioni circa gli strumenti progettuali da attivare.

L'espressione più significativa di questo lascito è costituita, nel diritto penale, dall'opera di Cesare Beccaria. Non è un caso, d'altronde, che il tema torni a riproporsi nel quadro di un dibattito che ha visto svolgersi, lo scorso anno, tante e pregevoli iniziative congressuali dedicate a celebrare i 250 anni della pubblicazione *Dei delitti e delle pene*.

2. Le presenti considerazioni, rispettose ma critiche verso alcuni cespiti dell'eredità illuministica, traggono origine dalla convinzione che tale tradizione abbia determinato, e determini ancora oggi, in talune tendenze della dottrina penalistica, una eccessiva propensione a 'predicare il bene' piuttosto che a 'cercare il vero'[4].

Detto altrimenti: l'anelito verso la dimensione ideale della giustizia penale, lodevolissimo tratto essenziale della rivoluzione illuminista, ha avuto, come suo criticabile prodotto, una troppo frequente rinuncia ad indagare, comprendere e cercare di governare *la realtà* dei sistemi penali, cioè il contesto fattuale e i meccanismi concreti che determinano l'ascrizione della responsabilità penale e l'inflizione della pena.

Da qui i limiti del mutuare oggi, attraverso il richiamo all'esperienza illuministica, un campionario di strumenti progettuali suggeriti essenzialmente da una filosofia morale. Gran parte, se non tutto, il lascito illuminista è difatti un lascito di filosofia morale.

3. Per tutti, Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, Milano, 1966; Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna, I, Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.

4. Il problema della "verità" del diritto penale è stato oggetto, negli ultimi tempi, di una nuova e meditata riflessione. In questa sede, mi limito a ricordare i saggi di: Palazzo, *La verità come metodo di legiferazione: fatti e valori nella formulazione del precetto penale*, in *Quaderni fiorentini* 2013, p. 179 ss.; Pulitanò, *Cura della verità e diritto penale,* in Forti-Varraso-Caputo (a cura di), *"Verità" del precetto e della sanzione penale alla luce del processo*, Napoli, 2014, p. 63 ss.; e, più di recente, di: Di Giovine, *A proposito di un recente dibattito su "verità e diritto penale"*, Crim 2014, 2015, p. 539 ss.

Parlare del pensiero illuminista come filosofia morale, non vuol dire, ovviamente, contestare la sua aspirazione a secolarizzare il diritto penale. Una delle conquiste di quel movimento (ma non dimentichiamone gli antecedenti filosofici, politici radicati nel periodo ad esso precedente, il periodo dell'assolutismo giuridico ove si progetta teoricamente e si realizza attualmente l'accentramento delle fonti giuridiche) fu proprio la separazione tra diritto e morale. Gli illuministi contribuirono certamente alla esclusione dal diritto penale dei comportamenti contrari a meri precetti morali.

Sul piano dei contenuti, l'illuminismo penale si presenta indubbiamente come movimento che separa diritto e morale. Tuttavia, se dal piano dei contenuti etici delle norme incriminatrici (punizione dell'eresia e simili), passiamo alle complessive modalità epistemiche tramite cui viene osservata, discussa, progettata la questione criminale, il discorso cambia. Dire che la scienza penale illuminista è una filosofia morale vuol dire sottolineare come essa si interessi soprattutto ai fondamenti che permettono di assegnare *uno status deontologico* al funzionamento del sistema penale. Nella visione illuminista i contenuti della proibizione, diritto e morale, reato e peccato, possono, anzi devono, separarsi; ma il sistema penale, come meccanismo di repressione e controllo sociale, deve essere etico. Deve essere pensato e progettato su basi deontologiche.

Ebbene, proprio per questo loro fondamento deontologico, gli strumenti progettuali suggeriti dall'illuminismo risultano essenzialmente costruiti *sul desiderio: del giusto e dell'utile*. Sono pensati dunque alla luce di categorie etiche.

Se, tuttavia, è del tutto condivisibile che la progettazione, la riforma del diritto penale, sia ispirata da una certa visione etica dell'uomo e dei rapporti tra individuo e autorità, risulta meno agevole condividere la tendenza a considerare la deontologia come unica forza progettuale e soprattutto, questo è veramente il punto, accettare che anche la *cognizione* del mondo da regolare debba avere una base deontologica.

Una scienza giuridica che affronti la cognizione del mondo su base deontologica manca in fondo di fondazione empirica. Essa produce diagnosi del reale a base ideologica e progetti d'azione costruiti sull'etica.

La "nobiltà" di questa visione del mondo produce linee d'azione di alto valore morale, se vogliamo dir così: ma, purtroppo, queste linee di azione sono spesso inidonee allo scopo: sono inidonee rispetto alla gestione efficiente del controllo penale; ma, questo preme sottolineare, sono inidonee anche rispetto alla necessità di soddisfare veramente le esigenze di garanzia individuale che sono a fondamento della progettazione.

3. Non è facile rinunciare ai cespiti più ricchi dell'eredità 'illuminista'. 'Predicare il bene' è attività nella quale ci si impegna volentieri: specie laddove non si sia chiamati a gestire direttamente il controllo penale o non ci si assuma la responsabilità, anche politica, dei risultati.

La 'predicazione del bene' consente di riscuotere larghi consensi: specie laddove manchi una tirannide occhiuta e repressiva, il risultato si ottiene peraltro a costo zero. Le risorse che servono infatti per auspicare che il sistema penale, come struttura di controllo sociale, debba essere *sempre più morale, sempre più buono, sempre più deontologicamente connotato* sono infatti inesauribili: come gli auguri di Natale, possiamo dispensarle senza timore che il serbatoio da cui attingiamo si impoverisca.

Insomma, predicare il bene è molto più facile che ricercare il vero: provare cioè a comprendere la realtà e a costruire, empiricamente, le condizioni effettive perché il bene si realizzi. Addentrarsi nella dimensione concreta dell'esperienza disorienta; rintracciare le complesse condizioni di contesto che determinano l'uso del potere di punire è faticoso; progettare, senza l'accompagnamento di condivise litanie, nuovi e veramente efficaci strumenti di garanzia è sfida temeraria.

4. Ribadiamo ancora un punto, a scanso di equivoci: non sono qui in discussione valori e ideali consolidati e fortunatamente tabuizzati.

Detto con ovvia autoironia: "non vengo qui a smentire Bruto, ma a riferirvi ciò che so"[5]; e cioè, semplicemente, che solo sposando un'epistemologia realista, e cioè impegnandosi nell'esplorare la dimensione fattuale dell'esperienza giuridica e nel riflettere sui modi per rappresentarla, è possibile elaborare strumenti di intervento capaci di gestire la questione criminale oggi. Per attuare davvero, nel contesto della contemporaneità, l'istanza di garanzia che a tutti sta a cuore e che, come si dice (quasi) sempre, tanto stava a cuore ai buoni padri illuministi[6].

Abbiamo parlato di 'epistemologia realista'. E dunque procediamo ad una ulteriore precisazione: il realismo qui invocato è il 'realismo del comprendere'; non ha niente a che vedere con il realismo politico, con la *Realpolitik* o con la ragion di stato.

Nessuno vuole risvegliare Hobbes, Machiavelli, Metternich o Carl Schmitt. Il realismo qui auspicato non è quello dell'agire cinico tramite cui raggiungere, come il duca Valentino, i fini con ogni mezzo. È piuttosto, come si diceva, il realismo di chi pensa che l'*intelligere* venga prima del volere. Che l'esame dei fatti possa distinguersi dalla proposizione e discussione delle questioni concernenti i valori e dunque la progettazione del bene.

5. Per sintetizzare i termini del nostro rilievo critico, può essere utile richiamare quanto altrove sottolineato, con maggiori dettagli, all'uso mistificante della figurazione narrativa fatto da Cesare Beccaria nell'*incipit* del suo celeberrimo libro *Dei delitti e delle pene*[7].

5. Shakespeare, *Giulio Cesare*, atto III, scena II.

6. È noto come esista un filone assai importante di studi critici che hanno seriamente messo in discussione le motivazioni e il senso politico della rivoluzione illuminista, basti qui citare Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1976, spec. p. 113 ss.

7. Papa, *'A chi legge': l'incipit visionario Dei delitti e delle pene*, Crim. 2014, 2015, p. 637 ss.

In quell'*incipit*, indirizzato 'a chi legge', Beccaria usa, nel descrivere lo stato dei sistemi penali quali si presentavano davanti ai suoi occhi, una iconografia apparentemente realista, fatta cioè di metafore fortemente figurative[8]. Ma il fine - peraltro efficacemente realizzato - era quello di seppellire in poche battute l'esperienza del diritto penale dell'*ancien régime*. Quell'iconografia, notavamo, *non è specchio del vero,* ma è, principalmente, uno *strumento espressivo dell'ingiusto.* Beccaria non vuole informare, non vuole descrivere fedelmente la realtà; vuole piuttosto commuovere e dunque *spingere chi legge verso una scelta o un'azione*.

In questa voglia di commuovere e muovere, sta un lascito fondamentale e ancora attuale, del pensiero illuminista: di fronte alla tragedia della pena, al dominio che l'autorità esercita sul corpo degli individui, siamo invitati ad una empatia verso l'imputato ed il reo: una empatia che deve produrre 'scelte e azioni'.

Le scelte o le azioni sono quelle a tutela delle libertà individuali, dei diritti fondamentali, dell'umanità, mitezza, proporzionalità delle pene. Questo lascito ci riempie ancora di sincera emozione, ci convince: sarebbe scellerato rinunciarvi, proprio in un tempo, il nostro, in cui questa empatia con il reo è sempre meno diffusa. Proprio oggi che le ragioni di chi è soggetto al potere di punire sono, per convinzione assai diffusa, del tutto secondarie rispetto alla solidarietà emotiva da tributare alle vittime.

Ma la questione del credo epistemologico è diversa, ed è altrettanto fondamentale. Essa riguarda i nostri rapporti con la realtà, in particolare con la realtà della giustizia penale. Impone diagnosi lucide circa il funzionamento quotidiano della macchina e circa le effettive possibilità di modificarne il tasso di arbitrarietà, dominazione, disumanità. Impone realismo, come diremo, nella scrittura delle norme e nella loro interpretazione.

Con la sua carica fortemente valoriale, l'illuminismo penalistico più che provare a comprendere e governare la realtà della giustizia penale, sposta completamente la questione criminale dal piano dell'essere a quello dell'*auspicare* appassionatamente. L'*intelligere* viene messo in secondo piano rispetto al vibrante appello ad una scelta morale e all'azione.

Si diceva altrove che, rispetto a questa visione epistemologica, non c'è che un rimedio, per quanto drastico: dobbiamo mettere al lavoro la ghigliottina!

8. 'Alcuni avanzi di leggi di un antico popolo conquistatore fatte compilare da un principe che dodici secoli fa regnava in Costantinopoli, frammischiate poscia co' riti longobardi, ed involte in farraginosi volumi di privati ed oscuri interpreti, formano quella tradizione di opinioni che da una gran parte dell'Europa ha tuttavia il nome di leggi; ed è cosa funesta quanto comune al dì d'oggi che una opinione di Carpzovio, un uso antico accennato da Claro, un tormento con iraconda compiacenza suggerito da Farinaccio sieno le leggi a cui con sicurezza obbediscono coloro che tremando dovrebbono reggere le vite e le fortune degli uomini. Queste leggi, che sono uno scolo de' secoli i piú barbari, sono esaminate in questo libro per quella parte che risguarda il sistema criminale, e i disordini di quelle si osa esporli a' direttori della pubblica felicità con uno stile che allontana il volgo non illuminato ed impaziente', Beccaria, *A chi legge,* pagine introduttive a Beccaria, *Dei delitti e delle pene,* opera qui citata nell'edizione a cura di Venturi, cui è allegata una *raccolta di lettere e documenti*, Torino, 1978, p. 3.

Non quella di *Place de la Revolution*, (o *de la Concorde*, che dir si voglia), a ma quella di Hume, quella progettata dal filosofo scozzese David Hume. Una macchina poco sanguinaria, ma non per questo poco tagliente. La ghigliottina di Hume, come si sa, è una macchina ortopedica dell'argomentazione che invita a distinguere nettamente, nel discorso, la descrizione di *ciò che è*, cioè dello stato delle cose, dalla predicazione di *ciò che deve essere*, cioè di ciò che vogliamo realizzare, dell'idea del bene o del giusto che auspichiamo si realizzi[9]. La ghigliottina di Hume serve a distinguere nettamente la rappresentazione del mondo dalla nostra argomentazione in favore di un suo desiderato assetto futuro.

Certamente, anche Hume ha fatto il suo tempo. E quella distinzione tra fatti e valori, che a lui pareva possibile e doverosa, a noi, che a tacer d'altro veniamo dopo Nietzsche, e poi la fenomenologia, l'ermeneutica, la psicoanalisi, pare più difficile. Ma resta il fatto che una distinzione metodologica tra analisi dei fatti e proposta di valori è in certa misura possibile e forse va tentata.

La questione del realismo è oggi fondamentale. Abbiamo bisogno di una analisi più dettagliata e di una comprensione più profonda della realtà dei sistemi penali; di capire meglio la unicità del nostro tempo e le sue prassi giudiziarie.

Questa attività conoscitiva può avvalersi oggi di strumenti inimmaginabili al tempo dell'illuminismo: basti pensare dal un lato alle scienze socio-criminologiche e dall'altro alla comparazione giuridica, intesa non come campionario di soluzioni definitorie da scopiazzare e trapiantare da un sistema all'altro, ma quale strumento epistemologico, capace di comprendere - tramite il confronto, tramite una analisi differenziale - il reale funzionamento degli ordinamenti considerati.

Insomma, è forse consigliabile non dico sostituire, ma quantomeno affiancare ad un nuovo manifesto illuminista anche un manifesto realista: dedicato anche al diritto penale. Peraltro, la ricerca di un nuovo realismo, fa parte di un movimento filosofico e culturale la cui onda sarebbe fecondo cavalcare, anche da parte della scienza penale. Penso ad esempio, tra le opere degli ultimissimi tempi, al *Manifesto del nuovo realismo* di Maurizio Ferraris[10] , al volume *Bentornata realtà*, curato dallo stesso autore e da Mario de Caro[11], oppure a *Realismo?* di Franca D'Agostini[12].

Il problema degli strumenti per attuare antiche e nobili tavole di valori, non può che partire da un ritrovato interesse per la realtà. E, come diremo, per i modi attraverso cui la conosciamo tramite il linguaggio e le immagini.

9. Hume, *Opere filosofiche*, I, *Trattato sulla natura umana* (1739), Bari, 2008, p. 496 s. Sulla c.d. legge di Hume, per tutti Carcaterra, *Il problema della fallacia naturalistica: la derivazione del dover essere dall'essere*, Milano, 1969.

10. Ferraris, *Manifesto del nuovo realismo*, Bari, 2012.

11. De Caro, Ferraris (a cura di), *Bentornata realtà*, Torino, 2012.

12. D'Agostini, *Realismo? Una questione non controversa*, Torino, 2013.

6. Tra i temi illuministici più celebrati spicca, come è noto, quello della legalità penale. Benché la originaria concezione meccanicistica della legalità sia stata oggetto, ormai da vari decenni, di una profonda revisione critica, è ancora molto persistente l'idea secondo cui, l'eccessiva creatività della giurisprudenza, anche penale, deriverebbe dalla sua riottosa, talora politicamente viziata, indisciplina, cioè dal non volersi il giudice sottomettere, come dovrebbe, agli stringenti vincoli del testo legislativo. Più in particolare: ai vincoli scaturenti dalla cogenza linguistica del diritto positivo.

Anche a questo proposito, conviene sottolinearlo ancora (visti gli automatismi reattivi di talune posizioni ideologiche), non è qui in discussione il valore sommo della garanzia individuale, ma piuttosto lo strumento ritenuto idoneo alla sua attuazione. Una certa tradizione illuministica confida nelle risorse definitorie del linguaggio, auspica la precisione del linguaggio normativo e sollecita energicamente il giudice ad attenersi alle indicazioni scaturenti dal vincolo testuale, confidando che così possano chiudersi o fortemente ridurre gli spazi creativi. Questo è l'oggetto delle nostre considerazioni critiche.

7. Nei limiti consentiti dallo spazio a disposizione, e come diretta proiezione del discorso sin qui svolto circa i meriti e limiti di un nuovo illuminismo, vorrei formulare qualche considerazione sulla parte speciale del diritto penale, sulla costruzione delle fattispecie incriminatrici e sulla loro interpretazione.

Lo scopo di queste considerazioni è quello di segnalare i limiti della ricetta elaborata dell'illuminismo in tema di legalità, una ricetta frequentemente riproposta come rimedio allo strapotere della giurisprudenza. I limiti sono quelli derivanti dal sopravvalutare la linguisticità del diritto positivo e dunque le capacità del testo di vincolare effettivamente l'attività interpretativa. Il richiamo ad attenersi al testo, alla stretta lettera degli enunciati linguistici, rischia dunque di risolversi in null'altro che in un –pur rispettabilissimo- appello morale-ideologico-politico, se non addirittura in un gesto puramente emotivo.

Più che la linguisticità, questo vogliamo sottolineare, conta la messa a fuoco e la condivisione sociale del *tipo* criminoso retrostante che la fattispecie mira a descrivere[13]; conta la rappresentabilità della sua morfologia, conta la capacità di cogliere la omogeneità valutativa del divieto; insomma è importante che il fatto vietato possa essere collocato in una cornice semantica condivisa, in un *contesto* di riferimento che sia capace di conferire significato e certezza alle parole tramite cui il fatto è descritto[14].

13. Per tutti, Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, p. 342 ss., v. Ronco, *Il principio di tipicità del reato nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, p. 139 ss.; Vassalli, *Tipicità, (diritto penale)*, un *Enc. Dir.*, Milano 1992, XLIV, p. 535 ss.; nonché, Alagna, *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, 2007, 289p. ss.; Caruso, *La discrezionalità penale tra tipicità classificatoria e tipologia ordinale*, Milano, 2009, p. 77 ss. Ovvio ricordare, Hassemer (*Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechlichen Hermeneutic*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1968) assieme a Radbruch, Kaufmann, Arth., una efficace sintesi del cui pensiero si trova in Caruso, *op. cit.*, p. 114 ss.

14. Rimandiamo ancora a M. Papa, *Fantastic Voyage*, cit., p. 15 ss., p. 73 ss.

Si tratta di un tema la cui complessità è del tutto evidente. Non è possibile svilupparlo qui. Nonostante ciò possiamo cogliere l'occasione per proporre, nei limiti del dibattito qui in corso, una versione *rivisitata* di una celebrata garanzia illuministica.

8. Per cogliere in modo evidente i limiti di una eccessiva attenzione per la dimensione linguistica della norma incriminatrice, ed addirittura i rischi che la linguisticità crea nei confronti dell'istanza di garanzia, possiamo considerare i seguenti esempi.

L'art. 660 c.p. prevede la contravvenzione di *Molestia o disturbo delle persone*. La condotta vietata consiste, tra l'altro, nel fatto di 'Chiunque … col mezzo del telefono, per petulanza o altro biasimevole motivo, reca a taluno molestia o disturbo …'. Ebbene, stretta lettera della legge alla mano, possiamo considerare penalmente rilevante la condotta di chi, solo per dar fastidio, tambureggi insistentemente con il proprio telefono sul braccio del vicino di posto durante una cena?[15].

Altro esempio: art. 688 c.p., *Ubriachezza*. La norma punisce chi, 'in luogo pubblico o aperto al pubblico, è colto in stato di manifesta ubriachezza'. Ebbene, considerando che lo spazio virtuale del web, e quello dei *social network* in particolare, costituisce una sorta di agorà virtuale, una piazza immateriale che consente un numero indeterminato di accessi e di visioni e dunque *un luogo pubblico o aperto al pubblico*, possiamo considerare come ubriachezza penalmente rilevante quella di chi sia colto mentre naviga in rete in stato di evidente alterazione alcolica?[16].

Ancora: art. 630 c.p. *Sequestro di persona a scopo di estorsione*. La norma punisce chi sequestra una persona allo scopo di conseguire per sé o altri un ingiusto profitto come prezzo della liberazione. Ebbene, può essere considerata penalmente rilevante alla luce di tale norma, e dunque punito con le sanzioni draconiane ivi previste, la condotta di chi privi taluno della libertà personale al fine di ricavare un utile collegato ad un rapporto indipendente dal sequestro? È il caso, ad esempio, del sequestro effettuato al fine di ottenere il pagamento di quanto *dovuto* in ragione di un precedente rapporto illecito (come la vendita di una partita di droga)[17].

I riferimenti alle assurde conseguenze delle interpretazioni letterali potrebbero continuare, spaziando anche nella casistica offerta dal diritto comparato. In una delle decisioni dell'anno 2015, la Corte suprema federale statunitense ha discusso a lungo la questione se la norma incriminatrice che punisce con la reclusione sino a 20 anni chiunque distrugga '*any record, document, or tangible object with the inten to impede, obstruct, or influence a federal inve-*

15. L'esempio è di Martiello, *Il caso della molestia 'telefonica' tra evoluzione tecnologica e primato della legalità*, GP 2011, II, pp. 55-56.

16. L'esempio è di Checcacci, *Facebook come luogo pubblico: un caso di 'analogia digitale'* in malam partem, Crim. 2014, 2015, pp. 503-508.

17. Sul punto, si rimanda a Papa, *Sequestro di persona a scopo di rapina e di estorsione*, in Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, *Trattato di diritto penale*, *Riforme 2008-2015*, Torino, 2015, p. 914 ss.

stigation' (reato previsto dal § 1519 del Title 18 US Code), possa applicarsi al pescatore di frodo che si sbarazzi di un pesce sottoposto a sequestro penale. Benché la norma sia compresa nel noto *Sarbanes-Oxley Act*, introdotto nel 2002 per combattere le frodi societarie e altri reati di tipo economico, e difatti indichi, come primario oggetto di tutela, 'registri e documenti', resta l'evidente verità che, vocabolario alla mano, …un pesce è indubbiamente un 'oggetto tangibile'. Solo con grande fatica, e con una sofferta decisione 5-4 la Corte suprema federale è riuscita a vincere l'argomento letterale e a respingere l'opinione secondo cui, come dice anche una citata filastrocca per bambini, '*a fish is a fish*': dunque, senza dubbio, 'un oggetto che si può toccare'[18]. Certamente il pesce è un oggetto, ma non c'entra nulla con il quadro immaginativo del reato economico previsto dal *Sarbanes-Oxley Act*.

9. Nell'affrontare il tema dell'interpretazione letterale e della sua incapacità di limitare in senso garantista l'applicazione della legge penale, può essere utile sviluppare alcune considerazioni che collegano l'ermeneutica della fattispecie incriminatrice alla natura della *parte speciale* del diritto penale, cioè all'ambito in cui le descrizioni dei reati sono collocate[19].

Come abbiamo diffusamente argomentato altrove, la parte speciale del diritto penale è *speciale* non soltanto perché si contrappone ad una parte *generale*, nel senso cioè in cui la *species* si contrappone al *genus*. Il termine *speciale* ha anche un suo significato come dire: assoluto. L'aggettivo possiede anche un significato non relazionale, svincolato cioè dal rapporto con il genere. *Speciale* si collega alla radice latina del verbo *spicio/specio*, che vuol dire guardare, osservare attentamente. È questa una matrice semantica che il termine *speciale* condivide con tante altre parole di simile genesi etimologica: specchio, specola, speculazione, spia etc.[20]

Come rivela dunque la radice semantica del suo essere *speciale*, la fattispecie si caratterizza - in questa visione a base etimologica - come uno strumento concettuale capace di rispecchiare e trasmettere, tramite la descrizione del fatto tipico, 'la visione', la figurazione di un quadro di vita.

La parte speciale del diritto penale apre dunque il sipario del diritto sulla scena del mondo, anzi sulle tante scene del mondo ove accade, lo 'vediamo', ciò che non deve accadere: taluno ruba, rapina, uccide, violenta. La parte speciale raccoglie, e massimamente raccoglieva nelle società arcaiche, una esemplare ed emblematica 'iconografia del male'. Si pensi alla eclatante morfologia illecita che caratterizzava il *furtum manifestum* nell'antico

18. Il caso è Yates v. United States, 574 US __ 2015, consultabile anche in https://en.wikipedia.org/wiki/Yates_v._United_States_(2015).

19. Diffusamente, M. Papa, *Fantastic Voyage*, cit. p. 3 ss.

20. M. Papa, cit., p. 11 ss.

diritto penale romano; si pensi al visibilismo figurabile che ancora oggi caratterizza la tipologia aggressiva di reati come il furto, la rapina, il danneggiamento, la violazione di domicilio, la violenza carnale. Sono fattispecie che fanno riferimento a forme dell'agire, a schemi di condotta fortemente iconici. Tale iconicità deriva dalla natura altamente isomorfica delle condotte lesive, ed al loro caratterizzarsi per l'associazione tra forma e significato d'illecito.

Il riferimento a questi schemi iconici di agire illecito, la cui costruzione e significazione ha certamente una matrice sociale, trova riscontro, ovviamente, anche nella descrizione di quegli schemi operata dal diritto mediante segni linguistici. Ed ecco il punto: il linguaggio delle definizioni risulta efficace e vincolante per l'interprete non tanto per la precisione dei segni linguistici astrattamente considerati e per la loro capacità di inchiodare l'interprete vocabolario alla mano.

È decisivo piuttosto che il linguaggio normativo, la narrativa della fattispecie, sia *capace di riflettere e riprodurre un'immaginazione socialmente condivisa*. La narrativa della fattispecie può rispecchiare direttamente l'immagine iconica del fatto illecito, proiettandola immediatamente davanti agli occhi del lettore: è il caso del *furtum manifestum*, ma anche, tutto sommato, dei tradizionali reati visualmente figurabili.

Ciò che risulta importante, affinché questa narrativa sia, appunto, produttiva di una immaginazione condivisa, non è tanto la presenza, nella fattispecie, di singoli elementi naturalistici (uomo, morte, notte, cosa, ferita). Come è notissimo, gli elementi naturalistici sono, difatti, sempre individuati mediante un processo di natura analogico-valutativa (si pensi alla nozione di 'morte'); ma a parte ciò, certamente non si può immaginare che il diritto penale contemporaneo rimanga ancorato ad una dimensione 'cosale', sempre vincolando gli elementi della fattispecie alla indicazione di oggetti materiali del mondo fisico.

Più che il naturalismo, dunque, conta forse il *realismo* della narrativa.

La narrativa delle fattispecie dovrebbe essere, nei limiti del possibile, *realista*. Sviluppando una definizione di *realismo* suggerita da Roland Barthes, potremmo dire che: la fattispecie incriminatrice *dovrebbe copiare… la copia socialmente già 'dipinta' di alcune situazioni ricorrenti della vita*[21]. Nello scenario migliore, la fattispecie dovrebbe insomma saper *ordinare il molteplice sulla base del suo aspetto*, recependo tale ordine morfologico da una fonte esterna preesistente: la coscienza sociale che plasma e dà senso alle forme, alle *species*, dell'accadere. La fattispecie dovrebbe, proprio per il suo essere *speciale*, saper cogliere e fotografare l'isomorfismo delle condotte aggressive, un isomorfismo che, prima che dalla norma, è definito iconicamente nella società.

21. R. Barthes, S/Z, trad. it., Torino, 1973, p. 54.

10. Nel diritto penale contemporaneo, tuttavia, l'adozione di siffatto criterio non è agevole. Non è agevole la creazione di fattispecie incriminatrici iconografiche, fondate cioè sulla riflessione speculare di condotte aggressive isomorfiche. Nella società, prima ancora che nel diritto, forme dell'agire e significati si corrispondono oggi secondo modalità assai disarticolate e comunque molto più complesse rispetto a ciò che avveniva nelle società arcaiche.

Non è dunque facile scrivere oggi fattispecie incriminatrici, rimanendo fedeli ai canoni della narrativa realista cui sopra alludevamo. La necessità di includere, nella descrizione del fatto, anche svariati elementi normativi, la cui definizione è possibile solo tramite il rinvio ad altre norme, (spesso dotate di un alto tasso di artificialità tecnica o di parametri ad alto tasso valutativo), come pure la presenza di elementi che esprimono profili soggettivi dell'illecito, rende difficile pretendere che il fatto tipico abbia 'un aspetto iconico ben delineato', cioè rispecchi una morfologia fenomenica costante con la quale la condotta illecita si presenta al mondo. D'altronde, la scoperta degli elementi normativi e dei profili di responsabilità soggettiva con la conseguente crisi del concetto obiettivo di fatto-tipico risale, come è notissimo, quantomeno ai tempi di Beling.

Ma oggi la tensione cui è soggetta la forma del fatto tipico è ancora più intensa: basti pensare, da un lato alla crescente simbiosi tra norma incriminatrice e legislazione amministrativa e dall'altro al progressivo smaterializzarsi di tante interazioni sociali e dunque alle difficoltà di dar loro corpo quando si tratta di scrivere la disciplina penale..

Forse, più che pensare alla narrativa realista come 'copia di una copia socialmente già dipinta del reale', si potrebbe auspicare che la narrativa delle fattispecie si caratterizzi per un altro tipo di realismo. Ad esempio, per citare una felice definizione suggerita da Friedrich Engels, per la capacità di descrivere 'caratteri tipici in circostanze tipiche'[22]. La fattispecie incriminatrice dovrebbe descrivere, oltre a fatti tipici dotati di un'isomorfia pitturabile, anche fatti dotati di una diversa rappresentabilità, quella tipologica.

Viene in gioco, dunque, la controversa questione della rappresentazione tipologica. Un tema che ovviamente non può essere sviluppato in questa sede. Ma su un punto preme soffermarsi, al fine di chiarire se e in che modo l'iconografia del reato, l'*immaginazione figurale* del fatto illecito, possa ancora svolgere una funzione importante nell'individuazione del penalmente rilevante. Una funzione garantista assai più affidabile rispetto a quella svolta dalla mera linguisticità del testo.

La questione centrale è quella concernente il ruolo epistemologico della forma, della forma iconica del fatto tipico come criterio per descrivere ed interpretare il penalmente rilevante. È realistico pensare che il fatto tipico continui a mostrare, nella sua descrizione normativa, un *aspetto*, un volto, una *species*? oppure la tipicità deve cercare nuove strade e mutare i criteri tramite cui viene indicata la condotta vietata?

22. Lettera di F. Engels a M. Harkness, in K. Marx, F. Engels, *Scritti sull'arte*, a cura di Salinari, Bari, 1971, p. 160.

Insomma, la norma incriminatrice deve ancora provare ad *ordinare il molteplice sulla base del suo aspetto*? deve ancora provare ad indicare il fatto vietato mediante una a figurazione iconica dal tratto continuo? oppure deve cambiare approccio e limitarsi ad elaborare un *mero criterio di inclusione*, cioè una definizione linguistica che, senza descrivere l'apparenza, la *species* del fatto tipico, ne elenchi semplicemente le proprietà rilevanti?

La differenza è un po' quella che passa tra l'analogico e il digitale: nel primo caso, la descrizione passa attraverso l'indicazione di una forma figurativamente somigliante all'oggetto che si vuole denotare; nel secondo, l'oggetto è sottoposto ad una scomposizione analitica, ad una *numerazione* discreta delle sue componenti. Eliminata la mediazione di un tratto iconografico continuo, il fatto è identificato unicamente in base alla elencazione delle sue singole proprietà significative. Per rendere meglio l'idea, potremmo dire che la distinzione è quella che passa tra la rappresentazione iconica di un oggetto e la sua denotazione mediante un codice a barre[23].

11. Quale che siano le prospettive concernenti, anche *de jure condendo*, la costruzione tipologica della fattispecie incriminatrice, resta comunque difficile pensare che l'indicazione del fatto vietato possa prescindere da un riferimento ad una *forma paradigmatica del suo manifestarsi*. La portata semantica dei segni linguistici e la loro capacità di vincolare l'interprete dipendono infatti anche dal vincolarsi del contenuto significativo ad un *aspetto* paradigmatico dell'illecito. La presenza di una forma, di una iconografia della condotta, la cui identità e il cui significato siano socialmente condivisi, è il fondamento di ogni realistica aspirazione alla certezza/garanzia del diritto penale.

La forma paradigmatica, la morfologia del manifestarsi, la figuratività, la *specialità* del fatto tipico vietato può trovare, come si è detto a proposito dei reati più antichi e tradizionali, una sua diretta rappresentazione all'interno della fattispecie incriminatrice.

Nel diritto penale contemporaneo, tuttavia, come si è accennato, è molto difficile riuscire a mantenere simili livelli di iconicità. Come sperimentiamo nella nostra vita quotidiana, forme e significati sono sempre più disaggregati e il ricorso continuo all'ermeneutica è oggi una necessità esistenziale prima ancora che un'attitudine giuridica.

Vero tutto ciò, perché l'interpretazione possa mantenere una sua ragionevole prevedibilità è necessario "domare" la potenza terribile delle parole. Occorre metterle sotto controllo mediante una cornice costrittiva. Questa cornice costrittiva è data dal quadro semantico di riferimento.

Il quadro semantico può essere identificato attraverso il riferimento ad un quadro di vita socialmente condiviso. Può essere identificato attraverso la fenomenologia criminologica che è alla base della scelta di criminalizzazione. I quadri semantici che vincolano l'interpretazione dovrebbero poter essere figurativamente immaginati in modo stabile:

23. Sul punto rimandiamo ancora a, M. Papa, *Fantastic Voyage*, cit., spec. p. 135 ss.

le molestie rilevanti sono quelle effettuate *telefonando*, cioè usando il telefono come strumento di comunicazione e non come oggetto con cui fisicamente dar fastidio al vicino; l'ubriachezza manifesta è quella di chi barcolla sragionando sulla pubblica via; il sequestro di persona è quello realizzato prelevando e segregando l'ostaggio proprio al fine di ottenere un riscatto come corrispettivo della liberazione; l'*oggetto tangibile* tutelato da una fattispecie di diritto penale economico è quello significativo nel contesto dell'attività e nella organizzazione d'impresa, non la creatura che nuota nella vasca di un acquario o nel profondo blu dell'oceano.

Insomma, ciascuna norma incriminatrice, anche quando non descrive direttamente la morfologia iconica di una *species*, descrive un fatto che l'interprete dovrebbe trovar vincolato ad una precisa cornice semantica. Possiamo pensare che questa cornice semantica sia un particolare *contesto*[24]; possiamo provare a sviluppare una nozione in parte diversa, accentuando il tratto figurativo, la morfologia dell'accadere che la cornice semantica fa intravedere. Ma è solo la presenza di questa cornice che può contenere gli esiti imprevedibili della linguisticità, l'alchimia incontrollabile del testo, la forza esplosiva delle parole. Agganciando l'interpretare ad una stabile e condivisa immaginazione della realtà.

24. Palazzo, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, cit., p. 515 ss.

FONTI DEL DIRITTO E COMUNITÀ INTERPRETATIVA

Baldassare Pastore
Prof. ordinario Università di Ferrara

Sommario: 1. Pratica interpretativa e positivizzazione giuridica – 2. Pluralismo delle fonti e trasformazioni del panorama giuridico – 3. La comunità degli interpreti tra consenso e conflitto.

1. Dar conto dei mutamenti e dei modi di manifestarsi dell'odierno scenario giuridico rappresenta uno dei compiti fondamentali della teoria del diritto. Ciò richiede l'assunzione della consapevolezza circa la centralità dell'interpretazione in ordine al dispiegarsi dell'attività che è del giurista[1].

L'interpretazione, invero, si configura come componente essenziale della giuridicità (come sua realtà profonda), nonché come mezzo stesso del suo operare in concreto[2]. Da questo punto di vista, si può dire che gran parte delle questioni riguardanti l'esperienza giuridica trovano una loro collocazione nell'ambito delle tematiche connesse all'attività interpretativa.

Parlare di diritto significa far riferimento ad una pratica che implica l'assunzione della prospettiva di coloro che lo riconoscono e lo usano come componente essenziale del processo di deliberazione che conduce alle decisioni e alle azioni[3]. Una tale assunzione comporta l'inserimento della teoria giuridica negli orizzonti della ragion pratica.

Interpretare rinvia al «prendere posizione» in ordine alle vicende della vita, che vanno risolte al fine di dare soluzione ai problemi che emergono nel contesto delle relazioni umane, a partire da criteri di valutazione consistenti nella qualificazione di un regolato in relazione alla regola.

L'esperienza giuridica è caratterizzata da un forte legame con i testi, il rapporto con i quali ha luogo entro una serie di limiti collegati alla loro valenza pubblica, alla loro dimensione autoritativa e alla rilevanza delle conseguenze che da essi vengono fatte discendere. Senza interpretazione il diritto positivo non potrebbe fornire direttive per l'azione. Esso ha a che fare con ciò che è formalmente statuito, ma possiede altresì una sorta di sporgenza e di capacità espansiva. Tutto ciò all'interno di una prassi sociale e di una forma di vita legate a contesti di esercizio e a comunità interpretative. In questo complesso ambito di interazione, caratterizzato dalla presenza di vari soggetti (legislatori, giudici, giuristi,

1. Così G. Furgiuele, *Foglio di presentazione*, in *Dir. priv.*, 2001-2002, VII-VIII, p. IX. Il volume è dedicato al tema «L'interpretazione e il giurista».

2. G. Furgiuele, *Foglio di presentazione*, cit., p. X.

3. F. Viola, *Il diritto come pratica sociale*, Milano, 1990, p. 19 ss.

cittadini), si saggiano le giustificazioni delle azioni, le argomentazioni, le pretese di validità delle norme, i giudizi di valore. Atti normativi e atti interpretativi vivono in un rapporto *in progress* e si pongono entro il processo di positivizzazione del diritto, che non sussiste come entità data, ma «avviene», «si fa»[4].

I testi costituiscono da secoli il *medium* fondamentale e ineliminabile per il diritto[5]. I testi giuridici, in quanto documenti prodotti secondo determinate modalità e ai quali si riconosce la capacità di esprimere norme a seguito di interpretazione, si identificano con le «fonti del diritto»[6].

«Fonte» è ciò da cui scaturisce un risultato giuridicamente rilevante e che giustifica sul piano giuridico una procedura o una decisione[7].

Di «fonte del diritto», invero, abbiamo una nozione materiale e una formale. Secondo la nozione «materiale», l'espressione denota ogni atto o fatto che produca diritto. Alla luce di questa definizione, per sapere se un certo atto o fatto sia fonte del diritto, occorre identificare il suo contenuto (se è un atto) o il suo risultato (se è un fatto). Secondo la nozione «formale», l'espressione denota ogni atto o fatto (non già effettivamente produttivo di norme ma) *autorizzato* a produrre norme, indipendentemente dal suo contenuto (se atto) o risultato (se fatto). Ne segue che, per sapere se un certo atto o fatto sia fonte del diritto, basta guardare se, nell'ordinamento di cui trattasi, vi sia una norma (precisamente una norma sulla produzione giuridica) che autorizza l'atto o il fatto in questione a creare diritto[8].

Ma, guardando al panorama giuridico odierno, si può ben dire che la distinzione tra fonte in senso materiale e fonte in senso formale (peraltro utile a fini analitici) risulti superata[9]. Si assiste all'impossibilità di ricondurre il sistema delle fonti a schematiche elencazioni, basate, ad esempio, sul *nomen iuris* e/o sul procedimento di formazione, ossia su un inquadramento preciso. Si è in presenza di una molteplicità di atti e fatti per mezzo dei quali vengono create, modificate, estinte norme generali e astratte o norme individuali e concrete. Vi sono fonti «di fatto» che resistono a farsi collocare esaustivamente in un

4. Cfr., sul punto, B. Pastore, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 2014, pp. X- XII.

5. W. Hassemer, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Ars Interpretandi*, 1997, II, p. 172.

6. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, p. 63; G. Pino, *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, Modena, 2014, pp. 14 e 20.

7. F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, 9ª ed., Roma-Bari, 2016, p. 316. Cfr. altresì, F. Schauer, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione* (2009), Roma, 2016, pp. 111, 128, 130.

8. R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, pp. 57-59, 64-65; Id., *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, 2010, pp. 45 ss., 51-52, 67-68. Cfr. anche R.A. Shiner, *Legal Institutions and the Sources of Law*, Dordrecht-Berlin-Heidelberg-New York, 2005, pp. 2-5.

9. Sul tema v. N. Lipari, *Per un ripensamento delle fonti-fatto nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. trim.*, 2013, LXVII, pp. 1213-1214, 1216-1217, 1220-1221.

qualunque grado della gerarchia. Si ha a che fare con fonti *extra ordinem*, non disciplinate da disposizioni sulla produzione giuridica ma operanti sulla base del principio di effettività (funzionante esso stesso, invero, come norma sulla produzione)[10]. Il diritto può nascere non solo nelle forme prescritte, ma anche in forme diverse[11] (si tratta, appunto, delle fonti in senso materiale) rinvianti al momento decisionale-riconoscimentale connesso ai processi di positivizzazione giuridica[12], con la conseguenza che «gli atti e i comportamenti tendenti alla creazione del diritto quando raggiungono l'effetto normativo sono in ciò tutti pari e parimenti vincolanti»[13].

Gli interpreti, in presenza di una molteplicità di fonti, formali (consistenti in atti o fatti soggetti a condizioni definite di validità) e informali (consistenti in atti o fatti privi di forme giuridiche normativamente predisposte, ma dotate di un qualche grado di effettività)[14], e del loro flusso continuo e incontrollato, devono previamente individuare il «dato» cui riferire il lavoro di attribuzione dei significati. Qui il momento della scelta è rilevante e l'oggetto su cui si dirige il compito ermeneutico si afferma nella realtà dell'ordinamento con efficacia di volta in volta differenziata. La fissazione dell'enunciato, a partire dal quale viene definito il concreto criterio di regolamentazione, implica che sia previamente determinata la fonte cui ricondurlo. Al tradizionale compito di trarre la norma dalla fonte si affianca, dunque, quello del reperimento della fonte stessa. Tale determinazione non sempre si esprime in termini di perentoria univocità e prescindendo dall'individuazione dello scopo che si intende perseguire.

La configurazione delle fonti subisce un processo di revisione verso un ordinamento «aperto» alle pratiche sociali di reperimento del diritto. Si assiste ad una dissociazione tra l'insieme delle fonti formali e quello (più ampio, comprensivo di fonti informali) accettato dalla comunità giuridica[15].

Le fonti presentano gradi diversi di oggettivazione, ma si pongono, tutte, come luoghi privilegiati, in quanto risorse dotate di forza presuntiva, a cui gli interpreti hanno il dovere di rivolgersi per trarre le norme da applicare ai casi concreti[16]. L'atti-

10. A. Pizzorusso, *Fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale. Art. 1-9*, 2ª ed., Bologna-Roma, 2011, pp. 171-173. Sul tema delle fonti *extra ordinem* v. L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, pp. 447-463.

11. F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009, p. 24. Tra le fonti *extra ordinem* rientra il *soft law*, su cui v. B. Pastore, Soft law*, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lav. dir.*, 2003, XVII, pp. 5-16; Id., *Principio di legalità, positivizzazione giuridica,* soft law, in G. Pino, V. Villa (a cura di), Rule of Law. *L'ideale della legalità*, Bologna, 2016, spec. pp. 167-176. Per una panoramica sui vari tipi e sulle varie forme di *soft law* v. E. Mostacci, *La* soft law *nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008.

12. A. Catania, *Teoria e filosofia del diritto. Temi problemi figure*, Torino, 2006, pp. 11-12, 27-29, 31.

13. Così C. Esposito, *Consuetudine (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, 1961, IX, p. 468.

14. L. Ferrajoli, Principia iuris. *Teoria del diritto e della democrazia.* 1. *Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, pp. 418, 919-922.

15. B. Pastore, *Interpreti e fonti*, cit., pp. 32-33.

16. F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 312 e 325.

vità dell'interprete consiste nel reperimento della soluzione giuridicamente adeguata alla situazione particolare e nel ritrovamento della regola del caso, cercata nei depositi normativi.

Determinazione e applicazione del diritto sono, pertanto, attività inscindibilmente unite. L'individuazione delle fonti è un momento essenziale per circoscrivere ciò che è diritto, distinguendolo dalle altre sfere esperienziali, e per applicarlo. Gli organi dell'applicazione sono vincolati a tener conto delle norme identificate sulla base delle fonti[17].

Gli interpreti partecipano al processo di formazione del diritto, in conformità ad una linea di congruenza con i materiali normativi desumibili dalle varie fonti, nel rispetto dei canoni metodologici, accreditati in una cultura giuridica, che consentono di controllare il procedimento seguito al fine di valutare la fondatezza giuridica delle decisioni prese[18].

La positivizzazione giuridica, invero, si compie a partire dalle fonti, ma nessuna di esse è autosufficiente, né conclusiva, a prescindere dall'attività interpretativa, e ognuna di esse rileva solo nell'ottica generale dell'impresa giuridica[19]. Ciò che conta come fonte legittima di diritto è il prodotto di una prassi in costante divenire nella quale giuristi e operatori giuridici stabiliscono cosa conta come diritto e cosa no[20]. L'interpretazione, così, costituisce un aspetto interno alla dinamica delle fonti e ciò mostra, in maniera paradigmatica, come la teoria delle fonti non può essere pensata nell'ottica della ricostruzione statica delle relazioni tra gli atti e le norme dagli stessi prodotte, muovendo dall'assunto che si tratti di «monadi» in sé conchiuse, atomisticamente distinguibili. Essa si intreccia costitutivamente con la teoria dell'interpretazione[21].

L'interpretazione opera grandemente nella messa in ordine e nell'armonizzazione del complesso normativo, ponendosi come una risorsa essenziale, idonea ad amministrare la dialettica tra identità e continuità ordinamentali e i mutamenti sociali, tra le esigenze della certezza-stabilità e quelle del rinnovamento-mobilità. In questo sforzo ordinatorio viene in gioco la responsabilità dei giuristi.

Il diritto, in quanto pratica interpretativa, è chiamato a organizzare il mondo sociale. I processi di positivizzazione conformano il diritto e lo rinnovano di continuo. Essi implicano il costante svolgimento di attività interpretative, capaci di stare al passo con le trasformazioni in atto nella società e nel mondo giuridico.

17. G. Pino, *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, cit., pp. 15-16.

18. B. Pastore, *Interpreti e fonti*, cit., pp. 82-85.

19. F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 331.

20. F. Schauer, *Il ragionamento giuridico*, cit., p. 127.

21. A. Ruggeri, *Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e Carte internazionali dei diritti, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in *Ragion pratica*, 2002, 18, p. 73. V., in proposito, N. Lipari, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, pp. 25-26; G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, p. 58.

2. Da molto tempo sono in corso significativi mutamenti negli assetti delle fonti del diritto[22]. Da un lato, alla *semplicità* tipica del diritto dell'età della codificazione (con la sua identificazione nella legge) si sostituisce la *complessità* delle regolamentazioni in ordinamenti – quale, ad esempio, quello italiano – non più esclusivamente *legislativi*, ma *costituzionali*, complicati dalla presenza di una pluralità delle fonti e di un policentrismo dei luoghi di produzione normativa. Dall'altro, le molteplici fonti interne si trovano a concorrere con fonti sovranazionali, entro una dinamica di internazionalizzazione che manifesta la fine della pretesa di «esclusività-impenetrabilità» dell'ordinamento (in cui si risolve, in termini operativi, il moderno concetto della sovranità) e che rende il diritto intricato[23].

La legge non è più la fonte primaria per eccellenza, né costituisce più il perno del sistema, attorno al quale ruota tutto l'insieme delle fonti normative. E invero, posando lo sguardo sul diritto italiano, si rileva che la moltiplicazione delle fonti, introdotta dalla Costituzione[24], incide sul livello primario (comprendente, tra l'altro, le leggi ordinarie, gli atti legislativi del governo, le leggi regionali). Si è in presenza, poi, di una scissione, nella figura della legge, tra diversi *tipi* (caratterizzati sia da varianti formali sia da condizionamenti contenutistici), nonché di forme di decentramento della funzione legislativa. Anche le fonti «secondarie» si pluralizzano, si diversificano qualitativamente, si espandono quantitativamente[25].

La destrutturazione del sistema delle fonti viene altresì complicata dalla sempre più penetrante incidenza del diritto dell'Unione europea. Esso produce effetti dirompenti sull'intero ordinamento nazionale, fornendo discipline – in vaste aree (in continua espansione) – che sostituiscono la legislazione nazionale o la vincolano a fini imposti. Va considerato, in proposito, che, laddove il diritto dell'Unione europea, entrando nel nostro ordinamento, diventi direttamente applicabile, esso prevale sulle fonti interne confliggenti (anche quelle di rango costituzionale), derogandole, a meno che non contrasti con i princìpi supremi e con i diritti inalienabili della persona umana. In tal modo, le norme UE, che vengono ad essere configurate quali norme di rango para-costituzionale, innestandosi sul diritto interno, determinano una significativa alterazione nella struttura gerarchica delle fonti, in base a condizioni di validità ed efficacia che lo stesso diritto dell'Unione europea predefinisce. In più, il controllo sulla retta interpretazione e applica-

22. Cfr. B. Pastore, *Interpreti e fonti*, cit., cap. II; M. Vogliotti, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, pp. 29-30, 269-285; G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., pp. 29-60; G. Pino, *Interpretazione e "crisi delle fonti*, cit., pp. 7-8, 36 ss., 48 ss.; P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. 79 ss.

23. A. Catania, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, 3ª ed., Roma-Bari, 2013, pp. 14, 21-25, 80-85, 147-150.

24. Cfr. F. Modugno, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, 1997, I, pp. 564-567, 571 ss., 580 ss.; R. Bin, G. Pitruzzella, *Le fonti del diritto*, 2ª ed., Torino, 2012, pp. 17-23; A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, cit., pp. 315-352.

25. V., al riguardo, D. Iacovelli, *I regolamenti nel disordine delle fonti*, in *Jus*, 2004, 51, p. 189 ss.

zione delle norme europee, attribuito alla Corte di giustizia ed effettuato in sede di rinvio pregiudiziale, ha ricadute rilevanti sul diritto interno, che, da un lato, deve essere interpretato in conformità al diritto UE, dall'altro è sottoposto al controllo diretto di tale Corte, chiamata a verificare la compatibilità delle norme interne alla stregua del diritto europeo, con il vincolo del giudice nazionale a disapplicare il diritto interno ritenuto dalla Corte incompatibile con quello europeo[26].

Un ulteriore fattore mette in crisi l'impostazione tradizionale delle fonti del diritto. Si tratta della «creazione di centri di produzione normativa non previsti ed estranei al testo costituzionale e tuttavia efficaci e suscettibili di condizionare il comportamento di soggetti pubblici e privati»[27]. Il fenomeno, per molti versi, rinvia ai processi di internazionalizzazione e globalizzazione, che fanno emergere un diritto transnazionale sostanzialmente indifferente nei confronti dei confini statali. Tale diritto, spesso, è prodotto privatamente ed è privo di radicamenti territoriali. Ne è esempio peculiare la nuova *lex mercatoria*[28], che, invero, trova riconoscimento nel diritto interno, quasi come una fonte autonoma proveniente da un ordinamento separato, sicché il momento «esterno» viene vieppiù a fondersi con i procedimenti nazionali di produzione giuridica[29]. L'ordinamento interno, così, è il risultato *in fieri* di continue combinazioni e integrazioni normative. In esso si afferma un *corpus* giuridico legato all'intensificarsi delle interdipendenze connesse a processi di «destatualizzazione» del diritto. Il confronto tra plessi normativi, nel *continuum* tra diritto *infranazionale* e diritto *ultranazionale*, mette in moto meccanismi in forza dei quali l'operatore si trova ad applicare la regola tratta da una o l'altra fonte considerata maggiormente idonea a soddisfare le esigenze avanzate dal caso.

Lo scenario che oggi si prospetta, così, impedisce di parlare di un sistema delle fonti configurabile *a priori*. Vi è, invece, una pluralità di insiemi normativi, diversi in relazione alle materie regolate, alla forma e alla forza che le diverse fonti manifestano; percorsi da tendenze autonome; spesso concorrenti, perché tutti competenti in linea astratta[30]; non

26. Cfr. M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, pp. 95 ss., 135 ss.; N. Lipari, *Le fonti del diritto*, cit., pp. 23-26, 112-113; S. Cassese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009, pp. 55-57, 90-91. V. altresì A. Celotto, *L'efficacia delle fonti comunitarie nell'ordinamento italiano. Normativa, giurisprudenza e prassi*, Torino, 2003; G. Tesauro, *Anche le Corti cambiano*, in *Quest. giust.*, 2014, 1, p. 39 ss.; E. Cannizzaro, *Interpretazione conforme fra tecniche ermeneutiche ed effetti normativi*, in A. Bernardi (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015, p. 3 ss.; A. Ruggeri, *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema*, ivi, p. 153 ss.

27. Così F. Sorrentino, *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova, 2004, p. 9.

28. Cfr. F. Galgano, *Lex mercatoria*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, 2001, V, spec. pp. 725-727; M.R. Ferrarese, *La globalizzazione del diritto: dalla "teologia politica" al diritto "utile"*, in M. Vogliotti (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008, in particolare pp. 60-65; A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, cit., pp. 32-34, 739-746, 764-766.

29. F. Sorrentino, *Le fonti del diritto amministrativo*, cit., p. 10.

30. F. Modugno, *Fonti del diritto*, cit., p. 586.

di rado confliggenti. Tali insiemi normativi, che sorgono dalla modificazione delle fonti tradizionali e dall'emersione di fonti «nuove», mancano, spesso, di coordinamento: si intrecciano in condizioni di equilibrio instabile e sono soggetti a fluttuazioni continue. Il tradizionale schema gerarchico, tramontata la sua capacità ermeneutica e prescrittiva, si dissolve. Abbiamo agglomerati frammentati di materiali giuridici che producono una crescita della complessità[31].

L'alta frammentazione, la complicazione e la complessità del diritto odierno richiedono che gli atti normativi non siano concepiti come entità discrete e distinte, ma come componenti di insiemi interconnessi. L'interprete interviene per isolare il quadro degli enunciati usati per ritrovare la norma. Così, di fronte a un caso, al fine di qualificare un comportamento o una situazione, un enunciato spesso entra in gioco in connessione con altri enunciati. Può trattarsi della connessione tra enunciati che compongono uno stesso documento o dei rapporti del documento con altri documenti nell'ambito di una branca o settore disciplinare. Ci si riferisce, specificamente, al «combinato disposto», formula che – come è noto – identifica la connessione, la combinazione, di una disposizione con altre sì da ricavare il materiale dell'interpretazione[32], e al «micro-sistema», termine che indica un insieme di enunciati delle fonti relativi ad un istituto giuridico, ad una certa materia, spesso contenuti in più documenti normativi, individuati dall'interprete[33]. Riferirsi ai micro-sistemi, invero, diventa vieppiù rilevante posto che «gli apparati legali odierni… non solo sono frammentati in miriadi di disposizioni da fonti disparate e non sempre coordinate, ma presentano evidenti incoerenze»[34], che rendono necessario un costante intervento ordinatore.

La complessità è da intendere come molteplicità di plessi normativi in interazione. Il paesaggio giuridico si riconfigura. Le regole vanno ricomposte sempre più con un diritto sovranazionale e transnazionale; sono soggette a interpretazioni e applicazioni variabili; si stratificano disordinatamente. Le frontiere del diritto diventano porose. L'ordinamento perde il suo centro. Mobilità e plasticità caratterizzano un quadro giuridico nel quale si ha

31. Cfr. F. Ost, M. van de Kerchove, *Pensare la complessità del diritto: per una teoria dialettica*, in *Sociol. dir.,* 1997, XXIV/1, pp. 5 ss., 12 ss.; P. Perlingieri, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005. 1, pp. 189-196; J.B. Ruhl *Law's Complexity: a Primer*, in *Georgia State Univ. L. Rev.*, 2008, 24, p. 885 ss. Sulla complessificazione della produzione normativa e delle relative fonti nei vari settori del diritto italiano v.: V. Scalisi, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in M. Lobuono (a cura di), *Scienza giuridica privatistica e fonti del diritto*, Bari, 2009, pp. 56 ss., 62 ss., 69 ss., 75 ss.; C.E. Paliero, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 58, pp. 1104 ss., 1109 ss., 1112-1116; M. Bombardelli, *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 3, pp. 992 ss., 1003 ss., 1017 ss.

32. V., in proposito, R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, pp. 68-69; R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva quantistica*, Milano, 2013, pp. 53-55.

33. Cfr. V. Velluzzi, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002, pp. 7, 139, 165.

34. Così A. Gentili, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti.* Vol. I. *Storia e teoria*, Torino, 2015, p. 263.

una incessante circolazione di significati, frutto, in costante divenire, della prassi di una pluralità di soggetti, dei rapporti tra organi e istituzioni e delle loro decisioni[35].

Il diritto complesso presenta gradi variabili di vigenza, determinatezza e concretizzazione, talché, nell'ambito dei processi di positivizzazione, l'insieme totale si pone come risultato dell'intreccio di una molteplicità di elementi non sempre gerarchizzabili, come trama di relazioni fluida (e perciò instabile) ma anche aperta a continui aggiustamenti e sviluppi. Il diritto, pertanto, cresce attraverso il costante inserimento di materiali normativi e la loro determinazione progressiva, realizzata in sede interpretativo-applicativa.

Così, il panorama giuridico assume sempre più una articolazione reticolare. E, invero, l'immagine della «rete» meglio simbolizza la natura flessibile, variabile, labirintica e in perenne trasformazione del diritto odierno[36]. La rete implica la presenza di una trama costituita da fili e da nodi, uniti tra di loro da legami, che assicurano interconnessioni. Si tratta di «strutture aperte», caratterizzate da intrecci di relazioni intercorrenti tra gli elementi, senza che si possa stabilire un punto di partenza obbligato o un'unica via d'accesso.

L'insieme delle fonti, dunque, definisce un insieme giuridico caratterizzato in senso altamente plurale; non più espressione di un fluire normativo uniforme che parte da un unico centro di autorità, ma risultato di interrelazioni instabili «fra molteplici tipi di autorità, o pretese di autorità, situati in differenti luoghi o in differenti processi all'esterno e all'interno dello Stato stesso»[37].

Il quadro normativo, risultante da una pluralità di fonti e componenti, strutturato a più livelli, flessibile nelle sue articolazioni, secondo competenze riconosciute in relazione a specifiche materie, aperto al diritto sovranazionale, richiede che l'interprete, chiamato a risolvere un caso concreto, scelga a quale normativa la soluzione deve ispirarsi, combinando e collegando disposizioni varie, di rango e provenienza diversi. Gli interpreti sono chiamati ad un'opera ricostruttiva e ordinatrice, capace di cogliere ed esplicitare le linee portanti e le interrelazioni ordinamentali, contribuendo al recupero della dimensione unitaria dell'impresa giuridica.

3. L'individuazione/identificazione delle fonti richiede, tra i partecipanti a quella pratica sociale di tipo interpretativo che è il diritto, un consenso e un accordo di massima, la convergenza tra comprensione soggettiva e comunicazione intersoggettiva[38]. Tale pratica

35. Cfr. F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 274-275.

36. F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002, pp. 43 ss., 49 ss.; F. Ost, *Dalla piramide alla rete: un nuovo paradigma per la scienza giuridica?*, in M. Vogliotti (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica,* cit., pp. 29-48; P. Grossi, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006, pp. 268-271, 285-287; B. Pastore, *Interpreti e fonti*, cit., pp. 28-30; G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., pp. 48-50, 56-59.

37. Così F. Viola, Rule of Law. *Il governo della legge ieri ed oggi*, Torino, 2011, p. 144.

38. Cfr. M. Jori, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, Pisa, 2010, pp. 11-13; G. Pino, *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, cit., pp. 18, 21, 63-64. Sulla tesi secondo la quale il significato di ogni pratica

si caratterizza per la presenza di un gruppo di persone (i giuristi e gli operatori giuridici), dotate di conoscenze speciali, che padroneggiano un linguaggio tecnico specifico e che fanno funzionare le articolazioni interne della stessa pratica.

Assume rilevanza, a questo proposito, la nozione di comunità dell'interpretazione giuridica[39]. Essa collega i partecipanti ad una tradizione giuridico-istituzionale[40]. Sotto un profilo soggettivo, indica l'insieme dei soggetti che producono, conoscono, applicano il diritto. Giuristi e operatori giuridici svolgono il compito specifico di «trattare» regole: le individuano, le riformulano, le adattano, le integrano, le mettono in ordine[41]. È centrale, qui, il dinamismo interpretativo che si esplica in una partecipazione interattiva[42]. Sotto il profilo oggettivo, la nozione rimanda ad un orizzonte epistemologico, metodologico e normativo che rende possibile l'accettabilità delle scelte interpretative e condiziona la validità del ragionamento giuridico. La comunità interpretativa, da questo punto di vista, si pone come criterio regolativo, connotato intersoggettivamente, che consente di controllare i metodi, i procedimenti, le risorse argomentative utilizzati[43]. Diventa saliente, a tal proposito, l'idea di correttezza dell'interpretazione, che riguarda la (maggiore) tenuta, alla stregua dei codici e dei lessici usati in un contesto comunicativo, e degli argomenti giustificativi, di un asserto interpretativo rispetto ad ogni altro alternativo[44]. In questa luce, è possibile superare sia il riferimento ad un testo (legislativo) assunto come chiuso in se stesso e univoco, sia la sua dissoluzione in una indistinta varietà di esiti interpretativi[45].

---

sociale (compresa, quindi, anche quella giuridica) sia determinato in modo interpretativo, rinviante ad una dimensione intersoggettiva, e che ciò presupponga un accordo tra i partecipanti in relazione a quanto essi fanno, v. A. Schiavello, *Intersoggettività e convenzionalismo giuridico*, in F. Viola (a cura di), *Forme della cooperazione. Pratiche, regole, valori*, Bologna, 2004, pp. 60-62, 105.

39. Cfr., sul tema, O.M. Fiss, *Objectivity and Interpretation,* in *Stanford L. Rev.*, 1982, 34, pp. 732- 773; Id., *Conventionalism,* in *Southern California L. Rev.*, 1985, 58, pp. l36-197; S. Fish, *Fish vs. Fiss*, in *Stanford L. Rev.*, 1984, 36, pp. 1325-1347; B. Pastore, *Tradizione e diritto*, Torino, 1990, pp. 200-203; J. Calvo González, *Comunidad jurídica y experiencia interpretativa. Un modelo de juego intertextual para el derecho,* Barcelona, 1992; F. Viola, *La comunità interpretativa nel diritto e nella teologia*, in *Hermeneutica*, 1998, pp. 24 ss., 33 ss.; F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 65-70; E. Pariotti, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Torino, 2000; G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., pp. 134-141.

40. E. Pariotti, *La comunità interpretativa*, cit., pp. 18 ss., 44 ss., 126 ss.; F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 192, 245-246; B. Pastore, *Emergenze della tradizione nell'odierna esperienza giuridica*, in *Ars Interpretandi*, 2003, 8, pp. 192-196.

41. Sulla convergente funzione di dottrina e giurisprudenza nella configurazione della comunità interpretativa insiste N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, pp. 47-51.

42. G.J. Postema, *"Protestant" Interpretation and Social Practices*, in *Law and Philosophy*, 1987, 6, pp. 308-313; E. Pariotti, *La comunità interpretativa*, cit., pp. 191-195.

43. G. Zaccaria, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990, pp. 105-107; E. Pariotti, *Interpretazione, comunità giuridica e integrazione sovranazionale*, in *Persona y Derecho*, 2004, 51, pp. 324-325. V., sul punto, A. Barak, *La discrezionalità del giudice* (1989), Milano, 1995, pp. 19-20.

44. Cfr. A. Gentili, *Senso e consenso*, cit., pp. 205-209, 254-266.

45. N. Lipari, *Il diritto civile*, cit., p. 50 (nota 17).

La comunità dell'interpretazione giuridica trova la propria identità non solo nelle finalità pratiche per la realizzazione delle quali si interpreta (riconducibili alla ordinata, ragionevole e giusta soluzione dei problemi della convivenza), ma anche nell'autocomprensione di ciò che deve essere interpretato[46]. È la stessa interpretazione delle regole che si configura come risultato dell'opera comune di più soggetti. Essi condividono un insieme di considerazioni normative che li orienta nelle operazioni di identificazione del diritto da conoscere e da applicare.

Il rapporto tra fonti del diritto e comunità interpretativa riguarda, a ben vedere, la questione dell'applicabilità[47] e si colloca nell'ambito del ragionamento giuridico, che costituisce, da tempo, il terreno privilegiato per affrontare la maggior parte dei temi su cui verte la riflessione teorica sul diritto.

Ciò che definisce una comunità interpretativa è, in fondo, la convergenza su alcuni elementi fondamentali della pratica giuridica esistente: in primo luogo, un nucleo di fonti del diritto[48], nonché una grammatica, un lessico, una concettualogia, e una serie di vincoli istituzionali e argomentativi che funzionano come fattori unificanti e socializzanti[49].

La convergenza è il risultato di un «consenso per sovrapposizione»[50]. Gli operatori giuridici e i giuristi possono avere (e di fatto hanno) idee e ideali differenti di legittimità etico-politica, possono fare (e di fatto fanno) riferimento a sistemi valoriali diversi, possono essere (e di fatto sono) in disaccordo e in conflitto in merito alle interpretazioni prospettate e ai percorsi discorsivi e metodologici che le giustificano, ma convergono reciprocamente su alcuni elementi che caratterizzano la pratica giuridica. Giocano, cioè, allo stesso gioco. Il disaccordo e il conflitto presuppongono uno sfondo condiviso, che rappresenta una condizione imprescindibile, necessaria, per la stessa esistenza e continuità di un ordinamento[51].

---

46. F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 67.

47. Sull'applicabilità delle norme giuridiche e sui criteri che la contraddistinguono v. G. Pino, *Teoria analitica del diritto*. I. *La norma giuridica*, Pisa, 2016, pp. 123 ss., 143 ss. Cfr. anche F. Schauer, *Il ragionamento giuridico*, cit., cap. 4.

48. Emblematica, al riguardo, è la posizione di R. Dworkin, *L'impero del diritto* (1986), Milano, 1989, pp. 66-67, il quale mette in evidenza il ruolo della fase «pre-interpretativa» (caratterizzata dall'accordo nella cultura giuridica di riferimento) in cui si converge sui criteri di identificazione delle regole e che si pone come punto di partenza dell'intero procedimento interpretativo.

49. R. Dworkin, *L'impero del diritto*, cit., pp. 86-91.

50. G. Pino, *Teoria analitica del diritto*, cit., pp. 197-198. L'espressione «consenso per sovrapposizione» o «per intersezione» è – come è noto – di Rawls, che la usa per dar conto del fatto che, in una società, gli individui hanno idee (religiose, filosofiche, morali) contrastanti e giungono a sostenere una concezione politica comune partendo da dottrine generali e comprensive diverse, e addirittura incompatibili, e quindi, almeno in parte, per ragioni diverse; ciò, però, non impedisce alla concezione politica stessa di costituire un punto di vista comune utilizzabile per risolvere tutti insieme i problemi relativi alla convivenza. Cfr. J. Rawls, *Liberalismo politico* (1993), Milano, 1994, pp. 30-32, 65-68, 123 ss.

51. G. Pino, *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, cit., p. 66.

Guardando la realtà odierna, però, non si può non riflettere sulla capacità di tenuta della nozione di comunità interpretativa[52]. L'odierno panorama giuridico è segnato dalla compresenza di una pluralità di ordini normativi parziali; dalla destrutturazione del sistema delle fonti, che si configura vieppiù come un arcipelago mobile, variabile, instabile; dall'osmosi tra ordinamenti, con il crescente peso assunto dal diritto sovranazionale e transnazionale che incide sui singoli ambienti nazionali e che pone in primo piano il difficile tema dell'armonizzazione; dalla mondializzazione del diritto, che si trova a fare i conti con la latitudine planetaria dell'economia e della tecnica; da una cultura giuridica non più omogenea nei valori e che è chiamata a misurarsi con le tensioni di una società sempre più multiculturale. Viene meno quell'identità tra comunità giuridica e ordinamento statale, fondata sul radicamento territoriale del diritto[53]. La giuridicità si disloca in un *continuum* che va dal locale al globale. L'autorità del diritto assume una dimensione policentrica.

Orbene, l'esito di tali processi rende sicuramente più problematica l'idea della comunità interpretativa. Essa, comunque, mantiene la sua rilevanza, soprattutto se la si configura come campo aperto in cui si sviluppano il confronto (anche conflittuale) tra i diversi significati da attribuire ai materiali giuridici, di diversa origine[54]. Tutto ciò implica l'identificazione e la selezione delle fonti utilizzabili, nonché la scelta delle specifiche tecniche interpretative da adottare. Non può non evidenziarsi, a questo proposito, che i disaccordi davvero rilevanti, «genuini», entro una comunità interpretativa sono quelli che riguardano il senso e la portata normativa da ascrivere alle fonti selezionate perché ritenute pertinenti in sede applicativa o in sede di analisi ed elaborazione dottrinale. Tali disaccordi coinvolgono le diverse interpretazioni di un insieme di materiali giuridici che confluisce nel caso da risolvere a livello giudiziale o nel caso-tipo introdotto dal giurista teorico per via di mera ipotesi[55].

La comunità interpretativa è una comunità epistemica. I soggetti che vi fanno parte condividono un medesimo sapere, sedimentato e tramandato, e hanno in comune un linguaggio, frutto di quell'addestramento tipico dell'educazione giuridica (che peraltro supera i confini delle culture nazionali, nell'ottica della *cross-fertilization*[56]), essenziale per

52. V., in proposito, G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., pp. 137-138.

53. Questo, invero, era il quadro di riferimento della prospettiva dworkiniana. Cfr. R. Dworkin, *L'impero del diritto*, pp. 176 ss., 181 ss., 195 ss. V. altresì E. Pariotti, *Interpretazione, comunità giuridica, integrazione sovranazionale*, cit., p. 328 ss.

54. G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., p. 139. Scrive A. Gentili, *Senso e consenso*, cit., p. 75: «La comunità dell'interpretazione non è che il nome collettivo di giuristi che si segnalano per le loro continue diatribe». D'altra parte, va sottolineato che, concretamente, l'avvio dell'interpretazione è dato dal dissenso sul significato di una regola. Ivi, p. 227.

55. Sul tema del disaccordo tra gli interpreti cfr. R. Dworkin, *L'impero del diritto*, cit., spec. pp. 9 ss., 17 ss., 49 ss., nonché, da ultimo, V. Villa, *Disaccordi interpretativi profondi. Saggio di metagiurisprudenza ricostruttiva*, Torino, 2017.

56. Rileva, a tal proposito, la possibilità dii «attingere dal planetario emporio delle creazioni giuridiche» (così F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 88) e di riferirsi ad un repertorio accumu-

accedere a, e poter utilizzare, questo sapere, che rinvia ad un insieme di competenze operative. Tra queste competenze rientra la comprensione dei concetti, che significa la capacità di padroneggiare le inferenze in cui essi sono coinvolti, ovvero essere in grado di distinguere che cosa segue dall'applicabilità di un concetto, quali sono le conseguenze che ne derivano[57]. Ciò, peraltro, non esclude i dissensi prodotti, ad esempio, dal rifarsi a dottrine e ricostruzioni dogmatiche differenti.

Tale comunità costituisce un terreno comune in cui si argomenta, si dibatte, si controverte, e in cui si tematizza il conflitto. Cooperazione e conflitto, dunque, stanno insieme[58]. Il costante processo di discussione tra giuristi (teorici e pratici) se, da un lato, serve a garantire contro le indebite intrusioni di prospettive soggettivistiche (e pertanto arbitrarie), contro il cristallizzarsi di opinioni incontroverse, contro il persistere di indirizzi conformistici[59]; dall'altro, consente di vagliare, nel confronto discorsivo e dialettico, la consistenza delle argomentazioni, la loro asseribilità e la loro giustificazione.

La praticabilità del diritto dipende dall'interpretazione, che si svolge e si inserisce in un contesto intersoggettivo. La comunità interpretativa racchiude il senso di un'impresa condivisa (nonostante i dissensi), la cui ragione risiede nell'attività interpretativa stessa. Questo contesto orienta le scelte degli interpreti, ponendosi come asse portante di un'epistemologia del sapere giuridico, che è componente imprescindibile del diritto e della sua positivizzazione.

lato di argomenti, concetti, principi, soluzioni, che è il risultato di un *know-how* professionale. Sulla convergenza delle soluzioni giurisprudenziali nel contesto del diritto globale v. A.-M. Slaughter, *A Global Community of Courts*, in *Harvard Int. L. J.*, 2003, 44/1, pp. 191-219.

57. Cfr., più estesamente, D. Canale, *Forme del limite nell'interpretazione giudiziale*, Padova, 2003, pp. 179-194.

58. B. Pastore, *Emergenze della tradizione*, cit., pp. 191 e 195.

59. Riprendo, in parte, quanto scriveva E. Betti, *Teoria generale della interpretazione*, Milano, 1955, pp. 859-860.

LIBERTÀ RELIGIOSA, PRINCIPIO DI DIFFERENZIAZIONE E ORDINE PUBBLICO*

Pietro Perlingieri
Professore emerito Università del Sannio

Sommario: 1. La libertà religiosa nel rispetto delle diverse identità culturali… – 2. … ed esigenza di nuove intese con i diversi culti coesistenti. – 3. Dalla c.d. "età dei diritti" all'età dei diritti e dei doveri. – 4. Bisogno di un'ermeneutica assiologica adeguatamente e ragionevolmente differenziata. – 5. Tolleranza e moderazione, quali linee direttrici da osservare in ragione di un mutato e diverso contesto pluralistico religioso. – 6. Ripensamento delle forme e delle logiche in conformità alle moderne esigenze di un sistema ordinamentale "aperto". – 7. Rinnovato ruolo del legislatore e dell'interprete nel garantire la libertà religiosa nel rispetto del principio di differenziazione e della dignità umana. – 8. Ordine pubblico secondo un'accezione unitaria a garanzia anche della libertà religiosa e del «complesso di princípi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico».

1. Il sistema ordinamentale contemporaneo ha natura composita, aperto a fonti diverse – sia formali, statali e sovranazionali, sia non formali, ricollegabili alle più diverse autonomie, quali espressioni di sussidiarietà – che, interpretate da una pluralità di giurisdizioni, si adeguano alle situazioni che storicamente si determinano[1]. Tale apertura, ravvivata dalla dinamicità dell'esperienza e dei contatti internazionali, configura un ordinamento non più – semmai lo sia stato – di uno Stato-Nazione, ma di uno Stato, che – soprattutto in séguito ad eccezionali variegate immigrazioni – è sempre più multiculturale e multireligioso, alla ricerca di un diritto flessibile che realisticamente prenda atto che le decisioni non possono che ispirarsi ragionevolmente al rispetto delle libertà riconosciute e al conseguente principio di differenziazione[2].

*. Testo della *lectio magistralis* tenuta all'Istituto Superiore Universitario di Formazione Interdisciplinare dell'Università degli Studi del Salento, il 28 ottobre 2016.

1. P. Perlingieri, Editoriale *I valori e il sistema ordinamentale "aperto"*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1 ss.

2. Sul punto, si rivelano interessanti le riflessioni di T. Mazzarese, *Diritto, diritti, pluralismo culturale. Un'introduzione*, in Ead. (a cura di), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, Torino, 2013, p. 5 s., secondo la quale «[l]a connotazione sempre più multiculturale (multietnica, multireligiosa, "multirazziale") di un crescente numero di paesi […] non solo dell'"occidente" ricco e democratico che sono (stati) meta dei flussi migratori successivi alla conclusione della guerra fredda», nel riproporre «il tema della tutela e attuazione dei diritti fondamentali in una prospettiva nuova» - ma non «inedita», in quanto la «diversità etnoculturale è storicamente un elemento fondamentale delle società umane», non certo un'esclusiva delle società moderne (così G. Carlizzi, *Categorie del multiculturalismo ed ermeneutica giuridica*, in *Ermeneutica e pluralismo*, *Ars Interpretandi*, num. spec., 2012, 1, p. 59) – occorre ripensare «l'antagonismo» che si coglie «fra chi rivendica

Una riflessione sul punto appare opportuna specialmente per le diverse condizioni religiose e le relative tradizioni di vita che incidono sullo statuto personale[3]. La identità costituzionale è caratterizzata da libertà che, per quanto attiene alle relazioni personali, non tollerano imposizioni e limiti che non siano indispensabili per garantire la dignità e quindi la libertà altrui. Un'identità, questa, che affonda le radici in una filosofia dei rapporti civili ispirata al "libero e pieno sviluppo della persona umana", che riconosce diritti ma ad un tempo richiede l'adempimento di doveri di solidarietà inderogabili perché fondamentali per una vita organizzata in comune[4]. Ciò esige non una appiattita eguaglianza, fine a se stessa, né una paritetica ed omogenea distribuzione di diritti, ma il rispetto della persona, delle sue personali inclinazioni e visioni del mondo senza imposizioni di restrizioni e di vincoli non funzionali a garantire la coesione sociale e la pacifica convivenza. La identità culturale, nella nostra epoca, non può che concepirsi come pluralità e diversità di prospettive compatibili con lo stesso mantenimento delle diversità[5]. La nozione di ordine pubblico assurge a garanzia della dignità dell'uomo senza determinarne in forma rigida, unilaterale ed aprioristica la conformazione culturale e religiosa e, quindi, giuridica.

2. La Costituzione repubblicana stabilisce che «*[t]utti i cittadini* hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge» senza distinzione di lingua, di religione, di condizioni personali e sociali (art. 3, comma 1), che «*[t]utti* hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa, in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti

---

e chi invece contesta l'universalismo dei diritti fondamentali, la loro inviolabilità e indivisibilità», incentivando piuttosto «il dialogo, il confronto e soprattutto l'interazione e la convivenza fra genti (fra individui) di tradizioni differenti». Su tali posizioni, v. *amplius* T. Mazzarese, *Ancora su ragionamento giudiziale e diritti fondamentali. Spunti per una posizione "politicamente scorretta"*, in *Ragion pratica*, 35, 2010, p. 514 ss.

3. È indiscutibile, infatti, che i «singoli Stati nazionali si approcciano alla religione nel contesto di un'identità culturale che è stata fortemente influenzata dalle rispettive tradizioni religiose, nelle quali alcune visioni della religione e del suo ruolo nella società sono il frutto di presupposti storici e culturali condivisi»: così D. Durisotto, *Istituzioni europee e libertà religiosa. Cedu e UE tra processi di integrazione europea e rispetto delle reciprocità nazionali*, Napoli, 2016, p. 87.

4. P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, in *Raccolta di lezioni* a cura di P. Perlingieri, n. 3, Università degli Studi di Camerino, Scuola di perfezionamento in diritto civile, Napoli, 1972, p. 161 ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 462 ss.

5. A tal proposito, si è messo in luce il richiamo alla cultura «nell'argomentare giudiziale anche in Italia, portando spesso alla applicazione di trattamenti e regole diseguali rispetto a quelle che il giudice avrebbe applicato se protagonista del caso fosse stato un cittadino italiano» per i c.dd. reati culturali. Così I. Ruggiu, *La dis-eguaglianza e identità culturale: tolleranza e multiculturalismo*, reperibile sul sito *www.gruppodipisa.it*, 2015, 2. Sui diritti "differenziati" nelle società multiculturali, v.: A. Facchi, *I diritti nell'Europa multiculturale,* Roma-Bari, 2001, 7 ss.; G.F. Amiglietti, *Diritti culturali e diritto della cultura. La voce "cultura" dal campo delle tutele a quello della tutela*, Torino, 2010, *passim*; A. Morrone, *Multiculturalismo e Stato costituzionale*, in A. Vignudelli (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto*, Torino, 2005, 16 ss.; M. Nicolini e F. Palermo, *La semantica delle differenze e le regole diseguali: dall'egualitarismo nel diritto all'eccezione culturale*, in *Studi in onore di M. Pedrazza Gorlero*, Napoli, 2014, in part. p. 513 ss.

contrari al buon costume» (art. 19); che «*[t]utti* hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione» (art. 21, comma 1); e proibisce, ad un tempo, «le associazioni segrete e quelle che perseguono, anche indirettamente, scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare». Sì che libertà religiosa, libertà di manifestazione del pensiero e libertà associativa sono strettamente collegate: le associazioni religiose possono svolgere anche un ruolo di formazione civile ma non preparare o spingere i propri adepti alla guerra verso i diversi[6] o verso i progressi della tecnica e della scienza[7].

La libertà religiosa, quale diritto inviolabile dell'uomo, non può avere valenza discriminatoria sulla cittadinanza[8]: la globalizzazione e gli ampi fenomeni migratori dell'epoca contemporanea richiedono una riflessione nuova[9]. Una società multiculturale, benché calata in un sistema ispirato al principio di laicità[10], non può essere costruita su valori

6. Va ricordato, agli albori del fascismo, B. Croce, *La protesta contro il «Manifesto degli intellettuali fascisti»*, in *La religione della libertà. Antologia degli scritti politici*, a cura di G. Cotroneo, Milano, 1986, p. 213 s., sull'abuso del termine "religione" perpetrato dagli intellettuali fascisti nel Manifesto, *in primis* Francesco Gentile (divulgato il 21 aprile 1925 dal governo del tempo), con l'intento di indurre a combattere «una guerra di religione», sia pure nella consapevolezza che non si poteva certo «abbandonare la […] vecchia fede […] che da due secoli e mezzo» costituiva «l'anima dell'Italia che risorgeva», composta «di amore per la verità, di aspirazione alla giustizia, di generoso senso umano e civile, di zelo per l'educazione intellettuale e morale, di sollecitudine per la libertà, forza e garanzia di ogni avanzamento».

7. Preoccupante il pensiero di E. Severino, *Dall'Islam a Prometeo*, Milano, 2003, p. 22, secondo il quale si sta assistendo all'inesorabile declino delle «forme della tradizione occidentale» e quindi del capitalismo, della democrazia e del cristianesimo.

8. Si ha l'impressione che «l'Europa stia oggi attraversando una fase in cui non ogni esperienza di fede è vista come un valore positivo da tutelare in maniera piena ed assoluta»: così V. Pacillo, *Libertà religiosa e federalismo in Europa: i precedenti della Repubblica Federale Tedesca e della Confederazione Elvetica*, Atti del Convegno ADEC, in *Dir. eccl.*, 2010, 3-4, p. 592.

9. Così T. Mazzarese, *Diritto, diritti, pluralismo culturale*, cit., p. 8.

10. Molteplici ne sono le "versioni". Il principio di laicità nel significato delineato dalla Corte costituzionale orienta il bilanciamento e, con mediazioni flessibili, conduce a soluzioni diversificate con l'apprezzamento ragionevole di tutte le circostanze del caso concreto, non annullando i diritti e le libertà della persona. Così E. Rossi, *Laicità e simboli religiosi*, reperibile in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*. Sin dalla nota sentenza della Corte cost., 12 aprile 1989, n. 203, il principio di laicità «implica non indifferenza dello Stato dinnanzi alle religioni, ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione in regime di pluralismo confessionale e culturale» (punto 4 del Considerato in diritto). In merito, cfr. D. Loprieno, *La libertà religiosa,* Milano, 2009, pp. 140-157. Questa lettura del principio è seguita da ecclesiasticisti, tra i quali N. Fiorita, *Libertà religiosa e società multiculturale: il caso del velo islamico*, in Id. e D. Loprieno (a cura di) *La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa nelle società multiculturali*, Firenze, 2009, p. 107. Del principio di laicità è la versione c.d. *excludendi* alla francese - sulla quale v. N. Colaianni, *La laicità tra Costituzione e globalizzazione,* in *www.forumcostituzionale.it* - seguita anche dalla Corte di Strasburgo che, nei casi contro la Turchia e la Francia, ha giustificato il divieto di portare il velo. In dottrina, sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, v. A. Valentino, *La sentenza sul caso S. A. S. c. Francia della Corte Europea dei diritti dell'uomo: principio di laicità e divieto assoluto di coprirsi il volto in pubblico*, in *Osservatorio costituzionale*, Ottobre 2014, *www.osservatorioaic.it*. La Corte EDU, Grande Camera, 10 novembre 2005, ric. n. 44774/98, Leyla Şahin c. Turchia, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2006, p. 847 ss., giudica compatibile con l'art. 9 della Convenzione il divieto di portare il velo nelle università turche, in applicazione del

religiosi esclusivi[11]. È normativamente acquisito che tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge (art. 8, comma 1, cost.) e che «hanno diritto di organizzarsi secondo propri statuti» (art. 8, comma 2), purché non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano, regolando i loro rapporti con leggi dello Stato «sulla base di intese con le relative rappresentanze» (art. 8, comma 3). È pur vero che l'esperienza, sino a qualche tempo fa, si era mantenuta circoscritta ad intese relative a culti e a Chiese cristiane ed ebraiche; soltanto nel 2012 sono state stipulate intese (con l. 31 dicembre 2012, nn. 245 e 246) che hanno rispettivamente regolato i rapporti tra lo Stato italiano e l'Unione Buddhista Italiana e l'Unione Induista Italiana. Manca un'intesa – e sarebbe auspicabile che vi fosse – con le rappresentanze islamiche. Per una reale integrazione, più che procedere unilateralmente – come pur si propone – legiferando sull'istituzione di eventuali registri di ministri di culto islamici, sulla loro necessaria formazione, ivi compresa la conoscenza della lingua italiana, sul censimento delle moschee e della loro apertura, sono fondamentali chiarezza e trasparenza raggiungibili esclusivamente con l'instaurazione di un dialogo, preliminare ad un'intesa, con le rappresentanze islamiche (sia religiose sia non praticanti)[12].

principio di laicità. In tal maniera si è inteso evitare da un lato una eccessiva pressione su coloro che praticano altro credo dall'altro il sopravvento di movimenti fondamentalisti in grado di ledere la libertà altrui. Sul punto v. l'opinione dissenziente della belga F. Tulkens, secondo la quale «[l]'espulsione subita da Leyla Şahin in nome della laicità e della eguaglianza» assomiglia ad una misura che risponde piú ad un'ottica fondamentalista che ad una democratica; in tal modo «si rischia di perdere la possibilità di educare le giovani generazioni alla tolleranza, di radicalizzare i conflitti e di ritornare ad un sistema parallelo di istruzione privata religiosa», mentre «il sistema migliore per prevenire e combattere il fanatismo e l'estremismo è supportare i diritti umani» (par. 20), in quanto la democrazia presuppone l'armonizzazione e non la collisione tra i princípi della laicità, dell'eguaglianza e delle libertà, compresa la libertà religiosa (par. 5). Analogamente nel caso Ebrahimian c. Francia del 26 novembre 2015, ric. n. 64846/11, la Corte di Strasburgo ha escluso la violazione del divieto della legge francese sull'uso da parte di funzionari pubblici nel luogo di lavoro di qualsiasi simbolo che denota il suo credo religioso appellandosi al c.d. margine di apprezzamento dello Stato, senza un adeguato ed approfondito esame delle circostanze del caso concreto.

11. M.F. Ferrero, *La libertà dei genitori di assicurare l'educazione religiosa e morale dei loro figli conformemente alle proprie convinzioni. Un diritto non più pacifico in Europa?*, in L. Nivarro e F. Puig (a cura di), *Il fedele laico. Realtà e prospettive*, Milano 2012, p. 308. La giurisprudenza di Strasburgo si preoccupa che in alcun Stato membro un insegnamento religioso possa costituire un indottrinamento. Tuttavia per Corte EDU, Grande Camera, 18 marzo 2011, ric. n. 30814/2006, Lautsi e altri c. Italia, in *Foro it.*, 2011, IV, c. 181 ss., parr. 71-74, l'esposizione del crocifisso non lede la neutralità e l'imparzialità, in quanto il carattere essenzialmente passivo del simbolo non costituisce una forma di indottrinamento (parr. 71 e 72). La presenza del crocifisso «non è associata ad un insegnamento obbligatorio del cristianesimo»: d'altronde «l'Italia apre parallelamente lo spazio scolastico ad altre religioni. Il Governo indica soprattutto che agli alunni non è vietato portare il velo islamico ed altri simboli e indumenti aventi una connotazione religiosa, sono previste soluzioni alternative per facilitare la conciliazione della frequenza scolastica e delle pratiche religiose minoritarie […] e negli istituti può essere istituito un insegnamento religioso facoltativo per "ogni confessione religiosa riconosciuta"» (par. 74), attestando la laicità pluralista.

12. Considerato che il 75% dei musulmani italiani sono non praticanti, notizia tratta da V. Arnaldi, *Stretta sugli Imam, un albo anti-terroristi*, in *Il Mattino*, 18 agosto 2016, p. 7. «L'integrazione pluralista, se la si vuole *fare* e non solo proclamare in un *obiter dictum*, richiede fatica, cautela epistemica, disponibilità al dialogo e

Ciò non esclude che ragioni di sicurezza possono giustificare interventi legislativi introduttivi di divieti che impediscono di indossare caschi, maschere o quanto altro renda impossibile l'identificazione della persona[13]; o viceversa, di autorizzazioni alla perquisizione di controlli sempre ed esclusivamente a fini di sicurezza[14]. Orientamento, seguito non da ora, in Italia, con il r.d. 18 giugno 1931, n. 773[15] e la l. 22 maggio 1975, n. 152[16] e che trascende qualsiasi discriminazione religiosa[17]. Diversamente, il modo di vestire

all'ascolto. Richiede soprattutto soluzioni procedurali (consultazione degli interessati, creazione di spazi sociali di accoglienza e interazione delle diversità, ricerca di soluzioni "miti" e inclusive, anche sperimentali), anziché illudersi di tagliare il nodo gordiano delle identità con la sola spada del divieto giuridico, specialmente penale»: G. Pino, *Libertà religiosa e società multiculturale*, cit., p. 184.

13. Così è comprensibile che la Comm. EDU, 12 luglio 1978, ric. n. 7992/77, X c. Regno Unito, giustifichi la scelta legislativa britannica dell'obbligo del casco per i motociclisti a tutela della loro salute sebbene comporti per i motociclisti-*sikh* la previa eliminazione del turbante, in violazione a quanto disposto dal loro credo religioso. Parimenti si comprende l'obbligo del capo scoperto nella foto che correda un documento di riconoscimento, in quanto non rappresenta una illegittima restrizione della libertà religiosa: Corte EDU, 13 novembre 2008, ric. n. 24479/07, Mann Singh c. Francia. Sul tema, cfr. D. Durisotto, *Istituzioni europee e libertà religiosa*, cit., p. 166.

14. In tal senso, Corte EDU, 11 gennaio 2005, ric. n. 35753/03, Phull c. Francia.

15. All'art. 85, comma 2, dispone: «È vietato l'uso della maschera nei teatri e negli altri luoghi aperti al pubblico, tranne nelle epoche e con l'osservanza delle condizioni che possono essere stabilite dall'autorità locale di pubblica sicurezza con apposito manifesto»; e ciò perché rende impossibile il riconoscimento.

16. All'art. 5 dispone: «È vietato l'uso di caschi protettivi, o di qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona, in luogo pubblico o aperto al pubblico, senza giustificato motivo».

17. Il dibattito sulla discriminazione della lavoratrice per manifestazioni del proprio credo religioso (velo islamico) sul luogo di lavoro è aperto. In particolare, si è posto un problema di bilanciamento tra libertà d'impresa (interesse economico del datore di lavoro a proseguire le relazioni con i clienti) e libertà religiosa del dipendente. Sul punto interessanti sono le divergenti opinioni degli avvocati generali Juliane Kokott del 31 maggio 2016 ed Eleanor Sharpston del 13 luglio 2016 nelle conclusioni rispettivamente rese nella causa C-157/15 Samira Achbita ed altri c. G4S Secure Solutions NV ed in quella C-188/15 Asma Bougnaoui e ADDH c. Micropole SA. I casi Achbita e Bougnaoui, pur presentando differenze (il primo pone il problema della violazione del divieto di segni religiosi sul posto di lavoro; il secondo affronta il problema del segno religioso nelle relazioni con la clientela), sollevano entrambi questioni pregiudiziali sull'interpretazione del divieto di discriminazione sul luogo di lavoro, che riflette il diritto dell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., dettagliato nella direttiva 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e impiego. Le conclusioni rilasciate a poche settimane di distanza dagli avvocati generali giungono ad affermare o negare l'esistenza di una discriminazione diretta nei confronti delle lavoratrici che desideravano indossare il velo islamico. La Corte di Giustizia potrà affrontare il c.d. test di proporzionalità chiarendo che la manifestazione "in pubblico" della fede religiosa si inserisce nel principio di discriminazione. Test di proporzionalità affrontato dalla Corte di Strasburgo, tra gli altri, nel caso S.A.S. c. Francia del 1° luglio 2014, nel quale la Grande Camera ha sostenuto l'uso proporzionato del margine di apprezzamento, nella convinzione che l'intervento legislativo impositivo del divieto trae la sua *ratio* nel rispetto del "vivre ensemble" declinazione della "protezione dei diritti altrui" del quale al par. 2 dell'art. 8 CEDU. Sulle soluzioni della Corte di Strasburgo e sulle opinioni dissenzienti, v.: V.A. De Gaetano, *Riflessioni sulla libertà di religione e di coscienza: l'articolo 9 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, in *Quad. eur.*, 2014, p. 2 ss.; E. Sorda, *Lavoro e fede nella Corte di Strasburgo. Note a margine della sentenza Eweida e altri c. Regno Unito*, in *www.forumcostituzionale.it*.

rispondente a scelte di costume religioso, con la copertura del corpo che lascia scoperto il viso[18], non può certamente considerarsi lesivo del «buon costume»[19]; del pari un costume da bagno super-intero, che rispetti i precetti islamici della *´Awra*, sulle parti del corpo da coprire, non può – come pur sembra affiorare Oltralpe[20] – apparire, in quanto «incompatibile» con i valori della Repubblica, una provocazione dalla quale difendersi. Tale divieto, comunque inopportuno, sarebbe lesivo della libertà religiosa e del principio di eguaglianza[21].

18. Il velo come simbolo ha assunto un significato polisemico. In ordine all'uso o al divieto di esso e degli altri simboli, le soluzioni non possono essere semplificatrici ed assolute, presentandosi in forme mutevoli e flessibili. Cosí N. Fiorita, *Libertà religiosa*, cit., p. 105. Di questo è consapevole la Corte EDU, la quale, a seconda del caso concreto, decide in maniera differente: mentre per taluni casi verificatisi in Francia, a séguito dell'entrata in vigore del divieto di indossare simboli o abiti in scuole, collegi e licei pubblici in stretta connessione al principio di laicità (l.fr. 15 marzo 2004, n. 228) – a mo' di es., Corte EDU, 4 dicembre 2008, ric. n. 27058/05, Dogru c. Francia e Corte EDU, 4 dicembre 2008, ric. n. 31645/04, Kervanci c. Francia – si rigettano i rispettivi ricorsi per manifesta infondatezza, in altri, il divieto di indossare un simbolo religioso che si vorrebbe imporre in maniera generalizzata, non trova ragion d'essere; cosí non è ragionevole (Corte EDU, 23 febbraio 2010, ric. n. 41135/98, Ahmet Arslan e a.c. Turchia) la condanna di religiosi che indossavano turbanti della loro religione mentre si recavano in moschea per pregare, come non è ragionevole (Corte EDU, 2 febbraio 2016, ric. n. 18650/05, Sodan c. Turchia) la sostituzione di un prefetto in Turchia destituito dal suo incarico, nel 1998, per via del velo indossato dalla moglie in manifestazioni di rappresentanza con il marito.

19. L'ordinamento costituzionale italiano caratterizzato dalla c.d. laicità pluralista non potrebbe tollerare un intervento legislativo quale quello francese sul "velo" volto a reprimere i comportamenti "esibitori" di un credo religioso. Al contrario, la "legge potrebbe prevedere il divieto in parola, in quanto sia disposto, volta per volta ed in riferimento al caso specifico, dal giudice a seguito di una valutazione" della provata imposizione e costrizione di comportamenti di appartenenza e fedeltà coattivamente imposti, in assenza di piena ed autentica adesione ad un credo ed alla volontà di farne professione. In tema P. Stancati, *Lineamenti evolutivi della libertà di manifestazione del pensiero e della informazione: rivoluzione mediatica, "buona" e "cattiva" televisione, multiculturalismo, fenomenologia terroristica*, in *Dir. soc.*, 2005, n. 3, p. 428 ss. Di qui la riflessione sui reati culturalmente orientati.

20. Si tratta del divieto stabilito per la spiaggia di Cannes, difeso dal Primo Ministro Valls, ma si mostra giustamente di diverso avviso il *Conseil d'État*, il quale, con la sentenza del 26 agosto 2016, ribalta la decisione del Tribunale amministrativo di Nizza del 22 agosto 2016, n. 1603508, che aveva affermato la legittimità dell'ordinanza dei sindaci considerata giustificata dall'esigenza di tutela preventiva dell'ordine pubblico per lo stato di emergenza creato dai fatti terroristici di matrice islamica. Il Consiglio di Stato francese qualifica l'ordinanza «une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales que sont la libertés d'aller et venir, la libertés de conscience et la libertés personelle».

21. Perché le donne musulmane praticanti dovrebbero o non andare al mare o rinunziare ai loro princípi religiosi? Un'alternativa, che le ponesse davanti ad una dolorosa scelta esclusiva, sarebbe lesiva dei princípi di eguaglianza e di differenziazione e illegittimo sarebbe il divieto – previsto dalla legge francese – di indossare il velo portato sul capo, ma che pur lascia visibile il volto. Sul tema, R. Pepicelli, *Il velo nell'Islam: storia, politica, estetica*, Roma, 2012, *passim*. In Italia la giurisprudenza si è occupata della tutela dell'identità religiosa. In primo grado il Trib. Lodi, ord. 3 luglio 2014, n. 1558, non aveva configurato come una discriminazione, diretta o indiretta, del datore di lavoro l'esclusione dalla selezione di hostess ad una fiera di una ragazza italo-egiziana che rifiutava di prestare l'attività lavorativa senza *hijab*. Il giudice dell'impugnazione ribalta la decisione sostenendo che la condotta è discriminatoria, in quanto vietata dalla direttiva 2000/78/CE e dall'art. 1, d. lgs. n. 216 del 2003 attuativo della medesima direttiva (App. Milano, 4 maggio 2016, in *http://www.osservatoriodiscriminazioni.org/index.php/2016/06/01/discriminazione-motivi-razziali-corte-dappello-milano-sentenza-del-4-maggio-2016-riforma-*

3. Di là dalla proclamazione che la nostra è "l'età dei diritti"[22], tutto ciò indica che la contemporaneità è caratterizzata da una crisi profonda proprio dei diritti umani e del modo nel quale vengono intesi. Come è eccessivo considerarli la «panacea contro tutti i mali»[23], così è da ridimensionare l'affermazione secondo la quale il dibattito su di essi che ha «coinvolto» i popoli della terra, «tanto intenso da essere messo all'ordine del giorno delle più autorevoli assise internazionali, può essere interpretato come un "segno premonitore" (*signum prognosticum*) del progresso morale dell'umanità»[24]. La rivoluzione copernicana, preannunciata come tale da Immanuel Kant, identificata nell'età dei diritti e quindi nella costruzione di un rapporto tra Stato e governati, nell'interesse non più del primo ma dei secondi, ha avuto ed ha riscontri problematici e altalenanti in un'ambigua storica attuazione che va dal giusnaturalismo settecentesco, fondato sull'uomo in quanto tale, alla positivizzazione dei diritti – in Europa con la Rivoluzione francese – attributiva di diritti civili e politici a chi ha le prerogative del cittadino, con la perdita della loro natura universale e la conseguente inidoneità a produrre l'effetto inclusivo. Con la fine del secondo conflitto mondiale, che ne decreta il fallimento, la promulgazione della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo ha l'ambizione di riconoscere loro ad un tempo valenza positiva ed universale. La prospettiva vorrebbe che tali diritti fossero protetti *dallo* Stato ma anche *contro* lo Stato, che ogni persona ne fosse titolare «a prescindere dalla sua cittadinanza e dalla legislazione del suo paese»[25].

Incerta tuttavia è anche la loro individuazione[26]. Sebbene non siano un numero chiuso, i diritti umani fondamentali sono condizionati dalla stessa evoluzione culturale, sociale e tecnologica. In un'epoca, ove la sovranità politica è frazionata e diffusa e non è più esclusiva dello Stato, incerti e plurimi sono i valori di riferimento. In società pluralistiche

della-sentenza-del-tribunale-lodi-del-3-luglio-2014/): sono non discriminatorie, nell'àmbito del rapporto di lavoro o dell'esercizio dell'impresa, esclusivamente "quelle differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse alla religione [...] qualora, per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima". Per un commento, v. L. Pedullà, *L'abbigliamento religioso tra identità e compatibilità ordinamentale*, in *www.federalismi.it*, 14 dicembre 2016, p. 1 ss.

22. Tale espressione è di N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, rist. 2014, *passim*, in part. p. 45 ss, il quale, «fra tante prevedibili cause di sventura» del nostro tempo, coglie un «segno positivo» nella «crescente importanza data nei dibatti internazionali, tra uomini di cultura e politici, in convegni di studio e in conferenze di governi, al problema del riconoscimento dei diritti dell'uomo».

23. Secondo A. Schiavello, *La fine dell'età dei diritti*, in *Etica & pol.*, 2013, p. 126 s., «elemento cruciale dell'età dei diritti» sarebbe «la fiducia nel fatto che i diritti umani rappresentino una tappa importante del progresso morale dell'umanità».

24. Testualmente N. Bobbio, *L'età dei diritti*, cit., p. 49, ponendosi espressamente nel solco del pensiero di I. Kant, *Se il genere umano sia in costante progresso verso il meglio* (1798), Id., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino, 1965, p. 219 ss.

25. A. Sen, *Elements of a Theory of Human Rights*, in *Phil. Publ. Affairs*, 32, n. 4, 2004, p. 315.

26. In particolare sulla loro indeterminatezza, v. T. Mazzarese, *Ancora su ragionamento giudiziale e diritti fondamentali*, cit., p. 528 ss.

e multiculturali i valori, ora comuni ora antagonisti, mettono sempre più in crisi l'idea che il consenso universale possa caratterizzare l'età dei diritti[27]. L'umanità è divisa da diseguaglianze insopportabili, da nuove forme di schiavitù, da violenze armate o ancor peggio silenziose e da integralismi contrapposti. È il momento di abbandonare gli atteggiamenti retorici e proporre realisticamente il tema della solidarietà tra gli uomini e tra i popoli da realizzare con la necessaria differenziazione culturale e religiosa[28].

La rilevanza del valore persona nell'educazione del giurista, là dove trovi effettivo riscontro nelle decisioni regolative nei rapporti concreti, può propiziarne l'avvento. Individuare il significato e il contenuto di un diritto, riconoscerlo ed applicarlo nel concreto comportano l'uso dell'argomentazione e inevitabilmente il riferimento ai suoi fondamenti[29], ovvero ai princípi e ai valori con opportuna discrezionalità, in quanto nella loro molteplicità i diritti, spesso tra loro conflittuali, vanno contemperati e bilanciati. Il ricorso ai fondamenti[30], alle più ampie motivazioni socio-economiche – le vere cause del disagio che alimenta le contestazioni ideologiche anche di natura religiosa – richiede un giurista colto e operatori politici e sociali consapevoli che la realizzazione dei diritti ha un costo ed esige scelte adeguate[31].

La necessaria connessione tra diritti e risorse concerne non soltanto i diritti sociali ma le stesse libertà[32]. Ecco perché l'evasione fiscale è la prima e più consistente nemica

27. N. Bobbio, *Presente e avvenire dei diritti dell'uomo*, 1968, ora in Id., *L'età dei diritti*, cit., p. 21.

28. È impensabile ignorare «lo spirito laicamente pluralista» che deve caratterizzare l'approccio alle questioni in gioco di rilevanza fondamentale di rispetto e tutela delle differenze giuridico-culturali di gente di provenienza la piú eterogenea e soprattutto dei migranti che, in maniera sempre più massiccia, giungono nei Paesi occidentali che si definiscono democratici e rispettosi dei diritti fondamentali. Per tutti, cfr. T. Mazzarese, *Minimalismo dei diritti. Pragmatismo antiretorico o liberalismo individualista?*, in *Ragion pratica*, 26, 2006, p. 179 ss.; Ead., *Diritto, diritti, pluralismo culturale*, cit., p. 8.

29. V. P. Perlingieri, *Il diritto come discorso? Dialogo con Aurelio Gentili*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 770 ss. La conclusione è suffragata dall'attribuzione del carattere supremo – e quindi immodificabile – al principio di laicità pluralista come inteso dalla Corte costituzionale, ulteriore rispetto al principio di eguaglianza formale e sostanziale, appartenente a tale categoria. Per un approfondimento sul tema della laicità nella giurisprudenza costituzionale, C. Tomba, *Il principio di laicità: mero strumento rafforzativo del principio di eguaglianza "senza distinzione di religione" ovvero obbligo positivo nei confronti dei pubblici poteri? Riflessioni a prima lettura delle sentenze n. 63 e n. 52 del 2016*, reperibile in *www.osservatorioaic.it*, p. 5 e, *ivi*, nella nota n. 11 ulteriori riferimenti bibliografici.

30. A. Schiavello, *op. cit.*, p. 129 s.

31. «I diritti […] non sono un regalo del cielo, né un frutto della natura; non si impongono da sé e non si possono garantire in modo affidabile se lo Stato è senza soldi o troppo debole»: S. Holmes e C.R. Sunstein, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, 1999, trad. it. di E. Caglieri, Bologna, 2000, p. 231. V. pure P. Perlingieri nell'editoriale fondativo della Rassegna di diritto civile (*ivi*, 1980, p. 1 ss.); anche Id., *La «questione giudiziaria»*, cit., p. 168, ove si sottolinea che in effetti «[v]ale più la sensibilità storico politica del giurista, la sua preparazione tecnica che un sistema legislativo perfetto e completo». *A fortiori* si comprende allora che «questo non è tempo di solitudini per il giurista», bensí «di incontri e di dialogo fra tutti i giuristi» affinché la «riscoperta dell'unità […] non fittizia» possa costituire «un ausilio forte per superare le attuali difficoltà»: P. Grossi, *Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana*, in *Rass. for.*, 2002, p. 503.

32. A. Schiavello, *op. cit.*, p. 129, nota 38, che cita E. Diciotti, *Limiti ragionevoli delle libertà: un quadro*

dei diritti umani e i paradisi fiscali, ai quali andrebbero imposti l'isolamento e la loro fine, sono i veri forzieri delle dittature economiche. La persona attende di essere difesa dal mercato ancor più che dallo Stato e il giurista può contribuirvi, sia pure parzialmente, con una lettura personalistica dei rapporti economici, soprattutto mediante il controllo di meritevolezza degli atti e delle attività.

L'"età dei diritti" non è prospettabile separatamente dai doveri, specie di quelli strumentali alla eliminazione delle situazioni di disagio e di arretratezza. Ciò non conosce salvifiche scorciatoie e richiede, unitamente alla libertà dal bisogno, investimenti nell'istruzione, quale paladina di forme di vita non asservite al mercato e alle sue ragioni.

4. Abbattere dittature con la pretesa di proteggere i diritti umani e velleitariamente imporre – senza che vi siano i presupposti – valori ampiamente estranei producono travagliate reazioni e comprensibili resistenze, là dove soltanto il pacifico confronto, che accetti le coesistenze etiche e religiose, può generare, sia pure assai gradatamente, effetti positivi.

La questione pertanto non si risolve nel «trovare un accordo universale su quali diritti de[bbano] essere riconosciuti»[33], sì che, «trovato l'accordo, rima[rrebbe] il problema pratico», *melius* politico «di proteggerli»[34]. Che i diritti umani abbiano avuto formale consacrazione nella Dichiarazione universale del 1948 non esime dal ricercare la loro fondazione[35]. Qualora se ne prescindesse si prospetterebbe la questione in modo formalistico. Tant'è che l'accordo sulla Dichiarazione dei diritti umani – che pur suscitò l'entusiasmo di Jacques Maritain[36] – realizzò una convergenza di Stati, con ideologie e tradizioni diverse, senza effettive rispondenze pratiche. Il problema non è – come pure è stato autorevolmente sottolineato – soltanto politico[37], ma è anche e soprattutto storico-filosofico.

Per il giurista questo significa praticare un'ermeneutica assiologica adeguatamente e ragionevolmente differenziata. Ciò induce a relativizzare il rapporto tra diritti umani e forme classiche di democrazie in quanto i diritti umani, sebbene non siano prerogativa di forme politiche, si modellano pur sempre nell'àmbito del pluralismo e del multiculturalismo[38],

concettuale, in *Ragion pratica*, 20, 2003, pp. 111-148 e Id., *Il mercato delle libertà. L'incompatibilità tra proprietà privata e diritti*, Bologna, 2006, *passim*, spec. p. 73 ss.

33. Testualmente così, invece, A. Schiavello, *op. cit.*, p. 127.

34. A. Schiavello, *op. loc. cit.*

35. V. però B. Pastore, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, Torino, 2003, p. 15, secondo il quale «da quando […] i diritti umani hanno avuto la loro consacrazione positiva nella Dichiarazione universale del 1948, il problema del fondamento ha perduto – si dice – gran parte del suo interesse».

36. Lo ricorda A. Schiavello, *op. cit.*, p. 128.

37. Così N. Bobbio, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, (1964), ora in Id., *L'età dei diritti*, cit., p. 16.

38. Ben sottolinea T. Mazzarese, *La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, in Ead., *Diritto, tradizioni, traduzioni*, cit., p. 277, che «il tratto distintivo e il significato ultimo dell'universalismo dei diritti è il pluralismo laico che connota la dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 […] che non prevede né sancisce l'univocità o la supremazia di nessuna religione, di nessuna ideologia politica, di nessun tradizione culturale ma, al contrario, nel rispetto della libertà di scelta di ogni essere umano, ne proclama la pari dignità».

determinandone contenuti e limiti[39]. Per evitare che il problema si trasformi in una Babele, anziché ampliare insaziabilmente i diritti umani, occorre realisticamente ridurli a quelli essenziali che proteggono le «condizioni minime per ogni genere di vita»[40], sì che diventino effettivi e il dibattito non venga monopolizzato dal linguaggio formale dei diritti.

5. Posto che «l'idea del bene ci *divide*, mentre ciò che può *unirci* è l'idea del male»[41], male è certamente la divisione – come descritta da Isaiah Berlin – dell'umanità tra «gli uomini propriamente detti e […] qualche altro ordine di esseri di rango più basso, razze inferiori, culture inferiori, creature, nazioni o classi subumane, condannate dalla storia […]», come tali; da «massacrar[e …] senza scrupoli di coscienza»[42]. Contro questa idiozia il progresso morale del rispetto dell'uomo, in quanto tale, rende le nostre comunità più inclusive ed evita gli errori già conosciuti in periodi bui della storia. Affinché ciò diventi patrimonio comune – non già una connotazione esclusiva dei Paesi occidentali – è da incentivare sì la costituzione di «uno zoccolo duro (auspicabilmente in espansione) di valori morali universalmente condivisi»[43], ma senza che questo debba comportare «un'unica concezione politica della giustizia condivisa da tutti»[44]. Occorrono tolleranza e moderazione. Non basta che «nella gestione delle faccende del mondo si ricorre più frequentemente di prima a rivendicazioni concernenti […] diritti [umani]»[45]; questi vanno utilizzati non in modo dogmatico e arrogante quali strumenti di lotta politica, ma con la consapevolezza che la civiltà di una comunità è data – sia pure in difetto di una raffinata e plurale concezione dei diritti – dal modo come effettivamente vengono trattati i deboli, i diversi, i minori in senso ampio. In tal modo la diversità culturale diventa ricchezza che va apprezzata e non soltanto garantita; e il diritto non può imporre ciò che vuole e trincerarsi nella regolarità dei suoi formali procedimenti formativi. La moderna giuridicità non si esaurisce nella legalità procedimentale, né questa può concepirsi indipendente dalla legittimità, cioè dalla conformità con il rispetto della dignità umana nella sua massima interpretazione storica. Ai limiti procedurali si aggiungono quelli contenutistici. Sì che è preferibile la costituzionalizzazione che enunci, piuttosto che categorie di diritti, libertà (libertà educativa, religiosa, associativa, ecc.), garantendo

39. E. Pariotti, *I diritti umani. Tra giustizia e ordinamenti giuridici*, Torino, 2008, p. 150.

40. M. Jgnatieff, *Una ragionevole apologia dei diritti umani* (2001), trad. it. di S. D'Alessandro, Milano, 2003, *passim*; Id., *Il male minore. L'etica politica nell'era del terrorismo globale* (2004), trad. it. di G.B. Andornino, Milano, 2006, *passim*. G. Preterossi, *L'Occidente contro se stesso*, Roma-Bari, 2004, p. 110 ss.

41. S. Veca, *I diritti umani e la priorità del male*, in M. Ignatieff, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, cit., p. 115, i corsivi sono dell'a.

42. I. Berlin, *L'unità dell'Europa e le sue vicissitudini*, in Id., *Il legno storto dell'umanità. Capitoli della storia delle idee*, a cura di H. Hardy (1990), trad. it. di G. Ferrara degli Uberti, Milano, 1994, p. 253.

43. A. Schiavello, *op. cit.*, p. 142.

44. A. Schiavello, *op. cit.*, p. 143.

45. J. Raz, *Diritti umani senza fondamenti*, in *Ragion pratica*, 29, 2007, p. 449.

il pluralismo e conseguentemente le concezioni dei rapporti personali e familiari adeguate alle singole diverse culture, senza rigide e velleitarie imposizioni[46].

6. Si richiede, pertanto, un giurista che non circoscriva i suoi interessi e le sue competenze ad uno specifico ramo del diritto, ma sia consapevole dell'unitarietà del sistema ordinamentale e della sua inseparabilità dal contesto sociale, economico e quindi culturale. Ciò esige un ripensamento del pensiero giuridico, delle forme e delle logiche sottostanti, mai neutrali, da conformare alle moderne esigenze di un sistema aperto alla produzione della sussidiarietà (orizzontale e verticale), flessibile, capace di adeguarsi alla varietà culturale e religiosa delle persone, assecondandone ragionevolmente aspirazioni e tradizioni.

In questa prospettiva i criteri di applicazione della legge, racchiusi nella disciplina del diritto internazionale privato, denunciano limiti, non riservando adeguata attenzione alla cultura del singolo, là dove non contrasti con l'interesse generale. Inevitabilmente muta la nozione di ordine pubblico che non può che ispirarsi al pieno e libero sviluppo di ogni persona, in quanto «quel che conta davvero ai fini della civile convivenza e dell'ordine sociale non è salvare una coerenza logica tanto artificiale quanto fittizia, ma riconciliare le differenze e garantirne la coesistenza»[47].

La giuridicità non è soltanto comando, né soltanto sanzione, ma è variegata regolamentazione radicata nella società. Questa, se pluralista, rende necessariamente plurale il sistema ordinamentale, non più di uno Stato-Nazione a cultura precostituita, ma di una cultura transculturale, interattiva e relazionale, che costringe ad apprezzare le diversità e gli statuti personali, quali scelte di libertà. Là dove la convivenza tra culture comporta scelte esistenziali diverse, il pensiero giuridico deve evitare sia di strutturarsi secondo una serie di dicotomie – come quelle tra diritto e morale, diritto e cultura, diritto e tradizione – sia di ispirarsi al principio di territorialità delle leggi statali, nel tentativo di escludere a livello nazionale, qualsiasi altra normatività suscettibile di coesistere con quella statale e di estendere, a livello internazionale, l'applicazione del diritto nazionale. Occorre, invece, che il sistema sia inclusivo, capace di adeguarsi alle differenti situazioni concrete, alla cultura e ai bisogni delle persone, almeno in quei settori dove i giudici non possono non tener conto di tradizioni, di costumi, di regole etiche che connotano le relazioni.

L'identificazione culturale e costituzionale del diritto di un Paese non presuppone necessariamente un diritto unico e rigido, imposto uniformemente, senza eccezioni o deroghe, ma può ben anche aspirare a garantire – quale caratteristica identitaria – il pluralismo religioso senza contraddirsi. Gli Stati sono tanto più moderni quanto più idonei

46. Essenziali sono la «necessità e l'urgenza che nel nuovo contesto delle democrazie costituzionali, si ripensino e, ancora una volta, si ridefiniscono le forme e i modi in cui garantire il rispetto e la tutela delle differenze culturali»: T. Mazzarese, *Diritto, diritti, pluralismo culturale*, cit., p. 12.

47. S. Ferlito, *Ricordando Patrick Gleen*, in H. Patrich Gleen, *Ripensando il pensiero giuridico, lo Stato e le nuove logiche*, Napoli, 2015, p. 12.

ad adempiere nuovi compiti emergenti dalla migrazione delle popolazioni, dai fenomeni finanziari sovranazionali delle aziende transfrontaliere, dal commercio globale, dalla proliferazione e dal controllo delle informazioni, nell'acquisita consapevolezza che nessuno Stato è capace di provvedere senza che l'identità del sistema ordinamentale rigidamente precostituita sia messa in discussione. Sono proprio le modalità mediante le quali il non-nazionale entra nel sistema applicato dal giudice nazionale a configurare la caratteristica della sua identità vocata al pluralismo.

Il pensiero giuridico multi-valoriale, che ha come irrinunziabile minimo comune denominatore il valore persona, nel riservare alla prassi e alla tradizione le diverse applicazioni, lascia sempre spazio – in quanto più adeguato alla situazione concreta – alla applicazione del diritto non proveniente dallo Stato[48], ovvero dei princípi appropriati alle culture coinvolte. Frequente è la precisazione che «la costituzione e la validità e le prestazioni del contratto saranno sottopost[e] ai principi comuni» a più ordinamenti[49] e che il giudice statale applichi una regolazione privata transnazionale[50].

Ragioni diverse, adeguate alla diversità delle discipline e alle loro fonti, comportano argomentazioni differenti, ispirate ad una varietà di interessi e di valori che contribuiscono a mettere in crisi nel pensiero giuridico la «matematizzazione della logica»[51] e inducono a prendere atto del suo forte condizionamento dalla assiologia.

L'ampio spettro di opzioni del non-proibito mostra l'insufficienza della logica binaria permesso-proibito e la necessità di valutare sia le regole permissive e suppletive sia quelle proibitive, tanto del sistema nazionale quanto di quello internazionale. Più esperienze giuridiche – anche all'interno di uno stesso territorio – si influenzano reciprocamente e le nozioni di territorialità e di localizzazione si mostrano «incapaci di fornire mezzi di allocazione»[52]: tradizioni giuridiche plurali ma conviventi (come la *lex mercatoria*, le regole religiose, la regolamentazione privata anche transnazionale) consentono di assumere soluzioni discrezionalmente diverse e maggiormente adeguate al caso concreto. Se non si intende assistere inerti a che la finanza e l'economia, quali unici fattori della storia, sovrastino i processi politici identificativi del moderno costituzionalismo, occorrono interpretazioni che contribuiscono a sfumare la dicotomia diritti di cittadinanza e diritti inviolabili dell'uomo, nella consapevolezza che il principio di eguaglianza esige il rispetto delle libertà e quindi del correlato principio di differenziazione.

In tema di libertà religiosa le norme che ponessero trattamenti diversi non potrebbero che essere dispositive o suppletive, non già irragionevolmente e assolutamente inderoga-

48. H. Patrich Gleen, *Ripensando il pensiero giuridico, lo Stato e le nuove logiche*, cit., p. 55.

49. H. Patrich Gleen, *op. loc. cit.*

50. V. F. Cafaggi, *Private Regulation in European Private Law*, in A. Hartkamp, M. Hesselink, E.H. Hondius, Ch. Mak, C. du Perron, (a cura di), *Towards a European Civil Code, The Hague*, Milano, 2011, p. 91 ss.

51. S.E. Toulmin, *The uses of Argument*, London, 1958, p. 39.

52. H. Patrich Gleen, *Ripensando il pensiero giuridico, lo Stato e le nuove logiche*, cit., p. 62.

bili. In tal modo Costituzione nazionale e costituzionalismo si riappropriano della loro funzione ordinante come «specifica capacità di rappresentare e dunque conformare l'ordinamento sociale nel suo complesso»[53] e di prescrivere l'ordinamento futuro realizzando un determinato «orizzonte di attesa»[54].

7. La libertà religiosa, infatti, non può esaurirsi nella libertà di culto e di preghiera; essa comporta – anche nei confronti dello Stato – il diritto di vivere le vicende personali in conformità con il proprio credo, in un clima non di reciproca tolleranza ma di solidarietà, intesa questa come adempimento di un dovere (art. 2, comma 1, cost.) attuativo del principio di eguaglianza e del rispetto della dignità umana[55].

Si prospetta un compito nuovo anche per il legislatore ordinario e soprattutto per l'interprete[56], che fino ad ora avevano potuto trascurare la rilevanza delle scelte e delle pratiche religiose giacché la maggior parte di esse si esauriva nella tradizione cristiana[57]. L'ordinamento statale, sebbene annoveri la libertà religiosa tra i diritti umani, la configura ancóra in una tradizione rigidamente nazionale del tutto inidonea ad affrontare il cam-

53. G. Azzariti, *La Costituzione come norma e la crisi del costituzionalismo contemporaneo*, in Id. e S. Della Valle, *Crisi del costituzionalismo e ordine giuridico sovranazionale*, Napoli, 2014, p. 15.

54. G. Azzariti, *op. cit.*, p. 21, che menziona J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, a cura di L. Ceppa, Milano, 1966, p. 456.

55. Al riguardo, G. Rolla, *La libertà religiosa in un contesto multiculturale*, in *http://www.crdc.unige.it/doc/religious_freedom.pdf*, p. 17, precisa: «il nesso tra libertà religiosa ed eguaglianza di trattamento non può che basarsi sul riconoscimento del valore centrale del principio di dignità; solo in tal modo, si può evitare che le inevitabili differenziazioni identitarie si trasformino in fattori di esclusione o in cause di discriminazione». «Accettare una pluralità di religioni e la libertà per ciascuno di scegliere rappresentano elementi essenziali del pluralismo: il cui rispetto si traduce nell'assenza di una religione di Stato e nella libertà di coscienza degli individui» (così D.G. Lavroff, *Les tendences actuelles dans les relations entre l'Etat et la religion*, in *Anuario iberoamericano just. const.*, 2004, p. 323).

56. Invero S. Domaniello, *Il 'ripensamento' e la 'ridistribuzione' suggeriti ai sistemi giuridici liberaldemocratici dalla naturale metamorfosi della domanda di libertà in materia religiosa*, (Atti del Convegno ADEC), in *Dir. eccl.*, 2010, 3-4, p. 635 ss., spec. p. 639, (ingiustamente) alquanto schiva verso l'operato giurisprudenziale ad ogni livello, richiama in maniera forte la responsabilità del legislatore di lasciare che «l'esercizio della libertà in materia religiosa» rimanga privo di regole e «disciplinato da legge inadeguate ad impedirne intollerabili abusi» che minano fortemente ogni altro diritto fondamentale. Altrimenti si rischia di mettere in pericolo, secondo l'a., «la 'corretta applicazione' del 'metodo democratico', in quanto quest'ultima esige la messa in opera di un processo permanente di laicizzazione civile che si dimostri 'abile' […] nell'arte (maggiore) della gestione concreta della 'differenze' tra identità distinte ed, anzi, tanto 'più abile' quanto 'più irriducibili' appariranno le differenze da esso trattate al momento della necessità di gestirle in sede normativa» (*ivi*, p. 642).

57. Non a caso, nella prima metà del secolo scorso, B. Croce, *Perché non possiamo non dirci «cristiani»*, in *La Critica*, 20 novembre 1942, e in Id., *Discorsi di varia filosofia*, I, Bari, 1945, p. 11 s., sebbene anticlericale, riconoscesse l'indiscussa appartenenza culturale degli italiani al cristianesimo, definito come «la più grande rivoluzione che l'umanità abbia mai compiuta», al punto tale che «[t]utte le altre rivoluzioni, tutte le maggiori scoperte» nella storia umana «non sostengono il suo confronto, parendo rispetto a lei particolari e limitate. Tutte, non escluse quelle che la Grecia fece della poesia, dell'arte, della filosofia, della libertà politica, e Roma del diritto: per non parlare delle più remote della scrittura, della matematica, della scienza astronomica, della medicina, e di quanto altro si deve all'Oriente e all'Egitto».

biamento dovuto alla forte immigrazione di persone con tradizioni – come quella cinese –[58] e religioni – come quella musulmana –[59] differenti. La forte diversità valoriale che tali culture comportano rispetto a quella tradizionale, già di per sé in forte cambiamento, è destinata ad incidere sui rapporti personali e familiari producendo una pluralità di istituti tutti apprezzabili in virtù e nei limiti della riconosciuta libertà religiosa costituzionalmente garantita e della invocata necessaria apertura ai princípi di sussidiarietà, adeguatezza e soprattutto al principio di differenziazione. Un'apertura che ha il fine di evitare che le diversità si traducano in limiti «di fatto» alla libertà e alla eguaglianza impedendo peraltro un'accettabile coesione sociale.

Né la libertà religiosa può essere condizionata dall'assenza di convenzioni internazionali che garantiscano in termini di reciprocità il trattamento riservato al cittadino italiano nella patria dello straniero (art. 16 disp. prel. c.c.). Tale reciprocità, infatti, come ormai ammonisce anche la Suprema Corte di Cassazione[60], non può riguardare i diritti inviolabili dell'uomo[61]. La questione non si risolve nel diritto applicabile sulle orme del diritto internazionale privato. Sarebbe quanto meno problematico per i rifugiati politici applicare la disposizione secondo la quale «l'esistenza del contenuto dei diritti della personalità sono regolati dalla

58. Nel 2016, in una città come Milano, un cognome cinese (Hu) è prevalso rispetto al tradizionale Rossi rinvenibile in maniera cospicua per le sole donne: questo è quanto emerge dagli ultimi dati elaborati dall'Anagrafe del Comune di Milano; si rinvengono poi ancóra altri due cognomi cinesi, Chem e Zhou, nei primi 10 posti: in *http://www.secoloditalia.it/2016/08/sorpresa-cognome-cinese-hu-diffuso-milano-in-declino-rossi/*, 21 agosto 2016.

59. Secondo le più recenti stime della Fondazione Ismu circa gli stranieri residenti in Italia al 1° gennaio 2016, se quelli di religione cristiana ortodossa sono i più numerosi (oltre 1,6 milioni), costoro sono immediatamente seguiti dai musulmani (poco più di 1,4 milioni) e dai cattolici (poco più di un milione). La regione ove vivono piú stranieri residenti di fede musulmana, minorenni inclusi, è la Lombardia: sono 368.000 (pari al 26% del totale degli islamici presenti in Italia); al secondo posto v'è l'Emilia Romagna con 183.000 musulmani (pari al 12,8% del totale degli islamici in Italia), al terzo il Veneto nel quale i musulmani sono 142.00 (pari al 10% del totale), al quarto il Piemonte con 119.000 credenti. In merito alle loro origini, i marocchini costituiscono la principale collettività nazionale musulmana in ciascuna delle quattro regioni con il maggior numero di cittadini stranieri islamici (ovvero in Lombardia, Emilia Romagna, Veneto, Piemonte); nel Lazio prevalgono i bangladeshi mentre in Toscana gli albanesi: in *http://www.ismu.org/2016/07/in-italia-ortodossi-piu-numerosi-dei-musulmani/*.

60. Cass., 11 gennaio 2011, n. 450, con nota di I. Prisco, *Protezione dei diritti fondamentali e inapplicabilità della condizione di reciprocità*, in G. Perlingieri e G. Carapezza Figlia (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, Napoli, 2012, I, p. 87 ss. Analogamente la giurisprudenza della Corte costituzionale è costante nell'affermare che il legislatore non può operare discriminazioni tra confessioni religiose in base alla sola circostanza che esse abbiano o non abbiano regolato i loro rapporti con lo Stato tramite accordi o intese (Corte cost., 27 aprile 1993, n. 195, in *Foro it.*, 1995, I, c. 3114; Corte cost., 16 luglio 2002, n. 346, *ivi*, 2002, I, c. 2935 ss.; Corte cost., 24 marzo 2016, n. 63, in *Giur. cost.*, 2016, p. 616 ss.), posto che il libero esercizio del culto è aspetto essenziale della libertà di religione (art. 19 cost.) ed è, pertanto, riconosciuto egualmente a tutti e a tutte le confessioni religiose (art. 8, commi 1 e 2, cost.).

61. P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 714; Id., *I diritti umani come base dello sviluppo sostenibile. Aspetti giuridici e sociologici* (in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2000, 2, p. 11 ss.) e *I diritti civili dello straniero* [con il titolo *Conclusioni*, in A.A. Carrabba (a cura di), *I diritti civili dello straniero*, *Quaderni della Rassegna di diritto civile*, Napoli, 2001, p. 139 ss.], entrambi in Id., *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, rispettivamente pp. 76 e 89 ss.

legge nazionale del soggetto» (art. 24, comma 1, l. 31 maggio 1995, n. 218). Sarebbe come ammettere che i diritti inviolabili dell'uomo – e tra questi la scelta della religione – sono riconosciuti soltanto se previsti dalla legge dello Stato e per di più di uno Stato dal quale la persona è fuggita, negandosi così lo stesso diritto di asilo. Ciò contrasterebbe sì con il nostro ordine pubblico costituzionale. Del resto risulterebbe limitativa, insufficiente e assai problematica la soluzione legislativa secondo la quale «i diritti che derivano da un rapporto di famiglia sono regolati dalla legge applicabile a tale rapporto» (art. 24, comma 1, l. cit.), che la legge straniera dovrebbe essere «applicata secondo i propri criteri di interpretazione» (art. 15 l. cit.), salvo che i suoi effetti siano «contrari all'ordine pubblico» (art. 16 l. cit.). Non adeguata, se non discriminatoria *a contrario*, è la soluzione che nega a cittadini italiani[62] o dell'Unione europea di religione musulmana o no, il riconoscimento di atti o di provvedimenti giurisdizionali aventi ad oggetto istituti del diritto di tradizione islamica[63]. L'integrazione dei cittadini discendenti da immigrati o la libertà religiosa di persone convertite all'Islam non possono essere attuate con l'applicazione esclusiva del diritto nazionale. La questione, in realtà, trascende il diritto applicabile secondo i criteri di collegamento di diritto internazionale privato e ripropone piú correttamente l'individuazione da parte del giudice italiano di una normativa adeguata alla situazione concreta, che tenga conto delle scelte religiose con l'unico limite di garantire il rispetto della dignità umana.

Se la libertà religiosa può essere limitata soltanto per ragioni di buon costume e ancor piú di ordine pubblico, è pur vero che la nozione di ordine pubblico[64], oltre a non poter smentire le libertà garantite dall'ordinamento, e tra queste quella religiosa, non può che concepirsi in armonia con le convenzioni internazionali ed il diritto internazionale, quali parti integranti della stessa legalità costituzionale (artt. 10, 11 e 117 cost.).

62. Sulla discriminazione *a contrario* per il riconoscimento del provvedimento di affidamento in *Kafalah*, v. G. Chiappetta, *Questioni transnazionali del diritto di famiglia e della vita nascente*, in P. Perlingieri e G. Chiappetta (a cura di), *Questioni del diritto delle famiglie e dei minori*, *Quaderni della Rassegna di diritto civile*, Napoli, 2001, p. 139 ss.

63. Cosí Cass., 22 settembre 2011 n. 19450, in *Corr. giur.*, 2012, p. 197 ss., che nega, senza considerare il prevalente interesse del minore, il ricongiungimento dell'affidato in *Kafalah* al cittadino italiano, poiché, per quest'ultimo, l'unica possibilità per inserire un minore in stato di abbandono nella propria famiglia è l'adozione internazionale. Ricongiungimento che, invece, la S.C. consente al cittadino straniero residente in Italia.

64. «Nella Costituzione italiana ciascun diritto fondamentale, compresa la libertà di religione, è predicato unitamente al suo limite; sicché non v'è dubbio che le pratiche di culto, se contrarie al buon costume, ricadano fuori dalla garanzia costituzionale di cui all'art. 19 Cost.; né si contesta che, qualora gli appartenenti a una confessione si organizzino in modo incompatibile con l'ordinamento giuridico italiano, essi non possano appellarsi alla protezione di cui all'art. 8, secondo comma, Cost. Tutti i diritti costituzionalmente protetti sono soggetti al bilanciamento necessario ad assicurare una tutela unitaria e non frammentata degli interessi costituzionali in gioco, di modo che nessuno di essi fruisca di una tutela assoluta e illimitata e possa, così, farsi tiranno (sentenza n. 85 del 2013). Tra gli interessi costituzionali da tenere in adeguata considerazione nel modulare la tutela della libertà di culto nel rigoroso rispetto dei canoni di stretta proporzionalità, per le ragioni spiegate sopra sono senz'altro da annoverare quelli relativi alla sicurezza, all'ordine pubblico e alla pacifica convivenza. Tuttavia, il perseguimento di tali interessi è affidato dalla Costituzione, con l'art. 117, secondo comma, lettera h), in via esclusiva allo Stato»: così Corte cost., 24 marzo 2016, n. 63, cit., p. 616 ss.

Cosí se nei Paesi ispirati ai precetti coranici lo *status filiationis* non può essere attribuito mediante il ricorso all'adozione perché vietata, ma – al fine di dare una famiglia al minore per mantenerlo ed educarlo – è prevista la *Kafalah*, nonostante il mancato inserimento di norme di adeguamento ad essa nella legge di ratifica 18 giugno 2015, n. 101 della Conv. dell'Aja del 19 ottobre 1996, non se ne può negare in Italia il riconoscimento, come invece in un primo momento aveva deciso la Suprema Corte per il caso di affidamento in *Kafalah* di un minore extracomunitario a cittadini italiani[65]. L'art. 20, par. 3, della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo[66] annovera la *Kafalah* tra le "misure di protezione sostitutive" accanto all'affidamento familiare ed all'adozione imponendo agli Stati contraenti di garantire la necessaria continuità della condizione del minore e il rispetto delle sua origine etnica, religiosa, culturale e linguistica. La *Kafalah*, sia essa convenzionale o pubblicistica[67], non può essere equiparata all'affidamento quale presupposto del ricongiungimento familiare[68] o all'adozione in casi particolari *ex* art. 44 l. 4 maggio 1983, n. 184, per costatata impossibilità di affidamento preadottivo[69]. Per riconoscerne la vigenza non serve incasellare istituti nati da tradizioni diverse in modelli nostrani[70]. Sarebbe un errore metodologico ed ermeneutico grave. Basta attestare che l'istituto di tradizioni e culture diverse risponde all'interesse prevalente del minore direttamente coinvolto[71] e, come tale, giuridicamente meritevole.

65. Cass., 23 settembre 2011, n. 19450, cit., p. 197 ss.

66. Convenzione sottoscritta il 20 novembre 1989 e resa esecutiva con l. 27 maggio 1991, n. 176. Sull'istituto e sulla sua qualificazione, v. G. Chiappetta, L. Gravina e M. Loria, *La* Kafalah *di diritto islamico*, in *Famiglie e minori nella leale collaborazione tra le corti*, Napoli, 2011, p. 396 ss.

67. Sulla *Kafalah* c.d. convenzionale, sebbene siglata davanti ad un giudice o notaio e soggetta ad omologazione dell'autorità giurisdizionale, è assente il controllo pubblico sull'idoneità dell'affidatario e sulle esigenze dell'affidamento: Cass., sez. un., 16 settembre 2013, n. 21108, in *Corr. giur.*, 2013, p. 1492 ss.

68. Cass., 20 marzo 2008, n. 7472, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 1229 ss., avente ad oggetto il ricongiungimento del minore con cittadini marocchini soggiornanti regolarmente in Italia. Il problema è affrontato positivamente per la *Kafalah* c.d. pubblicistica da: Cass., 2 luglio 2008, n. 18174, in *Rep. Foro it.*, voce *Straniero*, n. 219, Cass., 17 luglio 2008, n. 19734, in *Foro it.*, 2009, I, c. 1179 ss., e Cass., 28 gennaio 2010, n. 1908, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 2694 ss. Diversamente Cass., sez. un., 16 settembre 2013, n. 21108, cit., ove non si fa riferimento all'istituto dell'affidamento.

69. Cass., 2 febbraio 2015, n. 1843, in *Foro it.*, 2015, I, c. 816 ss.; Trib. min. Trento, 11 marzo 2002, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 149 ss.

70. Le Sezioni unite, nella sentenza summenzionata, superando i rilievi di contrarietà all'ordine pubblico per contrasto con la disciplina dell'adozione internazionale ed interpretando estensivamente la nozione di familiare *ex* art. 3, comma 1, d. lgs. n. 30 del 2007, affermano: «Non può essere rifiutato il nulla osta all'ingresso nel territorio nazionale, per ricongiungimento familiare, richiesto nell'interesse di minore cittadino extracomunitario affidato a cittadino italiano residente in Italia con provvedimento di *Kafalah* [c.d. pubblicistica] pronunciato dal giudice straniero nel caso in cui il minore stesso sia a carico o conviva nel paese di provenienza con il cittadino italiano ovvero gravi motivi di salute impongano che debba essere da questi personalmente assistito» (Cass., sez. un., 16 settembre 2013, n. 21108, cit., p. 1496).

71. Al superiore interesse del minore deve essere riconosciuto rilievo prevalente anche in materia di disciplina dell'immigrazione: così Corte cost., 5 giugno 2003, n. 198, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2240 ss., e Corte cost., ord., 4 agosto 2003, n. 295, *ivi*, 2004, I, c. 668 ss.; Cass., 16 settembre 2013, n. 21108, cit., p. 1494; Corte EDU,

8. L'ordine pubblico assume pertanto non soltanto la funzione di limite ma quella di garanzia delle libertà anche nei confronti dello Stato sia pure per autolimitazione dello stesso dovuta sia a scelte interne di rilevanza nazionale sia alle aperture verso valori e princípi promossi e tutelati dalle normative europee ed internazionali. Ciò, dal punto di vista del sistema ordinamentale nazionale, non significa aderire ad una concezione dualistica dell'ordine pubblico. Questo resta nozione unitaria, sintesi di normative ricollegabili a fonti diverse, ma pur sempre espressione dei princípi identificativi dell'assiologia costituzionale di una complessa civiltà storicamente condizionata. L'ordine pubblico non può più essere inteso esclusivamente come limite all'operatività interna a norme e ai provvedimenti stranieri in quanto lesivi di princípi cui lo Stato «non può o non crede di poter rinunziare»[72], identificati con le peculiari esigenze dello Stato, mediante rigidi divieti e norme di natura imperativa. Concezione, questa, incompatibile con la prospettiva costituzionale aperta alla normativa esterna ed internazionale (artt. 10, 11, 117, comma 1, cost.) e con le autonomie e le libertà riconosciute alle persone singole e associate. Sono queste ultime a costituire la ragione ultima e la funzione normativa dell'ordine pubblico; e, come tali, comportano un cambiamento di valutazione nei confronti di istituti giuridici e di valori estranei a quelli tradizionalmente caratterizzanti la più diffusa cultura nazionale. Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia il ricorso al limite dell'ordine pubblico richiede l'esistenza di una minaccia reale, attuale, grave nei confronti di un interesse fondamentale della società[73]. L'ordine pubblico, interno o internazionale che sia, è da intendersi come «complesso di princípi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico»[74], ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e sovraordinati rispetto alla legislazione ordinaria[75]. Pertanto la sua nozione e quelle dei princípi, sui quali essa si fonda, vanno ricercate in quelle libertà – compresa la libertà religiosa – che non possono essere sovvertite o irragionevolmente limitate dal legislatore ordinario. Dunque il contrasto con l'ordine pubblico è ravvisabile esclusivamente nella difformità contenutistica con i princípi fondamentali vincolanti lo stesso legislatore ordinario[76]. Tali princípi sono da individuare secondo un'ermeneutica che, senza limitarsi ad avere ad oggetto le norme ordinarie, sia pure imperative o inderogabili[77], ne verifichi, quanto agli effetti, alla luce del «nucleo essenziale di valori» costitu-

Grande Camera, 3 ottobre 2014, ric. n. 12738/10, Jeunesse c. Paesi Bassi.

72. Cass., sez. un., 19 maggio 1964, n. 1220, in *Foro it.*, 1964, I, c. 1416 ss. e Cass., 5 dicembre 1969, n. 3881, *ivi*, 1970, I, c. 1977 ss.

73. Corte giust., 4 ottobre 2012, c-249/11, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Unione europea*, n. 884.

74. Cass., sez. lav., 26 aprile 2013, n. 10070, in *Foro it. online*.

75. Cass., sez. lav., 26 aprile 2013, n. 10070, cit., e Cass., 22 agosto 2013, n. 19405, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 143.

76. Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Foro it. on line*.

77. Cass., 23 febbraio 2006, n. 4040, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Diritto internazionale privato*, n. 22, e già Cass.,

zionali[78], la loro conformità e/o compatibilità con l'assiologia dell'intero sistema ordinamentale e quindi anche con quella internazionale[79]. Non è il formale contrasto con una o più norme interne di livello ordinario a costituire violazione dell'ordine pubblico, ma il contrasto con le esigenze di fondo di tutela dei diritti e delle libertà dell'uomo desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi dell'Unione europea, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

5 aprile 1984, n. 2215, in *Foro it.*, 1984, I, c. 2253 ss.

78. Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit.

79. Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit.

LA MOTIVAZIONE DELLA LEGGE. UN TEMA OZIOSO E INUTILE, ANZI PROBLEMATICO E SCOMODO PER MOLTI, EPPURE FONDAMENTALE E SEMPRE PIÙ ATTUALE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Marta Picchi
Prof. associato Università di Firenze

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il dibattito dottrinale intorno all'inesistenza di un obbligo di motivazione delle leggi: *quieta non movere*. – 3. Il fondamento dell'obbligo di motivazione delle leggi. – 4. L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale. – 4.1. Le prime affermazioni caute della Corte costituzionale. – 4.2. Le (apparenti) svolte d'inizio secolo. – 4.3. L'insufficienza delle mere petizioni di principio. – 4.4. La motivazione delle leggi e il buon esercizio delle funzioni affidate alla cura della pubblica amministrazione. – 4.5. Le ragioni economico-finanziarie degli interventi legislativi. – 5. Per concludere … o per continuare.

1. La motivazione delle leggi è un tema affrontato in alcuni studi del periodo pre-repubblicano[1] e subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione[2], per poi rimanere sottaciuto, con alcune eccezioni[3], per lungo tempo. Dall'inizio di questo secolo ha ricevuto una rinnovata attenzione da parte della dottrina, soprattutto dopo la riforma del Titolo V della Costituzione. In particolare, la problematica è stata affrontata sotto due profili: anzitutto, la motivazione delle leggi, nell'ambito del più ampio dibattitto sulla qualità della normazione, è vista come uno strumento per evitare atti normativi scadenti sotto il profilo redazionale, tali da determinare incertezze, disorientamento e, quindi, difficoltà nella comprensione e nella conseguente attuazione, a maggior ragione in un sistema delle fonti caratterizzato da un'aumentata complessità. Invece, l'altro profilo, che riprende gli studi più risalenti, riconduce il tema nell'ambito del rapporto tra politica e diritto.

In ogni caso e nonostante le posizioni della dottrina prevalente, la Corte costituzionale è intervenuta con una pluralità di pronunce che non hanno mai affrontato il problema in termini generali: anzi, il giudice delle leggi se ne è ben guardato. Nondimeno, la Corte costituzionale – in un numero crescente di pronunce, soprattutto degli ultimi anni – ha sindacato gli atti legislativi per mancanza di un'adeguata motivazione, giungendo anche

1. V. Crisafulli, *Sulla motivazione degli atti legislativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1937, p. 415 ss.

2. C. Mortati, *Sull'eccesso di potere legislativo*, in *Giur. it.*, 1949, I, p. 457 ss.

3. L. Paladin, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, p. 993 ss.

a delle affermazioni che lasciano intravedere dei percorsi ricostruttivi secondo i quali il problema della motivazione della legge non è indifferente per la Costituzione, nel senso che il legislatore non è lasciato libero di scegliere se motivare o meno in base a proprie valutazioni di opportunità[4].

Diviene allora utile ripercorrere l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, cercando di capire se gradualmente vi sia, da parte della Corte costituzionale, il tentativo di instaurare un diverso tipo di rapporto con il legislatore in ragione anche di alcune evoluzioni che saranno illustrate e se, in questa prospettiva, la motivazione degli atti legislativi sia uno strumento da non sottovalutare, ancorché "scomodo e fastidioso".

2. Nel silenzio della Costituzione, la dottrina quasi unanime è rimasta fedele alle ricostruzioni consolidatesi nel tempo, non affrontando il problema del mutato ruolo della legge e del legislatore dinanzi ad una Costituzione rigida, chiamata a limitare l'esercizio di tutti i poteri politici e, così, anche l'esercizio della sovranità popolare.

Infatti, la dottrina prevalente ritiene del tutto superfluo interrogarsi ancora sull'esistenza di un obbligo di motivazione delle leggi poiché sarebbe ormai un dato acquisito che queste fonti del diritto non devono essere motivate[5] per tutta una serie di ragioni: le leggi sono atti politici assolutamente liberi nel fine[6], espressione della volontà dell'organo depositario della sovranità[7], il Parlamento, che fra l'altro risponde soltanto politicamente dell'attività svolta. L'imposizione di un obbligo di motivazione costituirebbe addirittura uno svilimento dell'autorità dell'Assemblea legislativa[8].

Vi sono poi ragioni di opportunità che renderebbero inutile interrogarsi sul problema: anzitutto, difficoltà tecniche[9] nel fornire una motivazione al prodotto legislativo anche perché gli stessi dibattiti parlamentari e le relazioni illustrative non sempre consentono di

4. È questa, invece, un'ipotesi ricostruttiva suggerita, di recente, da E. Cheli, *Conclusioni*, in A.G. Arabia (a cura di), *Motivare la legge? Le norme tra politica, amministrazione, giurisdizione. Atti del Convegno di Roma, 3 aprile 2014*, Milano, 2015, p. 140 ss.

5. G. Amato, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e della Regione (alla luce dell'esperienza statunitense)*, Milano, 1964, p. 334; C. Salazar, *La motivazione nella più recente produzione legislativa: niente di nuovo sotto il sole?*, in *Rass. parl.*, 2/1996, p. 417 ss.; A. Anzon Demmig, *Una sentenza sorprendente. Alterne vicende del principio dell'equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni a carico del pubblico erario*, in *Oss. Cost. AIC*, 9/2015.

6. E. Cheli, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, 1961*, passim*.

7. C. Esposito, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 276 ss.

8. N. Irti, «L'età della decodificazione» vent'anni dopo, Milano, 1999, p. 211 ss.

9. N. Lupo, *La questione della "motivazione" delle leggi alla luce del nuovo titolo V Cost.*, in *Iter legis*, 2002, p. 29 ss., individua i principali problemi tecnico-operativi nella determinazione dei soggetti (tecnici o politici) competenti ad elaborare la motivazione, nella definizione della natura della motivazione e del tipo di vincolo nei confronti degli interpreti, nell'eventuale possibile contrasto tra la motivazione e le disposizioni contenute nel relativo atto normativo.

individuare i motivi che hanno determinato la scelta legislativa e, in ogni caso, vi è il rischio che, imponendo di esternare la motivazione, quest'ultima non corrisponda a quella sostanziale, acquisendo perciò una valenza puramente autoreferenziale[10]. Secondo alcuni Autori, neppure converrebbe porsi il problema perché la «esplicazione del potere legislativo, a ben vedere, costituisce la più pura e libera espressione della rappresentanza democratica e non può soffrire limitazioni, irrigidimenti o complicazioni procedurali […]. Le leggi si giustificano da sole e non hanno alcun bisogno di dimostrare, esse stesse, la loro bontà»[11].

Fra coloro che negano l'esistenza di un obbligo generalizzato di motivazione delle leggi, alcuni Autori individuano delle eccezioni: ossia, ipotesi in cui è opportuno che il legislatore spieghi i motivi della scelta compiuta. Sono i casi delle leggi provvedimento o di deroga alla disciplina generale e delle materie coperte da una riserva di legge di tipo rinforzato[12]. Infatti, in tutte queste ipotesi, la legge perde le caratteristiche della generalità ed astrattezza[13], non è più un atto assolutamente libero nel fine, ma semplicemente discrezionale e, dunque, il legislatore dovrebbe spiegare come gli interventi compiuti risultino rispettosi del principio di uguaglianza, ovvero dei limiti posti dalle previsioni costituzionali[14].

A queste ipotesi se ne sarebbero aggiunte altre dopo la riforma costituzionale del 2001: secondo una parte della dottrina, per un verso, l'inversione del criterio di ripartizione della potestà legislativa fra Stato e Regioni avrebbe privato le leggi statali del carattere di atti liberi nel fine[15] mentre, per un altro verso, l'introduzione del principio di sussidiarietà e degli altri criteri di allocazione delle funzioni amministrative imporrebbe al legislatore, statale e regionale, di dar conto dei motivi che hanno portato a determinate scelte nel conferimento delle funzioni nonché, per il caso della sussidiarietà c.d. orizzontale, di spiegare i margini di spazio lasciati all'autonoma iniziativa dei cittadini nello svolgimento di attività di interesse generale[16].

---

10. S. Boccalatte, *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Padova, 2008, *passim*.

11. C. Deodato, *Brevi considerazioni sui contenuti della motivazione degli atti normativi del Governo e sulla previsione della sua obbligatorietà*, in *Motivare la legge?*, cit., p. 46.

12. A. Barbera, *Leggi di piano e sistema delle fonti*, Milano, 1968, p. 79 ss.; M. Ainis, A. Ruggeri, *Contributi con leggi ad associazioni private*, in *Quad. plur.*, 1983, p. 52 ss.; V. Italia, *La deroga nel diritto pubblico*, Milano, 1977, p. 123 ss.

13. C. Mortati, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, p. 134 ss.

14. F. Sorrentino, *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, 2007, p. 33 ss.

15. N. Lupo, *La questione*, cit., p. 29 ss.; B.G. Mattarella, *Motivazione (dir. com.)*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. IV, Milano, 2006, p. 3749 ss.; A. Iannuzzi, *Motivazione (dir. cost.)*, ivi, p. 3759 ss. In realtà, l'inversione nel criterio di ripartizione non ha diminuito i margini di discrezionalità del legislatore statale nelle materie di spettanza, né ha introdotto il dovere di spiegare le ragioni dell'intervento soltanto a suo carico, basti considerare la giurisprudenza costituzionale che, nel valutare la legittimità costituzionale delle leggi regionali, ha ritenuto che non è sufficiente la mancata contemplazione di una materia nei commi 2 e 3 dell'art. 117 Cost. per poter configurare la competenza residuale regionale (Corte cost., sentt. nn. 255/2004 e 2/2014) oppure tutte quelle pronunce nelle quali la Corte, in presenza di un concorso di materie, statali e regionali, ricorre al criterio della prevalenza (Corte cost., sentt. nn. 370/2003, 50/2005, 166/2014).

16. G.U. Rescigno, *Sulla attuazione del principio di sussidiarietà (note per l'audizione dell'11 dicembre 2006 presso le*

Infine, vi è una parte della dottrina[17] che non affronta il problema della sussistenza o meno di un obbligo implicito di motivazione delle leggi e che però, nel silenzio della Costituzione, ne suggerisce l'introduzione, in maniera più o meno generalizzata, per ragioni di opportunità, generando così ulteriori problemi nell'individuazione della fonte del diritto più idonea alla sua positivizzazione. In particolare, la motivazione verrebbe intesa come un ausilio per l'interprete, oltre ad agevolare il controllo costituzionale e a rafforzare la legittimazione democratica del Parlamento attraverso una maggiore trasparenza. In questa prospettiva, non manca chi individui anche una possibile giustificazione a livello costituzionale, quale ulteriore attuazione del principio di sovranità popolare poiché la motivazione assumerebbe la valenza di strumento in grado di ricomporre il dialogo fra i destinatari della regola e l'autorità[18].

3. Tutte le ricostruzioni brevemente richiamate non tengono conto del fatto che, in uno Stato di diritto caratterizzato da una Costituzione rigida e garantita, il legislatore incontra limiti insuperabili e non è più corretto parlare di attività libera nel fine, ma piuttosto di attività discrezionale poiché le scelte legislative devono pur sempre rispettare il dettato costituzionale e, soprattutto, il principio di ragionevolezza. Né può essere invocata la politicità dell'atto legislativo per escludere l'obbligo di motivazione perché nessun potere può essere considerato libero nei contenuti e nei fini della propria attività[19]. Neppure può

Commissioni Affari costituzionali congiunte di Camera e Senato), in *Rass. Astrid*, 21/2006, p. 6; G. Tarli Barbieri, *Le fonti del diritto regionale nella giurisprudenza costituzionale sugli Statuti regionali*, in *Regioni*, 4/2005, p. 590 ss.; G. Scaccia, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, 2009, p. 116 ss.

17. A. Musatti, *Appunti su la causa della legge*, in Aa. Vv., *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti, IV, Diritto Pubblico e Storia del Diritto*, Padova, 1950, p. 140; G. Gavazzi, *La motivazione delle leggi*, in *Politico*, 1974, p. 178 ss.; A. Cerri, *Sindacato di costituzionalità alla stregua del principio di eguaglianza: criteri generali ed ipotesi specifica di pari normazione in ordine a situazioni diverse*, in *Giur. cost.*, 1974, p. 2167; L. Ventura, *La motivazione tra pronunce della Corte ed atti oggetto del controllo*, in A. Ruggeri (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale. Atti del seminario di Messina, 7-8 maggio 1993*, Torino, 1994, p. 347 ss.; A. Romano Tassone, *Sulla c.d. "funzione democratica" della motivazione degli atti dei pubblici poteri*, ivi, p. 34 ss.; A. Moscarini, *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, Torino, 1996, p. 31 ss. e 95 ss.; A. Ruggeri, *Stato e tendenze della legislazione (tra molte ombre e qualche luce)*, in Id., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi degli anni 1996/98*, Torino, 1999, p. 429; M. Carli, *La qualità della normazione in Italia: un problema di cultura*, in M. Raveraira (a cura di), *"Buone" regole e democrazia*, Soveria Mannelli, 2007, p. 194 ss.; M. Angelone, *La motivazione delle leggi. Profili funzionali ed implicazioni sistemiche*, in P. Perlingieri (a cura di), *Sulle tecniche di redazione normativa nel sistema democratico*, Napoli, 2010, p. 119 ss. (spec. p. 146 ss.).

18. C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, 1966, p. 19 ss.; P. Caretti, *Motivazione (Diritto costituzionale)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990, p. 5; G. Silvestri, *Relazione di sintesi*, in *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, cit., p. 568 ss.; J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996, *passim*.

19. La stessa Corte costituzionale ha avuto modo di precisare nella sentenza n. 81/2012 che, pur sussistendo ambiti riservati alla scelta politica, «gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo; e quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello stato di diritto» (cons. dir. p.to 4.2.).

essere addotta la legittimazione soggettiva del Parlamento, la sua investitura democratica, perché non vi è fungibilità fra legittimazione soggettiva e quella oggettiva e, dunque, non è una spiegazione sufficiente per porre al riparo la legge sotto il profilo della legittimità costituzionale. Nemmeno le difficoltà tecnico-pratiche nel formulare la motivazione dell'atto legislativo, né il rischio di motivazioni puramente formali e non corrispondenti ai reali motivi di intervento del legislatore sono convincenti perché le ragioni pratiche o le possibili degenerazioni non bastano ad escludere l'esistenza di un obbligo implicito derivante direttamente dalla Costituzione: le problematicità operative non possono inficiare un principio, mentre le possibili patologie dovranno essere arginate con mezzi adeguati.

Per quanto riguarda le eccezioni che renderebbero opportuna, in taluni casi, la motivazione della legge, occorre invece indagare se queste sono davvero dei casi eccezionali oppure se è possibile un'altra ricostruzione partendo dalla considerazione che la legge, in uno Stato di diritto provvisto di una Costituzione rigida, ha necessariamente perduto un ruolo di supremazia. La legge non deve più essere considerata come mero atto politico, ma occorre tenere distinto il profilo politico dalla rilevanza giuridica rispetto alla fonte costituzionale.

Bisogna, allora, marcare il confine tra quanto del contenuto di una legge si pone sul piano della legittimità costituzionale/legalità dell'atto e ciò che concerne il merito della decisione e coinvolge soltanto il profilo della responsabilità politica. È necessario distinguere fra forza del potere decisionale, legittimato dagli istituti rappresentativi, e forza del potere giuridico e relazionare il profilo normativo dell'atto con la fonte condizionante.

Non rileva più la sola legittimazione soggettiva, ma occorre anche quella oggettiva, cioè che venga dato conto della coerenza delle scelte legislative rispetto ai vincoli costituzionali, a maggior ragione in una società con spiccati connotati pluralistici, caratterizzata da molteplici condizionamenti esterni derivanti dall'appartenenza ad organismi sovranazionali e internazionali e dalla rottura del monopolio e del rigido controllo statale sul diritto in ragione della dimensione mondiale che supera i confini dei singoli Stati, poiché occorre che il legislatore rispetti non solo alcune regole vincolanti, ma che agisca per il perseguimento degli obiettivi prefissati conformemente ai canoni dell'efficienza e dell'efficacia[20].

In base a questa diversa prospettiva, gli esempi indicati come eccezioni rispetto all'inesistenza di un obbligo di motivazione sono suscettibili di un'altra ricostruzione: ossia, sono casi in cui la scelta compiuta mette a rischio i principi cardine del nostro sistema costituzionale anche in ragione dei presupposti e limiti richiamati dalle singole previsioni costituzionali e la motivazione costituisce lo strumento attraverso il quale rendere evidenti le ragioni della decisione e la conformità al dettato costituzionale. Aldilà della peculia-

20. M. Luciani, *Il Parlamento negli anni Novanta*, in L. Violante, F. Piazza (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 17. Il Parlamento*, Torino, 2001, p. 434 ss.

rità di questi casi, l'esigenza sottostante che si intende perseguire è distinguere fra ciò che rileva sul piano della legittimità costituzionale, pienamente sindacabile, e quanto rileva sul piano del merito ed è quindi riconducibile nell'ambito della discrezionalità del legislatore: ma questa distinzione deve essere compiuta ogni qualvolta la Corte sia chiamata a sindacare la compatibilità di un atto legislativo rispetto alla Costituzione.

In altre parole, è ricorrente – non solo di alcuni casi specifici – l'esigenza di poter confrontare le ragioni di una scelta legislativa e i suoi contenuti con i parametri costituzionali e la motivazione svolge proprio questa funzione: l'obbligo di motivazione, dunque, si fonda sul principio di legalità costituzionale e sulla rigidità della Costituzione. È perciò una componente sostanziale dell'atto legislativo che non necessariamente dovrà essere compiutamente palesata, ma dovrà almeno essere ricostruibile attraverso gli elementi intrinseci (es.: titolo dell'atto legislativo, contenuto degli articoli, ecc.) o estrinseci (es.: lavori preparatori, relazioni di accompagnamento, ecc.) dello stesso atto legislativo.

Questo significa che la motivazione costituisce uno strumento di importanza centrale soprattutto nel riscontrare quelle forme di abuso del legislatore riconducibili nell'ambito dell'eccesso di potere legislativo[21] perché, in questi casi, maggiore è la difficoltà nel tenere distinti gli spazi sindacabili da parte della Corte costituzionale rispetto agli ambiti di discrezionalità del legislatore: ossia, tra ciò che può essere ricondotto nell'interpretazione dei parametri costituzionali per sindacare una situazione di incostituzionalità e la valutazione di natura esclusivamente politica in merito all'attuazione delle previsioni e dei principi costituzionali.

4. Fin dalle primissime pronunce, la Corte costituzionale ha sempre ricercato l'intenzione del legislatore, la causa normativa, le finalità e le ragioni d'essere di una disciplina, relazionandole con i principi e le norme costituzionali allo scopo di riscontrare eventuali incompatibilità: nel compiere questa indagine la Corte è solita guardare ai lavori preparatori, alle relazioni di accompagnamento, al titolo della legge e a un qualsiasi indice (testuale o sistematico). Vi sono poi dei casi in cui ha avuto modo di dire qualcosa di più sulla motivazione delle leggi.

5.1 La prima pronuncia è la storica sentenza n. 14 del 1964 sulla legge di nazionalizzazione dell'energia elettrica, nella quale il Giudice delle leggi ha osservato come «di norma, non è necessario che l'atto legislativo sia motivato, recando la legge in sé, nel sistema che costituisce, nel contenuto e nel carattere dei suoi comandi, la giustificazione e le ragioni della propria apparizione nel mondo del diritto»: nel caso di specie, la legge mostra «chiaramente gli intendimenti e gli scopi, ai quali vuole rispondere, e i mezzi che vuole adoperare. […] Le leggi, al pari di ogni altra attività del Parlamento, non mancano di movente politico; ed è na-

21. G. Silvestri, *L'abuso del diritto nel diritto costituzionale*, in *Riv. AIC*, 2/2016.

turale che una legge, come quella in esame, fosse permeata in modo ancora più vigoroso di impulsi politici. Ma ciò non significa che tali impulsi abbiano soverchiato e travolto quei fini di utilità generale che il Parlamento, assumendone la responsabilità di fronte alla Nazione, si è proposto di raggiungere con l'approvazione della legge»[22].

Sebbene la dottrina prevalente l'abbia intesa come l'affermazione secondo la quale le leggi non devono essere motivate, è possibile compiere anche una diversa ricostruzione. In questa pronuncia, la Corte costituzionale svolge due considerazioni: anzitutto, ritiene che le motivazioni dell'atto legislativo non devono trovare spazio in una sede specifica all'interno dell'atto legislativo, basta che vi siano elementi sufficienti per poterle ricostruire. In secondo luogo, afferma che bisogna distinguere la motivazione dell'atto legislativo dal movente politico perché, pur nel rispetto della discrezionalità del legislatore, gli impulsi politici non possono superare la necessità che le finalità dell'intervento siano conformi alle previsioni costituzionali. Diviene allora evidente come la motivazione della legge costituisca lo strumento proprio per tracciare il confine fra ciò che rileva sul piano della legittimità costituzionale ed è dunque sindacabile, e ciò che, invece, attiene al merito della scelta, del tutto estraneo al controllo di costituzionalità.

La Corte costituzionale non poteva spingersi oltre e non aveva interesse a dire di più perché, quale organo costituzionale "nuovo", non poteva assumere posizioni dirompenti soprattutto nei confronti del Parlamento che trae la propria legittimazione direttamente dal corpo elettorale: la Corte doveva assumere posizioni misurate per guadagnare credibilità.

Questo atteggiamento, ancorché con delle oscillazioni, è stato mantenuto anche nella giurisprudenza successiva fino all'inizio del nuovo secolo[23].

5.2. La dottrina prevalente individua un mutamento nella giurisprudenza della Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 379/2004: la pronuncia ha ad oggetto alcune norme dello Statuto della Regione Emilia-Romagna. Fra le altre era stata impugnata la previsione che impone la motivazione del provvedimento finale con riferimento alle risultanze istruttorie, quando sia stata attivata l'istruttoria pubblica nella formazione degli atti normativi e amministrativi di carattere generale, perché era considerata eccessivamente onerosa. La Corte, nel rigettare la questione sollevata, afferma che l'art. 3, comma 2, della l. n. 241/1990 non pone un divieto di motivazione per gli atti normativi e, in ogni caso, la motivazione degli atti amministrativi generali e di quelli legislativi costituisce la regola nell'ordinamento comunitario[24].

22. Cfr. cons. dir. p.to 3.

23. Per una più ampia ricostruzione, sia consentito il rinvio a M. Picchi, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Milano, 2011, spec. p. 28 ss.

24. Cfr. cons. dir. p.to 5.

A ben guardare, è forse da ridimensionare l'importanza di questa pronuncia: è di sicura rilevanza la precisazione sui contenuti della previsione posta nella legge sul procedimento amministrativo e ancor di più il richiamo all'esperienza sovranazionale tuttavia, nel caso di specie, la necessità di una motivazione si giustifica in forza di altre spiegazioni. Quando vengono utilizzati strumenti di democrazia partecipativa nella formazione di atti amministrativi o normativi, la motivazione è dovuta per spiegare i contenuti dell'atto finale rispetto alle risultanze del processo partecipativo per ragioni di trasparenza ma anche per non compromettere la stessa *ratio* degli istituti di partecipazione innescando una disaffezione nei partecipanti. Questi ultimi, cioè, devono conoscere il grado di incidenza del loro contributo rispetto alla decisione finale o i motivi per i quali l'organo titolare del potere decisionale se ne è discostato, altrimenti non saranno invogliati a prendere parte ad altri momenti di partecipazione.

Tuttavia, già nella sentenza n. 303/2003, la Corte costituzionale ha assunto una posizione esplicita sul tema della motivazione, ancorché la dottrina, solitamente, presti una maggiore attenzione ad altri profili affrontati in questa ben nota pronuncia. È questa la sentenza che ha riconosciuto il potere di attrazione in sussidiarietà di materie di spettanza regionale e, nell'individuare i presupposti che il legislatore statale deve rispettare, ha precisato che «di regola il titolo del legiferare deve essere reso evidente in maniera esplicita perché la sussidiarietà deroga al normale riparto delle competenze stabilito nell'art. 117 Cost.»[25]: cioè, occorre che sia possibile ricostruire il percorso logico compiuto dal legislatore per poter accertare che la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione delle funzioni, oltre a soddisfare il principio di leale cooperazione attraverso la previsione di una cosiddetta "intesa forte", sia proporzionata e non irragionevole alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità.

Sebbene nelle pronunce successive la Corte costituzionale non sia stata sempre attenta nel riscontrare la sussistenza dei presupposti necessari per l'attrazione in sussidiarietà, ha poi cambiato atteggiamento e, nella sentenza n. 232/2011, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'atto normativo impugnato che contemplava un'assunzione in sussidiarietà «in ragione della assenza nel contesto dispositivo di una qualsiasi esplicitazione, sia dell'esigenza di assicurare l'esercizio unitario perseguito attraverso tali funzioni, sia della congruità, in termini di proporzionalità e ragionevolezza, di detta avocazione rispetto al fine voluto ed ai mezzi predisposti per raggiungerlo, sia della impossibilità che le funzioni amministrative *de quibus* possano essere adeguatamente svolte dagli ordinari livelli inferiori», aggiungendo che non può ritenersi sufficiente «il richiamo, di per sé neutro, al "rispetto del principio di sussidiarietà e dell'art. 118 della Costituzione", contenuto nell'*incipit*» della disposizione impugnata[26].

25. Cfr. cons. dir. p.to 4.1.
26. Cfr. cons. dir. p.to 5.5.

Sempre in questo stesso periodo, vi sono diversi ambiti nei quali la Corte costituzionale ha avuto modo di ribadire la necessità di rendere chiare le ragioni di una deroga, ad esempio, al principio del pubblico concorso[27] oppure di dar conto dei principi, diritti e beni di rilievo costituzionale da tutelare attraverso l'adozione di leggi con efficacia retroattiva[28]. La Corte ha poi continuato a prestare una particolare attenzione laddove occorre verificare il rispetto del principio di uguaglianza o vi è il rischio di un intervento arbitrario o non rispondente ai canoni del principio di ragionevolezza per individuare la *ratio* giustificatrice dell'intervento, ossia la causa normativa idonea ad attribuire una ragionevole giustificazione[29] alla scelta compiuta dal legislatore. Poiché la ragionevolezza è intesa come «il limite generale all'esercizio della potestà legislativa»[30], cioè il criterio attraverso il quale è possibile esaltare il profilo sostanziale della legalità costituzionale e che deve sempre essere soddisfatto, ecco che, allora, il suo riscontro rende necessario ripercorrere proprio le ragioni e le intenzioni della scelta compiuta al fine di valutarne la coerenza intrinseca e la conformità ai parametri costituzionali.

5.3. Riconoscendo alla motivazione la funzione di indicare il fondamento giustificativo dell'atto legislativo rispetto ai valori e alle previsioni costituzionali, ne consegue che non può essere portata una qualsiasi giustificazione perché la Corte avrà la possibilità di sindacarne i contenuti e la pertinenza.

Sono chiarificatrici, a questo proposito, due pronunce ravvicinate della Corte costituzionale. La prima (sentenza n. 266/2010) ha ad oggetto due leggi regionali, rispettivamente della Lombardia e della Toscana: entrambe avevano autorizzato il prelievo venatorio di alcune specie di uccelli selvatici da utilizzare quali richiami vivi. In materia, la disciplina comunitaria[31] sulla conservazione della fauna selvatica consente delle deroghe alle misure di protezione poste in presenza di determinati presupposti e purché venga fornita una motivazione adeguatamente circostanziata sulla sussistenza di tutte le condizioni prescritte. La Corte costituzionale ha ritenuto che, a prescindere dalla natura amministrativa o legislativa dell'atto utilizzato per introdurre le deroghe al divieto di caccia e di cattura degli esemplari appartenenti alla fauna selvatica, occorre osservare l'obbligo della puntuale ed espressa indicazione della sussistenza di tutte le condizioni richieste dalla normativa comunitaria[32]. La Corte costituzionale ha perciò censurato entrambe le leggi regionali perché, nel caso della Lombardia, è stato omesso qualsiasi riferimento in

27. Cfr. Corte cost., sentt. nn. 293/2009, 52/2011, 137/2013 e 134/2014.

28. Cfr. Corte cost., sentt. nn. 78/2012 e 17/2013.

29. Cfr. Corte cost., sentt. nn. 277/2011, cons. dir. p.to 3.4., e 149/2017, cons. dir. p.to 12.1.

30. Cfr. Corte cost., sent. n. 326/2010, cons. dir. p.to 8.11.

31. Cfr. art. 9, Direttiva del Consiglio 79/409/CEE, il cui contenuto è stato poi recepito dall'art. 9, Direttiva 2009/147/CE.

32. Cfr. cons. dir. p.to 6.

ordine alla sussistenza delle condizioni e dei presupposti richiesti dalla direttiva mentre, nel caso della Toscana[33], una motivazione è formalmente esistente ma risulta fondata su petizioni di principio prive di riferimenti alle condizioni concrete che avrebbero potuto giustificare la deroga adottata[34].

L'anno successivo, la Corte costituzionale è di nuovo intervenuta con la sentenza n. 190, nei confronti delle due Regioni che avevano adottato ancora una volta due leggi regionali per autorizzare il prelievo in deroga di uccelli selvatici da utilizzare quali richiami vivi. La Corte, nei confronti della Lombardia, ha dichiarato l'incostituzionalità della legge che riproduceva in termini sostanzialmente invariati i contenuti della legge censurata l'anno precedente mentre, nei confronti della Toscana, ha riscontrato il tentativo di sviluppare delle linee argomentative all'interno del preambolo, che però non sono state ritenute sufficienti perché la disciplina introdotta «non diversamente che per il passato, è fondata su di una mera petizione di principio»[35], non riuscendo a chiarire l'impossibilità di ricorrere ad altre soluzioni alternative.

Queste due pronunce sono importanti almeno per tre motivi: anzitutto, la Corte prescinde dal fatto che lo Statuto della Toscana impone un obbligo di motivazione e tratta le due ipotesi alla medesima maniera ritenendo che i vincoli derivanti dall'art. 117, comma 1, Cost. e dalla disciplina comunitaria determinano le medesime conseguenze poiché le fonti condizionanti superiori impongono specifici vincoli e la possibilità di deroga in presenza di determinati presupposti richiedendo, però, un'adeguata motivazione. In secondo luogo, alla Corte non interessa dove viene esplicitata la motivazione purché sia presente o ricostruibile attraverso l'atto stesso. Infine, la Corte è assolutamente chiara nell'affermare che una motivazione insufficiente, non argomentata e non aderente alla disciplina posta non è in grado di far superare il controllo di costituzionalità all'atto legislativo: le petizioni di principio non servono, occorre guardare al profilo sostanziale.

5.4. Nel solco di queste ultime pronunce si pone un ulteriore intervento della Corte costituzionale con il quale è stato affrontato, ancora una volta, il tema della riviviscenza di norme abrogate[36]: è questa una pratica che può generare conseguenze imprevedibili che

33. È opportuno ricordare che l'art. 39, comma 2, dello Statuto regionale della Toscana impone l'obbligo di motivazione per le leggi e i regolamenti, nei modi stabiliti dal legislatore. Al riguardo, l'art. 9 della l.r. Toscana n. 55/2008 ha interpretato la previsione statutaria non come meramente ricognitiva dell'obbligo implicito di derivazione costituzionale, quanto come il dovere di esternare la motivazione in una specifica sede: cioè, di darle una determinata veste formale per mezzo del preambolo.

34. Cfr. cons. dir. p.to 7.

35. Cfr. cons. dir. p.to 3.1.

36. Nel caso di specie, il legislatore della Campania aveva prima dettato una regola di azione per l'amministrazione regionale, poi l'aveva abrogata, successivamente l'aveva fatta rivivere per un periodo di tempo limitato attraverso il differimento di un termine abrogativo già interamente maturato e da ultimo, in pendenza del ricorso innanzi alla Corte costituzionale, l'aveva nuovamente abrogata.

possono ledere lo stesso principio di buon andamento della pubblica amministrazione nel caso in cui risulti una disciplina «foriera di incertezza», tale da compromettere l'esercizio delle funzioni affidate alla cura della pubblica amministrazione[37], soprattutto quando la normativa sia difficilmente ricostruibile nei contenuti per la sua mutevolezza e l'assenza di qualsiasi giustificazione in questa sua continua evoluzione.

La Corte, non riuscendo ad individuare l'interesse tutelato dalla legge, ha rilevato l'esercizio manifestamente irrazionale della discrezionalità da parte del legislatore regionale ed ha concluso per la violazione del principio di buon andamento, vista la frammentarietà del quadro normativo creato, tale da impedire l'individuazione di un interesse in grado di giustificare la discrezionalità del legislatore in funzione delle necessità imposte dallo scorrere del tempo. Non è stato possibile individuare alcuna motivazione perché non è stato riscontrato l'obiettivo da raggiungere e l'interesse da soddisfare. La violazione del principio di buon andamento è dovuta, perciò, all'assenza di un interesse e di una possibile giustificazione, privando la disciplina dei presupposti minimi atti a consentire all'amministrazione di agire nel rispetto dell'art. 97 della Costituzione.

È importante però il fatto che la Corte costituzionale abbia legato la necessità di un'adeguata motivazione al pericolo di compromissione del buon esercizio delle funzioni affidate alla cura della pubblica amministrazione, del risultato finale dell'azione amministrativa sotto il profilo della tempestività, efficacia, efficienza ed economicità, posto che l'incertezza giuridica e il cattivo esercizio delle funzioni amministrative hanno conseguenze sul piano economico e sociale determinando insicurezza nei rapporti interprivati, un incremento del contenzioso, una minor fiducia nelle istituzioni e, in ultimo, effetti deterrenti verso l'iniziativa dei cittadini e delle imprese e ulteriori ricadute negative sulla competitività del Paese[38].

5.5. Vi è un altro filone giurisprudenziale nell'ambito del quale la Corte costituzionale ha evidenziato sempre più la necessità che il legislatore spieghi adeguatamente le ragioni delle proprie scelte: mi riferisco a quelle pronunce nelle quali la Corte ha dovuto valutare l'ottemperanza del principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio, *ex* art. 81 della Costituzione.

Nel corso degli anni, vi è stata una crescente attenzione per il tema e il Giudice delle leggi ha avuto modo di precisare che il legislatore non può sottrarsi alla fondamentale esigenza di chiarezza e solidità del bilancio, sottolineando che la copertura di nuove spese

37. Cfr. cons. dir. p.to 4.

38. Estremamente critico verso la ricostruzione della Corte costituzionale è G.U. Rescigno, *Quando il legislatore usa in modo per lo meno sospetto e comunque contorto i suoi poteri, il Governo non segue il modo semplice e diretto per impugnare una disposizione di legge regionale, la Corte è costretta per ragioni di giustizia ad inventare un motivo più che dubbio di incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2/2013, p. 1063 ss.

deve essere esplicita[39], credibile, sufficientemente sicura, non arbitraria o irrazionale, in equilibrato rapporto con la spesa che si intende effettuare in esercizi futuri[40].

La Corte costituzionale, durante il dibattito che ha accompagnato l'adozione della l. cost. n. 1/2012 – quando la dottrina si interrogava sulla possibilità per il Giudice costituzionale di sindacare le leggi alla luce del riformato art. 81 Cost. e sui relativi margini di valutazione –, ha fornito altri chiarimenti in merito alle molteplici implicazioni di questo articolo e ha precisato che, nell'ordinamento finanziario delle amministrazioni pubbliche, i principi del pareggio e dell'equilibrio tendenziale «si realizzano attraverso due regole, una statica e l'altra dinamica: la prima consiste nella parificazione delle previsioni di entrata e spesa; la seconda, fondata sul carattere autorizzatorio del bilancio preventivo, non consente di superare in corso di esercizio gli stanziamenti dallo stesso consentiti. La loro combinazione protegge l'equilibrio tendenziale in corso di esercizio a condizione che le pertinenti risorse correlate siano effettive e congruenti»[41]. È dunque necessaria la preventiva quantificazione e copertura degli oneri derivanti da nuove disposizioni e che la relativa stima sia effettuata in modo credibile e ragionevolmente argomentata secondo le regole dell'esperienza e della pratica contabile: in particolare, il rispetto dell'art. 81 Cost. impone «l'onere di provare la copertura delle spese conseguenti all'adozione di una legge, ogniqualvolta in essa siano previsti – ancorché sotto forma di riorganizzazione delle strutture esistenti – nuovi servizi e nuove dotazioni di risorse umane e tecniche»[42].

La Corte costituzionale ha ancora precisato che il principio di analitica copertura (ora espresso nell'art. 81, comma 4, Cost.) è un «precetto sostanziale cosicché ogni disposizione che comporta conseguenze finanziarie di carattere positivo o negativo deve essere corredata da un'apposita istruttoria e successiva allegazione degli effetti previsti e della relativa compatibilità con le risorse a diposizione»[43]. L'obbligo di corredare le innovazioni legislative di allegati o documenti dimostrativi degli effetti economici[44] è perciò inteso come la naturale ottemperanza all'art. 81 della Costituzione.

La Corte costituzionale, per così dire, non si è tirata indietro di fronte al problema dell'analisi dei tecnicismi contabili e finanziari[45], ma ha richiesto che le modalità di co-

39. Cfr., *ex plurimis*, Corte cost., sentt. nn. 9/1958, 359/2007, 386/2008 e 26/2013.

40. Cfr., fra le molte, Corte cost., sentt. nn. 1/1966, 213/2008, 141/2010, 68 e 106 del 2011, 131 e 192 del 2012, 183/2013.

41. Cfr. Corte cost., sent. n. 70/2012, cons. dir. p.to 2.1.

42. Cfr. Corte cost., sentt. nn. 115 e 214 del 2012, 224/2014.

43. Cfr. Corte cost., sent. n. 224/2014, cons. dir. p.to 4.2.

44. In particolare, nella sent. n. 26/2013, la Corte costituzionale ha sottolineato che, ai fini dello scrutinio di legittimità costituzionale, è necessario disporre di strumenti informativi adeguati, primo fra tutti la relazione tecnica il cui obbligo di redazione – *ex* art. 17 della l. n. 196/2009, per giustificare gli stanziamenti di bilancio ed illustrare le modalità attraverso le quali gestire eventuali sopravvenienze in ossequio al principio dell'equilibrio del bilancio – è esteso anche alle Regioni e Province autonome (art. 19, l. n. 196/2009).

45. D. Morgante, *Il principio di copertura finanziaria nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *federalismi.it*,

pertura dei nuovi o maggiori oneri introdotti dal legislatore statale e da quello regionale vengano dimostrate e, quindi, spiegate: l'approccio ora descritto si è rivelato, in particolare, in alcune pronunce che hanno visto la luce negli ultimi anni animando, non poco, il dibattito dottrinale.

La prima sentenza in ordine temporale è la n. 10/2015 sulla c.d. *Robin Hood Tax*[46]. La Corte costituzionale, nel valutare la ragionevolezza delle misure introdotte dal legislatore, parte dalla considerazione secondo la quale ogni diversificazione del regime tributario, per aree economiche o per tipologia di contribuenti, deve essere supportata da adeguate giustificazioni altrimenti la differenziazione degenera in arbitrarie discriminazioni: occorre cioè che le distinzioni non siano irragionevoli, arbitrarie o ingiustificate.

La Corte, passando a esaminare il caso concreto, guarda alle istruttorie e alle indagini conoscitive dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato riscontrando così svariati indizi economici che descrivono un ambito caratterizzato da una scarsa competizione fra le imprese, da una difficoltà di ingresso di nuovi concorrenti e, tuttavia, da una domanda anelastica cioè suscettibile di misurate contrazioni nonostante l'aumento dei prezzi. Tutto ciò evidenzia che, in quel settore di mercato, la redditività è sensibilmente maggiore rispetto ad altri settori perché legata a rendite di posizione, così da poter astrattamente giustificare, specie in presenza di esigenze finanziarie eccezionali dello Stato, un trattamento fiscale *ad hoc*. La Corte, pur confermando il riscontro di questi presupposti, ha ancora premura di precisare che la previsione di un'imposizione differenziata «deve pur sempre ancorarsi a una adeguata giustificazione obiettiva, la quale deve essere coerentemente, proporzionalmente e ragionevolmente tradotta nella struttura dell'imposta»: ossia, la disciplina differenziata deve essere giustificata non solo in funzione dei presupposti dell'intervento e dell'obiettivo che si intende perseguire, ma anche nei contenuti e nelle misure introdotte[47].

La seconda pronuncia di cui tener conto è la n. 70/2015: fra le più commentate e aspramente criticate degli ultimi anni[48]. Con questa sentenza la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disciplina contenuta nel d.l. n. 201/2011 (con-

17/2012, p. 35 ss.

46. Con questa espressione si fa riferimento alla maggiorazione dell'imposta sui redditi delle società – introdotta dal d.l. n. 112/2008, convertito nella l. n. 133/2008 – a carico degli operatori del settore energetico, petrolifero e del gas.

47. Nel caso di specie, la Corte costituzionale, pur rilevando dall'analisi dei presupposti una coerenza dell'intervento rispetto allo scopo perseguito, ha poi sindacato i mezzi approntati poiché la disciplina introdotta non si raccordava in maniera coerente con la relativa *ratio* giustificatrice. Tuttavia, la Corte costituzionale ha adottato una sentenza di incostituzionalità differita facendo decorrere la produzione degli effetti soltanto dal giorno successivo alla pubblicazione della pronuncia in Gazzetta Ufficiale per contemperare tutti i principi in gioco e impedire alterazioni della disponibilità economica a svantaggio di alcuni contribuenti e a vantaggio di altri, garantendo così il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà.

48. A. Barbera, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in *Riv. AIC*, 2/2015.

vertito con modifiche nella l. 214/2011), che aveva disposto il blocco della rivalutazione automatica per le pensioni di importo superiore a tre volte il trattamento minimo INPS, poiché ha valicato i limiti di ragionevolezza e proporzionalità, con conseguente pregiudizio per il potere di acquisto degli stessi trattamenti pensionistici e con irrimediabile vanificazione delle aspettative legittimamente nutrite dal lavoratore per il tempo successivo alla cessazione della propria attività, in violazione fra l'altro del monito che la Corte aveva in precedenza indirizzato al legislatore con la sentenza n. 316/2010[49].

In particolare, la Corte costituzionale, dopo aver rilevato la violazione dei parametri della proporzionalità e adeguatezza del trattamento di quiescenza, ha osservato come la disposizione oggetto di impugnazione si è limitata «a richiamare genericamente la "contingente situazione finanziaria", senza che emerga dal disegno complessivo la necessaria prevalenza delle esigenze finanziarie sui diritti oggetto di bilanciamento, nei cui confronti si effettuano interventi così fortemente incisivi». Inoltre, ha aggiunto che anche in sede di conversione non è stata prodotta alcuna documentazione tecnica per provare le attese maggiori entrate, nonostante quanto richiesto dalla legge di contabilità e finanza pubblica (art. 17, l. n. 196/2009)[50]. La Corte costituzionale ha così concluso che il diritto a una prestazione previdenziale adeguata, «costituzionalmente fondato, risulta irragionevolmente sacrificato nel nome di esigenze finanziarie non illustrate in dettaglio»[51].

Nella sentenza n. 178/2015, la Corte costituzionale ha dovuto affrontare il tema del blocco della contrattazione nel pubblico impiego e degli automatismi stipendiali, fra l'altro prorogato con successivi interventi del legislatore. La Corte ha seguito sempre il medesimo criterio ricostruttivo per valutare la ragionevolezza delle misure introdotte prestando una particolare attenzione ai lavori preparatori e, in particolare, al dibattito in Commissione bilancio del Senato, ma ha fatto riferimento anche ad altre fonti ufficiali, come il Rapporto semestrale ARAN 2010 sulle retribuzioni dei pubblici dipendenti e i rapporti 2011 e 2012 sul coordinamento della finanza pubblica della Corte dei conti. Questa documentazione ha portato la Corte costituzionale a ritenere che le misure introdotte dal legislatore rispondono, visto il contesto economico, a fini solidaristici e sono di per sé ragionevoli – considerata la rilevanza della spesa pubblica in questo ambito e il fatto che nel tempo vi è stata una crescita incontrollata sopravanzando l'incremento

49. Cfr. cons. dir. p.to 10.

50. Parte della dottrina ha sottolineato come, nel caso di specie, la ragionevolezza della scelta non poteva essere dimostrata dai soli dati contabili relativi all'importo delle somme risparmiate con il blocco della rivalutazione, ma occorreva spiegare perché, in quel dato momento storico, l'unica manovra economica possibile richiedeva il sacrificio di quel diritto e non di altri e perché in quella misura e non in un'altra: A. Sgroi, *La perequazione automatica delle pensioni e i vincoli di bilancio: il legislatore e la Corte costituzionale*, in *Consulta online*, 2/2015, p. 523 (spec. nota n. 19). A. Sterpa, *Una "lettura intergenerazionale" della sent. n. 70 del 2015*, in *federalismi.it*, 10/2015, ha sottolineato che bisogna essere più chiari nello scegliere cosa finanziare.

51. Cfr. cons. dir. p.to 10.

delle retribuzioni del settore privato – nel senso che il sacrificio del diritto alla retribuzione commisurata al lavoro svolto e del diritto di accedere alla contrattazione collettiva non è né irragionevole né sproporzionato. Tuttavia, la Corte costituzionale ha richiesto che misure di questa natura siano temporalmente circoscritte: così, ha riscontrato la sopravvenuta illegittimità costituzionale della seconda proroga del blocco delle procedure contrattuali per la parte economica perché avrebbe assunto un carattere ormai strutturale con conseguente lesione dell'art. 39 della Costituzione.

Infine, la sentenza n. 275 del 2016 ha a oggetto una legge della Regione Abruzzo nella quale era stato contemplato il finanziamento da parte della Regione del 50% delle spese quantificate dalle Province per il trasporto degli studenti portatori di handicap o di situazioni di svantaggio nei limiti, però, della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi regionali di bilancio. La Corte costituzionale ne ha dichiarato l'incostituzionalità – con una sentenza ablativa che si è limitata ad eliminare il riferimento alle disponibilità finanziarie stabilite nella legge di bilancio – perché far dipendere il finanziamento di una parte delle spese già quantificate dalle Province da generiche e indefinite previsioni di bilancio determina una situazione di aleatorietà e incertezza, senza che venga assolto «alcun onere di motivazione in ordine alla scala di valori che con le risorse del bilancio stesso si intende sorreggere»[52].

Le sentenze ora analizzate sono molto differenti l'una dall'altra per le materie trattate e per gli esiti finali. Hanno però anche elementi comuni: anzitutto, il problema dell'equilibrio di bilancio; in secondo luogo, l'attenzione alla motivazione e agli "elementi di prova" evidenziati dal legislatore a giustificazione delle scelte compiute.

Vi sono però ulteriori aspetti da sottolineare: laddove il legislatore ha comunque fornito delle spiegazioni indicando anche i presupposti e gli elementi sui quali ha basato le scelte compiute, la Corte costituzionale ha adottato non semplici sentenze di accoglimento, ma ulteriori tipologie come le sentenze manipolative o le pronunce dove viene fatto uso della tecnica di modulazione degli effetti nel tempo, sulle quali la dottrina[53] ha ampiamente discusso anche criticamente in merito alla sostituzione della Corte costituzionale nell'operare delle scelte altrimenti di spettanza del legislatore: ad ogni buon conto, non è stato determinato un totale vuoto normativo.

Quando, invece, la motivazione manca o non è possibile una ricostruzione adeguata a meno di non sostituire completamente il legislatore nel bilanciamento dei molteplici interessi in gioco – attività che comunque, al momento, la Corte non è in grado di svolgere e, in ogni caso, oltrepasserebbe di gran lunga gli spazi di spettanza di questa – il Giudice

52. Cfr. cons. dir. p.to 16.

53. R. Bin, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, in *Forum quad. cost.*, 2015; R. Romboli, *L'"obbligo" per il giudice di applicare nel processo* a quo *la norma dichiarata incostituzionale* ab origine*: natura incidentale del giudizio costituzionale*, ivi.

delle leggi ha adottato sentenze di accoglimento che hanno sì determinato un vuoto normativo, ma che, al contempo, hanno restituito al legislatore la possibilità di esercitare nuovamente il potere discrezionale entro i limiti previsti in Costituzione, così come interpretati e richiamati dalla stessa Corte costituzionale[54]. La Corte, quando non c'è stata la possibilità di ricostruire il percorso logico della scelta legislativa, è stata pienamente e maggiormente rispettosa dello spazio decisionale del legislatore perché, in qualche modo, glielo ha restituito chiedendo una maggiore trasparenza e responsabilità nello svolgimento della funzione legislativa[55].

La dottrina[56] più critica ha denunciato con forza, ancora una volta, il fatto che, nel rilevare la mancata motivazione da parte del legislatore, sarebbe stato creato un precedente nella giurisprudenza costituzionale che sovvertirebbe le consolidate ricostruzioni che riconoscono alla legge il carattere di atto libero nel fine non sottoposto a obbligo di motivazione[57]: cioè, sarebbe stato imposto al legislatore un onere non dovuto, stravolgendo i principi costituzionali che tutelano l'esercizio della funzione legislativa.

A ben guardare, a parte tutta la giurisprudenza costituzionale sopra richiamata, è possibile svolgere un'altra ricostruzione: la Corte costituzionale, nel richiedere adeguate motivazioni, cerca di instaurare, se non un dialogo, almeno un rapporto più collaborativo – come dovrebbe essere[58] – col legislatore, secondo quanto è dato

54. Il riferimento è soprattutto alla sentenza n. 70/2015: infatti, la Corte costituzionale – nel sindacare l'intervento del legislatore che aveva disposto il blocco della rivalutazione automatica per le pensioni d'importo superiore a tre volte il trattamento minimo INPS, valicando i limiti di ragionevolezza e proporzionalità e ponendosi in contrasto con gli artt. 36, comma 1, e 38, comma 2, della Costituzione – ripercorre ampiamente l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul tema, ricordando le soglie minime individuate a tutela del diritto ad un trattamento previdenziale adeguato e, quindi, rammentando al legislatore di poter scegliere e modulare qualsiasi altra soluzione nel rispetto, però, di determinati limiti.

55. N. Lupo, *Respinta dal referendum la riforma costituzionale, la Corte costituzionale affronta alcuni snodi importanti del sistema delle fonti del diritto*, in *OSL*, 1/2017, commentando alcune recenti pronunce della Corte costituzionale (ord. n. 24/2017 relativa al "caso Taricco", sent. n. 35/2017 sul c.d. *Italicum* e la sent. n. 26/2017 sui referendum manipolativi) alla luce degli indirizzi assunti da altri giudici costituzionali nel panorama europeo, ha osservato che anche il nostro Giudice costituzionale sembra più attento a valorizzare la dimensione parlamentare della vita democratica. A me pare che anche la sent. n. 70/2015 possa collocarsi nell'ambito di questo orientamento giurisprudenziale.

56. In tal senso: F.P. Rossi, *Il dovere di fedeltà alla Repubblica ex art. 54 della Costituzione*, in *Forum quad. cost.*, 2017; A. Morrone, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 10/2015; A. Anzon Demmig, *Una sentenza sorprendente*, cit.; L. Vespignani, Measure for measure. *Osservazioni sulla motivazione delle leggi a margine della sentenza n. 70 del 2015 della Corte costituzionale*, in *Stato*, 3/2015, p. 230 ss.; G. Pepe, *Necessità di un'adeguata motivazione della legge restrittivamente incidente nella sfera giuridica dei cittadini? Commento a sentenza Corte cost. n. 70/2015*, in *Forum quad. cost.*, 2015; S. Lieto, *Trattare in modo eguale i diseguali? Nota alla sentenza n. 70/2015*, in *Forum quad. cost.*, 2015.

57. S. Ceccanti, *Una sentenza che lascia due seri motivi di perplessità*, in *federalismi.it*, 10/2015.

58. In particolare, l'art. 30 della l. n. 87/1953, in attuazione dell'art. 136 Cost., prevede che le sentenze della Corte costituzionale debbano essere comunicate entro due giorni dalla data del deposito alle Camere e ai Consigli regionali interessati affinché, se lo ritengono opportuno, possano adottare i provvedimenti di loro

ricavare non solo dal dato testuale delle sentenze, ma anche da altri mezzi di esternazione utilizzati[59].

In questo solco, si è posta anche la giurisprudenza successiva: in particolare, in tema di rapporti fra Regione ed enti locali, la Corte ha avuto modo di osservare che le norme che producono effetti finanziari innovativi devono essere corredate di una particolare istruttoria per dimostrare la loro compatibilità con l'equilibrio dei bilanci partecipanti al consolidato pubblico poiché «ferma restando la discrezionalità del legislatore nelle scelte allocative delle risorse, quando queste ultime producono rilevanti effetti innovativi nelle relazioni finanziarie tra enti territoriali e nel consolidato delle loro risultanze non possono limitarsi alla mera indicazione dell'entità finanziaria non accompagnata da adeguata relazione tecnica»[60].

Di contro, in altre occasioni, la Corte ha rigettato la questione proposta perché, guardando ai lavori preparatori e ad altra documentazione ricavabile dall'*iter* parlamentare dell'atto legislativo, li ha ritenuti idonei ad illustrare l'andamento degli oneri e i risultati attesi e, quindi, i dati di supporto della decisione non sono stati giudicati implausibili[61].

Infine, in altri casi ancora, l'assenza di documentazione nei lavori parlamentari comprovante il risparmio di spesa e la sola affermazione nella relazione tecnica del carattere meramente ordinamentale della norma censurata, tale da non determinare effetti finan-

competenza. Inoltre, nei regolamenti parlamentari, in tema di seguito delle sentenze della Corte costituzionale, si prevede che queste vengano esaminate dalle Commissioni competenti. Nel regolamento della Camera si prevede anche l'intervento del Governo (art. 108, comma 2), dopodiché la Commissione esprime in un documento finale il proprio avviso sulla necessità di iniziative legislative dandone comunicazione anche al Presidente del Consiglio (art. 108, comma 4, Reg. C.), oppure il Governo viene invitato, mediante risoluzione, a presentare un'iniziativa legislativa (art. 139, comma 3, Reg. S.) o ad assumere particolari iniziative in relazione alle pronunce della Corte (art. 139, comma 4, Reg. S.). Inoltre, l'art. 5, lett. f), della l. n. 400/1988 stabilisce che il Presidente del Consiglio dei ministri, a nome del Governo, esercita le attribuzioni contemplate nella l. n. 87/1953 e promuove gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle decisioni della Corte costituzionale; oltre a ciò, riferisce periodicamente al Consiglio dei ministri, dandone comunicazione alle Camere, sullo stato del contenzioso costituzionale, illustrando le linee seguite nelle determinazioni relative agli interventi nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale. Infine, segnala, anche su proposta dei Ministri, i settori della legislazione nei quali, in base alle questioni di legittimità costituzionale pendenti, sia utile valutare l'opportunità di iniziative legislative del Governo. Sul punto, si rinvia a A. Sterpa, *Una "lettura intergenerazionale"*, cit.

59. La Corte costituzionale, sempre con riferimento alla sentenza n. 70/2015, nel comunicato stampa di qualche giorno successivo al deposito della sentenza, ha avuto modo di puntualizzare che «gli interessati possono adottare le iniziative che reputano necessarie e gli organi politici, ove lo ritengano, possono adottare i provvedimenti del caso nelle forme costituzionali». Il generico richiamo agli organi politici è da intendere riferito non solo al Parlamento, ma anche al Governo che potrà esercitare anche il suo potere normativo d'urgenza come, di fatto, è avvenuto con l'adozione del d.l. n. 65/2015, convertito nella l. n. 109/2015 (oggetto di numerose ordinanze di rimessione, giacché vari sono i dubbi sollevati sul rispetto delle indicazioni date dal Giudice costituzionale).

60. Cfr. Corte cost., sent. n. 188/2015, cons. dir. p.to 5.2.; nello stesso senso è la sent. n. 10/2016, cons. dir. p.to 6.1.

61. Cfr. Corte cost., sent. n. 133/2016, cons. dir. p.to 4.3.1.

ziari, hanno portato la Corte costituzionale a sindacare l'atto legislativo perché i richiami alle previsioni costituzionali sono stati considerati delle «mere asserzioni»[62] prive di giustificazione.

6. L'*excursus* compiuto evidenzia che la motivazione della legge è un tema che la Corte costituzionale non ha inteso affrontare, almeno fino ad oggi, in termini ermeneutici. Tuttavia, il Giudice costituzionale considera la motivazione degli atti legislativi una necessità scontata perché la ricerca, la ricostruisce quando è possibile e la utilizza per poter capire un sistema sempre più complesso, dove le dinamiche del bilanciamento operato fra i molteplici valori, principi e diritti non sempre sono comprensibili dovendo tener conto anche del contesto di crisi economica che finisce con il condizionare sensibilmente le scelte del legislatore.

Alcune osservazioni sembrano emergere, però, con una certa evidenza: anzitutto, quando il legislatore spiega le ragioni delle scelte operate non è possibile parlare di un'ulteriore limitazione del suo spazio decisionale perché, nei limiti tracciati dai parametri costituzionali, ha la possibilità di scegliere i contenuti ritenuti più idonei per i fini che intende perseguire.

La motivazione della legge è poi uno strumento che non lega neppure il potere interpretativo e decisionale della Corte costituzionale, nel senso che quando è una petizione di principio, assolutamente infondata, soltanto abbozzata o pretestuosa, ecco che la Corte può esercitare pienamente il suo potere di controllo. Invece, quando il legislatore svolge delle considerazioni più argomentate, alla Corte residua uno spazio d'intervento ben minore, soltanto per quei profili che non risultano coerenti. Inoltre, quando il legislatore spiega le ragioni delle proprie scelte, la Corte costituzionale per contestarne la fondatezza o la plausibilità deve, a sua volta, portare delle motivazioni ben articolate se non vuole diminuire la propria legittimazione mettendo a rischio il seguito delle proprie decisioni.

Tornando allo spazio discrezionale del legislatore, la Corte costituzionale ha confermato che i diritti inviolabili sono soggetti ad un bilanciamento ineguale[63] con i principi di cui all'art. 81 Cost.[64], nel senso che le esigenze finanziarie soccombono sempre, a meno che il loro sacrificio non implichi la contestuale lesione di altri diritti fondamen-

62. Cfr. Corte cost., sent. n. 15/2017, cons. dir. p.to 7.

63. M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Scritti in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, Padova, 1995, p. 126; Id., *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in Aa.Vv., *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012. Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 22 novembre 2013*, Milano, 2014, p. 46 ss.

64. La Corte costituzionale, attraverso queste pronunce, ha fatto opportunamente chiarezza sul fatto che l'art. 81 Cost., dopo la riforma costituzionale del 2012, non ha assunto la valenza di «super principio» rispetto a tutti gli altri, superando così il timore espresso da una parte della dottrina e, in particolare, da I. Ciolli, *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, in *Forum quad. cost.*, 2015.

tali[65]. Questo significa, però, che il legislatore potrà introdurre previsioni e manovre che contrastano con il principio dell'equilibrio di bilancio quando siano fondate e giustificate dall'esigenza di tutelare il nucleo incomprimibile dei diritti fondamentali[66]. Nel fare ciò, la motivazione dell'atto legislativo, proprio per tutti i valori che vengono in considerazione e che devono essere bilanciati, costituirà un elemento essenziale anche rispetto ai vincoli derivanti dall'Unione europea, perché consentirà di legittimare sul piano oggettivo la scelta legislativa compiuta in vista di un eventuale controllo successivo da parte della Corte costituzionale.

La motivazione degli atti legislativi è, allora, anche un modo per restituire credibilità ed autorità al legislatore poiché scelte che riposano su ragioni solide e rispettose dei parametri costituzionali potranno ben superare qualsiasi controllo, mentre proprio le soluzioni di basso compromesso sono difficilmente argomentabili.

In questa prospettiva, la motivazione consente un recupero delle fonti e delle loro dinamiche non più soltanto nella prospettiva della forma di governo poiché, costituendo lo strumento attraverso il quale distinguere lo spazio decisionale assoggettato alla Costituzione rispetto ai moventi politici, cioè agli ambiti decisionali di rilevanza puramente politica, consente una loro analisi dal punto di vista della tutela dei diritti e dei valori espressi in Costituzione e, quindi, nella prospettiva della forma di stato. Ma soprattutto, l'obbligo di motivazione degli atti legislativi è l'istituto che impedisce l'asservimento del diritto alla politica e l'abuso del potere legislativo, a maggior ragione in un momento storico caratterizzato da tensioni, crisi e instabilità economica.

65. In altre parole, «è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione», come ha affermato la Corte costituzionale nella sent. 275/2016, lasciando intendere che anche gli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, secondo la teoria dei controlimiti, non possono intaccare i diritti inviolabili e i principi supremi dell'ordinamento costituzionale.

66. L. Madau, "È *la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione". Nota a Corte cost. n. 275/2016*, in *Oss. Cost. AIC*, 1/2017.

IL PROCONSOLE CICERONE. RIFLESSIONI SU EUNOMIA E OSTILITÀ*

Filippo Ruschi
Prof. associato Università di Firenze

Sommario: 1. *Hic necopinatus et improvisus provinciae casus*. – 2. Un anno luminoso. – 3. *Ad Amanum exercitum duxi*. – 4. *Spes triumphi*. – 5. *Λῃσταί*, non *hostes*.

1. *Hic necopinatus et improvisus provinciae casus.*

Nell'aprile del 51 Cicerone, lasciando una Roma quanto mai irrequieta, si era diretto alla volta della Cilicia dove lo attendeva il proconsolato, ultimo gradino di un brillante *cursus honorum* che lo aveva visto edile curule nel 69, pretore nel 66 e poi console nel 63. In realtà Cicerone avrebbe volentieri fatto a meno di compiere questo ulteriore passo: *hic necopinatus et improvisus provinciae casus*, lo definirà scrivendo dal remoto *castrum* di Cybistra a Lucio Emilio Lepido Paolo appena nominato console[1]. Era a Roma, piuttosto, che si potevano esercitare le virtù civili, adempiere agli *officia* e, più prosaicamente, svolgere un ruolo politico. E Cicerone non era mai stato interessato agli *honores* che si ottenevano nelle provincie, agli allori delle imprese militari, come aveva dichiarato già all'esordio del suo consolato[2]. Senza contare il fatto che, come Cicerone sapeva bene, mentre durante il suo ufficio il promagistrato si trovava a dover far fronte alle pretese provenienti da Roma – anche le più disparate, come ad esempio la fornitura di fiere per i *ludi*[3] –, nel momento in cui faceva ritorno in patria si trovava esposto all'offesa degli avversari politici: questi, infatti, relativamente alla gestione del mandato avevano la possibilità di intentare un'azione legale assai pregiudizievole – quanto meno sul piano politico – innanzi alla *quaestio perpetua repetundarum*[4].

*. Sono grato a Federigo Bambi, Francesca Tamburi e Francesco Vertova per i suggerimenti ricevuti. La ricerca si è svolta nell'ambito del Proyecto I+D Nacional DER2013-47425-R finanziato dal Ministerio de Economía y Competitividad spagnolo.

1. Si veda Cic., *fam*., 15.12. Cicerone era impegnato nelle operazioni militari lungo la frontiera orientale della provincia: un frangente che contribuiva a rendere il giudizio ancor più drastico. *Infra* § 3.

2. In merito Cic., *agr.*, 1.26. Per inquadrare il passo ciceroniano cfr. F. Fontanella, *La I orazione 'De lege agraria': Cicerone e il senato di fronte alla riforma di P. Servilio Rullo (63 a.C.)*, in *Athenaeum. Studi periodici di letteratura e storia dell'antichità*, 2005, 1, p. 149 ss., ove bib. Sul "pacifismo" ciceroniano, *infra* § 3.

3. Come prova il libro VIII delle *Epistulae ad familiares*, divenuto proconsole Cicerone stesso fu oggetto di pressanti richieste da parte dell'amico Marco Celio Rufo, che nel 51 a.C. era stato eletto edile curule per l'anno successivo, affinché dalla Cilicia inviasse a Roma dei leopardi per i giochi pubblici: *turpe tibi erit pantheras graecas me non habere*, l'appello non poteva essere più accorato, cfr. Cic., *fam.,* 8.6.5. Gustosa la replica di Cicerone alle richieste, rammentata anche da Plutarco: dopo la sua azione pacificatrice non c'erano più leopardi in Cilicia! Erano migrati in Caria, indignati per il fatto che mentre tutto il paese godeva della pace, solo a loro si continuasse a fare guerra. In merito Cic., *fam.,* 2.11.2 e Plut, *Cic*., 36.6. Per una utile contestualizzazione storica si veda G. Jennison, *Animals for Show and Pleasure in Ancient Rome*, Philadelphia, 2005, in particolare p. 137 ss.

4. In merito si veda quanto meno C. Venturini, *Studi sul crimen repetundarum nell'età repubblicana*, Milano,

Già al termine del consolato, come ricorda Plutarco, Cicerone avrebbe dovuto assumere il governatorato della Macedonia mentre la Gallia Cisalpina sarebbe spettata all'altro console, Gaio Antonio Ibrida[5]: con abile mossa politica Cicerone prima era stato in grado di avocare a sé la Gallia Cisalpina, assai più prossima a Roma che non la provincia macedone[6]. Poi nei primi mesi del 63 a.C., approfittando del fatto che lo scontro con Catilina era giunto al suo culmine, aveva formalmente rinunciato all'incarico. Là dove la scelta, come rivendicherà ancora negli anni successivi, era cifra delle proprie virtù civili: *ego provinciam Galliam senatus auctoritate exercitu et pecunia instructam et ornatam quam cum Antonio commutavi, quod ita existimabam tempora rei publicae ferre, in contione deposui reclamante populo Romano*[7].

Cicerone aveva preso la giusta decisione? O le sue parole, al di là della marcata venatura autocelebrativa, celavano una traccia di rammarico per l'occasione persa? Non pare proprio, là dove a monte del rifiuto di assumere il governo della provincia c'era una solida consapevolezza filosofica: il rapporto tra *gloriae cupiditas* e *iustitia* era complesso, delicato, ricco di sfaccettature. E nel *de officiis* Cicerone insisterà sul fatto che il desiderio smodato di gloria era esiziale: non riuscire a dominarlo, esserne vittima, significava perdere quella libertà dello spirito *pro qua magnanimis viris omnis debet esse contentio*[8]. Ecco allora

1979, e B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1998, p. 104 ss., p. 141 ss. e p. 157 ss.

5. Cfr. Plut., *Cic.*, 12.4. Già Cassio Dione ha evidenziato come la rinuncia fosse collegata alla crisi innescata da Catilina, cfr. Dio Cass., 37.33.4. Sull'atto di rinuncia, sulla sua formalizzazione e con particolare riferimento alla vicenda ciceroniana cfr. T. Corey Brennan, *The Praetorship in the Roman Republic. 2: 122 to 49 BC*, Oxford, 2000, p. 400 ss.

6. Per altro la Macedonia, pur turbolenta – proprio Ibrida nel 61 sarà sconfitto dai Daci – era assai più appetibile per un governatore ambizioso che non la Gallia Cisalpina, ove lo spazio di manovra – al di là della vicinanza a Roma, vigeva lo *ius Latii* – era indubbiamente più limitato. In questa prospettiva Cicerone assecondando in tutto i propri interessi si era garantito l'amicizia di Gaio Antonio Ibrida, già prossimo ai catilinari, particolarmente decisiva nel momento in cui la situazione stava precipitando: sarà Ibrida, infatti, a guidare le legioni che sconfiggeranno Catilina presso Pistoia, anche se la sua personale partecipazione allo scontro è dubbia, cfr. Dio Cass., 37.39.4. Nel 59, vanamente difeso da Cicerone – abbiamo notizie solo indirette della sua orazione –, Ibrida sarà condannato all'esilio a causa delle malversazioni compiute in Macedonia non meno che per il suo antico sostegno a Catilina. In merito al brillante *escamotage* di Cicerone cfr. la contestualizzazione storica contenuta in J. Muñiz Coello, *Cicerón y Cilicia: Diario de un gobernador romano del siglo I a. de C.*, Huelva, 1998, p. 77 ss., nonché L. Gagliardi, *Cesare, Pompeo e la lotta per le magistrature. Anni 52-50 a.C.*, Milano, 2011, p. 47 ove bib. Sulla diffusione dello *ius Latii* nella Gallia Cisalpina e sulle conseguenti ripercussioni sul piano politico e giuridico, cfr. da ultimo G. Cairo, *Gli strumenti giuridici della presenza romana in Cisalpina tra il I sec. a.C. e l'inizio del Principato*, in *"Historika". Studi di storia greca e romana*, 2012, 2, p. 33 ss. Sul rapporto tra Cicerone e Ibrida cfr. per tutti E. Narducci, *Cicerone. La parola e la politica*, Roma-Bari, 2009, p. 149 ss e, in particolare in relazione alla sua difesa, p. 205.

7. Cfr. Cic., *Pis.*, 2.5. L'importanza della rinuncia è indirettamente attestata in Cic., *Att.*, 2.1.3 e nel già richiamato *leg. agr.* 1.26. Si veda anche la testimonianza di Cassio Dione in Dio Cass., 37.33.4. Il tema della rinuncia all'*imperium* proconsolare come pratica di virtù era già stato vigorosamente anticipato in Cic. *Catil.*, 4.23.

8. Si veda Cic., *off.*, 1.20.68. In merito cfr. R. Fiori, *"Bonus vir". Politica, filosofia, retorica e diritto nel 'De officiis'*

che conviene non ambire agli *imperia*, ma piuttosto essere pronti a rifiutarli e, nel caso, a spogliarsene tanto più quando in gioco c'era il bene della *res publica*. In questa prospettiva, dunque, sarebbe miope valutare la reticenza di Cicerone a lasciare Roma solo nei termini di un interesse personale, come esclusivamente finalizzata alla conservazione del proprio ruolo politico. Ma anche una ipotesi meno drastica che potrebbe interpretare la scelta ciceroniana come pratica *ante litteram* del *particulare* non convince: l'idea che vi sia una possibile simmetria tra utile individuale e preservazione della *res publica*, presupporrebbe una opzione "relativista" che probabilmente avrebbe fatto inorridire Cicerone e che, con maggiore precisione, andrebbe piuttosto riferita all'epicureismo così diffuso tra i *populares*, ovvero tra i suoi diretti antagonisti[9].

In aderenza alle premesse stoiche il bene della *res publica*, concretizzato nella sua costituzione *quam patres nostri nobis acceptam iam inde a maioribus reliquerunt*, agli occhi di Cicerone era un parametro oggettivo attraverso cui misurare le proprie scelte politiche[10]. Ed era questo stesso criterio, ancora una volta, ad aver orientato la scelta di restare a Roma, nel pieno dell'agone. Né doveva essersene pentito se scrivendo a Quinto Cecilio Metello Celere, il quale – dopo aver contribuito in maniera decisiva alla sconfitta di Catilina – era stato nominato proconsole in Gallia Cisalpina proprio a seguito del rifiuto di Cicerone, riconosceva con schiettezza che: *Quod autem ita scribis*, *"pro mutuo inter nos animo", quid tu existimes esse in amicitia mutuum, nescio, equidem hoc arbitror, cum par voluntas accipitur et redditur*. Avvertendo subito la necessità di precisare che: *Ego si hoc dicam, me tua causa praetermisisse provinciam, tibi ipse levior videar esse; meae enim rationes ita tulerunt, atque eius mei consili maiorem in dies singulos fructum voluptatemque capio*[11].

2. Un anno luminoso.

Infine non c'era stato più nulla da fare. Nel 52 a.C. la *lex Pompeia de provinciis* aveva riformato la procedura di selezione dei vertici della burocrazia provinciale imponendo un protocollo che, si sperava, avrebbe dovuto razionalizzare la gestione dei territori acquisiti

di Cicerone, Napoli, 2011, p. 35 ss.

9. Cfr. ancora R. Fiori, *"Bonus vir"*, cit., p. 19 ss., in cui si evidenzia come, a ben vedere, non pochi *optimates* avessero abbracciato la dottrina di Epicuro. Per un sintetico ma esaustivo inquadramento delle riserve espresse da Cicerone circa la filosofia epicurea ci può affidare a E. Narducci, *Cicerone*, cit., p. 399 ss.

10. Cfr. Cic. *rep.*, 1.70 su cui si veda quanto meno l'inquadramento proposto in V. Mazzocchi, *Filosofia politica: storia, concetti, contesti*, Roma-Bari, 2011, p. 47 ss. Non c'è dubbio d'altra parte che questa opzione rispondesse anche ad una esigenza di natura, per così dire, ideologica, fondata sulla rappresentazione dell'*ordo senatorius* come «la parte "raziocinante" del corpo sociale»: cfr. F. Costabile, *Temi e problemi dell'evoluzione storica del Diritto pubblico romano*, Torino, 2016, p. 212.

11. Cfr. Cic., *fam.*, 5.2.3. Era trascorso esattamente un anno dalla rinuncia: per una preziosa contestualizzazione delle parole di Cicerone – i rapporti con il neo-proconsole erano in quel momento tutt'altro che distesi, nonostante lui stesso avesse favorito l'incarico come si evince dal proseguo della stessa *epistula* –, cfr. M. T. Nicotri, *"Amicitia"* e *"dignitas" familiare tra politica e diritto (Cic. ad fam. 5. 1. 2.)*, in *Scritti di comparazione e storia giuridica. II: ricordando Giovanni Criscuoli*, a cura di P. Cerami, M. Serio, Torino, 2013, p. 187 ss., ove bib.

da Roma, al contempo riducendo il rischio di abusi[12]: se al Senato spettava il compito di indicare le provincie in cui si rendeva necessaria la sostituzione del proconsole, l'individuazione del nominativo avveniva per sorteggio tra i *consulares* e i pretori che fossero cessati dal loro incarico almeno da un quinquennio[13].

Cicerone avrebbe potuto rinunciare alla magistratura? Il punto è controverso: le fonti non chiariscono se all'indomani della *lex Pompeia de provinciis* fosse possibile rifiutare l'incarico. Se ne può ragionevolmente dubitare se lo spirito del provvedimento era quello di favorire l'avvicendamento dei vertici delle amministrazioni provinciali. Ma tutto sommato si tratta di una questione di scarso rilievo se si inquadra la vicenda dal punto di vista della biografia intellettuale di Cicerone: quelle considerazioni etiche e filosofiche che, un decennio prima, avevano giustificato la sua permanenza a Roma, erano le medesime che adesso imponevano l'accettazione del poco gradito incarico. Comunicando la sua nomina ad Appio Claudio Pulcro, che andava a sostituire alla guida della provincia, Cicerone non esitava a confessare: *cum et contra voluntatem meam et praeter opinionem accidisset, ut mihi cum imperio in provinciam proficisci necesse esset*[14].

L'*honestum* per Cicerone era innanzi tutto esercizio di virtù: prima ancora che il frutto di un procedimento logico-conoscitivo era esperienza, pratica quotidiana che proprio nella sua realizzazione concreta intercettava l'*utile*[15]. Se era vero che il destino dell'uomo si realizzava compiutamente solo nell'orizzonte della *res publica*, lo spazio per l'*opinio* e la *voluntas* individuale si contraeva. Ecco allora stagliarsi sullo sfondo la Cilicia che, come ha sottolineato Joaquín Muñiz Coello, «venía a ser una segunda edición del exilio de unos

12. Si innovava pertanto la disciplina, evidentemente ormai obsoleta, relativa alla nomina delle promagistrature prevista dalla *lex Sempronia de provinciis consularibus* che, promossa da Gaio Gracco, risaliva addirittura al 123-122 a.C. È invece discussa l'esistenza di una *lex Cornelia de provinciis ordinandis* che, voluta da Silla, risalirebbe all'81 a.C. Specificamente sulla *lex Sempronia de provinciis* cfr. F. Vervaet, *The Scope of the Lex Sempronia Concerning the Assignment of the Consular Provinces*, in *Athenaeum*, 2006, 2, p. 625 ss. Per un quadro di sintesi della evoluzione della normativa relativa alla selezione delle magistrature provinciali cfr. J.-L. Ferrary, *La législation comitiale en matière de création, d'assignation et de gouvernement des provinces*, in *Les gouverneurs et les provinciaux sous la République romaine*, dir. N. Barrandon, F. Kirbihler, Rennes, 2010 e L. Gagliardi, *Cesare, Pompeo e la lotta per le magistrature*, cit., p. 14 ss. ove bib. Una voce discordante è quella di Adalberto Giovannini secondo cui la *lex Pompeia de provinciis* avrebbe riguardato unicamente i propretori, lasciando inalterata la disciplina della *lex Sempronia de provinciis* relativa alla nomina dei vertici delle province consolari, cfr. A. Giovannini, *Consulare imperium*, Basel, 1983, p. 114 ss.

13. Come noto, Cassio Dione – che per altro non nomina espressamente la *lex Pompeia* – riporta che il provvedimento confermava un *senatusconsultum* dell'anno precedente, finalizzato a contenere la conflittualità politica: cfr. Dio Cass., 40.56.1-2. Specificamente sulla *lex Pompeia de provinciis* si veda da ultimo L. Gagliardi, *Cesare, Pompeo e la lotta per le magistrature*, cit., p. 89 ss., che in maniera efficace contrasta la diffusa opinione secondo cui tale norma sarebbe stato il frutto di una macchinazione anticesariana, nonché C. Steel, *The 'Lex Pompeia de Provinciis' of 52 b.C.: a Reconsideration*, in *Historia: Zeitschrift Für Alte Geschichte*, 2012, 1, p. 83 ss.

14. Si veda Cic., *fam.*, 3.2.1.

15. Cfr. quanto meno F. Rigotti, *L'onore degli onesti*, Milano, 1998, p. 59 ss.

años antes»[16]. Là dove il lento avvicinamento alla provincia, caratterizzato da un progredire piuttosto rilassato fatto di tappe culturali ma anche a carattere più squisitamente sociale e famigliare – Cicerone ci mise circa tre mesi per arrivare alla fine del luglio 51 alle porte della provincia che gli era stata assegnata – [17], ha il gusto umanissimo del desiderio di gratificazione, a fronte di un compito particolarmente sgradito[18].

In Cilicia lo attendeva una situazione particolarmente complessa, ma non c'è dubbio che, come ha scritto Emanuele Narducci, l'anno trascorso al governo della provincia «fu uno dei più luminosi della sua vita»[19]. Le linee-guida della politica del nuovo governatore erano chiaramente espresse nell'editto che, già approntato a Roma, fu emanato all'arrivo in Cilicia. Si trattava di un documento significativo: Cicerone stesso, scrivendo ad Attico, riconosceva di essersi ispirato a quello di un giurista di gran rango quale Quinto Mucio Scevola, che nel 121 aveva governato la provincia d'Asia[20]. Al di là del profilo tecnico-formale, da tempo scandagliato dalla dottrina, è possibile attribuire un significato ulteriore all'editto, e, più in generale, alle scelte operate dal governatore[21]: Cicerone al momento di

16. Cfr. J. Muñiz Coello, *Cicerón y Cilicia*, cit., p. 76. Per una interpretazione più sfumata cfr. D. Campanile, *"Provincialis molestia". Note su Cicerone proconsole*, in *Studi ellenistici,* 2001, p. 343 ss.

17. Per tutti cfr. E. Narducci, *Cicerone*, cit., p. 358 ss.

18. La prima parte del viaggio, alla volta di Brindisi, era stata scandita dalle soste per salutare gli amici e i parenti. Poi, dopo una traversata fonte di qualche inquietudine, Cicerone era arrivato ad Azio preferendo procedere via terra alla volta di Atene dove lo attendeva una prolungata sosta. Quindi aveva di nuovo ripreso il mare – *negotium magnum est navigare atque id mense Quintilii*, cfr. Cic., *Att*., 5.12.1. –, con frequenti soste nelle Cicladi, fino a Samo per approdare ad Efeso probabilmente nella terza settimana di luglio. Il viaggio, a questo punto, aveva subito una improvvisa accelerazione e il nuovo governatore era giunto ai confini della Cilicia già alla fine della settimana successiva. Ecco però che il ritmo si era nuovamente allentato, questa volta, però, a causa dei numerosi impegni istituzionali e politici: Cicerone raggiungerà Tarso, capitale della provincia solo ai primi di ottobre. Sul tragitto ciceroniano cfr. J. Muñiz Coello, *Cicerón y Cilicia*, p. 91 ss. Con particolare riferimento alle tappe asiatiche, la cui ricostruzione è decisamente complessa, risulta difficile prescindere dal pur remoto L. W. Hunter, *Cicero's Journey to his Province of Cilicia in 51 B.C.*, in *Journal of Roman Studies*, 1913, 3, p. 73 ss. Sui preparativi per il lungo viaggio si veda infine il vivace D. Caiazza, *Il proconsolato di Cicerone in Cilicia*, in *Ciceroniana. Rivista di studi ciceroniani*, 1959, p. 140 ss. Il tragitto lo aveva portato attraverso luoghi ricchi di *epos* che, inevitabilmente, riecheggia anche nella corrispondenza ciceroniana: sul particolare significato "geo-filosofico" del cuore dell'Asia Minore nella cultura antica mi sia concesso rinviare al mio F. Ruschi, *Sciogliendo il nodo. Per una genealogia del diritto internazionale*, in *Jura gentium. Journal of Philosophy of International Law and Global Politics*, 2012, numero monografico *Tramonto dell'Occidente?* p. 21 ss..

19. Cfr. E. Narducci, *Cicerone*, cit., p. 359.

20. Cfr. Cic., *Att*., 6.1.15. Cicerone scriveva da Laodicea nel febbraio del 50, quando ormai i tempi erano maturi per un primo bilancio del suo operato. Sulla esemplarità dell'editto muciano cfr. J. Muñiz Coello, *Cicerón y Cilicia*, cit., p. 118.

21. Senza alcuna pretesa di completezza, ma solo al fine di testimoniare i persistenti sforzi della dottrina romanistica cfr. G. Pugliese, *Riflessioni sull'editto di Cicerone in Cilicia*, in *Synteleia Arangio-Ruiz. Raccolta di studi di diritto romano, di filologia classica e di vario diritto*, a cura di A. Guarino, L. Labruna, 2, Napoli, 1964, p. 972 ss., poi in Id., *Scritti giuridici scelti*, 3, Napoli, 1985, p. 99 ss., nonché R. Martini, *Ricerche in tema di editto provinciale*, Milano, 1969, p. 33 ss. – ove utile confronto con il modello negativo che emerge dalla lettura delle Verrine –, e ancora, con particolare riferimento al debito verso l'editto muciano, L. Peppe, *Note sull'editto di Cicerone in Cilicia*, in *Labeo.*

partire da Roma aveva appena terminato il *de republica* e si può intravedere nella sua pratica di governo il tentativo di dare una concreta realizzazione alle argomentazioni di ordine squisitamente teorico espresse nel trattato. Si tratta solo di un'ipotesi, naturalmente, da declinare con le dovute cautele, che però risulta del tutto legittima se, seguendo Guido Fassò, si valorizza la costante interfaccia tra la dimensione riflessiva e «la sua stessa esperienza attiva di oratore forense e di uomo politico», là dove è proprio in virtù di questa ridondanza che si può considerare Cicerone «il primo vero e proprio filosofo del diritto»[22]. O se, ancora, accogliendo la proposta di Narducci si riconosce che nella prospettiva ciceroniana «la filosofia non è una "professione", un settore esclusivo di attività, ma uno degli ingredienti di una vita spesa al servizio della *res publica*»[23]. Invero, come si legge in quella che può essere considerata come una sorta di premessa al *de republica*, *virtus in usu sui tota posita est* e non c'è alcun dubbio che proprio *usus autem eius est maximus civitatis gubernatio*[24]. Ed ecco allora che la *providentia* e la *prudentia* si offrono come coordinate capaci di ispirare l'azione politica, non ponendosi come astrazioni di ordine logico-concettuale ma come precetti strettamente operativi[25].

Sarà lo stesso Cicerone, per altro, a richiamare il valore per così dire "deontologico" del *de republica*. All'indomani della scoperta che alcuni influenti membri dell'*ordo senatorius* erano dietro ad una torbida vicenda di usura e di corruzione, ad Attico che lo invitava ad essere conciliante verso i suoi concittadini e a voler tutelare i loro interessi economici Cicerone rispondeva piuttosto seccamente richiamando quanto aveva appena scritto: *et ego audebo legere umquam aut attingere eos libros quos tu dilaudas, si tale quid fecero?*[26]. Il fatto che

Rassegna di diritto romano, 199, 1, p. 13 ss. Circa il contesto storico-politico in cui si collocava l'editto ciceroniano cfr. J. Muñiz Coello, *Cicerón y Cilicia*, cit., p. 117 ss.

22. Cfr. G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. I. Antichità e medioevo*, Roma-Bari, 2001, p. 103.

23. Cfr. E. Narducci, *Cicerone*, cit., p. 393.

24. Si veda Cic., *rep.,* 1.2.2.

25. Non è il caso di approfondire il significato di questi lemmi nella sintassi ciceroniana; mi limito a rinviare alla vasta letteratura sul tema: da ultimo cfr. L. Traversa, *"Prudentia" e "Providentia" in Cicerone. Il "ritorno al futuro" dal "de inventione" al "de officiis"*, in *Historia*, 2015, 3, p. 306 ss.

26. Si veda Cic., *Att.*, 6.2.9. In tal senso cfr. anche 5.21.10-13. La vicenda è piuttosto nota e può essere ripercorsa brevemente: la città cipriota di Salamina – l'isola era parte della provincia di Cilicia – aveva contratto forti debiti al tasso del quarantotto per cento annuo con Marco Scapzio che, al fine di vedere soddisfatte le proprie ragioni, aveva ottenuto da Appio Claudio Pulcro la nomina a *praefectus equitum* e al comando di un contingente di cavalleria si era dato a violenze e vessazioni. La questione si era fatta ancora più torbida, dopo che Cicerone aveva avuto modo di appurare come Scapzio operasse in realtà per conto di Marco Giunio Bruto, genero di Pulcro oltre che suo *quaestor* durante il proconsolato. Il frangente era particolarmente delicato: la *lex Gabinia de versura Romae provincialibus non facienda* del 67 a.C. vietava i prestiti ai provinciali ma, su probabile sollecitazione dello stesso Bruto, il Senato aveva autorizzato il finanziamento senza però prevedere un tasso di interesse tanto elevato, come lo stesso Cicerone aveva modo di sottolineare ad Attico. In ogni caso, era evidente che la vicenda, se resa nota, avrebbe sicuramente pregiudicato l'immagine di uomo austero ed integerrimo di Bruto. In merito cfr. quanto meno D. L. Stockton, *Cicero. A Political Biography*, Oxford, 1971, p. 239 ss. e J. Muñiz Coello, *Cicerón y Cilicia*, cit., p. 129 ss. Per cogliere tutte le implicazioni del coinvolgimento di Bruto

Cicerone avesse infine scelto una soluzione tutto sommato moderata, tale da evitare di inasprire le tensioni domestiche – del resto il mandato stava volgendo al termine e forse mancava perfino il tempo perché la questione potesse essere dipanata in tutte le sue implicazioni – certo non priva di valore l'appello ai valori delineati nel *de republica*[27].

Non è il caso di ripercorrere in maniera analitica la riflessione ciceroniana circa il governo delle provincie e in che misura i principi che regolavano l'amministrazione provinciale differissero da quelli che dovevano disciplinare quella domestica: si tratterebbe di un percorso particolarmente ampio che dovrebbe necessariamente includere il *de legibus*, per altro rimasto incompiuto proprio a causa della partenza per la Cilicia[28]. Occorre però insistere sul fatto che il tema risulta tutt'altro che periferico nel quadro della produzione di Cicerone e certamente non circoscrivibile alla fase più matura: scrivendo al fratello minore Quinto che a cavallo tra gli anni Sessanta e Cinquanta era stato nominato propretore della provincia d'Asia, Cicerone aveva già inquadrato in maniera puntuale i principi che il promagistrato era tenuto a seguire nella sua azione di governo[29]. In una prospettiva più specificamente concettuale il testo, invero piuttosto articolato, può a buon ragione essere considerato la fonte di ispirazione dell'editto emanato da Cicerone appena giunto in Cilicia e, più in generale, il manifesto della sua azione di governo[30].

Ac mihi quidem videntur, scriveva dunque Cicerone, *huc omnia esse referenda iis qui praesunt aliis, ut ii qui erunt in eorum imperio sint quam beatissimi*[31]. "*Vaste programme*" verrebbe da dire, dismettendo frettolosamente queste considerazioni come un esercizio retorico. Ma non è così: se si ri-

risulta prezioso L. Canfora, *Giulio Cesare: il dittatore democratico*, Roma-Bari, 1999, p. 33 ss.

27. Cicerone aveva disposto che la somma dovuta dagli abitanti di Salamina non potesse produrre interessi annui superiori al dodici per cento, in conformità all'editto e ad un *senatusconsultum* del 51: cfr. Cic., *Att.*, 5. 21.13 su cui J. Muñiz Coello, *Cicerón y Cilicia*, cit., p. 134. In merito agli aspetti più specificamente giuridici quanto meno M. Bianchini, *Cicerone e le singrafi*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"*, 1970, p. 229 ss e ancora cfr. L. Peppe, *Note*, cit., 50 ss.

28. È significativo che questo trattato, per quanto incompiuto, rappresenti una scansione decisiva nella biografia intellettuale di Cicerone, cfr. F. Tamburi, *Il ruolo del giurista nelle testimonianze della letteratura romana. I. Cicerone*, Napoli, 2013, p. 191 ss.

29. Si veda Cic., *Q. fr.*, 1.1. 2-6. Sulla rilevanza di questa lettera al fine di far emergere i principi che, secondo Cicerone, avrebbero dovuto fondare l'amministrazione pubblica e, in particolare, quella provinciale, cfr. per tutti T. N. Mitchell, *Cicero. The Senior Statesman*, New Haven (Conn.), 1991, p. 21 ss. La corrispondenza risale all'autunno del 59, quando Quinto aveva ottenuto per la terza volta la *prorogatio imperii*. È appena il caso di richiamare il legame intellettuale che legava i due fratelli: al di là del ricco epistolario, a Quinto erano dedicati i tre libri del *de oratore* e probabilmente – non ci è pervenuto l'inizio del primo proemio – anche il *de republica*. Ritroviamo poi Quinto tra gli interlocutori in *de divinatione* e in *de legibus* e, ancora in *de finibus bonorum et malorum*. Quinto, a sua volta, avrebbe dedicato a Marco il *Commentariolum petitionis*, di cui invero è stata messa in discussione l'attribuzione. Cicerone vorrà poi con sé il fratello in Cilicia, confidando nella sua esperienza di governo e, soprattutto, nelle sue capacità militari: Quinto, infatti, era appena reduce delle operazioni in Gallia agli ordini di Cesare. In merito a questa figura così significativa nella biografia ciceroniana cfr. W. C. McDermott, *Q. Cicero*, in *Historia*, 1971, 5-6, p. 702 ss.

30. Cfr. sul punto E. Narducci, *Cicerone*, cit., p. 202.

31. Si veda Cic., *Q. fr.*, 1.8.24.

legge l'editto – e si esamina la sua attività di governo – alla luce della lettera a Quinto, ecco che il benessere di coloro che sono soggetti all'*imperium* di Roma diventa un obbiettivo concreto, che può essere raggiunto grazie a specifiche opzioni di carattere giuridico e politico. Insomma, come ha sottolineato Narducci, «Cicerone disegna l'immagine di un potere esercitato a favore dei sudditi», là dove non mancano i richiami «sia alla *Ciropedia* di Senofonte (uno degli scrittori da lui più ammirati) sia all'ideale platonico del governo dei sapienti»[32].

Ad un inquadramento necessariamente sintetico l'amministrazione provinciale, dunque, doveva perseguire un triplice fine: salvaguardare la popolazione dalla rapacità dei funzionari senza però alienarsi il supporto dei pubblicani e dei *cives* che a vario titolo operavano in Cilicia, garantire una giustizia equa e rispettosa delle leggi locali, mantenere l'ordine pubblico e difendere i confini della provincia dalle aggressioni[33].

Non è certo possibile proporre un bilancio del suo operato, lasciando piuttosto alla storiografia il non agevole compito di tracciare il saldo definitivo[34]. Certo, però, è che il primo obbiettivo si rivelò subito particolarmente complesso: le finanze locali erano stremate dalla politica vessatoria di Appio Claudio Pulcro che, per altro, si era dimostrato tutt'altro che collaborativo, evitando perfino di incontrare il suo successore[35]. Il coinvolgimento di personalità di primo piano della Roma tardo-repubblicana in operazioni finanziarie quanto meno opache, come si è visto, costituiva poi un ostacolo non indifferente. La eccezionale cultura giuridica di Cicerone e il suo specifico *cursus honorum*, invece, erano concrete garanzie del buon funzionamento dell'apparato giurisdizionale in prima battuta ispirato, secondo gli insegnamenti scevoliani, al riconoscimento degli ordinamenti locali: *in iis illud in quo sibi libertatem censent Graeci datam, ut Graeci inter se disceptent suis legibus*, scriveva ad Attico. Salvo poi aggiungere con una punta di cinismo, dopo aver ripercorso l'effettivo perimetro di una tale autonomia, *Graeci vero exsultant quod peregrinis iudicibus utuntur. "Nugatoribus quidem" inquies. Quid refert? Tamen se* αὐτονομίαν *adeptos putant*[36].

32. Cfr. E. Narducci, *Cicerone*, cit., p. 202.

33. Tra i passaggi più significativi della lettera si veda Cic., *Q. fr.*, 1.1.7-13 e ancora 20-36, su cui, quanto meno, T. N. Mitchell, *Cicero*, cit., p. 211 ss.

34. Là dove le valutazioni divergono in maniera significativa: se, come si è visto, per Emanuele Narducci le luci prevalgono sulle ombre – cfr. E. Narducci, *Cicerone*, cit., p. 359 –, i chiaroscuri abbondano nella ricostruzione contenuta in J. Muñiz Coello, *Cicerón y Cilicia*, cit., p. 117ss. Per un sintetico quadro dell'articolato dibattito si veda T. N. Mitchell, *Cicero*, cit., p. 230 ss.

35. Il comportamento di Pulcro fu fonte di forte irritazione per Cicerone che, pure, scrivendo al suo predecessore – la corrispondenza, composta da tredici lettere, si dipana lungo l'intero terzo libro delle *Epistulae ad familiares* – cercò in genere di mantenere un atteggiamento conciliante. Quando però la corrispondenza era indirizzata ad Attico il giudizio su Pulcro si faceva drastico e i toni ben più aspri: cfr. Cic., *ad Att.*, 5.16.2-3 e ancora 5.17.6. Le preoccupazioni di Cicerone non erano legate solo alla malagestione di Pulcro, ma derivavano dal fatto che nelle prime settimane del suo mandato questi avesse continuato ad esercitare le funzioni giurisdizionali in violazione di una *lex Cornelia* la cui identificazione resta problematica: si trattava forse della *lex Cornelia de maiestate* dell'81? In merito cfr. J. S. Richardson, *Hispaniae: Spain and the Development of Roman Imperialism, 218-82 BC*, Cambridge, 2004, p. 69 ss.

36. Cfr. Cic., *Att.*, 6.1.15.

3. *Ad Amanum exercitum duxi.*

Prima ancora delle riforme fiscali o amministrative, fu però la difesa delle frontiere ad impegnare da subito il nuovo proconsole. Si era all'indomani della disfatta di Carre e la situazione restava altamente instabile: ai primi di settembre del 51 – Cicerone aveva assunto l'*imperium* da appena un mese – era giunta la notizia che un forte contingente partico aveva guadato l'Eufrate e minacciava il regno di Cappadocia, strategico alleato di Roma, da dove avrebbe potuto poi agilmente investire la Cilicia[37]. Nella provincia la situazione era critica, le forze romane erano disperse e demoralizzate, né c'era da fare affidamento sui *sociorum auxilia* che come ammetteva Cicerone stesso, *propter acerbitatem atque iniurias imperii nostri* erano privi di qualsiasi utilità, quando non infidi[38]. D'altra parte il proconsole non poteva vantare alcuna significativa esperienza militare, contrariamente a quanto era invece ordinario per la classe dirigente romana[39].

Alla luce di queste premesse il celebre *cedant arma togae, concedat laurea laudi* è qualcosa di più di un riferimento autocelebrativo volto a rivendicare le scelte compiute nel proprio *cursus honorum*[40]: se si rilegge l'esametro alla luce della sua formazione filosofica ecco che il monito assume una inusitata intensità[41]. Sulla base del tardo *de fato* si può ipotizzare che Cicerone avesse avuto modo di conoscere le riflessioni sul problema della pace e della guerra e sul primato assiologico della *Ὁμόνοια* dello stoico Crisippo[42]. E che dire di Panezio di Rodi, certamente una delle figure iconi-

37. Sulla sconfitta di Carre, a lungo considerata come un archetipo del confronto tra Occidente e Oriente, si veda da ultimo G. Traina, *La resa di Roma. 9 giugno 53 a.C., la battaglia di Carre*, Roma-Bari, 2010. Sul valore strategico della provincia cfr. D. Campanile, *"Provincialis molestia"*, cit., p. 247.

38. Cfr. Cic., *fam.*, 15.1.5. Il fatto che si trattasse di una comunicazione ufficiale diretta al Senato e ai più importanti magistrati rende le parole di Cicerone particolarmente degne di nota.

39. Plutarco ricorda come Cicerone appena indossata la toga virile avesse servito sotto Silla, quando questi era impegnato a portare a termine la complessa pacificazione dei Marsi – probabilmente Cicerone operò nell'area sannitica –, cfr. Plut., *Cic.*, 3.2-3. Si era trattato di una parentesi breve: Cicerone, infatti, aveva presto preferito dedicarsi ai suoi amati studi, non appena si era reso conto che le ultime schermaglie del *bellum Italicum* preludevano in realtà alla guerra civile. Fugaci *flashback* del servizio militare appaiono in Cic., *div.*, 1.72 e ancora in Cic., *Phil.*, 12.27.

40. L'esametro proviene da un frammento del poema *de consulato suo* che, come noto, ci è pervenuto ampiamente mutilo: una perdita forse non intollerabile per la storia della letteratura antica – cfr. in merito il giudizio di E. Narducci, *Cicerone*, cit., p. 201 ss. –, ma certamente significativa nel quadro della ricostruzione della personalità di Cicerone. L'opera fu scritta con altissimo grado di probabilità nel 60, all'indomani – la coincidenza è significativa – della sua rinuncia al proconsolato. È appena il caso di richiamare l'altrettanto celebre *silent enim leges inter arma* contenuto nel più tardo Cic., *Mil.*, 4.11, là dove lo gnome per molti versi può essere letto come una sorta di integrazione dell'appello contenuto nell'esametro.

41. «Non esiste nessuna trattazione sistematica sull'idea della pace nel mondo antico», avvertiva quasi un trentennio fa Italo Lana: si può dubitare che nel frattempo la lacuna sia stata colmata. In merito cfr. I. Lana, *La concezione ciceroniana della pace*, in *Ciceroniana. Rivista di studi ciceroniani*, 1990, p. 45 ss. Faccio mio questo giudizio come un invito a declinare in termini ipotetici ogni considerazione.

42. Sul cosmopolitismo di Crisippo si veda in primo luogo L. Scuccimarra, *I confini del mondo. Storia del*

che nella formazione ciceroniana, i cui insegnamenti sulla natura irrazionale della violenza hanno contribuito ad ispirare il *de officiis*[43]? Come ha ricordato Narducci, «Cicerone», a fondamento di quella che senza dubbio è la sua opera più significativa sul piano filosofico-politico e giusfilosofico, «pose lo stoicismo rinnovato di Panezio, che per più di un verso rispondeva al suo bisogno di dare una nuova fondazione ai valori tradizionali»[44]. Le tesi di un neoaccademico quale Carneade sul carattere negativo dell'imperialismo, poi, riecheggiano nel terzo libro del *de republica*[45]. Se si può solo ipotizzare che Cicerone avesse avuto conoscenza degli insegnamenti di Ecatone di Rodi improntati ad una etica utilitaristica che ben poco aveva a che fare con le imprese belliche, il suo debito con un altro stoico di area rodiota, Posidonio di Apamea di cui Cicerone stesso era stato allievo in gioventù, resta senza dubbio ingente[46]. Là dove Posidonio aveva teorizzato una primigenia età dell'oro, caratterizzata da una società armoniosa guidata dai *sapientes*, in cui pratica delle virtù e essenzialità dei bisogni andavano di pari passo: in questa prospettiva il conflitto fondamentalmente manifestava la decadenza del consorzio umano[47].

Forse, però, il suo "pacifismo" non è stato solo il frutto di una opzione filosofica. *Martis vero signum quo mihi pacis auctori?* Così Cicerone si rivolgeva piccato a Marco Fadio Gallo, lamentandosi per i soggetti delle statue che questi aveva acquistato per la residenza di *Tusculum*[48]. Lo scatto senza dubbio era rivelatore della sua personalità. Si può allora concordare con Alvaro d'Ors quando osservava come al di là dell'influsso della filosofia ellenistica e di specifiche opzioni di ordine culturale e politico, il "pacifismo" ciceroniano prima di tutto fosse una questione di indole: Cicerone «combativo en el foro y en la polémica política, es un hombre esencialmente pacífico». In questa prospettiva, la sua «aversión a la guerra» era una «idea obsesiva» che si fondava su di una sensibilità quasi erasmiana e sulla fiducia nel primato dello *ius* come strumento di ritualizzazione e di risoluzione dei conflitti[49].

---

cosmopolitismo dall'Antichità al Settecento, Bologna, 2006, p. 49 ss.

43. In questo senso è esemplare Cic., *off.*, 1.26.90.

44. Cfr. E. Narducci, *Cicerone*, cit., p. 414.

45. Cfr. Cic., *rep.*, 3.12.21 (= Lact., *Inst.*, 5.16.4). In merito cfr. quanto meno E. Narducci, *Cicerone*, cit., p. 346 ss. e P. M. Martin, *L'éthique de la conquête: un enjeu dans le débat entre "optimates" et "populares"*, in *Il pensiero sulla guerra nel mondo antico*, a cura di M. Sordi, Milano, 2001, p. 141 ss.

46. Ecatone è richiamato in Cic., *off.*, 3.15.63 e 3.23.89.

47. Si veda Sen., *epist.*, 90. Per altro la posizione di Posidono risulta particolarmente articolata, cfr. P. Treves, *La cosmopoli di Posidonio e l'impero di Roma*, in AA. VV., *La filosofia greca e il diritto romano (Atti del Colloquio italo-francese, Roma, 14-17 aprile 1973)*, Roma, 1976, p. 27 ss. e A. Momigliano, *Polibio, Posidonio e l'imperialismo romano*, in *Atti dell'Accademia delle Scienze di Torino. Classe di Scienze morali, storiche e filologiche*, 1972-73, p. 693 ss., poi in Id., *Sesto contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico*, I, Roma, 1980, p. 89 ss.

48. Si veda Cic., *fam.*, 7.23.2.

49. Cfr. A. d'Ors, *Tres temas de la guerra antigua*, in *Arbor*, 1947, 20, p. 164 ss.

Il Cicerone ritratto da d'Ors ha senza dubbio un segno oleografico che si giustifica alla luce dei tempi difficili in cui era eseguito: la *Guerra Civil* si era appena conclusa, mentre ancora il conflitto infiammava il resto del mondo. Si fa pertanto fatica a non vedere nelle pagine di d'Ors attese ed aspirazioni legate al tempo presente. A ben vedere, però, questo Cicerone che al *sagum* dei legionari preferiva la *toga* trova conferma in alcuni passaggi autobiografici come quando nella orazione *Pro Milone* – alla vigilia del proconsolato – rivendicava la sua estraneità alle armi: *nec inter tantam vim armorum existimarem esse oratori locum*. O, ancora, quando nella *pro Marcello* sottolineava di non aver voluto avere niente a che fare con la guerra civile: *semperque mea consilia pacis et togae socia, non belli atque armorum fuerunt*[50].

Va comunque dato atto a Cicerone di aver saputo reagire in maniera energica alla minaccia partica. O, quanto meno, di aver scelto dei legati di provata esperienza – tra cui, come si è visto, il fratello Quinto – su cui fare affidamento per affrontare quelle questioni di ordine militare che inevitabilmente rappresentavano una delle maggiori preoccupazioni per i governatori delle provincie proconsolari[51]. Per fronteggiare il nemico Cicerone entrò con le sue forze in Cappadocia, garantendo così un sostegno politico prima ancora che militare all'instabile governo del re Ariobarzene III, che, significativamente, portava l'appellativo di *Φιλορώματος*. La reazione, per quanto rapida, non fu decisiva: nel frattempo i Parti avevano preferito discendere in Siria e investire Antiochia da dove, però, erano stati respinti già ai primi di ottobre. Cicerone, allora, aveva preferito tornare in Cilicia muovendo verso i confini orientali con l'obbiettivo di parare una sempre meno probabile incursione dei Parti, ma soprattutto per pacificare un'area della provincia che già riluttante ad accettare il dominio romano, aveva colto l'occasione per manifestare la propria irrequietezza. Le operazioni militari si svilupparono lungo la catena dell'Amano – i monti Nur – per poi investire *l'oppidum* di Pindenisso, da dove gli *Eleutherocilici* che *ne regibus quidem umquam paruissent* alimentavano la resistenza antiromana[52]. Nonostante il luogo fosse ben munito, la città era destinata a cadere nel dicembre del 51 dopo un assedio condotto secondo le migliori regole della poliorcetica[53].

50. Cfr. Cic., *Mil.,* 1. 2, e ancora Cic., *Marcell.*, 5. 14. I passi sono richiamati in A. d'Ors, *Tres temas de la guerra antigua*, cit., p. 165. In ogni caso va tenuto conto che il "pacifismo" di Cicerone aveva dei confini netti e, tutto sommato, non particolarmente estesi: cfr., oltre a I. Lana, *La concezione ciceroniana*, cit., p. 49 ss, E. Narducci, *Gli "slogans" della pace in Cicerone*, in *Atti del Convegno Nazionale di Studi su "La Pace nel Mondo Antico" (Torino 9-10-11 Aprile 1990)*, a cura di R. Uglione, Torino, 1991, p. 165 ss. ed E. Noè, *"Cedat forum castris": esercito e ascesa politica nella riflessione ciceroniana*, in *Athenaeum. Studi di Letteratura e Storia dell'Antichità*, 1995, 1, p. 67 ss.

51. *Supra* § 2. Per altro è stato ipotizzato che Quinto avesse già operato in Cilicia agli ordini di Publio Servilio Vatia Isaurico:. cfr. W. C. McDermott, *Q. Cicero*, cit., p. 712. Sui legati che Cicerone aveva con sé e sulla loro funzione si veda per tutti in J. Muñiz Coello, *Cicerón y Cilicia*, cit., p. 95 ss.

52. Cfr. Cic., *fam.*, 15.4.10.

53. Cfr. Cic., *Att.*, 5.20.5.

La vicenda del Cicerone *imperator* risulta un capitolo piuttosto noto della sua biografia[54]. Il ricordo delle gesta militari riecheggerà ancora in Grozio, anche se forse è meno agevole accertare la reale portata delle operazioni[55]: in effetti l'area restava instabile, come dimostra il fatto che mentre Cicerone era sotto le mura di Pindenisso, il governatore della Siria Marco Calpurnio Bibulo aveva cercato di pacificare il versante siriano dell'Amano, salvo riportare dolorose perdite[56]. Né erano solo i confini interni a restare malsicuri: i Parti si erano puntualmente ripresentati in forze tra il giugno e il luglio del 50 – con particolare disappunto di Cicerone, il cui mandato stava volgendo al termine – [57] ed avevano di nuovo investito la Siria, dimostrando ancora una volta quanto nello scacchiere l'egemonia fosse contesa[58].

Fermiamo la pellicola su questo fotogramma. Per Cicerone si trattava di capitalizzare i successi ottenuti in Cilicia: l'enfasi posta in particolare sulle imprese militari rispondeva senza dubbio a questa necessità. Perfino nella corrispondenza amicale con Attico i toni leggeri ed autoironici – Alessandro, scriveva il proconsole in riferimento alle operazioni lungo l'Amano, come generale lo sopravanzava di poco – si alternavano a descrizioni assai meno sobrie delle sue imprese[59]. Sarebbe però limitativo rileggere la corrispondenza ufficiale e privata alla luce della *gloriae cupiditas*, non solo perché in virtù della sua biografia non era dalla guerra che si poteva ottenere gloria, ma soprattutto perché l'individualismo connaturato ad un tale atteggiamento avrebbe finito per cozzare con le premesse filoso-

54. Senza alcuna pretesa di completezza, ma tenendo conto di punti di vista parzialmente differenti, cfr. K. F. Kumaniecki, *Cicerone e la crisi della repubblica romana*, Roma, 1972, p. 388 ss. e T. N. Mitchell, *Cicero*, cit., p. 227 ss e p. 171 ss., nonché cfr. J. Muñiz Coello, *Cicerón y Cilicia*, cit., p. 171-180 e da ultimo F. Mundt, *Ciceros „Commentarioli belli ciliciensis". Fam. 15,4 und andere Briefe aus Kilikien*, in *Philologus. Zeitschrift für antike Literatur und ihre Rezeption*, 2016, 2, p. 255 ss.

55. Cfr. H. Grotius, *De Jure Belli ac Pacis libri tres*…, Parisiis 1625, 1.3.12.

56. Si veda Cic., *Att.*, 5.20.4. Ci si può chiedere se a fronte dell'avanzata di Cicerone, seguendo una tattica tipica della guerriglia, le tribù locali avessero semplicemente preferito ritirarsi verso la Siria da dove, magari, avrebbero potuto fare massa con l'esercito partico. La rapidità con cui si conclusero le operazioni condotte sul versante cilicio della catena montuosa può essere un indizio a favore di questa ipotesi.

57. A Roma gli eventi incalzavano: il governatore lascerà la Cilicia con una certa premura nei primissimi giorni dell'agosto del 50 – anche se poi il viaggio di ritorno sarà scandito da numerose tappe –, quando ancora non era stato nominato il nuovo proconsole. È interessante notare che uno dei temi più ricorrenti dell'ultima fase del proconsolato riguardava proprio la necessità di individuare chi potesse sostituirlo *pro tempore*, fintantoché non si fosse insediato il suo successore: si tratta di una chiaro indizio della volontà di lasciare la provincia il prima possibile: cfr. in merito quanto meno L. A. Thompson, *Cicero's Succession-Problem in Cilicia*, in *The American Journal of Philology*, 1965, 4, p. 375 ss.

58. *Tarsum veni*, scriveva Cicerone ad Attico alla metà di giugno del 50 facendo un quadro della situazione tutt'altro che confortante: *ibi me multa moverunt: magnum in Syria bellum, magna in Cilicia latrocinia, mihi difficilis ratio administrandi*, cfr. Cic., *Att.*, 6.8.1. Proprio la crisi siriana fu uno dei fattori che indirettamente scatenò il conflitto civile: nel 50 Cesare, infatti, aveva ricevuto l'ordine di inviare due delle sue legioni contro i Parti. Come Cesare comprese immediatamente, al di là della crisi in atto nello scacchiere orientale, si trattava di una mossa diretta ad indebolire le sue forze: i reparti infatti erano stati trattenuti in Italia e affidati a Pompeo. Cfr. Caes., *Gall.*, 8.55.1.

59. Si veda Cic., *Att.*, 5.20.3.

fiche che orientavano la sua azione politica[60]. Era la salvaguardia della *res publica*, e non altro, a giustificare l'autocelebrazione.

4. *Spes triumphi.*

Cicerone era stato acclamato *imperator* dai suoi soldati già all'indomani della pacificazione dell'Amano[61]. L'*appellatio imperatoria* era essenzialmente un atto simbolico – Cicerone stesso la definisce una *inanis appellatio*, a ribadire la sua personale distanza dalla gloria militare, ma anche la scarsa consistenza sul piano giuridico della proclamazione – seppure tutt'altro che priva di significato[62]. Si trattava del primo necessario passaggio verso una meta che auspicabilmente poteva essere il trionfo, là dove questo obbiettivo avrebbe garantito a Cicerone una eccezionale visibilità e, di conseguenza, un ruolo strategico nel quadro della crisi della repubblica. Si sarebbero potute perfino aprire le porte del triumvirato, ormai instabile dopo la tragica morte di Crasso[63]? Si tratta di una ipotesi forse troppo ardita, ma è certo che il trionfo quanto meno avrebbe permesso a Cicerone di svolgere una funzione "catecontica", di freno rispetto ad una vicenda costituzionale e politica in rapido divenire[64].

Dopo l'*appellatio* occorreva però che il Senato, ricevuta la *littera laureata* in cui il comandante comunicava le proprie imprese vittoriose, disponesse la *supplicatio* prevedendo al contempo il numero di giorni dedicati ai festeggiamenti in proporzione all'entità della vittoria. In modo del tutto rituale Cicerone aveva personalmente provveduto a informare dei fatti tutti coloro che erano coinvolti nella decisione sulla *supplicatio* – senatori e consoli in primo luogo, ma anche edili curuli come Celio – [65] non mancando di evidenziare, o

60. *Supra*, § 1.

61. In merito Cic., *Att.*, 5.20.4 ed ancora Cic., *fam.*, 2.10.3. Sull'attribuzione del titolo di *imperator* a un magistrato vittorioso risulta difficile prescindere dal sintetico ma esaustivo, oltre che precoce – l'autore era appena ventitreenne quando fu pubblicata la prima parte del saggio – A. Momigliano, *Ricerche sulle magistrature romane*, *Bullettino della Commissione archeologica comunale*, 1931, p. 29 ss., 1932, p. 157 ss., e infine 1933, p. 217 ss. poi raccolto in Id., *Quarto contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico*, Roma, 1969, p. 273 ss. e in particolare p. 284 ss. Là dove, per usare le categorie schmittiane, nella parabola del concetto di *imperator* si manifestava con evidenza un primo formidabile esempio della dialettica tra legalità e legittimità, cfr. C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, München-Leipzig, 1932; trad. it. parziale in *Le categorie del "politico". Saggi di teoria politica*, Bologna, 2014, p. 211 ss.

62. *Credo, voluit appellatione hac inani nobis esse par*, cfr. Cic., *Att.*, 5.20.4. Cicerone faceva riferimento alle operazioni condotte da Bibulo sul versante siriano del massiccio. In merito alla disciplina del trionfo cfr. A. Petrucci, *Il trionfo nella storia costituzionale romana dagli inizi della repubblica ad Augusto*, Milano 1996, in particolare p. 170 ss.

63. Circa la plausibilità di questa ipotesi cfr. per tutti A. Haury, *Les Secrets d'un triomphe manqué*, in AA. VV., *Atti del I congresso internazionale di studi Ciceroniani. Roma. Aprile 1959*, Roma, 1961, p. 129 ss.

64. In quest'ottica si possono temperare i giudizi, spesso drastici, di coloro che vedono nella iniziativa di Cicerone l'ennesima manifestazione di una ambizione davvero smodata, cfr. per tutti M. Beard, *The Roman Triumph*, Cambridge (Mass.), 2009, p. 191.

65. A riprova della premura del proconsole, si può ricordare come Cicerone avesse fatto ricorso a

meglio di esasperare, le difficoltà incontrate e la natura bellicosa delle popolazione dell'Amano: si era indubbiamente trattato di un *bellum iustum* condotto contro *sempiternos hostes*! Là dove la prosa ciceroniana aveva finito per assumere il ritmo sincopato del bollettino di guerra: *multi occisi, capti: reliqui dissipati: castella munita improviso adventu capta et incensa*[66].

Non è il caso di approfondire uno snodo molto delicato della biografia ciceroniana in cui si coagularono ostilità latenti, contingenze politiche ma anche una normativa puntuale in tema di *supplicationes*, ma certo è che il passaggio in senato fu tutt'altro che formale e tra le voci che si levarono contro la richiesta della *supplicatio* ci fu quella autorevole – un fatto particolarmente doloroso per il proconsole – di Marco Porcio Catone Uticense[67]. Se, come fu comunicato a Cicerone il giorno stesso della sua partenza dalla Cilicia, la *supplicatio* fu poi concessa – anche se è probabile che il numero dei giorni destinati ai ringraziamenti fosse davvero modesto –, una volta fatto ritorno a Roma non gli fu tributato il *triumphum*[68]: Cicerone, ancora investito dall'*imperium* e pertanto inibito dal varcare il *pomerium*, trascorse i primissimi giorni del 49 in una vana attesa, mentre la situazione politica a Roma stava precipitando e Cesare si accingeva a varcare il Rubicone[69].

A ben vedere, le difficoltà che Cicerone aveva incontrato nel vedere riconosciuti i successi militari ottenuti durante il proconsolato non dipendevano soltanto dall'accavallarsi degli eventi né da una temperie politica sempre più incandescente. Anche la possibilità che la concessione del trionfo cozzasse con la normativa vigente, non è una spiegazione

binos tabellarios per essere certo che la notizia della pacificazione dell'Amano raggiungesse Roma, cfr. Cic., *Att.*, 6.1.9. Sulla via del ritorno dalla Cilicia, aveva poi confessato ad Attico di aver contattato praticamente tutti i seicento senatori al fine di ottenere gli onori desiderati: si trattava di una iperbole, considerato il loro numero, che comunque testimoniava l'attivismo di Cicerone e l'importanza attribuita alla *supplicatio* e al trionfo: cfr Cic., *Att.*, 7.1.7-8.

66. Cfr. Cic., *fam.*, 2.10.3. La drammatizzazione è del tutto giustificata dal momento che il trionfo poteva essere disposto solo nel quadro di una guerra regolare, cfr. A. Petrucci, *Il trionfo nella storia costituzionale romana*, cit., p. 190-91 e *infra* § 5.

67. L'Uticense stesso del resto, nel rallegrarsi con Cicerone per il successo ottenuto, lo aveva messo in guardia sul fatto che dalla *supplicatio* non derivasse necessariamente il trionfo: cfr. Cic., *fam.,* 15.5.2. La corrispondenza, collocabile a cavallo tra l'aprile e il maggio del 40, è particolarmente significativa se solo ci si sofferma sul fatto che proprio in quei giorni era in agenda la discussione della *supplicatio* per l'*imperator* Cicerone. In merito si veda la suggestiva lettura proposta da Auguste Haury secondo cui la vicenda del mancato trionfo può anche essere interpretata come un confronto interno alla dottrina stoica circa il concetto di *virtus*, cfr. A. Haury, *Les Secrets d'un triomphe manqué*, cit., p. 135 ss.

68. Plutarco riporta che Cicerone stesso avrebbe declinato il trionfo al fine di agevolare una ricomposizione dei rapporti tra Pompeo e Cesare, cfr. Plut., *Cic.*, 37.1. In realtà l'incalzare degli eventi non consentì al Senato di discutere la questione, anche se si può ragionevolmente presumere che non sarebbero mancate le voci contrarie. Quando il 4 gennaio Cicerone giunse a Roma, in Senato si chiese di onorare l'*imperator* con un trionfo ma il console Lucio Cornelio Lentulo Crure preferì rinviare la questione, cfr. Cic., *Att.*, 16.11.3.

69. Ancora nel marzo successivo, quando già le ostilità erano in atto e Cesare era impegnato nell'assedio di Brindisi, Cicerone non aveva cessato di accarezzare l'idea del trionfo: si veda Cic., *Att.*, 9.7.5. Si trattava solo di vanagloria? Più probabilmente nella prospettiva dell'Arpinate la cerimonia avrebbe dovuto sigillare la ricomposizione del conflitto in atto.

convincente: è vero che la *lex Marcia Porcia* del 62 esigeva che il trionfo fosse riservato a chi avesse vinto in battaglia uccidendo almeno cinquemila nemici, stabilendo altresì che al ritorno a Roma l'*imperator* avrebbe dovuto giurare sul numero dei caduti avversari di fronte ai questori urbani[70]. Ed è altrettanto indubbio che Cicerone fosse consapevole di questo ostacolo: come si è visto la sua prosa alternava toni enfatici a generalizzazioni – e talvolta a vere e proprie alterazioni della realtà – così da inquadrare le sue imprese nella luce più favorevole alla eventuale attribuzione del trionfo[71]. D'altra parte, però, è possibile che la disciplina avesse una certa flessibilità e che i requisiti per i trionfi e le ovazioni – così come per le *supplicationes* – potessero essere valutati in maniera differente[72]. In altri termini, è probabile che la *politique politicienne* avesse il suo peso nel momento in cui si andavano a valutare i requisiti per l'attribuzione degli onori: una circostanza che Cicerone certamente conosceva e che sperava di poter giocare a proprio favore[73].

Un ostacolo non indifferente, piuttosto, era rappresentato dalle categorie su cui si fondava il *bellum iustum* che presupponeva una lunga serie di protocolli formali e, in primo luogo, esigeva il carattere di *hostis* dell'avversario. Là dove proprio la vicenda umana e intellettuale di Cicerone costituisce una prospettiva ideale per inquadrare tale questione, verificarne le premesse e ripercorrerne gli esiti.

La continuità tra dimensione religiosa e pratica giuridica aveva caratterizzato l'esperienza romana più antica, determinando il primato assiologico del rito[74]. Con l'evolversi della società romana, senza per questo negare l'ancestrale formalismo, questo specifico legame era destinato ad attenuarsi con alcune significative eccezioni tra cui, appunto, l'in-

70. Cfr. Val. Max., 2.8.1. Il plebiscito replicava una normativa ben più risalente: anche al fine di utili indicazioni bibliografiche occorre rinviare ad A. Petrucci, *Il trionfo*, cit., p. 184 ss. e ancora p. 203, mentre in merito alla legislazione antecedente la *lex Marcia Porcia* cfr. p. 130 ss. Il fatto che il provvedimento portasse il nome dell'Uticense, allora tribuno della plebe, è particolarmente significativo alla luce delle riserve manifestate in ordine alla *supplicatio* di Cicerone.

71. Come si è già visto, esemplare in tal senso è Cic., *fam.*, 15.4.9., indirizzata proprio a Catone: le genti dell'Amano erano divenuti *perpetuum hostem*, mentre Pindenisso aveva assunto le sembianze di una piazzaforte munitissima, le cui difese avevano permesso ai suoi abitanti di non essersi mai sottomessi ad alcun re. Generici, invece erano i riferimenti alle perdite nemiche: *magna multitudine hostium occisa cepimus castellaque vi capta complura incendimus*. Allo stesso tempo, mentre il proconsole aveva modo di esaltare la rapidità della sua reazione di fronte alla avanzata dei Parti, non era praticamente fatta menzione delle forze romane presenti ad Antiochia: anzi, tra le righe si suggeriva che la successiva ritirata nemica fosse stata dovuta alla manovra offensiva di Cicerone. In questa prospettiva si vedano poi anche Cic., *Att.*, 5.20.3 e Cic., *fam.*, 2.10.3.

72. Cfr. per tutti R. Combès, *Recherches sur l'emploi et la signification du titre d'Imperator dans la Rome républicaine*, Paris, 1966, p. 80 ss.

73. Nelle *Filippiche* sarà Cicerone stesso a ricordare come fosse capitato che il titolo di *imperator* e la *supplicatio* fossero concessi *aut minimis rebus gestis aut plerumque nullis*, cfr. Cic., *Phil.*, 14.5.11. Esemplare, d'altra parte, la vicenda del trionfo "irregolare" di Caio Pomptino avvenuta appena nel 54, cfr. Dio Cass., 39.65., su cui A. Petrucci, *Il trionfo*, cit., p. 186 ss.

74. In una prospettiva giusfilosofica si veda per tutti cfr. C. Faralli, *Diritto e magia. Il realismo di Hägerström e il positivismo filosofico*, Bologna, 1987.

sieme delle norme che regolavano i rapporti tra le comunità e l'uso della forza militare[75]. In altri termini, come ampiamente segnalato dalla storiografia, l'ordinamento si era sviluppato con velocità differenti là dove il collegio dei feziali ancora al tempo del principato continuava a svolgere un ruolo fondamentale[76]: *Foederum pacis belli indotiarum ratorum fetiales iudices nontii sunto, bella disceptanto*, si legge nel *de legibus*[77]. Erano i *fetiales* a richiedere la riparazione per il torto subito dal popolo romano nelle forme rituali della *clarigatio*. Ed erano sempre i membri di questo collegio sacerdotale che, a fronte della mancata soddisfazione della richiesta, avevano il compito di accertare in maniera performativa l'esistenza delle *causae* che legittimavano la guerra e, quindi, di formulare la *indictio belli*. Nella prospettiva di una genealogia del diritto internazionale, come ha suggerito Stefano Pietropaoli, a Roma «la giustizia della guerra era determinata dalla conformità della procedura di dichiarazione della guerra al rituale definito dalla tradizione e preservato dal collegio»[78].

Se dal piano delle prassi si passa a quello più propriamente concettuale, il quadro complessivo non cambia, là dove è stato Cicerone stesso ad attestare questa continuità. Questa permanenza solleva alcune questioni che, *hic et nunc*, possono essere appena accennate. La prima problematica è di ordine generale e riguarda la effettiva consistenza del suo debito nei confronti della filosofia classica ed ellenistica: in altri termini ci si può chiedere se al momento di fare i conti con il problema della guerra, la presa della cultura ellenistica con il suo portato di disincantato irenismo si allenti ed entrino in gioco altre valutazioni legate, in primo luogo, al primato dello *ius* e, in altro senso, alla salvaguardia degli interessi della *civitas*. La seconda questione, strettamente legata alla prima, riguarda invece gli effettivi limiti di quella "umanitaristica" repulsione nei confronti della violenza bellica che avrebbe ispirato la sua riflessione, nonché la effettiva fondatezza di quell'indirizzo di pensiero che vuole Cicerone promotore di una concezione sostanzialistica delle cause di giustificazione della guerra[79].

Conviene però accantonare tali questioni e ritornare alle fonti: si tratta di *loci* piuttosto noti che sono tanto più preziosi dal momento che si collocano cronologicamente in prossimità del proconsolato di Cicerone. In ideale colloquio con il passato, a testimoniare

75. Un utile inquadramento è in F. Sini, *Ut iustum conciperetur bellum: guerra 'giusta' e sistema giuridico-religioso romano*, in *Guerra giusta? La metamorfosi di un concetto unico*, a cura di A. Calore, Milano, Giuffrè, 2003, p. 31 ss.

76. I feziali ancora recentemente sono stati oggetto di grande attenzione da parte della storiografia: cfr. da ultimo G. Turelli, *"Audi Iuppiter". Il collegio dei feziali nella esperienza giuridica romana*, Milano, 2011 e M. Ravizza, *Aspetti giuridico-sacrali del rituale feziale nell'antica Roma*, in *Jura gentium. Journal of Philosophy of International Law and Global Politics*, 2014, 2, p. 27 ss.

77. Cfr. Cic., *leg.,* 2, 22, 9.

78. Cfr. S. Pietropaoli, *Abolire o limitare la guerra? Una ricerca di filosofia del diritto internazionale*, Firenze, 2008, p. 49.

79. In tal senso si vedano le riserve manifestate in L. Loreto, *Il "bellum iustum" e i suoi equivoci. Cicerone ed una componente della rappresentazione romana del Völkerrecht antico*, Napoli, 2001, p. 45 ss. e in una prospettiva filosofico-giuridica S. Pietropaoli, *Abolire o limitare*, cit., p. 51 ss. Nella medesima prospettiva, seppure con maggiore cautela, cfr. R. Campione, *El nomos de la guerra. Genealogía de la "guerra justa"*, Valencia, 2009, p. 77 ss.

come proprio la conservazione della *sapientia maiorum* fosse la cifra della supremazia romana, nel *de republica* si ricordava come a Tullio Ostilio non andassero ascritte solo gloriose imprese militari o il cantiere della Curia, un edificio destinato a svolgere un ruolo di primo piano nella storia istituzionale di Roma essendo destinato ad ospitare il Senato: a lui si doveva lo *ius, quo bella indicerentur, quod per se iustissime inventum sanxit fetiali religione*. E in che cosa consisteva lo scarto innescato da questo dispositivo, così determinante sul piano costituzionale nella evoluzione della storia di Roma? Con lucidità Cicerone – attraverso la voce autorevole di Scipione l'Africano – richiamava il fatto che in questo modo fosse possibile *ut omne bellum, quod denuntiatum indictumque non esset, id iniustum esse atque impium iudicaretur*[80]. Là dove, in un successivo frammento che ci è pervenuto per il tramite delle *Etymologiae* di Isidoro di Siviglia, Cicerone insisteva sul fatto che *illa iniusta bella sunt, quae sunt sine causa suscepta*, salvo precisare subito dopo quali fossero queste *causae* che erano in grado di legittimare l'uso della forza: *nullum bellum iustum habetur nisi denuntiatum, nisi dictum, nisi de repetitis rebus*[81]. Evidentemente, se era possibile identificare una *iusta causa belli* era possibile farlo solo in senso formale[82]. Ed è attraverso un tale strumentario che era così possibile discriminare tra condizione di belligeranza e pace, tra *bellum* e *tumultum*, ma soprattutto tra guerra giusta ed *iniusta*.

Nel *de officiis* la questione è inquadrata in maniera netta[83]: la *belli aequitas* fin dai tempi remoti *sanctissime fetiali populi Romani iure perscripta est. Ex quo intellegi potest nullum bellum esse iustum, nisi quod aut rebus repetitis geratur aut denuntiatum ante sit ac indictum*[84]. Là dove questo formalismo si rifletteva anche sul piano soggettivo caratterizzando lo statuto dei *milites*. È stato Cicerone stesso a ricordare come Marco Porcio Catone avesse intimato al figlio gravemente ferito sul campo di Pidna, e per questo congedato dall'esercito, *ne proelium ineat*. Là dove non era la *pietas* paterna a muoverlo, il timore per le sorti del figlio inabile

80. Cfr. Cic., *rep.*, 2.17.31.

81. Cfr. Cic., *rep.,* 3.23.35 (= Isid., *etym.*, 18.1.2). Seguo la *lectio* di Luigi Loreto relativa alla interpolazione delle restanti parti del passo: in merito cfr. L. Loreto, *Il "bellum iustum"*, cit., p. 26 ss. In tal senso anche M. Morandini, *Tra Angelo Mai e Isidoro di Siviglia, il "bellum iustum" nel De re publica di Cicerone*, in *Analecta Brixiana*, a cura di G. E. Manzoni, A. Valvo, Milano, 2004, p. 155 ss. Va anche detto, però, che non mancano differenti indirizzi di pensiero: si veda per tutti F. Sini, *Ut iustum*, cit., 68 ss. Si veda poi, anche per la preziosa sintesi del dibattito dottrinario, M. F. Cursi, *Bellum iustum tra rito e iustae causae belli*, in *Index. International Survey of Roman Law*, 2014, 569 ss. Sulle diversi fasi della *clarigatio* cfr. A. Calore, *Forme giuridiche del "bellum iustum"*, Milano, 2003, p. 43 ss., e M. Ravizza, *Aspetti giuridico-sacrali*, cit., p. 32 ss.

82. Importante la conferma che proviene dagli storici della lingua giuridica: «la guerra giusta», ha puntualizzato Federigo Bambi, è quella che viene «portata secondo la procedura stabilita dallo *ius fetiale*», cfr. F. Bambi, *Una nuova lingua per il diritto. I - Il lessico volgare di Andrea Lancia nelle provvisioni fiorentine del 1355-57*, Milano, 2009, p. 752.

83. Per un più ampio inquadramento della riflessione sulla guerra presente nel *de officiis* cfr. F. P. Casavola, *Bellum pax quaesita videatur»: la guerra come procedimento giuridico*, in *La pace nel mondo antico*, cit., p. 147 ss.

84. Si veda Cic., *off.*, 1.11.36. Sul valore assolutamente esemplare del passo nell'ottica della storia del linguaggio giuridico cfr. F. Bambi, *Una nuova lingua*, cit., p. 751 ss.

al servizio e per questo esposto all'offesa nemica, quanto piuttosto la preoccupazione del fatto che *qui miles non sit* non potesse legittimamente *cum hoste pugnare*[85].

Si tratta di uno spunto prezioso. Il concetto di *hostis* è non meno importante di quello di *iusta causa belli* per apprezzare la misura del formalismo che caratterizzava il diritto feziale e i protocolli bellici[86]. In questa prospettiva è appena il caso di richiamare l'ambivalenza di questo vocabolo – su cui la dottrina non pare aver cessato di interrogarsi –, ma che già lo stesso Cicerone aveva ben presente[87]. Come si legge nel *de officiis*, in origine *hostis* indicava genericamente lo straniero: erano le Dodici Tavole stesse ad attestarlo nel momento in cui il termine era usato nell'accezione in cui *nunc peregrinum dicimus*. Per qualificare il nemico della *civitas* i *maiores*, osservava Cicerone, usavano il termine ben più radicale ed "estremo" di *perduellis*[88]. Questo vocabolo, infatti, aveva una connotazione semantica ben specifica: alludeva da un lato ad una ostilità particolarmente esasperata, come attestava il prefisso *per* destinato ad esasperare proprio il *quantum* di inimicizia[89]. Dall'altro lato rimandava alla dimensione giudiziaria e criminale, dal momento che fin dai tempi della monarchia il sintagma *perduellio*, come ha puntualizzato Bernardo Santalucia, indicava «il crimine diretto al tempo stesso contro gli dei protettori della *civitas* e contro la compagine sociale»[90].

Per il filosofo del diritto questa sovrapposizione tra dimensione criminale e pratica bellica, capace in quanto tale di modulare la violenza, evoca ben altri scenari, ma occorre resistere alla tentazione di comparazioni diacroniche che rischiano di essere quanto meno poco avvertite[91]. Conviene, invece, non abbandonare il cammino intrapreso e cercare di comprendere le conseguenze del consolidamento della nozione di *hostis* con cui Cicerone doveva misurarsi tanto sul piano concettuale quanto, in termini non meno problematici, su quello biografico. Là dove, ha messo in guardia Antonello Calore, resta una impresa

85. Si veda Cic., *off*., 1.11.37.

86. Proprio tale configurazione del concetto di nemico sarà decisiva nell'affermazione del diritto internazionale moderno: cfr. il classico C. Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlin, 1974, trad. it*., Il Nomos della terra nel diritto internazionale dello 'Jus publicum europaeum',* Milano 1991, p. 179 ss., e sulla sua scia S. Pietropaoli, *Abolire o limitare*, cit., p. 107 ss.

87. La questione è stata riproposta ancora recentemente in A. Calore, *"Hostis" e il primato del diritto*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, 2012, 2, p. 106 ss. e in R. Ortu, *Schiavi e mercanti di schiavi in Roma antica*, Torino, 2012, p. 10 ss.

88. Si veda Cic., *off.,* 1.12.37. Le considerazioni di Cicerone trovano conferma nel *de lingua latina* di Varrone: cfr. Varro, *ling*., 5.3. O, ancora, in Gaio di cui al D.50.16.118 (=Gaius, *ad. L. XIII Tab*., 2). In merito cfr. A. Calore, "*Hostis" e il primato del diritto*, cit., p. 109 e. R. Ortu, *Schiavi e mercanti di schiavi*, cit., p. 12.

89. Sul punto cfr. A. Calore, *"Hostis" e il primato del diritto*, cit., p. 110 ove bib.

90. Cfr. B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1998, p. 14.

91. Cfr. C. Schmitt, *Il Nomos della terra*, cit., p. 287 ss., su cui quanto meno E. Castrucci, *Nomos e guerra. Glosse al "Nomos della terra" di Carl Schmitt*, Napoli 2011, p. 49 ss. In chiave "genealogica" cfr. poi R. Campione, *El nomos de la guerra*, cit., p. 23 ss. nonché in una prospettiva più strettamente legata alla evoluzione dell'ordinamento internazionale contemporaneo D. Zolo, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Roma-Bari, 2012.

ardua ricostruire lo «slittamento semantico» del vocabolo *hostis* verso la dimensione della inimicizia[92]. Pur lasciando allo storico il compito di apripista, il percorso resta sdrucciolevole, il rischio di fare un passo falso è elevato: non manca però qualche appiglio su cui fare leva. In primo luogo è certo che questo processo di risemantizzazione si fosse attivato, svolto e concluso all'interno di un orizzonte che era propriamente giuridico[93]. In secondo luogo è altrettanto indubbio che questa dinamica si fosse ormai esaurita al tempo in cui Cicerone scriveva[94].

Questo naturalmente non significa che proprio a partire dal *corpus* ciceroniano non sia possibile rintracciare battute d'arresto, quando non veri e propri arretramenti. In tal senso è esemplare la celebre definizione di pirata contenuta nel *de officiis*, destinata ad avere una straordinaria fortuna presso le cancellerie e le Corti dell'Ammiragliato della prima età moderna, oltre che tra i *pères fondateurs* del diritto internazionale[95]: *nam pirata non est ex perduellium numero definitus, sed communis hostis omnium*, evidenziava Cicerone utilizzando *perduellis* nella sua accezione arcaica e, invece, adottando *hostis* per definire il nemico illegittimo, colui che si era posto al di fuori del consorzio umano e come tale giustificava una ostilità "elementare" e illimitata[96].

Il passo, quanto meno, suggerisce di evitare possibili schematismi e rigidità, ma difficilmente è in grado di alterare il quadro generale. In altri termini lo scarto, per quanto degno di attenzione in una prospettiva storiografica, lo è assai meno in chiave giusfilosofica: al di là dei vocaboli utilizzati per definire lo statuto soggettivo del nemico le considerazioni di Cicerone, una volta contestualizzate, non sembrano contraddire la necessità di una qualificazione in termini formali del nemico. Semmai alludono alla possibilità di

92. Cfr. A. Calore, *"Hostis" e il primato del diritto*, cit., p. 110. Sul rapporto tra questa dinamica e l'espansionismo di Roma cfr. in una prospettiva giusfilosofica R. Campione, *El nomos de la guerra*, cit., p. 83 ss. Qualsiasi soluzione al problema non può fare a meno di confrontarsi con la dimensione linguistica ed antropologica: in merito si veda l'ampia ricognizione contenuta in M. Morani, *Il "nemico" nelle lingue indeuropee*, in *Amicus (inimicus) hostis: le radici concettuali della conflittualità "privata" e della conflittualità "politica"*, a cura di G. Miglio, M. Morani, P. P. Portinaro, A. Vitale, Milano, 1992, p. 9 ss. e ancora M. Bettini e A. Borghini, *La guerra e lo scambio: "hostis", "perduellis", "inimicus"*, in AA.VV., *Linguistica e antropologia. Atti del XIV congresso internazionale di studi della Società di Linguistica Italiana (Lecce, 23-25 maggio 1980)*, Roma 1983, p. 303 ss. Una utile sintesi del dibattito è in A. Accardi e M. Cola, *Guerra e partnership. Una riflessione sull'ambivalenza di "hostis"*, in *I Quaderni del Ramo d'Oro*, 2010, p. 228 ss.

93. Cfr. per tutti A. Calore, "*Hostis" e il primato del diritto*, cit., p. 121.

94. Cfr. R. Ortu, *Schiavi e mercanti di schiavi*, cit., p. 11.

95. In merito un buon punto di partenza resta cfr. A. P. Rubin, *The Law of Piracy*, Newport (RI), 1988, p. 13 ss.

96. Cfr. Cic., *off.,* 3.29.107. Per una interpretazione del passo nella prospettiva del filosofo del diritto internazionale mi sia concesso rinviare a F. Ruschi, *Communis hostis omnium. La pirateria in Carl Schmitt*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2009, p. 1215 ss. Sulla costante rilevanza del passo ciceroniano, cfr. D. Heller-Roazen, *The Enemy of All. Piracy and the Law of Nations*, Cambridge (Mass.), 2009, trad. it., *Il nemico di tutti. Il pirata contro le nazioni*, Macerata, 2010, p. 13 ss. e ancora A. Policante, *The Pirate Myth. Genealogies of an Imperial Concept*, Abingdon-New York, 2015, p. 10 ss.

manifestazioni ulteriori e più radicali di inimicizia[97]. È dunque opportuno insistere sul carattere giuridico della nozione di *hostis* là dove, rilevava Pomponio, lo statuto di nemico dipendeva unicamente dal fatto che Roma avesse decretato *publice bellum*[98]. Un indirizzo ribadito da Ulpiano in maniera quasi letterale: *Hostes sunt, quibus bellum publice populus romanus decrevit vel ipsi populo romano*[99]. Le ostilità, dunque, si legittimavano solo in funzione ad una solenne dichiarazione di guerra, ad una precisa scansione di gesti e di formule rituali.

5. *Λησταί,* non *hostes.*

Cicerone stesso, a ben vedere, era lontano dallo smentire il valore performativo della *indictio belli*. Là dove alla legittimità del nemico corrispondeva una specifica forma della guerra: «esisteva, quindi, un nesso tra l'*hostis* e la guerra condotta nel rispetto delle regole (*bellum iustum*)», ha precisato Calore, «che obbligava i soggetti coinvolti a conformarsi a comportamenti categorici»[100]. Questo legame, fondato sul rituale, non solo era la condizione necessaria per garantirsi il favore dei numi in ordine all'esito vittorioso della guerra, ma era anche il dispositivo che permetteva l'attivazione di una articolata serie di protocolli normativi rivolti alla *mise en forme* del conflitto: dalle regole che disciplinavano la condizione degli ambasciatori a quelle che disponevano in ordine agli ostaggi, dalla norme che regolavano la sospensione delle ostilità – le *indutiae* – a quelle che fondavano la *pax pia et aeterna* sancendo la loro conclusione, a quelle, ancora, che prevedevano l'articolato sistema dei *foedera* che sovente conseguiva al *bellum*. E come dimenticare quali ripercussioni avesse l'endiadi *bellum iustum/iustus hostis* sulla preda bellica, sullo statuto dei prigionieri di guerra, sulla condizione servile e sul possibile ricorso allo *ius postliminii*[101]? Infine, questo binomio aveva delle precise ricadute sul piano costituzionale che conviene tenere ben presenti per cogliere tutti i riflessi della vicenda ciceroniana: come ancora recentemente ha sottolineato Francesco Sini, «solo nel caso in cui avessero combattuto un *bellum rite indictum* contro nemici qualificati come *iusti hostes*, il diritto pubblico romano legittimava i magistrati vittoriosi all'onore del trionfo»[102].

97. In altri termini si può sostenere che la repressione della pirateria non si fondasse su di una legittimazione di tipo sostanziale: si trattava semplicemente di un "negativo" del *bellum iustum* che, per le sue intrinseche caratteristiche, non esigeva alcuna forma. Utili considerazioni sul dualismo *bellum piraticum/bellum iustum* in L. Monaco, *Persecutio piratarum. I. Battaglie ambigue e svolte costituzionali nella Roma repubblicana*, Napoli, 1996, p. 159 ss.

98. Il passo è in D.50, 16, 118 (=Pomp., *ad Q. Muc.*, 2).

99. In merito D.49, 15, 24 (=Ulp., *Inst.*, 1).

100. Cfr. A. Calore, *"Hostis" e il primato del diritto*, cit., p. 128. Sulla base della testimonianza di Aulo Gellio si può presumere che nel caso delle guerre servili o di quelle piratiche potesse eventualmente essere tributata la *ovatio*: una cerimonia di tono assai minore rispetto al trionfo, in genere accordata per le vittorie minori, cfr. Gell., *Noct. Act.*, 5.6.21. In merito al passo di Gellio cfr. F. Sini, *Ut iustum*, cit., p. 49 ss. Sulla *ovatio*, per tutti A Petrucci, *Il trionfo*, cit., p. 149 ss.

101. Vale la pena richiamare il fatto che Cicerone stesso aveva ben presente l'intrinseco valore della endiadi: *ad eum igitur rex Deiotarus venit hoc misero fatalique bello, quem antea iustis hostilibusque bellis adiuverat*, cfr. Cic., *Pro Deiot.*, 5 [13].

102. Cfr. F. Sini, *Ut iustum*, cit., p. 49.

Sul versante opposto si collocava una inimicizia radicale, incommensurabile ad ogni disciplina e regola[103]. Ripercorrere i confini di questo antagonismo illimitato significa fare i conti con forme estreme di violenza: le rivolte servili con il loro seguito di violenze indiscriminate, il *bellum civile* che nella sua essenza ha rappresentato la più completa antitesi del *bellum iustum*[104], sino alla repressione del banditismo e alla lotta alla pirateria che ha carsicamente scandito la storia di Roma e della sua egemonia imperiale[105]. Là dove – è appena il caso di insistere sul punto – il discrimine ultimo, il fattore che consentiva di distinguere tra guerra legittima e manifestazioni di una brutalità "primordiale" restava il diritto: la «condizione giuridica di *hostes* non poteva prescindere dalla persistente attualità di un *bellum iustum*, cioè di un *bellum publice decretum*». L'assenza di una tale formalizzazione, come testimoniato già da Pomponio e da Ulpiano determinava effetti sostanziali dal momento che la «rigorosa disciplina dello *ius belli* esigeva che gli avversari di Roma non fossero considerati dei semplici *latrones* o *praedones*»[106].

Questa scansione tra guerra e violenza "elementare", apparteneva già allo stesso Cicerone che l'ha recepita modulandola secondo i canoni dell'universalismo stoico. Nelle Verrine, denunciando lo scellerato sacco del tempio di Minerva a Siracusa attuato da Caio Licinio Verre, Cicerone era ricorso ad una iperbole particolarmente evocativa, tanto da richiamare l'attenzione di un tardo lettore quale Grozio: nel far risaltare la radicale illegittimità della condotta del promagistrato aveva sottolineato il fatto che l'*aedes Minervae* era stata *sic spoliata atque direpta* da apparire *non ut ab hoste aliquo, qui tamen in bello religionem et*

103. Nella lettura schmittiana questa nitida contrapposizione tra *iustus* e *iniustus hostis*, recuperata e reinterpretata dai giuristi della prima età moderna, è stata uno dei pilastri dello *jus publicum Europaeum*. Il progressivo slittamento di questa dicotomia verso una ripartizione fondata su canoni sostanzialistici ha contribuito in maniera decisiva alla eclissi di tale archetipo giuridico e politico: cfr. C. Schmitt, *Il Nomos della terra*, cit., p. 269 ss. Si tratta di uno snodo del pensiero di Schmitt altamente significativo che continua a suscitare grande interesse tra gli studiosi: cfr. quanto meno P. P. Portinaro, *La crisi dello "jus publicum europaeum". Saggio su Carl Schmitt*, Milano, 1982, p. 202 ss., G. Preterossi, *L'ovvia verità del "politico". Diritto e ostilità in Carl Schmitt*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2009, p. 43 ss., E. Castrucci, *"Nomos" e guerra*, cit., p. 49 ss. e S. Pietropaoli, *Schmitt*, Roma, 2012, p. 119 ss. Da ultimo e per la sua attenzione alla lettura schmittiana del *de officis* cfr. D. L. Dusenbury, *Carl Schmitt on Hostis and Inimicus: A Veneer for Bloody-Mindedness*, in *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law,* 2015, 3, p. 431 ss.

104. Per altro la posizione di Cicerone sul *bellum civile* è articolata e necessiterebbe di ulteriori approfondimenti: se in Cic., *Phil*., 2.22.53 non è mai ammissibile prendere le armi contro la Repubblica, in Cic., *Phil*., 8.4.12 è senza dubbio legittimo lottare se il prezzo della pace sociale è la *servitus*. Sempre nelle Filippiche si ricorda come il *bellum civile* non giustificasse alcun riconoscimento pubblico, cfr. Cic., *Phil*., 14.8.23.

105. Un eccellente punto di partenza per inquadrare storicamente il fenomeno è P. de Souza, *Piracy in the Graeco-Roman World*, Cambridge, 1999, p. 86 ss. Con particolare attenzione alla dimensione storico-giuridica cfr. L. Monaco, *Persecutio*, cit., in particolare p. 73 ss. Per una lettura del fenomeno nella prospettiva della filosofia del diritto internazionale mi sia concesso rinviare a F. Ruschi, *Questioni di spazio. La terra, il mare, il diritto secondo Carl Schmitt*, Torino, 2012, p. 69 ss.

106. Cfr. F. Sini, *Ut iustum*, cit., p. 49. Si vedano poi i già citati in D.50.16.118 (=Pomp., *ad Q. Muc.*, 2) e D.49.15.24 (=Ulp., *Inst.*, 1).

consuetudinis iura retineret, sed ut a barbaris praedonibus vexata esse videatur[107]. La contrapposizione non poteva essere più netta: alla ostilità misurata, calibrata, del *iustum piumque bellum* che rispettava i luoghi sacri, si contrapponeva la violenza predonesca, la fame di bottino di cui, evidentemente, Verre era partecipe. Ma è un passo del *de officiis* – già parzialmente richiamato – ad essere decisivo per valutare quanto fosse forte la polarità tra *bellum* e profili di violenza "informale". La questione riguardava la tragica vicenda di Attilio Regolo e la vincolatività del giuramento che lo aveva mosso a tornare a Cartagine, dove lo aspettava un terribile supplizio secondo quanto vuole la tradizione. Per Cicerone non c'era alcun dubbio che il console avesse l'obbligo di rispettare le *condiciones pactionesque bellicas*, dal momento che si lottava con un *iusto enim et legitimo hoste* e, pertanto, vigevano le regole del diritto feziale[108]. Diversa era invece la situazione quando la inimicizia si proiettava al di là di ogni possibile canone formale: nel caso di predoni e di pirati non valevano patti, promesse, negoziati. Anzi, qualora per ventura fosse stato stipulato un accordo, *nulla fraus est, ne si iuratus quidem id non feceris*[109]. Infatti, come sottolineava Cicerone manifestando ancora una volta il proprio debito con l'universalismo stoico, queste attività predatorie erano espressione di un antagonismo "elementare" e generalizzato che nella sua intensità rappresentava una sfida per l'umanità intera[110]. Ne conseguiva allora che con il razziatore *nec fides debet nec ius iurandum esse commune*[111].

Il mancato trionfo di Cicerone, quella cerimonia che forse avrebbe potuto arrestare la crisi in atto, a questo punto assume un diverso significato: non serve richiamare i macabri conteggi che la legislazione esigeva né vale la pena soffermarsi sui torbidi giochi di potere destinati ad accelerare la fine dell'ordine repubblicano. Piuttosto occorre mettere a fuoco i protocolli del diritto feziale, la forma giuridica del *bellum*, lo statuto di *hostis*.

In quest'ottica il racconto di Plutarco è rivelatore: nel ripercorrere la biografia di Cicerone la vicenda del proconsolato, come ovvio, ha avuto una notevole rilevanza. Dell'Arpinate si celebravano le doti diplomatiche, la capacità di governo, la sua equanimità come giudice, la disponibilità verso gli abitanti della provincia, perfino la sua frugalità. Meno netto, invece, era il riferimento alle *res gestae* belliche: il proconsole era riuscito a salvaguardare la Cilicia e ad assicurare la fedeltà della Cappadocia senza ricorrere al *πόλεμος*[112]. Si

107. Cfr. Cic., *Verr.*, 2.4.122 ma si veda anche 2.1.90. Cfr poi H. Grotius, *De Jure Belli*, cit., 3.12.5. In merito si vedano le preziose annotazioni contenute in P. de Souza, *Piracy*, cit., p. 150 ss.

108. Si veda Cic., *off.*, 3.29.108. Può essere interessante confrontare il passo con quanto Cicerone aveva già sostenuto in Cic., *leg.*, 2.14.34, oltre che nello stesso Cic., *off.*, 1.11.34.

109. Si veda Cic., *off.*, 3.29.107.

110. In questa prospettiva vale la pena richiamare C. Schmitt, *Land und Meer. Eine weltgeschichtliche Betrachtung*, Stuttgart, 1954, trad. it., *Terra e mare. Una riflessione sulla storia del mondo*, Milano, 2006, su cui mi sia concesso rinviare al mio F. Ruschi, *Questioni*, cit., p. 19 ss.

111. Cfr. Cic., *off.*, 3.29.107.

112. Cfr. Plut., *Cic.*, 36.2

trattava di un risultato degno di nota, del tutto coerente con la personalità di Cicerone, ma allo stesso tempo il riferimento all'assenza di fatti bellici rilevanti durante il proconsolato pone la questione di come inquadrare la intensa attività militare del tardo 51. Plutarco stesso non tarda a sciogliere l'interrogativo, nel momento in cui ricorda come Cicerone fosse stato acclamato *imperator* al termine della spedizione contro i *λῃσταί* dell'Amano[113]. Si tratta di uno snodo decisivo: il vocabolo, oltre a godere di un esteso campo semasiologico, è altamente significativo per cogliere i risvolti della vicenda ciceroniana. Le fonti letterarie ed epigrafiche sono concordi nel qualificare con tale termine i predoni, i briganti, coloro che si sono dati alla guerra irregolare e, soprattutto i pirati[114]. Là dove, proprio il riferimento alla pirateria risulta particolarmente pregnante – e *a fortiori* doveva esserlo per un lettore di Plutarco – nel momento in cui la Cilicia era stata la culla della *λῃστεία* fino alla vittoriosa campagna navale di Pompeo del 67, di cui lo stesso Cicerone era stato testimone diretto[115].

Non occorre proseguire oltre, i profili della vicenda sono a questo punto netti. Il primo, formidabile, impedimento al trionfo del proconsole era costituito dalle categorie del diritto feziale e delle sue convenzioni belliche. Al di là dell'abile strategia retorica di Cicerone finalizzata a celebrare i successi sugli *Eleutherocilici* e a far risaltare quei tratti che avrebbero potuto caratterizzarli come *hostes*, tenuto conto dei rigidi canoni formali che disciplinavano il *Völkerrecht* romano, l'assenza dei requisiti soggettivi era un ostacolo insormontabile. Ed è misura dell'ironia della storia che quegli archetipi protocollari che nella loro solennità avevano contribuito al consolidamento dello *status rei publicae*, e che Cicerone aveva cercato di salvaguardare, ora divenivano gli acceleratori della fine della legalità repubblicana e, al tempo stesso, della vicenda politica del suo ultimo campione.

113. Cfr. Plut., *Cic.*, 36.6.

114. In merito non è possibile prescindere da C. Ferone, *Lesteia. Forme di predazione nell'Egeo in età classica*, Napoli, 1997. Sulla precoce caratterizzazione ideologica del vocabolo cfr. U. Laffi, *Senatori prosciolti: a proposito di un provvedimento poco noto del 33 a.C. (Cassio Dione, xlix, 43,5)* in *Athenaeum*, 1994, 1, p. 41 ss.

115. Il riferimento più immediato è l'*Oratio pro lege Manilia de imperio Cn. Pompei* del 66 in cui Cicerone nell'esaltare la recente vittoria di Pompeo volutamente aveva omesso di fare riferimento al fatto gli avversari fossero pirati, preferendo parlare piuttosto di *bellum maritimum*: Cic., *leg. Man.*, 44.58. In merito cfr. P. de Souza, *Piracy*, cit., p. 172 ss.

PROFILI EVOLUTIVI DEL DIRITTO ALLA PROVA NEL PROCESSO CIVILE

Caterina Silvestri
Ricercatore Università di Firenze

Sommario: 1. Verità e forma: considerazioni carneluttiane. - 2. Il nuovo (vecchio) codice di procedura civile del 1942. - 3. Il «diritto di difendersi provando» nella giurisprudenza costituzionale negli anni sessanta e settanta. – 4. Verità e giustizia: lo spirito delle riforme (e dei tentativi incompiuti) negli anni settanta e ottanta. – 5. L'inazione legislativa e l'azione dottrinale e giurisprudenziale: il ruolo della prova atipica nella modernizzazione del sistema delle prove.

1. Il problema della verità, di che cosa significhi «essere vero», appartiene alla storia della filosofia e, con essa, alla natura dell'uomo, destinato a interrogarsi in un mondo complesso e ineffabile.

Pare difficile che il concetto di verità possa allontanarsi dal piano ontologico: «Dire di ciò che è che non è, o di ciò che non è che è, è falso, mentre dire di ciò che è che è o di ciò che non è che non è, è vero» osservava Aristotele nella *Metafisica.* Ma è altrettanto evidente che laddove si cerchi di definirla, o di trovare un criterio di verità, essa diviene aggettivata, per la necessità di indicare quale tipo di evidenza (sensibile, intellettiva, deduttiva) possa costituire la garanzia di un'autentica conoscenza[1], o relativizzata: «Il concetto di verità compare in molti contesti diversi e ci sono varie categorie di oggetti alle quali può essere riferito il termine "vero": in un contesto psicologico si può parlare sia di emozioni vere sia di credenze vere; in un contesto estetico si può analizzare la verità interiore di un oggetto d'arte.»[2].

Il processo, che altro non è se non un «metodo per giudicare gli uomini»[3] e, perlomeno secondo la dottrina tradizionale dominante, serve a completare la legge secondo un rapporto di necessità definito come di garanzia della *promessa* che vi è contenuta[4], o di «attuazione della volontà concreta della legge»[5], o di «reintegrazione del diritto obbiettivo»[6], non ha potuto sottrarsi alla tenzone con la verità.

1. Così, quasi testualmente, voce «Verità», *Dizionario di filosofia Treccani* (*on line*), all'indirizzo http://www.treccani.it/enciclopedia/verita_(Dizionario-di-filosofia)/.

2. A. Tarski, *Truth and Proof*, trad. it. in E. Casari, *La filosofia della matematica del '900*, Firenze, 1973, pp. 79-82; *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica, Semantica e filosofia del linguaggio*, a cura di L. Linsky, Milano, 1969, p. 25 ss.

3. F. Carnelutti, *Diritto e processo*, in *Trattato del processo civile,* Napoli, 1958, p. 3.

4. Così, ancora Carnelutti, *Diritto e processo*, cit., p. 66.

5. G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, I, 1935, p. 32.

6. M. T. Zanzucchi, *Il nuovo diritto processuale civile*, Milano, 1941, I, p. 11.

Rilevava Carnelutti ne *La prova civile*[7], che il potere che le parti hanno sulla posizione del fatto nel processo[8] non è soltanto espressione della natura privatistica del diritto azionato, ma è determinato da un intento pratico di sfruttamento del contrasto esistente tra le stesse e dalla circostanza che l'equilibrio raggiunto dall'incontro degli interessi privati contrapposti avrebbe una «normale coincidenza» con l'interesse pubblico alla realizzazione della norma giuridica[9]. I limiti posti al potere di percezione[10] e utilizzazione da parte del giudice dei fatti, in questa prospettazione, sono, invece, espressione degli specifici intenti di sicurezza e di economia della ricerca che conducono, rispettivamente, all'utilizzazione dell'esperienza al fine di ridurre al minimo i rischi di errore o di superfluità dell'azione[11]. Difficile dire se veramente le tecniche codificate consentano la realizzazione della sicurezza e della economicità perlomeno nei casi "normali", a scapito di quelli "anormali", ma la conclusione cui giunge Carnelutti in tali riflessioni è che questa disciplina «non consenta a rigore più affatto che si consideri la *ricerca della verità nel singolo caso* come lo scopo o meglio come il risultato del processo medesimo»[12] e l'intento perseguito (di sicurezza e economicità) «non toglie che, considerato di fronte al caso singolo, il sistema dei limiti alla ricerca giudiziale reagisca profondamente sullo stesso risultato della ricerca»[13]. Questo processo di indagine e fissazione del fatto, assoggettato a regole giuridiche, inquina la ricostruzione logica del fatto stesso e non

7. F. Carnelutti, *La prova civile*, la prima edizione risale al 1915 e fu seguita da varie ristampe, tra le quali quella da cui è tratta la citazione riportata nel testo, Milano, 1992, 48, con prefazione di V. Denti, il quale ne evidenzia l'unicità nel panorama dell'epoca e la sua capacità intuitiva dei temi che sarebbero stati sviluppati nella dottrina successiva; l'opera è stata celebrata a cento anni dalla sua pubblicazione, *La prova civile di Francesco Carnelutti cent'anni dopo*, *Seminario della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile XXVII giornata di studio*, Bologna 18 dicembre 2015, *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2016, svoltosi sotto la presidenza e con l'introduzione di N. Irti, *Per il centenario di La prova civile di Francesco Carnelutti,* 365 ss. e con relazioni di S. Caprioli, *L'incognita Carnelutti*, p. 373 ss.; M. Taruffo, *Carnelutti e la teoria della prova*, p. 399 ss.; C. Consolo, *Francesco Carnelutti e lo stile dogmatico-realista*, p. 409 ss.; S. Patti, *Prova legale e «apprezzamento dei mezzi di prova» nel pensiero di Francesco Carnelutti*, p. 425 ss.; G. F. Ricci, *Attualità de «La prova civile» di Francesco Carnelutti*, p. 439 ss.

8. Carnelutti ne *La prova civile*, cit., p. 27 ss., utilizza l'espressione "fissazione del fatto nel processo" in un'accezione composita e non sempre lineare, come rileva Taruffo, *Carnelutti e la teoria della prova*, cit., p. 400; in tema cfr. Consolo, *Francesco Carnelutti e lo stile dogmatico-realista*, cit., p. 417, secondo il quale la fissazione del fatto riguarda il come si attua la norma giuridica nell'ordinamento, che costituisce un problema cardine in Carnelutti; Ricci, *Attualità de «La prova civile» di Francesco Carnelutti*, p. 451, si sofferma, invece, sul rapporto tra fissazione formale del fatto e verità.

9. Carnelutti, *La prova civile*, cit., p. 21.

10. Il concetto metagiuridico della rappresentazione quale surrogato della percezione è già presente in Carnelutti ne *La prova civile*, come evidenzia Irti, nella sua introduzione al Convegno ricordato *supra*, nota 7.

11. Si vedano anche le riflessioni di P. Calamandrei, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Studi sul processo civile*, Padova, 1957, VI, p. 11 e di G. Chiovenda, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, p. 353.

12. Sul problema della verità nel singolo caso, Patti, *Prova legale e «apprezzamento dei mezzi di prova»*, cit., p. 428, rileva che anche la prova libera, poiché valutata in base a regole d'esperienza, diventa "regola legale".

13. Carnelutti, *La prova civile*, cit., pp. 28 e 29 ed in quest'ultima l'espressione virgolettata.

può essere considerato un mezzo per la conoscenza della verità dei fatti ma, appunto, per una loro *fissazione*: si esprime, così, l'antitesi tra *verità formale* e *verità materiale,* ma «è affatto agevole osservare come la verità non possa essere che una»[14].

Si tratta, ovviamente, di scelte politiche, oltre che di tradizioni storiche, ma il profilo tecnico processuale su cui Carnelutti insiste è che «basta un *minimo limite* alla libertà di ricerca del giudice perché il processo di ricerca della realtà degeneri in processo formale di fissazione»[15], da cui discende il concetto stesso di *prova giuridica*, secondo il quale «Provare infatti non vorrà dir più dimostrare la verità dei fatti contestati, ma *determinare* o *fissare formalmente i fatti medesimi mediante procedimenti dati*».[16]

2. I rilievi sopra esposti non conducono affatto alla conclusione che le regole che disciplinano la prova e che assumono l'obiettivo di una fissazione formale del fatto processuale siano rivelazione di arbitrio: esse sono espressione della storia e della politica del processo nel quale l'assunzione di specifiche regole e rituali è sovente diretta a limitare al minimo la possibilità di errore e, dunque, è diretta a perseguire un risultato "giusto".

Satta ricordava che «non è formalismo la disciplina legale, anche la più rigida, delle prove, accusa che si sente spesso rivolgere a questo o quell'ordinamento, per una malintesa contrapposizione fra forma e contenuto, o per un più o meno utopistico riferimento a una libera ricerca della verità da parte del giudice, cioè a una diversa esperienza di cui nessuno può dire se sia migliore o peggiore dell'altra», ritenendo che il diritto non sia altro che forma: esso «è l'esperienza stessa che si fissa nelle forme giuridiche, e conoscere la forma significa conoscere l'esperienza», ricordando che «il formalismo non ha nulla a che fare con la forma, e la critica al formalismo non si può intendere come una inconcepibile e assurda critica alle forme giuridiche» concludendo che «il formalismo comincia dove finisce il diritto»[17].

Il pensiero condivideva Capograssi il quale, lo si ricorderà, identificava la scienza stessa del diritto con l'esperienza ed ammoniva contro il rischio del distacco della scienza giuridica dalla vita, caso in cui «si ridurrebbe o a una pura e penosa descrittiva di fatti giuridici (…) oppure a una pura e vuota attività di costruzione di elementi logici (…). Nell'uno e nell'atro caso la scienza del diritto non sarebbe più conoscenza del diritto, ma costruzione di alcuni sistemi vuoti -di fatti e di norme- che non avrebbero alcuna rassomiglianza con la vita né potrebbero inserirsi nel lavoro della vita»[18].

14. Carnelutti, *La prova civile*, cit., p. 29.

15. Carnelutti, *La prova civile*, cit., p. 32.

16. Carnelutti, *La prova civile*, cit., pp. 47-48.

17. S. Satta, *Forma e formalismo*, Relazione del 4 ottobre 1958, Convegno dell'associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Università di Firenze, oggi in *Il mistero del processo*, Adelphi, 2014, p. 36, da cui è tratta la citazione riportata nel testo.

18. G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, *Foro it.*, 1937, p. 128 ss.

D'altro canto «un'esperienza non è che un'esperienza, e vale fin tanto che non se ne formi una contraria»[19].

Il passaggio dal codice di procedura civile del 1865 a quello attuale fu preceduto, come è noto, da un dibattito giuridico e culturale che produsse autorevoli progetti[20]. Si tratta di una fase storica cruciale, segnata sul piano metodologico dall'abbandono del sistema del commento che verso la fine del XIX° secolo aveva dato alla luce opere di grande pregio e originalità[21] e dal declino del modello francese che sino ad allora aveva influenzato potentemente la produzione legislativa e dottrinale, per guardare al sistema tedesco e alla relativa dottrina[22], destinata ad esercitare una profonda influenza in particolare attraverso Chiovenda[23] e Calamandrei[24].

La codificazione degli anni quaranta mantiene la distribuzione, di tradizione napoleonica, della disciplina in materia di prova sia nel codice civile sia nel codice di procedura, che ne contemplano, rispettivamente, il profilo «statico» e il profilo «dinamico»: è sotto il primo aspetto che gli istituti vengono in considerazione come mezzi o fonti di prova, che le norme sono dettate in funzione della certezza dei rapporti giuridici e che si pongono in relazione con l'interesse tutelato nel processo e con la ripartizione del relativo onere sulle parti; il secondo aspetto concerne, invece, la prova «come rappresentazione al giudice del fatto da provare, il che avviene appunto nel processo, e impegna tutti i soggetti di questo processo, le parti ed il giudice.»[25].

19. Satta, *Il mistero del processo,* in *Il mistero del* processo, cit., p. 12.

20. Per una panoramica, ricordo E. Fazzalari, *Cento anni di legislazione sul processo civile (1865-1955)*, *Riv. dir. proc.*, numero speciale XX, 1965, p. 491 ss.; M. Taruffo, *La giustizia civile in Italia dal '700 ad oggi*, Bologna 1980; G. Tarello, *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale in Italia*, Bologna, 1989. Si vedano anche con riferimento ai rispettivi progetti: G. Chiovenda, *La riforma del procedimento civile proposta dalla commissione per il dopo guerra*, Napoli, 1920; L. Mortara*, Per il nuovo codice della procedura civile. Riflessioni e proposte*, Torino, 1923 ed anche in *Giur. it.*, 1923, IV, p. 136 ss.; G. Chiovenda, *Le riforme processuali e le correnti del processo moderno*, *Studi sul processo civile*, Padova, 1947; F. Carnelutti, *Progetto del codice di procedura civile*, Padova, 1926; P. Calamandrei, *Note introduttive allo studio del progetto Carnelutti*, ora in *Opere giuridiche*, I*,* Napoli 1965, p. 187 ss.

21. Tra i quali, ad esempio, P.S. Mancini, G. Pisanelli, A Scialoja, *Commentario del Codice di procedura civile per gli Stati Sardi*, Torino, pp. 1854-55; M. Pescatore, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*, Torino, 1864; L. Mattirolo, *Elementi di diritto giudiziario civile italiano*, Torino, pp. 1875-1880.

22. Per una ricostruzione delle basi storico-ideologiche del processo civile tedesco e di quello italiano N. Trocker, *Processo civile e costituzione*, Milano, 1974, p. 4 ss.; si vedano anche i rilievi di V. Denti, *Dottrine del processo e riforme giudiziarie tra illuminismo e codificazioni*, oggi in *Un progetto per la giustizia civile*, Bologna, 1982, p. 97 ss. Recentemente, M. Russo, *Prova legale e libero convincimento del giudice*, Torino, 2017, p. 15 ss.

23. Così G. Tarello, *Dottrine del processo civile*, cit., p. 45 ss.; cfr. anche M. Cappelletti, *Ideologie nel diritto processuale*, 1962, ora in *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, p. 3 ss.; V. Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971, p. 14 ss.; *Chiovenda e le riforme del processo civile*, *Foro it.*, 1988, V, p. 350.

24. P. Calamandrei, *L'opera di Francesco Klein e il processo civile austriaco*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, I, p. 80 ss.

25. S. Satta, C. Punzi, *Diritto processuale civile*, Milano, 2000, p. 317, cui appartengono le espressioni virgolettate. Tale dicotomia è qui considerata per la sua utilità descrittiva e non ai fini dell'individuazione della natura sostanziale o processuale delle norme sulle prove, su cui possono leggersi G. Chiovenda, *La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo*, in *Saggi di diritto processuale*, I, Roma, 1930,

Il mantenimento di questo carattere bifronte della materia, è sottolineato dalla stessa Relazione al codice di procedura civile del 1942, dove si legge (al n. 1065) che le prove servono a far valere e difendere i propri diritti e ciò non solo in giudizio, ma anche fuori e prima di questo[26].

Il sistema delle prove, tuttavia, è da molti considerato già obsoleto per l'epoca della sua emanazione[27]. Denti ne critica la scelta di mantenere la disciplina dell'ammissibilità ed efficacia delle prove nell'ambito del codice civile e rileva la perdita di significato del principio del libero convincimento proclamato dal codice di procedura di fronte alle regole di prova legale; anche sul piano dottrinale il codice di procedura è considerato in ritardo con i tempi, poiché la scienza che lo aveva espresso aveva guardato all'elaborazione tedesca i cui frutti legislativi risalivano alla fine dell'ottocento[28].

L'attenzione della dottrina è concentrata sul diritto delle prove nella complessità in cui lo stesso si articola già nella trattazione carneluttiana de *La prova civile*; non è ancora presente l'idea di un "diritto alla prova" destinato a maturare nell'elaborazione giuridica successiva.

3. La considerazione della prova in chiave garantista e quale parte integrante del diritto alla tutela giurisdizionale, intesa come diritto di azione e di difesa prevista dai commi primo e secondo dell'art. 24 della Costituzione[29], inizia a delinearsi nei primi degli anni sessanta. La dottrina, qualche tempo dopo, parlerà del «diritto di difendersi provando», concepito e tutelato dalla Corte Costituzionale da limitazioni «irragionevoli» o «ingiustificate»[30], giungendo all'individuazione di un vero e proprio *diritto alla prova*, che benché discusso sul piano della sua autonomia ontologica, sarebbe stato destinato ad un continuo rafforzamento del suo ruolo sino a delinearsi quale «entità concettuale»[31], grazie anche

p. 241; V. Andrioli, voce *Prova in genere (Diritto civile)*, in *Nuovo Dig. it.*, X, Torino, 1940, p. 267 ss.; G. A. Micheli, *Corso di diritto processuale civile*, Milano, II, 1960, p. 266; M. Cappelletti, *La natura delle norme sulle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, p. 92; M. T. Liebman, *Questioni vecchie e nuove in tema di qualificazione delle norme sulle prove,* in *Riv. dir. proc.*, 1969, p. 353; V. Denti, *La natura giuridica delle norme sulle prove civili*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, p. 8 ss.

26. L'idea che la prova fosse «fuori dal diritto» ricorre anche in Carnelutti, come rileva Denti nella prefazione alla *Prova civile*, cit., X e ritorna anche nelle sue opere successive, quali Carnelutti, *Diritto e processo*, cit., p. 125.

27. Cappelletti, *Un falso idolo: il codice del 1942 (Bilancio di un trentennio)*, *Giustizia e Società*, cit., p. 123.

28. Denti, *Un progetto per la giustizia civile*, cit., p. 284 ss.

29. M. Taruffo, *Il diritto alla prova nel processo civile, Riv. dir. proc.,* 1984, p. 77 ss.

30. Le espressioni virgolettate sono di Trocker, *Processo civile e costituzione,* cit., pp. 509 e 515.

31. L'espressione virgolettata è di G. Verde, *Prove legali e formalismo*, *Foro it.,* 1990, V, p. 466, il quale annovera alla corrente dottrinale che contribuisce significativamente all'elaborazione del diritto alla prova quale entità di rilevanza costituzionale L. P. Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile,* Padova, 1970, p. 148 ss.; Trocker, *Processo civile e costituzione,* cit., p. 564; A. Dondi, *L'evoluzione della hearsay rule processo civile angloamericano*, *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 109; V. Vigoriti, *Garanzie costituzionali del processo civile,* Milano, 1970, p. 96 ss.; Taruffo, *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit., p. 77 ss. Sul diritto alla prova, tra i molti, anche: B. Cavallone, *L'art. 6 della convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto delle prove*, Atti del Convegno di Roma 10 dicembre 1976, *Studi parmensi*, XVIII, Milano, 1977, p. 18; E. F. Ricci, *Su alcuni aspetti problematici del «diritto*

all'elaborazione giurisprudenziale della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sia pure rivolta in particolare al processo penale[32].

Apre a questa elaborazione la storica pronuncia della Corte del 22 dicembre 1961, n. 70[33], con cui è dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 10, n. 1 e n. 2, della l. 23 maggio 1950, n. 253, nella parte in cui demanda al Genio civile l'accertamento delle condizioni tecniche che costituiscono il presupposto per la cessazione del regime di proroga delle locazioni degli immobili urbani. La motivazione stigmatizza «la singolarità del procedimento» e che l'accertamento «si svolga in modo tanto abnorme». La giustificazione di questa severità di giudizio è ricondotta alla mancata garanzia del diritto alla difesa e alla compressione della libertà di apprezzamento del giudice, cui è sostanzialmente sottratta la decisione, dipendendo la stessa dal giudizio di un organo amministrativo: «l'atto del Genio civile», rileva la Corte, «benché costituisca una tappa del processo, è disciplinato come un qualunque provvedimento amministrativo quasi che il locatore e il locatario avessero non un diritto-onere, ma piuttosto un interesse legittimo, alla prova. Il che non rappresenta solo una chiara anomalia, ma importa fatalmente un difetto di tutela in rapporto agli art. 24 e 3 Cost.: infatti con ciò si impedisce all'interessato di avvalersi degli strumenti di prova garantiti in generale a chi è parte in un giudizio.». Ulteriore aspetto che concorre alla declaratoria di incostituzionalità delle norme impugnate, è individuato dalla Corte nel fatto

alla prova», Riv. dir. proc., 1984, p. 159 ss.; V. Denti, *Armonizzazione e diritto alla prova*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 673; G. Gobeaux, *Le droit à la preuve*, in *La preuve en droit*, Bruxelles, 1981, p. 277; G. Walter, *Il diritto alla prova in Svizzera,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1991, p. 1187; W. Habscheid, *Les grands principes de la procédure civile: nouveaux aspects*, *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, II, Milano, 1993, p. 3 ss.; P. Biavati, *Il diritto delle prove nel quadro normativo dell'Unione europea*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 483 ss.; G. Tarzia, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2009, p. 11, definisce «la *garanzia alla prova*, o meglio del *diritto alla prova*, (…) come riconosciuta -e indispensabile- possibilità, per ciascuna parte, di essere ammessa a provare i giudizio fatti che sorreggano le rispettive domande, difese e eccezioni e di provare l'insussistenza di fatti dedotti dalla controparte (c.d. diritto alla prova contraria)»; parla ormai di diritto alla prova anche L. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, Parigi, 2016, p. 462.

32. B. Cavallone, *L'art. 6 della convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto delle prove*, Atti del Convegno di Roma 10 dicembre 1976, *Studi parmensi*, XVIII, Milano, 1977, p. 18; G. Zagrebelsky, *Corte europea dei diritti dell'uomo e "processo equo"*, Atti del Convegno *Processo penale e giustizia europea*, Torino, 26-27 settembre 2008, Milano, 2010, p. 14; *Il regime della prova dichiarativa nell'ambito della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, *Prova penale e Unione Europea*, Atti del Convegno *L'armonizzazione della prova penale nell'Unione Europea*, Bologna, 18-19 aprile 2008, Bologna, 2009, p. 113 e ss.; M. Chiavario, *La "lunga marcia" dei diritti dell'uomo nel processo penale*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo, R.E. Kostoris, Torino, 2008, p. 11 e ss.; E. N. La Rocca, *La prova nell'ottica della giurisprudenza europea*, in *La prova penale*, diretto da A. Gaito, I, Torino, 2008, p. 161 e ss.

33. C. Cost., 22 dicembre 1961, n. 70, può leggersi integralmente su *Consultaonline*, http://www.giurcost.org/decisioni/1961/0070s-61.html.; la motivazione della pronuncia richiama la sentenza della stessa Corte, 8 marzo 1957, n. 46, nella parte in cui già era sottolineata la necessità di dare effettività al diritto di difesa sancito dall'art. 24 della Cost.: «Per cogliere il significato e la portata del diritto della difesa, con tanta energia proclamato dalla Costituzione come inviolabile in ogni stato e grado del procedimento, é necessario porre in relazione il diritto stesso con il riconoscimento del diritto, per ogni cittadino enunciato nella prima parte del medesimo art. 24, di potere agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi».

che esse «non assicurano affatto il contraddittorio» con riferimento alla *formazione dell'accertamento*: l'ufficio del Genio civile può sentire le parti, benché separatamente, ma esse «non sono ammesse a discutere direttamente sulla realtà della situazione da accertare», ed il giudice resta estraneo a tutta la fase dell'accertamento».

Si tratta di una prospettiva che non soltanto delinea i contorni del diritto alla prova, ma che conduce anche all'individuazione delle garanzie connesse alla sua assunzione, la quale deve aver luogo nel processo -con ciò a sottolineare la natura giurisdizionale dell'organo che esercita la funzione, diversa da quella amministrativa-, nel rispetto del contraddittorio[34] e della libertà del giudice di valutazione delle risultanze così raccolte.

Qualche anno dopo, la Corte Costituzionale valuta, invece, come "ragionevole" la limitazione alla prova testimoniale sancita nell'art. 621, c.p.c., con il conseguente mantenimento della disposizione nel nostro ordinamento[35]: «Non è fondato il richiamo all'art. 3 poiché i diritti della libertà di prova del terzo opponente non vengono conculcati ad esclusivo favore del creditore, al quale sarebbe arbitrariamente assegnato un trattamento privilegiato, bensì l'esercizio di tali diritti viene ad essere regolato in base a criteri di razionalità. Neppure è fondato il richiamo all'art. 24 sulla base di una supposta violazione del diritto di azione e di difesa. Come questa Corte ha più volte ritenuto (sentenze n. 42 del 1964, n. 53 del 1966, n. 46 del 1967) l'esercizio del diritto di difesa deve sottostare alle delimitazioni suggerite, in relazione a singoli tipi di procedimento, dal coordinamento di norme dirette ad armonizzare reciprocamente la protezione di contrapposti diritti sostanziali.»; a queste considerazioni la Corte aggiunge che nella norma in questione «non è contenuto un divieto assoluto di ricorrere alla prova testi-

34. Il rispetto del principio del contraddittorio, con riferimento all'istruzione probatoria deve riguardare il diritto alla prova contraria, il diritto di opporsi e di eccepire sull'ammissibilità e rilevanza delle prove dedotte dalle parti o d'ufficio dal giudice, il diritto di partecipare all'assunzione delle prove medesime e, dunque, alla loro formazione (tutti questi aspetti sono evidenziati da Taruffo, *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit., p. 98 ss.). Sul delicato problema del contraddittorio nell'istruttoria così L. P. Comoglio, voce *Contraddittorio*, *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, IV, Torino 1989, p. 1 ss.; M. Taruffo, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, *Riv. dir. proc.,* 1992, p. 401 ss.; G. Tarzia, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 640 e ss.

35. Come si ricorderà, C. Cost., 15 dicembre 1967, n. 143, integralmente su *Consultaonline*, all'indirizzo http://www.giurcost.org/decisioni/1967/0143s-67.html., dichiara incostituzionale l'art. 622, c.p.c., ritenuto irragionevole non tanto con riferimento alla tutela giurisdizionale, quanto per la disparità di trattamento tra uomo e donna perpetrata, benché il parametro della lesione del principio di uguaglianza sia proprio la tutela: «Non si spiega nemmeno», afferma la motivazione, «il perché la moglie deve provare con atto di data certa l'appartenenza dei beni acquistati prima del matrimonio, mentre al marito la giurisprudenza ordinaria suole applicare l'art. 621 del Codice di procedura civile», aggiungendo come la norma «ferisca il principio di eguaglianza anche perché pone una diversità di tutela in ragione di una situazione dipendente dal sesso»; si vedano sulla pronuncia le osservazioni di V. Andrioli, *Sull'incostituzionalità dell'art. 622 c.p.c.*, *Giur. Cost.,* 1967, 1687, oggi anche in *Cinquant'anni di dialoghi con la giurisprudenza 1931-1981*, I, Milano, 1981, p. 494 ss.; dello stesso Autore si vedano le osservazioni.

moniale ma è contenuta la prescrizione che la prova si presenti assistita dalla prospettazione di elementi di fatto che la rendano verosimile ed attendibile»[36].

Eppure, proprio la richiamata pronuncia n. 53 del 1966, con cui fu dichiarata l'incostituzionalità, tra gli altri, dell'art. 4 della legge 25 giugno 1909, n. 372, riguardante l'ordinamento dell'esercizio di Stato delle ferrovie, «per la parte in cui consente all'amministrazione ferroviaria una generica e discrezionale facoltà di non comunicare all'autorità giudiziaria gli atti e le relazioni dell'inchiesta svolta sui singoli sinistri che contengano accertamenti di fatto o accertamenti materiali»[37], esprime l'idea di un diritto alla prova particolarmente ampio, benché ed ovviamente delimitato dalla sua configurazione sostanziale e dalla sua coesistenza e coordinamento con altri diritti altrettanto tutelati: «Attiene alla tutela processuale di situazioni soggettive di vantaggio (sentenza 20 febbraio 1962, n. 8) nella configurazione e nei limiti ad esse dati dalle norme di diritto sostanziale (sentenze 20 febbraio 1962, n. 8; 7 giugno 1962, n. 57; 4 giugno 1964, n. 42), e da queste norme riceve delimitazione (sentenza 4 aprile 1963, n. 45), oltre che dalle norme dettate a salvaguardia di altri diritti o di altri interessi giudicati degni di protezione in base a criteri di reciproco coordinamento (sentenze 4 luglio 1963, n. 135; 4 giugno 1964, n. 42). Ha cioè un contenuto di pienezza correlativo al suo rapporto di necessità con l'esercizio della tutela giurisdizionale: se si nega o si limita alla parte il potere processuale di rappresentare al giudice la realtà dei fatti ad essa favorevole, se le si nega o le si restringe il diritto di esibire i mezzi rappresentativi di quella realtà, si rifiuta o si limita quella tutela.».

La famosa sentenza n. 248 del 1974, di dichiarazione d'incostituzionalità dell'art. 247, c.p.c., -«entrata, però, mi sembra, nella storia della giurisprudenza della Corte costituzionale (…) per la dichiarazione d'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 246 c.p.c.», come nota Proto Pisani[38]- riafferma «che l'esclusione o la limitazione della disponibilità di un mezzo probatorio e in particolare del ricorso alla prova per testi sono state dalla Corte ritenute costituzionalmente legittime, se giustificate dalla esigenza di "salva guardia di altri diritti o altri interessi giudicati degni di protezione in base a criteri di reciproco coordinamento" (sent. del 1963 n. 45; del 1966 citata; del 1970 n. 112)»[39]. Si ricorderà che la Corte in tale occasione liquidò molto rapidamente la questione sollevata dall'ordinanza di rimessione circa l'ingiustificata diversità di trattamento tra la testimonianza della parte nel processo civile (in cui è vietata) e nel processo penale (in cui è ammessa), con la conseguenza di maggiori difficoltà probatorie per l'attore che eserciti

36. C. Cost., 26 giugno 1970, n. 112, può leggersi integralmente su *Consultaonline*, all'indirizzo http://www.giurcost.org/decisioni/1970/0112s-70.html; si vedano le note critiche di M. Cappelletti, V. Vigoriti, *I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, p. 640.

37. C. Cost., 3 giugno, 1966, n. 53, *Consultaonline*, http://www.giurcost.org/decisioni/1966/0053s-66.html.

38. A. Proto Pisani, *Chiose sul diritto alla prova nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, *Foro it.*, 2008, V, p. 81 ss.

39. C. Cost., 23 luglio 1974, n. 248, che può leggersi integralmente su *Consultaonline*, all'indirizzo http://www.giurcost.org/decisioni/1974/0248s-74.html.

l'azione civile nella sua sede naturale rispetto a colui che la eserciti nel processo penale. La Corte, però, rileva che «Né la questione può dirsi fondata, in riferimento all'art. 3 Cost., per le differenze prospettate nell'ordinanza rispetto al processo penale, in cui l'offeso dal reato, anche se costituito parte civile, può essere chiamato a deporre come testimone, perché la diversità di trattamento é in funzione della diversa rilevanza degli interessi che sono in giuoco nel processo penale.». L'art. 246, c.p.c., è stato, dal canto suo, reiteratamente tacciato di incostituzionalità e sempre salvato[40], come pure, in quegli stessi anni, fu ritenuto conforme a Costituzione il meccanismo del giuramento suppletorio deferito dal giudice ai sensi dell'art. 2736, n. 2, c.c., avverso il quale non è possibile alcuna diversa reazione della parte non giurante che non sia quella di chiedere il risarcimento del danno qualora il giuramento sia stato dichiarato penalmente falso (art. 27338, c.c.)[41].

L'anno successivo alla caducazione del divieto di testimoniare dei congiunti di cui all'art. 247, c.p.c., la Corte dichiara incostituzionale l'art. 248, c.p.c., concernente l'audizione dei testi minori degli anni quattordici, ritenendo, questa volta, che la norma portasse un ingiustificato diverso trattamento tra processo civile e processo penale: «non appare razionale la distinzione operata dal legislatore, ai fini dell'ammissione della prova testimoniale dei minori degli anni 14, tra processo civile e processo penale. Se é pur vero che le modalità di esercizio del diritto di difesa possono essere legittimamente disciplinate in modo diverso perché corrispondenti alle caratteristiche di ciascun procedimento, la Corte rileva che sul punto in discussione non c'è motivo perché la disciplina sia diversa secondo che trattisi di processo penale o civile»[42].

4. Le pronunce della Corte Costituzionale ricordate, intervenute tra gli anni sessanta e settanta, sono rese di pari passo con la presa di forza dell'idea, espressa da un orientamento dottrinale in continua crescita, secondo la quale lo scopo del processo

40. Ricordo le sentenze C. Cost., 10 dicembre 1987, n. 494, *Consultaonline*, http://www.giurcost.org/decisioni/1987/0494o-87.html; C. Cost., 24 febbraio 1995, n. 62, *Consultaonline*, http://www.giurcost.org/decisioni/1995/0062s-95.htm; C. Cost., ord., 8 maggio, 2009, n. 143, *Consultaonline,* http://www.giurcost.org/decisioni/2009/0143o-09.html.

41. C. Cost., 4 maggio 1972, n. 83, *Consultaonline*, http://www.giurcost.org/decisioni/1972/0083s-72.html; si vedano le osservazioni di Proto Pisani, *Chiose sul diritto alla prova*, cit., p. 84.

42. C. Cost., 11 giugno, 1975, n. 139, *Consultaonline*, http://www.giurcost.org/decisioni/1975/0139s-75.html. Sul piano della diversità di disciplina tra processo civile e processo penale, dunque, la Corte ha assunto nel tempo atteggiamenti diversi, non sempre giustificabili. Si ricorderà, a titolo di esempio, che con riferimento alla facoltà d'astensione dalla testimonianza nel processo civile di cui all'art. 249, c.c., l'assenza della possibilità per i prossimi congiunti di avvalersi della possibilità di non rispondere prevista dall'art. 199, c.p.p., è ripetutamente dichiarata inammissibile dalla Corte Costituzionale sulla base primariamente del rilievo che il processo penale non costituisce necessariamente un modello per ogni disciplina processuale; si vedano: C. Cost., 29 ottobre 1987, n. 352, *Consultaonline*, http://www.giurcost.org/decisioni/1987/0352s-87.html; C. cost. 27 giugno 1997, n. 205, *Consultaonline,* http://www.giurcost.org/decisioni/1997/0205s-97.html; C. Cost., ord., 9 aprile 2009, n. 113, *Consultaonline*, http://www.giurcost.org/decisioni/2009/0113o-09.html.

«non è la mera realizzazione della pace giuridica fra le parti, ma la tendenziale ricerca della verità e della giustizia»[43].

Cappelletti e Denti forse più di altri sottolineano la funzione sociale del processo e la sua utilizzazione quale strumento per affrontare le controversie sociali[44], che si colloca a fianco del binomio "verità e giustizia".

A queste istanze è sovente annoverata la riforma del processo del lavoro[45] attuata con la legge n. 300 del 1970, che sceglie di perseguire quell'intento attraverso il conferimento al giudice di ampissimi poteri istruttori che lo rendono in grado di «di disporre d'ufficio in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo di prova, anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile (…)» (art. 421, secondo comma, c.p.c.). L'assetto dei poteri del giudice così delineato è considerato da autorevole lettura come incidente sul principio di disponibilità delle prove in maniera tale da renderlo assolutamente non vigente[46], avendo voluto il legislatore seguire la politica di fondo di un processo dominato dal principio inquisitorio con riferimento all'assunzione delle prove[47], ma l'interpretazione di questi poteri si colora diversamente nella dottrina del periodo[48].

43. Non mi pare di errare ad annoverare a questa corrente dottrinale, tra i molti: M. Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità,* Milano, 1962, p. 163; *Processo e ideologie,* Bologna, 1969, p. 10 ss; E. Grasso, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 596 ss.; G. A. Micheli, *Problemi attuali del processo civile in Italia*, *Riv. dir. proc.,* 1968, p. 303; Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile,* cit., p. 148 ss.; V. Denti, *L'oralità nelle riforme del processo civile, Riv. dir. proc.*, 1970, p. 434; *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971; *Incontro sul progetto di riforma del processo del lavoro*, Bologna, 12-13 giugno 1971, Milano, 1971, p. 148; G. Verde, *Considerazioni sulla regola di giudizio fondata sull'onere della prova,* in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 450; M. Taruffo, *Prove atipiche e convincimento del giudice,* id., 1973, p. 389; N. Trocker, *Processo civile e costituzione,* Milano, 1974, p. 513 ss.; A. Proto Pisani, *Studi di diritto processuale del lavoro*, Milano, 1976, p. 123, cui appartiene l'espressione virgolettata.

44. Tra la vastissima produzione di questi Autori ricordo, di M. Cappelletti, oltre alle opere di cui alle note precedenti, *la Testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, p. 305 ss.; *Giustizia e società*, Milano, 1972, p. 307; *Il processo civile come fenomeno sociale di massa*, Milano, 1976; V. Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971; *Un progetto per la giustizia civile*, Bologna, 1982, in particolare p. 133 ss.

45. L'osservazione della storia, recente e più risalente del nostro Paese, è caratterizzata dalla permanenza di identiche problematiche. Colpisce l'attualità delle considerazioni svolte da Denti all'indomani della riforma del processo del lavoro, che riconduce le ragioni della riforma a quella che indica come la frattura tra processo e società, espressa dalla lentezza dei procedimenti, dall'inefficienza del sistema di assistenza giudiziaria ai non abbienti e dalla indifferenza che accompagna la situazione: V. Denti, *Relazione introduttiva del convegno di studi "Il nuovo processo del lavoro*, Pavia 6 e 7 ottobre 1973, *Riv. dir. proc.*, 1973, p. 371, oggi anche in *Un progetto per la giustizia civile*, cit., p. 256 ss., da cui è tratta.

46. Proto Pisani, *Studi di diritto processuale del lavoro*, cit., p. 127.

47. La contrapposizione tra inquisitorietà e principio di disponibilità delle prove dette luogo ad un ampio dibattito dottrinale che vedeva contrapposte posizioni recisamente contrarie all'attribuzione al giudice di poteri d'ufficio, considerate espressione di autoritarismo e contrarie alla mantenimento della posizione di terzietà da parte del giudice, e posizioni favorevoli, passando attraverso orientamenti intermedi; mi permetto di richiamare su questo dibattito le ampie indicazioni, anche bibliografiche, di Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile*, cit., p. 295 ss.; sul superamento del significato politico di questa contrapposizione, *ivi*, *infra,* nota 53.

48. Si annoverano, ad esempio, all'orientamento che tende a restringere la portata dei poteri istruttori del giudice del lavoro coloro che ritengono che l'art. 421, c.p.c., abbia soltanto esonerato la parte «dall'osservanza

È arduo comprendere le ragioni per cui la consapevolezza maturata non conduca a termine una riforma compiuta del processo di cognizione e, per quanto qui di rilievo, del sistema e dei mezzi istruttori.

Denti dirige una ricerca sulle prove civili promossa dal Consiglio nazionale delle ricerche, dalle cui indagini emerge una linea di tendenza tra giudici e avvocati favorevole all'attenuazione delle regole generali di prova, alla soppressione del giuramento decisorio e alla sua sostituzione con un interrogatorio giurato liberamente valutabile dal giudice, alla trasformazione delle cause di incapacità a testimoniare in motivi di attendibilità della deposizione, alla soppressione dei limiti di ammissibilità della testimonianza, all'estensione dei poteri del giudice sia nell'ammissione sia nella valutazione della prova[49].

Anche il disegno di legge n. 816 del 1972 che contempla un progetto di riforma del codice di procedura, sul piano del sistema della prova non è considerato in grado di colmare la frattura tra processo e società civile e di predisporre strumenti idonei alle mutate esigenze del contenzioso che sempre più spesso coinvolgono, ad esempio, la tutela di beni e interessi collettivi[50].

Piace di più il progetto di nuovo codice di procedura civile elaborato dalla commissione presieduta da Liebman, che sfocia nel disegno governativo di legge delega dell'8 maggio 1981[51]. In materia di prove, è previsto l'accorpamento delle norme nel codice di procedura civile e pare accolto lo scopo, almeno tendenziale, del raggiungimento della verità perseguito, diversamente dalla tecnica adottata nel processo del lavoro, con l'adozione di un'impostazione più liberale dell'istruttoria nel quale è destinato a estrinsecarsi il

---

di quegli oneri minori di carattere schiettamente processuale, che concernono la proposta della prova», come osservava A. Torrente, *La prova nel processo del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1959, p. 171, con riferimento al vecchio testo dell'art. 439, c.p.c.; G. Fabbrini, *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1975, p. 151; E. Fazzalari, *I poteri del giudice nel processo del lavoro, Riv. dir. proc.*, 1974, p. 586; L. Montesano, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 189 ss.; tra gli autori più favorevoli all'estensione dei poteri ufficiosi del giudice sino a renderlo in grado di cercare da sé le fonti di prova: G. Verde, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro,* in *Riv. dir. proc.*, 1977, p. 248; V. Denti, in V. Denti, G. Simoneschi, *Il nuovo processo del lavoro*, Milano, 1974, p. 124; G. Tarzia, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 2008, p. 153.Per un'ampia disamina anche del dibattito dell'epoca E. Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile*, Napoli, 2008, p. 107 ss.

49. Così, quasi testualmente, Denti, *Un progetto per la giustizia civile*, cit., p. 285; per la ricerca indicata nel testo, diretta da V. Denti, *Le prove nel processo civile*, Milano, 1973.

50. Denti, *Un progetto per la giustizia civile*, cit., p. 284 ss.

51. Si ricordano tra i molti contributi a commento del progetto di riforma: E. T. Liebman, *Per un nuovo codice di procedura civile*, *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 25; A. Cerino Canova, *In tema di riforma del codice di procedura civile*, id., 1982 fasc. 2, p. 316; G. Tarzia, *Principi generali e processo di cognizione nel disegno di legge delega per il nuovo codice di procedura civile*, id., 1982, p. 30; G. Verde, *La disciplina dell' esecuzione forzata secondo il disegno di legge delega per un nuovo codice di procedura civile*, id., p. 71; T. Carnacini, *Intervento*, id., p. 97; V. Denti, *L'idea di codice e la riforma del processo civile*, id., 1982, p. 100; F. Carpi, *Riforma del c.p.c. o dell' organizzazione giudiziaria?*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 227; A. R. Briguglio, R. Foglia, *I Convegni di Roma e di Ratisbona sulla riforma del processo civile*, *Giust. civ.*, 1982, p. 19; G. Fabbrini, *A proposito del disegno di legge delega per la riforma del codice di procedura civile*, *Foro it.*, 1981 fasc. 11, p. 293; A. Proto Pisani, *Verso la riforma del codice di procedura civile? Prospettive in tema di processi a cognizione piena e sommaria in un recente disegno di legge delega*, id., fasc. 10, p. 226.

diritto alla prova: «la disciplina dei mezzi di prova non potrà continuare a rappresentare un catalogo di eccezioni (…) alla regola del libero convincimento e del diritto delle parti alla prova», secondo un passo della stessa relazione accompagnatoria ripreso da uno scritto di Denti, come nota, qualche tempo dopo, Verde[52].

Ma anche questa volta, come è noto, il progetto non è destinato a divenire legge.

È, invece, il processo penale ad essere rinnovato qualche anno dopo con la riforma Vassalli, salutata come una rivoluzione copernicana in materia probatoria, improntata sul contraddittorio delle parti e sul correlato abbandono del vetusto sistema inquisitorio del codice Rocco[53]. Data la natura indisponibile dell'oggetto, si parla di principio dispositivo attenuato che, secondo il tenore dell'art. 190, c.p.p., amplia l'ambito dell'iniziativa di parte a fianco dei permanenti poteri ufficiosi del giudice, tra i quali l'art. 507, primo comma c.p.p., considerata norma di chiusura che consente al giudice, se al termine dell'acquisizione delle prove risulti assolutamente necessario, disporre d'ufficio l'acquisizione di nuovi mezzi di prova. Nappi evidenzia come l'introduzione di questa regola abbia, in realtà, solo un effetto espansivo dei poteri delle parti, ma non una funzione preclusiva dell'accertamento dei fatti, essenziale e doveroso da parte del giudice penale[54]. Il perseguimento della verità, considerata tradizionalmente l'obiettivo del processo penale, si combina con la disciplina di formalità dalla cui violazione discende la nullità delle prove (violazione delle forme, art. 178, lett. c), c.p.p.) e dalla previsione di divieti dalla cui violazione segue la inutilizzabilità della prova (prove vietate, di cui costituisce un esempio l'art. 63, secondo comma, c.p.p.). Sono espressamente ammesse le prove atipiche, rispetto alle quali è rimesso al giudice di regolarne l'assunzione e la valutazione entro i parametri fissati dall'art. 189, c.p.p.

5. La scienza processuale ha sottolineato a più voci come nel corso dello sviluppo storico del diritto delle prove sia venuto meno il significato classico delle regole -espresso tanto dalla correlazione tra ideologia liberale e ispirazione individualistica e privatistica con un giudice privo di poteri, quanto dal carattere politico della contrapposizione tra i principi dispositivo e inquisitorio- e come la direzione intrapresa dagli ordinamenti moderni si collochi nel segno di una generalizzata restrizione del ruolo della prova legale con la correlata estensione del potere di valutazione del giudice, oltre alla eliminazione dei limiti di ammissibilità dei mezzi di prova[55].

52. La relazione accompagnatoria del disegno di legge-delega dell'8 maggio 1981, è pubblicata in *Giust. civ.*, 1981, II, p. 315 ss.; il passo è di V. Denti, *Incontro sulla riforma del processo civile*, Milano, 1979, p. 257, come ricorda Verde, *Prove legali e formalismo*, cit., p. 466.

53. Tra i moltissimi contributi a commento: M. Pisani, *Introduzione al processo penale*, Milano, 1988; M. Garaveglia, *Profili del nuovo processo penale*, Padova, 1988; G. Gulotta, *Strumenti concettuali per agire nel nuovo processo penale: metodologia giudiziaria*, Milano, 1990; E. Amodio, *Lezioni sul nuovo processo penale*, Milano, 1990; G. Lozzi, *Riflessioni sul nuovo processo penale*, Torino, 1990; G. Conti, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale sul processo penale*, 2 voll., Milano, 1992; P. Ferrua, *Studi sul processo penale*, Torino, 1992.

54. A. Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2001, p. 448.

55. Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, cit., 87, osserva come nel corso dello sviluppo storico del diritto delle prove il significato classico delle regole espresso dalla correlazione ideologica sopra espressa, è venuta

Benché ancora oggetto di vivaci confronti[56], nei tempi odierni v'è stata una "riscoperta" del ruolo della verità nella filosofia sociale e, con essa, nel processo[57], nel nostro Paese grazie in particolare a Taruffo: «La configurazione del processo civile come strumento finalizzato a "fare giustizia", e non soltanto a risolvere controversie, porta la maggior parte degli ordinamenti processuali moderni ad adottare quella che si è definita come ideologia legale-razionale della decisione giudiziaria, e quindi a collocare l'accertamento della verità dei fatti tra gli obiettivi fondamentali del processo civile.»[58].

Questa tendenza, quasi sempre correlata ad un'estensione dei poteri istruttori d'ufficio del giudice, ha anche idealmente condotto ad un avvicinamento dell'istruttoria penale con quella civile[59], autorevolmente indicata in ragione delle connessioni tra i due diritti sostanziali[60] e dal dato strutturale dell'unitarietà dell'organizzazione giurisdizionale[61].

---

meno nel periodo moderno; Taruffo, *La prova nel processo civile*, cit., p. 99, rileva che se storicamente è vero che sovente sono state poste in correlazione l'ideologia liberale e l'ispirazione individualistica e privatistica con un giudice privo di poteri, in considerazione che il processo avrebbe attuato i valori fondamentali della libertà e autonomia delle parti, in realtà, non risulta dimostrata la connessione biunivoca tra ideologia liberale ed assenza di poteri istruttori nel giudice, ricorrendo esempi di codificazioni liberali in cui il giudice ha significativi poteri istruttori (come il codice processuale spagnolo del 1881) e codificazioni che non prevedevano poteri del giudice e che l'Autore non considera liberali in quanto emanate in periodi di imperialismo, quali il *code de procédure civile* francese del 1806 (certamente espressione dell'ideologia borghese e liberale ma che sul piano processuale derivò dalla *Ordonnance* del 1667), il codice austriaco del 1815 (nonché quelli precedenti del 1781 e del 1796), varie codificazioni preunitarie italiane e la *Zivilprozessordnung* tedesca del 1887; sul superamento del significato politico della contrapposizione fra principio dispositivo e principio inquisitorio anche Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile,* cit., p. 525 ss.

56. Mi riferisco in particolare al confronto tra le diverse idee sul ruolo della verità avvenuto tra B. Cavallone, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo*), in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1 ss. e, in replica, M. Taruffo, *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. tri. dir. proc. civ.,* 2010, p. 995.

57. Diffusamente anche per i profili storico-filosofici concernenti le sorti dell'idea e del ruolo della verità, M. Taruffo, *La semplice verità*, Roma, 2009; J. Ferrer Beltrán, *Prova e verità nel diritto*, trad. it. di V. Carnevale, Bologna, 2004, p. 23 ss.

58. M. Taruffo, *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, p. 113.

59. Rilievo rinvenibile in particolare nella dottrina francese J. Sicard, *La preuve en justice. Librairie du Journal des Notaires. Comment Faire*, París, 1960, p. 8, come ricorda Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, p. 95.

60. Così il celebre scritto di F. Carnelutti, *Il danno e il reato*, 1930, p. 90: «non si può rimproverare cultori del diritto penale di ritenersi in casa loro quando parlano del divieto di uccidere, cioè del diritto alla vita, come visse ritengono civilisti, quando trattano del diritto di proprietà. La verità è, peraltro, che queste quelli credono ad essere ben chiusi a casa propria, e invece sono virgola quasi sempre, nella grande casa comune. Quella specie di muraglia cinese, che, in particolare da noi, ha costruito intorno al territorio del diritto penale Arturo Rocco, è piuttosto una mirabile illusione proiettata dal suo acuto ingegno che una realtà. Non v'è, forse, tra le partizioni teoriche del diritto un'altra come questa, del diritto civile e del diritto penale, che apparendo compiuta e profonda, sia invece limitata e relativa. Non se ne dolgano i cultori nobilissimi dell'uno e dell'altro capo della nostra scienza; dalla consapevolezza che essi lavorano, non solo per uno scopo, ma, in gran parte, sul campo comune e perciò dalla necessità di meglio conoscere e coordinare gli sforzi, la scienza del diritto, che è indissolubilmente una, avrà inestimabile vantaggio».

61. F. Tommaseo, nella sua relazione introduttiva al convegno, *Nuovi profili nei rapporti tra processo civile e penale*, *Atti del convegno di studio 18 e 19 giugno 1993*, Milano, 1995, p. 3 ss. sottolineava come «la stessa distinzione

Il diritto alla prova delineatosi, la riscoperta del ruolo della verità e della giustizia nel processo in grado di modificare lo scopo storico-sociale dallo stesso perseguito, ben avrebbero giustificato una revisione dell'intera materia delle prove, da riconsiderare «alla luce del criterio per cui un diritto fondamentale, come il diritto alla prova, non può più essere violato o compromesso per qualsivoglia ragione, ma solo quando si tratti di tutelare diritti o valori fondamentali.»[62].

Falliti i tentativi di riforma codicistici poco sopra ricordati, il nostro Paese ha ripiegato su una stratificazione legislativa[63] non guidata da specifici obiettivi tecnici o di sistema -e nemmeno, mi pare si possa dire, da ispirazioni di carattere filosofico-ideologico- ma, piuttosto, mossa da bisogni contingenti, talvolta d'intento politico-propagandistico più che dalla volontà di modernizzazione del sistema. Ruolo strategico hanno giocato le sollecitazioni sovranazionali provenienti ora dall'Unione Europea, ora dalla CEDU[64].

Sovente le riforme introdotte sono state anche prive di una reale portata di utilità per i loro intrinseci difetti tecnici o formalistici. Gli interventi sono stati particolarmente rarefatti e non incisivi proprio con riferimento all'istruttoria latamente intesa; la riforma più significativa ha riguardato il potenziamento, in occasione dell'istituzione del giudice unico di primo grado, dei poteri d'ufficio del giudice monocratico, rivelatasi di scarso impatto pratico e innovativo come Cavallone aveva preconizzato[65]. L'introduzione della testimonianza scritta, di cui pure si era a

tra giurisdizione civile e giurisdizione penale evoca una diversità di giurisdizioni che, sul terreno della disciplina normativa, non trova riscontri diversi da quelli meramente lessicali»; Mario Pisani, ricordava ancora Tommaseo, nella sua voce "giurisdizione penale" (*Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970), rileva che la formula "giurisdizione penale" «non vale a spezzare l'intrinseca unità della funzione giurisdizionale esercitata dai giudici ordinari [che] non si fonda sull' ormai screditato dogma dell'unità della giurisdizione, bensì sul dato strutturale dell'unità dell'ordinamento giudiziario a cui appartengono i giudici che, per ripetere la nota formula di cui all'art. 1 della legge sull'ordinamento giudiziario, amministrano la giustizia "nelle materie civile e penale".».

62. M. Taruffo, voce *Prova giuridica,* in *Enc. Treccani delle scienze sociali (on line)*, cui appartiene il periodo virgolettato nel testo, può leggersi al seguente indirizzo http://www.treccani.it/enciclopedia/prova-giuridica_(Enciclopedia-delle-scienze-sociali)/; dello stesso Autore sulla medesima questione anche *Il diritto alla prova nel processo civile,* cit., p. 77 ss.

63. F. Carpi, *Le riforme del processo civile in Italia verso il XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 105 ss., per una panoramica "a volo d'uccello", come la definisce lo stesso Autore; per osservazioni sulle principali riforme G. Balena, *Riforma del processo civile,* in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2006, p. 993 ss. per i profili istruttori in particolare; *Legge 26 novembre 1990, n. 353 (Provvedimenti urgenti per il processo civile). Commento all'art. 58 (ammissione e assunzione di prove), Le nuove leggi civili commentate,* 1992, p. 229 ss.

64. Recentemente, ad esempio, per il riconoscimento e la tutela delle unioni civili, da cui è scaturita le legge nazionale: Corte eur. dir. uomo, 21 luglio 2015, *O. e altri c. Italia*, può essere letta integralmente nella versione italiana sul sito del Ministero della Giustizia, al seguente link: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp;jsessionid=E3400AF199B7F4474293E3BFAEFCA9AA.ajpAL02?facetNode_1=0_8_1_4&facetNode_3=0_8_1_61&facetNode_2=1_2(2015)&previsiousPage=mg_1_20&contentId=SDU1177280.

65. B. Cavallone, *Un tardo prodotto dell'Art Déco (il "nuovo" art. 281 ter c.p.c.), Riv. dir. proc.,* 2000, p. 93 ss.; in tema anche E. Fabiani, *Sul potere del giudice monocratico di disporre d'ufficio la prova testimoniale ai sensi dell'art. 281 ter c.p.c.*, in *Foro it.*, 2000, I, p. 2093.

lungo parlato guardando al modello francese de *les attestations*, è stata nulla di più di un istituto ombra, di un mero feticcio di modernizzazione, dimostrato senza timore di smentita dalla sua scarsissima applicazione nell'ormai prossimo decennio trascorso dalla sua entrata in vigore[66]. La modifica più significativa è probabilmente consistita nel potenziamento del contraddittorio nella consulenza tecnica introdotto dalla legge n. 69 del 2009.

In una situazione di inalterata vetustà normativa e sotto le spinte dell'evoluzione scientifica e tecnologica, il sistema delle prove, in una sorta di evoluzione darwiniana imposta da necessità di sopravvivenza, si è pur reso portatore di un certo grado di novità quale risultato combinato di azione e di inazione.

Con questa espressione intendo dire che l'inerzia legislativa ha dato in qualche settore frutti fecondi, consentendo al sistema di accogliere ed elaborare in autonomia elementi di novità proposti, oso dire, dallo spirito del tempo[67].

Nella diffusione, nell'articolazione del concetto e dell'osservazione delle *prove atipiche*, mi pare di cogliere un esempio ed uno strumento di questa particolare modalità evolutiva del sistema delle prove obsoleto (già alla sua nascita, come si è visto) e di avvicinare la ritrovata tensione verso la verità.

L'inazione legislativa più feconda[68], da cui è derivata l'azione dottrinale e giurisprudenziale, è il mancato chiarimento normativo dei contorni della nozione e della ammissibilità delle *prove atipiche*, diversamente da quanto avvenuto per il processo penale con l'art.

Con l'istituzione del giudice unico (e soppressione delle preture), attuata col D.Lgs n. 51 del 1998, l'art. 281 *ter*, c.p.c., ed i poteri istruttori dallo stesso previsti, è divenuto disposizione applicabile a quasi tutte le controversie, facendo, tra l'altro, dubitare che la differenza tra giudizio monocratico e collegiale potesse giustificare una tale differenza tra i poteri istruttori dei rispettivi uffici. La questione è sfociata in una rimessione della questione alla Corte Costituzionale che l'ha dichiarata manifestamente inammissibile sia pure in considerazione del fatto che la fattispecie da cui nasceva la questione dava atto essere maturate a carico delle parti le preclusioni istruttorie e che in nessun caso il giudice avrebbe potuto essere dotato di poteri esercitabili dopo la maturazione delle preclusioni a carico delle parti; C. Cost. 2003, n. 69, *Consultaonline*, http://www.giurcost.org/decisioni/2003/0069o-03.html.

66. Sulle modifiche introdotte all'istituto dalla legge n. 69 del 2009, G. Balena, *Sulla testimonianza scritta ripensamenti opportuni*, in *Guida al Diritto*, 2009, fasc. 28, p. 17 ss.

67. Dalla seconda metà del 1700 con il filosofo J. G. Herder, passando attraverso l'accezione giuridica di F. C. Savigny sino al significato esoterico di R. Stainer, con l'espressione "spirito del tempo" si indicano le caratteristiche di un certo periodo storico che influenzano l'evoluzione, o con l'accezione vicina ma non identica di "spirito del popolo", il peculiare modo di esistere e di evolvere di ciascuna nazione che le rende originali e diverse le une dalle altre: E. Morin, *L'esprit du temp*, Parigi, 1962; V. Verra, *Linguaggio, mito e storia. Studi sul pensiero di Herder*, a cura di C. Cesa, Pisa, 2006; M. Giuliano, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, III, Milano, 1966.

68. Una forma minore di inazione legislativa, che si è risolta in un potenziamento dei poteri istruttori del giudice civile, è il mantenimento dell'originario limite di valore all'ammissibilità della prova testimoniale di cui al primo comma dell'art. 2721, c.c., (£ 5.000, oggi a 2,5 euro), che come ha osservato Verde, ha tolto contenuto precettivo alla disposizione e al limite in essa contenuto, consentendo l'ammissione della prova testimoniale praticamente quasi sempre o, comunque, rimettendo al potere del giudice la possibilità di ricorrere a questo mezzo di prova; così, quasi testualmente, G. Verde, *Diritto processuale civile*, II, Bologna, 2014, p. 95.

189, previsione quest'ultima che ha contribuito, com'è stato notato, a che nessuno osasse più contestarne l'ammissibilità anche nel processo civile[69].

La ricorrenza della prova atipica, benché autorevolmente criticata, è ormai osservabile quale fenomeno panprocessuale[70], diffusione cui ha certamente contribuito il rinnovato ruolo della verità nel processo ricordato poco sopra che rende almeno in tendenza rilevanti tutti quegli elementi probatori che ne consentono l'avvicinamento o che possono contribuire al suo accertamento, l'affermazione del diritto alla prova quale elemento del giusto processo[71] e, non da ultimo, la moltiplicazione delle fonti di prova offerte dall'evoluzione tecnologica e scientifica specialmente dell'ultimo ventennio. La dottrina è pressoché unanime nel riconoscere la natura *atipica* della prova in quei mezzi idonei ad accertare il fatto, o a concorrere al suo accertamento, non normativamente previsti[72]. Accanto a tale accezione, in cui la prova atipica si identifica con la *fonte* di prova, Ricci in particolare ha rilevato come il concetto di atipicità possa essere riferito anche al *procedimento di acquisizione* della prova al processo, limitatamente ai casi in cui ciò sia previsto dal legislatore come avviene, ad esempio, nei procedimenti in camera di consiglio o nei procedimenti cautelari[73]. Vigendo il principio di *tipicità dell'acquisizione* della prova, al di là delle ipotesi di deformalizzazione normativamente previste, la prova acquisita in violazione del proce-

69. Ricci, *Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale,* cit., p. 409; voce autorevole, pur non contestandone l'ammissibilità, ne circoscrive molto il novero, escludendo dallo stesso, ad esempio, le scritture provenienti da terzi e la perizia privata stragiudiziale: A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, p. 438; cfr. B. Cavallone, *Critica della teoria delle prove atipiche*, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1997, p. 335, secondo il quale non possono essere oggetto di inquadramento unitario le prove non previste dalla legge; G. Verde, voce *Prova (teoria generale e diritto processuale civile)*, *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 606, il quale considera le prove atipiche alla stregua di indizi; cfr. anche A. Carratta, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile.,* in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 52.

70. D'Angelo, *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, Napoli, 2008, il quale ne rileva la ricorrenza anche nel processo amministrativo.

71. Tra i molti scritti sul tema ricordo: V. Andrioli, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto giusto*, *Temi rom.*, 1964, p. 442; L. P. Comoglio, *Valori etici e ideologia del "giusto processo" (modelli a confronto)*, *Riv. trim. dir. proc. civ*, 1998, p. 887; *Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatistica*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 702; P. Ferrua, *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2005; N. Trocker, *Il valore costituzionale del "giusto processo"*, in AA.VV., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di M. G. Civinini e C.M. Verardi, Milano, 2001, p. 49 ss.; *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2001, p. 381 ss.

72. G. F. Ricci, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, p. 56 ss.; *Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale, Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 409; L. P. Comoglio, *Le prove civili*, Milano, 2010, p. 41; M. Taruffo*, La prova nel processo civile,* cit., p. 74; *Le prove atipiche e convincimento del giudice*, *Riv. dir. proc.*, 1973, p. 389; B. Cavallone, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Milano, 1991, p. 335.

73. Ricci, *Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale,* cit., p. 410 ss.; il concetto di atipicità rivolto al procedimento di acquisizione (senza distinzioni tra i vari e diversi procedimenti) è definito «aberrante» da L. Montesano, *Le "prove atipiche" nelle "presunzioni" e negli " argomenti" del giudice civile*, *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 234 ss., secondo il quale ammetterlo significherebbe permettere al giudice di servirsi della propria scienza privata per ricostruire i fatti, in violazione del divieto posto *ex* art. 97 disp. att. al c.p.c. a tutela delle garanzie delle parti e del contraddittorio.

dimento non sarebbe atipica, ma nulla[74] e, nemmeno, nell'ambito della atipicità possono essere ricondotte le prove che valgano ad aggirare preclusioni processuali o divieti dettati da disposizioni sostanziali[75], come pure altre tipologie di prove illecite, che pongono questioni qui non suscettibili di essere affrontate[76].

La giurisprudenza, dal canto suo, ha ampiamente accolto il concetto di prova atipica, basandosi sul principio del libero convincimento del giudice, che non trova limite se non nell'obbligo di motivazione, e sul rilievo dell'assenza di una norma di chiusura sulla tassatività delle fonti di prova: «mancando una norma di chiusura sulla tassatività tipologica dei mezzi di prova, il giudice può legittimamente porre a base del proprio convincimento anche prove cosiddette atipiche, purché idonea fornire elementi di giudizio sufficienti, se ed in quanto non smentite dal raffronto critico -riservato al giudice di merito e non censurabile in sede di legittimità, se congruamente motivato- con le altre risultanze del processo (Cass. 25.3.2004 n. 5965)»[77].

In tempi relativamente recenti le Sezioni Unite hanno infine chiarito che le scritture private provenienti da terzi costituiscono prove atipiche, liberamente contestabili dalle parti poiché non inquadrabili né nell'art. 272, c.c., né conseguentemente nell'art. 214, c.p.c.[78]. Tradizionalmente sono anche considerate prove atipiche le risposte eccedenti il mandato del consulente tecnico, i chiarimenti dallo stesso offerti e le perizie stragiudiziali[79].

Insospettatamente ampio è il novero degli elementi di convincimento che la Corte di cassazione considera utilizzabili nel processo civile quali prove atipiche, provenienti dal *procedimento* penale[80], inclusivo sia della fase di indagine svolta dalla polizia giudiziaria -come

74. Taruffo, *La prova nel processo civile*, cit., p. 74.; lo stesso Autore, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, *Riv. dir. proc.*, 1973, p. 402, rileva, tuttavia, come l'atipicità faccia riferimento tanto al mezzo di prova non incluso nel "catalogo codicistico", quanto all'eventuale modo di acquisizione del mezzo istruttorio diverso dal modello legale.

75. Così, quasi testualmente Cass. civ., 5 marzo 2010, n. 5440, integralmente su *De Iure*, banca dati *on line*.

76. Si veda in tema il recente lavoro di L. Passanante, *La prova illecita nel processo civile*, Torino, 2017 che propone una ridefinizione della nozione, p. 149 ss., ed un ampia bibliografia.

77. Cass. civ., 4 giugno 2014, n. 12577, da cui è tratta l'espressione virgolettata; conf. la pronuncia in quella citata, Cass. civ., 25 marzo 2004, n. 5965, che si riferisce alla parte della consulenza d'ufficio eccedente i limiti del mandato, ma non sostanzialmente estranea all'oggetto dell'indagine in funzione della quale è stata disposta; e, nello stesso senso, tra le molte, Cass. civ., 12 novembre 2010, n. 22984; tutte possono leggersi integralmente in *De Iure*, banca dati *on line*.

78. Cass. civ., S.U, 23 giugno 2010, n. 15169, *De Iure*, banca dati *on line*.

79. Per un quadro ed esemplificazioni più ampie, Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 229.

80. Il fenomeno, tuttavia, non è nuovo, come rileva G.F. Ricci, *Aspetti della circolazione della prova nel processo civile nel processo penale*, in *Nuovi profili nei rapporti tra processo civile e processo penale*, cit., p. 114, dove sottolinea come antecedentemente alla riforma del codice di procedura civile del 1988 l'opinione della dottrina e della giurisprudenza fosse pressoché univoca nel senso di considerare trasferibili in sede civile tutte quante le acquisizioni avutesi nel processo penale, istruttorie o dibattimentali che fossero; l'ammissibilità di questo trasferimento rispondeva a precisi criteri di economia processuale, in base ai quali appariva più logico utilizzare la prova raccolta nell'altro processo, anziché doverla rinnovare nel giudizio civile. Il pensiero espresso

dalle indagini difensive le cui risultanze siano state regolarmente allegate al fascicolo del pubblico ministero- sia delle prove dibattimentali e di quelle alle stesse equiparabili (come ad esempio la prova ottenuta in seguito all'incidente probatorio). Nel tempo sono stati veicolati nel processo civile quali prove atipiche i verbali e i rapporti di polizia giudiziaria, tra cui i verbali di sommarie informazioni testimoniali rese agli stessi organi[81], (persino) le dichiarazioni auto indizianti rese nel procedimento penale ai sensi del primo comma dell'art. 63, c.p.p., non potendo -secondo la Corte- la sanzione di inutilizzabilità prevista al secondo comma della stessa norma spiegare effetti fuori del processo penale, oltre alle sentenze penali comprese quelle prive di efficacia di giudicato nel processo civile[82].

In questa giurisprudenza, la distinzione tra atipicità del mezzo di prova e atipicità del procedimento di acquisizione si scolora e la divergenza delle regole tra processo civile e processo penale circa l'ammissibilità e l'assunzione della prova, non costituisce elemento ostativo all'utilizzazione[83]. Il punto centrale è, evidentemente, costituito dal considerare questi elementi quali *prove precostituite*, alla stregua dei documenti[84], atte ad entrare nel processo civile attraverso la produzione. In questa ottica, ed entro questi limiti, nella giurisprudenza ricordata, perde rilievo anche la circostanza che il documento si sia *formato*

dall'Autore era, casomai, di timore che ciò potesse continuare ad avvenire con la riforma del processo penale che considerava quale prova unicamente quella dibattimentale; la direzione intrapresa, invece, si è palesata di segno opposto come mi pare emerga dai pur sintetici dati qui riportati.

81. Cass. civ., 25 marzo 2013, n. 7466, *De Iure*, banca data *on line*, considera utilizzabili nel processo civile sia la sentenza penale, sia i verbali di sommarie informazioni testimoniali rese alla Polizia Giudiziaria; Cass. civ., 4 giugno 2014, n. 12577, anche con riferimento alle dichiarazioni verbalizzate dagli organi di polizia giudiziaria in sede di sommarie informazioni testimoniali; Cass. civ., 19 ottobre 2007, n. 22020, la quale aggiunge i verbali e rapporti degli organi di polizia giudiziaria, tutte pubblicate in versione integrale sempre in *De Iure*.

82. Così, tra le molte, con riferimento all'applicazione della pena su richiesta ai sensi degli artt. 444 e 445 c.p.p., Cass. civ., 4 giugno 2014, n. 12577, cit. nota precedente; analogamente afferma, con riferimento ad un procedimento penale chiusosi con sentenza di non doversi procedere per intervenuta amnistia o per altra causa estintiva del reato, Cass. 25 maggio, 1993. n. 5874; considera prova atipica la sentenza penale non definitiva Cass. 27 aprile 2010, n. 10005, tutte integralmente pubblicate in *De Iure*, banca dati *on line*.

83. Così, Cass. civ., 20 gennaio 2015, n. 840, in *De Iure,* banca dati *on line*, la quale afferma che «Il giudice civile, in assenza di divieti di legge, può formare il proprio convincimento anche in base a prove atipiche come quelle raccolte in un altro giudizio tra le stesse o tra altre parti, delle quali la sentenza ivi pronunciata costituisce documentazione, fornendo adeguata motivazione della relativa utilizzazione, senza che rilevi la divergenza delle regole, proprie di quel procedimento, relative all'ammissione e all'assunzione della prova (costituita, nella specie, da una deposizione testimoniale resa in assenza del contraddittorio nel corso di un procedimento disciplinare a carico di un avvocato nella fase svoltasi dinanzi al consiglio dell'ordine locale, culminato poi nella decisione del consiglio nazionale forense, giudice speciale istituito con il d.leg.lgt. 23 novembre 1944 n. 382)».

84. Cass. civ., 25 marzo 2013, n. 7466, *De Iure*, banca dati *on line*, la quale afferma: «Le prove precostituite, quali i documenti, entrano nel giudizio attraverso la produzione e nella decisione in virtù di un'operazione di semplice logica giuridica, essendo tali attività contestabili solo se svolte in contrasto con le regole, rispettivamente, processuali o di giudizio, che vi presiedono, senza che abbia rilievo una valutazione in termini di utilizzabilità, categoria propria del rito penale ed ignota al processo civile».

in assenza del contraddittorio[85], come invero accade per molti documenti prodotti nel giudizio[86], rilevando invece il rispetto di questa garanzia nella fase processuale in cui lo stesso è utilizzato. Nei rapporti tra processo civile e processo penale, la giurisprudenza giustifica l'esportabilità della prova dal secondo al primo con l'espressione di una sorta di principio di *coerenza dell'ordinamento*, secondo il quale anche quando la sentenza penale non implica un accertamento in grado di fare stato anche nel giudizio civile, contiene un'ipotesi di responsabilità e un elemento di prova che se pur privo di efficacia automatica in ordine ai fatti accertati nel processo penale ed oggetto di autonoma valutazione da parte del giudice, naturalmente nel contraddittorio delle parti[87], non può essere esclusa dal giudice civile senza adeguatamente motivare[88]; non mancano esempi giurisprudenziali in cui l'utilizzazione della prova penale nel processo civile, effettuata sempre in base al canale della prova atipica, è giustificata da un'invocata "unità della giurisdizione"[89].

La prova atipica ha pure dilatato i propri contorni con riferimento agli elementi probatori figli dell'evoluzione tecnica. Così per le prove rinvenibili sui *social networks*, o costituite dai testi degli *sms* o, ancora, da registrazioni sonore o audiovisive rese oggi tecnicamente possibili da molti dei telefoni cellulari in commercio. Si tratta, anche in questi casi, di fonti di prova precostituite al processo o, comunque, a formazione *extraprocessuale*, trasferite su supporti cartacei in forma di trascrizioni o di fotografie, che sono poi acquisite quali produzioni documentali[90]. La circostanza che questi elementi di prova, fisicamente contenuti in un supporto cartaceo, siano acquisiti quali produzioni documentali, non significa punto che essi siano assimilabili alle prove documentali, alle riproduzioni

85. Sul rispetto del contraddittorio nell'assunzione della prova si vedano i richiami di cui *supra*, nota 34. Si ricorda come Tarzia, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, cit., 640 e ss., tra le prove innominate distinguesse quelle raccolte in invece, si devono distinguere le prove innominate tra nuove prove imposte dal progresso scientifico, prove tendenzialmente sostitutive di quelle vigenti nel codice di rito e prove raccolte in altro procedimento.

86. Non è nuovo il rilievo circa l'utilizzazione promiscua dell'espressione «documento» e del termine «atto», effettuata anche dal legislatore negli artt. 2699, c.c., mentre «l'atto giuridico è dato dalla dichiarazione, ed il documento è solo il mezzo materiale che la contiene e la rappresenta», come insegna E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, 1981, II, Milano, 1981, p. 108 ss, e, ancora più chiaramente, il documento è «una cosa che rappresenta o raffigura un fatto in modo da dare a chi l'osserva una certa conoscenza di essa» (id., 322), con la precisazione che per essere prova, la cosa rappresentata o raffigurata nel documento deve avere rilevanza giuridica. Sul documento, Carnelutti, *La prova civile*, cit., p. 140 ss.; *Documento e negozio giuridico, Riv. dir. proc.*, 1926, I, p. 181; voce *Documento*, *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 85 ss.; V. Denti, voce *Prova documentale (dir. proc. civ.)*, *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988; S. Patti, voce *Documento*, *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, VII, Torino, 1991, p. 2 ss.; G. Verde, voce *Prova (teoria generale e diritto processuale civile)*, *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 579 ss.

87. Cass. civ., 19 ottobre 2007, cit.; 25 maggio 1993, n. 5874, cit.

88. Cass. civ., 6 dicembre 2011, n. 26263; Cass. civ., sez. trib. 3 dicembre 2010, n. 24587; Cass. civ., 19 novembre 2007, n. 23906, tutte possono essere lette integralmente in *De Iure*, banca dati *on line*.

89. Cass. civ., 2 marzo 2009, n. 5009, *De Iure*, banca dati *on line; ivi* i rilievi di cui alla precedente nota n. 61.

90. In questo senso, anche per le prove provenienti dal procedimento penale, Cass. civ., 25 marzo 2013, n. 7466, cit.

meccaniche o alle altre prove tipiche di cui agli artt. 2699 ss., c.c., e che siano assoggettati al rispettivo regime processuale.

Ancora, l'alveo della atipicità è stato il primo punto di approdo di una serie di prove scientifiche, poi travasate nella consulenza tecnica d'ufficio che, peraltro, costituisce a sua volta un riferimento non completamente adeguato, poiché permanentemente tormentato dalla contrastata funzione esplorativa e di mezzo di prova[91]. La funzionalità della prova atipica nel settore scientifico si è palesata come inversamente proporzionale al significato di «scienza»[92], che nel tempo si è modificato in ragione dell'acquisizione di nuove conoscenze che hanno consentito di rendere conoscibili e accertabili e in certi casi ripetibili, determinati fenomeni.

Questo dato è chiaramente osservabile con riferimento alla prova ematologica e del DNA, considerate per lungo tempo prove atipiche in quanto non riconducibili né all'ispezione giudiziale, né alla consulenza tecnica[93]. Oggi, tuttavia, la giurisprudenza parla disinvoltamente, e direi correttamente, di consulenza tecnica ematologia e genetica[94].

Tarzia, del resto, già nel 1984 distingueva tra le prove innominate quelle imposte dal progresso scientifico che considerava come tendenzialmente sostitutive di quelle disciplinate dal codice di rito[95].

Al cambiamento di area, da prova atipica a consulenza tecnica, di questo strumento hanno certamente contribuito diversi fattori. La libertà di prova sancita dall'art. 269, secondo comma, c.c., per l'accertamento della maternità e della paternità, paradigmatica

91. Peraltro ammessa da tempo risalente dalla giurisprudenza quando si risolva anche in uno strumento di accertamento di situazioni rilevabili solo con il concorso di determinate cognizioni tecniche, indicata correntemente come consulenza «percipiente»; in questo senso tra le molte, Cass. civ., 21 aprile 2005, n. 8297; recentemente Cass. civ., 20 gennaio 2017 n. 1606, entrambe possono leggersi integralmente in *De Iure*, banca dati *on line*. Ricorda Caprioli nel suo intervento *L'incognita Carnelutti*, al Convegno sulla *La prova civile* di Carnelutti (*ivi*, *supra*, nota 7), cit., p. 381, come l'Autore parlasse dell'esistenza di una confusione, nella perizia, tra il mezzo d'integrazione dell'attività del giudice e la fonte di prova; la dottrina moderna considera, tuttavia, da tempo, necessario superare questa dicotomia. Cfr. sul tema: V. Ansanelli, *La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità*, Milano, 2011; M. Bove, *Il sapere tecnico nel processo civile*, *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1431 ss.; F. Auletta, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova, 2002; A. Scarpa, F. Auletta, *La scelta del Ctu è veramente "cosa del giudice"?*, *Giust. insieme*, 2009, 2/3, p. 93 ss.; C.M. Barone, voce *Consulente tecnico: I) Diritto processuale civile*, *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988; L.P. Comoglio, *L'utilizzazione processuale del sapere extragiuridico nella prospettiva comparatistica*, *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 1145 ss.; G. Franchi, *La perizia civile*, Padova, 1959.

92. F. Auletta, *La prova scientifica: diritto, epistemologia, strumenti d'acquisizione, Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2016, p. 461; M. Taruffo, *La prova scientifica nel processo civile*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 1079.

93. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 404 ss.; V. Trisorio Liuzzi, voce *Ispezione nel processo civile*, *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, vol. X, Torino 1993, p. 189 ss.; M. Vellani, voce *Consulenza tecnica nel diritto processuale civile*, *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, vol. III, Torino 1988, p. 525 ss.

94. Si veda, tra le molte, Cass. civ., 13 novembre 2015, n. 2329, *Foro it.,* 2016, I, 2893, con nota di richiami di G. Casaburi, in materia di ctu ematologica; Cass. civ., 31 luglio 2015, n. 16229, id., 2015, I, 3107, sempre con nota di richiami di G. Casaburi, in materia di ctu genetica.

95. Tarzia, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, cit., p. 640, distingue in seno alle prove innominate quelle nuove imposte dal progresso scientifico, che considera tendenzialmente sostitutive di quelle vigenti nel codice di rito, e le prove raccolte in altro procedimento.

nella sua funzionalità al raggiungimento della verità[96], è stata l'apertura che ha consentito l'entrata di questa modalità d'accertamento nel processo concernente la filiazione. Non certo da ultimo, si aggiunge la considerazione del carattere privilegiato di queste prove sul piano della loro attendibilità[97] e l'elaborazione scientifica verificatasi al loro riguardo *anche* guardando specificamente al processo, di cui offrono esempio le linee guida elaborate dagli scienziati forensi al fine di assicurare risultati attendibili e verificabili cui la giurisprudenza si richiama[98].

Percorso per certi versi analogo è stato compiuto dalla consulenza tecnica psicologica[99], la quale ha preso campo anche nei procedimenti non istituzionalmente caratterizzati dalla libertà di prova, quali quelli di separazione e divorzio in cui si presenti la necessità di accertare la capacità genitoriale per questioni di affidamento, come pure nei processi in cui vi sia la necessità di accertare la capacità d'intendere e di volere di un minore. Anche in questi campi, l'affermazione di linee guide in grado di governare l'assunzione di queste particolari informazioni, che si risolvono in prove dirette del fatto, e la valutazione della loro attendibilità in supporto al libero apprezzamento giudiziale, hanno contribuito alla modernizzazione del sistema probatorio avvenuto attraverso la prova atipica, poi convogliata nella consulenza tecnica.

96. Si vedano gli interessanti rilievi di G. Casaburi, *L'impugnativa per difetto di veridicità: una sentenza «ancien régime» della Cassazione*, *Foro it.,* 2015, I, p. 3113, circa l'elevato standard probatorio richiesto dalla pronuncia, ma non rapportabile allo «al di là di ogni ragionevole dubbio» di cui all'art. 533, c.p.p.

97. Cass. civ., 13 novembre 2015, n. 2329, cit., considera la consulenza tecnica ematologica non esplorativa (nella fattispecie di riferimento) e «accertamento decisivo circa la verità del rapporto di filiazione».

98. Così, ad esempio, espressamente Cass. civ., 31 luglio 2015, n. 16229, cit.

99. Corte EDU, G.C., 13 luglio 2000, *Elsholz c. Allemagne*, può leggersi in versione integrale all'indirizzo http://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":["001-63317"]}, parlava già di "*expertise psychologique*; nello stesso, a titolo di esempio tra le molte, Cass. civ., 04 dicembre 2014, n. 25662, sulla consulenza tecnica psicologica su minore.

STATO DEL BENESSERE O EMANCIPAZIONE? LAVORO E DIRITTO NEGLI STATI UNITI DELLA PRIMA METÀ DEL NOVECENTO

Alessandro Somma
Prof. ordinario Università di Ferrara

Sommario: 1. Stato del benessere e benessere dello Stato. – 2. Società industriale e ordine del mercato. – 3. Poteri di polizia, libertà contrattuale e relazione di lavoro. – 4. L'emancipazione rifiutata: i panettieri di New York. – 5. L'Era Lochner tra libertà contrattuale e collaborazione tra capitale e lavoro. – 6. Lavoro produttivo e lavoro riproduttivo: le lavandaie dell'Oregon e le cameriere di Washington. – 7. Capitalismo organizzato, società organizzata e benessere dello Stato. – 8. New Deal, corporativismo e direzione tecnocratica dell'ordine economico. – 9. Benessere dello Stato, Stato del benessere e neoliberalismo.

1. Stato del benessere o benessere dello Stato?

Queste pagine hanno tratto spunto dall'incontro più o meno fortuito con una formula utilizzata in una nota decisione della Corte suprema statunitense di primo Novecento, la formula «benessere dello Stato» (*Welfare of the State*), e da un'ipotesi di lavoro: che non ci si trovi di fronte a parole poco meditate, scollegate da una qualche opzione politico normativa, ma che al contrario esse segnalino, forse inconsapevolmente, alcuni tratti utili a comprendere la nascita e lo sviluppo dello «Stato del benessere» (*Welfare State*).

Lo sfondo per cogliere questi tratti è dato dal contesto culturale tipico dell'epoca in cui è stata pronunciata la decisione appena richiamata, ovvero dal declino dell'individualismo seguito alla riscoperta della società, e dal conseguente sviluppo di visioni dello stare insieme di matrice organicista.

Quelle visioni, non certo innovative se riferite all'ordine politico, apparivano per molti aspetti rivoluzionarie se riferite all'ordine economico, da dove erano stata a lungo espulse per onorare la rigida distinzione tra un diritto dello «Stato onnipotente» e un diritto dell'«individuo sciolto da ogni comunità»[1]. Per questo determinarono cambiamenti epocali con riferimento al ruolo che i pubblici poteri avrebbero dovuto assumere, essendo ora investiti del compito di sostenere attivamente l'equilibrio e lo sviluppo dell'ordine capitalista, di salvarlo dall'autofagia cui lo avrebbero condannato i fallimenti del mercato e i conflitti prodotti dal suo funzionamento.

Di qui la cura per il benessere dello Stato in quanto entità resasi interprete delle necessità del mercato, per la quale occorreva da un lato elevare la concorrenza a strumento

1. T. Ascarelli, *Appunti di diritto commerciale*, 2. ed., Roma, 1933, p. 17.

di direzione politica dei consociati, e dall'altro destinare loro misure di sicurezza sociale intese quali contropartite per la rinuncia alla lotta politica: sia misure di carattere pubblicistico, concernenti l'erogazione di prestazioni sociali, sia misure di carattere privatistico, relative alla promozione della parità sostanziale nelle relazioni interindividuali. Ecco perché la genesi dello Stato del benessere, dello Stato la cui azione contempli entrambe le misure, ben può essere ricostruita muovendo dal concetto di benessere dello Stato.

2. Società industriale e ordine del mercato.

Al principio del Novecento la transizione dalla società borghese alla società industriale si era oramai compiuta. Da tempo il lavoro non era più il tramite per l'accesso alla condizione proprietaria, che dunque aveva cessato di costituire un veicolo di mobilità ed emancipazione sociale. Il sistema di fabbrica era il fondamento della società industriale, e questo richiedeva una schematizzazione coercitiva dell'esistenza, per dirla con Weber[2], come quella scandita dai ritmi della catena di montaggio[3]. Tutto era volto ad assecondarli, a soddisfare le necessità di un ordine incentrato sulla produzione e il consumo di massa. Un ordine che dunque invadeva i momenti della vita dedicati al lavoro, ma che tendeva a irreggimentare anche quelli destinati allo svago e al riposo: il lavoratore doveva essere trasformato in un consumatore mosso da istinti edonistici[4]. Il tutto nel solco di una visione dello stare insieme come società che, se per un verso pretendeva di essere ricavata da tensioni individualiste, aveva per un altro ceduto il passo a schemi organicistici: quelli confinati dalla società borghese all'ordine politico, riabilitati dalla società industriale per sciogliere l'individuo nell'ordine economico, per renderlo incapace di condotte diverse da quelle funzionali a preservarne l'equilibrio e promuoverne lo sviluppo.

Tutto ciò riguardò l'area europea e nordamericana, sebbene con tempi e modalità differenti, convergenti però verso un medesimo orizzonte. Nella prima i fondamenti teorici delle trasformazioni a cui facciamo riferimento furono oggetto di un dibattito ampio e vivace[5], ma è nella seconda che il quadro delle realizzazioni pratiche si delineò con maggiore nettezza. Fu cioè nell'esperienza statunitense che, sin dalla seconda metà dell'Ottocento, si diffusero i primi interventi legislativi destinati in particolare a disciplinare la relazione di lavoro con modalità decisamente contrastanti con il tradizionale *laissez faire*. Fu lì che si evidenziarono i termini della frizione tra il vecchio e il nuovo corso, e soprattutto il senso delle trasformazioni in atto: la volontà di ridurre il comportamento

2. M. Weber, *Economia e società* (1922), vol. 3, Torino, 2000, p. 85 s.

3. D'obbligo il riferimento a F.W. Taylor, *L'organizzazione scientifica del lavoro* (1911), Milano, 2004.

4. Ci troviamo non a caso negli anni in cui si compiono i primi studi sui comportamenti di consumo, come testimoniato dal celeberrimo T.B. Veblen, *Teoria della classe agiata. Studio economico sulle istituzioni* (1899), Torino, 2007.

5. Citazioni in A. Somma, *Alle radici del diritto privato europeo. Giustizia sociale, solidarietà e conflitto nell'ordine proprietario*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2010, p. 39 ss.

degli operatori del mercato, di quelli addetti alla produzione come di quelli incaricati del consumo, a mera reazione automatica agli stimoli dell'ordine economico.

Insomma, il superamento dell'individualismo aveva condotto a una combinazione di istanze liberatorie e istanze ordinatorie con finalità estranee al proposito di produrre emancipazione. Il tutto mentre proprio l'emancipazione era stata perseguita dalla società borghese nel momento in cui aveva esaltato la forza liberatoria della condizione proprietaria, accessibile a tutti attraverso il lavoro e a monte attraverso la contrattazione. Nella società industriale, però, il lavoro era oramai incapace di produrre mobilità sociale, tanto da rendere la condizione proprietaria il punto di riferimento per la divisione tra classi sociali: divisione immobile, perché tale era quella condizione.

La Costituzione statunitense prende in considerazione la libertà contrattuale in quanto valore potenzialmente minacciato dai pubblici poteri. In tal senso vieta innanzi tutto agli Stati di approvare «leggi che deroghino alle obbligazioni derivanti da contratto» (art. 1 sez. 10): una disposizione destinata a prevenire interventi come quelli che caratterizzarono gli anni Ottanta del Settecento, quando una grave crisi economica ispirò l'approvazione di provvedimenti volti ad alleviare la condizione dei debitori[6].

Più importanti i riferimenti contenuti nel 5. e nel 14. emendamento, dove si dispone che i legislatori federale e statale non possono privare alcuno «della libertà o della proprietà se non in seguito a *due process of law*». Queste disposizioni hanno infatti offerto un ombrello protettivo ai contraenti insidiati dall'attività dei pubblici poteri, soprattutto se si trattava di imprese[7]. Sarebbe questo il motivo per cui il 14. emendamento si riferisce alla «persona», e non semplicemente al «cittadino»: esito ottenuto forzando il fine ultimo della disposizione, ovvero promuovere il riconoscimento dei diritti civili in capo ai neri liberati dalla loro condizione di schiavitù, e non certo ampliare lo spazio di manovra assicurato agli operatori del mercato[8].

A ben vedere, però, una forte compressione della libertà contrattuale derivava, allora come ora, proprio dalle imprese, che finivano per «usare i contratti come arma nel conflitto industriale»[9]. Ciò si verificava soprattutto se quelle imprese erano coalizzate in cartelli, una figura evidentemente ricorrente anche in area europea, dove però il legislatore intervenne in ritardo, oltretutto per regolamentare piuttosto che per reprimere il fenomeno[10]. Diversa la situazione negli Stati Uniti, dove gli accordi tra imprese volti a

6. Per tutti H. Shepherd e B.D. Sher, *An Introduction to Freedom of contract. Cases and Materials*, Brooklyn, 1960, p. 568.

7. Ad es. J.C. Knowlton, *Freedom of Contract*, in *Michigan Law Review*, 3, 1904-05, p. 619.

8. La vicenda viene ricostruita da H.J. Graham, *The "Conspiracy Theory" of the Fourteenth Amendment*, in *The Yale Law Journal*, 47, 1937-38, p. 371 ss. e 48, 1938-39, p. 171 ss.

9. F. Kessler e M.P. Sharp, *Cases and Materials on Contracts*, New York, 1953, p. 8.

10. Per tutti D.J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth-Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, 2001, p. 115 ss.

regolare prezzi e condizioni di vendita avevano dato vita ad alcuni tra i più potenti e noti monopoli nella storia economica mondiale: primo fra tutti Standard Oil, il cartello del petrolio creato da John Rockefeller a partire da una società fondata nel 1870, poi sciolto dalla Corte suprema nel 1911[11].

Ciò avvenne sulla base di quanto disposto dallo *Sherman Antitrust Act* del 1890, adottato per reprimere in generale il comportamento di chi intende realizzare monopoli. Il provvedimento costituì una prima limitazione della libertà contrattuale delle imprese, giacché la formazione di cartelli rappresentava un'espressione della loro autonomia. È pero significativo che la limitazione non sia stata concepita come strumento di tutela dei consumatori danneggiati dalle pratiche monopolistiche, o meglio non direttamente per questo. Il fine immediato è stato la protezione del «libero gioco della competizione», intralciando il quale si «sottraggono al Paese i servizi di una pluralità di operatori del mercato»[12]. Il legislatore statunitense ha voluto cioè tutelare l'ordine di mercato eretto a sistema, per il quale occorreva che gli operatori economici non perseguissero strategie individuali, e in particolare che non fuggissero dalla concorrenza: strumento attraverso cui si ottiene una produzione di beni diversificata, che i consumatori sono poi chiamati a selezionare, anche loro assolvendo così ai compiti di sistema. Solo a queste condizioni, se cioè produttori e consumatori tengono i soli comportamenti qualificabili come reazioni automatiche agli stimoli del mercato, possono ottenere i benefici a loro destinati dall'ordine nel quale sono sciolti.

È appena il caso di ricordare come la stessa logica sistemica sia stata amplificata dalla letteratura europea che tra i due conflitti mondiali ha premuto per superare l'approccio per cui i cartelli tra imprese, più che repressi, dovevano essere disciplinati. Anche in quel contesto si disse che gli accordi limitativi della concorrenza impedivano l'operare delle «rigide regole del gioco e della lotta», il cui rispetto costituiva «un dovere nei confronti dell'economia nel suo complesso»[13]. Giacché «in una situazione di concorrenza imperfetta le energie dell'imprenditore sono indirizzate all'elaborazione di strategie di mercato», mentre solo «in una situazione di concorrenza perfetta l'imprenditore è interessato a lavorare bene e a basso costo»[14].

3. Poteri di polizia, libertà contrattuale e relazione di lavoro.

Ma torniamo alle deroghe al principio di libertà contrattuale, per ricordare che, evidentemente, non vi erano solo quelle riconducibili alla tutela della concorrenza eretta

11. *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States* 221 U.S. 1 (1910).

12. Sono espressioni che ricorrono nella giurisprudenza: cfr. J.H. Benton, *The Sherman or Anti-Trust Act*, in *Yale Law Journal*, 18, 1908-09, p. 314.

13. F. Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Stuttgart e Berlin, 1937, pp. 100 e 102.

14. L. Miksch, *Möglichkeiten und Grenzen der gebundenen Konkurrenz*, in G. Schmölders (a cura di), *Der Wettbewerb als Mittel volkswirtschaftlicher Leistungssteigerung und Leistungsauslese*, Berlin, 1942, p. 102 ss.

a sistema. Più diffusi erano gli interventi del legislatore, in particolare di quello statale, nell'esercizio del cosiddetto potere di polizia (*police power*): espressione dai contorni tuttora indefiniti perché attiene all'esercizio della sovranità in quanto tale[15], risentendo così delle concezioni di volta in volta prevalenti circa le relazioni tra sfera pubblica e sfera privata[16]. Il che, ai nostri fini, significa valutare le interpretazioni del 5. e 14. emendamento della Costituzione statunitense, per i quali la libertà e la proprietà possono essere compresse dai pubblici poteri solo nel rispetto del *due process of law*.

In quanto intimamente connesso con l'esercizio della sovranità, fin dal 14. Secolo nell'esperienza inglese il potere di polizia venne tematizzato con riferimento ai provvedimenti destinati a perseguire un non meglio definito interesse generale: ad esempio quelli che, all'epoca della peste nera diffusasi intorno alla metà del Trecento, avevano inteso fronteggiare la penuria di forza lavoro vietando ai datori di lavoro di concedere aumenti salariali, e ai lavoratori di muoversi alla ricerca di migliori condizioni economiche[17]. Quando però l'esercizio del potere di polizia si diffuse nell'esperienza statunitense, un'attitudine decisamente più rispettosa della sfera privata portò a ritenere che dovesse informarsi alla massima, di sapore kantiano, per cui la libertà individuale poteva conoscere il solo limite della libertà altrui[18].

Le cose erano però destinate a mutare rapidamente per l'ampliamento dei compiti che si reputava dovessero spettare ai pubblici poteri, così sintetizzati dalla Corte suprema nel 1885: «promuovere la salute, la pace, la morale, l'educazione e il buon ordine delle persone» e «legiferare in modo tale da incrementare le industrie dello Stato, sviluppare le sue risorse e contribuire alla sua ricchezza e prosperità»[19]. Come si vede, per quanto esemplificato, l'interesse generale restava un concetto dai contorni sfumati, e del resto non poteva essere altrimenti[20]. Cambiava però la prospettiva, che era sempre più quella cui rinviava la «scienza di polizia» (*Policeywissenschaft*), elaborata in area tedesca tra la metà del 17. e la metà del 18. Secolo[21]. Là i poteri di polizia avevano cessato di riguardare il solo mantenimento della pace e della sicurezza per ricomprendere quanto si potrebbe definire in termini di polizia economica: l'insieme delle misure destinate ad alimentare l'industria

15. Da ultimo B. Rodriguez, *The Inscrutable (Yet Irrepressible) State Police Power*, in *New York University Journal of Law & Liberty*, 9, 2015, p. 662 ss.

16. Con specifico riferimento al recente ritorno di un assolutismo proprietario, v. ad es. P.A. Talmadge, *The Myth of Property Absolutism and Modern Government: The Interaction of Police Power and Property Rights*, in *Washington Law Review*, 75, 2000, p. 857 ss.

17. Ad es. S. Cohn, *After the Black Death. Labour Legislation and Attitudes Towards Labour in Late-Medieval Western Europe*, in *The Economic History Review*, 60, 2007, p. 457 ss.

18. Ad es. *Commonwealth v. Alger* 7 Cush. 53, 61 Mass. 53 (1853), p. 63.

19. *Barber v. Connolly* 113 U.S. 27 (1885), p. 31.

20. J.M. Mathews, *State Power and Individual Rights*, in *Illinois Law Quarterly*, 4, 1921-22, p. 253 ss.

21. Il collegamento si ritrova persino nella letteratura dell'epoca: v. B.J. Ramage, *Social Progress and the Police Power of a State*, in *American Law Review*, 36, 1902, p. 685 s.

e il commercio, quindi la ricchezza dei privati e di riflesso la ricchezza pubblica. Il tutto sovrastato da tensioni organiciste e al limite eugenetiche tipiche dell'esperienza tedesca, che conducevano a ricomprendere, tra le misure di polizia, quelle miranti a moltiplicare il numero delle persone capaci di beneficiare la comunità con il frutto del loro lavoro[22].

Le stesse tensioni costituirono il movente, più o meno dichiarato, dei provvedimenti con i quali, a partire dalla fine dell'Ottocento, si affrontarono le contraddizioni riconducibili allo sviluppo della società industriale, in particolare quelle relative al rapporto tra capitale e lavoro. Anche in questo ambito operarono del resto considerazioni simili a quelle a cui si deve la disciplina antitrust: il funzionamento del principio di concorrenza richiede, oltre alla diversificazione nell'offerta di beni, anche la pacificazione del luogo in cui vengono prodotti, quindi la collaborazione tra capitale e lavoro.

In Europa il conflitto tra capitale e lavoro fu l'occasione per concepire il primo embrione di Stato sociale[23]. Ciò avvenne, come si ricava in modo esemplare dall'esperienza tedesca, in quanto non si riuscì a reprimere il nascente movimento operaio. Era questo il senso della nota comunicazione con cui l'Imperatore Guglielmo I riconosceva che «la riparazione dei danni sociali non si dovrà perseguire esclusivamente attraverso la repressione dei tumulti socialdemocratici, bensì anche attraverso il sostegno attivo al benessere dei lavoratori»[24]. La repressione, del resto, non era stata efficace, e questo indusse a istituire il primo sistema moderno di sicurezza sociale, finanziato con soldi pubblici e con i contributi dei datori di lavoro e dei lavoratori: sistema esplicitamente concepito come misura paternalistica di superamento della lotta di classe e di coinvolgimento dei lavoratori nell'ordine proprietario[25].

Anche gli Stati Uniti conobbero una stagione di rilevante conflitto sociale, con episodi particolarmente cruenti, come la rivolta di Haymarket Square: i disordini di Chicago del maggio 1886 che come è noto ispirarono l'istituzione della Festa del lavoro. Tanto che, all'epoca, il movimento socialista a livello internazionale considerava la classe operaia nordamericana come la più avanzata dal punto di vista della lotta al capitalismo, sviluppatasi non a caso nel Paese in cui esso si trovava allo stadio più avanzato.

Solo durante il New Deal, però, si iniziò a edificare lo Stato sociale sulla scia di quanto era avvenuto in area europea. E lo si fece ispirandosi inevitabilmente alla filosofia di fondo che orientò l'azione del Presidente Franklin Delano Roosevelt: quella, a cui ci

22. Per tutti M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. 1 (*Reichtspublizistik und Policeywissenschaft* 1600-1800), München, 1988, p. 372 ss. e vol. 2 (*Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft* 1800-1914), München, 1992, p. 243 ss.

23. G. Cazzetta, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, 2007, p. 12 ss.

24. Cd. *Kaiserliche Botschaft* del 17 novembre 1881.

25. V. il *Gesetz gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie* del 22 ottobre 1878. Al proposito, per tutti, G.A. Ritter, *Storia dello Stato sociale* (1991), Roma e Bari, 2003, p. 61 ss.

dedicheremo fra breve, per cui occorreva salvare il capitalismo dall'egoismo di classe, combinando sicurezza sociale e incentivo ai processi di modernizzazione nell'ambito di una direzione tecnocratica dell'ordine economico. Fin dalla fine dell'Ottocento, però, vennero emanati alcuni provvedimenti statali destinati a disciplinare la prestazione lavorativa, soprattutto dal punto di vista della sua durata, ma anche dell'entità del salario. E lo stesso fece poco dopo il legislatore federale, ad esempio con la limitazione a otto ore della giornata lavorativa ordinaria nel settore del trasporto ferroviario[26].

A ben vedere anche queste misure riguardavano l'edificazione dello Stato sociale, ovvero dello Stato impegnato a combattere la debolezza sociale con misure perequative, che possono essere di carattere pubblicistico, se relative al sistema della sicurezza sociale, ma anche privatistico: se riguardavano la promozione della parità sostanziale nelle relazioni interindividuali, innanzi tutto quelle di lavoro. E forse proprio per questo la disciplina lavoristica non venne concepita per promuovere, come finalità prima, l'emancipazione dei lavoratori.

In massima parte l'intervento del legislatore, che pure poté riverberarsi in modo positivo sulla condizione della parte debole nella relazione di lavoro, era cioè ispirato alle medesime finalità che in Europa avevano stimolato la nascita dello Stato sociale: in particolare alla volontà di pacificare l'ordine economico. Lo si ricava in modo esemplare da una decisione della Corte suprema relativa alla disciplina federale del lavoro nel settore del trasporto ferroviario, quella a cui abbiamo appena fatto riferimento. I giudici dichiararono che l'esecutivo aveva il potere, oltre che di determinare la durata della giornata lavorativa ordinaria, anche di imporre un salario minimo. Tuttavia solo perché la misura aveva un carattere transitorio, e soprattutto perché la si ritenne indispensabile a ricomporre un aspro conflitto sindacale[27].

Se così stanno le cose, la tutela dei lavoratori del settore ferroviario non soddisfaceva tanto la loro aspirazione a emanciparsi, quanto la tensione organicista per cui occorreva pacificare l'ordine economico, renderlo un ambiente nel quale capitale e lavoro erano portati a cooperare. Il tutto nell'attesa che un simile ambiente si producesse per effetto di un accordo tra lavoratori e datori di lavoro, quindi concependo l'intervento dei pubblici poteri come riproduttivo di quanto si pensava che il mercato del lavoro avrebbe potuto realizzare spontaneamente.

Peraltro l'impeto organicista del legislatore, espressosi al meglio nell'idea per cui i poteri di polizia costituivano strumenti di «autopreservazione»[28] o di «autodifesa dello

26. Così l'Adamson Act del 1916, su cui ad es. M.H. Lauchheimer, *The Constitutionality of the Eight-Hour Railroad Law*, in *Columbia Law Review*, 16, 1916, p. 554 ss.

27. *Wilson v. New*, 243 U.S. 332 (1917), p. 332 s. Al proposito V. T. Reed Powell., *Due Process and the Adamson Law*, in *Columbia Law Review*, 17, 1917, p. 114 ss.

28. S.M. Soref, *The Doctrine of Reasonableness in the Police Power*, in *Marquette Law Review*, 15, 1930-31, p. 3.

Stato nel suo complesso»[29], non si fermava qui. Talvolta traeva fondamento da motivazioni ulteriori rispetto a quelle concernenti l'equilibrio dell'ordine economico, o almeno quest'ultimo non era la finalità prima dell'intervento. È il caso dei provvedimenti dedicati al lavoro femminile, di cui diremo fra breve, che avevano una chiara matrice eugenetica: concernevano la salute della donna, tuttavia per i riflessi sul suo ruolo di madre.

4. L'emancipazione rifiutata: i panettieri di New York.

Si è detto di una decisione della Corte suprema di fine Ottocento in cui si propose una nozione di poteri di polizia che preludeva a una compressione dell'autonomia privata per finalità non più riconducibili alle sole massime kantiane. A ben vedere un mutamento di prospettiva in tal senso non venne avallato in tempi brevi, ma solo dopo un periodo nel corso del quale il vertice della giurisdizione federale mantenne la tradizionale deferenza nei confronti del principio di libertà contrattuale. Il tutto in dissonanza rispetto a un orientamento sempre più diffuso tra i legislatori statali i quali avevano preso a disciplinare, come abbiamo anticipato, alcuni aspetti della relazione di lavoro: in massima parte quelli concernenti la sua durata nel caso di incombenze particolarmente usuranti o categorie di soggetti bisognose di una protezione rafforzata, ma non solo[30].

Nella prima decisione in cui si è misurata con il concetto di libertà contenuto nel 14. emendamento, resa nel 1897, la Corte suprema ha avuto modo di esprimere in termini univoci il suo attaccamento alle massime fondative del *laissez faire*. Per il vertice della giustizia federale il concetto comprende il diritto di «concludere tutti i contratti» funzionali a renderne il titolare libero «di vivere e lavorare dove vuole, di procurarsi il sostentamento con ogni attività conforme alla legge, di esercitare ogni professione»[31].

Comunque sia, l'emancipazione dei lavoratori non era il motivo per cui, talvolta, si avallava la limitazione dell'autonomia privata. È quanto si ricava, in modo esemplare, da una decisione concernente un'ordinanza della città di San Francisco con cui si vietò il lavoro notturno nelle lavanderie, con ciò incidendo indirettamente sull'orario dei lavoratori impiegati in quelle attività. L'ordinanza venne ritenuta costituzionale, ovvero un legittimo esercizio di poteri di polizia, ma solo in quanto nelle lavanderie il reparto stireria utilizzava il fuoco e questo avrebbe minacciato le molte costruzioni in legno tipiche della città[32].

A ben vedere diversa è l'ispirazione di fondo delle sentenza Holden, una decisione della Corte suprema che nel 1898 reputò costituzionale un provvedimento dello Utah dove si limitava a otto ore la giornata lavorativa nelle miniere[33]. In quell'occasione si disse

29. J.M. Balyney Jr., *The Term Police Power*, in *Central Law Journal*, 59, 1904, p. 486.

30. Per tutti R.F. Sturgis, *Demands of Labor and the Fourteenth Amendment*, in *The American Law Review*, July-August 1907, p. 31 ss.

31. *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897), p. 589.

32. *Barbier v. Connolly*, 113 U.S. 27 (1885), p. 30.

33. Sect. 1 *Employment in Underground Mines and in Smelters Act* del 1896.

che l'interesse statale a limitare la libera determinazione del contenuto della relazione lavorativa ben poteva reggersi sulla rilevanza pubblica della salute dei lavoratori, e a monte sulla circostanza che la disparità sostanziale tra i contraenti impediva alla parte debole di rappresentare il proprio punto di vista: «i proprietari pongono le loro regole, mentre i lavoratori sono praticamente costretti a seguirle»[34].

Si è però trattato di un'eccezione, celebrata da alcuni perché conduceva finalmente a intendere la libertà come garanzia di «pari opportunità»[35], ma avversata dai più in quanto pericoloso attentato alla democrazia e alla sovranità popolare[36]. Il panorama era cioè complessivamente sordo se non ostile alle istanze dei lavoratori, nonostante le loro miserabili condizioni alimentassero un conflitto sociale sempre più aspro, e trovassero inoltre occasioni sempre più frequenti di essere denunciate pubblicamente[37].

Esemplare nel merito una decisione della Corte suprema resa nel 1905, la celeberrima sentenza Lochner, che per molto tempo impedì un'evoluzione dell'ordinamento in senso meno ostile al tema dell'emancipazione dei lavoratori, pregiudicando così anche la possibilità di valorizzare il precedente relativo alla giornata lavorativa nelle miniere dello Utah[38].

Lochner riguardò un provvedimento dello Stato di New York dedicato alle panetterie e pasticcerie, con indicazioni sulle condizioni igieniche dei locali adibiti alla produzione alimentare, ma anche sulla protezione della salute dei lavoratori: in particolare la limitazione dell'attività lavorativa a dieci ore giornaliere e sessanta settimanali[39]. I giudici federali ritennero quest'ultima indicazione il frutto di un esercizio incostituzionale dei poteri di polizia, giacché realizzava una violazione del principio di libertà contrattuale ancorato nel 14. emendamento, di cui si proponeva una lettura di matrice formalista: «il diritto di comprare o vendere lavoro», ovvero «il diritto dell'individuo di concludere i contratti in materia di lavoro che gli sembrano appropriati o necessari per il supporto di sé e della sua famiglia», doveva ritenersi «parte della libertà protetta da questo emendamento»[40].

Se peraltro la limitazione dell'orario di lavoro dei panettieri non si doveva ammettere in quanto lesiva della loro libertà contrattuale, in via di principio essa poteva essere legittimata dalla necessità di tutelare la loro salute. Anche qui, però, i giudici non rilevarono alcun motivo per ritenere che questa dovesse essere la conclusione per la specifica classe di lavoratori presa in considerazione. L'attività del panettiere, sostennero, procura non

34. *Holden v. Hardy*, 169 U.S. 366 (1898), pp. 391 s. e 397.

35. G.W. Alger, *The Law and Industrial Inequality*, in *The Brief*, 7, 1907, p. 3.

36. S. Barclay, *The Danger Line*, in *The American Law Review* , May-June 1998, p. 21 ss.

37. Particolarmente celebre il romanzo di U. Sinclair, *The Jungle*, New York, 1906: un drammatico atto di denuncia delle condizioni in cui versavano i lavoratori dei macelli di Chicago.

38. V. E. Freund, *Limitation of Hours of Labor and the Federal Supreme Court*, in *Green Bag*, 17, 1905, p. 411 ss.

39. *Bakeshop Act* del 1895.

40. *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), p. 57.

meno danni alla salute di qualsiasi altra occupazione, motivo per cui non può legittimarsi un esercizio dei poteri di polizia come quello a cui si è dedicato il legislatore dello Stato di New York[41].

Si noti che la Corte non intese, con tutto ciò, superare la sentenza Holden: lì il provvedimento riguardava una specifica «classe di persone», sicché la decisione non poteva essere vista come l'avallo del contenimento dell'orario di lavoro in quanto tale. Inoltre il provvedimento relativo alle miniere dello Utah conteneva una «clausola di emergenza», per la quale il limite orario poteva essere superato qualora la vita o la proprietà fossero «minacciate da un pericolo imminente», cosa che invece non era prevista nella disciplina sull'attività dei panettieri.

A ben vedere la possibilità di un *distinguishing* appare contestabile, e in effetti la scelta dei giudici federali sollevò alcune critiche tra i contemporanei[42], ovviamente estese al tenore politico normativo della decisione[43]. Il favore per un'attitudine accondiscendete verso il *laissez faire* incontrava tuttavia il favore di diversi autori, anche se con intensità decrescente con il passare degli anni[44].

5. L'Era Lochner tra libertà contrattuale e collaborazione tra capitale e lavoro.

Come abbiamo detto, la decisione sull'orario di lavoro dei panettieri di New York aprì una stagione di ostilità della Corte suprema verso la compressione dell'autonomia privata in materia lavoristica, sostenuta da letture formaliste del principio di libertà contrattuale in quella materia. Una lunga stagione, chiusa solo nella seconda metà degli anni Trenta, che venne significativamente chiamata Era Lochner: periodo durante il quale la Corte suprema si mise complessivamente al servizio dei fautori del *laissez faire*, sebbene alcune decisioni furono accondiscendenti verso il ricorso ai poteri di polizia in materia economica[45]. Tuttavia non in tema di tutela dei lavoratori, o comunque non per promuovere la loro emancipazione o eventualmente per legittimare condotte incompatibili con le necessità sistemiche dell'ordine economico.

Emblematiche furono due decisione dedicate ai cosiddetti accordi *yellow dog*[46], ovvero gli accordi con cui un lavoratore si impegnava con il suo datore di lavoro a non aderire

41. *Ivi*, p. 59.

42. Ad es. E. Freund, *Limitation of Hours of Labor*, cit., p. 412 ss.

43. Per tutti L.M. Greeley, *The Changing Attitude of the Courts Towards Social Legislation*, in *Illinois Law Review*, 5, 1910-11, p. 226.

44. Cfr. S.W. Dunscomb Jr., *The Police Power and Civil Liberty*, in *Columbia Law Review*, 6, 1906, p. 93 ss.

45. Sull'Era Lochner la letteratura è sterminata. Da ultimo F. Saitto, *Dalla Gilded Age al New Deal: diritti e federalismo nella Lochner Era*, in *Diritto pubblico*, 2016, p. 669 ss.

46. Letteralmente «cane giallo», espressione coniata al principio degli anni Venti in ambienti sindacali per alludere a come si sarebbe ridotto il lavoratore, privato di «ogni diritto che possiede in virtù della Costituzione», e reso «uno schiavo impotente del datore di lavoro»: cfr. P. Cousineau, *Wordcatcher. An Odyssey into the World of Weird and Wonderful Words*, Berkeley Ca., 2010, p. 284.

al sindacato, comprensibilmente considerati una vera e propria minaccia per l'esistenza di quest'ultimo[47]. Una simile pratica venne per la verità ritenuta un illecito penale da un provvedimento federale di fine Ottocento relativo al trasporto ferroviario intrastatuale, dove si vietava al datore di lavoro anche di «minacciare il lavoratore con la perdita del posto» o «discriminare il lavoratore» a causa della sua appartenenza a un'organizzazione sindacale[48]. La Corte suprema, però, dichiarò l'incostituzionalità di questi divieti in una decisione resa poco dopo la sentenza Lochner, dove si ribadirono i fondamenti dell'impostazione formalistica solidale con l'ideologia del *laissez faire*. La Costituzione statunitense, si precisò, protegge la proprietà e la libertà personale, beni che il provvedimento federale invece aggrediva menomando la libertà contrattuale di entrambe le parti della relazione di lavoro: «il datore di lavoro e il lavoratore hanno uguali diritti, e ogni disciplina che alteri questa uguaglianza è un'interferenza arbitraria con la libertà di contratto che in un Paese libero nessun governo più giustificare legalmente»[49].

L'orientamento dei giudici federali venne confermato in una decisione di qualche anno successiva, in cui si dichiarò l'incostituzionalità di una legge statale di contrasto degli accordi *yellow dog*. Con l'occasione si ribadì che non era compito dei pubblici poteri risolvere il problema della sostanziale disparità dei contraenti quanto a forza sociale, e dunque a capacità di rappresentare e far prevalere i propri interessi: «dove c'è diritto di proprietà ci devono essere e ci saranno fortune diseguali, sicché accade naturalmente che coloro i quali negoziano un contratto non sono liberi in modo uguale dai condizionamenti delle circostanze»[50].

Insomma, gli Stati Uniti, non diversamente dagli altri Paesi occidentali, stavano attraversando un periodo di cambiamenti epocali, oltre che per lo sviluppo dell'ordine economico, anche per le vicende legate al primo conflitto mondiale, non certo estranee a quelle connesse all'evoluzione del capitalismo. Ciò indusse a rivedere la rigidità con cui, in materia di lavoro, si applicavano i dogmi ereditati dal passato, tuttavia sulla base di un impeto organicista che non consentiva di vedere nei correttivi all'autonomia privata un modo di promuovere l'emancipazione di coloro i quali erano menomati dalla sua affermazione in termini assoluti.

Altrimenti detto, se si ammettevano deroghe al *laissez faire*, era per «confezionare discipline per la protezione di tutti, la comunità o il pubblico interesse»[51]. E non può certo ritenersi che sia nel merito un'eccezione la decisione con cui la Corte suprema ha ritenuto legittima una limitazione a dieci ore dell'orario di lavoro disposta da una legge

47. Cfr. *Against the "Yellow Dog" Contract!*, in *American Labor Legislation Review*, 17, 1927, p. 367.
48. Sect. 10 *Erdman Act* del 1898.
49. *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908), p. 174 s.
50. *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915), p. 17.
51. J.R. Anthony, *Attitude of the Supreme Court Towards Liberty of Contract*, in *Texas Law Review*, 6, 1927-28, p. 301.

dell'Oregon, che in effetti presentava le medesime caratteristiche della disciplina, sopra ricordata, del lavoro nelle miniere dello Utah: conteneva una clausola di emergenza per la quale, se «la vita o la proprietà sono esposte a un pericolo imminente», il limite indicato poteva essere superato, sebbene accordando al lavoratore un riconoscimento per il lavoro straordinario[52].

Evidenzieremo fra breve la carica eugenetica che ha caratterizzato l'impostazione della Corte suprema. Prima però occorre dire dell'atteggiamento dei giudici federali nei casi in cui la promozione dei diritti dei lavoratori non costituiva il mero riflesso di misure volte a produrre un loro scioglimento dell'ordine economico. Menzioneremo a titolo esemplificativo tre decisioni rese tra la fine del secondo conflitto mondiale e la metà degli anni Trenta, anche per dare conto della notevole estensione temporale dell'Era Lochner.

La prima decisione riguardò il lavoro minorile, fenomeno verso il quale l'opinione pubblica iniziava a sensibilizzarsi, ispirando tuttavia interventi legislativi solo in alcuni Stati. Nel 1916 un provvedimento federale tentò allora di venire in soccorso, escludendo dal commercio interstatuale i prodotti realizzati da minori di quattordici anni, oppure da minori di sedici anni impiegati di notte o per più di otto ore al giorno. I giudici federali non valutarono il provvedimento dal punto di vista della sua compatibilità con il *due process of law*. Si limitarono a rilevare che esso tentava di correggere una situazione di «concorrenza sleale» determinata dal diverso approccio dei legislatori statali al problema del lavoro minorile, e che non rientrava tra le competenze federali emanarlo: per questo motivo era da ritenersi incostituzionale[53].

Alcuni anni dopo, con la sentenza Adkins, la Corte suprema si occupò di una legge federale per l'allora District of Columbia, ovvero per la Capitale, che aveva disposto in materia di salario minimo delle lavoratrici donne, sulla scia di quanto avevano all'epoca realizzato altri legislatori statali[54]. I giudici riconobbero che «la libertà contrattuale assoluta non esiste», e tuttavia precisarono che nello specifico non vi erano i presupposti per derogarvi: si trattava «semplicemente ed esclusivamente di una legge destinata a fissare il prezzo, limitata alle donne adulte, legalmente capaci di contrarre esattamente come gli uomini». Era pertanto incostituzionale in quanto impediva di esercitare la libertà contrattuale, e dunque alle parti di individuare «il prezzo al quale una fornirà il servizio all'altra», in una situazione nella quale «entrambe sono intenzionate e forse ansiose di trovare un accordo»[55].

52. *Bunting v. Oregon*, 243 U.S. 426 (1917).

53. *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918), p. 273. Le legge dichiarata incostituzionale è il *Child Labor Act* del 1916.

54. Cfr. A.N. Holcombe, *The Effects of the Legal Minimum Wage for Women*, in *The Annals of the American Academy of Political and social Science*, 69, 1917, p. 34 ss.

55. *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923), pp. 546 e 554 s., dove il provvedimento colpito è il *Minimum Wage Act* del 1918. In dottrina ad es. T.R. Powell, *Judiciality of Minimum-Wage Legislation*, in *Harvard*

Nel 1936 il vertice della giustizia federale si trovò a valutare un provvedimento simile, questa volta dello Stato di New York. Anche questa volta, a distanza di quasi quindici anni, venne ribadita l'incompatibilità del provvedimento con il *due process of law*, e con ciò l'incostituzionalità delle misure legislative destinate a individuare minimi salariali. E anche questa volta si ravvisò una violazione del principio di libertà contrattuale non perché non fossero immaginabili situazioni in cui occorreva tutelare le lavoratrici, ma perché nel caso di specie mancavano i presupposti per la tutela. Quest'ultima era ammissibile solo in presenza di un «interesse pubblico», per ravvisare il quale «le differenze fisiche tra uomini e donne devono essere riconosciute», cosa che per i giudici non si era però verificata[56].

6. Lavoro produttivo e lavoro riproduttivo: le lavandaie dell'Oregon e le cameriere di Washington.

Già durante l'Era Lochner la Corte suprema aveva legittimato intrusioni nella libertà contrattuale, e lo aveva fatto nei confronti delle lavoratrici donne. La prima decisione in cui ciò avvenne è la sentenza Muller del 1908, relativa a una legge dell'Oregon con cui si limitava a dieci ore la giornata lavorativa nelle lavanderie: gli stessi luoghi di lavoro per i quali un provvedimento della Città di San Francisco aveva disposto il divieto di lavoro notturno, avallato come sappiamo dal vertice della giustizia federale in quanto utile a prevenire gli incendi. Anche qui le motivazioni hanno espresso una tensione organicista dei giudici federali, questa volta, però, affiancata da costruzioni piuttosto impegnative: concernono la necessità di colpire il lavoro produttivo per tutelare il lavoro che potremmo definire, con terminologia di sapore volutamente eugenetico, riproduttivo.

Evidentemente si fa qui riferimento all'eugenetica negativa, ovvero quella destinata a incidere sulla salute fisica e psichica dell'individuo attraverso politiche demografiche e sanitarie, e non anche all'eugenetica positiva, volta invece a condizionare i meccanismi di trasmissione dei caratteri ereditari. La prima si diffuse proprio nei decenni cui sono dedicate queste pagine, anche e soprattutto in area statunitense, dove prese corpo in netto anticipo sulla Germania nazista[57]: a conferma di come simili pratiche siano il portato della modernità, e non la prerogativa di fasi particolarmente screditate della storia[58]. Il tutto avallato dalla Corte suprema, che non ebbe remore a sostenere una legge sulla sterilizzazione obbligatoria dei disabili, sul presupposto che «tre generazioni di imbecilli sono abbastanza»[59].

Law Review, 37, 1923-24, p. 545 ss.

56. *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo*, 298 U.S. 587 (1936), p. 610 s. La legge considerata dalla decisione è il *Minimum Wage Law for Women* del 1933.

57. Citazioni in C. Fuschetto, *Fabbricare l'uomo. L'eugenetica tra biologia e ideologia*, Roma, 2004, p. 105 ss.

58. Ad es. E. Collotti, *Il fascismo e gli ebrei. Le leggi razziali in Italia*, Roma e Bari, 2003, p. 24.

59. *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927), p. 207. In letteratura, ad es., K.E. Grady, *A Review of Three Generations, No Imbeciles: Eugenics, the Supreme Court, and Buck v. Bell*, in *Georgia State University Law Review*, 26, 2009-10, p. 1295 ss.

A rigore, le misure di diritto del lavoro che abbiamo finora analizzato non concernono pratiche di eugenetica negativa, e tuttavia l'accostamento non sembri fuori luogo. L'ordine economico aveva in qualche modo assunto le sembianze di un organismo economico, e in quanto tale era il destinatario di interventi di natura biopolitica: rivolti alla parte viva, ovvero alla popolazione dedita al lavoro. La si doveva infatti plasmare in funzione del suo impiego alla catena di montaggio, e a monte del suo essere destinataria di compiti di sistema concernenti al presidio del meccanismo concorrenziale: la si doveva valorizzare in quanto delegataria di funzioni di polizia economica[60].

Ma torniamo alla sentenza Muller, e in particolare alle riflessioni di sapore eugenetico proposte per legittimare la limitazione dell'orario di lavoro delle lavoratrici. Riflessioni tutte incentrate sul ruolo della donna in quanto affidataria di compiti del tutto assimilabili a quelle poi ricorrenti nelle esperienze fasciste[61]. In entrambi i casi il corpo della donna diveniva oggetto di attenzioni dei pubblici poteri in quanto responsabile della trasmissione del patrimonio genetico[62]: «il benessere fisico di una donna diviene oggetto di pubblico interesse e cura per preservare la forza e il vigore della razza»[63].

In altre decisioni la Corte suprema ha sostenuto la costituzionalità di leggi statali in cui si imponevano limiti alla durata del lavoro femminile, tuttavia senza scomodare motivazioni come quelle appena riferite[64]. L'approccio eugenetico ha invece fatto capolino nella sentenza West Coast, una decisione del 1937 relativa a un provvedimento dello Stato di Washington sui minimi salariali per le lavoratrici e per i minori. Anche questa decisione è molto nota in quanto viene ritenuta la pronuncia con cui finalmente si terminò l'Era Lochner, e dove venne esplicitamente superato l'orientamento espresso nella sentenza Adkins.

Nel periodo di cui parliamo erano numerose le leggi statali simili a quella dello Stato di Washington, che non si erano cioè adeguate alle indicazioni espresse negli anni Venti dai giudici federali. Un invito a confezionarle era stato del resto formulato da Roosevelt nel 1933, al principio del suo primo mandato presidenziale. Secondo il padre del New Deal la fissazione per legge dei minimi salariali, in un periodo notoriamente afflitto dalle conseguenze della Grande depressione, corrispondeva a un «interesse pubblico», giacché la possibilità di accettare salari bassi costituiva «una grave forma di concorrenza sleale» e una «minaccia alla stabilità dell'industria»[65]. Certo, in questo modo veniva sfidata la Corte

60. Citazioni in A. Somma, *Razzismo economico e società dei consumi*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2009, p. 447 ss.

61. Per tutti G.L. Mosse, *Il razzismo in Europa* (1978), Roma e Bari, 2007, p. 7.

62 Cfr. R. Maiocchi, *Scienza italiana e razzismo fascista*, Scandicci, 1999, p. 65.

63. *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908), p. 421, in cui la legge analizzata dai giudici è il *Minimum Wage for Women Act* del 1903.

64. Ad es. *Bosley v. McLaughlin*, 236 U.S. 385 (1915) e *Miller v. Wilson*, 236 U.S. 373 (1915).

65. Cfr. I.O. Andrews, *Minimum Wage Comes Back*, in *American Labor Legislation Review*, 23, 1933, p. 103 ss.

suprema, ma Roosevelt avrebbe poi fatto di più: nel 1937, proprio mentre i giudici erano impegnati a valutare la legge sui minimi salariali dello Stato di Washington, propose al Congresso di rivedere la composizione della Corte, e precisamente di aumentare il numero dei componenti il collegio per avere così la possibilità di mettere in minoranza i giudici conservatori. Le valutazioni attorno a questa vicenda sono in parte divergenti, ma è un dato di fatto che, sebbene alla proposta non si sia poi dato seguito, l'atteggiamento della Corte nei confronti dei provvedimenti voluti dall'Amministrazione Roosevelt mutò profondamente[66].

Detto questo, possiamo concentrarci sul percorso argomentativo che ha portato la Corte suprema a modificare il proprio orientamento in materia di minimi salariali. Il punto di partenza fu la constatazione, non nuova, che la libertà contrattuale non doveva intendersi come valore assoluto. Manifestandosi «nell'ambito di un'organizzazione sociale», poteva infatti rivelarsi «minacciosa per la salute, la sicurezza, la morale e il benessere delle persone». Di qui la necessità di un intervento del legislatore, ad esempio per limitare l'orario di lavoro delle lavoratrici, funzionale a «preservare la forza e il vigore della razza» e in questo senso coincidente con uno specifico interesse statale[67].

Negli anni Venti, con la sentenza Adkins, la Corte aveva ritenuto che un simile interesse non potesse giustificare anche l'individuazione da parte del legislatore di minimi salariali e proprio su questo punto i giudici mutarono orientamento. Occorreva infatti ammetterli, e non solo nell'interesse dalla parte debole del rapporto, finalmente sottratta a una «competizione dannosa»: i minimi salariali evitavano anche aggravi di spesa a carico dei pubblici poteri, inevitabilmente chiamati a fronteggiare le situazioni di indigenza dei lavoratori. Di qui il tono paternalistico e insieme organicista della motivazione: «ciò che questi lavoratori perdono in termini di salario, i contribuenti sono chiamati a corrisponderlo»[68].

Come si sa, tutto ciò è stato nel tempo sottoposto a critiche penetranti, rivolte in particolare da chi a partire dagli anni Settanta ha iniziato a osservare il fenomeno diritto da un'ottica di genere[69]. Ai nostri fini ci concentreremo invece, come abbiamo in parte già fatto, sul nesso tra le misure lavoristiche analizzate e il tipo di ordine economico che questo erano chiamate ad alimentare.

---

66. Con specifico riferimento alle decisione sui minimi salariali, cfr. G.E. White, *West Coast Hotel's Place in American Constitutional History*, in *Yale Law Journal Online*, 122, 2012-13, p. 70 ss.

67. *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), p. 394, dove la legge considerata è il *Minimum Wage for Women Act* del 1913. Nella dottrina dell'epoca, ad es., T.C. Chapin, *Stare Decisis and Minimum Wages*, in *Rocky Mountain Law Review*, 9, 1936-37), p. 297 ss.

68. *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, cit., p. 399.

69. Ad es. N.S. Erickson, *Women and the Supreme Court: Anatomy is Destiny*, in *Brooklyn Law Review*, 41, 1974-75, p. 209 ss. e R.B. Ginsburg, *Muller v. Oregon: One Hundred Years Later*, in *Willamette Law Review*, 45, 2009, p. 359 ss.

7. Capitalismo organizzato, società organizzata e benessere dello Stato.

Tra le riflessioni sull'orientamento della Corte suprema in tema di orario di lavoro spicca quella, formulata già dai contemporanei, di chi reputava ingiustificato limitare la tutela alle sole lavoratrici: la protezione andava estesa a tutti i lavoratori, a prescindere dal genere, che «non si trovano in una situazione di parità quanto a potere contrattuale»[70]. Si tratta di una riflessione centrale ai nostri fini, giacché evidenzia al meglio il senso delle costruzioni di matrice organicista, che mentre esaltano il punto di vista della comunità in quanto tale, impediscono che si riconoscano al suo interno interessi divergenti o comunque distinti da quelli attribuiti all'ente a beneficio del quale vengono più o meno forzosamente ricomposti.

Ci troviamo del resto in un'epoca nella quale l'organicismo conosce una notevole diffusione, speculare rispetto al declino dei paradigmi individualisti, entrati definitivamente in crisi con il primo conflitto mondiale: quell'evento li aveva «abbattuti» esattamente come la Rivoluzione francese aveva «rovesciato il feudalesimo»[71]. Certo, l'organicismo non si mostrava ovunque con le medesime costruzioni, legate del resto al diverso modo di concepire la comunità entro cui sciogliere l'individuo: come Stato, per le comunità dove si era raggiunta l'unità politica, o come popolo, se invece la mancanza di quell'unità imponeva di invocare vicende di ordine culturale o biologico[72]. Queste diversità non intaccavano tuttavia una finalità di fondo delle tensioni organiciste, ovvero il loro utilizzo come strumento di pacificazione sociale, e dunque di sterilizzazione del conflitto di classe: il conflitto inevitabilmente emerso come portato della transizione dalla società borghese alla società capitalista.

L'organicismo serviva insomma per sostenere l'ordine economico, il suo reggersi sul principio di concorrenza, il suo alimentare un regime di accumulazione di matrice fordista. E questo richiedeva la funzionalizzazione dei comportamenti individuali al mantenimento dell'equilibrio e alla promozione dello sviluppo di quell'ordine. Ad essi si doveva sacrificare il sistema dei diritti un tempo percepiti come assoluti: innanzi tutto il diritto di proprietà e il diritto di contrarre liberamente[73].

Ma torniamo al modo di concepire la comunità di riferimento per le costruzioni organiciste e dedichiamoci alle retoriche in uso nell'esperienza statunitense, in particolare

70. J.K. Cheadle, *The Parrish Case: Minimum Wages for Women and, perhaps, for Men*, in *University of Cincinnati Law Review*, 11, 1937, p. 314.

71. N. Stolfi, *La rivoluzione francese e la guerra mondiale*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1922, I, pp. 388 e 404 ss.

72. Ho approfondito questi aspetti, con particolare riferimento alle esperienze italiana e tedesca, in A. Somma, *Economia di razza. Dal fascismo alla cittadinanza europea*, Verona, 2009, p. 29 ss.

73. Sulla scia di Léon Duguit, la cui opera era conosciuta e diffusa in area statunitense: v. in particolare L. Duguit, *Changes of Principles in the Field of Liberty, Contract, Liability and Property*, in AA.VV., *The Progress of Continental Law in the Nineteenth Century*, Boston, 1918, p. 65 ss. (traduzione di *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1912) e Id., *Law in the Modern State*, New York, 1919 (traduzione di *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, Paris, 1911).

quelle emerse nel tentativo di legittimare l'uso dei poteri di polizia in contrasto con il principio di libertà contrattuale. In molti casi si evita di richiamare la dimensione dello Stato o quella del popolo, e si preferisce riferirsi alla società: concetto che rinvia ai corpi intermedi tra lo Stato e l'individuo, occultati dalla società borghese e riscoperti dalla società industriale, ma solo per poi ricomporli in chiave cooperativa entro un ordine sistemico.

La società a cui si pensa è insomma quella che occorre adattare al capitalismo organizzato: espressione coniata come si sa per l'esperienza tedesca tra gli anni Dieci e Venti del Novecento[74], in parte riferibile anche all'esperienza statunitense: in particolare per la tendenza alla gestione tecnocratica e tendenzialmente corporativa dell'ordine economico, espressiva della tensione organicista cui abbiamo più volte fatto riferimento[75]. Del resto è proprio alla «società organizzata composta da individui con doveri reciproci», che si richiede una «comune lealtà a un Paese comune, una causa comune e una umanità comune»[76].

Non si tratta dunque di un'entità interamente assorbita nello Stato, così come accadeva nelle costruzioni all'epoca ricorrenti in area europea, dove erano alimentate anche e soprattutto dall'esperienza fascista. E tuttavia lo Stato non era certo assente, tanto da essere evocato come punto di riferimento per l'intervento dei pubblici poteri che potevano invadere la sfera individuale, se ispirati dal proposito di produrre benessere per la collettività. Ricorreva infatti la formula «benessere dello Stato» (*Welfare of the State*), da cui ricavare una forse inconsapevole, ma significativa, indicazione circa il fondamento del nascente Stato sociale o Stato del benessere (*Welfare State*): quest'ultimo si giustificava non tanto come strumento di emancipazione dei portatori di debolezza sociale, bensì per la sua capacità di produrre benefici per la comunità altrimenti minacciata da disordini e conflitti, incompatibili con il corretto funzionamento dell'ordine economico.

Non solo. Forse il riferimento all'ente statuale non venne caricato di particolari significati, e forse in alcuni casi ben poteva essere sovrapposto ai riferimenti alla società. Ciò nonostante era evidente che il benessere della comunità poteva sostenere compressioni della libertà contrattuale, ovvero un esercizio costituzionale dei poteri di polizia, solo se in tal modo si colpivano condotte «dannose per la collettività nel suo complesso». Si sarebbero altrimenti accordati «speciali privilegi» a singole categorie, si sarebbe cioè prodotta una «legislazione di classe»[77], incompatibile con il *due process of law* perché incapace di sterilizzare lo stesso conflitto la cui neutralizzazione compariva tra i principali compiti dello Stato.

74. R. Hilferding, *Organisierter Kapitalismus. Referate und Diskussionen vom Sozialdemokratischen Parteitag 1927 in Kiel*, Kiel, 1927.

75. Ad es. H.-J. Puhle, *Der Übergang zum Organisierten Kapitalismus in den USA – Thesen zum Problem einer aufhaltsamen Entwicklung*, in H. Winkler (a cura di), *Organisierter Kapitalismus: Voraussetzungen und Anfänge*, Göttingen, 1974, p. 172 ss.

76. A.A. Bruce, *The Individualism of the Constitution*, in *Central Law Journal*, 62, 1906, p. 377.

77. A.A. Bruce, *The True Criteria of Class Legislation*, cit., p. 425.

Con questo significato il benessere dello Stato venne innanzi tutto evocato dai legislatori statali nell'esercizio dei loro poteri di polizia in materia lavoristica. L'espressione compariva ad esempio in apertura della legge dello Stato di Washington sui minimi salariali per le lavoratrici, la cui declaratoria di costituzionalità ha chiuso formalmente l'Era Lochner: era il benessere dello Stato a richiedere che «le donne e i minori siano protetti dalle condizioni di lavoro capaci di avere effetti dannosi sulla loro salute e sulla loro morale» (sect. 1)[78]. E la stessa espressione compare nella Costituzione dello Utah del 1896 in una disposizione tutt'ora in vigore, dove si parla di «benessere industriale dello Stato» (*industrial welfare of the State*), alla cui promozione deve tendere il diritto del lavoro (art. 16).

È significativo che in entrambi i provvedimenti appena richiamati il benessere dello Stato sia evocato in combinazione con costruzioni di matrice corporativa: un accostamento dal quale trae conferma la tensione organicista di cui è intrisa l'espressione. La legge dello Stato di Washington, come del resto molte altre leggi statali sul minimo salariale e sull'orario di lavoro[79], aveva attribuito il compito di individuare standard per l'entità del compenso a una Commissione sul benessere industriale (*Industrial Welfare Commission*). Dal canto suo la Costituzione dello Utah, nella medesima disposizione in cui afferma che il diritto del lavoro deve tendere al benessere industriale dello Stato, prevede l'istituzione di un Consiglio per la conciliazione e l'arbitrato nel lavoro (*Board of Labor Conciliation and Arbitration*), nel quale siano «rappresentati in modo equo gli interessi di entrambi il capitale e il lavoro»[80].

Peraltro, come si intuisce, la tensione organicista emergeva con particolare vigore nelle ipotesi in cui il riferimento al benessere dello Stato si invocava a proposito della protezione della maternità come fine ultimo della tutela delle lavoratrici, che assumeva così toni marcatamente eugenetici. In tale ambito si auspicava che lo Stato, in quanto tutore del «benessere del bambino», predisponesse un vero e proprio sistema per «l'amministrazione della protezione della maternità», per consentire a «funzionari statali della salute» non tanto di «fare beneficienza», bensì di prendersi cura e con ciò costruire i «futuri cittadini»[81].

8. New Deal, corporativismo e direzione tecnocratica dell'ordine economico.

Descrivendo il modo di intendere l'ordine economico tipico del periodo considerato in questo lavoro, abbiamo evocato concetti espressivi di una tensione organicista: capitali-

78. Dello Stato di Washington v. anche la *Employment Agency Law* del 1914, introdotta da questa affermazione: «The welfare of the State of Washington depends on the welfare of its workers».

79. Ad es. A.N. Holcombe, *The Effects of the Legal Minimum Wage for Women*, cit., p. 34 ss.

80. Anche qui non si tratta evidentemente di un caso isolato: per tutti R.H. Plock, *Methods Adopted by States for Settlement of Labor Disputes without Original Recourse to Courts*, in *Iowa Law Review*, 34, 1949, p. 430 ss.

81. I. Osgood Andrews, *A Tentative Outline for Maternity Protection Legislation*, in *American Labor Legislation Review*, 10, 1920, p. 250.

smo organizzato, società organizzata, funzionalizzazione dei comportamenti individuali, per citare i più ricorrenti. Questi concetti rendono il senso delle continuità che attraversano la fase storica, che pure ha conosciuto rotture drammatiche, come in particolare quelle scandite dai conflitti mondiali e dalla Grande depressione. Continuità che si possono evidenziare considerando a titolo esemplificativo due vicende, per molti altri aspetti contrapposte, che caratterizzarono gli anni Trenta e che in qualche modo si svilupparono come ricette destinate a fronteggiare le instabilità dell'ordine economico: prima il New Deal, il piano di riforme voluto dal Presidente Roosevelt tra il 1933 e il 1937, e poi la formulazione del pensiero neoliberale iniziata con il noto colloquio intitolato a Walter Lippman, sul finire degli anni Trenta.

Abbiamo già menzionato il New Deal, anticipando che fu l'epoca durante la quale lo Stato del benessere iniziò a svilupparsi come costruzione non esclusivamente votata a promuovere il benessere dello Stato, per il quale interessava soprattutto la salute della popolazione: intesa come sanità della stirpe, indispensabile a sprigionare potenza nazionale espressa in termini economici, oltre che militari. In quegli anni venne infatti edificato il primo embrione di Stato sociale, modellato sulle riforme all'epoca già conosciute in area europea, dove assolveva altresì alla funzione di produrre pacificazione sociale: anche per questo Roosevelt volle la prima assicurazione contro la disoccupazione e la vecchiaia, non però contro la malattia, finanziata con contributi dei lavoratori e dei datori di lavoro integrati da fondi federali[82]. E poco dopo fece approvare un provvedimento federale relativo al salario minimo e alla durata massima dell'orario settimanale, fissati rispettivamente a 25 centesimi all'ora e a 44 ore, contenente altresì indicazioni per il lavoro straordinario e il lavoro minorile[83].

Per contrastare la Grande depressione non ci si limitò a queste misure. Si vararono programmi di lavori pubblici, la cui ampiezza fu però relativamente contenuta, in quanto non si volle accogliere la soluzione suggerita da John Maynard Keynes: adottare programmi particolarmente ampi, fronteggiando il disavanzo creato dalla spesa pubblica con l'emissione di titoli del debito. Roosevelt volle infatti contenere il deficit e decise per questo di ricorrere soprattutto alla leva fiscale, il che consentì tuttavia minori margini di manovra[84]. Centrali divenne allora, o almeno sarebbe dovuto divenire, il controllo sulle dinamiche concorrenziali e sul funzionamento del mercato del lavoro.

Si volle insomma presidiare l'ordine economico, tuttavia non per metterne in discussione i fondamenti, ma semplicemente per porre finalmente rimedio alla sua incapacità di autoregolarsi, quella celebrata dal liberalismo tradizionale e dalla Corte suprema sino

82. *Social Security Act* del 1935, su cui ad es. J.G. Siddens, *Some Important Features of the Social Security Act*, in *Kansas City Law Review*, 4, 1936, p. 56 ss.

83. *Fair Labor Standards Act* del 1938. Al proposito, per tutti, L. Stitt, *State Fair Labor Standards Legislation*, in *Law and Contemporary Problems*, 6, 1939, p. 454 ss.

84. Ad es. P. Fishback, *US monetary and fiscal policy in the 1930s*, in *Oxford Review of Economic Policy*, 26, 2010, p. 385 ss.

agli anni Trenta inoltrati: per rendere visibile la famosa mano non più capace di rendere autosufficiente l'incontro spontaneo di domanda e offerta. Fra i numerosi provvedimenti confezionati a questi fini ricorderemo quello che istituì l'Amministrazione per la ripresa nazionale (*National Recovery Administration*), con cui si volle da un lato alimentare l'ordinato sviluppo della competizione tra le imprese, e dall'altro promuovere il riconoscimento dei sindacati e con il loro contributo l'instaurazione di rapporti di lavoro rispettosi di standard condivisi relativi alla durata e all'entità del salario[85].

Dal punto di vista della tradizione, ostile alle misure in odore di capitalismo organizzato, il tutto significava introdurre elementi dell'economia di piano in un'economia di mercato. Per questo, sebbene il coinvolgimento delle imprese avvenisse su base volontaria, la Corte suprema dichiarò l'incostituzionalità del provvedimento appena menzionato[86]. Di qui il tentativo del Presidente Roosevelt di incidere a proprio vantaggio sulle maggioranze interne al collegio modificando la sua composizione. Tentativo che come sappiamo restò sulla carta, e che tuttavia ottenne l'effetto sperato: vincere l'ostilità dei giudici federali nei confronti della filosofia di fondo che ispirava il New Deal. Quest'ultima era del resto ben rappresentata nei provvedimenti che vararono il primo embrione di Stato sociale, a cui si affidavano funzioni ulteriori rispetto alla mera promozione del benessere dello Stato, peraltro utilizzato anche e soprattutto come strumento di pacificazione sociale: le prestazioni sociali rappresentavano pur sempre un incentivo alla collaborazione nelle relazioni tra capitale e lavoro, i cui rappresentanti venivano non a caso coinvolti nella formulazione dei provvedimenti relativi ai loro rapporti[87].

Alla collaborazione tra capitale e lavoro mirava anche l'Amministrazione per la ripresa nazionale, se non altro perché favoriva il riconoscimento dei sindacati finalizzato a diffondere modalità corporative nella gestione di alcuni aspetti dell'attività d'impresa. Dopo l'intervento della Corte suprema si decise allora di affrontare questi aspetti in modo organico, dedicando loro uno specifico provvedimento, innanzi tutto per fondare il diritto dei lavoratori dell'industria privata di costituire sindacati, e terminare così definitivamente il contenzioso attorno alla pratica degli accordi *yellow dog*. Il provvedimento disponeva anche in materia di azioni collettive incluso il ricorso allo sciopero, ma non voleva alimentare una visione conflittuale dei rapporti tra capitale e lavoro. Veniva infatti incentivata la contrattazione su base collettiva del salario e delle condizioni di lavoro, il tutto presidiato dal Consiglio nazionale per le relazioni di lavoro (*National Labor Relations Board*): un'agenzia governativa, i cui vertici erano di nomina presidenziale, incaricata fra l'altro di monitorare l'elezione dei rappresentanti sindacali dei lavoratori[88].

85. Il provvedimento è il *National Industrial Recovery Act* del 1933. Sugli aspetti evidenziati nel testo, v. ad es. O.P. Field, *The Constitutional Theory of the National Industrial Recovery Act*, in *Minnesota Law Review*, 18, 1933-34, p. 269 ss.

86. Per violazione del *due process of law*: *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935).

87. Per tutti J. Dickinson, *Political Aspects of the New Deal*, in *American Political Science Review*, 28, 1934, p. 197 ss.

88. *National Labor Relations Act* del 1935. In dottrina, ad es., W.A. McAfee, *The Wagner Labor Act – A New Deal in Labor Relations*, in *American Bar Association Journal*, 23, 1937, p. 523 ss.

Che la ricomposizione del conflitto di classe costituisse l'ossatura del New Deal, complessivamente inteso come un argine «all'azione diretta e alla rivoluzione»[89], venne sottolineato in particolare da Stuart Chase: l'economista che fu tra i suoi più noti teorici, se non il più originale, e soprattutto, secondo alcuni, colui il quale coniò la locuzione[90]. Lo ricaviamo ricostruendo alcuni aspetti del suo pensiero, in particolare quelli da cui si ricava al meglio la sintonia con quanto abbiamo brevemente indicato come il contenuto essenziale delle riforme volute dal Presidente Roosevelt.

Il pensiero di Chase consente innanzi tutto di evidenziare come la pacificazione sociale fosse in fin dei conti il primo obiettivo della «terza via», espressione all'epoca utilizzata anche per descrivere il percorso intrapreso dalle dittature fasciste, che come il New Deal volevano intraprendere strade alternative a quelle tracciate dal liberalismo classico e dal socialismo[91]. Di qui la commistione, a cui abbiamo appena fatto riferimento, di elementi dell'economia pianificata ed elementi dell'economia di mercato, che non avrebbe però messo in discussione, come del resto nel fascismo, i fondamenti dell'ordine capitalista. L'azione dei pubblici poteri, al netto di una retorica da cui si poteva in ricavare altro, doveva essenzialmente mirare a prevenirne l'autofagia: «questo è il programma della terza via», che «tenta di stemperare il capitalismo con un minimo di interferenza governativa»[92].

In questo senso Chase auspicava un «collettivismo spinto almeno sino al punto di realizzare un controllo dall'alto», con riferimento a tutti gli aspetti relativi al funzionamento dell'ordine economico: dalla disciplina dell'orario di lavoro all'istituzione di un'assicurazione contro la disoccupazione, passando per un piano per la realizzazione di opere pubbliche. Un controllo che però aveva natura solo apparentemente politica, giacché veniva realizzato nell'ambito di un dispositivo di governo tecnocratico[93].

Nel merito sono particolarmente indicative le riflessioni dedicate alle concrete modalità con cui i pubblici poteri avrebbero dovuto assolvere al compito di presidiare l'ordine economico, tutte volte a coinvolgere i suoi attori, ma anche a disinnescare il rischio di una eccessiva politicizzazione del mercato: a fare in modo che l'interventismo avvenisse nel rispetto delle sue leggi.

Più precisamente Chase propose l'istituzione «sotto gli auspici del Governo federale» di un Consiglio per la pianificazione nazionale (*National Planning Board*), affiancato da «Consigli regionali per le principali aree economiche», nel quale fossero rappresentati «l'industria, la finanza, il lavoro, l'agricoltura». Un simile assetto era pensato per

89. Per tutti C. Manion, *The Constitutionality of New Deal Measures*, in *Notre Dame Lawyer*, 9, 1933-34, p. 387.

90. R.B. Westbrook, *Tribune of the Technostructure: The Popular Economics of Stuart Chase*, in *American Quarterly*, 32, 1980, p. 387 ss.

91. Citazioni in A. Somma, *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino. Economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista*, Frankfurt am Main, 2005, p. 81 ss.

92. S. Chase, *A New Deal*, New York, 1932, p. 240 s.

93. *Ivi*, pp. 173 ss. e 213 ss.

«preservare il dogma democratico»[94], ma era evidente che qui si mirava innanzi tutto a riprodurre schemi di tipo corporativo, tutt'al più compatibili con la democrazia deliberativa: quella per cui si assicura la formale partecipazione ai processi decisionali, tuttavia con modalità tali da impedire la sostanziale possibilità di incidere sull'esito della decisione, che in tal modo finiva per corrispondere ai desiderata dei portatori di forza sociale[95].

Certo, il ruolo affidato ai pubblici poteri poteva correggere questi ed altri vizi del processo decisionale, e tuttavia le modalità sponsorizzate da Chase per il presidio dell'ordine economico non erano semplicemente antidemocratiche: miravano anche e soprattutto, come abbiamo anticipato, alla spoliticizzazione dell'ordine, obiettivo del resto in linea con il proposito di promuovere la cooperazione tra le sue componenti, di reprimere il conflitto in quanto condotta antisistema. Il New Deal era in effetti concepito come una forma di tecnocrazia, o meglio come un vero e proprio regime tecnocratico: «il vero lavoro, il vero pensiero e la vera azione devono provenire dai tecnici, la classe più abile e più lucida di tutte». Solo i tecnocrati, si sosteneva, avevano le capacità per concepire una disciplina dell'orario di lavoro in funzione della necessità di mitigare la disoccupazione determinata dall'automazione dei processi produttivi. Solo i tecnocrati avrebbero potuto imporre una dialettica tra consumatori per la quale i primi avrebbero formulato una domanda di beni informata e «intelligente», con ciò inducendo i secondi a immettere sul mercato solo «merci oneste descritte onestamente»[96].

9. Benessere dello Stato, Stato del benessere e neoliberalismo.

Insomma, le ricette di Chase non avrebbero intralciato lo sviluppo del capitalismo, che avrebbe anzi reso storicamente possibile, ovvero adattato a contesti nei quali il mito dell'autosufficienza dell'ordine economico era oramai insostenibile. Quell'ordine doveva in qualche modo essere presidiato dall'ordine politico: la nuova frontiera della riflessione liberale aveva perso interesse per le modalità con cui espellere i pubblici poteri dal mercato, e si era concentrata sull'ottimale combinazione di istanze ordinatorie e istanze liberatorie[97]. Ottimale anche e soprattutto dal punto di vista dell'idoneità a disinnescare i conflitti prodotti dai processi di modernizzazione[98], e in particolare a irreggimentare la forza lavoro con metodi talvolta «quasi militari»[99].

94. *Ivi*, p. 217 ss.

95. Cfr. A. Somma, *Democrazia economica e diritto privato. Contributo alla riflessione sui beni comuni*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, p. 461 ss.

96. S. Chase, *A New Deal*, cit., p. 229 ss.

97. Aspetto notoriamente al centro dell'analisi di M. Foucault, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, 2005, p. 113 ss.

98. S. Chase, *A New Deal*, cit., p. 235 ss.

99. S.A. Ramirez, *The Law and Macroeconomics of the New Deal*, in *Maryland Law Review*, 62, 2003, p. 571.

Da questo punto di vista il New Deal ha occupato nel panorama delle idee, se non delle concrete realizzazioni, un posto non troppo distante da quello spettante a molti dei suoi critici, a partire da coloro i quali, nello stesso torno di anni, avviarono la formulazione del pensiero neoliberale. Primi fra tutti, come abbiamo anticipato, i partecipanti al noto colloquio Walter Lippmann, un incontro tenutosi a Parigi nel 1938, a cui presero parte diversi economisti e intellettuali di formazione liberale: tra essi, oltre a Lippmann, del quale diremo subito, Wilhelm Röpke e Alexander Rüstow, due padri dell'ordoliberalismo, una dottrina tedesca che si stava definendo anch'essa in quel torno di anni[100].

Per chiarire i termini del pensiero neoliberale, espressione coniata proprio in occasione del colloquio, occorre dire della persona a cui fu dedicato: un noto giornalista e commentatore politico statunitense, autore di un fortunato volume criticato dai suoi contemporanei come testo privo di approccio scientifico[101], e tuttavia divenuto noto come tentativo di identificare i termini di una terza via tra il *laissez faire* e il collettivismo. Era questa l'essenza del neoliberalismo, dottrina alternativa al liberalismo ereditato dalla tradizione, ma anche alle ricette proposte da chi, come reazione a quella tradizione, promuoveva una confusione tra ordine politico e ordine economico in odore disocialismo. Di qui l'avversione per il collettivismo, definito come la situazione in cui la soluzione dei problemi posti dalla divisione del lavoro, in buona sostanza «l'allocazione del capitale e del lavoro» e dunque la decisione su «dove i risparmi saranno investiti, quali mestieri faranno le persone e quali merci potranno consumare», era affidata a «un'autorità di pianificazione» le cui «decisioni sono implementate con il potere coercitivo dello Stato»[102].

La terza via auspicata da Lippmann non era quella imboccata dal New Deal, che come sappiamo utilizzava la medesima espressione per indicare il suo essere alternativo al fascismo e al socialismo. Lippmann, infatti, riconduceva entrambi al collettivismo e riteneva che la ricetta elaborata da Roosevelt fosse una forma di «collettivismo graduale», nel quale il potere politico era invadente perché controllato a monte dai centri di potere economico. Ciò in quanto l'ispirazione corporativa del New Deal nascondeva in verità l'intento di «attribuire privilegi a interessi selezionati» sulla base di «concezioni generali del benessere collettivo», quindi mortificando in chiave difensiva e conservativa il libero gioco degli «interessi organizzati»[103].

Come abbiamo detto, il rifiuto del collettivismo, graduale o meno che fosse, non doveva però avvenire sul terreno del *laissez faire*. Quest'ultimo fu indispensabile, in quanto «dottrina distruttiva di un momento rivoluzionario», per rovesciare l'ordine feudale, ma

100. Sul colloquio, ad es., P. Dardot e C. Laval, *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista* (2009), Roma, 2013, p. 167 ss. V. anche gli atti, ristampati di recente e inclusi nel volume di S. Audier, *Le Colloque Walter Lippman: Aux origines du néo-libéralisme*, Lormont, 2012, p. 407 ss.

101. Ad es. F.H. Knight, *Lippmann's The Good Society*, in *Journal of Political Economy*, 46, 1938, p. 867.

102. W. Lippmann, *The Good Society* (1937), New Brunswick e London, 2005, p. 173 s.

103. *Ivi*, pp. 123 ss. e 235.

in quanto «principio ispiratore di politiche pubbliche», ovvero come punto di riferimento per «determinare cosa la legge deve e cosa non deve determinare», si era rivelato un mero strumento per la conservazione dello status quo: in una comunità «tutte le libertà, tutti i diritti e tutta le proprietà si reggono su una qualche legge», il cui contenuto non poteva essere «definito a prescindere dal contesto», come avevano invece fatto i fautori del liberalismo classico. Di qui la ricetta per la menzionata la terza via, da elaborare a partire dall'idea che solo «le leggi della Rivoluzione industriale», quelle concernenti la divisione del lavoro nell'ambito di un'economia di mercato, sono ineludibili e pertanto non suscettibili di essere «modificate dalla politica»[104].

Insomma, il liberalismo doveva rinnovarsi a partire da «una filosofia sociale che obbedisca alle leggi della Rivoluzione industriale», che sappia cioè «adattare l'ordine sociale alla divisione del lavoro», e più in generale «la razza umana al nuovo modo di vivere». Se infatti l'ordine sociale perdeva la sintonia con l'ordine economico, nel senso che finiva per fondarsi su regole e credenze confliggenti con «il modo di procurarsi da vivere a cui le persone sono tenute», il conflitto e la «violenza privata» divenivano inevitabili. Di qui la necessità di funzionalizzare i diritti e le libertà assolutizzate dal *laissez faire*, a partire dal diritto di proprietà e dalla libertà contrattuale, per adattarli alle necessità della divisione del lavoro nell'ambito dell'economia di mercato. Di qui anche l'esigenza di soccorrere le «vittime del progresso», tuttavia non ricorrendo a misure perequative, bensì promuovendo la loro capacità di rimuovere le cause della loro condizione di indigenza. Il tutto per migliorare la loro capacità di produrre e quella dell'ordine economico nel suo complesso: «la perequazione deve essere perseguita con misure che promuovono l'efficienza dei mercati in quanto regolatori della divisione del lavoro», giacché «il semplice livellare i redditi, togliendo dai ricchi per dare ai poveri, sarebbe perdente e porterebbe alla paralisi e all'impoverimento dell'intera economia[105].

Se così stanno le cose, la terza via suggerita da Lippmann non era molto diversa da quella intrapresa dal New Deal, come invece il primo sottolineava con veemenza. Certo, le riforme varate sotto l'amministrazione Roosevelt comprendevano misure che si sarebbero potute definire di matrice tendenzialmente collettivista, ma anche e soprattutto misure volte a favorire il funzionamento del mercato: misure tecnocratiche, in quanto tali non suscettibili di essere alterate da valutazioni politiche incompatibili con il proposito di sostenere l'ordine economico incentrato sul meccanismo concorrenziale. Anche il New Deal perseguiva poi queste stesse finalità ricorrendo a politiche di cui abbiamo messo in luce il carattere eugenetico, ispirate a finalità non diverse da quelle indicate da Lippmann nel momento in cui sottolineava che, per rimuovere le cause dell'indigenza, occorreva innanzi tutto adattare la popolazione alle necessità della divisione del lavoro. Il che si-

104. *Ivi*, pp. 192 ss. e 203 ss.
105. *Ivi*, pp. 227 s. e 233 ss.

gnificava affrontare «problemi di eugenetica ed educativi», riconoscendo che «all'intera popolazione occorre fornire l'armamentario culturale indispensabile a vivere in modo efficace», ovvero creare «i fondamenti fisici della divisione del lavoro»[106].

Anche il New Deal, insomma, esprimeva tensioni organiciste non dissimili da quelle implicite nella riflessione di Lippmann, per il quale persino l'individuo «più lungimirante non è in grado di guardare oltre una generazione». Giacché questo portava a concludere che occorreva uno Stato capace di interpretare i bisogni della società, che «comprende i morti, i vivi, e i non ancora nati»[107], e in ultima analisi ad attirare l'attenzione, come con le riforme volute da Roosevelt, sul benessere dello Stato, e sullo Stato del benessere come una costruzione votata a promuoverlo.

Come abbiamo detto, al colloquio Walter Lippmann presero parte anche due padri dell'ordoliberalismo tedesco: Röpke e Rüstow. I due animarono la corrente del cosiddetto umanesimo economico, espressione con cui si alludeva a una commistione di valori moderni, quelli relativi al funzionamento di un ordine economico incentrato sul principio di concorrenza, e valori premoderni, ritenuti indispensabili a fronteggiare i conflitti provocati dal funzionamento del mercato. Questo significava promuovere lo sviluppo di un «interventismo liberale»[108], indispensabile a combattere quanto il teorico del New Deal aveva definito in termini di collettivismo graduale: l'azione dei centri di interesse e la «rivolta delle masse»[109], per contrastare la quale occorreva edificare una «dittatura entro i confini della democrazia»[110].

In particolare Rüstow insisteva sull'utilizzo del meccanismo concorrenziale come strumento di direzione politica dei comportamenti individuali, forse di per sé non ostile al meccanismo democratico, ma sicuramente disinteressata alle sue sorti. Era questo il senso dell'idea, espressa durante il colloquio ma ricorrente tra i padri dell'ordoliberalismo[111], per cui uno «Stato forte e indipendente» doveva assumere compiti di «severa polizia del mercato», per impedire la «disintegrazione» sociale cui preludeva il «rispetto delle regole puramente razionali del gioco della concorrenza», e realizzare così «la coincidenza dell'interesse particolare egoista e l'interesse generale». E per ripristinare «l'inquadramento volontario e naturale della gerarchia» in luogo dell'«ideale falso e sbagliato dell'uguaglianza» e dell'«ideale parziale e insufficiente della fratellanza», con il quale i

106. *Ivi*, pp. 212 e 236 s.

107. *Ivi*, p. 228.

108. A. Rüstow, *Interessenpolitik oder Staatspolitik*, in *Der deutsche Volkswirt*, 1932, p. 171.

109. W. Röpke, *Epochenwende*, (1933), in Id., *Wirrnis und Wahrheit*, Erlenbach e Stuttgart, 1962, p. 106 s.

110. A. Rüstow, *Diktatur innerhalb der Grenzen der Demokratie* (1929), in *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, 1959, p. 98 s.

111. V. ad es. W. Eucken, *Staatliche Strukturwandlungen und die Krisis des Kapitalismus*, in *Weltwirtschaftliches Archiv*, 1932, p. 312, secondo cui la democrazia era uno strumento al servizio delle «forze caotiche della massa» contro «la forza ordinante scaturita dalla vita dei popoli».

fondatori del liberalismo avevano erroneamente sostituito «l'inquadramento artificiale e forzato della signoria feudale»[112]. Solo così, come precisato da Alfred Müller-Armack, un altro padre dell'ordoliberalismo affascinato dalle realizzazioni del fascismo italiano, si sarebbe tutelato «l'interesse nazionale capitalistico» oltre il mero «interesse capitalistico» perseguito dall'individuo[113].

Quello ordoliberale era insomma uno Stato di polizia economica, che per un verso valorizzava la libera iniziativa individuale, ma per un altro la costringeva entro schemi organicisti, come quelli cui rinviava all'epoca il pensiero di Franz Böhm: un altro celeberrimo padre dell'ordoliberalismo. Volendo sottolineare il ruolo delle istanze ordinatorie di cui l'ordoliberalismo doveva farsi carico, quest'ultimo discorreva della «costituzione economica», ovvero della «decisione sul complessivo ordine della vita economica nazionale»[114], come di una «costituzione parziale»: doveva essere ricavata dalla «costituzione politica complessiva», esattamente come occorreva fare rispetto alla demografia e alla biologia razziale[115].

Certo, l'ordoliberalismo presentava, e presenta[116], una carica antidemocratica non così marcata nel New Deal e presso altri fondatori del pensiero neoliberale, e tanto meno nelle teorizzazioni dei neoliberali statunitensi. E tuttavia la differenza si può relativizzare, tendendo conto che almeno in parte si deve più alle forme retoriche utilizzate per restituire le tensioni organiciste tipiche dell'esperienza tedesca, che alla loro sostanza. Chase e Lippmann, del resto, andavano oltre l'attacco alla democrazia nel momento in cui invocavano la spoliticizzazione del mercato, la sua neutralizzazione per opera di una tecnocrazia sensibile alle istanze dell'ordine economico eretto a sistema fondato sul principio di concorrenza. E dal canto loro gli ordoliberali affermavano il primato dell'ordine politico sull'ordine economico, ma attribuivano al primo il compito di sostenere il secondo: di tradurre le leggi del mercato in leggi dello Stato, il cui benessere finiva così per coincidere con quello dell'ordinato sviluppo del capitalismo.

Si comprende così l'invito ordoliberale a sciogliere l'individuo nell'ordine, a eliminare gli ostacoli alla «sinfonia sociale»[117], per imporre la quale il potere economico doveva subire una sorte opposta a quella del potere politico. Se il secondo doveva essere con-

112. A. Rüstow, in S. Audier, *Le Colloque Walter Lippman*, cit., p. 469 s. In seguito v. Id., *Das Versagen des Wirtschaftsliberalismus*, 2. ed. (1950), Marburg, 2001, p. 26.

113. A. Müller-Armack, *Entwicklungsgesetze des Kapitalismus. Ökonomische, geschichtstheoretische und soziologische Studien zur modernen Wirtschaftsverfassung*, Berlin, 1932, pp. 110 ss. e 213 ss.

114. F. Böhm, W. Eucken e H. Grossmann-Doerth, *Unsere Aufgabe*, in F. Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft*, cit., p. xix.

115. F. Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft*, cit., p. 9 ss.

116. Anche sotto altri nomi, come in particolare «economia sociale di mercato»: al proposito, diffusamente, A. Somma, *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, Roma, 2014, p. 19 ss.

117. F. Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft*, cit., p. 21.

centrato e dunque statalizzato, il primo doveva essere azzerato, spoliticizzato, ridotto all'irrilevanza quale forza centrifuga in danno al funzionamento del sistema: per ridurre le condotte individuali a mere reazioni automatiche agli stimoli del mercato. Era questo il senso del motto, coniato da Carl Schmitt, per cui un'«economia sana» presupponeva uno «Stato forte»[118], ma anche della considerazione riservata da Böhm alla lotta di classe: demonizzata in quanto violazione di un «dovere giuridico» e trasgressione di un imperativo «sociale fondato sull'onore»[119].

118. C. Schmitt, *Starker Staat und gesunder Wirtschaft*, in *Volk und Reich*, 1933, p. 87.
119. F. Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft*, cit., p. 77.

INTERPRETAZIONE E PRASSI NOTARILE: UN PROFILO STORICO

Irene Stolzi
Prof. associato Università di Firenze

Sommario: 1. Il tempo nuovo. – 2. Prassi, interpretazione e produzione sociale del diritto. – 3. Pluralismo e dialogo tra fonti.

1. Il tempo nuovo.

Tra le ragioni autorevolmente poste a sostegno dell'idea che al Novecento si attagli, più che l'etichetta di «secolo breve», quella, opposta, di «secolo lungo»[1] sta la constatazione di una rottura e di una perdurante difficoltà; a essersi rotta, dal finire dell'Ottocento, è quella concezione «così armonica e così schematica»[2] della convivenza che immaginava lo spazio giuspolitico popolato soltanto da due presenze, l'individuo, da un lato, lo Stato, dall'altro; la difficoltà riguarda invece il tortuoso (e non ancora concluso) processo di emancipazione dalla corrispondente visione del diritto, da una visione che che ha giocato un ruolo decisivo nel costruire il volto della modernità giuridica continentale e che è sopravvissuta di molto al tempo (e alle esigenze del tempo) che l'aveva vista sorgere. Il riferimento va, come è facile immaginare, a quell'idea che poneva la legge (per dir meglio e più in generale: il diritto autoritativamente posto) al centro dell'universo giuridico, affidandogli il compito di dettare regole che si volevano capaci di coprire la più gran parte delle situazioni giuridicamente rilevanti; le altre fonti non scomparivano dall'ordinamento, ma sopravvivevano alle condizioni e con le modalità identificate dalla legge stessa, secondo una logica rigidamente gerarchica che, al massimo, attribuiva loro una funzione di integrazione e completamento del dettato legislativo.

Come noto, una simile concezione del giure ha, al suo sorgere, una spiccata connotazione di rottura: rappresenta infatti uno degli strumenti cui, dall'Illuminismo in poi, si affida l'ideale di un diritto semplice, chiaro, certo, di un diritto chiamato, in questa sua veste, a consegnare al passato quella stratificazione alluvionale di fonti della più diversa origine viceversa tipica degli ordinamenti di *ancien regime* e della loro crescente incapacità di garantire il valore della certezza del diritto.

Simile, decantata, centralità della legge, tuttavia, non dava vita a una sorta di delega in bianco al legislatore, ma si legava indissolubilmente a un'idea di convivenza che postulava l'esistenza di un confine nitido tra il pubblico-statuale e il privato-individuale. Coerente-

1. P. Grossi, *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno*, in Id., *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2011, p. 3.

2. G. Capograssi, *La nuova democrazia diretta* (1922), in Id., *Opere*, I, Milano, Giuffrè, 1959, p. 409.

mente, le carte del costituzionalismo liberale si limitavano a indicare i poteri dello Stato e a organizzarne le relazioni[3], mentre (e non a caso) l'esiguo spazio riservato ai diritti e alle libertà individuali era destinato a identificare una sfera di autonomia soggettiva tipicamente connotata in termini proprietari (si pensi allo Statuto Albertino: se la libertà personale è semplicemente «guarentita», l'attributo 'forte' della inviolabilità è previsto, in modo significativo, solo per il diritto di proprietà e per il domicilio[4]). Il codice civile rappresenta, come noto, la faccia complementare di questa visione, lo snodo ugualmente costituzionale degli ordinamenti ottocenteschi, nel suo essere testimonianza di un duplice (e solo apparentemente contraddittorio) motivo: per un verso, infatti, il codice segna il momento dell'appropriazione statuale del diritto privato, l'affidamento del diritto privato alla legge dello Stato; per l'altro verso, esso celebra la piena autonomia dei soggetti, finalmente sciolti dai vincoli cetual-corporativi del vecchio ordine e tutelati nella loro libertà di movimento da uno sguardo statuale attento (ad assicurare il rispetto delle regole del gioco) ma distante, supremo garante di quel patto di non interferenza tra privato e pubblico che stava al centro dell'ideario giuridico ottocentesco[5].

In questo quadro, l'astrattezza costituisce una risorsa decisiva, sotto più di un profilo: rappresentare i soggetti come astrattamente eguali consente, come noto, di spostare fuori dall'osservatorio del giuridicamente rilevante il problema delle diseguaglianze di fatto esistenti tra i consociati; ma l'astrattezza serve anche – e si tratta di un aspetto rilevante – a massimizzare la capienza regolativa della norma che, proprio in quanto formulata in termini generali e astratti, si mostra adattabile ai più svariati contenuti. Sotto un simile osservatorio e in modo niente affatto paradossale, l'astrattezza costituisce un presidio essenziale per rallentare l'invecchiamento della regola ed evitare il deperimento della sua portata normativa; essa, inoltre, ha finito per aprire – sebbene in via surrettizia, contro l'intenzione degli autori – spazi interpretativi ulteriori rispetto ai compiti meramente declaratori ai quali si pensava di circoscrivere il lavoro dell'interprete.

Che una simile idea del diritto inizi a incrinarsi nell'ultimo scorcio di Ottocento ed entri definitivamente in crisi nel corso del Novecento, non sorprende; è a partire da questi tornanti storici, infatti, che l'immagine di una tendenziale e reciproca non interferenza tra società e Stato, privato e pubblico, cede progressivamente il passo alla consapevolezza di un loro ormai imprescindibile legame, all'idea che le coordinate della convivenza possano essere tracciate solo sostituendo l'osservatorio della separazione a quello, opposto, della relazione. Il tessuto normativo registra puntualmente lo scarto di prospettiva e la

3. M. Fioravanti, *Costituzione e politica: bilancio di fine secolo* (1999), in Id., *La scienza del diritto pubblico – dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, t. II, p. 875.

4. Il riferimento è agli artt. 26 (libertà personale), 27 (domicilio), 29 (proprietà).

5. Restano un punto fermo della riflessione storiografica le risalenti pagine di P. Ungari, *Per la storia dell'idea di codice*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», I, 1972, pp. 207 ss.

prima caratteristica del giure a risultare sacrificata sull'altare del tempo nuovo è proprio l'astrattezza: e se fino a un certo punto sembra possibile arginare la marea montante del cambiamento ricorrendo alla (nota) distinzione tra regole ed eccezioni, con le regole che vengono ancora stabilmente legate al volontarismo astratto del codice e le eccezioni che viceversa sono incaricate di descrivere il volto di interventi mirati, per lo più destinati a determinate categorie di soggetti deboli (come nel caso della legislazione sociale) o alla riorganizzazione di singoli settori dell'intervento pubblico, sarà il Novecento, soprattutto a partire dalla grande guerra, a segnare l'autentico punto di rottura.

Più di un elemento concorreva a turbare l'orizzonte dei giuristi: per un verso, l'incremento qualitativo e quantitativo dei compiti dello Stato tendeva a toccare vaste zone dell'ordinamento e a incidere lo stesso terreno dell'autonomia privato-proprietaria in direzione di una possibile e inedita funzionalizzazione dei diritti soggettivi. E mentre la prospettiva della limitazione o addirittura della amputazione di facoltà e diritti individuali era perfettamente compatibile con l'idea della nitida distinzione tra privato e pubblico (ciò che non era più privato, diventava automaticamente pubblico, e viceversa), il profilo funzionale, con la connessa possibilità di vincolare l'esercizio dei diritti soggettivi alla realizzazione di finalità sociali o pubbliche, impastava secondo modalità nuove dimensioni e interessi diversi, rendendo sempre meno facile vedere nel diritto privato una «norma di fini individuali»[6].

Per l'altro verso, questa presenza più diffusa e articolata dello Stato nella vita della società, testimoniata dal volto di un diritto distante dalle antiche astrattezze, non costituiva (e non costituisce) necessariamente il segno di una accresciuta autorità del potere pubblico, essendo sovente espressione della complessa partita che si gioca con i diversi blocchi di interessi economici, sociali e politici, talvolta portatori di istanze legittime di partecipazione e dialogo, altre volte inclini a condizionare gli stessi processi statuali di produzione del diritto imponendo il proprio e unilaterale punto di vista.

Non a caso, i richiami alla crisi rappresentano un'altra delle costanti che fanno propendere per l'idea del 'secolo lungo', rappresentano, cioè, un riferimento che entra nei discorsi sul diritto all'inizio del Novecento e che tuttora campeggia in essi con stabilità[7]: non perché i cento e più anni che ci stanno alle spalle siano un tempo uniforme o circolare, tutt'altro; tuttavia, una volta venuta «meno l'idea di una razionalità precostituita, data una volta per tutte»[8], espressa dalle caratteristiche di un sistema normativo identificato dal primato della legge generale e astratta, l'ordine cessa di essere

6. F. Vassalli, *Le riforme del codice civile in relazione alla proprietà fondiaria* (1923), in Id., *Studi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1960, t. II, p. 321.

7. P. Grossi, *Crisi del diritto, oggi?*, in Id., *Introduzione al Novecento giuridico*, cit., pp. 67ss.

8. C. Luzzatti, *Clausole generali e principi. Oltre la prospettiva civilistica*, in *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, a cura di G. D'Amico, Milano, Giuffrè, 2017, p. 31.

rappresentabile come un punto di partenza del giuridico e diventa (nella migliore delle ipotesi) un punto di arrivo.

Chi lavora sul diritto, da qualsiasi prospettiva lo faccia, si trova dunque a maneggiare – in questo caso sì, da più di un secolo – un canovaccio in costante tessitura, che appare non solo impossibile da chiudere e fermare nel suo movimento, ma popolato da un numero crescente di attori e di fonti. Con ogni probabilità, è proprio la ricchezza semantica del termine crisi a spiegare le ragioni del suo successo: essa restituisce, con pari forza, la percezione della fine di un mondo, l'incertezza sul domani ma anche la scommessa sulla ricerca di possibili alternative, di soluzioni chiamate, più che a contenere o ingabbiare la rinnovata complessità del diritto, a rilevarne fedelmente le fattezze e a governarla (ma solo) a partire da questa sottostante rilevazione. Ed è probabilmente per questo che 'crisi' è stato (ed è) il cappello sotto il quale si sono riuniti (e si riuniscono) differenti punti di vista; alla sostanziale identità di vedute sui fattori di cambiamento, fa infatti riscontro una molteplicità di letture sul fronte prognostico: dalla riproposizione dei tradizionali adagi legalisti e formalisti, alla venatura pessimistica di chi ritiene che l'ordine sia una chimera, ai tentativi di composizione su basi inedite delle molte e confliggenti spinte che alimentano la realtà.

Quale sia la visione cui si aderisce, 'interpretazione' e 'prassi' sembrano in ogni caso due concetti impossibili da schivare per entrare in contatto con le caratteristiche di un diritto non riconducibile all'assoluto primato della fonte legislativa; in tale quadro, l'ipotesi da cui muovo e a partire dalla quale vorrei formulare qualche considerazione specifica sulla funzione notarile, e sul diverso ruolo che a essa è stata attribuito (e che essa si è attribuita) nell'ultimo settantennio, è indicativamente questa: cercare di capire se e quando i riferimenti a prassi e interpretazione non sono serviti soltanto ad affrontare (e a rendere meno frustrante) il rapporto tra diritto e temporalità storica, tra la fissità del dato normativo e l'incalzare di nuove esigenze, o ad accorciare le distanze tra validità ed effettività, tra forma e sostanza, tra morale e diritto ecc., ma sono stati ritenuti elementi essenziali a definire *ab initio* i connotati del giuridico. Se infatti la logica delle alternative (fatto/diritto; forma/sostanza ecc.) arriva, al massimo, a contemplare delle commistioni (di nuovo: tra fatto e diritto, forma e sostanza ecc.), e se lo 'stare tra' queste dimensioni (un tempo) reputate separate o confliggenti tende ad apparire, oggi, un elemento che coinvolge tutti gli operatori del diritto, legislatore in testa, si vorrebbe vedere come la riflessione del notariato e sul notariato abbia registrato questa evoluzione e in che misura abbia contribuito a orientarne le direzioni di sviluppo.

2. Prassi, interpretazione e produzione sociale del diritto.

Un primo ed elementare legame tra prassi e interpretazione può essere così compendiato: i riferimenti alla prassi descrivono un livello del giuridico, variamente le-

gato al diritto formalmente posto, che sorge e si sviluppa grazie all'apporto decisivo dell'interprete, qui inteso essenzialmente come il soggetto che vive e sperimenta il diritto nelle sue concrete condizioni di esistenza e manifestazione. Questa immagine, del tutto generica, è (ancora) perfettamente compatibile con la tradizionale visione legicentrica dell'ordine giuridico e con l'idea, a essa legata, che «la prassi consista nella costante applicazione della norma (intesa come disposizione di legge) in un contesto dato. La prassi si esaurirebbe [dunque] nel modo di essere della norma nel mondo»[9]; e all'interprete spetterebbe, come da tradizione, di lavorare a valle della regola formale attraverso un'opera di semplice ribaltamento della fattispecie astratta su quella concreta, ribaltamento sostenuto, a monte, dalla razionalità della disposizione normativa e perciò tendenzialmente destinato a produrre letture e indirizzi uniformi e a garantire una crescita armonica ed incrementale del sistema giuridico, in tal modo corroborato nella sua coerenza di fondo dal volto della prassi stessa.

Il quadro si complica un po' ove si ammetta che accanto alle norme formalmente poste esista una manifattura privata del diritto, espressione legittima dell'autonomia dei soggetti, e tuttavia non destinata a scomparire nell'indistinto cono d'ombra della liceità: ritenuta espressione di una vocazione normativa del sociale con cui confrontarsi, tale manifattura, necessaria per attingere una definizione più soddisfacente di diritto, finisce inevitabilmente per sollecitare una riflessione congiunta sul ruolo della c.d. prassi e sul lavoro cui è chiamato l'interprete. Semplificando: questa fetta di relazioni giuridiche riesce, il più delle volte, a uscire dal sommerso anche grazie all'apporto determinante dell'interprete, di un soggetto, cioè, che non si limita a garantire che la regola di formazione privato-sociale non valichi i confini della liceità, che non si limita, insomma, a comporla, come da tradizione, sotto l'ombrello della fonte formale, ma tende ad avere un compito decisivo tanto nel censire l'esistenza di tale livello di normatività quanto nello svolgere un più sostanziale ruolo di mediazione tra i soggetti e gli interessi coinvolti nelle diverse attività di regolazione.

È in questo solco, come noto, che Carnelutti colloca, nel 1950, il valore specifico dell'apporto notarile alla vita del diritto[10]; a essere respinta era infatti l'idea che il notaio fosse un mero documentatore, chiamato semplicemente a travasare nei suoi atti la volontà privata e a confezionarla secondo i canoni formali di redazione richiesti dall'ordinamento. Che quest'ultimo fosse un modo piuttosto diffuso e radicato di concepire la funzione notarile è confermato dalla posizione del Ministro della Pubblica Istruzione

9. F. Di Marzio, *Sulla prassi notarile*, in «Giustizia civile.com», 24 febbraio 2017, p. 4.

10. F. Carnelutti, *La figura giuridica del notaro*, testo del discorso pronunciato a Madrid nel 1950 presso la sede del *Collegio de los escribanos* e poi pubblicato sulla «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile» nel 1950 che su la «Rivista del notariato», V, 1951, pp. 1 ss. (per le citazioni successive si attinge da quest'ultima sede di pubblicazione); idee analoghe possono leggersi anche in Id., *Diritto o arte notarile?*, in «Vita notarile», V, 1954, pp. 209 ss.

Giuseppe Ermini che nella seconda metà degli anni Cinquanta proponeva di tornare a un regime analogo a quello anteriore alla legge notarile del 1913, riducendo a un biennio la durata dei corsi universitari per l'aspirante notaio, considerato un semplice «tecnico» del diritto, per il quale non era necessario prevedere il più impegnativo iter di studi richiesto per la formazione dei giuristi veri e propri[11].

La nota espressione carneluttiana – «quanto più notaro quanto meno giudice»[12] – mirava viceversa a riconoscere al notaio un ruolo decisivo proprio nei processi di gestazione e di gestione di quella «formazione privata del diritto»[13] che la maggioranza della scienza giuridica aveva per troppo tempo rimosso ed escluso dal proprio osservatorio. Se vi era una «antitesi fondamentale tra il giudice e il notaro»[14], se un buon lavoro notarile appariva essenziale non solo a scongiurare le liti future, ma a celebrare, più in profondità, l'essenza autentica e imperitura del diritto come strumento di pace e pacificazione tra soggetti, il notaio non poteva che essere annoverato tra le figure essenziali a garantire la buona salute degli ordinamenti. L'occhio di Carnelutti, tuttavia, resta interamente concentrato sul versante interprivato della mediazione notarile, in perfetta coerenza con le caratteristiche di un itinerario teorico che, pur tra revisioni e ripensamenti, continua a marcare con nettezza la linea divisoria tra privato e pubblico, e a immaginare la privatezza come luogo di incontro e interazione di interessi esclusivamente individuali, vegliati dall'alto da uno Stato che intercetta i movimenti individuali solo per offrire ai singoli procedure di pace[15], per coadiuvarli nella prevenzione dei conflitti, attraverso il notaio, o nella loro soluzione, attraverso il giudice. Il segreto dell'armonia era dunque custodito in tale capacità del diritto di comporre armonicamente le sfere individuali: oltre questa soglia, si apriva un territorio irto di rischi, e così come non era concepibile l'esistenza di una zona mediana della convivenza caratterizzata dalla presenza di interessi sociali o collettivi[16], era del pari drammatizzata la portata di quei contegni conflittuali – come il diritto di sciopero riconosciuto dalla Costituzione – equiparati da Carnelutti ad autentici atti di guerra[17].

Un primo importante salto di piano si fa con la riflessione di Satta, di pochi anni successiva[18]; da questo momento in poi, due acquisizioni entrano stabilmente nel modo di guardare alla funzione notarile e di impostare la stessa relazione tra interprete e prassi.

11. Per la ricostruzione della vicenda e la citazione delle parole del Ministro, v. «Vita notarile», XVII, 1965, p. 755

12. F. Carnelutti, *La figura giuridica del notaro*, cit., p. 11.

13. Ivi, p. 12.

14. Ivi, p. 11.

15. Si tratta di un motivo costante della produzione carneluttiana; v., a es., Id., *Il primato del diritto* (1935), in Id., *Discorsi intorno al diritto*, Padova, Cedam, 1937, pp. 8 ss.

16. Di nuovo, si è di fronte a un'altra costante della sua visione; v., a es., Id., *Funzione del processo del lavoro*, in «Rivista di diritto processuale civile», VII, 1930, p. 114.

17. Id., *Sciopero e giudizio* (1949), in Id., *Discorsi intorno al diritto*, Padova, Cedam 1953, p. 138.

18. S. Satta, *Poesia e verità nella vita del notaio*, in «Rivista del notariato», IX, 1955, pp. III ss.

In primo luogo, Satta, nel sottolineare la «profonda essenza giurisdizionale della funzione del notaio»[19], equiparava, anche in positivo, il lavoro del giudice e quello del notaio; ad avvicinare le due figure, dal suo punto di vista, non stava solo la – pur essenziale – caratteristica della terzietà, ma il riconoscimento di una somiglianza più profonda che chiamava in causa le modalità di connessione tra interessi privati e pubblici, tra soggetti e ordinamento. Dal suo punto di vista – e questa è la seconda acquisizione – non sembrava infatti possibile capire il lavoro del notaio, e più in generale il volto del diritto novecentesco, senza sondare questo territorio della relazione tra particolare e generale, essenziale a tutelare e tenere in vita la vocazione ordinante del diritto, sotto la specie della sua capacità a mettere in relazione i diversi lati della convivenza. Riferirsi all'esistenza di un vero e proprio «giudizio notarile»[20] costituiva quindi il modo per escludere che il compito del notaio potesse essere ridotto, alla Carnelutti, alla mera prevenzione delle liti tra privati, e per collocare il *quid proprium* del lavoro notarile nella trasformazione della «volontà delle parti» in «volontà dell'ordinamento»[21]. Al pari del giudice, il notaio si collocava dunque al centro di quei processi di «assunzione pubblica della volontà privata»[22], che valevano a collocarlo a pieno titolo tra i soggetti investiti di una pubblica funzione.

Con una precisazione essenziale: il notaio svolgeva una funzione che poteva dirsi di interesse pubblico non perché dovesse essere considerato, come pure si era in passato sostenuto, un «impiegato o funzionario statale»[23], un mero esercente privato di una pubblica funzione[24]; l'interesse pubblico che il notaio realizzava attraverso il suo lavoro andava invece cercato in questa sua capacità di connettere la volontà delle parti alla volontà dell'ordinamento, in questa sua opera di sutura costante tra particolare e generale, che poteva realizzarsi solo a partire dalla libertà del notaio: la «sua libertà – dice Satta – è intrinseca all'ufficio che svolge, perché è un riflesso della volontà delle parti: il giudizio che si concreta nell'atto è [infatti] indissociabile dalla libera volontà delle parti, perché è la volontà stessa delle parti che diventa, attraverso il notaio, giudizio»[25].

Si è di fronte a un'intuizione decisiva, che verrà approfondita e sviluppata negli anni avvenire, e che – lo si vedrà tra un attimo – permetterà di affrontare sotto una luce nuova lo stesso problema del rapporto tra prassi e interpretazione. Ad affacciarsi dalle pagine di Satta era infatti l'idea che il notaio non fosse il soggetto condannato a dibattersi tra due

19. Ivi, p. VIII.
20. Ivi, p. X.
21. Ibidem.
22. Ivi, pp. IX-X.
23. Ivi, p. X.
24. Era questa, come noto, la posizione di Zanobini; v. G. Zanobini, *Esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo diretto da V.E. Orlando*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 341 e Id. *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè 1958[6], p. 409.
25. S. Satta, *Poesia e verità*, cit., p. x.

identità tendenzialmente antitetiche (libero professionista/pubblico ufficiale) ma fosse, al contrario, un soggetto chiamato a una funzione che, per svolgersi appieno, non poteva non congiungere questi due profili identitari. Si potrebbe dunque dire: pubblico ufficiale il notaio perché libero professionista, perché soggetto privato chiamato a solcare e comporre la relazione tra i diversi piani della convivenza e per questo capace di svolgere una funzione di indubbio interesse pubblico. Che era poi il modo per non leggere i processi di crescente intersezione tra società e Stato nel segno della semplice pubblicizzazione della dinamica giuridica e per non avallare l'idea che la funzione notarile potesse essere nuovamente ridotta a compiti di mera trascrizione di una volontà pubblica sempre più pervasiva, del tutto insensibile alla voce della società.

E se è in questa luce, preoccupante, che buona parte del notariato (e della stessa scienza giuridica) tese a leggere il senso del nuovo corso storico, non mancarono riflessioni di segno diverso. Un esempio tra i molti: un paragrafo della relazione presentata nel 1954 dalla delegazione italiana al III Congresso internazionale del notariato latino si intitolava, significativamente, la funzione sociale del notaio. Attraverso il ricorso a una simile espressione – così il testo della relazione – non si intendeva «indicare il notaio quale soggetto di diritto pubblico»; al contrario, si voleva mantenere l'attività del notaio «nel campo del diritto privato», considerando, però i «diversi interessi collettivi che in questo settore trovano tutela»[26]. La valorizzazione della figura del notaio, dunque, sembrava potersi conseguire estendendo il raggio e la nozione della privatezza oltre la cerchia ristretta degli interessi esclusivamente individuali: e se era possibile mettere a fuoco una visione (anche) 'sociale' del diritto privato senza che ciò valesse a trasformarlo in diritto pubblico, questo nuovo volto del giure non segnalava un'ipotesi di corrosione o di addolcimento 'esterno' del tradizionale individualismo, ma si candidava a diventare uno degli elementi costitutivi nella definizione della privatezza (e del diritto in genere).

A emergere, da questo momento in poi e quale fronte specifico di valorizzazione degli apporti notarili, era quindi l'immagine di una privatezza non (necessariamente) individualistica, con la quale venire in contatto, non tanto per orientare l'esito della 'battaglia dei confini' col diritto pubblico, ma per ripensare complessivamente le coordinate degli ordinamenti e per allargare, muovendo da qui, l'orizzonte qualitativo (e anche le responsabilità, lo si dirà al paragrafo successivo) dello stesso lavoro del notaio. E si trattava di un'acquisizione che, in modo non contradditorio, valeva a consolidare l'idea che «l'attività professionale del notaio» fosse «sempre e tutta esercizio di pubblica funzione»[27], proprio perché volta a cercare e realizzare equilibri complessi tra interessi privati, sociali e pubblici, proprio perché ritenuta decisiva per calare i rapporti giuridici tra privati all'interno di un più articolato quadro di azioni e reazioni che sembrava attribuire al notaio una fun-

26. *La funzione sociale del notaio*, in «Rivista del notariato», VIII, 1954, p. 175.

27. M. Nigro, *Il notaio nel diritto pubblico*, in «Rivista del notariato», XXXIII, 1979, p.1163.

zione «insieme garantista e creativa»[28], funzione che non gli impediva soltanto – ex. art. 28 legge notarile – di ricevere atti vietati dalla legge o manifestamente contrari all'ordine pubblico o al buon costume, ma che gli imponeva di affrontare anche il problema, più impegnativo, della «meritevolezza dell'interesse perseguito»[29].

Per questo – e di nuovo si tratta di un passaggio non contraddittorio – il riferimento all'esistenza di una privatezza non individualistica si accompagnava al contemporaneo riconoscimento di una zona di pubblicità non statuale, identificata e promossa anche grazie al lavoro notarile. Una sorta di interesse socialmente diffuso, pubblico non perché espresso e interpretato dalle sedi formalmente qualificabili come tali, ma perché legato alla tutela di esigenze e valori necessari a promuovere una certa concezione della vita associata e a qualificare un ordinamento come democratico. Saranno soprattutto Mario Nigro e Salvatore Romano, muovendo da osservatori disciplinari speculari, a rompere, con riferimento specifico al ruolo del notaio, la necessaria identità di pubblico e statuale e ad allargare il territorio del pubblico in direzione dei processi social-comunitari di creazione del diritto. «Ci sembra che il diritto pubblico – a dirlo è Romano – cominci da qui: dalla collettività come ordinamento comune. Con questo – concludeva – […] si apre la via ad una prospettiva dogmatica di ampia portata: quella di un diritto pubblico rispetto al quale il diritto statuale è solo parte»[30].

Autentica cifra distintiva delle convivenze democratiche, il pluralismo non doveva tuttavia coincidere con il mero incremento quantitativo di fonti e soggetti rilevanti per gli ordinamenti; al contrario, doveva diventare il riferimento capace di allevare una differente modalità di dialogo e di rapporto tra società e Stato, individui e gruppi, politica ed economia, diritti e doveri ecc., l'orizzonte ideale e istituzionale chiamato a ingranare il loro moto congiunto e ad ancorarlo al rispetto di determinati valori. Per non tradursi in una confusa ipotesi di coesistenza tra piani e soggetti diversi, il pluralismo aveva infatti bisogno di vivere all'interno di una cornice progettuale chiamata a caratterizzare una certa esperienza storica e a indirizzare la condotta dei differenti attori che in quell'esperienza a vario titolo si muovevano. Così, quando si pone l'accento sulla concezione dinamica e progettuale dell'ordine, ci si riferisce a un'altra caratteristica diuturna degli ordinamenti novecenteschi, di ordinamenti che riescono non solo ad assorbire ma a valorizzare l'incessante movimento che li caratterizza proprio in virtù dell'ancoraggio a un tessuto ideale e di principi che entra a pieno titolo nel territorio del giuridico concorrendo a definirne la fisionomia. Con i riferimenti alle visioni teleologiche dell'ordine non si intende dunque

28. Ivi, p. 1168.

29. N. Lipari, *La funzione notarile oggi: schema di riflessione*, in «Rivista del notariato», XXXI, 1977, p. 938.

30. Salv. Romano, *La distinzione tra diritto pubblico e privato*, testo della prolusione al corso della scuola di notariato Cino da Pistoia, letta a Firenze nel febbraio del 1962 e poi pubblicata in «Rivista del notariato», XVII, 1962, p. 29; qualifica in modo analogo il diritto dello Stato come una «parte» del diritto pubblico, M. Nigro, *Il notaio nel diritto pubblico*, cit., p. 1170.

definire fenomeni di ibridazione del diritto, della sua supposta purezza e autonomia, con dimensioni diverse (morale, politica, sociologia ecc.); si vuole piuttosto indicare nel diritto una delle aree che si fa carico di realizzare una certa idea di convivenza ispirata a determinati principi e valori.

È anche questa una delle ragioni che valgono a rendere il totalitarismo un frutto precipuo delle sfide regolative poste dal Novecento; a emergere è infatti il volto di uno Stato che muove alla conquista della società, non appagandosi di esercitare su di essa un controllo poliziesco, ma coltivando la più sottile ambizione di conquistarne il consenso, di determinarne l'adesione alla propria visione della vita e del mondo. E si tratta di uno sforzo che richiedeva la partecipazione e la collaborazione di tutte le forze disponibili sul campo, a partire dagli interpreti. In questo quadro, inneggiante alla «fedeltà all'idea politica»[31], chiamare a raccolta giudici, giuristi e amministratori, non rappresentava (più) il modo per smagliare o attenuare il monopolio statuale del diritto, ma per conferire a quel monopolio una latitudine inusitata, conseguita anche attraverso l'opera degli interpreti, chiamati a 'riempire' ogni spazio del giuridico e ad allinearlo allo spirito del regime[32].

3. Pluralismo e dialogo tra fonti.

È con le democrazie – come si intuisce – che il quadro si articola e si complica e che il diritto, attraverso le sue numerose fonti, diviene una delle dimensioni incaricate di restituire il volto plurale delle convivenze, il plesso multiforme di interessi, bisogni, aspirazioni che concorrono a connotarle[33]. Si tratta di una ricchezza che non deve evaporare ma che non può neppure aprire le porte a una dispersione particolaristica di spinte e orientamenti. Si potrebbe dire: perché rappresenti una ricchezza, un tratto davvero capace di qualificare e irrobustire la fibra democratica degli ordinamenti, serve un baricentro e una bussola.

Che il rinnovamento del discorso giuridico, incluso quello civilistico, passi, dai tardi anni Cinquanta, attraverso la valorizzazione del ruolo della Costituzione, costituisce forse il segno più eloquente di questa necessità di fondare un legame tra le molte espressioni del diritto e il complesso di principi, valori e obiettivi identificati come propri degli ordinamenti democratici. Il legame tra «decodificazione» e «costituzionalizzazione»[34] del

31. A.C. Jemolo, *Il nostro tempo e il diritto* (1932), in Id., *Pagine sparse di diritto e storiografia***,** Milano, Giuffrè, 1957, p. 55 «Dappertutto – queste, appunto le parole di Jemolo - si inneggia […] al giurista, al giudice, il quale partecipa della vita del suo tempo […] interpreta i bisogni della società in cui egli vive […] in luogo della fedeltà alla norma […] si chiede a lui la fedeltà all'idea politica e sociale animatrice dello Stato, e che il potere sovrano incarna e proclama» (ibidem).

32. Sul punto, mi permetto di rinviare a I. Stolzi, *L'ordine corporativo – poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 97 ss.

33. v. P. Grossi, *La Costituzione italiana quale espressione di una società plurale*, in «Nuova Antologia», 618, Gennaio-Marzo 2017, pp. 18-23.

34. C. Luzzatti, *Clausole generali e principi*, cit., p. 12.

diritto descrive sinteticamente questo processo: la distribuzione delle regole lungo un arco più ampio di fonti richiede infatti la presenza di una norma capace di garantire e promuovere il pluralismo, ma anche, e contemporaneamente, di guidare e indirizzare i diversi processi di applicazione e produzione del diritto, quale che sia il soggetto che se ne fa carico.

La Costituzione non è dunque un semplice gradino aggiuntivo posto al vertice della gerarchia delle fonti, ma è un testo che fonda e rinnova un'idea progettuale dell'ordine giuridico, un testo che, sospingendo la convivenza in certe direzioni, non si appaga di elencare diritti dell'individuo e poteri dello Stato, ma definisce *per relationem* l'identità di privato collettivo e statuale, li immagina come gradini ugualmente indispensabili dell'ordinamento; un testo che legge la complessità[35] del tessuto sociale ed economico, ma ambisce anche ad orientarla, disegnando un equilibrio, tanto complesso quanto necessario, tra individuale, sociale, e pubblico, tra diritti e doveri, tra autonomia e appartenenza, tra mercato e regolazione.

Ed è a partire da questo orizzonte sommariamente delineato, che la stessa immagine dell'interprete inizia a mutare sembianze: ad apparire sempre meno spendibile non è solo la visione che gli attribuiva il compito di effettuare una mera sutura logico-meccanica tra la norma e il fatto, ma anche l'idea che l'interprete fosse essenzialmente una risorsa evolutiva degli ordinamenti, chiamata soprattutto ad assicurare l'incontro tra la fissità della disposizione normativa e il fluire della vita, delle sue mutevoli esigenze. L'interprete, al contrario, tende a essere visto come il soggetto che si fa carico di una mediazione più articolata, che si nutre del dialogo (e nutre il dialogo) tra i diversi piani della normatività, e che per questo appare un anello indispensabile della dinamica giuridica, di una dinamica che non persegue più l'(illusorio) obiettivo di produrre somme aritmetiche di applicazioni uniformi, ma chiede di valutare e bilanciare posizioni, interessi, condotte, alla luce del tessuto di principi e valori propri della convivenza democratica[36].

Sotto un simile osservatorio, l'interpretazione diventa a pieno titolo una dimensione generativa del diritto anche quando si limita a leggere le norme, ad esplorarne le potenzialità regolative; al tempo stesso, la prassi cessa di designare il semplice momento della rilevazione empirica – il diritto come vive, come è davvero – per diventare, anch'essa, una dimensione originariamente normativa, che coniuga in ogni sua manifestazione piano dell'essere e del dover essere.

Le riflessioni del (e sul) notariato mi pare si inscrivano a pieno titolo in questa traiettoria evolutiva; a mutare, nel tempo, sono soprattutto le proporzioni, nel segno della

35. P. Grossi, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», LXIII, 3, 2013, pp. 607-627.

36. Identifica un tratto specifico degli ordinamenti contemporanei nel superamento dei «tradizionali criteri gerarchico e cronologico» a favore del criterio del bilanciamento, C. Luzzatti, *Clausole generali e principi*, cit., p. 32.

progressiva convergenza verso posizioni originariamente eccentriche o minoritarie. Né mero documentatore, né semplice emissario dello Stato, il notaio inizia ad apparire ed essere apprezzato come il soggetto immerso nel dialogo tra i diversi piani della normatività, come il soggetto che certo continuava a «rappresenta[re] l'ordinamento verso le parti», ma anche, e specularmente, «le parti verso l'ordinamento»[37], assumendo sulle proprie spalle l'onere di una mediazione difficile ma indispensabile tra il diritto formalmente posto e un substrato sociale ugualmente capace di produrre diritto. Si tratta di un raccordo che può prodursi solo ammettendo che il notaio (al pari di ogni giurista, pratico o teorico) metta in contatto questi diversi livelli del diritto avendo presenti i «canoni di razionalità»[38] cui si ispira un ordinamento, solo considerando il problema del «valere del diritto come valore»[39], problema che non serve più a gettare un ponte tra il giuridico e il pre- o metagiuridico, ma che consente di capire quale è il diritto *tout court* in una certa esperienza storica.

Nel momento in cui sfumano o si attenuano certi contrappunti (fatto/diritto; forma/sostanza; creazione/applicazione ecc.) per molto tempo ritenuti essenziali a presidiare i confini del giuridicamente rilevante, nel momento in cui alla logica degli steccati subentra quella, più complessa, del dialogo, si accrescono compiti e responsabilità di tutti i soggetti che popolano il mondo del diritto. Le regole di deontologia professionale – a esempio – tendono a diventare più che mai decisive nel governare il lavoro dei diversi professionisti proprio perché, in un quadro di «oggettiva rilevanza dell'ufficio nel processo applicativo dell'ordinamento»[40], a essere messa a rischio, in caso di condotta censurabile, non è solo la correttezza di un singolo rapporto, atto o transazione, ma quel circuito di dialogo e relazione tra diversi piani e livelli del giuridico da cui risulta il volto attuale del diritto.

Per rimanere al lavoro notarile, la terzietà diventa un requisito che tende a sollecitare declinazioni ulteriori e inedite: nelle realtà odierne, caratterizzate da una crescente divaricazione tra l'infinitamente grande e l'infinitamente piccolo e perciò perennemente esposte al rischio di trasformare il pluralismo nel suo contrario, ovvero nella prevalenza del soggetto più attrezzato culturalmente ed economicamente, la terzietà non può più essere sinonimo di equidistanza rispetto agli interessi e alle richieste delle parti, ma deve (o dovrebbe) diventare il riferimento chiamato a garantire un incontro equilibrato (o non troppo sbilanciato) tra le stesse. Vi rientrano quindi i doveri di informazione, la verifica e l'eventuale contestazione delle condizioni di accordo proposte dalla parte forte, la scelta della forma più adeguata a tutelare la parte debole, ecc.

37. M. Nigro, *Il notaio nel diritto pubblico*, cit., p. 1156.
38. N. Lipari, *La funzione notarile oggi*, cit., p. 941.
39. Ibidem.
40. Ivi, p. 936.

In generale: dinanzi a un panorama che, per ragioni molto complesse ed eccedenti i confini di questo scritto, affianca al progressivo sgranamento individualistico del tessuto sociale il volto crescentemente organizzato dei poteri che genericamente si possono chiamare forti, ogni forma di mediazione (pratica o teorica) non va solo valorizzata, ma anche rispettata nella sua specifica peculiarità.

Per questo il tentativo espresso da alcuni recenti disegni di legge (il ddl concorrenza, per esempio) di trasferire alcune competenze da un professionista all'altro va valutato con le dovute cautele; in particolar modo, si dovrebbe verificare se tali trasferimenti rispondano a una valutazione ponderata in virtù della quale si è ritenuto preferibile un professionista all'altro, o se invece non esprimano la sorpassata e contestabile idea della piena fungibilità dell'opera di chi lavora a valle del comando legislativo, di un comando che per vivere ha bisogno di poter contare su una meccanica applicativa del tutto interscambiabile.

Né pare casuale che si sia tornati a riflettere sull'opportunità di esplicitare la motivazione degli atti notarili[41]: oltre che mezzo per non far scomparire dietro il testo finale dell'atto il valore della consulenza che lo ha preceduto, o per fermare una determinata interpretazione del diritto, rendere conoscibili le motivazioni appare lo strumento per portare allo scoperto le diverse modalità con cui si riflette sul diritto e con cui si mettono in relazione i diversi piani della normatività, così come recepiti e interpretati da differenti osservatori, da quello notarile a quello dell'avvocato, fino a quello del magistrato o del giurista teorico.

Del pari, non sorprende che dalla metà degli anni Sessanta – si può prendere come *dies a quo* la prolusione maceratese di Rodotà[42] – si rifletta con sempre maggior attenzione sul ruolo che clausole generali e principi potrebbero o dovrebbero svolgere nell'economia complessiva di un ordinamento. E probabilmente i tempi sono maturi per non limitare il valore del loro apporto al solo (o prevalente) profilo del contributo offerto nel rallentare l'invecchiamento (o determinare il rinnovamento) del diritto, ma per vedere in essi espressioni normative particolarmente adatte a favorire il dialogo tra i diversi orizzonti regolativi che convivono in un sistema giuridico e che contribuiscono incessantemente a forgiarne l'identità. Se dunque un sistema giuridico oggi si può costruire solo attraverso il dialogo, principi e clausole generali potrebbero essere visti come l'alfa e l'omega dell'ordinamento: i primi, nella loro duplice e possibile veste di «architetti» e

41. V., a es. M. Palazzo, che riprendendo una proposta di Sabatino Santangelo del 1979, torna a riflettere sulla motivazione; l'articolo cui mi riferisco è *Sabatino Santangelo e la teoria dell'interpretazione giuridica*, in «Vita notarile», LXIX, 2017, pp. 49 ss.

42. In questo senso, P. Grossi, *Dalle clausole ai principi: a proposito dell'interpretazione come invenzione*, in «Giustizia civile», I, 2017, p. 5; il riferimento è a S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in «Rivista del diritto commerciale», LXV, 1967, pp. 82 ss.

«spazzini»[43], capaci, in quanto tali, di progettare il futuro come di spazzar via il passato, sono norme che contribuiscono a orientare le direzioni e i valori ispiratori del dialogo tra fonti; le seconde, le clausole generali, possono ancor oggi essere definite un «organo di respirazione dell'ordinamento», purché si chiarisca che esse non valgono a gettare un ponte «nei confronti di criteri metagiuridici, bensì nei confronti di norme concrete» nelle quali le «circostanze del caso entrano nella regola come componente in senso tecnico di quest'ultima»[44]. Che è poi il modo – e la precisazione è decisiva – per garantire che «l'ordinamento resti imperniato sulla forma di legge»[45], è insomma il modo per continuare a riconoscere nella legge un punto di orientamento obbligato e autorevole nella vita del diritto e per evitare che la moltiplicazione dei piani e dei livelli, anziché una risorsa di ricchezza e di plasticità, si trasformi in una porta aperta a particolarismi e soggettivismi.

Certo, per svolgere questo ruolo di orientamento la legge dovrebbe avere determinate caratteristiche; non appare infatti eccessivo attribuire, almeno in parte, la crisi di legittimità in cui versano Stato e istituzioni alle fattezze assunte dall'odierno diritto legislativo, ancora e troppo spesso espressione di quella smania di voler disciplinare tutto (o troppo) per legge, che ha finito per produrre effetti opposti a quelli sperati. Ad aver preso forma è un tessuto normativo ipertrofico, percorso da disposizioni minute e sovente ispirate a principi contraddittori; non solo: la legge, così concepita, stenta a star dietro alla realtà, con la conseguenza che il più delle volte ha un volto meramente repressivo o limitativo, interviene, cioè, a disciplinare i soli effetti ritenuti censurabili del diritto che si è autonomamente formato nel tessuto socio-economico.

Mentre sembra aver perso il suo volto più nobile (e necessario) di strumento chiamato a progettare il futuro di una comunità, a delineare le linee di sviluppo di un sistema; l'interprete, dal canto suo, tende a diventare il soggetto che si cimenta nel difficile tentativo di penetrare una selva sempre più intricata e contraddittoria di precetti, selva che costituisce l'*humus* ideale per allevare quelle pericolose derive soggettivistiche che si pensava di evitare attraverso un uso massiccio della fonte legislativa. E se una visione autenticamente plurale delle fonti porta a valorizzare ma anche, e non meno, a responsabilizzare il ruolo dell'interprete, del suo necessario apporto alla vita del giure, una malintesa centralità della fonte legislativa può determinare gravi opacità e contegni particolarmente disinvolti.

Se quanto si è finora detto appare plausibile, la recente proposta di considerare la stessa prassi notarile come una clausola generale, non sembra provocatoria o estempo-

43. C. Luzzatti, *Clausole generali e principi*, p. 33; ritiene invece, citando Sirena e Ader, che i principi permettano all'interprete di sondare soprattutto le origini dell'ordinamento, S. Patti, *Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale, in Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 159.

44. È la posizione, che condivido in pieno, di E. Scoditti, *Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis,* in *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 174.

45. Ivi, p. 185.

ranea[46]; piuttosto, si è di fronte a una posizione che mira a ingranare il dialogo tra fronti in una prospettiva, quella delle clausole generali, che non ha mai inteso detronizzare la legge, né rimandare l'immagine di un legislatore rinunciatario[47], ma che sembra mossa dall'esigenza di rendere la legge una realtà porosa rispetto alle sollecitazioni e alle espressioni normative del sociale, specie ora che i processi di produzione privata del diritto (il diritto dei privati, di cesariniana memoria) non possono più essere ritenuti fenomeni eccentrici o marginali nella vita del diritto, rappresentando, il più delle volte, «l'ordinaria genesi»[48] dello stesso lavoro legislativo. Un livello del giuridico, dunque, quello espresso dalla stessa prassi, che contribuisce ad aumentare, e non a mettere a repentaglio, la coerenza complessiva di un sistema[49]. Sotto un simile profilo, non può sfuggire a chi, come la sottoscritta, si occupa di storia del diritto, la singolare (e probabilmente involontaria) somiglianza tra un'idea di interpretazione recentemente proposta – «Spetta proprio al giurista di razionalizzare il materiale normativo. E di farlo, s'intende, con interventi diversificati e della più varia estensione. Precisando, correggendo; integrando; riconducendo a ragione il balbettio del legislatore»[50] – e la definizione di *interpretatio* data dalla *Glossa Magna* accursiana[51], a coronamento della stagione dei glossatori, definizione ugualmente protesa a segnalare la necessità di un intervento attivo e correttivo su un tessuto di norme che non sembrava saper rispondere adeguatamente alle richieste regolative formulate dalla realtà.

46. F.P. Lops, *Clausole generali del contratto e prassi notarile*, in «Vita notarile», LXIV, gennaio-aprile, 2012, pp. 377-394.

47. In questo senso invece C. Luzzatti, *Clausole generali e principi*, cit., p. 39.

48. F. Alcaro, *Il diritto dei privati*. Il testo, ancora inedito, mi è stato messo gentilmente a disposizione dall'Autore.

49. F.P. Lops, *Clausole generali del contratto*, cit., p. 378.

50. F. Di Marzio, *Sulla prassi notarile*, cit., p. 7.

51. «interpretor, idest corrigo […] Item verbum apertius exprimo […] item arrogo, item prorogo, sed econtra corrigo id est addo» (la citazione è tratta da P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 164).

INDAGINI DIFENSIVE E DIRITTO ALLA *PRIVACY*: UNA PROBLEMATICA RISALENTE APPENA SFIORATA DALLA LEGGE GELLI

Paolo Tonini
Prof. emerito dell'Università di Firenze

Sommario*:* 1. Due mondi separati. – 2. La mancata previsione dell'indagine difensiva nel disegno di legge sulla *privacy*. – 3. La mancanza di requisiti della richiesta di documenti alla pubblica amministrazione. – 4. Il bilanciamento tra diritto di difesa e tutela della *privacy*. – 5. Dalle regole sulle indagini difensive e sulla *privacy* ai requisiti della richiesta di documenti. – 6. I requisiti della richiesta di documenti alla pubblica amministrazione. – 7. La «diffusione» vietata e la «comunicazione» permessa. – 8. Il segreto della pubblica amministrazione. – 9. I termini più stringenti previsti dalla legge Gelli. – 10. Considerazioni conclusive.

1. Il sistema delle norme sulle investigazioni difensive e quello delle norme sulla *privacy* sono nati come due universi separati: sono stati costruiti dal legislatore in momenti differenti e con elaborazioni non comunicanti tra di loro. In quanto giuristi, siamo costretti a farli funzionare in modo sinergico per esigenze concrete, costruendo *ex novo* un ponte di collegamento; ma occorre avere la consapevolezza che i due universi hanno avuto origini assolutamente differenziate.

Su di un versante sta il codice di procedura penale del 1988, il primo del nuovo Stato democratico, che ha puntato tutto sulla garanzia della dialettica tra le parti, accusa e difesa, e per fare ciò ha tolto alla pubblica accusa il monopolio delle indagini. Al tempo stesso, ha riconosciuto alle parti private il diritto di difendersi mediante prove[1], e cioè con investigazioni difensive. Per inciso, ciò significa che l'indagato e la persona offesa hanno il diritto, garantito dall'art. 24 della Cost., di compiere quelle indagini che sono utili per ricercare e acquisire elementi di prova sui quali basare le proprie richieste. Si tratta di una delle novità più importanti del codice del 1988 rispetto a quello precedente autoritario del 1930[2].

Su di un altro versante, la *privacy* è stata affermata dal legislatore nel 1996 come un diritto fondamentale della persona (legge n. 196). Ma vi è una singolarità da mettere in evidenza dal punto di vista dell'origine storica delle norme. L'affermazione del diritto alla riservatez-

1. Il riferimento obbligato è G. Vassalli, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 12.

2. L. Filippi, *Premessa*, in Aa. Vv., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, Padova, 2001, p. XVII; P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, XVII ed., Milano, 2016, p. 648.

za dei dati privati è stata attuata nei medesimi anni Novanta dello scorso secolo, quando il Parlamento stava perfezionando la riforma del codice di procedura penale. Era la stagione nella quale il legislatore voleva attuare quei diritti fondamentali che erano stati negati dalla legislazione precedente. Dobbiamo constatare che le Camere hanno fatto le due riforme in questione, processo penale e *privacy*, secondo la cultura di allora, che era massimalistica. In quella temperie storica i nuovi princìpi dovevano essere affermati comunque e non ci si preoccupava di operare un bilanciamento se nella vita reale si manifestava un conflitto tra gli stessi. Non si tratta di una questione astratta o filosofica; è un problema che si è manifestato in concreto quando si è voluto regolamentare sia il diritto di difendersi mediante investigazioni difensive, sia il diritto a tutelare la riservatezza della vita privata.

Propongo un esempio che mi pare illuminante e lo posso fare perché in quel periodo di tempo ho avuto la fortuna di collaborare come studioso tanto alla regolamentazione delle investigazioni difensive, quanto alla stesura delle norme sulla *privacy*. Eravamo nel 1995, l'anno nel quale il legislatore, per la prima volta, ha affermato nel codice che i risultati delle investigazioni difensive potevano essere presentati direttamente al giudice senza passare attraverso il pubblico ministero, che è la controparte dell'imputato[3]. Come è noto, la legge n. 332 del 1995 ha costituito una svolta importante per il nuovo processo penale di tipo accusatorio; era la premessa di quella riforma che è stata poi completata nel 2000 con la legge n. 397, dopo la revisione costituzionale che ha introdotto le norme sul "giusto processo" (art. 111, commi 1 – 5, Cost.).

Sempre nel 1995 si stava discutendo in Parlamento quel disegno di legge sulla *privacy* che sarebbe stato poi approvato a fine 1996. Ebbene, come si è accennato in apertura, indagini difensive e tutela della *privacy* erano due riforme che non comunicavano tra di loro. I due diritti costituzionali erano affermati separatamente ed erano trattati in modo massimalistico, e cioè senza bilanciare i punti di conflitto tra gli stessi.

2. Un esempio può chiarire il concetto. Il disegno di legge sulla *privacy*, fino a due mesi prima della sua definitiva approvazione, ignorava la problematica delle indagini difensive[4]. Cosa voleva dire tutto questo?

In un sistema nel quale, in materia di trattamento dei dati personali, valeva (e vale ancora oggi) il principio secondo cui "è tutto vietato *salvo ciò che è consentito espressamente*", ignorare le investigazioni significava impedirle. Di conseguenza l'avvocato, che avesse voluto esercitare il diritto costituzionale di difendersi mediante prove e avesse voluto, a tutela del cliente, compiere indagini su dati che concernevano la vita privata di una terza

3. Art. 38 disp. att. c.p.p., mod. dalla legge 8 agosto 1995 n. 332. Comma 2-*bis*: «il difensore della persona sottoposta alle indagini può presentare direttamente al giudice gli elementi che egli reputa rilevanti ai fini della decisione da adottare». Comma 2-*ter*: «la documentazione presentata al giudice è inserita nel fascicolo relativo agli atti di indagine […]».

4. Ci riferiamo al DDL n. 1901-*ter* della Camera.

persona, sarebbe stato costretto a tutti quegli obblighi che erano previsti in generale per i privati e per le imprese commerciali. E cioè, il difensore avrebbe dovuto *avvisare* l'interessato dello scopo per cui raccoglieva su di lui dati personali e avrebbe dovuto chiedergli il *consenso* al trattamento dei medesimi. Dal canto suo, l'interessato avrebbe potuto pretendere dall'investigatore o dal difensore di *conoscere* i dati raccolti.

Si trattava palesemente di limiti incompatibili con lo svolgimento di indagini. È evidente che l'attività investigativa deve utilizzare l'effetto sorpresa e deve essere svolta in segreto, per essere efficace. Questo vale sia per le indagini private, sia per quelle pubbliche della polizia e del pubblico ministero. Eppure, stava accadendo che il disegno di legge sulla *privacy,* fino a due mesi prima della sua definitiva approvazione in Parlamento, lasciava inalterati i limiti dell'informativa e del consenso anche quando si fossero svolte le investigazioni difensive[5]. Sarebbe stata una pesante omissione da parte del legislatore con effetti lesivi del diritto di difesa.

Ricordo di aver manifestato la mia preoccupazione su giornali e in Convegni, denunciando l'attentato che si veniva prospettando contro il diritto alla prova[6]. Sta di fatto che, in seguito a sollecitazioni degli studiosi, degli avvocati e degli investigatori privati, la Camera dei deputati, tra l'11 settembre ed il 1° ottobre 1996, negli ultimi *venti giorni* prima dell'approvazione definitiva, ha introdotto alcuni emendamenti che costituivano deroghe in favore dell'investigazione difensiva. Tali deroghe sono state poi confermate dal Senato al momento dell'approvazione finale nel dicembre 1996.

.Grazie a detti emendamenti, la legge sulla *privacy* (31 dicembre 1996, n. 675) ha permesso al difensore dell'indagato e a quello dell'offeso di fare a meno dell'informativa e del consenso dell'interessato. Quelle norme sono state poi trasferite, con qualche modifica, nel successivo codice della *privacy* (d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196).

L'operazione non è stata indolore: il legislatore ha inserito le nuove norme in modo non sistematico, all'interno di articoli non coordinati tra loro, come avviene quando all'ultimo momento si introducono emendamenti. Al punto che, ancora oggi, abbiamo il problema di una normativa di difficile lettura. E, a livello dei princìpi generali, noi constatiamo che è mancato un bilanciamento razionale tra la tutela della riservatezza e la tutela del diritto di difendersi mediante prove.

3. Dalla parte opposta, e cioè per le investigazioni difensive, è avvenuto qualcosa di simile. Nel 2000, insieme alle norme di attuazione del "giusto processo", è stata creata la regolamentazione dei singoli atti di indagine difensiva (legge 7 dicembre 2000, n.

5. Sul punto, con un dettagliato resoconto dei lavori preparatori, cfr. G. Buttarelli, *Banche dati e tutela della riservatezza,* Milano, 1997, pp. 120-122.

6. Si vedano gli interventi all'incontro di studio svoltosi a Roma nel dicembre 1995, in *Federpol Notizie*, 1995, n. 6, p. 12 s.; v. anche P. Tonini, *Processo penale: è a rischio l'attività difensiva,* in *Italia Oggi,* 14 dicembre 1995.

397). Ma, anche in questo caso, si è voluto affermare in modo massimalistico il diritto di difesa e non si è fatto alcun bilanciamento con le esigenze della *privacy*. Quale esempio si può citare l'art. 391-*quater* c.p.p., introdotto con la citata legge del 2000, in base al quale si è permesso al difensore di chiedere i documenti alla pubblica amministrazione, ma non si è bilanciato tale diritto con quello della *privacy* perché non si sono indicati i requisiti della richiesta[7].

Per completare il quadro, dobbiamo ricordare che di recente la c.d. legge Gelli ha previsto termini stringenti per la risposta che la direzione sanitaria deve fornire alla richiesta di documenti; ma tale legge nulla ha aggiunto se non un mero rinvio alla disciplina sull'accesso ai documenti amministrativi e ai regolamenti in materia (art. 4, legge n. 24 del 2017).

Nel momento attuale la situazione è la seguente: certamente in base alle norme introdotte nel 2000 si è attribuita una priorità al diritto a difendersi mediante prove rispetto alla *privacy*; e ciò lo hanno riconosciuto espressamente le Sezioni unite civili del 2011, quando hanno affermato che non è configurabile alcuna lesione del diritto alla *privacy* qualora ci sia un utilizzo dei dati personali a fini di giustizia e l'atto processuale con cui venga posto in essere tale utilizzo risulti conforme al relativo codice di rito. «Di talché, laddove nell'ambito di un processo sia stato emesso un ordine di esibizione di una data documentazione, relativa ad una delle parti processuali, non è possibile ravvisare alcuna violazione del diritto *de quo*»[8].

Anche nel processo penale la scelta del legislatore è stata molto chiara: in base all'art. 391-*quater* c.p.p., se la pubblica amministrazione si rifiuta di fare copia dei documenti, si applicano gli artt. 367 e 368 c.p.p., in base ai quali il difensore può chiedere al pubblico ministero di disporre il sequestro dei documenti medesimi. Inoltre, se la pubblica accusa non ordina il sequestro, la medesima deve trasmettere la richiesta al giudice con il suo

7. G. Viciconte, *Indagini difensive e accesso ai documenti della pubblica amministrazione*, in Aa. Vv., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, Padova, 2001, p. 241; P. Tonini, *L'investigazione difensiva e la legge sulla* privacy, ivi, p. 517.

8. Cass., Sez. un., 8 febbraio 2011, n. 3034, Acerbi, in *Dir. Informatica,* 2011, 2, p. 252; in *Giust. civ*., 2011, 3, p. 605; in *Foro it.,* 2012, 3, I, p. 843: «in tema di protezione dei dati personali, non costituisce violazione della relativa disciplina il loro utilizzo mediante lo svolgimento di attività processuale giacché detta disciplina non trova applicazione in via generale, ai sensi degli artt. 7, 24 e 46-47 del d.lgs. n. 193 del 2003 (cd. codice della *privacy*), quando i dati stessi vengano raccolti e gestiti nell'ambito di un processo; in esso, infatti, la titolarità del trattamento spetta all'autorità giudiziaria e in tal sede vanno composte le diverse esigenze, rispettivamente, di tutela della riservatezza e di corretta esecuzione del processo, per cui, se non coincidenti, è il codice di rito a regolare le modalità di svolgimento in giudizio del diritto di difesa e dunque, con le sue forme, a prevalere in quanto contenente disposizioni speciali e, benché anteriori, non suscettibili di alcuna integrazione su quelle del predetto codice della privacy. (Principio affermato dalla S.C. con riguardo alla condotta della parte che aveva operato nel rispetto delle norme di cui agli artt. 76, 134 e 137 cod. proc. civ. e 95 disp. att. cod. proc. civ., notificando l'ordine di esibizione dato dal giudice istruttore ed alcuni verbali d'udienza in collegamento con lo stesso ordine, anche in assenza del consenso del titolare dei dati riportati nei predetti atti)». In dottrina, si veda V. Comi, *Investigazioni difensive e circolazione delle informazioni*, in *Arch. pen*., 2011, n. 2, p. 261.

parere. A questo punto sarà l'organo giurisdizionale a decidere se disporre il sequestro. La scelta del codice è chiara: prevale il diritto di difendersi mediante prove; e questo è tutelato dall'intervento eventuale sia del pubblico ministero, sia del giudice[9].

Tuttavia, vi è una lacuna legislativa: il codice di procedura penale non precisa come debbano essere bilanciati il diritto di difesa ed il diritto alla *privacy*. Il Parlamento non ha voluto effettuare un contemperamento; di conseguenza, l'interprete è costretto a farlo per dare attuazione alla legge. Non è possibile affermare, come fanno le Sezioni unite della Cassazione in modo semplicistico, che il diritto di difesa prevale sulla *privacy*. Resta il problema di stabilire in concreto quali requisiti debba avere quella richiesta di documenti che il difensore ha il diritto di rivolgere alla pubblica amministrazione, ad esempio, per avere copia della cartella clinica, e cioè di un documento che contiene dati sensibili[10] con il correlativo dovere del pubblico ufficiale (o dell'incaricato di pubblico servizio) di rispondere entro trenta giorni, pena l'incriminazione per omissione di atti di ufficio (art. 328 c.p.).

Ebbene, in argomento non vi è alcun precedente in giurisprudenza relativo al processo penale. Per quanto riguarda la dottrina, tra i commentatori del codice si deve registrare un contrasto netto tra due opinioni.

Vi sono coloro che affermano che la pubblica amministrazione deve comunque fornire copia del documento in base alla sola richiesta del difensore; pertanto, non dovrebbe essere fatta alcuna valutazione né sulla legittimità, né sul merito della richiesta[11]. In senso contrario, vi sono coloro che sostengono che la pubblica amministrazione ha il potere di valutare la legittimità e anche il merito della richiesta dell'avvocato «quantomeno sotto il profilo della pertinenza del documento richiesto (rispetto) alle esigenze difensive prospettate»[12]. In sostanza, la pubblica amministrazione dovrebbe comportarsi come un giudice, senza avere gli strumenti di cui quest'ultimo ha disponibilità per decidere. Quando poi occorre precisare quali sono i requisiti che deve avere la richiesta del difensore, la dottrina non dà risposte. Insomma, il legislatore non ha fatto una scelta e la dottrina non ha risolto il problema.

Eppure, nella pratica di ogni giorno, in qualche modo devono essere operate quelle scelte, che sono imposte dalla stessa giurisprudenza quando afferma che il diritto di difesa deve prevalere sulla *privacy*.

9. A fianco degli strumenti del processo penale, esistono gli strumenti del diritto amministrativo. In base all'art. 22 della legge n. 241 del 1990 e agli artt. 2 e 5 del DPR n. 184 del 2006, affinché l'accesso sia consentito, è necessario che il richiedente sia portatore di un «interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento del quale è chiesto l'accesso». Inoltre, «il richiedente […] deve specificare e ove occorre comprovare l'interesse connesso all'oggetto della richiesta».

10. La tenuta della cartella clinica è regolamentata dal d.p.r. n. 128 del 1969 agli artt. 5 e 7. L'accesso ai dati personali delle persone decedute è regolamentato dagli artt. 9 e 92 del codice *privacy*.

11. P. Gatto, *Le investigazioni preventive del difensore*, Padova, 2003, p. 183.

12. F. Vergine, *Sub* art. 391-*quater*, in *C.p.p. commentato,* a cura di G. Canzio e G. Tranchina, vol. II, Milano, 2012, p. 3517.

4. Il punto di partenza sta nella constatazione che occorre effettuare un bilanciamento tra diritti fondamentali[13], operazione che è stata oggetto di approfondimento da parte della Corte costituzionale. Invero, la giurisprudenza della Consulta ha fornito un importante ausilio perché ha chiarito come deve essere fatto tale contemperamento. Nella famosa sentenza sull'ILVA di Taranto del 2013, la n. 85, la Corte ha fatto un'affermazione importante e lapidaria: "nessun diritto è tiranno"[14]. Il fatto che il testo della Carta fondamentale qualifichi un diritto come inviolabile o fondamentale non vuol significare una preminenza totale di tale diritto né una «pretesa di assolutezza».

Merita citare il passaggio centrale della sentenza n. 85 del 2013: «il punto di equilibrio […] deve essere valutato […] secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale». L'affermazione può essere così tradotta e adattata al problema che stiamo affrontando: se anche prevale il diritto di difendersi mediante prove, tuttavia l'istanza soccombente, e cioè la *privacy*, non deve essere sacrificata nel suo «nucleo essenziale».

In particolare, per quanto concerne la richiesta di cartella clinica alla pubblica amministrazione, riteniamo che il compito dei giuristi sia quello di coordinare le norme sulle investigazioni difensive con le regole del codice della *privacy* in modo da ricavare, da tale operazione, i requisiti della richiesta di documenti alla pubblica amministrazione. La finalità è chiara, anche se il compito non è facile, perché i due gruppi di norme, come abbiamo potuto constatare, sono nati e cresciuti separatamente.

5. Una prima certezza può essere ricavata dalle norme del codice di procedura penale: il potere di dirigere le investigazioni difensive spetta al difensore, non al cliente, né alle persone incaricate dal difensore[15]. La ragione sta nel fatto che l'avvocato è vincolato da regole deontologiche che comportano sanzioni disciplinari; e oggi le sanzioni sono applicate seriamente da un organo non più locale, bensì distrettuale.

Un secondo aspetto, che comporta una qualche difficoltà, sta nel ricavare dalle singole norme del codice *privacy* quelle regole che devono essere osservate nel trattamento dei dati personali quando si esercita il diritto alla prova di fatti che concernono terze persone.

13. La sentenza della Corte cost. n. 173 del 2009 ha definito fondamentale il diritto alla riservatezza dei dati personali.

14. Per un commento alla sentenza, v. P. Tonini, *Il caso ILVA induce a ripensare le finalità e gli effetti del sequestro preventivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1153.

15. Art. 327-*bis* c.p.p., comma 1: «Fin dal momento dell'incarico professionale, risultante da atto scritto, il difensore ha facoltà di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito, nelle forme e per le finalità stabilite nel titolo VI-*bis* del presente libro». Comma 2: «La facoltà indicata al comma 1 può essere attribuita per l'esercizio del diritto di difesa, in ogni stato e grado del procedimento, nell'esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione». Comma 3. «Le attività previste dal comma 1 possono essere svolte, su incarico del difensore, dal sostituto, da investigatori privati autorizzati e, quando sono necessarie specifiche competenze, da consulenti tecnici».

Le disposizioni sono sparse nel testo sulla *privacy* e ciò impone un'opera di decifrazione, per chiarire i collegamenti tra le medesime. In base all'art. 24, comma 1, lett. *f*, il trattamento deve avvenire «esclusivamente» per lo «svolgimento delle investigazioni difensive» e deve attuarsi «per il periodo strettamente necessario» a tale finalità[16]. In base all'art. 26, comma 4, lett. *c*, il trattamento a fini difensivi deve tutelare un diritto «di rango pari a quello dell'interessato»[17].

Occorre adesso combinare le regole di trattamento, sopra enunciate, con la tipologia dei dati personali che vengono richiesti. Quando si tratta di dati non sensibili, oppure di dati sensibili, ma differenti da quelli sulla salute e sulla vita sessuale[18], il codice *privacy* impone di osservare le due regole della *esclusività* del trattamento e della *durata strettamente necessaria* per la finalità del diritto alla prova. Viceversa, quando si tratta di dati sulla salute e sulla vita sessuale, a queste due regole è necessario aggiungerne una terza: quella del pari rango tra la salute, da una parte, e il «diritto della personalità» o «un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile», dall'altra parte.

Per complicare le cose il codice *privacy* prescrive che occorre un'autorizzazione del Garante. Ma dalla lettura del medesimo codice si ricava che l'autorizzazione viene data con un provvedimento generale[19]. Le autorizzazioni generali si rinnovano ogni anno: le ultime sono del 15 dicembre del 2016. Per sintetizzare la materia, si può dire che le autorizzazioni generali n. 2 e n. 4 rafforzano i criteri già esistenti nel codice *privacy* e aggiungono che i dati trattati ai fini difensivi devono essere «non eccedenti» rispetto agli incarichi conferiti e vanno trattati con il vincolo del «segreto professionale»[20].

16. Art. 24 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Casi nei quali può essere effettuato il trattamento senza consenso) comma 1: «Il consenso non è richiesto, oltre che nei casi previsti nella Parte II, quando il trattamento: […] lett. *f)* con esclusione della diffusione, è necessario ai fini dello svolgimento delle investigazioni difensive di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 397, o, comunque, per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria, sempre che i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento, nel rispetto della vigente normativa in materia di segreto aziendale e industriale».

17. Art. 26 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Garanzie per i dati sensibili) comma 4: «I dati sensibili possono essere oggetto di trattamento anche senza consenso, previa autorizzazione del Garante […] lett. *c*) quando il trattamento è necessario ai fini dello svolgimento delle investigazioni difensive di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 397, o, comunque, per far valere o difendere in sede giudiziaria un diritto, sempre che i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento. Se i dati sono idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale, il diritto deve essere di rango pari a quello dell'interessato, ovvero consistente in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile».

18. Riportiamo la definizione di dati sensibili ai sensi dell'art. 4 codice *privacy*: «i dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale».

19. Art. 40, comma 1 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196: «Le disposizioni del presente codice che prevedono un'autorizzazione del Garante sono applicate anche mediante il rilascio di autorizzazioni relative a determinate categorie di titolari o di trattamenti, pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana».

20. *Autorizzazione generale* n. 2/2016 al trattamento dei dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita

6. A questo punto è possibile compiere il passo finale e risolutivo, consistente nel trarre dalle regole sparse quei requisiti che la richiesta di documenti deve avere perché la pubblica amministrazione sia obbligata a rispondere in senso *positivo* al difensore; se non lo fa, provvederà in tal senso prima il pubblico ministero e poi il giudice (artt. 367 e 368 c.p.p.). I requisiti della richiesta riguardano, in sintesi: 1) la legittimazione del difensore; 2) la nomina del medesimo; 3) l'organo giurisdizionale competente; 4) la precisazione degli estremi del documento richiesto; 5) la necessità di disporre del documento; 6) se poi si tratta di investigazioni preventive, occorrono altre indicazioni che preciseremo. Possiamo passare ad esaminare in dettaglio ciascuno dei requisiti sottolineando che essi non sono indicati espressamente in alcun testo di legge, bensì devono essere ricavati in via ermeneutica dal coordinamento tra le norme sulle investigazioni difensive e quelle del codice *privacy*.

1) La legittimazione del difensore. Non basta che nella richiesta si dica: "sono l'avvocato di un determinato cliente". Occorre che il difensore precisi la propria iscrizione all'albo di avvocato e l'indirizzo dello studio professionale nel quale sarà conservata la documentazione richiesta. La firma deve essere leggibile, poiché in base alla legge la sottoscrizione che non rispetti tale requisito è nulla. Ovviamente, in caso di corrispondenza mediante PEC, la firma è digitale. In ogni caso, è necessario che la pubblica amministrazione conosca colui che fa la richiesta, e cioè colui che avrà la copia del documento sensibile, perché quel professionista dovrà mettere in atto le misure di sicurezza imposte dal codice *privacy* al fine di evitare un uso improprio o eccedente rispetto alla finalità del diritto di difesa[21].

2) La nomina del difensore. Anche in questo caso, non basta che la richiesta affermi: "difendo una determinata persona". Occorre che il difensore documenti la sua qualità ai sensi dell'art. 27 disp. att. c.p.p.: la nomina può apparire sia da un verbale della autorità che procede, sia da una dichiarazione scritta prodotta dal difensore medesimo (non occorre l'autentica di firma perché la dichiarazione è prodotta dall'avvocato). Oppure, può esservi un atto dell'autorità giudiziaria nel quale è documentata la nomina del difensore d'ufficio dell'indagato o dell'imputato[22].

---

sessuale; *Autorizzazione generale* n. 4/2016 al trattamento dei dati sensibili da parte dei liberi professionisti, entrambe in *Gazzetta Ufficiale* n. 303 del 29 dicembre 2016.

21. In applicazione dell'art. 9, comma 3 e dell'art. 92 del d.lgs. n. 196 del 2003, un'apposita regolamentazione è stata prevista dal Garante della *privacy* con provvedimento del 17 settembre 2009 avente ad oggetto il rilascio della cartella clinica di un congiunto defunto. «Copia della cartella clinica di un defunto può essere richiesta dai legittimari dello stesso (*ex* art. 536 c.c.) e precisamente: il coniuge, i figli legittimi, i figli naturali e, in mancanza dei predetti, gli ascendenti legittimi nonché gli eredi testamentari». «Non è necessario richiedere il consenso di tutti i coeredi per l'esercizio di un diritto (l'accesso alla documentazione sanitaria) che spetta autonomamente e disgiuntamente a ciascuno dei legittimari, in quanto di per sé titolari di una posizione giuridicamente rilevante (TAR Lazio 535/2003)».

22. Art. 27 disp. att. c.p.p.: «quando è richiesto, il difensore documenta la sua qualità esibendo: a) la certificazione della nomina fatta con dichiarazione orale all'autorità procedente; b) la copia della nomina

3) L'autorità giudiziaria competente. Non basta che la richiesta si limiti ad affermare l'esistenza di un processo in corso. Occorre che il difensore precisi quale è l'organo giurisdizionale e il numero del procedimento penale o civile.

4) La indicazione del documento richiesto. La dottrina afferma che il difensore deve indicare gli elementi idonei per poter individuare il documento richiesto[23]; ad esempio, la precisazione di un determinato periodo temporale del trattamento ospedaliero; l'indicazione di uno specifico esame cui il paziente è stato sottoposto, anche se non si conosce la data; l'indicazione generica di una tipologia di atti (esami del sangue; risultati di "prove da sforzo", ecc.).

5) La necessità di disporre del documento. Il codice *privacy* precisa che il difensore può avere la necessità di conoscere dati sensibili perché deve dare la prova di un fatto che comporta la conoscenza di questi ultimi. Inoltre, l'art. 391-*quater* c.p.p. prevede che la richiesta di un documento alla pubblica amministrazione sia presentata «ai fini delle indagini difensive». Quindi è chiaro il collegamento finalistico tra il documento e la necessità di reperire dati personali a fini processuali.

Per inciso, è utile ricordare in sintesi la definizione di "documento", poiché questa nozione è citata nell'art. 391-*quater* c.p.p. Come è noto, documento è «la rappresentazione di un fatto incorporata su di una base materiale»[24]. Pertanto, la richiesta deve motivare la necessità di conoscere a fini difensivi quel fatto che è rappresentato nel documento che è in possesso della pubblica amministrazione.

Ciò premesso, la "necessità" del documento si traduce nei tre sotto-requisiti della *pertinenza, della indispensabilità* e, se concerne la salute o la vita sessuale, *del pari rango.*

a) Pertinenza del documento con il fatto da accertare. Occorre fare riferimento all'art. 187 c.p.p.: il documento serve a rappresentare un fatto che è "oggetto di prova" nel processo penale o civile. Un accenno solo per ricordare le nozioni base del processo penale: "oggetto di prova" è, tra l'altro, il fatto storico di cui all'imputazione, e cioè i fatti che dimostrano l'esistenza degli elementi oggettivi e soggettivi del reato e le eventuali cause di giustificazione (es. stato di necessità o consenso dell'avente diritto)[25]. Sulla pertinenza ai fini difensivi non occorre che l'avvocato scriva un trattato, bensì soltanto che colleghi il

recante l'attestazione dell'avvenuto deposito, nel caso di consegna da parte del difensore; c) la copia della nomina, certificata conforme all'originale da parte del difensore, e l'originale della ricevuta postale, nel caso di trasmissione a mezzo di raccomandata; d) la copia del verbale o dell'avviso indicati nell'art. 30, nel caso di nomina di ufficio».

23. Di Maio, *Le indagini difensive*, Padova, 2001, p. 241.

24. P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, XVII ed., Milano, 2016, p. 361.

25. Art. 187 (Oggetto della prova), comma 1: «Sono oggetto di prova i fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza». Comma 2: «Sono altresì oggetto di prova i fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali». Comma 3: «Se vi è costituzione di parte civile, sono inoltre oggetto di prova i fatti inerenti alla responsabilità civile derivante dal reato».

fatto rappresentato dal documento richiesto con il fatto che deve essere provato in quanto oggetto di prova del processo penale o civile. Se mai, qualche parola in più è opportuna quando oggetto di prova è un fatto che serve a dimostrare la credibilità o l'attendibilità di un dichiarante (art. 194, comma 2 c.p.p.) o di un altro documento. Qui il collegamento deve essere chiarito. I dettagli, peraltro, devono restare riservati per essere poi utilizzati, ad es., nell'esame incrociato: l'effetto sorpresa è essenziale[26].

b) Indispensabilità della conoscenza di un documento quando questo concerna la salute. Anche qui una qualche motivazione deve essere contenuta nella richiesta, poiché l'autorizzazione generale del Garante vuole che il dato sia "non eccedente" rispetto all'incarico. Ciò comporta che alla copia del documento, consegnata dalla pubblica amministrazione, possano essere posti alcuni "omissis".

c) Parità di rango. La legge impone che vi sia una parità di rango tra il diritto che si vuole difendere nel processo e quel diritto alla riservatezza di dati sensibili, che viene inciso dalla conoscenza del documento. Non è sufficiente limitarsi a sostenere che si sta esercitando il "diritto di difesa", come affermano alcuni Commentatori. Infatti, il Garante in un suo provvedimento del 2003 ha precisato che il controllo del "pari rango" va fatto in relazione al diritto sottostante che si vuole difendere, e non in relazione al generico diritto di difesa che è tutelato come inviolabile dall'art. 24, comma 2 Cost. «Nel procedere a tale specifica valutazione, è necessario utilizzare, come parametro di raffronto, il diritto sottostante che il terzo intende far valere sulla base del materiale documentale che chiede di conoscere, anziché il "diritto di azione e difesa", pure costituzionalmente garantito»[27].

Possiamo condividere l'affermazione del Garante quando si tratta di un processo civile. Merita ricordare di nuovo la sentenza della Corte cost. n. 85 del 2013 sull'ILVA: nessun diritto è tiranno, quindi neanche il diritto di difesa. Pertanto, nel processo civile occorre la parità di rango tra il diritto alla *privacy*, che viene superato dalla conoscenza del documento, e il diritto che si vuole difendere nel processo: deve trattarsi di un «diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile» (art. 26, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196).

26. In tal senso, P. Gualtieri, *Le investigazioni difensive*, Padova, 2002, p. 176.

27. Garante per la protezione dei dati personali, *Adempimenti degli avvocati in materia di privacy*, Roma, 3 giugno 2004, in *Guida dir.*, 2004, 24, p. 102: «Dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale e "pari rango". Quando, tra i dati sensibili, si utilizzano quelli idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale, il loro trattamento può avvenire senza consenso quando il diritto difeso o fatto valere in giudizio è di rango pari a quello della persona cui si riferiscono i dati. In tal caso, il diritto tutelato deve consistere in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale o inviolabile. Nel procedere a tale specifica valutazione, è necessario utilizzare come parametro di raffronto il diritto sottostante che il terzo intende far valere sulla base del materiale documentale che chiede di conoscere, anziché il "diritto di azione e difesa", pure costituzionalmente garantito […]».

Differenti considerazioni valgono, per contro, in relazione al processo penale. In quest'ultimo, il diritto sostanziale che l'imputato vuole difendere è la libertà personale; e questa potrebbe essere lesa dalla pena della reclusione o dell'arresto. Ma la libertà potrebbe essere compressa anche da una condanna a una pena pecuniaria (multa o ammenda), perché la pena pecuniaria non pagata per insolvibilità deve essere convertita in libertà controllata, che vuol dire una sorta di residenza coatta in un determinato comune. E poi, un'eventuale violazione delle regole della libertà controllata si traduce nella pena detentiva corrispondente (reclusione o arresto). Pertanto, anche in relazione a quello, che potremmo chiamare reato bagatellare, viene tutelato un diritto di pari rango perché la sanzione penale tocca direttamente o indirettamente la libertà personale; e comunque incide sull'onore e sulla reputazione di una persona perché il reato comporta sempre una stigmatizzazione sociale.

6) Requisito valido per le sole investigazioni preventive. Sempre in relazione alla responsabilità penale vi è una singolarità che occorre segnalare. Il difensore può svolgere le c.d. indagini preventive ancora prima che la notizia di reato sia inserita nell'apposito registro, oppure anche dopo l'inserimento, ma quando ancora non è stato iscritto il nome dell'indagato. Anche in mancanza dell'inserimento o dell'iscrizione, il difensore della persona offesa e quello dell'indagato hanno il diritto di svolgere indagini ai sensi dell'art. 391-*nonies* c.p.p. Ebbene, se il difensore nella richiesta afferma che ha la necessità di ottenere il documento al fine di esercitare il diritto alle investigazioni preventive, garantito dal codice, l'avvocato deve aggiungere alle indicazioni già citate altre precisazioni che sono imposte dal codice di procedura.

a) Deve allegare la nomina appositamente finalizzata alle investigazioni preventive, con la necessità della sottoscrizione del cliente. Sottoscrizione che questa volta, però, deve essere autenticata: lo impone l'art. 391-*nonies* c.p.p., anche se l'autentica può essere fatta dal difensore medesimo.

b) Inoltre, l'avvocato deve precisare, sia pure per somme linee, il fatto storico che potrà essere oggetto di accertamento nel futuro processo, anche se in questo caso il segreto professionale non gli permetterà di comunicare quei particolari che potrebbero ledere la posizione del cliente nei panni di futuro indagato. Viceversa, l'avvocato potrà dare elementi maggiormente dettagliati se deve difendere una persona offesa dal reato.

7. Merita svolgere un'ultima riflessione di carattere più generale. Il codice *privacy*, con specifico riferimento ai soggetti pubblici, nell'art. 22 pone limiti al trattamento di dati sensibili e giudiziari. In particolare, al comma 8 afferma che «i dati idonei a rivelare lo stato di salute non possono essere diffusi». Viceversa, la "diffusione" dei medesimi dati sensibili è ammessa dal successivo comma 11, se prevista da espressa disposizione di legge.

L'art. 22, comma 8 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 potrebbe essere utilizzato come giustificazione attraverso cui le direzioni sanitarie potrebbero rigettare le richieste dei

difensori di accesso alle cartelle cliniche di terze persone. Vale la pena di affrontare il tema nello specifico.

All'obiezione si può rispondere sostenendo che la disciplina prevista a tutela della *privacy* nell'art. 22, comma 8 vieta ai soggetti pubblici soltanto la «diffusione» di dati idonei a rivelare lo stato di salute, ma non la loro *comunicazione*, che è concetto ben distinto dal precedente. La diffusione, infatti, ha l'accezione di "divulgare, propagare una notizia per largo spazio", laddove il *comunicare* esprime il concetto di "far conoscere o far sapere qualcosa ad un soggetto determinato". Ciò significa, in sostanza, che è vietata la diffusione indeterminata, ma non la *comunicazione* a soggetti autorizzati dalla legge ad acquisire e trattare quei dati personali, anche sensibili e concernenti lo stato di salute, che sono necessari per esercitare il diritto di difesa.

Ma vi è di più. Proprio l'autorizzazione generale n. 2 del 15 dicembre 2016 (pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 303 del 29 dicembre 2016) relativa al trattamento dei dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale, con riferimento agli organismi sanitari pubblici, prevede espressamente al punto 5 che «i dati idonei a rivelare lo stato di salute possono essere comunicati, nei limiti strettamente pertinenti agli obblighi, ai compiti e alle finalità di cui al punto 1, a soggetti pubblici e privati». In particolare il richiamato punto 1 prevede quanto segue. «1.3. La presente autorizzazione è rilasciata, altresì, quando il trattamento dei dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale sia necessario per: a) lo svolgimento delle investigazioni difensive di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 397, o comunque per far valere o difendere un diritto anche da parte di un terzo in sede giudiziaria […]». Riteniamo, pertanto, che la stessa autorizzazione generale confermi in modo esplicito l'interpretazione da noi proposta.

8. In dottrina si è posto il problema se la pubblica amministrazione possa rivelare a terze persone il contenuto di quella richiesta di documento che sia stata inoltrata dal difensore. La risposta è stata negativa[28]: il personale della pubblica amministrazione è tenuto a osservare il segreto d'ufficio in base all'art. 326 c.p. quando abbia conosciuto un segreto per ragione del proprio "ufficio"; e cioè, anche di un servizio pubblico. Come è noto, l'investigazione difensiva è segreta nei confronti delle autorità inquirenti e giudicanti poiché il difensore ha la facoltà insindacabile di presentarne o meno i risultati alla pubblica accusa o al giudice (art. 391-*octies* c.p.p.).

Tale segreto, affermano alcuni autori, vale anche nei confronti di un pubblico ministero "curioso" che voglia sapere se il difensore ha presentato richiesta di documenti alla pubblica amministrazione. Applicando i medesimi princìpi, il pubblico ufficiale (o incaricato di pubblico servizio), nel momento in cui è chiamato ad evadere l'istanza difensiva, non può chiedere lumi alla pubblica accusa, perché gli è vietato dal segreto di ufficio.

28. In tal senso, P. Gualtieri, *Le investigazioni difensive*, loc. ult. cit.

Il principio è confermato dal comma 2 dell'art. 362 c.p.p. quando pone un analogo limite al pubblico ministero che interroga un possibile testimone (c.d. persona informata). In base a tale disposizione, «alle persone già sentite dal difensore o dal sostituto non possono essere chieste informazioni sulle domande formulate e sulle risposte date».

9. Come abbiamo accennato in esordio, la materia è stata interessata di recente dalla legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli), che ha previsto termini stringenti entro i quali occorre rispondere alla richiesta di documenti sanitari formulata dal difensore. Ai sensi dell'art. 4, comma 2, «la direzione sanitaria della struttura pubblica o privata, entro *sette giorni* dalla presentazione della richiesta da parte degli interessati aventi diritto, in conformità alla disciplina sull'accesso ai documenti amministrativi e a quanto previsto dal codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, fornisce la documentazione sanitaria disponibile relativa al paziente, preferibilmente in formato elettronico; le eventuali integrazioni sono fornite, in ogni caso, entro il termine massimo di *trenta giorni* dalla presentazione della suddetta richiesta».

Il medesimo articolo della legge Gelli ha previsto ulteriori adempimenti: «entro *novanta giorni* dalla data di entrata in vigore della presente legge (1° aprile 2017, n.d.r.), le strutture sanitarie pubbliche e private adeguano i regolamenti interni adottati in attuazione della legge 7 agosto 1990, n. 241, alle disposizioni del presente comma». Ciò significa che quel bilanciamento tra diritti fondamentali, che il legislatore fino ad oggi non è stato in grado di operare, è stato demandato ai regolamenti dell'amministrazione pubblica o privata: ogni commento pare superfluo.

10. Al termine del percorso argomentativo, che abbiamo svolto, merita fare un cenno finale al bilanciamento tra diritto di difendersi provando e il diritto alla *privacy* su dati sensibili. "Nessun diritto è tiranno" ha detto la Consulta nel 2013. Oggi sappiamo che, se anche il diritto di difesa prevale, l'altro diritto, e cioè quello della *privacy*, sia pure soccombente, si tramuta in regole che circondano di garanzie le dinamiche operative.

Male ha fatto il legislatore ad introdurre una normativa contorta senza precisare in modo chiaro i requisiti della richiesta di documenti alla pubblica amministrazione. La conseguenza sta nel fatto che il giurista è costretto a compiere alcuni passaggi delicati al fine di ricavare le regole in base alle quali il diritto alla *privacy* su dati sensibili può essere superato. La conclusione, seppur sconfortante, non ci deve sorprendere, poiché in tempi recenti operazioni del genere si sono rese necessarie sempre più spesso a causa della cattiva qualità della legislazione. L'interprete deve non arrendersi, bensì procedere con il cuore oltre l'ostacolo e la mente rivolta alla Carta costituzionale, colta nell'esegesi illuminante della Consulta. Questo è l'aspetto più difficile, ma anche più bello del lavoro del giurista.

INTERPRETAZIONE LETTERALE, PLURALITÀ DEI CONTESTI GIURIDICI E TEORIE DEL SIGNIFICATO

Giuseppe Zaccaria
Prof. ordinario Università di Padova

1. Alcuni anni or sono, in un saggio raccolto nel mio volume *La comprensione del diritto*, nell'analizzare le tre fondamentali dimensioni del testo, letteralità, intenzionalità e contestualità, sostenevo che tali dimensioni, lungi dal doversi considerare come escludentisi reciprocamente, sono in realtà tutte irrinunciabili, giacché si collocano su plurimi e diversi livelli in quella complessa operazione che è l'interpretazione del testo giuridico, e vanno perciò ritenute come caratteristiche tra loro intrecciate e complementari[1].

Rimango ancor oggi convinto della validità di questa tesi e delle conclusioni allora raggiunte, ma non mi pare affatto inutile riprendere alcuni aspetti dell'ampio dibattito che si è sviluppato negli ultimi anni su questi temi, sia per arricchire ulteriormente il quadro teorico, sia per rivalutare alla luce di nuovi spunti i temi già trattati.

"Che cos'è un testo?" si domandava Paul Ricoeur in una delle sue opere più importanti, *Dal testo all'azione*[2], ponendo con efficacia una questione preliminare che è sottesa a tutti gli sviluppi della ricerca sugli atteggiamenti fondamentali che si possono assumere di fronte ad un testo. Collegando indissolubilmente, per un verso, il testo alla scrittura[3], con il chiamare testo ogni discorso fissato grazie alla scrittura stessa e al suo effetto di privare il discorso di un uditore privilegiato, e connettendolo per altro verso al *monde du texte*[4], ossia alla referenza *reale* di cui il testo parla (ciò intorno a cui si parla nel testo dischiude davanti all'interprete un mondo di esperienza), Ricoeur rappresentava efficacemente la circolarità del rapporto tra azione e testo e tra testo e azione, ed illuminava le polarità tra cui trascorre il processo intersoggettivo dell'interpretazione, che passa continuamente dalle proprietà intrinseche del testo al contesto esterno extra linguistico rispetto al quale il

1. G. Zaccaria, *Testo, contesto e linguaggi settoriali nell'interpretazione giuridica*, in Id., *La comprensione del diritto,* Laterza, Roma - Bari 2012, p. 112 ss.

2. P. Ricoeur, *Dal testo all'azione. Saggi di ermeneutica*, trad. it. di G. Grampa, Jaka Book, Milano 1989, p. 133 ss. Su questo aspetto del pensiero di Ricoeur confronta ora C. Berner, *Le monde, le texte et le dialogue: Le sens de l'herméneutique de Ricoeur*, in "Philosophie", n. 132,2016, pp. 79-89.

3. La sottolineatura del rapporto tra linguaggio e scrittura si trova anche in H. G. Gadamer, *Verità e Metodo*, trad. it. di G. Vattimo, Fabbri, Milano 1972, p. 451: "Che il linguaggio si presti ad essere scritto non è un fatto secondario per la sua essenza".

4. Sul rapporto tra significati e stati di cose nel mondo, cfr. C. Taylor, *Language and Human Nature*, in *Human Agency and Language. Philosophical Papers*, vol. I, Cambridge U. P., Cambridge (Mass) 1985, p. 220 ss.

testo acquista significato. Il mondo aiuta a conoscere lo spessore del linguaggio[5]. Dunque, nella struttura della linguisticità - come afferma Gadamer[6] - il concetto di testo occupa un posto centrale.

Naturalmente noi ci riferiamo di preferenza a testi normativi prodotti in un contesto istituzionale governato da norme, come sono i testi giuridici[7], e a queste prime considerazioni di carattere generale dobbiamo perciò aggiungere almeno due aspetti che rendono più specifico il nostro discorso. Il primo riguarda il carattere prescrittivo, caratteristico del linguaggio dei testi giuridici, testi *diretti a guidare l'azione,* che può consistere in un "fare" o in un "non fare", in una azione "positiva" o "negativa. Il secondo concerne il fatto che ogni ordinamento giuridico si può considerare come un insieme di enunciati, come un grande testo composto da molteplici testi parziali, in cui cioè ciascun significato dipende dagli altri e senza sosta si apre una dialettica tra i singoli testi parziali, che via via cambiano, e l'unità dell'ordinamento, che pretende di rimanere[8]. L'universo giuridico, cui appartengono ed in cui si inseriscono i testi giuridici, possiede i suoi principi, le sue convenzioni, i suoi criteri metodologici, le sue operazioni specifiche[9].

2. Non è certo facile mettere un po' d'ordine nella vastissima e a tratti confusa discussione sulla testualità giuridica[10] sviluppatasi nel corso degli ultimi decenni e composta di piani che si richiamano e sovrappongono l'uno all'altro. Gli orientamenti che al suo interno si manifestano più che coerenti prospettive sono delle *Umbrella denominations* che raccolgono insiemi eterogenei di teorie.

Prenderemo le mosse dal primo - in certo senso il più facile e semplificante - atteggiamento di fronte al testo, la teoria/ideologia del testo assoluto, il testualismo rigido e a prima vista incondizionato. "The text is the law and is the text that must be observed"[11].

---

5. Così F. Viola, *Intenzione e discorso giuridico: un confronto tra la pragmatica linguistica e l'ermeneutica*, in *Ars Interpretandi*, 1997, p. 56.

6. H.G. Gadamer, *Testo e interpretazione*, in Id., *Verità e Metodo* 2, a cura di R. Dottori, Bompiani, Milano 1995, p. 301. Sull'orientamento al testo della prospettiva ermeneutica, cfr. B. Pastore, *Identità del testo e contesti*, in Id., *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Cedam, Padova 2014, p. 53 ss.

7. Sul tema testo e diritto, cfr. F. Denozza, *La struttura dell'interpretazione*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.,* 49, 1995, pp. 1-73; N. Irti, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 c.c,* Cedam, Padova 1996; il volume di *Ars Interpretandi,* 1997, dedicato a *Testo e diritto.*

8. G. Robles Morchon, *Teoria del diritto. Fondamenti di teoria comunicazionale del diritto*, vol. I, a cura di G. Zaccaria, Giappichelli, Torino 2007, p. 47 ss.

9. Sul punto, tra i tanti, A. Peczenik, *On Law and Reason*, Springer, 2008 (2 ed.), pp. 138-157.

10. Per un primo inquadramento, v. P. Chiassoni, *tecica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bologna 2007, pp. 49 ss.

11. Così A. Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton U. P., Princeton, New Jersey, 1997, p.22. Sul metodo interpretativo proposto da Scalia nelle " Tanner Lectures", definito "semantic originalism", v. il commento critico di R. Dworkin ivi, pp. 115-127.

Così suona incisivamente lo slogan adottato da colui che si può considerare come uno dei più efficaci e noti esponenti del testualismo, il giudice della Corte Suprema Antonin Scalia, la cui teoria dell'interpretazione[12] assumeremo qui come prototipo idealtipico di un rigido atteggiamento testualistico.

In effetti la posizione di Scalia ha indubbiamente il pregio di una grande linearità e chiarezza: i testi di legge – egli sostiene – debbono essere fatti oggetto di un'interpretazione esclusivamente letterale, che segua il significato delle parole che essi contengono[13], cioè che si limiti strettamente alle regole semantiche e sintattiche del linguaggio del testo.

Occorre però subito avvertire che la rivendicazione da parte di Scalia di un rigoroso testualismo interpretativo non va in questo caso confusa con *l'intenzionalismo*[14], cioè con la posizione volta a ricostruire l'intenzione originaria dei legislatori[15], posizione dalla quale il giudice americano prende le distanze. Non si deve guardare all'intenzione degli autori della Costituzione, ma a come il destinatario medio ragionevole del tempo in cui il documento fu redatto l'avrebbe inteso[16]. Si tratta di una sorta di intento "oggettivato", deducibile da come il testo di legge veniva accolto e compreso al tempo di emanazione della legge, non di una ricostruzione della volontà soggettiva del legislatore costituzionale. Diversamente, infatti, con il considerare rilevanti gli stati mentali dei *Framers* a suo

12. Annunciata nel discorso *Address Before The Attorney General's Conference on Economic Liberties in Washington, D.C.* (June, 14, 1986), in *Original Meaning Jurisprudence: A Sourcebook* 101 at 106, U.S. Dept. Of Justice, 1987, e nei saggi *Rule of Law as the Law of Rules*, in *Univ. of Chicago Law Review*, 56, 1989, p. 1175 ss., *Originalism: The Lesser Evil*, in *Univ. of Cincinnati Law Review*, 57, 1989, p. 849 ss., *Notes on Judicial Interpretation of American Constitution*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova*, 1991-1992, p. 48 ss., sviluppata più organicamente in Scalia, *A Matter of Interpretation* cit., è ripresa nel saggio *Romancing the Constitution: Interpretation as Invention*, in G. Huscroft and I. Brodie (eds.), *Constitutionalism in the Charter Era,* Butterworths, London 2004, p. 337 ss. e ulteriormente arricchita nei due volumi più recenti, composti con Bryan A. Garner, *Making Your Case. The Art of Persuading Judges*, Thomson/West, St. Paul, MN, 2008 e *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, Thomson/West, St. Paul, MN, 2012. Infine essa è sintetizzata nella *lectio magistralis* del maggio 2013 presso l'Istituto Leoni *Democracy, Judicial Activism and Free Markets*, parzialmente tradotta in *Il Foglio Quotidiano*, 4-5 marzo 2017. Per una critica delle tesi di Scalia, v. R. E. Barnett, *Scalia's Infidelity: A Critique of "Faint-Hearted" Originalism*, 75, *U. Cincinnati Law Review*, 2006, pp. 7-24; J. Greene, *The Age of Scalia*, in *Harvard Law Review*, 130, 2016, pp. 144-184.

13. *A Matter of Interpretation* cit., p. 23.

14. Cade invece in quest'errore A. Baldassarre, *La normatività della Costituzione e i suoi "nemici"*, in *Riv. dir. cost*., 2007, p. 33 ss.

15.Sull'intenzionalismo v. almeno P. Brest, *Misconceived Quest for Original Understanding*, in *Boston University Law Review*, 60, 1980, p. 205 ss., e, tra I contributi più recenti, S. Vogenauer, *What Is the Proper Role of Legislative Intention in Judicial Interpretation?*, in *Statute Law Review*, 18, 1997, p. 235 ss., E. Diciotti, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Giappichelli, Torino 1999, p. 127 ss., J.F. Manning, *Textualism and Legislative Intent*, in *Virginia Law Review*, 91, 2005, p. 419 ss.; R.S. Kay, *Original intention and Public Meaning in Constitutional interpretation*, in *Northwestern University Law Review*, 103, 2009, n.2, pp. 703-726.

16. La tesi di Scalia, anticipata in *The Lesser Evil* cit., p. 860 ss., fu poi ripresa da R. Bork, *The Tempting of Amerika,* p. 143 ss.(sul punto v. O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale,* Angeli, Milano 2014, p. 161 ss.) In questo senso lo stesso Scalia si può considerare un esponente del *new originalism*, non dell'*old originalism*, ancorato alla tesi dell'intenzione soggettiva dei legislatori.

tempo riuniti per scrivere la Costituzione, si finirebbe per aprire un varco nella direzione di un'indesiderata mutevolezza interpretativa, fondata in ultima analisi solo sull'atteggiamento soggettivo dell'interprete. Quando quest'ultimo decide non sulla base di ciò che il legislatore disse (*nel testo*), ma sulla base di ciò che *intendeva dire*, in realtà – osserva icasticamente Scalia – egli ipotizza che cosa una persona saggia e intelligente avrebbe voluto dire se fosse stato il legislatore. In definitiva dunque – ed in questo Scalia si mostra singolarmente affine alle tesi di Dworkin, da lui per il resto molto lontane [17] - l'interprete si riferisce a ciò che egli stesso pensa che il testo di legge dovrebbe intendere[18].

Potrebbe costituire una tentazione tutto sommato facile liquidare come ingenua e fin troppo scontata quest'illusione neo-beccariana di Scalia di acquisire, mediante un approccio testualistico, un metodo *oggettivo* di interpretazione. Si tratterebbe di un'interpretazione meramente *dichiarativa*, che nulla aggiunge al testo. In realtà la tesi è un po' più sofisticata e complessa di quanto a prima vista non appaia, per il fatto che il giudice americano insiste sulla natura *scritta* del testo da interpretare (il che può rappresentare, pur nel suo formalismo, un modo per sottrarre il mondo giuridico alle invasioni della politica). Il testualismo di Scalia presuppone il mantenimento di una linea di confine tra ragionamento giuridico e non giuridico[19]. Da Ricoeur a Mengoni, da Timsit a Irti[20] abbiamo appreso che la scienza giuridica è dominata dal "rispetto del testo", ma anche che ogni interpretazione, pur muovendo dal testo, si amplia necessariamente ad elementi extratestuali ad esso estranei; ed anche che è lo stesso diritto a chiederci di fuoriuscire dal testo, come nel caso dell'art.1362 del nostro codice civile, per il quale nell'interpretazione del contratto non ci si deve limitare al "senso letterale delle parole"; dove chiaramente si sanciscono i due principi della necessità di partire dalle parole, ma anche di uscire fuori di esse, giacché *nessuna parola può spiegare se stessa*[21]. Secondo Scalia è la scrittura che conferisce al testo di legge un'esistenza autonoma e indipendente rispetto alle intenzioni dei suoi autori; ma occorre ricordare che essa apre una distanza anche nei riguardi dei condizionamenti socio-culturali che quel testo hanno prodotto, e infine nei riguardi dei primitivi destinatari di quel testo stesso[22]. Proprio questo determina lo spazio di non univocità di diverse possibili interpretazioni, che è precisamente ciò che preoccupa Scalia.

17. R. Dworkin, *Questioni di principio*, a cura di S. Maffettone, *Il Saggiatore*, Milano 1989, p. 45.

18. *A Matter of Interpretation* cit., p. 18.

19. Sul punto, cfr. L. Corso, *I due volti del diritto. Elite e uomo comune nel costituzionalismo americano*, Giappichelli, Torino 2016, p. 121.

20. Ricoeur, *Dal testo all'azione* cit., p. 133 ss., 177 ss., L. Mengoni, *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna 1985, p. 47; Id., *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano 1996, p. 91 ss.; G. Timsit, *Les noms de la loi*, *Puf*, Paris, 1991, p. 132 ss.; Irti, *Testo e contesto* cit.

21. Così Irti, *Testo e contesto* cit., p. 6.

22. Ricoeur, *Dal testo all'azione,* cit.

Nell'amplissimo, anche se non sempre ordinato dibattito della dottrina costituzionalista statunitense sull'interpretazione della Costituzione[23], la tesi di Scalia è comunemente ascritta alle posizioni dell'*originalismo*[24], ossia al metodo interpretativo che intende cogliere il significato originario del testo normativo, in specie della Costituzione, al momento della sua entrata in vigore. In realtà egli prende congedo dall'originalismo, perché nei casi dubbi sostiene la necessità di ricorrere al contesto rappresentato dall'opinione del destinatario medio del 1788, tempo di produzione della Costituzione[25]. Al primato originalista dell'autore si affianca così il primato del destinatario del testo.

Sostenere un'interpretazione che si ritiene aderente all'intenzione del legislatore ma in realtà lontana dal testo o in contrasto con esso, altro non sarebbe, ad avviso di Scalia, che un sotterfugio per eludere quanto voluto dal testo di legge[26]. Il punto fondamentale che ispira la rigidità della posizione di Scalia è una strenua difesa del principio di separazione dei poteri[27]: il potere di cambiare il diritto non può essere tolto al legislatore e attribuito surrettiziamente alle corti, pena l'indebolimento o addirittura l'annullamento della democrazia. Tutto quanto non rispetta rigidamente la separazione dei poteri, come il fatto che i giudici pur non titolati a farlo scrivano nuove leggi, non può dirsi - in questa prospettiva- democratico.

Da questo punto di vista, secondo il "testualismo onesto", quale si autodefinisce la posizione di Scalia, non vi è alcuna differenza, sul piano della tecnica interpretativa, tra il testo costituzionale e il testo di legge ordinaria: in ogni caso il giudice non può andare oltre quel limitato "range" di significati tollerato da un'interpretazione letterale del testo[28]. Altrimenti, il testo costituzionale, un testo adottato democraticamente dal legislatore, verrebbe trattato – egli aggiunge con una punta di sarcasmo – come se fosse *common law*[29].

23. Dibattito per il quale rinviamo a C. Valentini, *Le ragioni della costituzione. La Corte Suprema americana, i diritti e le regole della democrazia,* Giappichelli, Torino, 2011.

24. Una storia delle posizioni originaliste è contenuta in S.G. Calabresi (ed.), *Originalism: A Quarter Century of Debate*, Regnery Publishing, Washington, 2007 e in L.B. Solum, *What's Originalism?The Evolution of Contemporary Originalist Theory*, in G. Huscroft and B.W. Miller, eds., *The Challenge of Originalism. Theories of Constitutional Interpretation*, *Cambridge Un. Press*, Cambridge, 2013, pp. 12-41. Sull'intenso dibattito per la candidatura di R. H. Bork alla Corte Suprema, cfr. L. Deltoro, *La interpretacion originalista de la constitucion. Una aproximacion de Filosofia del Derecho,* Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, Madrid 1998, pp. 38-43. Su alcuni nodi irrisolti della tesi originalista cfr. J. O' Neill, *Originalism in American Law and Politics: A Constitutional History*, *John Hopkins Univ. Press*, Baltimore MD, 2005; P. Bianchi, *Le trappole dell'originalismo*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, pp. 281-310. Che l'originalismo non sia un'unica, coerente teoria costituzionale, ma un coacervo di differenti teorie che hanno poco in comune è la tesi di P. J. Smith-Th.B. Colby, *Living Originalism*, in *Duke Law Journal*, 59, 2009, p. 244.

25. Il punto è sottolineato da Th. B. Colby, *The Sacrifice of New Originalism,* in *Georgia Law Review*, 99, 2011, p. 724.

26. *A Matter of Interpretation* cit., p. 22.

27. Ivi, p. 35. Che il *judicial constraint* sia il cuore e l'anima, la ragion d'essere della teoria originalista è riconosciuto da Th. B. Colby, *The Sacrifice of New Originalism* cit., p. 714.

28. *A Matter of Interpretation* cit., p. 24.

29. Ivi, p. 41.

Nella grande divisione tra *original meaning* e *current meaning* il testualismo di Scalia si schiera decisamente per il primo e rifiuta duramente il secondo: poco importa che il testo costituzionale sia intessuto di principi e valori condivisi dalla comunità istituzionale di riferimento, poco importa che mutino la sensibilità sociale e i valori del contesto entro cui si legge il testo giuridico, interessa soltanto il suo significato originario. Lo stesso giudice americano è però costretto a riconoscere che frequentemente c'è disaccordo tra i giuristi su ciò che si debba intendere per significato originario del testo; e parla allora non di *strict constructionism*, noi diremmo di letteralismo – contro il quale, anzi, Scalia è polemico[30] - ma di testualismo ragionevole, che attribuisca appunto alle parole del testo un significato ragionevole alla luce della fattispecie contenuta nell'enunciato di legge, come emerge dalla connessione delle parole che lo compongono e dal loro significato originario.

In definitiva, in questa sorta di rigido paradigma testualista, che pure di fatto si congeda dall'originalismo e si risolve in una forma di contestualismo tale da realizzare alcuni principi costituzionali, ma che resta così lontano dallo spirito del tempo e dall'opinione dominante, orientata nel senso di un'interpretazione "evolutiva"[31], le tesi di Scalia trovano il loro punto di debolezza sintetizzabile in alcune domande: il significato originario ragionevole non è anch'esso una costruzione dell'interprete? E perché mai, se la Costituzione è stata pensata per durare nel tempo, si dovrebbe preferire l'interpretazione del tempo dei costituenti e non quella del tempo presente?[32] E infine: quando sono in gioco termini valutativi, quelli che Gallie chiamava *essentially contested concepts*, si può ancora parlare di risposte univoche da parte dell'interprete e continuare a pensare ad un'attività di mera ricognizione fattuale?. Ma paradossalmente questi stessi limiti hanno anche costituito un aspetto di forza e di singolarità di una dottrina attraente per la sua semplicità. Scalia è assertore di una dottrina statica dell'interpretazione costituzionale, che in nome dei valori di certezza del diritto, di supremazia della Costituzione come testo scritto e della conseguente necessità di *judicial restraint*, per evitare invasioni dell'ambito riservato alle scelte del legislatore, raccomanda che al testo costituzionale venga attribuito sempre lo stesso significato prefissato, anche al fine di garantire la prevedibilità delle decisioni nel diritto costituzionale. In altri termini la sua dottrina neoformalistica, fortemente contraria all'at-

30. A. Scalia, *A Matter of Interpretation* cit., p. 23: "Il testualismo non deve essere confuso con il cosiddetto *strict constructionism*, che è una forma degradata di testualismo che getta cattiva reputazione su tutta questa filosofia. Io non sono uno *strict constructionist*, e nessuno dovrebbe esserlo, anche se suppongo sia sempre meglio che essere un non testualista. Un testo non deve essere interpretato letteralmente, e nemmeno in maniera larga: deve essere interpretato *ragionevolmente*, così da prendere in considerazione tutto ciò che, con onestà, esso significa" (trad. mia).

31. Vedi per tutti R. Dworkin, *Freedom's law. The Moral Reading of the Constitution*, *Harvard U. P. Cambridge*, M. A., 1996. Sul punto, v. G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale,* Il Mulino, Bologna 2010, p. 135 ss.

32. In senso analogo, I. Valia, *Antioriginalismo e teorie dell'interpretazione costituzionale*, in *Ordines*, n.1/2016, p. 214 ss.

tivismo delle corti, sceglie di non innovare e si dichiara contraria a rimettere in discussione le interpretazioni consolidate della Costituzione[33], così da garantirne la *predictability*. Lo scopo complessivo di una costituzione scritta è quello di prevenire il cambiamento.

3. Un'interessante variante interna del testualismo è rappresentata dalla posizione dei *documentarians*[34], che contrapponendosi alle enfatizzazioni degli indirizzi giurisprudenziali della Corte Suprema, amano riferirsi soprattutto agli elementi strutturali che organizzano il testo costituzionale. L'acceso dibattito che contrappone i *documentarians* ai *doctrinalists*[35], ossia ai teorici in prevalenza attenti a quanto i giudici hanno deciso nella loro attività giurisprudenziale, amplia l'orizzonte della discussione: al riferimento al testo costituzionale si sostituisce quello al "documento", cioè ad una visione più complessa e articolata della costituzione americana che include altri documenti (dalla Magna Carta alla Dichiarazione di Indipendenza alle costituzioni statali).

Il più noto esponente dei *documentarians* è il costituzionalista di Yale e brillante saggista Akhil Reed Amar, già in precedenza sostenitore delle tesi dell'*intratextualism*[36], il quale tenta di svincolare l'approccio originalista dall'abbraccio politico conservatore, aprendolo ad idee apertamente *liberal*. Facendo leva sulla brevità e sulla straordinaria compattezza linguistica della Costituzione americana (meno di 8000 parole, inclusi gli emendamenti), l'*intratextualism* presenta la Costituzione come un testo scritto che costituisce un tutto intimamente coerente, dotato di un suo specifico lessico e codice linguistico, e rivendica la simmetria e l'armonia del testo costituzionale, inteso come fattore di armonizzazione contestuale dell'insieme delle disposizioni. La funzione sistematizzante è appunto svolta dall'unità del testo: il testualismo costituzionale si coniuga qui in maniera non formalistica con il sistematismo[37]: e questa si può considerare una novità, perché la nozione di sistema è stata spesso considerata inutilizzabile in diritto costituzionale (anche se, per la verità, già all'epoca di Weimar Rudolf Smend aveva sottolineato l'unità della Costituzione come

33. Sul punto cfr. R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano 2011, p. 437 ss.

34. Tra gli esponenti di questo orientamento J. H. Ely, *Democracy and distrust: A Theory of Judicial Review, Harvard U. P.*, Cambridge, M. A. 1980; D. Laycock, *Equal Citizens of Equal and Territorial States: The Constitutional Foundations of Choice of Law*, in *Columbia Law Review*, 249, 1992, n.2, pp. 249-337.

35. Tra i quali D. A. Strauss, *The Living Constitution. Inalienable Rights*, *Oxford U. P.,* Oxford 2010; R. H. Fallon Jr., *The Supreme Court, 1996 Term-Foreword: Implementing the Constitution,* in *Harvard Law Review*, 111, 1997-1998, p. 56 ss.; Id., *Implementing Constitution*, *Harvard U. P.*, Harvard MA 2001; *The Dynamic Constitution*, *Cambridge U. P.*, Cambridge 2013 (2 ed.).

36. A. R. Amar, *Intratextualism,* in *Harvard Law Review*, 112°, 1999, n. 4, pp. 749-827, su cui le osservazioni critiche di A. Vermeule, E. A. Young, *Hercules, Herbert, and Amar: The Trouble with Intratextualism,* in *Harvard Law Review*, 113, 2000, 3, pp. 730-777 e del mio *La comprensione del diritto* cit., p. 99 ss. Ma di Amar v. anche *The Bill of Rights*, *Yale Un. Press*, London 1998 *e America's Constitutions: A Biography*, Random House, New York, 2006.

37. Sul rilievo dell'elemento sistematico nell'attività interpretativa, cfr. V. Velluzzi, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale,* Giappichelli, Torino, 2002.

processo globale entro il quale lo Stato produce in permanenza il suo slancio vitale[38]). Resta peraltro pacifico che anche l'intratestualismo finisce per essere il frutto di una costruzione interpretativa, di ciò che si deve intendere per testo costituzionale.

Riprendendo le sue tesi nel *Foreword,* sempre della "Harvard Law Review", con cui commenta la giurisprudenza della Corte Suprema del 1999[39], Amar prende le distanze dalla visione dell'originalismo di Scalia proprio perché quest'ultima pone in secondo piano la storia della concretizzazione costituzionale che è venuta edificando negli anni l'identità costituzionale del testo. Una prospettiva, quella di Amar, che rimane testualistica ma che collega con un respiro più ampio[40] le singole disposizioni tra loro e con il contesto generale di sfondo. Un olismo che permette di evidenziare l'architettura generale del documento costituzionale, ma anche le profonde trasformazioni – dalla guerra civile al movimento per il suffragio alle donne e per i diritti civili – che hanno accompagnato l'epica vicenda costituzionale e che danno luogo ad un intreccio in cui i singoli elementi si uniscono e si potenziano vicendevolmente in un tessuto unitario. La storia dei documenti cioè consente di far emergere non problematiche intenzioni costituzionali, ma significati pubblici a tutti accessibili[41]. (Quello che Amar non dice è che questi significati pubblici sono a loro volta spesso ambigui e indeterminati). È questo intreccio tra documento e suoi significati pubblici, tra testo e suoi usi linguistici appropriati, che spiega l'autorità e l'obbligatorietà del diritto e giustifica il dovere dei cittadini di considerare la Costituzione come obbligatoria.

A queste caratteristiche positive del documento e della sua storia pubblica, Amar contrappone polemicamente il decidere dell'interpretazione costituzionale ad opera della Corte Suprema in una sorta di linguaggio tecnico autoreferenziale, proteso esclusivamente alla riaffermazione della supremazia giudiziaria, che rischia di allontanare il popolo dalla conoscenza e dalla discussione della legge fondamentale. Il pericolo è quello di un costituzionalismo senza Costituzione e di una sovranità popolare senza popolo[42].

Questo forte monito dei *documentarians* a non elevare la giurisprudenza costituzionale a criterio privilegiato rispetto alla stessa Costituzione può produrre, a ben vedere, un doppio effetto: il primo è di richiamare vigorosamente l'attenzione sul fatto che, per

38. R. Smend, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Duncker & Humblot, Berlin, 1968 (2 ed.).

39. Amar, *The Supreme Court 1999 Term, Foreword: The Document and the Doctrine*, in *Harvard Law Review,* 114, 2000-2001, pp. 26-134, su cui v. A. Vespaziani, *Il costituzionalismo statunitense all'inizio del nuovo secolo*, in *Quaderni costituzionali,* XXV, 2005, n. 3, pp. 605-624. Di Amar è anche da vedere *Rethinking Originalis : Original Intent for Liberals (and for Conservatives and Moderates, Too)*, SLATE, Sept 21, 2005, consultabile all'http: www.slate.com/id/2126680/. L'ultimo volume di Amar è *The Constitution Today: Timeless Lessons for the Issues of Our Era,* Basic Books, New York, 2016.

40. *The Supreme Court,* cit., p. 28.

41. *The Supreme Court 1999,* cit., p. 29.

42. Il punto è ben sottolineato da Vespaziani, *Il costituzionalismo statunitense,* cit., p. 611.

quanto qualificatissimi e autorizzati, i giudici della Corte Suprema non sono i soli interpreti della Costituzione, la cui unità di senso si è costruita collettivamente nel corso degli anni nell'interpretazione costituzionale extragiudiziale[43].

Il secondo effetto è quello di porre un fermo argine polemico nei confronti di quelle posizioni, diffuse nel contesto americano, sostenitrici di interpretazioni *contra litteram* del testo, purché finalizzate a dare una risposta ad aspettative sociali attuali[44].

4. Reincontriamo qui, dunque, la dimensione della letteralità del testo giuridico e il rinnovarsi del dibattito, già apertosi con grande ampiezza negli anni Ottanta e Novanta del Novecento, tra letteralismo e antiletteralismo[45].

Se il letteralismo viene concepito come l'idea secondo cui il significato letterale è tutto quanto è necessario per definire il significato, occorre partire da ciò che sostiene Enrico Diciotti, e cioè che il metodo letterale precede tutti gli altri metodi in quanto metodo *necessario* dell'interpretazione, dato che fornisce il *significato base* dei testi giuridici[46]. Ora, pur dato per presupposto che la nozione stessa di significato letterale, sebbene in apparenza intuitiva, non è affatto univoca e pacifica nella letteratura di filosofia del linguaggio[47], occorre rilevare che l'atteggiamento diffusamente critico nei confronti del significato letterale si è progressivamente esteso dall'ambito della filosofia linguistica a quello della teoria del diritto, all'interno della quale il concetto di interpretazione letterale ha perduto da tempo la sua antica centralità. Si è ricomposta infatti negli ultimi anni – a danno della rilevanza attribuita al significato letterale/interpretazione letterale – la divergenza che precedentemente si riscontrava tra l'atteggiamento dei linguisti e quello dei giuristi[48]. Ciò non ha impedito tuttavia, come dimostra del resto il passo di Diciotti sopra citato, la volontà di mantenere un ruolo per il significato letterale. Dascal e Eco[49], ma anche giuristi

43. L. Alexander, F. Schauer, *On Extrajudicial Constitutional Interpretation,* in *Harvard Law Review*, 110, 1997, pp. 1359-1387.

44. Emblematico in tal senso B. Ackerman, *We The People, 1, Foundation*, *Harvard U. P.,* Cambridge, M. A., 1993. Di Ackerman v. anche *The Storrs Lectures: Discovering the Constitution,* in *Yale Law Journal*, 93, 1984, p. 1113 ss.

45. Per una ricognizione su tale dibattito, v. T. Mazzarese, *Interpretazione letterale: giuristi e linguisti a confronto*, in *Significato letterale e interpretazione del diritto* , a cura di V. Velluzzi, Giappichelli, Torino, 2000, p. 95 ss.

46. E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 343. Sul metodo letterale nell'interpretazione, nella vastissima bibliografia, v. F. Ost, M. van de Kerchove, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'inteprétation en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1989; R.J. Vernengo, *La interpretacion literal de la ley*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994 (2 ed.); F. Müller, *Juristische Methodik, Duncker & Humblot*, Berlin, 1995 (6 ed.), p. 200 ss.; Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso* razionale cit., cap. 4; V. Velluzzi, a cura di, *Significato letterale e interpretazione del diritto,* Giappichelli, Torino, 2000; R. Guastini, *Interpretare e argomentare* cit., p. 95 ss.

47. Mazzarese, *Interpretazione letterale: giuristi e linguisti a confronto* cit., p.96.

48. Ivi, p. 97.

49. M. Dascal, *Defending Literal Meaning* in *Cognitive Science*, 11 (1987) pp. 259-281; U. Eco, *I limiti dell'interpretazione,* Bompiani, Milano, 1995, p. 26: "Bisogna iniziare ogni discorso sulla libertà dell'interpretazione da una difesa del senso letterale".

come lo stesso Irti[50] , si sono impegnati in una difesa del significato letterale. "Il senso letterale delle parole va, ad un tempo *conservato ed oltrepassato"*[51]. Da tutti il significato letterale è inteso come punto di partenza da cui muovere, ma non certo come ambito entro il quale rinchiudere l'interpretazione[52]. Infatti il significato letterale non può apparire tale se non all'interno di ambiti caratterizzati intersoggettivamente, dentro precise comunità linguistiche ed universi storici, che forniscono un sistema di referenze, di assunzioni di fondo e di implicazioni conversazionali da cui non si può prescindere[53]. In tal caso, allora, il significato "proprio" è quello delle regole e convenzioni linguistiche proprie dell'interpretazione specificamente giuridica.

Se dunque è ben vero che tutti ormai convengono che non è possibile arrestarsi al piano dell'interpretazione letterale – anche in virtù del fatto che i significati giuridici cambiano nel corso del tempo – è però altrettanto vero che soltanto *dopo aver interpretato* possiamo iniziare a parlare di una tecnica interpretativa detta "interpretazione letterale" e dei suoi limiti. Tuttavia, la difesa e la riscoperta della dimensione della letteralità, anche dopo aver perduto l'ingenuità di approccio di un tempo, si può oggi riqualificare come elemento certo non sufficiente, ma indubbiamente utile per opporre un argine ai rischi di fraintendimento o di arbitrarietà dell'interpretazione. Rischi che possono nascere dalla costante crescita del fisiologico spazio di discrezionalità affidato all'interprete e all'argomentazione giudiziaria, quando questi ultimi pretendano di scavalcare o di fatto scavalchino il testo normativo attribuendo significati a proprio piacimento. Anche se non si condivide l'atteggiamento polemico di taluni contro il "creazionismo" giuridico e giurisprudenziale[54], il richiamarsi al testo e alla sua lettera come ideale regolativo e come parametro per il controllo dell'attività interpretativa può far riconsiderare il significato letterale come una sorta di perimetro dello spazio della pluralità delle interpretazioni plausibilmente accettabili da parte del diritto. Il testo della norma, come ha mostrato Friedrich Müller[55], ha un effetto di limitazione (*Grenzwirkung)*, delimita cioè con un confine lo spazio della concretizzazione giuridicamente regolare, dal testo stesso orientata. Al testo è perciò affidato un compito chiarificatore e stabilizzatore, nel definire i limiti estremi dei differenti sensi possibili che possono essere funzionalmente sostenuti e giuridicamente autorizzati, talché le decisioni che manifestamente trasgredissero

50. Irti, *Testo e contesto*, cit.

51. Ivi, pp. 12-13 e p. 191.

52. Cfr. ad esempio Mazzarese, *Interpretazione letterale,* cit., p. 124.

53. Su ciò v. J. R. Searle, *Della intenzionalità. Un saggio di filosofia della conoscenza,* trad.it. di D. Barbieri, Bompiani, Milano, 1986, p. 145 ss.; F. Poggi, *Contesto e significato,* in *Analisi e diritto*, 2006, pp. 176 ss., 191 ss.; Pastore, *Identità del testo e contesti* cit., p.67.

54. Emblematica la posizione di L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale*, in *Ars Interpretandi. Rivista di ermeneutica giuridica*, V/2016 n. 2, pp. 23-43. Sul creazionismo v. le note critiche di M. Barberis, *Beccaria, Bentham e il creazionismo giuridico*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, V, ottobre/dicembre 2014, pp. 559-574.

55. *Juristische Methodik* cit., p. 184.

la lettera del testo di una norma sarebbero irregolari. A fronte dell'odierna incertezza e del disordine del sistema delle fonti[56], a fronte della crescente perdita di consistenza e di omogeneità del linguaggio legale e della cronica patologia e costitutiva incoerenza del diritto legislativo, col conseguente incremento della plurivocità degli enunciati normativi – nel generale contesto di un'*età di pluralismo*[57] come proprietà strutturale dei contesti sociali - la difesa della letteralità può costituire un monito contro i pericoli di una discrezionalità interpretativa arbitraria e incontrollata; e può contribuire – se pure indirettamente – ad un recupero di razionalità, evidenziando gli spazi di scelta tra i possibili significati razionalmente collegabili agli enunciati interpretati all'interno dello spazio di concretizzazione definito dal testo. Il limite posto dal testo, che circoscrive il numero delle interpretazioni semanticamente e giuridicamente possibili, è qualcosa di concettualmente diverso dai confini che possono essere assegnati dalle concretizzazioni metodologicamente possibili: è un limite che attiene ad una linea fissata dai principi della democrazia e dello Stato di diritto e che consente di distinguere tra interpretazioni corrette e non corrette. Scegliere da parte dell'interprete entro la cornice fornita dal testo non è incompatibile con la dottrina della separazione dei poteri[58].

Si potrebbe, a questo punto, avanzare un'obiezione: se l'interpretazione letterale fornisce, come si è detto, all'interprete una cornice dei significati ammissibili di un enunciato normativo e se quest'ultima non è già data, ma almeno in parte è costruita dallo stesso interprete, come essa può per l'interprete costituire un vincolo e un limite?

Ma a quest'obiezione è possibile rispondere nel senso che il processo interpretativo costituisce una forma di deliberazione sul significato degli enunciati normativi sulla base di argomenti ragionevoli e fornendone le ragioni giustificative; che appunto verteranno sull'estensione e sulle caratteristiche della cornice. Sappiamo bene che nel diritto sono presenti beni e valori non solo giuridici ma anche morali che il diritto si propone di realizzare, e che tali beni e valori, come Villa ci ricorda, sono oggetto di disaccordi. Ma proprio questo fatto richiede la necessità di una valutazione e di una scelta ragionevole tra i diversi significati potenzialmente ammissibili, per conseguire una razionalità che non sia soltanto strumentale o deduttiva. Nella sua decisione l'interprete deve stabilire l'esatto significato della norma alla luce dei fatti del caso singolo[59].

Insomma, se liberata dall'ingenua illusione di autosufficienza di un significato intrinseco e acontestuale, a cui era stata accostata nel passato, da certa esegesi biblica alla Scuola dell'Esegesi, al formalismo giuridico di Otto e Novecento, l'interpretazione letterale può ancora fungere da prezioso punto di riferimento e di controllo *all'inizio* e *alla fine*

56. Cfr. il mio *The Disorder of Legal Sources and Interpretation,* in *Rechtstheorie*, 47, (2016), pp. 1-12.

57. A. Marmor, *Law in the Age of Pluralism*, *Oxford U. P.*, New York, 2007.

58. Così M. Barberis, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Analisi e diritto*, 2004, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, pp. 18-19.

59. Così anche E. Feteris, *Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, Springer, Dordrecht, 1999, pp. 5-12.

dell'attività interpretativa: all'inizio, per delimitare il campo del lavoro di concretizzazione del testo o dei testi giuridici, alla fine per controllare gli argomenti in tale lavoro utilizzati. Nella possibile formazione di diritto che avviene all'interno dell'attività applicativa, la letteralità del testo gioca un ruolo metodologico di primo piano, limitatamente a quanto è giuridicamente autorizzato. Tra queste due polarità, iniziale e finale, si tratterà di un continuo uscire dal testo e rientrare in esso, in un'opera incessante di sua contestualizzazione e ricontestualizzazione[60].

5. La più recente teoria del diritto considera ormai superata l'antica opposizione tra *testualismo e contestualismo:* larghissima è ora la convergenza nell'assegnare un ruolo centrale al contesto nell'analisi del pensiero e del linguaggio giuridico. Con uno slogan, si può dire che oggi *siamo tutti contestualisti* e – come ben dimostra la pur eccentrica posizione testualistica di Scalia – anche le tesi più rigidamente testualistiche finiscono per dover ammettere elementi di contestualismo. Ma, allora, la questione diviene inevitabilmente: quale contestualismo? Quali contesti dobbiamo considerare? Se il contestualismo diventa un vastissimo campo aperto, si apre il problema di distinguere i vari contesti e la molteplicità di variabili linguistiche e di standard epistemici che entrano in gioco, di individuare i contesti di volta in volta pertinenti; e, soprattutto, di precisare la funzione del contesto con riferimento all'innegabile specificità dell'universo giuridico, nel quale gli standard da soddisfare sono mediamente elevati.

Contesto è espressione che rimanda ad una pluralità di ambiti, nei quali esso assume ruoli diversi, e nel caso del diritto possiamo per eccellenza parlare di una *dimensione multicontestuale* [61].

Anche a seguito della straordinaria fioritura del fittissimo dibattito, sempre più tecnico, apertosi negli ultimi decenni in sede epistemologica e di filosofia del linguaggio[62], a partire dall'influsso del secondo Wittgenstein e dalla connessione ivi istituita tra significato ed uso, si è prodotta un'ampia convergenza nell'assegnare un ruolo centrale al contesto. La visione statica del linguaggio, che considerava il significato come un'entità fissa, ha progressivamente ceduto il posto ad una prospettiva che tien conto della dinamica del linguaggio e che ne accentua l'aspetto *attivo*. Lungi dall'apparire come una grandezza fissa e precostituita, i testi sono considerati come bisognosi di essere riempiti a partire da situazioni concrete di comprensione. Tuttavia la specificità del linguaggio giuridico è tale

60. *La comprensione del diritto,* cit., p. 120.

61. Pastore, *Interpreti e fonti*, cit, p. 66.

62. Per un panorama completo del dibattito contemporaneo sul contestualismo in epistemologia, filosofia del linguaggio e metaetica, cfr. G. Preyer and G. Peter (eds.), *Contextualism in Philosophy. Knowledge, Meaning and Truth, Clarendon Press*, Oxford, 2005 e la recente raccolta *The Routledge Handbook of Epistemic Contextualism*, ed. J. Jenkins Ichikawa, Routledge, London, 2017. Un efficace saggio di sintesi è quello di K. De Rose, *Contextualism. An Explanation and Defense* in J. Greco- E. Sosa, eds., *The Blackwell Guide to Epistemology*, Blackwell, Oxford, 1999.

che, pur non potendosi escludere la possibilità di ricorrere a spunti forniti dall'approccio contestualistico, impedisce però un uso proficuo delle teorie contestualistiche generali, troppo basate sul linguaggio ordinario e su situazioni conversazionali normali e semplici, all'interno di usi assertivi del linguaggio naturale.

Il fatto è che il linguaggio giuridico, oltre a molti termini del linguaggio comune, contiene anche molti termini tecnico-giuridici e molti mutuati da altri saperi tecnici non giuridici come i linguaggi scientifici e tecnologici, disciplinati da principi e forme razionali diversi da quelli giuridici[63]. Inoltre, in particolare negli Stati costituzionali di diritto dell'Occidente, esso contiene termini e locuzioni ad un tempo etici e giuridici dotati di un ampio spessore semantico, che innervano i principi contenuti nelle Costituzioni e sui quali, per dirla con Vittorio Villa, si registrano *disaccordi interpretativi profondi*[64]. Esso presenta dunque un carattere fortemente misto, certamente semiartificiale e polilinguistico, e al suo interno convivono pratiche sociali spontaneamente tenute e amministrazione autoritativa dei contenuti. Più in particolare, esso è il prodotto di soggetti che, muovendo da un'autocomprensione e in vista di una prassi che coinvolge la comunità di riferimento, comprendono e agiscono all'interno di un contesto parzialmente tecnico. Nel diritto non vi sono significati acontestuali, ma coesistono una pluralità di contesti e di *standard* linguistici che si intersecano e si sovrappongono tra loro, generati come sono da diverse attività umane intersoggettive. Ciò che costituisce una delle specificità del diritto, che non si riscontra in alcun altro ambito, è che a un certo punto va deciso quale sia il contesto nel singolo caso pertinente, ed è precisamente il giudice che lo sceglie *d'autorità*. Di conseguenza, l'interpretazione dei testi giuridici ha caratteristiche assolutamente peculiari, irriducibili a quelle proprie delle forme di interpretazione che si svolgono nei contesti comunemente considerati dai filosofi del linguaggio[65]. Adottare ricette contestualistiche generali, per quanto sofisticate, elaborate da filosofi del linguaggio, applicandole meccanicamente al mondo del diritto significherebbe perciò inevitabilmente impoverire il linguaggio giuridico e assimilarlo impropriamente a quello di qualunque altro ambito. Piuttosto, date le sue caratteristiche peculiari, è proprio l'ambito giuridico che può diventare un utile punto di riferimento e di confronto anche per gli orientamenti filosofici contestualistici contemporanei[66],che dovrebbero maggiormente confrontarsi con gli specifici problemi sollevati dall'interpretazione giuridica.

63. Su ciò v. il mio *Testo, contesto e linguaggi settoriali,* cit., pp. 122-123. Sui rapporti semiotici tra linguaggio ordinario e linguaggi specialistici, v. anche *Diritto e linguaggio. Il prestito semiotico tra le lingue naturali e i diritti vigenti in una prospettiva giuridica*, a cura di P. Perri e S. Zorzetto, ETS, Pisa, 2016.

64. V. Villa, *Disaccordi interpretativi profondi*, Mucchi, Modena, 2016.

65. D. Canale, *Teorie dell'interpretazione giuridica e teorie del significato*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2012, n.1, p. 158; ma v. anche S. Soames, *Interpreting Legal Texts: What is, and What is not, Special about the Law*, in Id., *Philosophical Essays,* vol.1, *Princeton Un. Press*, Princeton, 2008.

66. Il punto è ben sottolineato da Canale, *Teorie dell'interpretazione giuridica* cit., p. 170.

6. L'ultima parte della nostra trattazione cercherà pertanto di analizzare alcuni aspetti della teoria contemporanea del diritto e dell'interpretazione, per saggiarne il rapporto con le teorie del significato. Considereremo, come due concreti esempi teorici, le prospettive di Riccardo Guastini e di Vittorio Villa, che ci paiono emblematiche e significativamente chiarificatrici di alcune criticità dal punto di vista del loro rapporto con le teorie del significato.

La prima, la teoria di Riccardo Guastini, sarebbe più esatto dire dell'ultimo Guastini[67], assume, come è noto, alcune tesi fondamentali della teoria scettica dell'interpretazione[68], identificando l'interpretazione con un atto prescrittivo di volontà e di decisione, ma sostenendo anche che essa può configurarsi in taluni casi come atto di conoscenza. Tuttavia essa non postula un nesso necessario, e al contempo una distinzione, tra teoria dell'interpretazione e teoria del significato, costituendo entrambe, ad avviso del teorico genovese, un unico e medesimo discorso[69]. Più esattamente, Guastini fa riferimento ad una *meaning theory* di tipo descrittivo e classificatrice di significati, non invece ad una *theory of meaning,* che si ponga l'interrogativo filosofico in cosa consista l'avere un significato. Peraltro la sua adesione ad una *meaning theory* resta sempre piuttosto implicita e non è mai chiaramente esplicitata; cosicché egli appare riluttante a teorizzare sul significato, e comunque incline a considerare la teoria del significato come scarsamente rilevante per una teoria dell'interpretazione specificamente giuridica[70], cosicché quando con tipica dissezione analitica distingue le caratteristiche dell'interpretazione *decisoria* e quelle dell'interpretazione *conoscitiva,* inevitabilmente egli differenzia tra loro i due diversi tipi, caratterizzandoli in modi tra loro incompatibili. Se infatti nel primo caso, quello dell'interpretazione *decisoria*, definendo l'interpretazione come l'ascrizione di un significato ad un testo normativo tramite uno specifico atto linguistico [71], Guastini presuppone l'assunzione di decisioni da parte dell'interprete, nel secondo caso, quello dell'interpretazione *cognitiva*, facendo propri gli assunti di fondo di una teoria proposizionale del significato, egli attribuisce invece all'interpretazione una funzione meramente descrittiva, cioè di ricognizione pu-

67. Nell'amplissima produzione di Guastini - sarebbe più corretto parlare di "più Guastini" - terremo particolarmente presenti i saggi *Teoria del significato e teoria dell'interpretazione*, in Id., *Nuovi studi sull'interpretazione*, Aracne, Roma, 2008, pp. 165-174 e *Rule-skepticism Restated*, in L. Green-B. Leiter, eds., *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol.1, *Oxford U. P.,* Oxford, 2011, pp. 138-161, nonché la *summa* della sua teoria dell'interpretazione giuridica *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011 e lo scritto *Teorie dell'interpretazione. Lo stato dell'arte*, in *Lavoro e Diritto*, 28, 2014, n. 2-3, pp. 231-244.

68. Quando si parla di scetticismo interpretativo ci si riferisce ad una nota distinzione di Herbert Hart tra formalismo, scetticismo e teoria mista, formulata in *Essays in Jurisprudence and Philosophy,* Clarendon, Oxford 1983, p. 62 ss. e in *The Concept of Law,* (1961), Clarendon, Oxford, 1993, p. 123 ss.

69. *Rule-skepticism* cit., p. 155, *Teoria del significato* cit., p. 165 ss.

70. L'osservazione è di M. Barberis, *Lo scetticismo immaginario. Nove obiezioni agli scettici à la génoise*, in *Analisi e diritto*, 2000, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, p. 15.

71. *Teorie dell'interpretazione,* cit., pp. 239-240.

ramente cognitiva dei vari significati ammissibili da parte dei giuristi, senza operare una scelta tra essi. E qui trapela chiaramente il permanere, in Guastini, della propensione per un metodo empirico, quello dell'interpretazione-accertamento, fondata sull'osservazione empirica[72], che descrive avalutativamente fatti e comportamenti, non prescrizioni. Dunque, scelta e atto di volontà in un caso, mera descrizione delle decisioni dall'altro: e tra le due operazioni viene aperto un incolmabile abisso.

È peraltro evidente che l'eliminazione del valutativo, cui approda la concezione dell'interpretazione conoscitiva del teorico genovese, appare difficilmente compatibile con alcune caratteristiche del diritto, intessuto strutturalmente, nella sua prescrittività, di valutazioni e di scelte e finisce per escludere dall'ambito dell'interpretazione giuridica i fatti e gli atti umani non giuridicamente normativi. Senza dire che in questa bipartizione della pratica interpretativa in due attività tra loro diversissime ed eterogenee si va incontro a serie difficoltà teoriche e si perde alla fine l'unità dell'interpretazione giuridica. Diventa molto difficile continuare a parlare di "interpretazione giuridica" come di un genere unitario.

7. Diversa la prospettiva di Vittorio Villa, anch'essa genericamente ascrivibile a posizioni di scetticismo moderato, ma molto più esplicita, rispetto a Guastini, nella volontà di istituire un rapporto tra teoria dell'interpretazione e teoria del significato[73].

Nell'ampio dibattito sorto intorno al *Postscript* alla nuova edizione di *The Concept of Law* di Hart[74], Villa interviene assumendo una posizione autonoma, ma più vicina all'*inclusive* che all'*exclusive positivism*, egli sostiene la fluidità del rapporto tra elementi giuridici ed elementi morali all'interno del diritto e arriva a riconoscere come necessario l'intervento di giudizi di valore nelle attività interpretative a carattere conoscitivo[75].

Posto che il nesso tra significato e interpretazione è considerato da Villa così stretto che non è possibile sviluppare definizioni e teorie dell'interpretazione che non siano anche necessariamente definizioni e teorie del significato[76], il problema diviene: quale significato? Quali sono gli elementi caratterizzanti il significato? La tesi di Villa è che il significato non vada inteso come una nozione monolitica e statica – quella per cui esso si produce tutto in una volta – ma come una nozione stratificata e dinamica, a formazione progressiva. Il linguaggio è visto come l'esito di un processo continuamente in corso, che contiene in sé sia la dimensione convenzionale che quella contestuale del significato,

72. Vedi anche *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 333-338 e Id., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè , Milano, 1998, pp. 6-7.

73. V. Villa, *Condizioni per una teoria dell'interpretazione giuridica*, in *Significato letterale e interpretazione del diritto* cit., p. 167.

74. Trad.it. a cura di M.A. Cattaneo, Einaudi, Torino, 2002.

75. V. Villa, *Contestualismo e teorie dell'interpretazione. Risposte ai miei critici*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2013, p. 319.

76. Villa, *Condizioni per una teoria,* cit., p. 172.

come due momenti di un unico processo di attribuzione di significato[77]. Nell'ambito della teoria semantica contemporanea Villa propone perciò una soluzione *intermedia t*ra le opposte posizioni del *convenzionalismo* e del *contestualismo*, considerando questi elementi non solo come non incompatibili, ma anzi come utili per costruire il significato in modo progressivo. Egli si riconosce dunque in una visione mobile e stratificata del linguaggio, inteso come processo e non come frutto di singoli momenti topici.

L'approccio è fondamentalmente quello del *contestualismo semantico*[78], cui si attribuisce l'idoneità a leggere la dimensione creativa di ogni atto interpretativo, ma in una versione moderata, che respinge le forme radicali[79] diffusesi nel dibattito teorico di filosofia del linguaggio.

Che implicazioni presenta questa posizione per la teoria dell'interpretazione giuridica? Il significato convenzionale di partenza verrebbe incessantemente ad arricchirsi a contatto con gli elementi di novità apportati dai casi concreti, ma anche il contesto di sfondo mantiene una sua importanza per assicurare stabilità ai significati convenzionali delle espressioni contenute nelle disposizioni giuridiche. Dunque, sintetizzando: vi è una dimensione semantica che preesiste rispetto alla dimensione contestuale, ma che, proprio per la sua incompletezza, esige di essere precisata e integrata nei contesti situazionali concreti. Il significato compiuto si caratterizza come esito del procedimento interpretativo[80]. Dal punto di vista della dimensione del senso, l'attività interpretativa, nel suo concreto svilupparsi, mescola inevitabilmente l'interpretazione dottrinale e l'interpretazione operativa, che pure potrebbero essere distinte analiticamente.

Che cosa non è del tutto convincente in questa costruzione dinamica e progressiva del significato, che muovendo da una base convenzionale sfocia in una dimensione contestuale e si lega ad una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica?

Come è noto, uno dei concetti chiave della teoria dell'interpretazione di Villa è quello di *significato convenzionale*. Di tale concetto egli ci dice che preesiste all'interpretazione e che permette di distinguere i casi in cui, rimanendo all'interno della cornice semantica data dal significato convenzionale, viene svolta un'attività *interpretativa* da quelli in cui si realizza invece un'attività *integrativa* di diritto[81]. In definitiva, ad avviso di Villa, il significato *convenzionale* funge da *input* per il successivo processo di costruzione del significato.

77. Ivi, p.184.

78. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 118. Su quest'opera, cfr. il focus critico della rivista *Diritto & questioni pubbliche*, n.13/2013.

79. P. Chiassoni, *A Nice Derangement of Literal – Meaning Freaks: Linguistic Contextualism and the Theory of Legal Interpretation*, in *Analisi e diritto*, 2005, pp. 115-126; F. Poggi, *Contesto e significato letterale*, in *Analisi e diritto*, 2006, pp. 169-213 e Id., *Semantics, Pragmatics and Interpretation. A Critical Reading of Some of Marmor's Theses*, in *Analisi e diritto*, 2007, pp. 159-178.

80. *Una teoria pragmaticamente orientata,* cit., p. 162.

81. Ivi, p. 130.

Ma mentre il contesto che consente l'arricchimento successivo della base semantica di partenza viene opportunamente problematizzato da Villa e colto nella sua complessità (costituito, com'è, dal contesto distale, dal contesto prossimale e dal co-testo[82]), ciò che invece non appare come sufficientemente problematizzato è proprio il concetto centrale di significato convenzionale di partenza. Che cos'è lo schema semantico iniziale? Per quanto la stessa teoria di Villa non sia esente da oscillazioni al riguardo – come ha mostrato Enrico Diciotti all'interno della discussione promossa da "Diritto e questioni pubbliche"[83] -, quel che appare distinguibile con una certa chiarezza è la *convenzionalità* con cui da Villa viene assunto il concetto di *significato convenzionale*, che pare dipendere da convenzioni linguistiche acriticamente considerate come stabili. Infatti, gli aspetti di innegabile incertezza e di indeterminatezza delle stesse convenzioni linguistiche non risultano sufficientemente valutati, talché non si riesce a dare ragione dell'oggettiva difficoltà, per l'interprete, di rintracciare il significato convenzionale di base. La sua posizione apre così il fianco alle critiche del contestualismo forte, per il quale anche il contenuto proposizionale viene costruito. In altre parole la base semantica di un enunciato non è di per sé autosufficiente, ma viene costruita di volta in volta dal contesto.

Per dirla con il linguaggio dell'approccio ermeneutico, il testo giuridico di partenza ed il suo significato letterale non appaiono sufficientemente problematizzati.

Forse, se Villa avesse tenuto in maggior conto il concetto ermeneutico di *precomprensione* avrebbe potuto fornire a quest'aspetto della sua riflessione coordinate teoriche più precise ed un quadro metodologico più articolato. Che l'interpretazione dei testi normativi sia costantemente influenzata da previe valutazioni di opportunità e di realizzabilità di un progetto di possibile decisione è oggi ampiamente riconosciuto dalla letteratura giuridica contemporanea. Questa pre-figurazione del significato della disposizione rappresenta un importante aspetto della competenza pratica dell'interprete nell'utilizzo dei testi normativi. Essa discende tanto dalla conoscenza sintattica e semantica del linguaggio, quanto dalle conoscenze tecniche inerenti la specificità del linguaggio giuridico. L' "impronta semantica" della precomprensione è tale da indirizzare l'attribuzione di senso[84]. Se il linguaggio non potesse ricevere una direzione problematica, se non potesse porre in questione quanto non è ancora completamente compreso, esso non potrebbe denominare alcunché, e non potendo fuoriuscire mai dai propri segni, indicherebbe solo sé stesso [85]. Di conseguenza, a fronte dell'ambiguità dei testi giuridici e della vaghezza

82. Ivi, pp. 131,197.

83. E. Diciotti, *La metateoria e la teoria dell'interpretazione di Vittorio Villa*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 13/2013, p. 42 ss.

84. Così D. Canale, *La precomprensione dell'interprete è arbitraria?*, in *Ars Interpretandi*, 11, 2006, p. 333.

85. Sul punto v. anche H. Lipps, *Untersuchungen zu einer hermeneutischen Logik* (1938), in Id., *Werke*, vol.2, Klostermann, Frankfurt a.M. 1976 e sull'opera di Lipps v. G. Rogler, *Die hermeneutische Logik und die Begründungbarkeit wissenschaftlicher Erkenntnis*, Ergon, Würzburg, 1998.

delle norme, in una parola di fronte alla plurivocità semantica del linguaggio normativo, va considerato anche il ruolo giocato dalla capacità dell'interprete di individuare la soluzione più pertinente e appropriata tra quelle sintatticamente e semanticamente possibili. Di certo qui pesano, oltre alla formazione dell'interprete, precise convenzioni, quali i canoni o argomenti interpretativi, le figure dogmatiche consolidate, l'opinione dottrinale dominante, i precedenti delle corti superiori. Il senso di un enunciato normativo non ne può prescindere e non può sussistere in forme indipendenti da tali fattori. Non hanno significato soltanto le concezioni sotto le quali il linguaggio accoglie e classifica la realtà, ma anche e soprattutto quelle produttivamente costruite per fornire alla realtà una visione assiologica. Come ha ben evidenziato Robert Brandom[86], le condizioni e le conseguenze applicative conferiscono ad un enunciato una funzione specifica negli usi linguistici dei parlanti, determinandone il contenuto semantico. In prospettiva ermeneutica sono decisive le condizioni entro cui ogni intenzione è formulata e acquista il suo senso[87], mentre i significati vengono attribuiti nel quadro di specifici atti di comprensione. Nell'interpretazione giuridica è lo stesso linguaggio a divenire oggetto del contendere e dell'argomentare tra pretese tra loro contrastanti.

Un secondo aspetto critico si può rilevare nella ricerca di Villa, che appare costantemente influenzata nel suo evolversi da modelli e suggestioni ricavati dalla filosofia del linguaggio contemporanea (potremmo anzi dire che la sua è una incessante ricerca preliminare, un progetto di ricerca rispetto ad una teoria dell'interpretazione giuridica che ancora non è stata sviluppata in modo compiuto).

Questo aspetto di criticità concerne uno dei fulcri principali della teoria di Villa, l'idea di *background context*[88]*,* inteso, in senso ampio, come il complesso di credenze, conoscenze, elaborazioni concettuali, scopi che stanno sullo sfondo dell'interpretazione. Ora, pur offrendo nelle *Conclusioni* del suo ultimo lavoro utili precisazioni sul carattere non monolitico, ma al contrario conflittuale di tale nozione di contesto, a me pare che l'analisi di Villa rimanga ancora troppo condizionata dagli strumenti concettuali prefigurati al riguardo dai filosofi del linguaggio e che questi gli impediscano di cogliere appieno la specificità dell'interpretazione giuridica. In quest'ultima, è vero, gioca un ruolo la standardizzazione dei significati operata dalla rete delle conoscenze giuridiche presupposte, ma il nucleo del problema sta da un lato nella funzione ascrittiva svolta dagli enunciati interpretativi in sede decisionale (che altrimenti verrebbe posta in secondo piano) e nella natura essenzialmente normativa della *construction;* dall'altro nel rapporto *forte e assolutamente specifico* tra

86. R. Brandom, *Articolare le ragioni. Un'introduzione all'inferenzialismo*, trad. it. di C. Nizzo, *Il Saggiatore*, Milano, 2002, p. 69 ss.

87. F. Viola, *Intenzione e discorso giuridico: un confronto tra la pragmatica linguistica e l'ermeneutica*, in *Ars Interpretandi*, 2, 1997, p. 53 ss.; F. Viola-G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2016 (9 ed.), p. 245.

88. V. Villa, *Disaccordi interpretativi profondi. Saggio di metagiurisprudenza ricostruttiva*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 218.

norme e fatti che di volta in volta, e di caso in caso, si realizza in relazione ai casi concreti nell'operazione ermeneutico-applicativa dell'interprete. (È però da sottolineare che i casi concreti non sono identificabili *tout-court* con nudi fatti empirici: essi sono frutto di una "costruzione del caso" che muove sempre dall'esigenza di reperire un significato normativo generale nella specificità del caso singolo). Quello che Villa chiama *contesto prossimale*, e più esattamente il *contesto situazionale concreto,* non costituisce il semplice completamento di una *base semantica incompleta*, ma un momento ermeneuticamente indispensabile per l'interprete, al fine di scegliere il migliore tra i significati giuridicamente possibili[89].

Non vorrei affatto, a questo punto, cadere in una sorta di eclettismo metodologico, né tanto meno cadere nell'errore di annettere strumentalmente a posizioni a me vicine tesi e prospettive diverse e difficilmente commensurabili. Vorrei tuttavia commettere un azzardo, con più difficoltà riguardo a Guastini e con minori riguardo a Villa, mostrando alcuni elementi di convergenza tra le tesi ermeneutiche e le teorie dell'interpretazione di questi studiosi. Sono infatti convinto che, al di là di evidenti e talora rilevanti differenze di approccio, se ne possano registrare - ad un livello più profondo - non pochi.

Anzitutto la tesi dell'inseparabilità di interpretazione e applicazione della legge (per quanto sopra si è detto, nel caso di Guastini questo vale per l'interpretazione *decisoria*, non per quella *cognitiva*). Secondo la teoria del significato come uso, di derivazione wittgensteiniana, applicare una disposizione significa usarla ed uno dei modi di usarla è appunto quello di attribuirle un significato piuttosto che un altro[90]. Effettivamente è legittimo considerare la posizione contestualistica moderata di Villa come un'eloquente testimonianza della convergenza tra la filosofia analitica del linguaggio ordinario, e specificamente del secondo Wittgenstein, con alcune tesi ermeneutiche. Per dirla in estrema sintesi, il tentativo di Villa di applicare la teoria del contestualismo semantico alla teoria dell'interpretazione giuridica e la sua tesi della costruzione progressiva del significato, determinata dall'arricchimento dei significati convenzionali di partenza grazie al contatto con i casi concreti[91], presentano evidenti somiglianze con la tesi della "spirale ermeneutica" di Winfried Hassemer[92]. L'interpretazione delle leggi è un processo, il cui risultato non è stabilito prima della sua conclusione: "il diritto è la conclusione, salita in cerchi concentrici sempre più in alto, che congiunge l'interpretazione delle norme di legge e l'interpretazione delle circostanze di fatto"[93],dove entrambi questi fattori si determinano reciprocamente e ripetutamente, anche su piani ermeneutici diversi. La riformulazione contestuale delle disposizioni grazie ad arricchimenti semantici introdotti dal contesto situazionale concre-

89. In senso non dissimile V. Velluzzi, *Contesti e interpretazione giuridica*, *in Diritto & Questioni pubbliche*, n.13/2013, p. 297.

90. Guastini, *Interpretare e argomentare,* cit., p. 254; Villa, *Una teoria pragmaticamente orientata,* cit., p. 144.

91. Villa, *Una teoria pragmaticamente orientata,* cit., pp.135-136.

92. W. Hassemer, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, trad. it. di G. Carlizzi, Esi, Napoli, 2007, p. 44.

93. G. Zaccaria, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Cedam, Padova, 1990, p. 55.

to, secondo l'idea di Villa, somiglia molto alla concretizzazione ermeneutica, nella quale non si applica affatto qualcosa di già pre-formato, ma si forma e si ri-formula tramite l'applicazione. La norma –come dice Esser[94] - sorge attraverso un potere legislativo e insieme decisionale.

Un secondo terreno di convergenza tra la prospettiva di Villa e le posizioni ermeneutiche sta nel comune rifiuto della tesi di una *creatività ex nihilo* dei significati normativi nel momento della comprensione. Infatti la creatività dell'interpretazione giuridica si sviluppa entro la cornice dei possibili significati associabili all'enunciato interpretato, e dunque entro il perimetro disegnato dal principio di legalità [95]. Nello Stato di diritto il procedimento di dispiegamento creativo rimane ancorato all'orizzonte fornito dal legislatore.

8. Il filosofo e logico americano Saul Kripke, rileggendo le famose tesi wittgensteiniane sull'impossibilità di un linguaggio privato ha proposto il passaggio da una teoria del significato basata sulle condizioni di verità ad una teoria basata invece sulle condizioni di asseribilità e di giustificazione. In questo contributo abbiamo sostenuto l'impossibilità, per la teoria dell'interpretazione giuridica, di prescindere da una teoria del significato che dia una spiegazione di tipo generale circa il funzionamento del linguaggio[96]. La dimensione giustificativa, relativa tanto alla giustificazione delle regole quanto a quella dei fatti, implica il fatto di parlare di casi concreti, di applicazione normativa nella prassi giuridica e di giustificare le ragioni addotte a sostegno della correttezza della soluzione individuata. Abbiamo sostenuto che il ragionamento giuridico presenta caratteristiche specifiche, che lo differenziano da altri tipi di ragionamento. Vale a contraddistinguerlo, anzitutto, la sua funzione pratico-normativa, il fatto che muovendo da premesse normative esso ricavi conclusioni normative. In secondo luogo, che esso sia utilizzato all'interno di un contesto istituzionale da soggetti pubblici che sono tenuti a giustificare le loro decisioni. Più esattamente, la teoria del ragionamento giuridico indaga le condizioni alle quali la conclusione di un ragionamento giuridico possa dirsi giustificata, e dunque razionalmente accettabile. Quest'aspetto rivela una sua crucialità, dal momento che si lega all'esercizio di una funzione di controllo e di garanzia circa il rispetto di principi fondamentali dello Stato costituzionale di diritto, dal principio di legalità a quello di uguaglianza di fronte alla legge, per non dire di quello di separazione dei poteri.

L'approccio allo studio del ragionamento giuridico sviluppato dall'ermeneutica insiste sulla centralità del caso (e non della regola) all'interno delle operazioni intellettuali compiute per giungere alla decisione[97]. L'ipotesi di decisione da cui tale approccio prende

94. J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad.it. di S. Patti e G. Zaccaria, Esi, Napoli, 1983, p. 172.

95. Su ciò v. il mio *La comprensione del diritto,* cit., p. 14.

96. S. Kripke, *Wittgenstein su regole e linguaggio privato*, trad. it. di M. Santambrogio, Bollati Boringhieri, Torino, 2000.

97. Su ciò cfr. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo,* cit., pp. 24 ss. e il nostro *L'arte dell'interpretazione,* cit., p. 52 ss., p. 87 ss.

avvio, proprio perché concerne un caso particolare, non costituisce criterio di giudizio generalizzabile. Si può naturalmente obiettare che tale approccio rischia di aprire ampi varchi di discrezionalità all'interprete[98], rafforzandone il ruolo attivo nella creazione di diritto. Ma è altrettanto innegabile che la giustificazione della decisione giudiziale dipende da una serie di scelte discrezionali solo limitatamente riconducibili alle regole della logica classica, ma non per questo necessariamente arbitrarie e irrazionali.

Molto meglio – anche ai fini di controllo dei modi di esercizio di tale discrezionalità – è che tali scelte non restino occultate all'interno delle pieghe del ragionamento e vengano anzi esplicitate, evidenziandone i presupposti e dando ragione delle regole di inferenza impiegate. Il controllo è momento essenziale del procedimento interpretativo e ad esso funzionalmente connesso. Ciò che spesso non si coglie quando si discute criticamente l'approccio ermeneutico è la sua capacità di illuminare non soltanto la *logica della scoperta* (ossia il procedimento con cui il giudice perviene a formulare le conclusioni sul caso), ma anche la *logica della giustificazione* (ossia il procedimento di controllo e giustificazione di tale decisione). Si tratta di un unico ed unitario processo deliberativo che si articola in momenti dotati di una loro specificità ma anche reciprocamente implicantisi[99]. E il controllo è *auto-controllo* ma anche *etero-controllo:* il giudizio dei destinatari della decisione, della comunità giuridica e dell'intera società nei confronti delle scelte effettuate dal giudice deve rimanere come elemento critico non rinunciabile, di confutazione e di controllo.

98. D. Canale, *Il ragionamento giuridico*, in *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di G. Pino, A. Schiavello, V. Villa, Giappichelli, Torino, 2013, p. 332.

99. B. Pastore, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea,* cit., p. 90.

FAMIGLIE E SUCCESSIONI

COPPIE OMOGENITORIALI E TUTELA DEI FIGLI

Alessandra Bellelli
Prof. ordinario Università di Perugia

Sommario: 1. L' "apparente" chiusura alla filiazione nella legge sulle unioni civili. – 2. Il ricorso all'adozione in casi particolari. – 3. L'interesse del minore quale punto focale dell'istituto dell'adozione. – 4. Le prospettive di riforma legislativa.

1. L'"apparente" chiusura alla filiazione nella legge sulle unioni civili.

Nella legge sulle unioni civili non si affronta espressamente e direttamente il tema della filiazione, al quale non viene dedicata una specifica disciplina normativa. Nonostante l'unione civile sia definita "quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione" (v. art. 1, comma 1, l. 20 maggio 2016 n. 76), secondo la regolamentazione legislativa il rapporto si esaurisce tra le parti e non contempla la presenza di figli.

Nel progetto di legge era prevista la c.d. *stepchild adoption,* ovvero l'adozione del figlio del partner, attraverso l'estensione alla parte dell'unione civile dell'adozione in casi particolari, riservata al coniuge, di cui alla lett. b) dell'art. 44 della l. n.184/1983[1]. Sembrava questa una soluzione di compromesso tra le rivendicazioni delle coppie omosessuali ad una filiazione piena e condivisa, frutto di un progetto comune familiare, e l'opinione, diffusa in una larga parte della società civile, secondo la quale per l'equilibrato sviluppo del minore le figure genitoriali devono essere di sesso diverso.

Le molteplici obiezioni e polemiche che la previsione normativa aveva suscitato, anche a livello politico trasversale, e che rischiavano di ostacolare l'approvazione della legge, hanno indotto il legislatore a stralciare la *stepchild adoption* nella stesura finale del testo normativo e a rinviare la regolamentazione della materia alla futura riforma dell'intera disciplina dell'adozione.

Nella legge sulle unioni civili le parole "figlio" o "figli" non ricorrono mai, ma la materia della filiazione emerge nel comma 20 dell'unico articolo di cui è composta la legge, trovando nella norma indicazioni sia in senso negativo, sia, come vedremo, anche in senso positivo.

La disposizione normativa, mentre equipara l'unito civile al coniuge e l'unione civile al matrimonio in tutte le leggi, atti aventi forza di legge, regolamenti, atti amministrativi e contratti collettivi, nega l'applicazione a ciascuna delle parti dell'unione civile delle norme del codice civile, se non espressamente richiamate dalla legge in esame, e delle norme contenute nella l. 4 maggio 1983 n. 184 sull'adozione. L'enunciazione normativa è chiara e, con riguardo alla possibilità per le parti dell'unione civile di divenire genitori, la chiusura è totale: né le norme

1. V. art. 5 del disegno di legge n. 2081, presentato al Senato di iniziativa dei senatori Cirinnà e altri, comunicato alla Presidenza il 6 ottobre 2015.

codicistiche sulla filiazione, in quanto non richiamate, né le norme in materia di adozione sono applicabili. Coerentemente, non compare nella legge sulle unioni civili neppure il richiamo alla norma del codice civile (art. 147), che, all'interno della disciplina del matrimonio e del rapporto tra coniugi, prevede quale obbligo reciproco di ciascun coniuge nei confronti dell'altro il dovere di mantenimento, educazione, istruzione e assistenza morale dei figli[2].

Da rilevare, inoltre, che alle coppie omosessuali, pur se unite civilmente, non è consentito l'accesso alla procreazione medicalmente assistita, richiedendo espressamente la legge n. 40/2004 che gli aspiranti genitori, coniugi o conviventi, debbano essere di sesso diverso. La coppia omosessuale femminile, pertanto, non potrà ricorrere alla procreazione eterologa, ora ammessa nel nostro ordinamento, né, a maggior ragione, potrà avvalersi della fecondazione artificiale la coppia di sesso maschile essendo la maternità surrogata assolutamente vietata in ogni sua forma.

Tutte le vie della genitorialità sembrano, quindi, precluse alle parti dell'unione civile.

Alla fine del comma 20 è aggiunta, però, un'ulteriore prescrizione normativa: "*Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*", che, in modo non lineare, ripropone il problema della filiazione, creando, come vedremo nel paragrafo seguente, un'apertura sul versante dell'adozione. Evidente è la "delega" data dal legislatore al giudice, il quale è chiamato non solo ad applicare norme sull'adozione analizzando il singolo caso concreto nell'interesse del minore, ma, ancor prima, a decidere quali siano le norme in materia di adozione applicabili alle parti di un'unione civile. Siamo in presenza di un diritto incapace di prendere decisioni[3], specialmente quando si tratta di temi di bioetica, come dimostrato anche dagli *iter* lunghi e travagliati di formazione di leggi quali quello relativo al testamento biologico, che non si è ancora completato, e quello della legge sulla procreazione medicalmente assistita, che ha inoltre ricevuto dopo l'emanazione modificazioni profonde e ripetute.

2. Il ricorso all'adozione in casi particolari.

Sul piano interpretativo, alla disposizione da ultimo richiamata, non priva di ambiguità, non può essere attribuito altro significato che quello di ammettere in alcune ipotesi l'adozione secondo la normativa già esistente, altrimenti la disposizione stessa sarebbe inutile.

2. V., sul punto, Mir. Bianca, in *Unioni civili e convivenze di fatto,* a cura di C. M. Bianca, *sub* comma 20, Torino, in corso di pubblicazione.

3. Cfr. E. Quadri, *Unioni civili: disciplina del rapporto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1689, il quale rileva "l'abdicazione alla giurisprudenza, da parte del legislatore, di quella funzione, che pure dovrebbe istituzionalmente competergli, di interprete e protagonista dell'adeguamento dell'ordinamento alla coscienza sociale". V. anche, in senso critico, G. Ferrando, *Le unioni civili: la situazione in Italia,* in *Giur. it.,* 2016, p. 1777, secondo la quale "il diritto dei figli alla certezza e stabilità del rapporto con coloro che effettivamente esercitano la funzione genitoriale è affidato all'intervento giudiziale, necessariamente episodico, frammentario e incerto nei suoi esiti". Sulla necessità di un intervento legislativo che superi l'incertezza giuridica ed eviti soluzioni giurisprudenziali contrastanti, v. Mir. Bianca, *op. cit.*

Esclusa l'adozione piena, per la quale la legge n. 184/1983 richiede che gli adottanti siano "coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni", il riferimento con riguardo ai minori di età non può che essere all'adozione in casi particolari. Anche la persona non coniugata può adottare ai sensi delle lettere a), c) e d) dell'art. 44, comma 1, l. adoz. (v. art. 44, comma 3) e la giurisprudenza, precedentemente all'approvazione della legge sulle unioni civili, aveva applicato in numerose pronunce[4] la lettera d) per riconoscere lo stato di figlio adottivo al minore nei confronti del partner del proprio genitore all'interno del nucleo familiare basato sulla convivenza di fatto tra persone dello stesso sesso.

Il ricorso a questo particolare caso di adozione ha trovato fondamento, nelle decisioni dei giudici, su un'interpretazione estensiva della disposizione normativa. Presupposto richiesto per l'applicazione della norma è la "*impossibilità di affidamento preadottivo*", che, originariamente, si riferiva a situazioni di impossibilità di fatto legate a particolari condizioni fisiche o psichiche o di età (minore quasi maggiorenne) degli adottandi in stato di abbandono per i quali fosse stata dichiarata l'adottabilità. Secondo l'interpretazione ora seguita, invece, l'impossibilità di affidamento preadottivo viene intesa anche quale impossibilità giuridica, come tale riscontrabile in tutti i casi in cui manchi la situazione di abbandono del minore perché convivente con il proprio genitore e da esso assistito moralmente e materialmente. La "forzatura" interpretativa risponde all'esigenza di ampliare l'ambito di applicazione dell'istituto, distanziandolo maggiormente dai rigorosi requisiti

4. Per la giurisprudenza precedente alla legge sulle unioni civili v., in particolare, Trib. min. Roma 30 luglio 2014, n. 299, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 109 ss., annotata in senso adesivo da J. Long, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*, *ibidem*, p. 117 ss. e in senso decisamente contrario da R. Carrano e M. Ponzani, *L'adozione del minore da parte del convivente omosessuale tra interesse del minore e riconoscimento giuridico di famiglie omogenitoriali,* in *Dir. fam.,* 2014, p. 1550 ss. La sentenza è stata confermata da App. Roma, sez. min., 23 dicembre 2015 n. 7127, in *www.articolo29.it*. Vedi, inoltre, Trib. min. Roma, 22 ottobre 2015 e, di pochi giorni successiva all'emanazione della legge sulle unioni civili, App. Torino 27 maggio 2016, *ibidem*, che ammettono anch'esse l'adozione del figlio del *partner* nella coppia omosessuale. In senso contrario, cfr. Trib. min. Piemonte e Valle d'Aosta, 11 settembre 2015, n. 258 e Trib. min. Piemonte e Valle d'Aosta, 11 settembre 2015, n. 259, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 205 ss., con nota di A. Nocco, *L'adozione del figlio di convivente dello stesso sesso: due sentenze contro una lettura "eversiva" dell'art. 44, lett. d), l. n. 184/1983*. Sul diritto del minore alla stabilità delle relazioni affettive, v. Trib. Palermo decr., 13 aprile 2015, in *www.personaedanno.it*. Secondo questa pronuncia il minore ha diritto a mantenere rapporti con il genitore c.d. sociale, che ha contribuito a fondare la sua identità personale e familiare, anche dopo l'interruzione della convivenza omosessuale con la propria madre. Sull'adozione cosiddetta incrociata, ovvero proveniente da ciascun appartenente alla coppia omosessuale che richiede di adottare il figlio dell'altro, cfr. App. Napoli, 30 marzo 2016, in *www.dirittoegiustizia.it,* che riconosce l'efficacia in Italia delle rispettive sentenze di adozione piena emesse in Francia, e Trib. min. Roma 30 dicembre 2015, ord., in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 974 ss., con nota di M. Farina, *Adozione in casi particolari, omogenitorialità e superiore interesse del minore* e in *Fam. dir.* 2016, p. 584 ss. con nota di A. Scalera, *Adozione incrociata del figlio del* partner *e omogenitorialità tra interpretazione del diritto vigente e prospettive di riforma.* Per la trascrizione nei registri dello stato civile di un provvedimento emesso in Spagna di adozione piena di una minore da parte della donna unita in matrimonio civile, secondo la legge spagnola, con la madre biologica, v. App. Milano, ord., 1 dicembre 2015, in *Fam. dir.*, 2016, p. 271 ss., con nota di F. Tommaseo, *Sul riconoscimento dell'adozione piena, avvenuta all'estero, del figlio del* partner *d'una coppia omosessuale.*

richiesti per l'adozione piena, anche in ragione degli effetti più limitati che da esso derivano. L'adozione in casi particolari, infatti, non si sostituisce, ma si aggiunge al rapporto di filiazione originario che permane[5]. È pertanto richiesto l'assenso dei genitori dell'adottando e, quindi, anche dell'altro genitore, se esiste, estraneo alla coppia omosessuale, il cui eventuale rifiuto non potrà essere superato ove eserciti la responsabilità genitoriale (art. 46, commi 1 e 2, l. adoz.)[6].

Proprio questo indirizzo giurisprudenziale, che ha poi trovato conferma in una sentenza della I sezione della Cassazione di poco successiva all'emanazione della legge[7], indica, sul piano dell'effettività, quanto "consentito" dall'attuale disciplina normativa in materia di adozione: l'applicazione della lett. d) dell'art. 44 con riguardo al rapporto tra "genitore sociale" e minore, formatosi nell'ambito di una convivenza di fatto, comporta necessariamente e a maggior ragione l'estensione all'analogo rapporto che si crea, nell'ambito di un'unione civile, tra il figlio di una delle parti e l'altra parte[8].

Rientra, così, dalla finestra ciò che era uscito dalla porta: il risultato è del tutto analogo a quello della c.d. *stepchild adoption*, stralciata dal testo normativo. Il fenomeno non è nuovo: nel nostro ordinamento, a volte, si nega formalmente ciò che invece si afferma nella sostanza. Un esempio può trarsi dalla stessa legge sulle unioni civili dove la differenziazione dell'unione civile dal matrimonio, che si è voluta sottolineare anche terminologicamente, è più formale che sostanziale, se si guarda al rapporto che si instaura e ai diritti-doveri che ne derivano.

Attraverso l'ultima disposizione del comma 20, in contrasto con quanto precedentemente disposto dallo stesso comma e affermato in fase di approvazione della legge, trova ingresso nella legge sulle unioni civili la famiglia omogenitoriale. Ciò non vuol dire che si riconosca un diritto ad essere genitori alle parti dell'unione civile; si riconosce, però, il diritto ad essere figli e, come vedremo nel paragrafo successivo, è l'interesse del figlio che deve guidare il giudice nella decisione se, nel caso concreto, possa essere pronunciata l'adozione.

---

5. Cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, V ed., Milano, 2014, p. 458 ss.; C.M. Bianca, con la collaborazione di Mir. Bianca, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2014, p. 797 ss.

6. È stato però affermato in giurisprudenza che il dissenso del genitore esercente la responsabilità genitoriale impedisce l'adozione in casi particolari solo se costui non sia meramente titolare della responsabilità stessa, ma la eserciti concretamente attraverso un rapporto affettivo con il minore. Cfr., al riguardo, Cass., 21 settembre 2015, n.18576, in *Giur. it.,* 2016, p. 319 ss., con nota di L. Airola Tavan, *Il principio dell'interesse del minore nell'adozione in casi particolari.*

7. Cass. 22 giugno 2016 n. 12962, in *Foro it.,* 2016, I, c. 2342 ss., con nota di G. Casaburi, *L'adozione omogenitoriale e la Cassazione: il convitato di pietra.* La sentenza ha respinto il ricorso proposto contro App. Roma, sez. min., 23 dicembre 2015, n. 7127, cit.

8. Cfr., sul punto, L. Lenti, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione,* in *Nuova giur. civ. comm.* 2016, II, p. 1712.

3. L'interesse del minore quale punto focale dell'istituto dell'adozione.

Per l'applicazione della lettera d) dell'art. 44 l. adoz. deve essere considerata la posizione del minore che abbia vissuto all'interno del nucleo familiare fondato sull'unione civile, in particolare il suo interesse alla stabilità delle relazioni affettive e alla costituzione di uno stato giuridico di figlio corrispondente al rapporto che di fatto si è creato e consolidato nel tempo con il partner o la partner del proprio genitore biologico.

Si sottolinea il riferimento fondamentale al diritto del minore e non a quello del futuro adottante, in quanto la pronuncia giudiziale riguardante l'adozione deve essere finalizzata esclusivamente al raggiungimento dell'interesse del minore ed essere a questo riguardo preceduta da accurate indagini sociali e psicologiche volte a verificare l'idoneità affettiva e la capacità educativa dell'adottante, oltre alla sua situazione personale, economica e familiare.

La decisione spetta quindi al giudice, che, di fronte a casi concreti in cui rileva nell'ambito di un'unione civile un rapporto fondato sugli affetti, sull'assistenza e sulla cura del minore da parte del membro della coppia che si comporta come genitore pur non essendo tale biologicamente, accoglie la domanda di adozione in casi particolari ai sensi della lettera d). Si è giunti, così, sul piano del diritto effettivo, ancor prima dell'emanazione della legge sulle unioni civili, al riconoscimento giuridico del rapporto che di fatto si sia creato all'interno del nucleo familiare omogenitoriale[9]. La valutazione in merito alla "giuridicizzazione" del rapporto, ovvero all'accoglimento della domanda di adozione in casi particolari, deve essere effettuata dal giudice, come già detto, considerando preminentemente il superiore interesse del minore, secondo quanto previsto all'art. 57, comma 1, l. adoz. e, più in generale, per ogni procedimento o atto concernente il minore, nella Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 (v. art. 3, comma 1), resa esecutiva in Italia con l. 27 maggio 1991 n. 176, e nella Carta di Nizza sui diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 24, comma 2).

La soluzione giurisprudenziale si pone in linea con l'evoluzione legislativa in materia di filiazione, in particolare con la riforma della filiazione (legge 10 dicembre 2012 n. 219), che proclama l'unificazione dello stato giuridico[10] e lo "statuto" dei diritti del figlio, di ciascun figlio, a prescindere dal vincolo che unisce i genitori e dal modello di famiglia in cui il mino-

9. Per l'osservazione secondo la quale nella materia in esame si assiste alla prevalenza del fatto sul diritto, nel senso che il fatto della presenza di figli all'interno del nucleo familiare omosessuale sollecita forme di tutela dell'interesse dei minori in grado di incidere sul diritto e di plasmarlo, v. A. Bellelli, *La filiazione nella coppia omosessuale,* in *Giur. it.,* 2016, p. 1822 s. In generale, sulla "fattualità del diritto", ovvero sulla rilevanza centrale del fatto, letto alla luce dei valori e interessi espressi dall'ordinamento nella sua attuale complessità, v. P. Grossi, *Sull'odierna fattualità del diritto,* in *Giust. civ.,* 2014, p. 10 ss.

10. Si richiama al riguardo la felice espressione di C. M. Bianca, "*La legge italiana conosce solo figli",* che costituisce anche il titolo del suo saggio in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1 ss.

re sia inserito[11] (artt. 315 e 315 *bis*, c.c.). Tra questi diritti si evidenziano in modo particolare nuovi diritti: il diritto all'assistenza morale, ovvero il diritto dei figli ad essere amati[12], e il diritto, strettamente collegato al primo, a crescere in famiglia e ad avere rapporti significativi con i parenti[13] (art. 315 *bis*, commi 1 e 2, c.c.). Si valorizza, così, l'essenza più intima e profonda del rapporto di filiazione, che è basato sull'amore e sugli affetti familiari (v. anche la recente novella 19 ottobre 2015, n. 173, sul diritto alla continuità affettiva nell'affido familiare). Se attraverso questi diritti si vuole garantire al minore, all'interno della famiglia, la carica affettiva, le cure, le attenzioni di cui ha bisogno per uno sviluppo sano ed equilibrato della sua personalità, non si vede perché questi stessi diritti non debbano trovare effettiva attuazione e garanzia anche nell'ambito dell'unione civile attraverso l'adozione del figlio dell'altra parte dell'unione stessa. Non importa che il figlio sia nato all'estero attraverso l'utilizzazione di tecniche di procreazione assistita o che sia nato da una precedente relazione eterosessuale: ciò che rileva è che il futuro adottante si comporti come genitore, dando piena realizzazione ai diritti del minore all'amore, alla protezione e all'assistenza, e costituisca per questo una figura significativa di riferimento all'interno del gruppo familiare.

Al fine della decisione, un ruolo di primo piano gioca l'ascolto del minore, potenziato dalla riforma della filiazione (v. art. 315 *bis*, comma 3, c.c.), che consente al giudice di esaminare il rapporto concretamente instaurato dal punto di vista del diretto interessato, il quale ha diritto di essere ascoltato se ha compiuto i dodici anni e anche se di età inferiore, purché capace di discernimento. Qualora il minore abbia raggiunto il quattordicesimo anno di età, è inoltre richiesto il suo consenso all'adozione (art. 45, comma 1, l. adoz.).

L'adozione in casi particolari risulta quindi funzionale al riconoscimento giuridico dei diritti del figlio e alla costituzione di uno stato giuridico nei confronti del partner del proprio genitore il quale svolga esso stesso un ruolo genitoriale, pur non essendo legato da vincoli genetici.

4. Le prospettive di riforma legislativa.

Infine, nel volgere lo sguardo a prospettive future, si rilevano con riguardo alla revisione dell'istituto dell'adozione, per la quale i tempi sembrano maturi e il cui *iter* è stato già avviato, forti segnali di cambiamento.

---

11. Per un'approfondita analisi del principio di unicità dello stato di figlio e, in particolare, sullo "sganciamento" dello *status filiationis* dallo *status familiae,* v. Mir. Bianca, *L'unicità dello stato di figlio,* in *La riforma della filiazione,* a cura di C. M. Bianca, Padova, 2015, p. 3 ss.

12. Per l'affermazione del diritto all'amore come diritto fondamentale del minore nei confronti dei genitori, cfr., in dottrina, C. M. Bianca, *La filiazione: bilanci e prospettive a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia,* in *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia,* a cura di G. Frezza, Milano, 2005, p. 95 s.; Id., *Diritto civile,* 2.1, *La famiglia,* cit., p. 335 s. Cfr. anche P. Spaziani, *Il diritto all'assistenza morale (art. 315 bis c. c., come inserito dall'art. 1, comma 8, l. n. 219/2012),* in *La riforma della filiazione,* a cura di C. M. Bianca, cit., p. 67 ss.

13. V., per tutti, P. Sirena, *Il diritto del figlio minorenne di crescere in famiglia,* in *La riforma della filiazione,* ult. cit., p. 119 ss.

In particolare, per la finalità di realizzare in modo più ampio il superiore interesse del minore ad essere amato ed inserito in un gruppo familiare, interesse che dovrà sempre essere verificato in concreto, si profila il superamento del requisito del matrimonio degli adottanti e l'apertura dell'adozione piena alle coppie non coniugate, purché stabilmente conviventi, e alla persona *single*[14].

Una tale apertura non potrà escludere, in applicazione del principio di non discriminazione, le coppie conviventi dello stesso sesso e le persone singole in ragione esclusivamente della loro omosessualità[15]. In via prioritaria rispetto a questi soggetti dovrebbero poter accedere all'adozione piena le parti dell'unione civile, le quali creano un nucleo familiare sulla base di un vincolo formalizzato, più impegnativo e quindi con maggiori garanzie di stabilità, come tale astrattamente più idoneo ad accogliere un minore.

14. Vedi le *Osservazioni* di C. M. Bianca nell'ambito dell'indagine conoscitiva in tema di adozione, svolte nella seduta della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati del 23 maggio 2016. Cfr. in dottrina, sulle prospettive di riforma dell'adozione, e, in particolare, sull'ampliamento sotto il profilo dei requisiti soggettivi dell'accesso all'adozione piena, D. Ferranti, *Le prospettive di riforma in tema di filiazione,* in *Unioni civili e convivenze di fatto,* cit., *sub* comma 20; A. Morace Pinelli, *Il problema della filiazione nell'unione civile, ibidem, sub* comma 20. V. anche, dello stesso A., *Per una riforma dell'adozione,* in *Fam. dir.,* 2016, p.719 ss., in particolare p.727, il quale ritiene auspicabile un'apertura dell'adozione sia nazionale che internazionale alle persone singole, "previa individuazione di ragionevoli requisiti e presupposti d'accesso ai due istituti".

15. Sul divieto di discriminazione sessuale in materia di adozione da parte del *single*, cfr. Corte europea dir. uomo, 22 gennaio 2008, ric. 43546/02, *E.B. c. Francia,* annotata da E. Faletti, *La Corte Europea dei diritti dell'uomo e l'adozione da parte del single omosessuale*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 221 ss. Con riguardo all'adozione co-genitoriale cfr. Corte europea dir. uomo, 19 febbraio 2013, ric. 19010/07, *X and Others v. Austria,* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 519 ss., secondo la quale, se uno Stato appartenente all'UE prevede che a questo tipo di adozione possa accedere il convivente di fatto, non potrà essere negata in quello Stato l'adozione in ragione soltanto della omosessualità del richiedente, in quanto il diniego sarebbe in contrasto con gli artt. 8 e 14 C.E.D.U., che sanciscono rispettivamente il rispetto della vita privata e familiare e il divieto di discriminazione.

UNIONE CIVILE, CONVIVENZA DI FATTO E SUCCESSIONE *MORTIS CAUSA*

GIOVANNI BONILINI
Prof. ordinario Università di Parma

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. - 2. La posizione successoria della parte superstite dell'unione civile. - 3. (*segue*) L'applicabilità delle norme sull'indegnità a succedere. - 4. (*segue*) Successione necessaria, successione legittima e successione testamentaria della persona unita civilmente. - 5. (*segue*) Unione civile, e norme sulla collazione. - 6. (*segue*) L'applicabilità delle norme sul patto di famiglia. - 7. Altre norme, di diritto successorio, applicabili al superstite dell'unione civile. In particolare, del diritto al sepolcro. - 8. La posizione successoria del convivente di fatto superstite. - 9. (*segue*) Il diritto di godimento della casa familiare. - 10. La posizione successoria del convivente *more uxorio*, che non sia parte di convivenza disciplinata dalla legge. - 11. Osservazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive.

La normativa (L. n. 76/2016) sulla unione civile, e sulla convivenza di fatto, arricchisce il novero dei rapporti familiari specificamente disciplinati dalla legge. A quelli fondati sul matrimonio, che permane istituzione eleggibile soltanto da persone di sesso differente, si affiancano ora quelli imperniati sulla «unione civile», concepita con esclusivo riguardo a persone del medesimo sesso, e sulla convivenza di fatto, riferibile alle persone di sesso differente oppure eguale. Una quarta tipologia, che, è facile prevederlo, vivrà sul piano del fatto, è ravvisabile nel rapporto stabile tra due persone, di sesso differente o eguale, le quali preferiscano non incasellare la propria vita affettiva in alcuno dei modelli legislativamente disciplinati. Situazione, questa, che, onde non si abbia confusione con quella, analoga, disciplinata dalla L. n. 76/2016, può continuare a circolare con l'espressione: convivenza *more uxorio*.

Non si può negare, infatti, che due persone possano rifiutare la scelta di vestire giuridicamente la propria vita affettiva, magari scegliendo di dare disciplina, ai rapporti a rilevanza giuridica, attraverso il mero esercizio dell'autonomia privata, manifestata, a titolo di esempio, con convenzioni di tipo patrimoniale e disposizioni testamentarie in favore del convivente superstite[1]. Ferma restando, intuitivamente, l'applicazione, agli eventuali rapporti di filiazione, delle norme vigenti[2].

1. V., di recente, C. COPPOLA, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, in *Tratt. dir. di famiglia*, dir. da G. Bonilini, vol. I, *Famiglia e matrimonio*, Torino, s. d., ma 2016, p. 663 ss. e C. COPPOLA, *I rapporti tra conviventi* more uxorio, *ibidem*, p. 1079 ss.

2. Di recente, v. G. F. BASINI, *La filiazione fuori del matrimonio*, in *Tratt. dir. di famiglia*, dir. da G. Bonilini, vol. I, *La filiazione e l'adozione*, Torino, s. d., ma 2016, p. 3555 ss.

Il plauso strappato dalla nuova normativa, che mira a rimediare a un vuoto di lunga data, e che era necessaria, almeno, per rispondere alla messa in mora manifestata dagli organismi, anche giudiziali, europei, non attenua le molteplici osservazioni critiche – sul piano tecnico, più che su quello politico – suscitate dalle nuove norme.

Volendo individuare, con una sola parola, il segno, sotto il quale la nuova normativa può dirsi nata, a me pare che essa sia la seguente: sciatterìa.

Sciatterìa, anzitutto, per il metodo e la tecnica impiegata: in ispregio a qualsivoglia norma, e richiamo, e precedente, altresì della Corte costituzionale e della Presidenza del Repubblica, sono stati affidati, a un solo articolo, di cui si compone la L. n. 76/2016, ben sessantanove commi. Le aule legislative dovrebbero essere dotate di tabellone luminoso con l'ammonimento di Seneca: *Legem brevem esse oportet quo facilius ab imperitis teneatur*.

Sciatterìa, soprattutto, per lo scarso riguardo ai principî costituzionali, custoditi, anzitutto, nell'art. 29 Cost. La strada maestra, invero, a me pare che sarebbe stata quella della revisione costituzionale della norma racchiusa in detto articolo, a ragione del sicuro mutamento della coscienza civile, che esige di tener conto dei nuovi stili di vita, e dei nuovi modelli familiari, da affiancare, di necessità, alla famiglia fondata sul matrimonio. Critica, questa, che non viene punto mitigata dalla enfatizzata scelta di considerare l'unione civile, eleggibile soltanto da persone di sesso eguale, quale formazione sociale (art. 1, comma 1, L. n. 76/2016), nella quale possa svolgersi la loro personalità, *ex* art. 2 Cost., giacché essa è, o mira a essere, una compagine familiare in senso pieno[3]. Di qui, l'esigenza di reputarla eguale alla famiglia fondata sul matrimonio (art. 29 Cost.), che, come persiste a enunziare l'art. 30, terzo comma, Cost., è la «famiglia legittima». Di qui, l'ovvio rilievo che la strada corretta sarebbe stata quella della modifica degli artt. 29 e 30 Cost.

Sciatterìa, inoltre, per la scadente qualità tecnica delle norme approvate, che, fra l'altro, non hanno avuto il coraggio di estendere, alle unioni affettive (questa avrebbe potuto essere l'espressione utilizzabile per l'istituto coniato, in luogo del matrimonio, per la stabile vita di coppia delle persone di sesso eguale), tutte le regole oggi vigenti in materia di doveri, e diritti, dei coniugi. Spicca, peraltro, la scelta, almeno discutibile, di non rendere attuale, in capo alle persone unite civilmente, il dovere di fedeltà (art. 1, comma 11, L. n. 76/2016), a differenza dei coniugi, i quali vi sono tenuti *ex* art. 143, cpv., cod. civ.; cui consegue, in caso di violazione, la possibile ricaduta in sede di addebito della separazione personale dei coniugi. La quale separazione, però, non è stata contemplata riguardo alle persone unite civilmente, che, per di più, possono giovarsi di una più agile possibilità di scioglimento dell'unione (art. 1, comma 24, L. n. 76/2016), a differenza dei coniugi, facendo così insorgere il dubbio dell'irragionevole disparità di trattamento, anche pel fatto che le persone unite civilmente godono dei diritti dei coniugi, epperò non ne conoscono gli impaccî.

3. V. anche, *infra*, § 2.

Sciatterìa, infine, per la scadente qualità lessicale delle norme approvate; né si eccepisca che è da decenni che il nostro legislatore approva norme inadeguate sotto molteplici punti di vista, e analogamente è a dirsi, se non a maggior ragione, per il così detto legislatore europeo. Inconsapevoli, viene da supporre, che è anche, e proprio a ragione della lamentata sciatterìa normativa, che si acuiscono, sempre più, i problemi della giustizia.

Merita rimarcare che, anche sul piano del linguaggio, il severo giudizio, più volte espresso, va rimarcato, poiché, in conseguenza di scelte poco ponderate, esso vi si adegua e appiattisce. Alludo, a modo di esempio, alla scelta di configurare la fonte della vita affettiva, giuridicamente vestita, delle persone di sesso eguale quale "contratto", e, di conseguenza, di contemplare, quali "parti", i protagonisti dell'unione civile. Se può dirsi trascurabile il ridondante richiamo alle persone del medesimo sesso quali "parti" della medesima, giacché essa non è concepibile, così ha voluto il nostro legislatore, se non con riferimento, appunto, a persone del medesimo sesso, e a differenza della convivenza di fatto, che può essere stretta da persone di sesso differente o eguale, trascurabile non è l'opzione "contrattualistica" (l'art. 1, comma 16, L. n. 76/2016, si riferisce, esplicitamente, al «*contratto*») riguardo alla nuova fattispecie. In un disegno, peraltro, che, ad onta delle marginali eccezioni contemplate, rende smaccatamente uguale, al matrimonio, codesta unione.

La qualificazione anzidetta lascia perplessi. Come insegna la dottrina[4], il matrimonio dà corso a un rapporto giuridico, in cui i profili patrimoniali si avvertono sì sullo sfondo, epperò assumono valore secondario, rispetto al fulcro di codesto negozio, che è costitutivo, anzitutto e soprattutto, della comunione di vita spirituale e materiale. Carattere patrimoniale, al contrario, che riveste importanza centrale nella definizione normativa del contratto (art. 1321 cod. civ.). La disciplina dell'unione civile, in larghissima parte ispirata a quella posta a governo dell'istituto matrimoniale, giacché ne mutua i tratti caratterizzanti, dunque, avrebbe dovuto condividerne la natura giuridica; al contrario, il legislatore, forse inconsapevolmente, l'ha stravolta. A riprova della vicinanza, che stringe il matrimonio all'unione civile, si consideri, almeno, l'art. 1, comma 5, della L. n. 76/2016, là dove le estende le disposizioni contenute negli artt. 65, 68, 119, 120, 123, 125, 126, 127, 128, 129 e 129-*bis* del Codice civile, a tacere delle altre, richiamate in differenti commi.

Conferma se ne ha, peraltro, con le norme chiamate a disegnare la successione, della parte superstite dell'unione civile, in conseguenza della morte del *partner*.

2. La posizione successoria della parte superstite dell'unione civile.

Ai sensi dell'art. 1, comma 22, L. n. 76/20016, l'unione civile si scioglie in conseguenza della morte, o della dichiarazione di morte presunta (artt. 58 ss. cod. civ.), di una delle parti dell'unione civile. Evento, questo, che pone, fra gli altri, l'interrogativo circa

4. Sul concetto di matrimonio, v., di recente, anche per i richiami bibliografici, G. Bonilini, *La nozione*, in *Tratt. dir. di famiglia*, dir. da G. Bonilini, vol. I, *Famiglia e matrimonio*, Torino, s. d., ma 2016, p. 107 ss.

la successione nei diritti, e nelle situazioni, relitti dalla parte deceduta. Al qual riguardo, la nuova normativa dà esplicita risposta con la disposizione affidata al comma 21; vale a dire, in posizione topografica antecedente a quella (comma 22) sulla fonte dell'effetto. Ulteriore conferma, questa, della sciatterìa prima rimarcata.

Invocata, da lunga data, la parificazione, al coniuge superstite, del convivente *more uxorio* superstite, altresì di sesso eguale a quello deceduto, anche sul piano dei diritti successorî, la L. n. 76/2016 la realizza, giacché rende applicabile, alla parte superstite dell'unione civile, i medesimi diritti successorî riconosciuti al coniuge superstite. Differentemente è a dirsi, però, riguardo al convivente di fatto superstite[5]. Permane inalterata, intuitivamente, la possibilità di dare sistemazione, agli interessi *post mortem* degli uniti civilmente, col testamento[6].

La parte superstite dell'unione civile, dunque, potrà godere[7] della medesima posizione successoria delineata, dalla legge, in favore del coniuge superstite. Il che val dire, fra l'altro, che quel soggetto consegua, altresì, il prosaico, epperò concreto, vantaggio del mitigato carico tributario sui cespiti ereditarî acquistati. Ciò a ragione del fatto che, sui medesimi cespiti, il coniuge superstite si giova di franchigia e di ridotta percentuale impositiva, e così è a dirsi per la persona superstite unita civilmente, giusta quanto è dato ricavare dall'art. 1, comma 20, della L. n. 76/2016, là dove stabilisce che le disposizioni riferite al matrimonio, o contenenti le parole "coniuge", " coniugi" o equivalenti, «*ovunque ricorrano nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano ad ognuna delle parti dell'unione civile* (…) *La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge* (…)». Ne discende, che anche quel soggetto possa giovarsi del trattamento tributario agevolato, oggi riconosciuto al coniuge superstite.

Quanto ai sostanziali diritti successorî della parte superstite dell'unione civile, non v'è dubbio che l'art. 1, comma 21, L. n. 76/2016 le estenda i medesimi diritti contemplati in favore del coniuge superstite. Se è vero, come riconosce parte della dottrina, che le successioni *mortis causa* presentano, nel nostro ordinamento giuridico, stretti nessi con la famiglia, si avvalora, per codesta via, l'immagine dell'unione civile, più che come mera formazione sociale, come famiglia vera e propria, di poco dissimile da quella fondata sul matrimonio. Che famiglia e successioni, da lunga data, siano strettamente connesse, non significa, però, che il legislatore non dovrebbe anche ripensare il sistema di riservare esorbitanti diritti successorî a dati famigliari, giacché ne soffre l'autonomia del testatore[8].

5. V., *infra*, § 8.

6. V. anche, *infra*, § 8.

7. Non si può escludere che, per le più varie ragioni, quel soggetto preferisca non acquistare diritti di successione, e manifesti, pertanto, la rinunzia all'eredità o al legato. Potrebbe essere, inoltre, che sia indegno di succedere: v., *infra*, § 3.

8. V., *infra*, § 11.

La norma appena richiamata stabilisce che, alle parti dell'unione civile, si applichino «*le disposizioni previste dal capo III e dal capo X del titolo I, dal titolo II e dal capo II e dal capo V-bis del titolo IV del libro secondo del codice civile*». In altri termini, operano, in favore della parte superstite dell'unione civile, le norme oggi racchiuse negli artt. 463-466 cod. civ., relative all'indegnità a succedere; negli artt. 536-564 cod. civ., concernenti i legittimarî; negli artt. 565-586, concernenti la successione legittima; negli artt. 737-751 cod. civ., relativi alla collazione; negli artt. da 768-*bis* a 768-*octies* cod. civ., concernenti il patto di famiglia.

La norma in esame era necessaria[9], poiché, quella contemplata al precedente comma 20, prescrive sì che le disposizioni riferite al matrimonio, o contenenti le parole "coniuge", " coniugi" o equivalenti, ovunque ricorrano nelle leggi, regolamenti, *etc.*, si applichino a ognuna delle parti dell'unione civile, epperò esclude l'applicazione delle norme del Codice civile «*non richiamate espressamente nelle presente legge*», e quelle affidate alla L. n. 184/1983, relativa all'adozione, eccezion fatta per quanto già consentito, in materia di adozione, dalle norme vigenti.

Codesta scelta può essere spiegata soltanto con il maldestro tentativo di fingere che il legislatore non abbia voluto pienamente appiattire, la posizione della persona unita civilmente, su quella goduta dal coniuge, sicché ha indubbiamente mirato a riferire, alla prima, la gran parte delle norme dettate in tema di coniuge (così emerge dalla prima parte della disposizione affidata all'art. 1, comma 20, L. n. 76/2016), epperò ha escluso quelle del Codice civile, operative, riguardo alla parte dell'unione civile, solo in via di espresso richiamo, e quelle, per le intuibili ragioni oggetto di clamore mediatico e parlamentare, attinenti all'adozione (L. n. 184/1983).

La scelta di assicurare, alla parte superstite dell'unione civile, i medesimi diritti successorî spettanti al coniuge superstite, contemplati, nella maggior parte, dalle norme del Codice civile, comportava, pertanto, che vi fosse il richiamo esplicito alle relative norme codicistiche. Sennonché, si è prescelta l'abborracciata strada del richiamo a interi Titoli e Capi del Libro secondo del Codice civile, con l'inevitabile conseguenza di riferire altresì, alle parti dell'unione civile, e a titolo di esempio, le norme non necessarie: si pensi, per tutte, a quelle dell'art. 548 cod. civ., sui coniugi separati.

La qualità tecnica, quindi, ancóra una volta, non può essere reputata impeccabile; epperò, è sicuro il dato normativo sostanziale. Stretta l'unione tra persone del medesimo sesso, la morte dell'una assicurerà, a quella superstite, i medesimi diritti successorî, a titolo di riserva, del coniuge superstite, eventualmente in concorso con altri legittimarî (figli, o ascendenti), e i medesimi diritti contemplati quale successibile legittimo.

Politicamente, appariva doverosa la riserva di diritti successorî alla parte superstite dell'unione civile, una volta imboccata la strada di rendere sostanzialmente uguale, la sua

9. Erra, pertanto, giusta quanto precisato, *supra*, in testo, V. Tagliaferri, *La successione degli uniti civili*, in *Il familiarista*, 13 giugno 2016, § 1, là dove reputa codesta disposizione superflua, alla luce della norma racchiusa nel precedente comma 20.

posizione, a quella del coniuge superstite. La domanda, ancóra una volta, è se, oggi, possa dirsi adeguato il sistema della consistente riserva in favore dei famigliari stretti[10]. Riserva, peraltro, che sacrifica la circolazione dei beni di provenienza donativa[11].

Superfluo rimarcare, peraltro, che il medesimo risultato si sarebbe potuto ottenere, già prima dell'entrata in vigore della legge in esame, e nella maggior parte dei casi, mediante l'adeguata previsione di acconce disposizioni testamentarie[12]. Si può rilevare, peraltro, come le persone unite civilmente non possano tra loro generare figli; quindi, appare verosimile l'assenza di altri legittimarî, ove si eccettuino gli ascendenti, e liberamente devolvibile, quindi, l'asse ereditario. Deve essere eccettuato, intuitivamente, il caso, in cui sia avvenuta la generazione, magari attraverso il ricorso alla procreazione medicalmente assistita; inoltre, va eccettuata l'ipotesi in cui si sia proceduto, ove possibile, all'adozione. Nella maggioranza dei casi, però, non si può negare che il ricorso a disposizioni testamentarie adeguate, in favore della parte superstite dell'unione civile, avrebbe potuto convenientemente disciplinare, anche in assenza delle norme ora entrate in vigore, la vicenda in esame.

3. L'applicabilità delle norme sull'indegnità a succedere.

Riguardo alle persone unite civilmente, si applicano, anzitutto, le norme sull'indegnità a succedere (artt. 463 ss. cod. civ.). È sin ovvio osservare, peraltro, che, apertasi la successione di una persona unita civilmente, essa sia governata, primariamente, dalle norme sulla così detta parte generale delle successioni (apertura della successione, delazione, acquisto dell'eredità, *etc.*)[13]: seppure non richiamate dall'art. 1, comma 21, L. n. 76/2016, esse operano nei riguardi di qualsivoglia successione apertasi, sicché non era punto necessario, il loro puntuale richiamo, con riferimento alla successione apertasi con la morte di una persona unita civilmente.

Necessaria, invece, e doverosa, è la previsione dell'applicabilità, anche alle parti dell'unione civile, delle norme sull'indegnità a succedere, poiché alcune sue fattispecie (art. 463 cod. civ.) sono incentrate, appunto, sul coniuge, al quale il legislatore ha (sostanzialmente) parificato la parte di un'unione civile[14]. Ne discende, a titolo esempio, che, ove una delle parti dell'unione civile attenti alla vita dell'altra, non possa non apparire immeritevole di venire alla sua successione. Per le medesime ragioni, ben note, che inducono alla previsione di siffatta sanzione civile, a fianco, eventualmente, di quella penale, a carico del coniuge[15].

10. V. anche, *infra*, § 11.

11. Così, anche V. Tagliaferri, *La successione degli uniti civili*, cit., § 2.

12. V. anche, *infra*, § 4, e § 8.

13. Si vedano i contributi racchiusi in *La successione ereditaria*, vol. I del *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, Milano, s. d., ma 2009, p. 1 ss.

14. V. almeno, di recente, A. Natale, *L'indegnità a succedere*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. I, *La successione ereditaria*, Milano, s. d., ma 2009, p. 937 ss., spec. p. 956 ss.

15. Cfr. G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, s. d., ma 2016, VIII ed., p. 56 ss.

Le considerazioni attestatesi sulla *ratio* e sulla operatività delle regole in materia d'indegnità a succedere[16], pertanto, varranno, altresì, con riguardo alle parti dell'unione civile. Così è a dirsi, in particolare, per la fattispecie contro-operante della riabilitazione dell'indegno di succedere (art. 466 cod. civ.)[17], sicché anche la parte dell'unione civile, macchiatasi di uno o più dei comportamenti riprovati, potrà, in quanto riabilitata, acquistare diritti successorî, oppure potrà acquistare, seppur non espressamente riabilitata, nei limiti della disposizione testamentaria dettata dall'altra parte dell'unione civile (art. 466, cpv., cod. civ.).

4. Successione necessaria, successione legittima e successione testamentaria della persona unita civilmente.

Di maggiore rilevanza pratica, è, all'evidenza, il richiamo, svolto dall'art. 1, comma 21, L. n. 76/2016, alle norme dirette a governare la successione necessaria, e la successione legittima, del coniuge superstite[18], appunto applicabili, *in toto*, alle parti dell'unione civile.

Basti mettere in luce, anzitutto, come la persona unita civilmente superstite veda, quale prima conseguenza della morte del *partner*, il riconoscimento di una quota di eredità, variabile a ragione del possibile concorso con altri legittimar**î** (i figli del *de cuius*, *in primis*; ove questi siano assenti, i suoi ascendenti). Il catalogo dei legittimarî, di cui all'art. 536 cod. civ., pertanto, si arricchisce, giacché è legittimario, oggi, non solo il coniuge superstite, bensì, appunto, e alternativamente, anche la parte superstite dell'unione civile. Come il coniuge superstite può essere che debba concorrere nella successione con figli, discendenti, o ascendenti, così deve dirsi per l'altro soggetto contemplato.

Ovvio, peraltro, che, come il coniuge è legittimato a reagire all'eventuale lesione dei diritti di riserva, o alla pretermissione o diseredazione[19], pel tramite dell'agile strumento dell'azione di riduzione, così è a dirsi per la parte superstite dell'unione civile. Anche riguardo a quest'ultima, peraltro, vale il principio, secondo cui ha diritto a un valore corrispondente alla quota riservatagli, sicché potrebbe essere che si debba tener conto, al fine di escludere la lesione dei suoi diritti di riserva, delle donazioni disposte, in suo favore, dall'altra parte dell'unione civile quale donante[20].

Alla stessa si applicano, inoltre, tutte le regole, note, in tema di tutela dei diritti di riserva; quindi, non solo quelle chiamate a governare l'azione di riduzione e gli altri rimedî,

16. Si veda A. Natale, *L'indegnità a succedere*, cit., p. 937 ss.

17. Si veda A. Natale, *L'indegnità a succedere*, cit., p. 977 ss.

18. Si vedano i contributi, di M. Dossetti, M. Sala, C. Coppola, M. Moretti, G. Bonilini, racchiusi in *La successione legittima*, vol. III del *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, Milano, s. d., ma 2009, spec. pp. 47 ss., 87 ss., 101 ss., 151 ss. e *passim*.

19. Cfr. G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 275 ss.

20. V. almeno, di recente, A. Tullio, *La tutela dei diritti dei legittimarî*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. III, *La successione legittima*, Milano, s. d., ma 2009, p. 373 ss.

ma, altresì, a titolo di esempio, la norma affidata all'art. 549 cod. civ., sicché i sui diritti riservati non potranno essere affaticati da pesi e condizioni[21], e quella sulla così detta cautela sociniana (art. 550 cod. civ.)[22].

Non si può escludere, inoltre, che i diritti di riserva di quella parte possano essere tacitati mediante un legato in sostituzione di legittima, cui applicare l'art. 551 cod. civ.[23]. A titolo di esempio: ove il *de cuius*, vedovo e genitore di un figlio, avesse cambiato, o accettato, il nuovo orientamento sessuale e contratta un'unione civile, ben avrebbe potuto soddisfare la riserva, della persona a lui unita civilmente, con detto legato, oppure disponendo in modo che, fatto salvo il valore della riserva, la sua porzione contempli beni tali da evitare l'insorgenza di comunione ereditaria con il figlio (art. 734 cod. civ.). Oppure, ancóra, avvalendosi di quanto previsto dall'art. 733 cod. civ.[24], onde sia impedito, in definitiva, che possano insorgere conflitti con l'altro erede, e figlio, a maggior ragione se questi abbia manifestata difficoltà nel vivere il nuovo orientamento, e la nuova vita affettiva, del genitore.

Utile, altresì, potrebbe essere l'impiego della disposizione, che faccia applicazione della norma racchiusa nell'art. 558 cod. civ.

Si rivela ovvio, inoltre, che la persona superstite, unita civilmente al *de cuius*, veda a sé riservati i diritti contemplati, in favore del coniuge superstite, dall'art. 540, cpv., cod. civ.[25]. La stessa, pertanto, all'apertura della successione, acquisterà, fatta salva la facoltà di rinunzia, il diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e il diritto di uso sui mobili a suo corredo, ove di proprietà del defunto o comuni. Identica ne è la *ratio*: conservare l'ambiente di vita, in cui sia stato condotto il rapporto affettivo e familiare. Sono estensibili, quindi, al riguardo, le osservazioni oggi attestatesi con riferimento a codesta successione, a titolo particolare, in favore del coniuge superstite. A modo di esempio: il legato *ex lege* attiene soltanto alla casa adibita a residenza familiare, non anche alle case di vacanza; il diritto di uso attiene ai mobili posti a corredo di codesta abitazione, e non si estende a quei beni mobili, che, seppur custoditi nella casa familiare, si provi essere stati acquistati al solo fine d'investimento.

La parte superstite dell'unione civile, non è soltanto successibile necessario: in assenza di disposizioni testamentarie, è successibile legittimo, giacché le sono riferite le norme, concernenti il coniuge superstite, eventualmente in concorso con altri, racchiuse negli artt. 565 ss. cod. civ.[26].

---

21. Di recente, v. A. Tullio, *op. cit.*, p. 447 ss.

22. Si veda A. Tullio, *op. cit.*, p. 479 ss.

23. V., almeno, M. Ferrario Hercolani, *Il legato in sostituzione di legittima*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. III, *La successione legittima*, Milano, s. d., ma 2009, p. 325 ss.

24. V., almeno, A. Mora, *La divisione disposta dal testatore*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. IV, *Comunione e divisione ereditaria*, Milano, s. d., ma 2009, p. 299 ss.

25. Si veda C. Coppola, *I diritti di abitazione e di uso spettanti* ex lege, in *Tratt. dir. di famiglia*, dir. da G. Bonilini, vol. I, *Famiglia e matrimonio*, Torino, s. d., ma 2016, p. 983 ss.

26. Erra V. Tagliaferri, *La successione degli uniti civili*, cit., § 3, là dove reputa che non si applichi, alla parte

Come sempre, si potrà avere il concorso[27] della successione legittima, *sub specie* di successione necessaria, poiché la parte superstite dell'unione civile ha riservati diritti, nei termini sopra enunziati, e della successione testamentaria, ove il testatore abbia dettato disposizioni in ordine, eventualmente, alla sola parte disponibile, e potrà concorrere, altresì, con le precedenti, la successione legittima in senso stretto, ove il testatore abbia sì disposto di alcuni suoi beni, a modo di esempio, a titolo di legato, senza però esaurire la quota disponibile, sicché, nel residuo, potrà subentrare, eventualmente in concorso con figli, o ascendenti, o fratelli del *de cuius*, la parte superstite dell'unione civile.

Non sono riferibili, invece, alla parte superstite dell'unione civile, le norme sulla successione del coniuge superstite separato (art. 548 cod. civ.)[28]. La normativa, infatti, non prevede, nella versione entrata in vigore, la separazione personale delle parti dell'unione civile, sicché la richiamata norma non può trovare applicazione.

L'unione civile, invece, si può sciogliere per "divorzio", giusta la norma affidata all'art. 1, comma 24 (e comma 25), L. n. 76/2016. Le sue parti possono manifestare, anche disgiuntamente, la volontà di scioglimento dell'unione civile «*dinanzi all'ufficiale dello stato civile*»; in tal caso, la relativa domanda è «*proposta decorsi tre mesi dalla data della manifestazione di volontà di scioglimento dell'unione*». Più snella, e rapida, dunque, la fattispecie, di quanto non sia quella di scioglimento del matrimonio a ragione della separazione personale dei coniugi protratta per il tempo stabilito dalla legge.

Quanto ai diritti di successione, si può ritenere che la persona unita civilmente perda le prerogative di legittimario, solo dopo che si sia sciolta, con la procedura sopra menzionata, l'unione civile[29]. Ove il decesso dell'altra parte sia avvenuto nel periodo di pendenza della domanda di scioglimento, non essendosi ancóra perfezionato il medesimo, l'altra parte conserva la qualità di legittimario e di successibile legittimo; quindi, potrà vantare diritti successorî pieni, salvo vederli mitigati, ove il *de cuius* abbia confezionato adeguate disposizioni *mortis causa*.

Perfezionatosi lo scioglimento dell'unione civile, e deceduta l'altra parte della disciolta unione civile, potrà operare l'art. 9-*bis* l. divorzio, giusta il suo richiamo nell'art. 1, comma 25, L. n. 76/2016; vale a dire, il superstite potrà vantare, sussistendone le condizioni, l'assegno successorio, che compete al coniuge divorziato. Si rammenti, fra l'altro, che l'assegno non compete, o, per meglio dire, il relativo diritto diviene quiescente, ove il suo beneficiario abbia contratto matrimonio o una nuova unione civile[30].

superstite dell'unione civile, il Capo II del Titolo II del Libro II del Codice civile, relativo alla successione del coniuge; invero, l'art. 1, comma 21, L. n. 76/2016 estende, senza alcuna incertezza, alle parti dell'unione civile, l'intero, predetto, Titolo II, sicché tutte le norme, ivi racchiuse, si applicano anche a codesto soggetto.

27. Per una prima informazione, cfr. G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 5 ss., e *passim*.

28. Nel medesimo senso, v. B. De Filippis, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Padova, 2016, p. 223.

29. Così, anche B. De Filippis, *op. cit*., p. 223.

30. In tema, v. almeno, di recente, G. Bonilini, *Gli effetti di diritto ereditario*, in *Tratt. dir. di famiglia*, dir. da G.

Si può osservare, peraltro, in via conclusiva, che, se è vero che le unioni tra persone del medesimo sesso non destano più scalpore nella coscienza civile, non è meno vero che possano determinare difficoltà in dati àmbiti familiari, in cui vivano, a titolo di esempio, figli di primo letto o genitori anziani, sicché può ben essere che si riveli utile preservare le varie sensibilità, dettando, a modo di esempio, disposizioni testamentarie capaci di non intaccarle. In modo particolare, miranti a evitare dissidî, ed eventuali, lunghe, procedure giudiziali, tra la persona superstite dell'unione civile e gli altri eredi, con il fine, soprattutto, di impedire l'insorgenza di comunione ereditaria, che, a maggior ragione che non in altri casi, potrebbe generare difficoltà di rapporti, oltre che sociali, giuridici.

5. Unione civile, e norme sulla collazione.

Giusta l'art. 1, comma 21, L. n. 76/2016, si applicano, alle parti dell'unione civile, anche le norme del Capo II del Titolo IV del Libro II del Codice civile; vale a dire, gli artt. 737 ss. cod. civ., che governano la collazione.

La scelta di parificare, nella sostanza, la parte superstite dell'unione civile al coniuge superstite, non avrebbe potuto trascurare siffatta equiparazione anche in tema di collazione: poiché il coniuge superstite è fra i soggetti tenutivi (art. 737 cod. civ.), così deve essere per la parte superstite dell'unione civile. La quale, peraltro, può ben essere che abbia ricevuto, durante la vita del *partner* deceduto, donazioni, dirette o indirette, delle quali occorra tener conto, alla sua morte, (non solo per la ricostruzione dell'asse, al fine, eventuale, dell'esercizio, da parte di un legittimario, che si reputi leso nei proprî diritti di riserva, dell'azione di riduzione, ma, altresì,) nei rapporti con gli altri successori, ove il *de cuius*, lungi dall'aver espresso la dispensa dalla collazione (art. 737, primo e secondo comma, cod. civ.), abbia così palesato di considerare, codeste donazioni, quali mere anticipazioni, quindi la loro incapacità di alterare la situazione successoria al dì dell'apertura della successione[31].

Valgono, anche riguardo alla parte superstite dell'unione civile, i risultati consolidatisi, ad oggi, in materia. Vale, altresì, nei suoi confronti, il dettato dell'art. 738 cod. civ., sicché non saranno soggette a collazione le donazioni di modico valore (art. 783 cod. civ.), delle quali sia stata beneficiaria la parte superstite dell'unione civile.

La collazione, attuale riguardo alle donazioni dirette e indirette, non sarà operativa, ove il *de cuius*, con disposizione testamentaria o nell'atto stesso di donazione, abbia dispensato il donatario; il quale, però, si vede riferita anche la norma racchiusa nell'art. 737, cpv., cod. civ.: la dispensa da collazione non produce effetto, se non nei limiti della quota disponibile.

Bonilini, vol. III, *La separazione personale dei coniugi. Il divorzio. La rottura della convivenza* more uxorio, Torino, s. d., ma 2016, p. 3060 ss.

31. Si vedano i contributi, di A. Albanese, racchiusi in *Comunione e divisione ereditaria*, vol. IV del *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, Milano, s. d., ma 2009, p. 379 ss.

6. L'applicabilità delle norme sul patto di famiglia.

Giusta il richiamo svolto, dall'art. 1, comma 21, della L. n. 76/2016, al Capo V-*bis* del Titolo IV del Libro secondo del Codice civile, si applicano, alle persone unite civilmente, anche le norme relative al patto di famiglia; vale a dire, i vigenti artt. da 768-*bis* a 768-*octies* cod. civ.

Com'è noto, l'istituto, per innumerevoli ragioni, non ha goduto, sino a oggi, di particolare fortuna applicativa. Appare verosimile che poca ne possa godere con riferimento ai soggetti dell'unione civile, per l'ovvia ragione che il patto di famiglia trasmette l'azienda, *etc.* – in una, il bene produttivo – al discendente, o ai discendenti (detti assegnatarî), dell'imprenditore (detto disponente); vale a dire, figli, o nipoti, del disponente.

È sì vero che non si può punto escludere che le persone unite civilmente, che debbono essere di sesso uguale, abbiano figli, indi nipoti; o, almeno, che una delle due abbia avuto figli prima della contrazione dell'unione civile; è anche vero, però, che l'ipotesi si dovrebbe attestare come marginale.

In definitiva, se il patto di famiglia è raramente contratto dall'imprenditore coniugato e genitore, così, almeno, è stato sino a oggi, è legittimo attendersi che raramente lo sia da persone unite civilmente, non atte, per natura, a generare, tra loro, figli, sicché, dovendo essere stipulato, di necessità, in favore di discendenti, appare meno probabile la sua conclusione.

Va riconosciuto, non di meno, come anche la persona unita civilmente possa avvalersi del predetto contratto, tramite il quale assegnare, a un discendente comune (giusta una possibile adozione), o di una delle parti, l'azienda, *etc.* L'altra parte, peraltro, quale legittimario, dovrà partecipare alla stipulazione del patto, al pari degli altri legittimarî, almeno per chi intenda codesta partecipazione necessaria al fine della sua validità[32].

Tutte le regole operative in materia di patto di famiglia, dunque, troveranno applicazione, anche se sia in atto un'unione civile. Potrebbe essere, peraltro, che il contratto sia stipulato, inizialmente, da una coppia di coniugi con prole e, successivamente, divenga attuale l'operatività dell'art. 768-*sexies* cod. civ., giacché, a titolo di esempio, l'imprenditore abbia sciolto il matrimonio con il coniuge e dato vita - in un momento successivo, appunto, alla stipulazione del patto di famiglia - a un'unione civile, sicché la persona, a lui unita civilmente, in quanto non partecipante al patto, potrà vantare, in sede di apertura della successione dell'imprenditore, il diritto al pagamento della somma prevista dall'art. 768-*quater*, secondo comma, cod. civ., « *aumentata degli interessi legali* ». Detto altrimenti, anche la persona unita civilmente potrà essere considerata legittimario sopravvenuto[33], con le conseguenze sopra richiamate.

32. V., almeno, G. Bonilini, *Il patto di famiglia*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. III, *La successione legittima*, Milano, s. d., ma 2009, p. 633 ss.

33. V., analogamente, V. Tagliaferri, *La successione degli uniti civili*, cit., § 2, la quale, peraltro, rileva le "complicazioni" derivanti dall'accettazione, in famiglia, del cambio di orientamento sessuale da parte del disponente.

7. Altre norme, di diritto successorio, applicabili al superstite dell'unione civile. In particolare, del diritto al sepolcro.

Altre norme, concernenti effetti in conseguenza della morte di un coniuge, si applicano alla parte superstite dell'unione civile. Così è, in via espressa (art. 1, comma 17, L. n. 76/2016)[34], per le indennità previste, dagli artt. 2118 e 2120 cod. civ., in favore del prestatore di lavoro, che, giusta l'art. 2122 cod. civ., debbono essere corrisposte al coniuge, e agli altri soggetti ivi menzionati, in caso di morte del prestatore di lavoro[35].

Fra i diritti del coniuge, non si manca di ricordare quello all'ingresso della sua spoglia mortale nella tomba di famiglia dell'altro coniuge, fatto salvo il caso in cui, nell'esercizio dell'insopprimibile diritto della personalità, abbia prescelto un altro luogo di sepoltura o altra modalità (dispersione delle ceneri in luogo pubblico, *etc.*)[36]. Nessun dubbio, a titolo di esempio, che la vedova possa essere sepolta nella cappella gentilizia del marito.

La (sostanzialmente) piena parificazione, al coniuge superstite, della persona superstite di un'unione civile, rende analogamente possibile detta destinazione sepolcrale.

Altrettanto è a dirsi per l'esercizio del così detto diritto secondario di sepolcro: esso è sicuro in capo al coniuge superstite, e così deve essere per la parte superstite dell'unione civile[37].

Sovrana, l'ho anticipato, è la volontà congruamente manifestata, in un atto *mortis causa*, dalla persona interessata. La quale, invero, potrebbe preferire la tumulazione in un luogo diverso dalla tomba di famiglia del *partner*, oppure potrebbe esprimere la volontà di cremazione della propria spoglia mortale e successiva dispersione delle ceneri[38]. Dato che potrebbe anche manifestare la volontà di affidamento dell'urna cineraria a un famigliare, e, *in primis*, al coniuge superstite, è sicuro, stante la norma di raccordo affidata all'art. 1, comma 20, L. n. 76/2016, che codesto affidamento possa essere

34. Erra, pertanto, V. Tagliaferri, *op. cit.*, § 4, là dove reputa che le predette indennità sarebbero dovute, alla parte superstite dell'unione civile, già in forza dell'art. 1, comma 20, L. n. 76/2016. Detta norma, invero, esclude l'applicazione, alla parte dell'unione civile, delle norme del Codice civile «*non richiamate espressamente nella presente legge*». Ne discende, quindi, che la riferibilità, alla parte superstite dell'unione civile, della sostanza normativa affidata agli artt. 2118 e 2120 cod. civ., pretendesse espresso richiamo, come è avvenuto, appunto, con la norma racchiusa nel già richiamato comma 17. Altro è a dirsi, invece, riguardo al trattamento di reversibilità della pensione, *etc.*: in quanto provvidenze contemplate da norme non racchiuse nel Codice civile, vige la prima parte della norma affidata all'art. 1, comma 20, L. n. 76/2016, là dove, appunto, estende, alla parte dell'unione civile, le norme di legge, regolamentari, *etc.*, concernenti il coniuge.

35. Si veda A. Mora, *La successione nelle indennità* ex *art. 2122 cod. civ.*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. III, *La successione legittima*, Milano, s. d., ma 2009, p. 975 ss.

36. V., almeno, G. Bonilini, *Il diritto al sepolcro*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. I, *La successione ereditaria*, Milano, s. d., ma 2009, p. 789 ss.

37. In tema, v. G. Bonilini, *Il diritto al sepolcro*, cit., p. 849 ss.

38. Si veda G. Bonilini, *Il diritto al sepolcro*, cit., p. 825 ss.

manifestato riguardo al superstite dell'unione civile. Del resto, già in sede di esame della L. n. 130/2001, reputai possibile includere, nella generica espressione «*famigliari*», impiegata nella normativa richiamata, il convivente *more uxorio*[39].

8. La posizione successoria del convivente di fatto superstite.

Differente posizione successoria, rispetto al coniuge e alla persona unita civilmente, è rintracciabile con riguardo al convivente di fatto superstite, che, invero, si giova di prerogative assai più deboli, giacché il legislatore non ha reputato di attribuirgli la qualità di legittimario, a differenza di quanto ha previsto, appunto, con riferimento alla persona unita civilmente.

Risultato, questo, che, se può dirsi pienamente condivisibile da chi reputi opportuna la profonda revisione del vigente sistema di successione necessaria[40], non di meno rivela una sorta di disarmonia. Probabilmente giustificata dalla circostanza che non merita attenzione e prerogative, sul versante della successione ereditaria, chi non contragga matrimonio - e l'allusione è all'uomo e alla donna contrarî a codesto vincolo - o non concluda un'unione civile, e l'allusione è alle persone, del medesimo sesso, contrarie a codesto vincolo.

L'uomo e la donna, dunque, oppure due persone di eguale sesso, che contraggano "soltanto" una riconosciuta convivenza di fatto, sanno, *a priori*, che dovranno regolare, con gli strumenti negoziali previsti dall'ordinamento giuridico (*in primis*, il testamento), gli interessi patrimoniali, e non patrimoniali, che residuino alla morte di uno dei conviventi di fatto.

Analogamente è dirsi per chi, di sesso differente o eguale, scelga di vivere gli affetti in seno a una famiglia non vestita neppure secondo le regole oggi vigenti in materia di convivenza di fatto[41]. Il che, a ben vedere, dall'angolo visuale della materia investigata, chiama in giuoco la responsabilità di esercitare, in vista dell'evento morte, l'autonomia dispositiva, che è contenutisticamente importante, ove non siano assenti legittimarî, ed è scevra di vincolo alcuno, ove non sopravviva, al convivente, alcun soggetto dotato della qualità di legittimario.

Superfluo ricordare, dunque, che il convivente di fatto potrà liberamente confezionare, in favore del convivente di fatto superstite, le più varie disposizioni *mortis causa*, seppur nei limiti, ineludibili, contemplati dalla legge, ove gli sopravvivano anche riservatarî. Ove, invero, dovessero concorrere nella successione, con il convivente di fatto, uno o più legit-

39. G. Bonilini, *Il diritto al sepolcro*, cit., spec. p. 845.

40. Al riguardo, v., altresì per i riferimenti dottrinali e alle proposte normative susseguitesi, G. Bonilini, *Sulla possibile riforma della successione necessaria*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. III, *La successione legittima*, Milano, s. d., ma 2009, p. 729 ss.

41. V., *infra*, § 10.

timarî, quali, a tiolo di esempio, discendenti, occorrerebbe rispettare, onde la successione non abbia vita accidentata, i loro diritti. A titolo di esempio, si pensi all'ipotesi in cui il convivente di fatto deceduto veda sopravvivergli soltanto un figlio e, appunto, il convivente di fatto. Dato che, *ex* art. 537 cod. civ., il figlio, in codesta ipotesi, ha riservato un mezzo dell'asse, al convivente di fatto potrebbe andare non più del cinquanta per cento residuo. Ne discende, che il convivente di fatto potrà destinare, al convivente superstite, diritti in misura non superiore alla quota predetta, onde il figlio non possa lamentare alcunché, peraltro potendo giovarsi di un agile rimedio, qual è l'azione di riduzione, se i suoi diritti siano stati lesi.

Nel caso in cui, invece, il convivente di fatto reputi che gli sopravvivrà soltanto, oltre all'altro convivente di fatto, un genitore, e dato che, a quest'ultimo, la legge (art. 538 cod. civ.) riserva un terzo dell'asse, quel convivente potrà disporre con testamento, in favore del convivente superstite, dei due terzi dell'asse.

Le disposizioni testamentarie in favore del convivente di fatto superstite, peraltro, potranno essere confezione, nel perimetro della quota disponibile, sia in chiave di istituzione di erede, sia attraverso legati[42]. Legati, appunto, che ben potranno soddisfare le esigenze, anche sentimentali, del convivente superstite, nella cornice della istituzione testamentaria di un altro erede, oppure nel concorso della istituzione *ex lege*.

La fantasia del convivente di fatto-testatore non avrà confini, ove supponga che non gli sopravviva alcun legittimario; nel qual caso, invero, l'intero suo patrimonio potrà essere destinato al convivente superstite, vuoi mediante la sua designazione a erede universale, vuoi pel mezzo di disposizioni di legato, che potranno assorbire la gran parte dei cespiti ereditarî.

Ove il convivente di fatto-testatore prescelga di non istituire erede, eventualmente *pro quota*, il convivente di fatto superstite, si potrà sbizzarrire con disposizioni di legati di diritti reali, di credito, alimentarî, *etc*. Potrà legare contratti, rendita, *etc*.; in particolare, potrà legare un contratto di lavoro subordinato, o la rinnovazione di un contratto di lavoro subordinato, che veda, quale obbligato, l'erede, testamentario o *ex lege*, del convivente di fatto deceduto[43].

Non si può escludere, peraltro, che le disposizioni *mortis causa* siano confezionate in modo tale da rendere operativa la fattispecie dell'*institutio ex re certa* (art. 588, cpv., cod. civ.).

La buona tecnica di redazione delle disposizioni *mortis causa* comporta, come sempre, che il testatore si domandi come non rendere affaticata la vita del voluto testamentario; quindi, e anzitutto, se possa disporre dell'intero suo patrimonio, oppure se, a cagione di legittimarî superstiti, i suoi poteri siano impacciati, a meno che non possa dirsi sicuro

42. Si veda G. Bonilini, *Il legato*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. II, *La successione testamentaria*, Milano, s. d., ma 2009, p. 391 ss.

43. Si veda G. Bonilini, *Il legato*, cit., p. 486 ss.

di aver già soddisfatto, le ragioni di codesti riservatarî, con donazioni adeguatamente disposte nel corso della sua vita. Potrà, inoltre, dettare disposizioni capaci di assicurare, mediante pressione psicologica sull'onerato, il voluto *mortis causa*[44].

9. Il diritto di godimento della casa familiare.

Ai sensi dell'art. 337-*sexies* cod. civ., il godimento della casa familiare è attribuito tenendo conto, prioritariamente, dell'interesse dei figli. Norma, questa, che si applica, altresì, ove i figli siano nati fuori del matrimonio (art. 337-*bis* cod. civ.)[45].

Può ben essere, dunque, che un convivente di fatto già goda della casa familiare, alla morte dell'altro convivente, in virtù della norma prima richiamata; per questa ragione, l'art. 1, comma 42, L. n. 76/2016 fa salvo quanto stabilito dall'art. 337-*sexies* cod. civ., prima di prevedere che, in caso di morte del proprietario della casa di comune residenza, il convivente superstite abbia diritto di continuare ad abitarvi. Precisamente: per due anni o per un periodo pari alla convivenza e, comunque, non oltre i cinque anni. Ove, nella medesima, coabitino figli minori o disabili del convivente superstite, lo stesso ha diritto di continuare ad abitarvi per un periodo non inferiore a tre anni. Il diritto di abitazione del convivente viene meno, se cessi di abitare stabilmente nella casa predetta, o in caso di matrimonio, di contrazione di unione civile o di nuova convivenza di fatto (art. 1, comma 43, L. n. 76/2016).

In ipotesi di morte del conduttore, o di suo recesso dal contratto di locazione avente a oggetto la casa di comune residenza, il convivente di fatto «*ha facoltà di succedergli nel contratto*» (art. 1, comma 44, L. n. 76/2016).

Il legislatore, dunque, pur non avendo contemplato diritti successorî riservati al convivente di fatto superstite, si è preoccupato di dettare, almeno, le norme sopra richiamate, nell'evidente tensione di assicurargli, almeno temporaneamente, il soddisfacimento del bisogno abitativo. Del quale già si preoccuparono il legislatore, con l'art. 6 della L. n. 392/1978, che prevede, appunto, la successione, nel rapporto di locazione, in capo, altresì, al coniuge superstite del conduttore della casa adibita ad abitazione, e, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 404/1988, e successive, che ammise a godere, del predetto diritto, anche il convivente *more uxorio*, legittimandolo a succedere nel rapporto di locazione[46].

Posizione analoga è oggi contemplata in favore del convivente di fatto, che sia tale ai sensi della L. n. 76/2016. A ben vedere, la sua posizione è più estesa, poiché occorre con-

44. Per una prima informazione, cfr. G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 305 ss.

45. V., di recente, G. F. Basini, *L'assegnazione della casa familiare*, in *Tratt. dir. di famiglia*, dir. da G. Bonilini, vol. III, *La separazione personale dei coniugi. Il divorzio. La rottura della convivenza* more uxorio, Torino, s. d., ma 2016, p. 3161 ss.

46. Si veda A. Natale, *La successione nei rapporti di locazione*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. III, *La successione legittima*, Milano, s. d., ma 2009, p. 1037 ss.

siderare l'ipotesi in cui l'abitazione familiare fosse fissata in un immobile di proprietà del convivente di fatto deceduto, nel quale, appunto, potrà continuare ad abitare il convivente superstite, sebbene per il limitato periodo temporale previsto dalla norma richiamata.

Occorre fare salva, intuitivamente, l'ipotesi in cui il convivente di fatto deceduto, quale testatore[47], abbia garantito, con apposita disposizione *mortis causa*, rispettosa dei diritti dei legittimarî, il soddisfacimento del bisogno abitativo del convivente superstite, vuoi mediante l'onnicomprensiva istituzione di erede, vuoi pel tramite di un legato, a titolo di esempio, di abitazione o usufrutto, avente a oggetto la precedente casa familiare, oppure altro immobile, nel quale, verosimilmente, data la sua maggiore estensione, può ben essere che il convivente di fatto superstite preferisca trasferirsi.

Sul piano operativo, non sono dissimili, le osservazioni da svolgere riguardo al diritto del convivente di fatto, quanto al modo di soddisfare il proprio bisogno abitativo, da quelle attestatesi, fino all'entrata in vigore della normativa in esame, in tema di consimili diritti in capo al coniuge, o al convivente *more uxorio*, superstite.

10. La posizione successoria del convivente *more uxorio*, che non sia parte di convivenza disciplinata dalla legge.

Come sopra anticipato, non si può escludere che un uomo e una donna, oppure due persone del medesimo sesso, scelgano, ancóra oggi, di non incasellare la propria vita affettiva in uno dei modelli legislativamente prefigurati. Può bene essere, invero, che, per le più varie, epperò legittime, ragioni, due persone di sesso differente rifiutino il matrimonio, o la convivenza di fatto regolata dalla L. n. 76/2016, oppure, se di sesso eguale, rifiutino di vestire la vita affettiva con il modello dell'unione civile o con quello della convivenza di fatto, disciplinate dalla L. n. 76/2016.

Non si può negare, infatti, che, come nessuna norma può imporre a due persone di contrarre matrimonio, così nessuna disposizione normativa può costringere all'unione civile o alla convivenza di fatto, qual è disciplinata, e nei termini in cui è regolata, dalla richiamata legge del 2016. La stessa dittatura fascista, pur perseguendo il vóto dell'incremento demografico con l'unione matrimoniale, non giunse a imporre il matrimonio, limitandosi a premiare le nascite, e a far gravare sui celibi una «tassa», similmente a quanto si verificò con la *lex Iulia et Papia*[48].

Ponendosi l'interrogativo sulla posizione successoria del convivente *more uxorio* superstite, nei termini prima proposti, e l'espressione mira a rimarcare la differenza, anche lessicale, dalla convivenza di fatto, che, oggi, è un istituto normativo, non resta che riaffermare quanto già rilevato sull'analoga posizione successoria del convivente di fatto: assenza di diritti riservati *ex lege*; necessità, quindi, di fare ricorso allo strumento testamen-

47. V. anche, *supra*, § 8.

48. Cfr. G. Bonilini, *Manuale di diritto di famiglia*, Torino, s. d., ma 2016, VII ed., p. 66 ss.

tario[49], oppure, nei limiti ben noti, al mandato *post mortem*[50], o, ancóra, al patto successorio alla luce della recente normativa europea, e nei sui limiti stringenti, poiché, ai sensi dell'art. 458 cod. civ., il patto successorio, nel nostro ordinamento giuridico, permane vietato, quindi nullo, ove sia stato confezionato[51].

Quanto al diritto di continuare a vivere nella casa adibita ad abitazione comune, espressamente salvaguardato in favore del convivente di fatto superstite, e ove esso non sia stato contemplato da adeguata disposizione *mortis causa* del convivente *more uxorio* deceduto, è verosimile attendersi la soluzione del problema, nei medesimi termini in cui fu proposta prima dell'entrata in vigore della L. n. 76/2016.

11. Osservazioni conclusive.

La nuova normativa, rimirata dall'angolo visuale della posizione successoria della parte superstite di un'unione civile, rivela pasticci tecnico-formali.

Non solo: la scelta, affidata all'art. 1, comma 20, L. n. 76/2016, di escludere l'applicazione delle norme del Codice civile «*non richiamate espressamente nella presente legge*», impedisce l'applicazione diretta delle norme del Codice civile, attinenti a diritti e rapporti successorî, non espressamente richiamate, a differenza di quelle prima esaminate, che, appunto, sono applicabili, solo a ragione dell'espresso richiamo svolto nell'art. 1, comma 21, L. n. 76/2016. Penso, a mero titolo di esempio, alle norme racchiuse nell'art. 636 cod. civ. Ai sensi di quella affidata al suo primo comma, è illecita la condizione che impedisce le prime o le ulteriori nozze; quanto alla norma racchiusa nel capoverso, il legatario di usufrutto, o di uso, o di abitazione, o di pensione, o di altra prestazione periodica per il caso o per il tempo del celibato o della vedovanza, non può goderne che durante il celibato o la vedovanza. Solo un legislatore distratto o frettoloso non poteva non porsi la domanda circa la diretta applicabilità, altresì all'unione civile, delle norme richiamate. A meno di non voler supporre che non possa parlarsi di vedovanza con riguardo alla morte di una delle parti dell'unione civile. Né sarebbe sufficiente rilevare che le norme richiamate trovano, oggi, assai rara possibilità di applicazione e che, soprattutto, il giudice, eventualmente chiamato alla loro applicazione, farebbe verosimilmente impiego del procedimento di analogia, adattando, pertanto, il loro dettato, altresì alle parti dell'unione civile. Ancóra una volta, però, non si può negare che riecheggi il senso di sciatterìa sopra rimarcato.

Vi è di più: la predetta normativa amplia il catalogo dei legittimarî, quindi si indirizza in senso opposto alla opportunità, segnalata in più sedi, non solo dottrinali, di rivedere il

49. V., *supra*, § 8.

50. Cfr. G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 27 ss.

51. Cfr., di recente G. Bonilini, *Attualità del «Divieto di patti successori»?*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2015, p. 343 ss.

sistema di successione necessaria, onde sia maggiormente esaltata l'autonomia dei soggetti quali possibili testatori.

Più voci sono oggi nel senso della contrarietà al vigente, soffocante, sistema di successione necessaria, che, fra l'altro, assicura esorbitanti diritti di riserva al coniuge superstite, a scapito, soprattutto, dei figli di primo letto, anche a ragione del possibile concorso dell'automatico, fruttuoso, regime di comunione legale. La quale, a ben vedere, oggi non trova frequente impiego nei matrimonî di persone di ceto economico medio-alto. Il tempo dirà se, nelle unioni civili, si farà frequente impiego della convenzione diretta a impedire l'insorgenza automatica, così come avviene nel matrimonio, della comunione legale dei beni (art. 1, comma 13, L. n. 76/2016).

Il fallimento, nel matrimonio, del regime di comunione legale, non impedisce di rivolgere critiche severe al vigente sistema di successione dei legittimarî, fra i quali, peraltro, e merita sia rimarcato, sono ancóra annoverati gli ascendenti. Il sistema, invero, è sbilanciato, soprattutto con riguardo al coniuge superstite.

Esso, inoltre, permane imperniato sul diritto proprietario, là dove, in molte occasioni, sarebbe preferibile costruire la riserva, ove si voglia conservarla, (non già sul diritto dominicale, bensì) su calibrati diritti di credito o di godimento.

Soprattutto, gioverebbe offrire maggiore spazio all'autonomia di disposizione.

Il biasimo, quindi, non deve tanto essere rivolto alla circostanza che la parte superstite dell'unione civile goda, ora, dei medesimi diritti successorî del coniuge superstite, il che è accóncio, a ragione della doverosa parificazione allo stesso, ma deve essere espresso, a mio avviso, al sistema successorio nel suo complesso. Il quale, invero, immiserisce la libertà dei singoli, non tenendo conto, peraltro, del fatto, palmare, che la vita familiare conosce una differente dimensione rispetto al passato, specie se si consideri che le unioni familiari si rivelano, sempre più spesso, fragili e passeggere. Del fatto, quindi, che sono meno numerose, che non nel passato, le famiglie felici[52], in cui è ovvia la trasmissione della ricchezza in favore dei famigliari superstiti, e crescente, invece, il numero delle famiglie con forti difficoltà affettive, in seno alle quali, quindi, gli automatismi della successione necessaria recano, forte, il senso di ingiustizia.

Di qui, la necessità che ciascuno possa adeguatamente, e autonomamente, deliberare le proprie scelte successorie. Le quali, in altri termini, debbono essere èsito dell'esercizio di una delle più preziose libertà, che, peraltro, non di rado, comporta solidarietà. La solidarietà, genuinamente intesa, non può essere imposta: deve essere èsito, come la liberalità, della volontà.

Così come avviene, del resto, nel caso della convivenza di fatto, e in quello della convivenza *more uxorio*, nei termini fatti palesi sopra, in cui, invero, la sistemazione degli interessi *post mortem* è rimessa al negozio *mortis causa*.

52. Si veda, al riguardo, G. Bonilini, *Sulla possibile riforma della successione necessaria*, cit., p. spec. 741 ss.

Per certi versi, la normativa, affidata alla L. n. 76/2016, è in piena consonanza con l'imperante cultura del momento storico nel quale viviamo, in cui tutto è teso all'affermazione di diritti; dimentichi, purtroppo, dell'insegnamento di Claudio Magris, secondo il quale, «[…] Sono gli schiavi che cianciano di diritti, chi è libero ha doveri»[53].

53. C. Magris, *Un altro mare*, 1991.

SULL'IMPRESA FAMILIARE NELLA CONVIVENZA DI FATTO

Andrea Bucelli
Prof. associato Università di Firenze

Sommario: 1. L'estensione differenziata dell'art. 230-*bis* c.c.: una nuova discriminazione? – 2. La funzione residuale o suppletiva dell'art. 230-*bis* c.c. – 3. Il «diritto di partecipazione» nell'impresa familiare. – 4. Libertà e partecipazione. – 5. Profili di incostituzionalità dell'art. 230-*ter* c.c.

1. Il curatore di una delle più fortunate edizioni del codice civile segnala, tra gli aggiornamenti più importanti degli ultimi tempi, la «Regolamentazione delle unioni civili tra persone delle stesso sesso e disciplina delle convivenze», ai sensi della l. 20 maggio 2016, n. 76, c.d. legge Cirinnà. In un unico, interminabile articolo (di ben 69 commi!), si rinviene una disciplina delle unioni civili sin troppo ricalcata su quella del matrimonio, oltre al primo organico statuto della convivenza che, per un verso recepisce principi già affermati in giurisprudenza, per l'altro definisce un assetto contrattuale in cui ormai sbiadisce non poco la fattualità caratteristica dei rapporti avulsi da qualsiasi *regula iuris*[1].

Tra le norme che sono state riprodotte, con o senza modificazioni, con riguardo ai diversi modi dello stare insieme, oggi sempre più radicati nel costume sociale[2], una forse meno appariscente di altre è l'art. 230-*bis* c.c., dedicato com'è noto all'«Impresa familiare». Ne deriva una dilatazione del relativo campo di applicazione che, già dal punto di vista della tecnica legislativa, lascia perplessi. Il legislatore, da un lato (al comma 13), ha semplicemente richiamato la sezione VI del capo VI del titolo VI del libro primo del codice, vale a dire l'art. 230-*bis* c.c., dall'altro (al comma 46) ha trapiantato nello stesso codice un art. 230-*ter*, rubricato «Diritti del convivente». Il primo rinvio sancisce l'integrale estensione[3]

1. «Ma tant'è», prosegue A. Di Majo, *Prefazione alla XL Edizione*, in *Codice civile con la Costituzione, i Trattati U.E. e le principali norme complementari*, Milano, 2016, p. V: «Si è in presenza della introduzione di istituti indubbiamente "dissonanti" con la nostra tradizione giuridica e il cui obiettivo è di realizzare l'adeguamento della realtà giuridica a quella sociale. Sarà il modo con cui, detti istituti, verranno applicati e recepiti a determinarne il consolidamento nel nostro assetto istituzionale».

2. Per un quadro aggiornato, con elaborazione di dati statistici relativi alle scelte familiari, cfr. S. Salvini, D. Vignoli, *Convivere o sposarsi?*, Bologna, 2014.

3. Estensione che si prospetta come differenziata anche dal punto di vista fiscale, se si considera: da un lato, il comma 4 dell'art. 5, Tuir («I redditi delle imprese familiari di cui all'articolo 230-*bis*, cod. civ., limitatamente al 49% dell'ammontare risultante dalla dichiarazione dei redditi dell'imprenditore, sono imputati a ciascun familiare che abbia prestato in modo continuativo e prevalente la sua attività di lavoro nell'impresa, proporzionalmente alla sua quota di partecipazione agli utili») ed il successivo comma 5 («si intendono per familiari, ai fini delle imposte sui redditi, il coniuge, i parenti entro il terzo grado e gli affini entro il secondo grado»); dall'altro lato, l'art. 1, comma 20, l. n. 76 («al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni

dello statuto dell'impresa familiare a vantaggio del componente dell'unione civile che presti la propria attività lavorativa in famiglia o nell'impresa del *partner*, l'*addendum* invece ritaglia sul convivente di fatto soltanto alcuni spezzoni di quella disciplina.

Al pluralismo dei modelli familiari, si potrebbe dire, fa seguito il pluralismo delle imprese familiari. Ma seppur mosso dall'intento di equiparare formazioni sociali diverse, ancorché riconducibili ad una nozione sempre più frantumata di famiglia, il recente intervento legislativo lascia sul campo quella che, già ad una prima lettura, sembra una nuova ed irragionevole disparità di trattamento.

2. Sui significati di un'estensione in tal modo differenziata si vuole qui proporre qualche breve riflessione. A tal fine occorre tornare, per quel che può servire, sull'art. 230-*bis* c.c.

La norma, a molti anni di distanza dalla sua introduzione, appare segnata da una sorta di ambivalenza. A dispetto dell'ampio dibattito e dei tanti problemi che a motivo della sua lacunosità ed ambiguità ha suscitato, essa mostra un carattere residuale o suppletivo dal punto di vista sia testuale che fattuale. «Salvo che sia configurato un diverso rapporto», è l'*incipit* di apertura, che lascia all'autonomia privata ampio margine nel disciplinare il lavoro familiare, sicché famiglia ed impresa, il più delle volte, ricercheranno in altri istituti il modo ottimale di sistemare i loro delicati equilibri. Con la conseguenza che l'art. 230-*bis* c.c. presumibilmente andrà a coprire una nicchia marginale del ben più ampio universo delle «imprese a base familiare»[4]; è probabile che esso incida in taluni settori, specie nell'area delle PMI piuttosto che nell'ambito delle imprese di più grandi dimensioni, meglio organizzate e più strutturate[5].

L'espressa derogabilità tuttavia non può far perdere di vista il valore protetto, per lo più riconosciuto nella tutela del lavoro. Inserito estemporaneamente nelle ultime battute del lungo percorso che accompagnò la riforma degli anni Settanta, l'art. 230-*bis* c.c. fu ideato proprio come strumento di tutela minimale per quelle posizioni lavorative che in passato, in base ad una concezione evidentemente superata dei rapporti familiari, erano

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»). Procedendo all'indicata sostituzione terminologica, si perviene alla completa equiparazione, la quale è invece assai più dubbia per il convivente di fatto, sia perché manca una disposizione simile a quella appena citata, sia perché l'art. 230-*ter* c.c. non riproduce *in toto* l'art. 230-*bis* c.c. (v. *infra* § 5).

4. Così, con riferimento «sia alla piccola e media impresa strutturata in forma di società azionaria (o al più di s.r.l.) in cui la proprietà del capitale è riconducibile ad un gruppo familiare – più o meno esteso secondo i gradi di successione intervenute – sia alla grande impresa, non quotata o addirittura quotata», P. Montalenti, *Impresa a base familiare e società per azioni*, in *L'impresa familiare: modelli e prospettive*, Milano, 2012, p. 38.

5. Ad avviso di L. Balestra, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, in *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, a cura di G. Alpa e S. Patti, Padova, 2009, p. 107 s., «Nessun dubbio (…) che il fenomeno tratteggiato dall'art. 230-*bis* c.c. sia largamente presente nella realtà (…) delle imprese, soprattutto di piccole dimensioni», anche se i relativi diritti saranno il più delle volte fatti valere in situazioni conflittuali, di crisi delle relazioni familiari, a dimostrazione del fatto che «Il vincolo affettivo sovrasta sovente la giuridicità del rapporto».

ricondotte ad una causa *affectionis vel benevolentiae*, da cui si faceva discendere la presunzione di gratuità della prestazione lavorativa resa in ambito familiare. Rompendo con tale tradizione, il riformatore intese scongiurare il rischio che la famiglia, piuttosto che formazione sociale in cui dovrebbe svolgersi la personalità umana (art. 2 Cost.), possa diventare luogo di intollerabile sfruttamento. Pertanto, e sintetizzo una questione che è stata ampiamente discussa[6], la disciplina dell'impresa familiare, se per un verso ha «funzione residuale o suppletiva»[7] ed interviene soltanto in mancanza di un diverso rapporto («di società o di lavoro subordinato», precisa ora l'art. 230-*ter* c.c.), per l'altro si profila come inderogabile *in peius*, sia attraverso un apposito patto in deroga, sia attraverso più complessi strumenti negoziali che, in sé leciti, assumano connotati elusivi. Mi sembra che quest'ultima, più rigorosa soluzione possa trovare sostegno in un altro inciso («compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare»), recentemente introdotto nell'art. 768-*bis* c.c. in tema di patto di famiglia.

Con fraseggio e contenuti intonati al dettato costituzionale[8], i cui principi peraltro innervano tutta la l. 19 maggio 1975 n. 151, di riforma del diritto di famiglia, l'art. 230-*bis* c.c. riconosce al familiare che lavora «nella famiglia o nell'impresa familiare» diritti sia patrimoniali che amministrativi: il diritto al mantenimento «secondo la condizione patrimoniale della famiglia», la partecipazione agli utili, ai beni con essi acquistati e agli incrementi dell'azienda, «anche in ordine all'avviamento», oltre al diritto di concorrere alle decisioni, da adottare a maggioranza, concernenti l'impiego degli utili e degli incrementi nonché la gestione straordinaria, gli indirizzi produttivi e la cessazione dell'impresa. Complessivamente considerati, tali diritti individuano quello che l'art. 230-*bis*, comma 4, c.c. definisce «diritto di partecipazione».

3. Sotto il profilo giuridico il vocabolo "partecipazione" è evidentemente polisemico.

Nel diritto privato è partecipe o partecipante, oltre al familiare che lavora in famiglia o nell'impresa familiare, anche il c.d. comunista nella comunione, il condomino nel condominio negli edifici, per non dire di figure più antiche, come la partecipanza agraria[9]. In ambito societario la partecipazione indica «la titolarità di rapporti comportanti la qualità di socio in società o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi»[10].

6. Dibattito ricostruito da L. Balestra, *L'impresa familiare*, Milano, 1996, p. 32 s. Sottolinea il carattere residuale, ma al tempo stesso imperativo dell'art. 230-*bis* c.c., Cass. 23 febbraio 1995, n. 2060, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, p. 171.

7. Cass. 8 aprile 1981, n. 2012, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 127.

8. Per una rilettura dei sei commi dell'art. 230-*bis* c.c., «occasione di confronti suggestivi», cfr. G. Galli, *Itinerari del diritto ereditario*, in *Impresa e successioni*, a cura di A. Bucelli e G. Galli, Firenze, 2008, p. 11.

9. Proprietà collettiva su cui cfr. P. Vitucci, *Proprietà collettive, diritti dell'utente, autonomia statutaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 579 ss.

10. Definizione estratta dall'art. 2, comma 1, lett. f, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica.* In argomento, per tutti, cfr. V. Buonocore, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli, 1960.

Il filo conduttore della partecipazione si potrebbe dipanare anche oltre i confini del diritto privato fino a raggiungere i vertici dell'ordinamento, dove si colloca il principio di uguaglianza sostanziale, finalizzato al «pieno sviluppo della persona umana» e, per l'appunto, all'«effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale» (art. 3, comma 2, Cost.). Partecipazione che a sua volta si declina in una varietà di diritti, certamente nel «concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale» (art. 49 Cost.) e nel connesso diritto all'informazione[11], ma anche nel «diritto dei lavoratori a collaborare, nel modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende» (art. 46 Cost.). In particolare, quest'ultima norma rimanda alla controversa questione del partecipazionismo nell'impresa nelle sue diversificate forme, dall'azionariato operaio all'azionariato popolare, alla partecipazione agli utili, alla cogestione od autogestione, al cooperativismo[12]. Non è perciò casuale che la medesima indicazione costituzionale si sia autorevolmente richiamata quale fondamento dello stesso art. 230-*bis* c.c.[13].

Chi comunque volesse inquadrare il diritto di partecipazione nell'impresa familiare, magari muovendo dalla classica distinzione tra diritti reali e diritti di credito, s'imbatterebbe in quella che è la «strozzatura obbligata nella quale poi tutti i nodi problematici della

11. In conseguenza del «concentrarsi dei poteri informativi (e quindi decisionali) nei vertici politici ed economici», non da oggi si avvertono i pericoli per la partecipazione democratica, connessi alla costituzione ed all'impiego delle banche dati telematiche. Il che, quando non si abbiano forme generalizzate di accesso alle informazioni, «non comporta solo la restrizione dell'area decisionale a favore di ristretti gruppi di potere che, possedendo idonee e tempestive informazioni in via esclusiva, possono prendere le decisioni pubbliche che interessano la collettività (…), ma soprattutto preclude "a chi non sia nel cerchio magico del vero potere di governo la possibilità di criticare tempestivamente le decisioni governative e di proporre alternative …sulla esigenza di massimizzare i vantaggi non possono esservi dubbi, ma se non si vuole svolgere solo un discorso tecnocratico (tendenzialmente autoritario ed antidemocratico) e se si intende avere, nel nostro paese, come punto di riferimento l'attuazione costituzionale delle norme che tutelano l'accesso libero alle informazioni e la partecipazione, si deve ridurre al minimo (o meglio eliminare) la serie dei rischi segnalati, tramite un'adeguata e pronta disciplina legislativa che oggi è assolutamente carente», a cominciare dall'informazione quale «prima forma di partecipazione democratica», informazione considerata sotto il profilo sia dell'accesso che del trattamento dei dati e contemperando le esigenze di libertà con quelle di efficienza, sicché «In nome dell'efficienza non si può certo consentire che il cittadino diventi un "fornitore di dati"…e che la costituzione di banche di dati avvenga al di fuori di ogni tutela delle necessità informative di tutti i membri della società» (A. Loiodice, *Informatica, banche dati e diritto all'informazione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, III, p. 647 ss.).

12. Sull'esigenza di nuove forme di partecipazione si diffonde R. Molesti, *Impresa e partecipazione: esperienze e prospettive*, Milano, 2006, che rileva come non è semplicemente nazionalizzando o socializzando un'azienda che si dà al lavoratore un potere diverso, e constata che le iniziative volte a porre su basi nuove i rapporti tra imprenditori e lavoratori non sempre sono state accolte con favore, specie da chi reputa illusoria la comunanza d'interesse tra capitale e lavoro. Il che peraltro dipende anche dal modello d'impresa che si considera: per un'applicazione legislativa nel senso del «Coinvolgimento di lavoratori e dei destinatari delle attività», cfr. art. 12 d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155.

13. Così G. Ferri, *Impresa coniugale e impresa familiare*, in *Riv.dir.comm.*, 1976, I, p. 8 ss., che evidenzia il potere di codeterminazione spettante ai familiari, come gruppo.

fattispecie si presentano con maggior forza»[14]: l'impresa familiare di cui all'art. 230-*bis* c.c. ha natura individuale o collettiva? Ha soltanto rilevanza interna, come lascia intendere il dato positivo, che ignora del tutto il profilo dei rapporti con i terzi, oppure la partecipazione a talune decisioni prelude al potere rappresentantivo di portarle ad attuazione? Non è qui il caso di scrutinare gli argomenti e le molteplici opinioni dottrinali e giurisprudenziali a sostegno dell'una o dell'altra ricostruzione[15], la cui scelta peraltro è tutt'altro che indolore. Si pensi *in primis* al profilo dell'eventuale responsabilità e fallibilità del familiare partecipante[16].

Può essere sufficiente qui notare che «l'utilizzo del termine "partecipante", di per sé idoneo a esprimere unicamente la situazione di appartenenza ad una organizzazione, chiaramente incapace, quando non supportato da altri elementi, a consentire una imputazione dell'attività all'esterno (…), mette in luce come ad una tale situazione di partecipazione si contrapponga una situazione di titolarità, alla quale l'intera disciplina contenuta nell'art. 230 *bis* non fa alcun riferimento per la semplice ragione che non ve ne è bisogno»[17].

Volendo soltanto aggiungere un ulteriore elemento di valutazione, mi sembra che dal nuovo dato normativo – l'art. 230-*ter* c.c. esordisce dicendo che il convivente di fatto presta stabilmente la propria opera «all'interno dell'impresa dell'altro convivente» – si possa ricavare un'esplicita conferma della titolarità individuale dell'impresa familiare.

4. Anche Giovanni Furgiuele, cui sono dedicate queste brevi note, in una rigorosa ed ampia ricognizione sistematica del diritto di famiglia riformato, impiegava il sostantivo "partecipazione", accostandolo ad altra parola chiave, che non a caso compare nel titolo della monografia *Libertà e famiglia*.

L'immagine di famiglia che traspare dalla trama dei principi e delle norme costituzionali, riscontrata negli istituti dell'allora nuovo diritto di famiglia, si lascia alla spalle la vecchia concezione istituzionale ed autoritaria: «Come la famiglia, pur con tutte le sue caratteristiche specifiche, è sempre parte di quella più ampia esperienza di rapporto sociale con cui l'individuo realizza se stesso e come l'ordinamento ha riguardo alla dimensione interpersonale di quest'ultimo e, quindi alla società, per fondare su di essa e la sua naturale dinamica l'unità del sistema a livello sia civile che politico, così anche non è ammissibile una qualsiasi frammentazione nella continuità di un discorso che aspira a svilupparsi privo di cesure dall'individuo, alla famiglia, alla società civile, allo Stato ed in tutti i casi all'insegna di una libertà che è svolgimento di se stessi e 'partecipazione'». Quello cui fa riferimento la Costituzione è un «nuovo modello

14. P. Carbone, in Aa.Vv., *Diritto di famiglia: casi e questioni*, Camerino-Napoli, 1982, p. 297.

15. Lo ha già fatto, puntualmente, L. Balestra, *L'impresa familiare*, cit., p. 45 ss.

16. Cfr., infatti, Cass. 16 giugno 2010, n. 14580, in https://www.unijuris.it; Cass. 24 marzo 2000, n. 3520, in www.iusimpresa.com.

17. Così L. Balestra, *L'impresa familiare*, cit., p. 88 s., che propende per la tesi, che poi ha prevalso anche in giurisprudenza, che riconduce la fattispecie alla struttura individuale.

di individuo, non più il borghese isolato nella sua privatezza, e libero in quanto tale, ma il cittadino volto invece a realizzare se stesso in una dimensione di socialità». E la partecipazione, quale «capacità attiva di essere se stessi in una dimensione di rilevanza collettiva, naturalmente pretende un accrescimento nella responsabilizzazione a livello sociale», quindi «nell'ambito della stessa logica si pone l'istanza del rispetto di un principio solidaristico».

Nella cornice così sommariamente richiamata, la rilettura combinata degli artt. 2 e 29 Cost. porta ad un'affermazione significativa: «L'ordinamento non privilegia né seleziona un *tipo* di famiglia, pretende solo il rispetto di un'*esigenza* personalistica». Ma oltre all'abbandono dell'unicità del modello di famiglia, l'evoluzione del sistema giuridico nel senso indicato produce molte altre conseguenze, tutte di notevole rilievo[18].

La famiglia di fatto – «Condizione necessaria (…) perché si abbia famiglia di 'fatto' è che, pur mancando la 'forma' giuridica, tuttavia esista un elemento obiettivo e cioè la riconoscibilità nel rapporto del suo carattere familiare, non quindi mera coabitazione o occasionalità dello scambio sessuale, ma quella stabilità e solidarietà che identifica il legame di 'vita con vita'»[19] – è dunque formazione sociale, con una sua dignità costituzionale ed una rilevanza risultante da norme sparse qua e là nell'ordinamento. Ma al di là delle indicazioni espresse, ponendosi «il vero problema della famiglia di 'fatto'», tra gli effetti giuridici estensibili per analogia Furgiuele annoverava pure i diritti di cui all'art. 230-*bis* c.c., mostrandosi «anche in questo caso sensibile al valore indubbio del principio di solidarietà rispetto ad ogni tipo di rapporto di carattere familiare»[20].

Parte prevalente della dottrina e la giurisprudenza pressoché unanime, com'è noto, non accolsero tale impostazione ricostruttiva, ancorandosi al mero dato formale e marcando spesso il senso di una distinzione: «Non vi è possibilità di assimilazione di sorta fra matrimonio e convivenza *more uxorio*, in quanto concetti del tutto antitetici»[21].

In forza del principio di uguaglianza si tentò di superare i limiti soggettivi dell'art. 230-*bis* c.c., sollevando la questione di legittimità costituzionale nella parte in cui era omessa la figura del convivente impegnato nella collaborazione domestica o nell'attività d'impresa esercitata dalla persona cui fosse sentimentalmente legato. Ma anche per tale via nessun risultato fu raggiunto[22].

18. Per limitarsi al rapporto di coniugio, ma l'indagine si estende al rapporto di filiazione, in una generale rivisitazione dell'apparato concettuale sono valorizzati gli «aspetti di volontarietà e spontaneità» (G. Furgiuele, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, p. 265 s.), viene ripensata la natura giuridica del matrimonio, quale vincolo stabile ma dissolubile, che richiede un consenso continuato (p. 270 ss.), e così via.

19. Nozione ora sostanzialmente accolta in giurisprudenza: cfr., *ex multis*, Cass. 21 marzo 2013, n. 7214.

20. Tutte le citazioni riportate nel testo sono tratte da G. Furgiuele, *Libertà e famiglia*, cit., pp. 83 s., 100, 109 s., 262 s., 277 ss.

21. È la lapidaria affermazione di Cass. 2 maggio 1994, n. 4204, che si può leggere in L. Balestra, *L'impresa familiare*, cit., p. 201 s., cui rinvio per alcuni rilievi critici e per ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

22. Cfr., ancora, Cass. 2 maggio 1994, n. 4204, cit. Su analoga questione di costituzionalità, riferita all'art. 536 c.c. e risolta sempre in termini di manifesta infondatezza, cfr. Corte cost. 26 maggio 1989, n. 310, in *Dir. fam. pers.*,

5. Ora che il legislatore è intervenuto e l'art. 230-*ter* c.c. attribuisce al convivente di fatto vantaggi patrimoniali racchiusi in «una partecipazione agli utili dell'impresa familiare ed ai beni acquistati con essi nonché agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento», partecipazione «commisurata al lavoro prestato», non si possono non rilevare alcune differenze, in particolare una consistente *diminutio* rispetto all'art. 230-*bis* c.c. Quanto al lavoro conta soltanto quello reso «all'interno dell'impresa dell'altro convivente», senza alcun cenno al lavoro domestico; sul *quantum* delle attribuzioni si è persa la specificazione «in proporzione alla quantità e qualità del lavoro prestato», che riecheggia l'art. 36 Cost.; non vi è poi alcuna menzione del mantenimento (anche se, in caso di cessazione della convivenza, spettano gli alimenti ai sensi del comma 65, l. n. 76), così come non sono previsti poteri decisionali di sorta.

Quelle riconosciute sono "voci" che tipicamente remunerano il lavoro ed il rischio imprenditoriale. Tutte caratterizzate da una connaturata aleatorietà, nel senso che la loro realizzazione (e distribuzione) dipende dall'andamento complessivo dell'attività economica e quindi dal mercato. Così facendo, il legislatore si allontana dalla logica lavoristica per accostarsi alla logica dell'impresa, dalla quale peraltro subito si discosta, sia nel riferire – come detto – la titolarità dell'impresa familiare all'«altro convivente», sia nel passare del tutto sotto silenzio la benché minima prerogativa gestionale.

È come se il legislatore, sospettoso di un interlocutore legato all'imprenditore da un rapporto affettivo per definizione più instabile e fragile di altri, avesse deciso di costruire una posizione depotenziata, dimenticando d'un sol colpo sia la *ratio* fondamentale dell'art. 230-*bis* c.c., sia la connotazione ultima della convivenza di fatto, che di solito individua un'unione etero od omosessuale, programmaticamente nata e mantenuta sotto il segno della fattualità, pronta in ogni momento ad evolversi – sol che le persone coinvolte lo vogliano – in un matrimonio o in un'unione civile, come al contrario in una "rottura" della relazione.

Con l'art. 230-*ter* c.c. il legislatore ha finito col fare ciò che, finora, si riteneva precluso ai privati, ossia – lo si accennava poc'anzi – il patto che, senza prefigurare un diverso rapporto, si fosse limitato a derogare *in peius* ai diritti codificati nell'art. 230-*bis* c.c.

Ad ogni modo, se il rapporto di convivenza, ancorché stabile, può cessare in ogni momento, senza alcuna formalità, con il massimo risparmio di tempi e costi, intanto su questi ultimi, *de iure condito*, occorrerà cominciare a prestare qualche attenzione in più[23]. Chi coinvolga nell'attività imprenditoriale la persona con cui convive ed intenda mantenere la relazione sul piano fattuale, nell'impresa come nella vita, non potrà più pensare che la sua condotta nulla abbia a che vedere con il diritto. La fine della convivenza, nonostante si continui a definirla come di fatto, può avere conseguenze giuridiche: oltre all'obbligazione alimentare, potrebbe sorgere l'obbligazione di corrispondere una quota

1989, p. 475 ss., con commento critico di A. Scalisi, *Famiglia di fatto e diritti successori del convivente more uxorio.*

23. Cfr., ad esempio, gli adempimenti connessi alla risoluzione del contratto di convivenza, *ex* art. 1, comma 60 s., l. n. 76/2016.

degli utili, degli acquisti e degli incrementi aziendali maturati negli anni della convivenza. Il che dovrebbe suggerire all'imprenditore di effettuare, esercizio dopo esercizio, adeguati e prudenziali accantonamenti, quasi si trattasse di un trattamento di fine rapporto.

Quindi, anche ad una valutazione in termini di efficacia e di efficienza[24], considerando le possibili ricadute sull'economia dell'impresa, che è il contesto su cui va ad incidere la nuova norma, l'art. 230-*ter* c.c. lascia perplessi, ma soprattutto appare di assai dubbia legittimità costituzionale, anche sotto il profilo della razionalità che, come noto, concorre ad orientare il giudizio di legittimità costituzionale[25].

Certo è che, se la finalità dell'istituto rimane la tutela del lavoro in ambito familiare, se l'art. 230-*bis* c.c. resta tuttora pervaso dalla logica paritaria e partecipativa che promana dalla Costituzione e dalle riforme del diritto di famiglia, anzitutto mal si giustifica nell'art. 230-*ter* c.c. l'omissione del lavoro domestico, tanto meno si comprende il silenzio a proposito del diritto al mantenimento. Nessun dubbio comunque che al convivente di fatto che lavora nell'impresa del *patner* spetta un trattamento economico qualitativamente e quantitativamente deteriore rispetto a quello riconosciuto, a parità di prestazioni lavorative, al coniuge o al componente dell'unione civile. Ciò che comporta una disuguaglianza in contrasto con l'art. 3 Cost.[26].

Ma la difformità è tanto più contestabile se si considera che, quando si è trattato di tutelare, sempre nell'ambito della convivenza di fatto, l'interesse primario all'abitazione – che nelle Costituizioni europee è spesso affiancato al diritto al lavoro – il giudice delle leggi, rinvenuta la *ratio* dell'art. 6 della l. 27 luglio 1978, n. 392, nell'«impedire che taluno resti privo di abitazione», considerava «irragionevole che nell'elencazione dei successori nel contratto di locazione non compaia chi al titolare originario del contratto era nella stabile convivenza legato *more uxorio*» (sent. n. 404 del 7 aprile 1988)[27].

---

24. «Una definizione ampiamente diffusa di efficacia è il grado di raggiungimento dell'obiettivo, che viene contrapposto ad efficienza, ovvero il rapporto fra risorse impiegate e risultati raggiunti. Più interessante e fertile tuttavia è considerare l'efficienza come il modo più appropriato per fare le cose, e l'efficacia come il "fare le cose giuste" (Drucker 1974). Questa ottica consente di abbandonare in certa misura gli obiettivi quali termini di confronto, per chiedersi piuttosto se l'intervento ha risolto il problema, o quanto meno ha modificato la realtà nel senso voluto» (A.R. Minelli, *La politica per la casa*, Bologna, 2004, p. 171).

25. Cfr. M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, 24-26 ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it.

26. A sostegno dell'interpretazione analogica dell'art. 230-*bis* c.c., per un richiamo all'art. 3 Cost., «in quanto la disparità di trattamento tra coniugi e conviventi sarebbe fondata esclusivamente su una "condizione personale" – essere o no sposati –, essendo il loro ruolo nell'impresa familiare sostanzialmente identico; (…) perché legittimare una tale disparità di trattamento significa evitare di rimuovere quegli "ostacoli di ordine economico" che "di fatto" limitano la libertà e l'uguaglianza dei cittadini (nella specie delle conviventi) impedendone il pieno sviluppo della persona», già F. Prosperi, *La famiglia non «fondata sul matrimonio»*, Napoli, 1980, p. 284 s.

27. Con la precisazione che: «L'art. 3 della Costituzione va qui invocato dunque non per la sua portata eguagliatrice, restando comunque diversificata la condizione del coniuge da quella del convivente *more uxorio*, ma per la contraddittorietà logica della esclusione di un convivente dalla previsione di una norma che intende tutelare l'abituale convivenza». Sulla successione del convivente nel contratto di locazione v. ora art. 1, comma 44, l. n. 76/2016.

AUTODETERMINAZIONE E DIGNITÀ DELLA PERSONA: UNA LEGGE SULLE DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO

Renato Clarizia
Prof. ordinario Università di Roma Tre

Sommario: 1. I tentativi *de iure condendo*. – 2. Il consenso informato, l'obiezione di coscienza e la tutela dell'incapace. – 3. Conclusioni. Un possibile testo di legge.

1. I tentativi *de iure condendo*.

Non so se quando questo mio contributo ad onorare Giovanni Furgiuele sarà pubblicato, il Parlamento avrà finalmente approvato una legge che disciplini le disposizioni anticipate di trattamento (*dat.),* cioè quelle dichiarazioni rese da una persona fisica, maggiore d'età e capace di intendere e di volere, con le quali questi esprime la propria volontà su quali trattamenti acconsente vengano fatti sul proprio corpo, oppure a quali trattamenti non intende sottoporsi qualora venga a trovarsi in una situazione di impossibilità ad esprimere un consenso informato e consapevole.

Dal 1984 (ddl Fortuna) ad oggi sono stati presentati diversi disegni di legge. In questa XVII legislatura è stato elaborato, da un comitato ristretto di deputati, un testo base (dal titolo "*Norme in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari*") che unifica sedici disegni di legge di diversa estrazione politica. Proprio in questi giorni (marzo 2017) se ne dovrebbe iniziare la discussione alla Camera.

In estrema sintesi eccone il contenuto.

L'art. 1, intitolato "*Consenso informato*", regola il rapporto tra paziente (cui spetta "*autonomia decisionale*") e medico (a cui è riconosciuta «*la competenza professionale, l'autonomia e la responsabilità*»). Innanzitutto il paziente ha il diritto di ricevere o di non ricevere le informazioni sulle proprie condizioni di salute, sui trattamenti sanitari necessari, sulle eventuali conseguenze in caso di rifiuto. «*Ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere* – prosegue il quinto comma dell'art. 1 - *ha il diritto di accettare o rifiutare qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso*». Il medico deve rispettare la volontà espressa dal paziente – che sarà annotata nella cartella clinica o nel fascicolo sanitario elettronico – ed «è esente da responsabilità civile o penale».

L'art. 2, intitolato "*Minori e incapaci*", nulla aggiunge, in verità, alla disciplina già vigente in materia, con riguardo alla responsabilità genitoriale o ai poteri del tutore e dell'amministratore di sostegno.

L'art. 3, intitolato "*Disposizioni anticipate di trattamento – DAT*", attiene specificamente al tema che ci occupa. Con le *dat* la persona fisica esprime le proprie convinzioni in

materia di trattamenti sanitari, il consenso o il rifiuto con riguardo a specifici trattamenti (comprese le pratiche di nutrizione e idratazione artificiali) e può nominare un fiduciario. Il medico deve rispettare le *dat* e se ne può discostare, in accordo con il fiduciario (o, se non nominato, con i familiari) solo se sussistano «*motivate e documentabili possibilità, non prevedibili all'atto della sottoscrizione, di poter altrimenti conseguire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita*». Infine si prevede come debbano essere scritte, con una formula, in verità, poco chiara: «*Le DAT devono essere redatte in forma scritta, datate e sottoscritte davanti a un pubblico ufficiale, a un medico o a due testimoni o attraverso strumenti informatici di comunicazione*».

L'art. 4, intitolato "*Pianificazione condivisa delle cure*", prende in considerazione l'ipotesi dell'evolversi di una patologia cronica e invalidante. In tal caso il paziente e il medico devono concordare una pianificazione condivisa delle cure alla quale il medico dovrà attenersi qualora il paziente venga a trovarsi in una situazione di impossibilità ad esprimere il proprio consenso. Gli intendimenti del paziente sono raccolti in un documento scritto, o videoregistrato, sottoscritto o validato dal paziente e dal medico curante e inserito nella cartella clinica o nel fascicolo sanitario elettronico.

L'art. 5, infine, detta la normativa transitoria.

Il suddetto provvedimento *de iure condendo*, seppure ancora con ombre e difficoltà interpretative, costituisce comunque un passo avanti rispetto ai precedenti disegni e progetti di legge che qualificavano le *dat* come meri orientamenti non impegnativi per il medico e soprattutto attribuiva a quest'ultimo una posizione di preminenza nel rapporto col paziente. Il ddl fissa alcuni importanti principi, dai quali partirò per le seguenti riflessioni, ma ancora non c'è piena chiarezza nel riconoscimento dell'autodeterminazione del paziente.

Innanzitutto, il consenso informato. Ne è ribadita la centralità nel rapporto paziente/medico e si evidenzia il pieno diritto del paziente sia ad essere informato sia a non essere informato, magari indicando la persona a cui fare riferimento per dare le informazioni sul proprio stato di salute, sulla diagnosi, la prognosi, gli interventi ritenuti necessari.

Poi la disciplina delle *dat*. Ed è qui che si presentano problemi di scelta legislativa e interpretativi. È meglio che le *dat* siano generiche o analitiche? La loro stesura deve essere fatta necessariamente alla presenza di un medico oppure no? Devono essere presenti anche testimoni o ciò è solo facoltativo? Quale discrezionalità di rispetto delle *dat* deve essere riconosciuta al medico, se alcuna? In quali ipotesi il medico – in accordo o meno con il fiduciario – potrà discostarsi dalle *dat*? Sono queste le domande ricorrenti negli ultimi anni sul piano giuridico e sociale, alle quali il disegno di legge nel testo unificato dà risposte estremamente generiche e talvolta confuse e contraddittorie. Si precisa solo che le *dat* comprendono anche «*le pratiche di nutrizione e idratazione artificiali*».

Quanto al medico, il ddl lo obbliga a rispettare le *dat* esonerandolo da responsabilità civile e penale, prevedendo che egli se ne possa discostare – e qui è forte la fumosità della

norma proposta - solo se possa «*conseguire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita*», che all'epoca della sottoscrizione delle *dat* non erano prevedibili. Che significa «*miglioramento delle condizioni di vita*»? Sia «*il miglioramento*», sia «*le condizioni di vita*» sono situazioni che soltanto il paziente può valutare e quindi, anche se le "nuove" tecniche di intervento medico non erano conoscibili al momento della redazione delle *dat*, le *dat* stesse dovrebbero essere state redatte in modo da non lasciar dubbi su quali «*condizioni di vita*» il paziente sia disposto a sopportare. Non vorrei, insomma, che qui si possa consentire, indirettamente, al medico di superare e contraddire le *dat* del paziente. Se egli, ad esempio, ha espresso la volontà di non essere sottoposto a nutrizione e idratazione artificiali, non è che se si scopre una tecnica meno invasiva e dolorosa si possa ritenere che ciò porti ad un «*miglioramento di condizioni di vita*»! La norma prescrive che il medico possa discostarsi «*in accordo con il fiduciario*»: e se il fiduciario non è d'accordo che succede? In mancanza dell'indicazione di un fiduciario, si legge «*vengono sentiti i familiari*»: che significa? Che devono essere d'accordo? E se non lo sono, che succede? E c'è una gerarchia di familiari da sentire e se non c'è accordo tra i familiari (ad esempio, una moglie i cui due figli sono su posizioni opposte sul da farsi), che succede? No su questo punto, sicuramente centrale per la disciplina delle *dat,* non c'è affatto chiarezza.

Così come non è chiara la norma sulla forma delle *dat*: «*devono essere redatte in forma scritta, datate e sottoscritte davanti a un pubblico ufficiale, a un medico o a due testimoni o attraverso strumenti informatici*». Che significa? Che possono essere redatte per iscritto ma anche con strumenti informatici? Ma in quest'ultimo caso devono essere sempre rese innanzi ad un pubblico ufficiale? E cosa deve intendersi per *strumenti informatici:* che devono essere sottoscritti con firma digitale? E poi, i due testimoni sono alternativi alla presenza del medico? E gli strumenti informatici sono alternativi ai due testimoni (non penso) o solo alla forma scritta? Ed allora si fa riferimento all'atto pubblico informatico? Insomma anche su questo punto il testo è estremamente confuso e si presta ad interpretazioni contraddittorie. Speriamo in un "ravvedimento operoso" in sede di approvazione del ddl!

Il ddl dianzi richiamato è l'ultimo – come ho detto – di una lunga serie che fin dal 1984 sono stati presentati in Parlamento, senza mai approdare ad una discussione in Aula. Vogliamo chiederci, come mai?

A mio parere la risposta va ricercata soprattutto nella ingerenza della Chiesa cattolica che orienta in maniera più o meno marcata, secondo i periodi storici, la produzione legislativa nazionale, quando si tratta di disciplinare tematiche sensibili dal punto di vista religioso ed etico. D'altro canto così è successo nello scorso millennio in occasione della legge sul divorzio, della riforma del diritto di famiglia, della disciplina dell'interruzione volontaria della gravidanza, oppure in questo millennio per la discussione sulla legge in materia di procreazione medicalmente assistita, più volte oggetto di interventi correttivi della Corte costituzionale. E tale influenza è stata tanto più marcata e avvertita quanto

più i Papi che si sono succeduti in questi ultimi quaranta anni hanno fatto valere la loro autorità religiosa nelle stanze della politica italiana. Influenza che si è manifestata sia in taluni "suggerimenti" nella redazione del testo *de iure condendo* sia, soprattutto, ottenendo dai propri parlamentari "di riferimento" di non spingere per l'inserimento del testo all'ordine del giorno dei lavori delle commissioni di competenza. E così l'Italia è uno dei pochi Paesi europei a non aver legiferato sulle *dat* e sul cd testamento biologico, manifestando ancora una volta ritrosia e travaglio ad affrontare tematiche di spessore etico e religioso.

Solo che se su temi come il divorzio, l'aborto, la procreazione medicalmente assistita si evidenziava che la scelta del singolo aveva ripercussioni dirette su altri soggetti (o presunti tali) e incideva fortemente su istituti di grande rilievo sociale – il divorzio sulla situazione giuridica dell'altro *partner* e della famiglia; l'aborto sulla situazione giuridica dell'essere fecondato; la procreazione medicalmente assistita anche sulla situazione giuridica dell'altro *partner* e dell'essere fecondato – le *dat*, invece, incidono esclusivamente sulla persona e sul corpo del soggetto che le esprime, così come il "consenso" o il "dissenso" alle cure mediche dichiarato dal soggetto capace legalmente e di intendere e di volere.

Se volessi che mi fosse somministrata l'idratazione e l'alimentazione artificiali nel caso in cui fossi in uno stato di incapacità di intendere e di volere e se ne manifestasse la necessità, posso consegnare una tale volontà alle *dat*, per scongiurare l'eventualità che un medico ne valutasse l'inutilità. Rispetto, insomma, dell'*autodeterminazione*. Ma su questo tema, come in occasione dell'aborto, si è insistito, da parte di alcuni ambienti religiosi ultraconservatori, sulla "sacralità" della vita e quindi ad equiparare talune pratiche palliative o la rinuncia ad interventi ritenuti di "accanimento terapeutico", ad un "suicidio assistito"! È evidente che, allora, di fronte ad un tale atteggiamento è necessario far valere la "laicità" del diritto, della nostra Costituzione, della nostra società civile. Far valere la *pietas*, intesa come attenzione compassionevole verso ciò che è mortale, fragile e caduco, l'attenzione verso il fratello sofferente, bisognoso, indifeso: un sentimento ben noto nel mondo pagano e poi divenuto anche un concetto cristiano.

Il mio approccio a questo tema vuole essere quanto più possibile aderente alla normativa costituzionale e al diritto positivo da un lato e libero da condizionamenti religiosi e ideologici dall'altro, in nome soprattutto del rispetto della *dignità* della persona.

2. Il consenso informato, l'obiezione di coscienza e la tutela dell'incapace.

Il secondo comma dell'art. 32 Cost. recita: «*Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana*». È una norma di grande levatura etica, prima ancora che giuridica. Sancisce il principio dell'*autodeterminazione* della persona sulle scelte riguardanti la propria salute, il proprio corpo. Quando la persona è capace d'agire e non è incapace di intendere e di volere.

Il secondo periodo di questo comma riconosce che c'è una sfera privata costituita dal *rispetto* della *persona* che neanche la legge può violare. Sia quando la persona è capace, sia – anzi, direi, ancor più – quando la persona è incapace. Infatti, in tale ultima situazione la persona non può *difendersi* ed allora neanche il legislatore deve approfittare di un tale stato di debolezza. La genericità della norma individua, in verità, una specificità spirituale che difficilmente potrebbe essere resa con una espressione più chiara e suggestiva: il *rispetto della persona umana*. Peraltro, il tutto, contestualizzando l'intervento del legislatore costituzionale ancora lacerato e scosso per gli orrori della seconda guerra mondiale, del nazi fascismo, perpetrati proprio sugli individui più deboli ed indifesi, senza *alcun rispetto della persona umana*.

Il *rispetto* della persona. E qui il termine *persona* racchiude, infatti, un insieme di valori, caratteri, umori, identità che fanno di quel *soggetto* un *individuo* unico rispetto a tutti gli altri. Quel diritto all'identità personale che ugualmente sintetizza un insieme di diritti che riguardano la tutela morale della *persona*.

Ed allora ecco il messaggio: inviolabilità del proprio corpo da parte anche della legge se non è rispettata la *persona umana*. *Persona umana* che deve essere rispettata nella sua dichiarata volontà di non essere sottoposta ad un determinato trattamento sanitario, o di esserlo; di essere pienamente informata sulle proprie condizioni di salute o di non esserlo, indicando magari un familiare a cui rivolgere tali notizie; di essere *trattata* in modo da non soffrire durante la malattia, oppure no, volendo – se credente – dedicare al proprio Dio quelle sofferenze; di poter pienamente salvaguardare il proprio corpo da trattamenti indesiderati quando non si sarà *capaci* di poter esprimere una volontà consapevole e una decisione coerente rispetto alle proprie convinzioni.

Autodeterminazione, insomma, significa riconoscere alla persona la possibilità di decidere da sé sul proprio corpo, col limite del *rispetto della persona umana*. Quindi questo limite colpisce sia la persona stessa sia ovviamente tutti gli altri. Un forte integralismo religioso, un'ideologia eccessivamente attenta a riconoscere una sorta di *supremazia* e di *intangibilità* della propria vita da parte della stessa persona, si risolve proprio nel mancato riconoscimento della *persona* in quella accezione complessa e completa di cui la Costituzione esige il rispetto da parte del legislatore ordinario. Ecco perché sono del tutto inaccettabili quei disegni di legge che riconoscono la possibilità che il medico si possa dichiarare obiettore di coscienza e, come tale, disattendere le disposizioni anticipate di trattamento espresse dal paziente!

Ovviamente l'*autodeterminazione* implica e presuppone una completa, chiara e esauriente informazione al fine di poter esprimere il consenso consapevolmente. Recentemente con il Decreto 28 dicembre 2016, n. 265 ("*Regolamento recante norme in materia di manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita*"), il Ministero della Giustizia ha indicato in maniera estremamente analitica all'art. 1 le finalità e i contenuti

del consenso informato: dalla possibilità di ricorrere agli strumenti offerti dalla legge 4 maggio 1983, n. 184, in tema di affidamento ed adozione, come alternativa alla procreazione medicalmente assistita, ai problemi bioetici conseguenti all'applicazione delle tecniche di PMA, dall'esposizione delle diverse tecniche impiegabili, incluse quelle di PMA di tipo eterologo, alla possibilità per uno dei componenti della coppia di donare gameti, dalle fasi operative di ciascuna tecnica, con particolare riguardo alla loro invasività nei confronti della donna e dell'uomo, all'impegno dovuto dai richiedenti con riguardo anche ai tempi di realizzazione, all'eventuale terapia farmacologica da seguire, agli accertamenti strumentali e di laboratorio da esperire, alle visite ambulatoriali ed ai ricoveri, anche in *day hospital*. Ancora ammonisce il Ministero sulla necessità di esporre gli effetti indesiderati o collaterali relativi ai trattamenti, nonché le probabilità di successo delle diverse tecniche espresse come possibilità di nascita di un bambino vivo; ed ancora i rischi per la madre e per il nascituro, accertati o possibili, quali evidenziabili dalla letteratura scientifica nonché i rischi associati alle tecniche di PMA di tipo eterologo e i possibili effetti psicologici per i singoli richiedenti, per la coppia e per il nato, conseguenti all'applicazione delle tecniche di PMA, con particolare riguardo alle specificità delle tecniche di PMA di tipo eterologo. Inoltre si deve informare sulla possibilità di crioconservazione dei gameti maschili e femminili per successivi trattamenti di fecondazione assistita, ed eventualmente anche al fine della donazione per fecondazione di tipo eterologo. Inoltre, sulla possibilità di revoca del consenso da parte dei richiedenti fino al momento della fecondazione dell'ovulo e sulla possibilità, da parte del medico responsabile della struttura, di non procedere alla procreazione medicalmente assistita esclusivamente per motivi di ordine medico-sanitario, motivati in forma scritta. Infine, sulla possibilità di crioconservazione degli embrioni, precisando che le tecniche di produzione degli embrioni non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario alla procreazione, e che il trasferimento degli embrioni così prodotti deve essere effettuato non appena possibile, senza pregiudizio della salute della donna. Il Decreto precisa ancora che ogni decisione deve essere motivata in forma scritta e deve esserne conservata copia nella cartella clinica, comunicando i costi economici totali derivanti dalla procedura adottata.

Non tutte le prescrizioni del decreto paiono, in verità, necessarie e coerenti all'espressione di un consenso informato, anzi sembrano più tentare un'ultima dissuasione ad accedere a tecniche, ad esempio quella eterologa, viste con disfavore: i possibili effetti psicologici sul nascituro, le tecniche di crioconservazione. Certo meglio un eccesso di informazione piuttosto che un pericoloso silenzio! Ma il rammentare – come già fa la legge – che si potrebbe evitare la PMA iniziando un procedimento di adozione oppure i «*rischi*» di embrioni in sovrannumero sembrano informazioni volte ancora a convincere la coppia a desistere! Già la legge 40/2004 all'art. 6 ("*Consenso informato*") si sofferma sulle informazioni che bisogna dare al fine di poter determinare un *consenso* informato, mentre

analoga analiticità, in verità, non si riscontra nell'art. 1 del disegno di legge esposto nel primo paragrafo, né ritengo, qualora si dovesse convertire in legge, che sia auspicabile un intervento ministeriale su questo punto per le ragioni che dirò in seguito.

La giurisprudenza si mostra estremamente severa nei confronti del medico quanto al contenuto degli obblighi di fornire informazioni che vanno al di là delle proprie specifiche competenze professionali. Così, ad esempio, la Cassazione, con sentenza del 28 febbraio 2017 n. 5004, ha statuito che il compito del medico di fiducia non si esaurisce nell'indicare alla paziente gestante la presenza di un'alterazione del feto rinvenuta a seguito di una specifica analisi, ma esso è necessariamente comprensivo, in particolare ove gli sia stato richiesto, di un approfondimento in ordine alle conseguenze di tale alterazione, alle percentuali di verificabilità, alle possibili incidenze sulla qualità della vita dei genitori e del nascituro, alla riconducibilità di tali possibili conseguenze a una scelta abortiva libera o all'indicazione se esse comportino rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro che possano determinare un grave pericolo per la salute psichica o fisica della donna, tali da legittimare un'interruzione della gravidanza oltre i primi novanta giorni. Al medico si chiede, insomma, di assolvere ad obblighi di protezione della salute della paziente (e nel caso esaminato dalla Cassazione anche del nascituro), obblighi ai quali, evidentemente, non può sottrarsi per personali motivi di obiezione di coscienza!

Un approfondimento a parte meriterebbe, perciò, il tema dell'obiezione di coscienza in generale e in particolare nell'esercizio dell'attività medica. Nel caso che ci occupa, non si comprende – ovviamente nell'ottica *laica* o meglio della norma costituzionale sul rispetto della persona umana – quale superiore interesse morale del medico debba essere salvaguardato e preferito rispetto a quello della persona che ha previamente deciso quale trattamento egli ritenga lesivo del *rispetto* da riconoscersi alla propria persona. A quale costrizione è sottoposto il medico, tale da ledere la propria morale, la propria *coscienza*, nel rispettare le *dat* a suo tempo espresse dal paziente? Mi pare che, talvolta, quando si introduce l'esimente dell'obiezione di coscienza per i medici, non si applichi correttamente questo istituto perché non vi è alcuna prevaricazione sulle legittime ragioni dei sanitari a non tradire nell'esercizio della professione i loro sentimenti morali e religiosi o i precetti del giuramento di Ippocrate! Quando una ASL – così come è successo in un noto ospedale romano – bandisce un concorso per l'assunzione di due ginecologi per poter praticare l'interruzione della gravidanza, ai sensi della legge sull'aborto, esclude *in re ipsa* che vi possano partecipare ginecologi che, secondo la norma dell'art. 9 della legge 194/1978, hanno dichiarato di essere obiettori! Non si è fatta alcuna discriminazione laddove è la stessa legge a distinguere tra ginecologi obiettori e non obiettori, quando in un ospedale serve personale sanitario che pratichi interventi abortivi.

Di obiezione di coscienza si è sempre parlato in Italia con riferimento al rifiuto di prestare il servizio militare e dopo vari contrasti politici, sociali e religiosi fu varata la

legge 15 dicembre 1972, n. 772 che dava il diritto all'obiettore per motivi morali, religiosi e filosofici di svolgere in alternativa al servizio militare il servizio civile sostitutivo. Quindi al soggetto obiettore viene data un'alternativa per poter ugualmente "servire la Patria"!

Nel campo medico – e anche nella legge sull'aborto – qual è l'alternativa che viene data al medico obiettore? Nessuna! Ma non ha senso che un medico obiettore di coscienza possa rifiutarsi di prestare la propria attività sanitaria che coinvolge la salute e talvolta la vita di altre persone! In questo modo, a mio parere, si equivoca sul significato proprio di *obiezione di coscienza* o perlomeno se ne amplia e snatura il significato.

Ancor più non ha senso, e non ha nulla a che vedere con l'obiezione di coscienza nel significato originario e proprio del termine, rifiutarsi – così come previsto in taluni disegni di legge - di rispettare le dichiarazioni anticipate di trattamento, che riguardano esclusivamente la persona che le ha espresse. In questo modo, viene meno ogni tutela proprio nel momento in cui ce ne sarebbe più bisogno, perché la persona non è più capace di esprimere il consenso o meno al trattamento sanitario.

Eppure il legislatore – per limitarci solo alla normativa del codice civile – è stato sempre attento a salvaguardare le esigenze e i bisogni dei più deboli. La normativa in tema di interdizione giudiziale, di inabilitazione e di minori (con la presenza vigile del giudice tutelare che "controlla" l'operato dei genitori) è estremamente attenta agli aspetti (è vero prevalentemente ma) non soltanto economici. Ed allora una normativa coerente con tale orientamento non può non riconoscere efficacia piena alle disposizioni anticipate di trattamento (*dat*) tali da non poter essere disapplicate dal medico. Altrimenti il medico avrebbe la possibilità di disconoscere impunemente quelle disposizioni rese da una persona pienamente capace di intendere e di volere, proprio quando dovrebbero essere applicate e la persona (ormai incapace) non è in grado di pretenderne l'applicazione!

Ecco che *consenso informato* (o anche *dissenso informato), dichiarazioni anticipate di trattamento, tutela della persona* e *tutela dell'incapace* sono eventi, situazioni, istituti che devono essere considerati come facenti parte di un unico sistema. Anche in assenza di una legge, alle *dat* si può riconoscere, sul piano giuridico, piena validità ed efficacia proprio esaltando e dando evidenza al consenso (dissenso) informato (di cui le *dat* sono una prosecuzione), alla tutela della persona (secondo il dettato costituzionale dell'art. 13) e alla tutela dell'incapace (secondo la normativa del codice civile e non solo).

Se il medico è tenuto, nell'esercizio della propria professione, ad informare compiutamente e in maniera comprensibile il paziente su quali sono i trattamenti a cui dovrebbe essere sottoposto e, soprattutto, su quali potrebbero essere le conseguenze qualora non consentisse a tali trattamenti e se nulla può opporre il medico all'espressa volontà del paziente di non sottoporsi a tali trattamenti, come non può balzare evidente la contraddizione di ritenere possibile disattendere le disposizioni anticipate di trattamento che altro non sono che espressioni di consenso e dissenso a determinati trattamenti, qualora la

persona dichiarante si trovasse in stato di incapacità? Tanto è vero che la giurisprudenza e la dottrina considerano la possibilità che la persona possa nominare un amministratore di sostegno (che altri non è che un fiduciario) al quale affidare le disposizioni anticipate di trattamento, incaricandolo di controllare che siano rispettate in caso di sua incapacità sopravvenuta.

Sono consapevole che, dal momento in cui le disposizioni vengono redatte a quando dovrebbero trovare applicazione, la scienza medica potrebbe aver fatto progressi enormi e imprevedibili, sicché si pone il problema di se non potrebbe ritenersi che il dichiarante le avrebbe in tutto o in parte revocate: è questo il principale problema sia in assenza di una legge sia *de iure condendo*. Certo non si può pretendere che il medico, nel momento in cui dà le informazioni al paziente *capace* o al fiduciario o ai familiari quando il paziente sia *incapace*, le arricchisca anche esponendo qual è lo stato della ricerca riguardo a quella malattia e quali sono i presumibili tempi per arrivare eventualmente ad un risultato che comporti un miglioramento in tutto o in parte delle sue condizioni di vita. Infatti, ciò vorrebbe dire caricare il medico di un onere eccessivo (soprattutto se non fosse un medico specialista) e conseguentemente di responsabilità, qualora quelle aspettative di risultati della ricerca scientifica andassero in tutto o in parte deluse o comunque non fossero rispettati quei tempi che erano stati preventivati.

Una tale previsione sarebbe peraltro contraria e, in un certo qual modo, in controtendenza rispetto alla c.d. *medicina difensiva* che caratterizza i nostri tempi: il medico, per evitare di essere giudicato responsabile per *malpractice,* prescrive in maniera esagerata analisi, radiografie, indagini e così via, senza avanzare diagnosi in assenza di oggettivi referti. Pertanto, a mio parere, il medico è tenuto esclusivamente a informare il paziente sullo stato della scienza medica al momento in cui chiede il *consenso*, nonché sui protocolli che saranno applicati e su quali sono le conseguenze note in ragione di quell'intervento e/o terapia oppure sul mancato intervento e/o terapia. E sarà il paziente *capace* ad esprimere la propria volontà consapevole.

Il problema si pone, quindi, soprattutto nel caso in cui il paziente *capace* abbia espresso determinate *dat* che devono trovare applicazione, essere rispettate quando la scienza medica ha progredito rispetto al tempo dell'espressione della volontà. Come ci si dovrebbe comportare sia come fiduciario o familiare sia come medico?

Infatti, le situazioni potrebbero essere varie: disposizioni generiche, analitiche, specifiche; da leggere tenendo conto dell'età del paziente, delle sue condizioni generali di salute; tenendo conto della sua situazione psicologica al momento della redazione delle dichiarazioni (ad esempio, se fosse depresso o meno) e del suo comportamento complessivo (ad esempio, l'essersi informato su dove si pratica l'eutanasia), e così via. E nello stesso tempo varie potrebbero essere le novità apportate dalle nuove tecniche: maggiore o minore invasività delle tecniche di intervento, esiti riscontrabili nel breve, medio o lun-

go periodo, sopravvivenza a costo di una minima o grave invalidità oppure di terapie più o meno dolorose e defatiganti per il fisico, e così via, senza peraltro affrontare il problema dei costi economici che non sono affatto irrilevanti nella scelta.

È ovvio che però, di fronte ad una tale obiettiva difficoltà ad individuare un punto di equilibrio e di minore incertezza possibile nell'interpretare l'effettiva volontà del dichiarante (ora incapace), non ci si può arrendere o pilatescamente preferire una soluzione che dia al medico l'onere di decidere sia in assenza di una legge sia *de iure condendo*! Allora, a mio parere, sarebbe opportuno che una legge prevedesse che chi scrive le *dat* debba indicare un *fiduciario*, sia esso un familiare o meno, e questi assuma la responsabilità di consentire o meno che ci si discosti dalle *dat* a suo tempo espresse. Si dovrebbe, cioè, ragionare in termini di *sostituzione* del fiduciario al paziente incapace, proprio perché questi - quando era capace - ha indicato *quella persona* come fiduciario, ben consapevole che qualora si fosse trovato nella situazione di dover decidere se di fronte ad una situazione "nuova" disattendere o meno le *dat* avrebbe agito così come egli stesso avrebbe fatto se fosse stato capace. Non è giusto che in una tale scelta entri il medico che è una persona estranea (normalmente) alla sfera di affetti condivisi quando si era capaci. Altrimenti si ricade nella pretesa di affidare ad un terzo una scelta così importante e che si potrebbe presentare anche per il paziente capace.

È necessario, quando si affrontano tematiche di tale impatto sociale e soprattutto che riguardano la *persona* nel significato più intimo e spirituale del termine, che il legislatore intervenga con grande rispetto verso il destinatario del precetto e con norme che non ne limitino l'autodeterminazione. Quell'attenzione che il legislatore pone a tutela del patrimonio del soggetto quando questi non possa svolgere con piena capacità l'attività di amministrazione dei propri beni (ed ecco gli istituti dell'interdizione, dell'inabilitazione e dell'amministrazione di sostegno) o quando sia anche solo in una situazione di incapacità di intendere e di volere, deve essere ancora maggiore quando il *bene* da tutelare è quello della vita, o meglio del modo con cui la *persona* vuole vivere la propria vita e quindi anche la propria morte che ne costituisce l'inevitabile momento finale.

Penso che da un lato le *dat* e dall'altro la nomina di un *fiduciario* (che sostituisca la persona qualora si trovi in uno stato di incapacità) debbano formare il principale oggetto dell'intervento legislativo nel segno e nel riconoscimento dell'autodeterminazione da garantire alla *persona*. Come si debba declinare il *consenso informato*, i limiti dell'intervento medico affinché non sfoci nell'*accanimento terapeutico* e nella violazione dell'*autodeterminazione* del paziente, dovrebbero svilupparsi normativamente in maniera coerente e conseguenziale, secondo il disposto costituzionale dell'art. 32 per cui «*La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana*».

Ma, una volta stabilita la vincolatività delle *dat* e la necessità che esse contengano l'indicazione di un fiduciario (altrimenti sarà considerato tale il familiare più stretto), l'in-

tervento del legislatore potrebbe anche arrestarsi e lasciare che sia la giurisprudenza a risolvere gli altri problemi interpretativi che potrebbero sorgere, nei limiti dei principi di ordine pubblico e di rispetto della norma costituzionale dell'art. 32.

Infatti, *rispetto della persona umana* significa anche e soprattutto dare attuazione alle *dat*, sia che esse respingano o consentano alla idratazione e alimentazione artificiale, sia che esse autorizzino i medici a svolgere ogni tentativo (con il solo limite dell'accanimento terapeutico) di guarigione sia che esse diffidino i medici dall'interrompere il naturale decorso della malattia fatte salve le possibile cure palliative. E così via. Le *dat* esprimono le caratteristiche identitarie della *persona*, la sua filosofia di vita, la sua religione, la sua laicità. Il fiduciario indicato dalla persona deve vigilare affinché le *dat* trovino effettiva attuazione ed egli in quanto specificamente chiamato a tale compito deve essere *rispettato* allo stesso modo della *persona* che rappresenta. Non può ritenersi possibile – in via interpretativa o *de iure condendo* – che un soggetto terzo, ad esempio il medico, in ragione delle proprie convinzioni quale obiettore di coscienza possa far prevalere la propria volontà su quella del paziente (o del fiduciario) con riguardo all'attuazione delle *dat*. D'altro canto la disciplina del *consenso informato* vincola il medico al rispetto della volontà espressa dal paziente ed allora perché non dovrebbe essere così anche per le *dat* che, in qualche modo, sono la conseguenziale prosecuzione del consenso informato, nel senso che il paziente acconsente ai trattamenti terapeutici sul proprio corpo nei limiti delle *dat*?

3. Conclusioni. Un possibile testo di legge.

Ormai quello che si insegnava nelle aule universitarie con riguardo alle caratteristiche della legge da un lato e dell'intervento del giudice dall'altro è stato ampiamente superato nei fatti. I testi legislativi sono il più delle volte confusi, generici, contraddittori, lacunosi, così da obbligare talvolta il giudice a interpretazioni "forzate" pur di dar senso alla normativa oppure a decisioni che colmano i vuoti di disciplina.

Ci sono poi materie – come quella che stiamo trattando – che, avendo una caratterizzazione etica, sociale e, nello stesso tempo, personale fortemente rilevante, mal si prestano ad essere oggetto di una regolamentazione estremamente analitica: conviene lasciare spazio non soltanto all'autodeterminazione ma anche al giudice che meglio possa decidere il singolo caso alla luce dei principi generali dell'ordinamento, dell'ordine pubblico, della normativa costituzionale. Assistiamo poi in questi anni ad una latitanza della politica di fronte a problemi concreti della società civile che riguardano la *persona:* una politica che stenta ad assumersi la responsabilità di decidere, ma che, con spirito meramente demagogico, pur di non scontentare il proprio elettorato, rinvia, rinvia, rinvia. Ed è allora il giudice a doversi assumere la responsabilità di decidere senza uno specifico fondamento normativo per dare risposte alle istanze che vengono in concreto dai cittadini. È quanto accade sulle *dat*, è quanto accade con la cd. *step child adop-*

tion, è quanto accade con l'eutanasia*;* è quanto è accaduto con il divorzio, l'interruzione volontaria della gravidanza, la procreazione medicalmente assistita, le unioni civili.

Insomma a me sembra che in materie quali il diritto di famiglia e con riguardo a diritti quali quelli della *persona*, l'intervento legislativo debba limitarsi a fissare i confini entro i quali possa esplicarsi con piena efficacia l'autodeterminazione della *persona* ed entro i quali il giudice possa assumersi l'onere di decidere il caso concreto avendo presenti le peculiarità e la caratteristiche proprie della fattispecie sottoposta al suo esame. E tanto più diventa importante e determinante il ruolo del giudice quanto più il legislatore tarda o rinvia il proprio intervento, lasciando i cittadini privi di un qualche riconoscimento con riguardo a diritti fondamentali della persona, potendo quindi contare solo sull'(auspicato) equilibrio del giudice chiamato a pronunciarsi, a dare una risposta alla legittima domanda di giustizia, di tutela, di rispetto della propria dignità di *persona*.

Certo, di fronte ad una tale latitanza del legislatore, di fronte a problematiche di carattere sociale di forte rilievo dal punto di vista morale e personale, il giudice si trova talvolta a dover superare il dato normativo, o meglio ad aggirarlo, fissando il fondamento giuridico ad una propria decisione in una interpretazione storico evolutiva, che nell'istanza sociale di riconoscimento di certi diritti trova nello stesso tempo lo stimolo a decidere e la giustificazione della propria decisione!

In maniera molto più responsabile della politica, il giudice – e d'altro canto non potrebbe fare altrimenti! – non si sottrae al proprio compito di decidere se un determinato diritto vada o meno riconosciuto, se può trovare o meno tutela, se può essere apprezzato come meritevole di tutela: il tutto riferito a quello specifico caso, a quel soggetto in particolare, a quel determinato rapporto. Ma avendo riguardo ai temi di cui stiamo discutendo (*dat*, accanimento terapeutico, ecc.) il caso specifico – non soltanto per l'impatto mediatico che spesso genera – assume una dimensione che si amplia e riguarda non solo quella situazione concreta ma interessa più persone che condividono analoghi problemi. Il giudice è, insomma, consapevole che la sua decisione non incide soltanto sulla situazione concreta sottoposta al suo esame, non impatta soltanto con la sfera la più intima della persona che a lui si è rivolta, ma necessariamente coinvolge l'intera società civile e aprirà un dibattito su contenuti etici, morali e religiosi. Ecco perché sarebbe importante che il legislatore supportasse il giudice emanando una legge chiara, essenziale e coerente con la normativa costituzionale.

Ad esempio:

Art. 1. <u>Disposizioni anticipate di trattamento. Nozione e contenuto</u>

Con le disposizioni anticipate di trattamento ogni persona maggiorenne decide quali trattamenti terapeutici consente o rifiuta siano eseguiti sul proprio corpo, qualora dovesse trovarsi in una situazione di incapacità di intendere e di volere che impedisce di esprimere un consenso informato e consapevole. Nei trattamenti sono ricomprese le pratiche di nutrizione e idratazione artificiali.

Con le stesse disposizioni si può nominare un fiduciario che abbia la capacità di agire e che sostituisce e rappresenta la persona, in caso di incapacità di intendere e di volere, nei rapporti con i sanitari, curando l'interpretazione e l'attuazione delle disposizioni, assumendo tutte le decisioni necessarie in merito a trattamenti non previsti nelle disposizioni o in mancanza delle disposizioni stesse. I sanitari devono rispettare e non possono disattendere le disposizioni anticipate di trattamento e le decisioni assunte dal fiduciario, neanche eccependo l'obiezione di coscienza. I sanitari non sono responsabili civilmente e penalmente nell'esecuzione di dette disposizioni e decisioni.

Qualora le disposizioni anticipate di trattamento non prevedano la nomina di un fiduciario vi provvede il giudice tutelare, su istanza di chiunque vi abbia interesse, preferendo, ove possibile, il coniuge non separato legalmente, la persona costituente l'unione civile o stabilmente convivente, il figlio o altro parente entro il quarto grado.

Art. 2. Forma

Le disposizioni anticipate di trattamento devono essere redatte in forma scritta, datate e sottoscritte dinanzi ad un pubblico ufficiale o a due testimoni capaci legalmente. Con le stesse forme possono essere modificate o revocate. Qualora le disposizioni contengano anche la nomina del fiduciario, l'atto deve essere sottoscritto da quest'ultimo per accettazione.

La nomina del fiduciario può essere fatta anche con atto separato dinanzi ad un pubblico ufficiale o alla presenza di due testimoni e deve essere sottoscritto dal fiduciario per accettazione.

Copia autentica delle disposizioni anticipate di trattamento e della nomina del fiduciario possono essere depositate nella cartella clinica e/o inseriti nel fascicolo sanitario elettronico o in ogni altra banca dati gestita dal Servizio sanitario nazionale. »

La *ratio* della normativa proposta è quella di affermare la centralità dell'autodeterminazione della persona legalmente capace, che deve consentire ogni trattamento sanitario sul proprio corpo e, in previsione di una propria futura incapacità ad esprimere il consenso/dissenso, può redigere le disposizioni anticipate di trattamento e/o nominare un fiduciario che lo sostituisca nell'espressione di tale volontà. Nel contempo, alla vincolatività di dette disposizioni e delle prescrizioni del fiduciario nei confronti dei medici, si contrappone la non imputabilità di questi ultimi sul piano civile e penale.

A mio parere, l'intervento legislativo non dovrebbe essere maggiormente analitico. Ogni opportuno adattamento al caso concreto sarà operato dal giudice, così come ogni decisone sarà da questi assunta, in caso di disaccordo nell'applicazione delle disposizioni anticipate di trattamento. È inutile, ad esempio, appesantire il testo legislativo con la previsione che le *dat* possano essere scritte anche con mezzi informatici: si tratta, infatti, di una modalità già disciplinata nel nostro ordinamento e non c'è alcun bisogno di farvi esplicito e specifico riferimento.

Sono consapevole che la normativa proposta non è risolutiva di ogni possibile problematica che potrebbe emergere in concreto, ma sono sempre più convinto che in questa materia solo la persona, ed eventualmente il fiduciario da questi nominato, debbano poter decidere sui trattamenti sanitari, mentre i medici devono limitarsi ad una completa e chiara informativa, in modo che poi la persona interessata possa esprimere un consenso/dissenso consapevole. Una eccessiva analiticità del testo normativo rischierebbe solo di aprire discussioni interpretative, a scapito di una operatività certa e concreta.

Ad esempio, il richiedere che le *dat* siano redatte alla presenza di un medico potrebbe indurre l'interprete a valutare se la preparazione professionale e la specializzazione del medico fossero adeguate all'informazione sanitaria da dare alla persona in sede di redazione delle *dat*. Non solo. Si potrebbe ritenere necessario provare quale informazione in concreto sia stata data alla persona e valutarne la completezza e la adeguatezza. È opportuno, invece, che la persona sia libera di redigere le *dat* esprimendo la propria volontà, a prescindere dalla circostanza che si sia più o meno documentata, più o meno informata.

Oppure, che senso ha prevedere che il medico possa discostarsi dalle *dat*, in accordo con il fiduciario, in determinate ipotesi. Se non c'è l'accordo che succede? Si dovrà adire il Giudice? E nelle more del giudizio quali decisioni vengono prese? Invece, io ritengo che il fiduciario debba essere considerato a tutti gli effetti un sostituto della persona e le sue determinazioni devono essere rispettate come se fossero state espresse dal paziente stesso. Mi rendo conto che è una scelta "forte", ma ritengo che sia l'unico modo per rispettare la volontà della persona che o nelle stesse *dat* o con atto a parte abbia provveduto a tale nomina, fidando nelle doti di discernimento del fiduciario e nel suo impegno ad agire nel perseguimento dell'esclusivo suo interesse.

È importante che – se si perverrà ad una legge! – il legislatore esprima con chiarezza qual è l'obiettivo divisato, perché il suo intervento potrebbe essere il primo di altri che in materie così sensibili si renderà necessario porre in essere con l'evolversi della società civile. Penso, in particolare, al tema dell'eutanasia la cui normativa, come è ovvio, o meglio come si auspica, dovrebbe essere coerente con questa in tema di *dat*. Certo, argomento ancora più delicato dal punto di vista sociale, etico, religioso, ma il silenzio normativo anche su queste tematiche denuncia ancora una volta l'incapacità della nostra classe politica a disciplinare aspetti della vita sociale oggi più che mai avvertiti dalla collettività come essenziali.

Più la medicina evolve, più la vita umana si allunga, più si manifestano nella società civile due atteggiamenti contrastanti e due diverse richieste di tutela, ambedue degne di riconoscimento legislativo. Infatti all'allungamento della vita umana non corrisponde sempre una vecchiaia che si svolge serena e priva di sofferenze fino alla morte; e così i trattamenti sanitari per malattie gravi talvolta portano a conseguenze fortemente invalidanti. C'è chi accetta, pur di continuare a vivere, sofferenze ed invalidità; c'è chi non le

accetta, ritenendo che non è *vita* quella con un corpo ridotto ad un "troncone vegetante" o che non sia in grado di realizzare relazioni interpersonali soddisfacenti. C'è chi chiede, in determinate situazioni di salute fisica e/o psichica di cui ha piena consapevolezza (presenti o eventuali e future) che si assecondi il cammino naturale della vita verso la morte, alleviando per quanto possibile il dolore, ma senza impedire o rallentare questo decorso. C'è chi, invece, all'opposto, vuole profittare, in determinate situazioni di salute fisica e/o psichica, di cui ha piena consapevolezza (presenti o eventuali e future), di tutte quelle tecniche mediche che consentano, pur tra sofferenze e/o perdita di coscienza, di far sì che continuino le funzioni vitali, di tenere in vita quel corpo.

Motivazioni etiche, morali e religiose stanno alla base di tali scelte personali, di *consenso e dissenso informato*, ed un legislatore attento alle istanze della società civile non può ignorarle o, peggio ancora, non può preferire e dare tutela solo ad una istanza e non all'altra. Perciò la normativa deve essere incentrata sull'autodeterminazione e sul fiduciario: solo così la volontà della persona potrà trovare affermazione e tutela.

Se uno dei principali compiti del *diritto* è quello di creare una *societas* in cui i cittadini si riconoscano pienamente e le *persone* si sentano *rispettate*, questi temi e la loro disciplina ne rappresenta il principale banco di prova, una sorta di carta di identità nazionale, che dia conto del livello di civiltà giuridica, sociale ed etica raggiunto. Mi rendo conto, nel contempo, che forse è pretendere troppo in quest'epoca da un legislatore guidato da una politica più attenta ad accontentare gli umori dell'elettorato piuttosto che ad assumere scelte impegnative su problematiche così rilevanti sul piano sociale. E, purtroppo, anche il "nuovo" volto della politica non sembra discostarsi più di tanto da un tale *modus operandi*.

Voglio sperare, in conclusione, che così come è stato per la legge sulle unioni civili, all'improvviso si pervenga finalmente al raggiungimento di quell'obiettivo che sembrava invece così lontano, ponendo fine a discussioni talvolta sterili e demagogiche.

LA TUTELA DELL'UNITÀ FAMILIARE NEL DIRITTO DEGLI STRANIERI. RECENTI EVOLUZIONI NORMATIVE E GIURISPRUDENZIALI

Cecilia Corsi
Prof. ordinario Università di Firenze

Sommario: 1. Il diritto all'unità familiare. 2. Il ricongiungimento del partner dello stesso sesso. 3. Il ricongiungimento del minore affidato con *Kafalah*. 4. I limiti al ricongiungimento per la famiglia poligamica. 5. L'ingresso del genitore per ricongiungimento al figlio minore. 6. Qualche osservazione conclusiva.

1. Il diritto all'unità familiare.

Uno dei principali canali di ingresso degli stranieri nel nostro paese è costituito dal ricongiungimento familiare ed anche i più recenti dati statistici, che rilevano un incremento dei permessi di soggiorno per motivi familiari, denotano chiaramente la volontà dei lavoratori stranieri di radicarsi in Italia con i loro congiunti.

Peraltro la stessa discrezionalità del legislatore nel regolare l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione degli stranieri trova un limite nel rispetto del diritto all'unità familiare, quale diritto fondamentale dell'individuo che trova nella costituzione e nelle convenzioni internazionali piena tutela[1] e il «testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero»[2] dedica un titolo al «diritto all'unità familiare e tutela dei minori».

In particolare l'art. 28 del t.u. riconosce il diritto a mantenere o a riacquistare l'unità familiare agli stranieri titolari di carta di soggiorno (ora permesso di soggiorno CE per i soggiornanti di lungo periodo) o di permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno rilasciato per motivi di lavoro subordinato o autonomo, ovvero per asilo, per studio, per motivi religiosi o per motivi familiari[3]. Anche gli artt. 27 *ter*, comma 8[4] e 27 *quater* comma 16[5] del t.u. consentono, rispettivamente, il ricongiungimento al titolare di permesso per ricerca scientifica e al titolare di carta blu UE indipendentemente dalla

1. Per un'analisi della giurisprudenza della corte costituzionale e della corte europea dei diritti dell'uomo, mi permetto di rinviare a C. Corsi, *Il ricongiungimento familiare*, in *Immigrazione e cittadinanza. Profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, Torino, 2008, p. 283 ss.

2. T.u. 25 luglio 1998, n. 286.

3. Il permesso di soggiorno per motivi familiari che è stato aggiunto dal d.lg. n. 5 del 2007, – ma già riconosciuto dalla circolare del Ministero dell'interno del 25 ottobre 2005, n. 2768/2.2 – rende possibile il ricongiungimento a catena.

4. Disposizione aggiunta dal d.lg. 9 gennaio 2008, n. 17 di «attuazione della direttiva 2005/71/CE relativa ad una procedura specificamente concepita per l'ammissione di cittadini di Paesi terzi a fini di ricerca scientifica».

5. Disposizione aggiunta dal d.lg. 28 giugno 2012, n. 108 di «attuazione della direttiva 2009/50/CE sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di Paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati».

durata dello stesso. Inoltre ai sensi del d.lg. 19 novembre 2007, n. 251[6] hanno diritto al ricongiungimento familiare anche gli stranieri ammessi alla protezione sussidiaria (art. 22) e gli stranieri titolari di un permesso di soggiorno per motivi umanitari rilasciato su richiesta della Commissione territoriale (art. 34). La giurisprudenza ha infine riconosciuto la possibilità di accedere al ricongiungimento familiare anche a coloro che siano titolari di permesso di soggiorno per attesa cittadinanza[7].

La legge Turco-Napolitano del 1998 nel venire a ridisciplinare l'istituto del ricongiungimento familiare disponeva che lo straniero potesse chiedere il ricongiungimento per i seguenti familiari: *a)* coniuge non legalmente separato; *b)* figli minori[8] a carico, anche del coniuge o nati fuori del matrimonio, non coniugati ovvero legalmente separati, a condizione che l'altro genitore, qualora esistente, abbia dato il suo consenso; *c)* genitori a carico; *d)* parenti entro il terzo grado, a carico, inabili al lavoro secondo la legislazione italiana.

Ma già con la legge Bossi-Fini del 2002 è stata limitata la possibilità di ricongiungimento con i genitori a carico, ammettendola solo qualora non abbiano altri figli nel paese di origine o di provenienza ovvero siano genitori ultra sessantacinquenni e gli altri figli siano impossibilitati al loro sostentamento per documentati gravi motivi di salute. Inoltre è stata eliminata la possibilità di richiedere il ricongiungimento coi parenti entro il terzo grado a carico, inabili al lavoro, ma si è introdotta la mera possibilità di ricongiungimento coi figli maggiorenni a carico, qualora non possano per ragioni oggettive provvedere al proprio sostentamento a causa del loro stato di salute che comporti invalidità totale.

A seguito, poi, delle modifiche introdotte dal d.lg. 31 gennaio 2007, n. 5 e dal d.lg. correttivo 3 ottobre 2008, n. 160[9] di attuazione della direttiva 2003/86/CE[10], la disciplina vigente (art. 29 t.u.) consente il ricongiungimento per i seguenti familiari:

a) coniuge non legalmente separato e di età non inferiore ai diciotto anni[11];

6. Decreto legislativo di «attuazione della direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione ai cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta», come modificato dal d.lg 21 febbraio 2014, n. 18 di «Attuazione della direttiva 2011/95/UE recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta».

7. Cass. sentt. 3 aprile 2008, n. 8582, in *Banca Dati De Jure* e 20 maggio 2009, n. 12680.

8. Ai fini del ricongiungimento si considerano minori i figli di età inferiore a diciotto anni.

9. Per un commento al decreto legislativo correttivo, mi permetto di rinviare a C. Corsi, *Le novità in materia di ricongiungimento familiare*, in *Immigrazione e cittadinanza. Profili normativi e orientamenti giurisprudenziali. Aggiornamento alla legge 15 luglio 2009, n. 94. Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*, Torino, 2009, p. 49 ss.

10. Direttiva relativa al diritto al ricongiungimento familiare.

11. L'introduzione del limite dei diciotto anni è una facoltà prevista dalla direttiva 2003/86/CE che consente di stabilire per il ricongiungimento del coniuge un limite non superiore ai ventuno anni al fine di «assicurare una migliore integrazione ed evitare matrimoni forzati».

b) figli minori, anche del coniuge o nati fuori del matrimonio, non coniugati[12], a condizione che l'altro genitore, qualora esistente, abbia dato il suo consenso;

c) figli maggiorenni a carico, qualora per ragioni oggettive non possano provvedere alle proprie indispensabili esigenze di vita in ragione del loro stato di salute che comporti invalidità totale;

d) genitori a carico, qualora non abbiano altri figli nel Paese di origine o di provenienza, ovvero genitori ultrasessantacinquenni, qualora gli altri figli siano impossibilitati al loro sostentamento per documentati, gravi motivi di salute.

Come specifica poi l'art. 29, comma 2: «I minori adottati o affidati o sottoposti a tutela sono equiparati ai figli».

Ricordo, infine, che i familiari, con i quali è possibile attuare il ricongiungimento, possono entrare nel territorio italiano anche al seguito dello straniero cui è riconosciuto il diritto a mantenere l'unità familiare.

Come risulta chiaramente dalla lettura della sequenza degli interventi normativi in materia, il legislatore è venuto, dal 1998 ad oggi, a restringere la possibilità del ricongiungimento, riconoscendo il diritto all'unità familiare ai soli membri della famiglia c.d. nucleare e rendendo ipotesi eccezionali il ricongiungimento con i genitori e con i figli maggiorenni. Scelta peraltro avallata dalla giurisprudenza della corte costituzionale che in una sentenza del 2005[13] ha affermato che il diritto all'unità familiare è certamente invocabile e deve ricevere la più ampia tutela con riferimento alla famiglia nucleare; non può, invece, sostenersi che il principio contenuto nell'art. 29 della Costituzione abbia un'estensione così ampia da ricomprendere tutte le ipotesi di ricongiungimento di figli maggiorenni e genitori; infatti nel rapporto tra figli maggiorenni, ormai allontanatisi dal nucleo di origine, e genitori, l'unità familiare perde la caratteristica di diritto inviolabile costituzionalmente garantito e contestualmente si aprono margini che consentono al legislatore di bilanciare «l'interesse all'affetto» con altri interessi di rilievo[14]. E come è stato rilevato criticamente dalla dottrina, si è venuti a riconoscere, al di là della famiglia nucleare, la più ampia discrezionalità del legislatore, restringendo la tutela costituzionale dell'unità familiare ai coniugi e ai figli minori[15] sulla base

12. Rispetto alla disciplina previgente non è più richiesto che i figli debbano essere a carico, mentre i figli legalmente separati, per i quali in base alla normativa previgente poteva essere chiesto il ricongiungimento vanno considerati comunque coniugati e quindi non ricongiungibili.

13. Sent. 8 giugno 2005, n. 24; vedi anche ord. 23 dicembre 2005, n. 464 e ord. 25 ottobre 2006, n. 368.

14. Non risultava pertanto incostituzionale la scelta compiuta dal legislatore del 2002 di limitare il ricongiungimento per i genitori a carico solo qualora non avessero altri figli nel paese di origine o di provenienza ovvero per i genitori ultrasessantacinquenni qualora gli altri figli fossero impossibilitati al loro sostentamento per documentati gravi motivi di salute.

15. Per un'attenta critica alla giurisprudenza della corte su questi profili vedi G. Sirianni, *"Diritto all'unità familiare" e "interesse agli affetti" dei cittadini extracomunitari secondo la Consulta*, in w*ww.costituzionalismo.it*, 2006, n. 1, il quale mostra come il ricongiungimento familiare nelle prospettazioni della corte viene a scomporsi, sulla base di argomentazioni più allusive che convincenti, in un "nocciolo duro" che coincide con i rapporti che si svol-

dell'affermazione che il concetto di solidarietà non implica quello di convivenza, essendo ben possibile adempiere il relativo obbligo mediante modalità diverse dalla convivenza.

Infine occorre far cenno alla disciplina relativa allo straniero che sia «familiare» di un cittadino italiano o dell'Unione europea il quale viene a godere del diritto alla libera circolazione, ingresso e soggiorno, secondo quanto disposto dal d.lg. 6 febbraio 2007, n. 30[16], che ricomprende all'art. 2, comma 1, lett. b) nella nozione di «familiare»:

1) il coniuge;

2) il partner che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante;

3) i discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico e quelli del coniuge o patner);

4) gli ascendenti diretti a carico e quelli del coniuge o partner[17].

Inoltre ai sensi del comma 2 dell'art. 3 del d.lg. 30/2007: «Senza pregiudizio del diritto personale di libera circolazione e di soggiorno dell'interessato, lo Stato membro ospitante, conformemente alla sua legislazione nazionale, agevola l'ingresso e il soggiorno delle seguenti persone:

a) ogni altro familiare, qualunque sia la sua cittadinanza, non definito all'articolo 2, comma 1, lettera *b)*, se è a carico o convive, nel paese di provenienza, con il cittadino dell'Unione titolare del diritto di soggiorno a titolo principale o se gravi motivi di salute impongono che il cittadino dell'Unione lo assista personalmente;

b) il partner con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata dallo Stato del cittadino dell'Unione».

2. Il ricongiungimento del partner dello stesso sesso.

La possibilità di vedere riconosciuto il diritto alla vita familiare nel caso di unione con persona dello stesso sesso, prima di essere risolta dalla recente legge sulla regolamentazione delle unioni civili, ha dato luogo ad un importante contenzioso davanti all'autorità giudiziaria italiana e alla corte europea dei diritti dell'uomo. E sebbene i casi in questione abbiano riguardato unioni di stranieri con cittadini italiani, sono comunque rilevanti anche ai fini dell'interpretazione dell'art. 29 del t.u. n. 286/1998.

gono all'interno della "famiglia nucleare", ed in altre "relazioni affettive", pur rientranti nella sfera familiare, ma discrezionalmente apprezzabili dal legislatore, col solo limite della ragionevolezza. Vedi anche G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali*, Napoli, 2007, p. 316 ss.

16. Decreto di attuazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare.

17. Vedi anche l'art. 28, comma 2 del t.u. in base al quale «ai familiari stranieri di cittadini italiani o di uno Stato membro dell'Unione Europea continuano ad applicarsi le disposizioni di attuazione della normativa europea, fatte salve quelle più favorevoli del testo unico o del regolamento di attuazione».

Un primo caso ha riguardato la richiesta di permesso di soggiorno per motivi familiari ai sensi dell'art. 30 lett. c) del t.u.[18] da parte di un cittadino neozelandese convivente de facto secondo la legge neozelandese con un cittadino italiano. A seguito del diniego della questura di Firenze, iniziava un iter giudiziario che ha attraversato i tre gradi di giudizio e che vedeva, dopo un primo accoglimento del ricorso da parte del tribunale di Firenze, il rigetto sia da parte della corte di appello[19] che della corte di cassazione. Il giudice di II grado era venuto ad affermare che la condizione di partner di fatto, sia pur attestata dalle autorità neozelandesi, è diversa, secondo il nostro ordinamento giuridico, da quella di familiare, né è possibile pervenire a interpretazioni estensive perché la corte costituzionale ha costantemente ribadito la legittimità delle norme legislative che non consentono di estendere alle convivenze di fatto la disciplina della famiglia legittima[20]. La Corte di Cassazione aveva, inoltre, escluso che vi fosse un contrasto con l'art. 12 della CEDU sul diritto al matrimonio[21], in quanto detto articolo «rinvia alle leggi nazionali per la determinazione delle condizioni per l'esercizio del diritto con ciò escludendo sia il riconoscimento automatico di unioni di tipo familiare diverse da quelle previste dagli ordinamenti interni che l'obbligo degli stati membri di adeguarsi al pluralismo delle relazioni familiari, non necessariamente eterosessuali».

Esauriti i ricorsi interni veniva presentato ricorso alla corte di Strasburgo, che con sentenza del 30 giugno 2016 *Taddeucci e Mc Call c. Italia* concludeva che vi era stata da parte dell'Italia violazione dell'art. 14[22] in combinato disposto con l'art. 8[23] della CEDU,

18. Il permesso di soggiorno per motivi familiari è rilasciato: «…c) al familiare straniero regolarmente soggiornante, in possesso dei requisiti per il ricongiungimento con il cittadino italiano o di uno Stato membro dell'Unione europea residenti in Italia, ovvero con straniero regolarmente soggiornante in Italia. In tal caso il permesso del familiare è convertito in permesso di soggiorno per motivi familiari...».

19. App. Firenze, dec. 6 dicembre 2006.

20. La corte d'appello aggiunge anche che la legge neozelandese che riconosce la qualità di conviventi di fatto a persone dello stesso sesso se dovesse intendersi anche come costitutiva dello status di familiare sarebbe contraria all'ordine pubblico italiano, ma come rileva poi la corte di cassazione questo ulteriore argomento non è al fondo della motivazione della corte d'appello che riguarda l'esatta portata della nozione di familiare ai sensi dell'art. 30 del t.u.

21. L'art. 12 sancisce il diritto al matrimonio: A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto».

22. Art. 14: «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione».

23. Art. 8: «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza». È con la sentenza *Schalk* e *Kopf* c. Austria del 22 novembre 2010 che la corte chiarisce che è artificiale continuare a considerare che una coppia omosessuale non possa vedersi riconosciuta una «vita familiare» ai sensi dell'art. 8 e che per una coppia di omosessuali conviventi in maniera stabile la nozione di «vita familiare» rileva allo stesso modo di una coppia eterosessuale. Vedi anche la sentenza *Pajić c. Croazia* del 23 giugno 2016.

in quanto sebbene i ricorrenti non fossero stati trattati diversamente da una coppia eterosessuale non sposata (in quanto la qualità di familiare è riconosciuta dal diritto italiano solo al coniuge e non anche al convivente), la situazione non poteva considerarsi analoga. Essi, all'epoca dei fatti, non potevano vedere riconosciuta giuridicamente la loro unione, a differenza di una coppia eterosessuale che avrebbe potuto decidere di sposarsi. E sebbene la protezione della famiglia tradizionale possa in certi casi costituire un fine legittimo per differenziare un trattamento, nel caso di specie il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi familiari al partner straniero omosessuale non costituiva una ragione particolarmente solida e convincente tale da giustificare una diversità di trattamento fondata sull'orientamento sessuale. Ed era proprio l'assenza della possibilità di accedere ad un riconoscimento legale che poneva i ricorrenti in una situazione diversa da quella di una coppia eterosessuale non sposata; conseguentemente lo stato italiano aveva leso il diritto dei ricorrenti a non subire discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale nel godimento della propria vita privata e familiare.

Su tema analogo, sia pur con fattispecie diversa, va poi menzionata la pronuncia del tribunale di Reggio Emilia, dec. 13 febbraio 2012[24], che è venuta a decidere sul ricorso, contro il diniego da parte della questura, della carta di soggiorno ad un cittadino uruguayano che aveva contratto matrimonio in Spagna con un italiano. La normativa cui riferirsi in questo caso è il d.lg. 6 febbraio 2007, n. 30 di «attuazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare», che riconosce il diritto alla libera circolazione anche al coniuge del cittadino. Ad avviso del tribunale occorreva innanzitutto verificare il significato del termine «coniuge» nell'ambito della suddetta direttiva e del relativo decreto di attuazione e per far ciò bisognava comprendere a quale ordinamento ci si dovesse riferire: alla normativa interna del paese ospitante oppure del paese di origine (legge nazionale dei coniugi) o ancora a quella dello stato di provenienza? Il tribunale escludeva che si potesse far riferimento alla normativa del paese ospitante che è invece richiamata in caso di unione registrata, ma non di rapporto di coniugio: la diversificazione tra le due ipotesi avrebbe cioè precluso di estendere al «coniuge» la delimitazione che il legislatore ha indicato con riferimento all'ipotesi del «partner»[25]. Riteneva invece che «la finalità di rimuovere gli ostacoli alla libertà di circolazione delle persone è conseguita dal Legislatore europeo consentendo ai cittadini europei di circolare all'interno dell'Unione insieme ai loro familiari secondo la legislazione nazionale ove si è formata l'unità familiare».

Il tribunale ricordava poi che l'art. 9 della carta europea dei diritti fondamentali ha individuato in capo ad ogni persona il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia senza

24. Pubblicata in *Dir. immigr. cittad.,* 2011, 4, p. 155 ss.

25. Per un commento critico alla sentenza e soprattutto a questo profilo, vedi F. Mosconi e C. Campiglio, *Il riconoscimento del matrimonio omosessuale alla luce di recenti pronunce*, in *Dir. immigr. cittad.,* 2012, 1, p. 73 ss.

alcuna limitazione per le coppie di diverso genere e che un'interpretazione restrittiva non poteva desumersi neppure dalla constatazione che l'art. 9 riconosce il matrimonio «secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio», perché con tale espressione si doveva intendere che il legislatore europeo abbia voluto scongiurare qualsiasi incursione quando si tratti di regolamentare la materia della famiglia in ambito interno, ma quando siano in questione la libertà di circolazione dei cittadini europei e dei loro congiunti entrano in gioco interessi dell'Unione in materia alla stessa riservata. Infine dalle linee guida emanate dalla commissione europea (2009)313 per una migliore trasposizione della direttiva 2004/38/CE non si poteva rilevare alcuna eccezione con riguardo al genere dei coniugi[26]. Conseguentemente il tribunale annullava il provvedimento di diniego della carta di soggiorno.

Finalmente con l'approvazione della legge 20 maggio 2016, n. 76 di regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze, la questione è stata definitivamente superata e come precisa la circolare 5 agosto 2016 del ministro dell'interno in forza del comma 20 dell'art. 1 della legge[27], le disposizioni in materia di ricongiungimento familiare (art. 29 t.u.) e di permesso di soggiorno per motivi familiari (art. 30 t.u.) si estendono anche alle parti dell'unione civile dello stesso sesso.

3. Il ricongiungimento del minore affidato con *Kafalah*.

Come già accennato, in base all'art. 29, comma 2 «i minori adottati o affidati o sottoposti a tutela sono equiparati ai figli»; viene quindi dato rilievo al rapporto di protezione familiare di fatto espletato, anche oltre il rapporto genitoriale. E questa disposizione ha consentito il ricongiungimento con i minori affidati anche attraverso quell'istituto proprio del diritto di famiglia islamico che è la *Kafalah*[28], istituto, peraltro, espressamente

26. Cfr. anche Cass. pen., sez. I, 19 gennaio 2011, n. 1328, in *Articolo29* che annulla la sentenza del giudice di pace che condannava uno straniero per il reato di cui all'art. 10*bis* del t.u. n. 286 (ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato) senza aver prima verificato se l'unione contratta in Spagna con un cittadino italiano dello stesso sesso, sulla base della legislazione interna dello stato membro, sia qualificabile - o equiparabile - al rapporto di coniugio.

27. Art. 1, comma 20: «Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra 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 consentito in materia di adozione dalle norme vigenti».

28. A. Vanzan e L. Miazzi, *Kafala e protezione del minore in Italia*, in *Dir. immigr. cittad.,* 2004, 2, p. 75; J. Long, Kafala *e ricongiungimento familiare*, in *Dir. immigr. cittad.,* 2008, 1, p. 69 ss.; R. Clerici, *La compatibilità del diritto di famiglia mussulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Fam. dir.,* 2009, 2, p. 197 ss.; M. Nisticò, *Brevi osservazioni*

riconosciuto dalla Convenzione sui diritti del fanciullo[29] e dalla Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996[30]. E più volte la giurisprudenza[31] ha ribadito che tra la *Kafalah* islamica e il modello dell'affidamento nazionale prevalgono, sulle differenze, i punti in comune, non avendo entrambi tali istituti, a differenza dell'adozione, effetti legittimanti, e non incidendo, sia l'uno che l'altro, sullo stato civile del minore; ed essendo anzi la *Kafalah*, più dell'affidamento, vicina all'adozione, in quanto, mentre l'affidamento ha natura essenzialmente provvisoria, la *Kafalah* (ancorché ne sia ammessa la revoca) si prolunga tendenzialmente fino alla maggiore età dell'affidato. Per cui, conclusivamente, la *Kafalah* di diritto islamico può fungere da presupposto per il ricongiungimento familiare ai sensi del t.u. n. 286.

La questione diveniva più complessa nel caso in cui a chiedere il ricongiungimento fosse, anziché lo straniero, un cittadino italiano, la giurisprudenza tendeva infatti a negare la possibilità di ricongiungimento del minore all'affidatario italiano e riteneva necessario far ricorso agli istituti giuridici di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184 di disciplina del diritto del minore ad una famiglia, ed in particolare all'adozione[32]. E tenendo conto che l'ingresso in Italia di un minore straniero affidato in *Kafalah* ad un cittadino italiano (o

intorno alla rilevanza della Kafala nell'ordinamento italiano, in *La famiglia davanti ai suoi giudici*, a cura di F. Giuffrè e I. Nicotra, Napoli, 2014, p. 419 ss.; R. Gelli, *Il ricongiungimento del minore in* Kafalah *al cittadino italiano la svolta delle sezioni unite*, in *Fam. dir.*, 2014, 2, p. 127 ss. Ricordo che il diritto musulmano non conosce l'istituto dell'adozione e che lo strumento a protezione di minori in stato di abbandono è la *Kafalah* che consente ad una coppia o anche ad una persona singola di assistere minori come se fossero figli fino alla maggiore età, senza che l'affidato entri a far parte giuridicamente della famiglia che lo accoglie.

29. Vedi art. 20: «1. Ogni fanciullo il quale è temporaneamente o definitivamente privato del suo ambiente familiare oppure che non può essere lasciato in tale ambiente nel suo proprio interesse, ha diritto a una protezione e ad aiuti speciali dello Stato. 2. Gli Stati parti prevedono per questo fanciullo una protezione sostitutiva, in conformità con la loro legislazione nazionale. 3. Tale protezione sostitutiva può in particolare concretizzarsi per mezzo dell'affidamento familiare, della *Kafalah* di diritto islamico, dell'adozione o in caso di necessità, del collocamento in adeguati istituti per l'infanzia. Nell'effettuare una selezione tra queste soluzioni, si terrà debitamente conto della necessità di una certa continuità nell'educazione del fanciullo, nonché della sua origine etnica, religiosa, culturale e linguistica».

30. Si tratta della Convenzione su «da legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori», ratificata dall'Italia con l.18 giugno 2015, n. 101. Vedi art. 3 lett. e).

31. Cass. sez. I, 20 marzo 2008, n. 7472. Sull'efficacia della *Kafalah* ai fini del ricongiungimento, vedi anche App. Bari, dec. 16 aprile 2004, in *Dir. immigr. cittad.,* 2004, 2, 178; Trib. Reggio Emilia, 9 febbraio 2005, in *Dir. immigr. cittad.,* 2005, n. 2, 183; Trib. Firenze, dec. 9 gennaio 2006, in *Dir. immigr. cittad.,* 2007, n. 1, 169; App. Firenze, dec. 2 febbraio 2007, in *Dir. immigr. cittad.*, 2007, n. 4, 139; App. Torino, dec. 18 luglio 2007, in *Dir. fam. pers.*, 2008, 1, p. 143 ss.; Cass. civ., sez. I, 2 luglio 2008, n. 18174; Cass. sez. I, 28 gennaio 2010, n. 1908. Per ulteriori indicazioni giurisprudenziali, vedi R. Gelli, *Questioni relative al ricongiungimento del minore in* kafalah *al cittadino italiano*, in *Fam. dir.*, 2010, 8-9, p. 788, nota 6.

32. Si poteva rinvenire qualche sentenza di merito, anche di segno opposto: Trib. Torino, 11 luglio 2008, in *Dir. immigr. cittad.,* 2009, 2, p. 209 ss.; Trib. Tivoli, 18 giugno 2010, in *Dir. immigr. cittad.,* 2011, 2, p. 186 ss. (peraltro riformato da App. Roma, dec. 31 gennaio 2011, in *Dir. immigr. cittad.,* 2011, 2, p. 183 ss.); App. Venezia, dec. 9 febbraio 2011, in *Dir. immigr. cittad.,* 2011, 2, p. 181 ss. Trib. Firenze 14 dicembre 2012 n. 4279, in http://briguglio.asgi.it/immigrazione-e-asilo/2013/febbraio/trib-fi-visto-famil.pdf.

europeo) trova la propria disciplina nel d.lg. n. 30 del 2007[33] che riconosce la libertà di circolazione ai discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico e a quelli del coniuge o partner che abbia contratto un'unione registrata[34], la stessa cassazione aveva ritenuto che nella nozione normativa di familiare potevano ricomprendersi i minori adottati o adottandi, ma non quelli che «alla stregua di norme dello stato di cittadinanza del minore che, come nel caso della legislazione del Marocco sulla *Kafalah*, delineano una sorta di affidamento convenzionale, da omologare, dettato per la protezione materiale ed affettiva del minore e senza che questi assuma titoli di "familiarità" alla stregua delle norme poste dalla Direttiva 2004/38/CE». Inoltre, sempre ad avviso della cassazione, il disposto dell'art. 29 del t.u. n. 286 non potrebbe essere esteso al cittadino italiano in virtù della riserva di richiamo quale disposizione più favorevole posta all'art. 28 comma 2, in quanto tale disposizione si deve interpretare nel rispetto dei suoi limiti, che sono quelli di delineare le condizioni (di ingresso, di soggiorno, di circolazione) per realizzare l'unità familiare e quindi nel senso di rendere applicabili le norme afferenti le modalità di ricongiungimento, con esclusione evidente della possibilità di sostituire con le proprie peculiari previsioni quelle proprie di ciascun paese dell'Unione europea individuanti il familiare beneficiario[35].

Questa divaricazione di soluzioni a seconda che l'affidatario fosse uno straniero o un cittadino italiano/europeo, lasciava molti motivi di insoddisfazione e soprattutto pareva irragionevole una così diversa tutela dell'unità familiare, poco rispettosa dell'interesse superiore del minore[36].

Nel 2013 la questione è infine rimessa alle sezioni unite della cassazione che con sentenza 16 settembre 2013, n. 21108[37] confermano che la normativa applicabile è quella del d.lg. n. 30 del 2007 e che la definizione normativa di familiari stranieri non consente l'applicazione analogica a casi non previsti, «ma nessuna regola di ermeneutica legale ne vieta l'interpretazione estensiva, specialmente quando sia l'unica costituzionalmente orientata e conforme ai principi affermati nelle norme sovranazionali, pattizie e provenienti dalle fonti

33. Se la direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare regola la libertà di circolazione del cittadino dell'Unione che si sposta in uno stato diverso da quello di cui ha la cittadinanza, l'Italia nel recepire la direttiva ha stabilito all'art. 23 del d.lg. n. 30 del 2007 che le disposizioni del decreto se più favorevoli si applicano ai familiari di cittadini italiani non aventi la cittadinanza italiana.

34. La previsione dell'art. 2 del d.lg. n. 30 del 2007 è, da un lato, più ampia rispetto a quella del t.u. n. 286/1998, in quanto comprende oltre ai figli anche i discendenti diretti di età inferiore ai 21 anni o a carico e quelli del coniuge o partner, dall'altro è più ristretta, perché non contiene alcuna clausola espressa di equiparazione dei minori affidati o sottoposti a tutela ai figli.

35. Cass. sez, I, 1 marzo 2010, n. 4868, in *Dir. immigr. cittad.,* 2010, 3, p. 177 ss. Per una critica puntuale alla sentenza della Cassazione, vedi A. Lang, *Considerazioni su* Kafalah, *ricongiungimento familiare e diritto dell'Unione europea*, in *Dir. immigr. cittad.,* 2011, 2, p. 52 ss.

36. R. Gelli, *Questioni relative*, cit., p. 791 ss.; M. Nisticò, *Brevi osservazioni,* cit., p. 426 ss.

37. Pubblicata in *Dir. immigr. cittad.,* 2013, 3, p. 169 ss.

dell'Unione europea. Ora, se certamente il minore straniero affidato a cittadino italiano con provvedimento di *kafalah* non potrebbe mai rientrare nella nozione di "discendente" che implica un rapporto parentale, fondato sulla realtà biologica o anche solo su quella giuridica dell'adozione legittimante, non si ravvisa alcun impedimento a comprenderlo nell'ambito degli "altri familiari" di cui all'art. 3, comma 2 lettera a), per i quali il cittadino italiano residente in Italia (o il cittadino dell'Unione titolare di soggiorno a titolo principale) può chiedere il ricongiungimento se a) è a carico, ovvero, b) convive nel paese di provenienza del cittadino extracomunitario, o, ancora, c) gravi motivi di salute ne impongano l'assistenza personale». Inoltre detta interpretazione si pone in linea con la comunicazione della commissione al parlamento e al consiglio europeo[38] ove si afferma che «i bambini in affidamento e i genitori affidatari con custodia temporanea possono godere dei diritti conferiti dalla direttiva in funzione della solidità del legame instaurato nel caso particolare». Infine per la corte la *kafalah* giudiziale si presenta come istituto preposto proprio a tutela dell'interesse superiore del minore e la valutazione condotta dall'autorità straniera che la dispone è idonea ad assicurare che l'affidamento corrisponda all'interesse del minore, a differenza della *kafalah* negoziale nella quale l'affidamento è frutto del mero accordo tra privati[39].

Da queste premesse, la corte fa discendere il seguente principio di diritto: «non può essere rifiutato il nulla osta all'ingresso nel territorio nazionale, per ricongiungimento familiare, richiesto nell'interesse di minore cittadino extracomunitario affidato a cittadino italiano residente in Italia con provvedimento di *kafalah* pronunciato dal giudice straniero nel caso in cui il minore stesso sia a carico o conviva nel paese di provenienza con il cittadino italiano ovvero gravi motivi di salute impongano che debba essere da questi personalmente assistito».

4. I limiti al ricongiungimento per la famiglia poligamica.

È ben nota la condanna della poligamia nell'ordinamento italiano ed in quello europeo e la direttiva 2003/86/CE esplicita chiaramente (art. 4, par. 4) che «in caso di matrimonio poligamo, se il soggiornante ha già un coniuge convivente sul territorio di uno Stato membro, lo Stato membro interessato non autorizza il ricongiungimento familiare di un altro coniuge». A sua volta l'art. 29, comma 1 *ter* del t.u. n. 286, introdotto con la

38. Guida agli aspetti di difficile trasposizione e applicazione della direttiva 2004/38/CE del 2 luglio 2009.

39. Per un'analisi critica del ragionamento delle sezioni unite, vedi A. Lang, *Le Sezioni Unite chiariscono quando la* kafalah è presupposto per il ricongiungimento familiare del cittadino italiano, in *Dir. immigr. cittad.,* 2013, 3, p. 91 ss. L'Autrice mette in discussione l'affermazione della corte per la quale non si può ricondurre il minore affidato alla nozione di discendente; inoltre per gli «altri familiari» la direttiva e conseguentemente il d.lg. n. 30 non delineano un diritto all'ingresso e soggiorno, perché ciò che la direttiva impone è di prevedere che gli altri familiari ottengano una decisione motivata sulla loro domanda di ricongiungimento; va comunque rilevato che la cassazione (sez. I, 13 luglio 2011, n. 18384) per altre fattispecie (ricongiungimento col fratello) ha affermato che gli «altri familiari» hanno diritto alla libera circolazione se soddisfano le condizioni previste.

l. 94/2009, chiarisce che non è consentito il ricongiungimento del coniuge e dei genitori a carico, quando il familiare di cui si chiede il ricongiungimento è coniugato con un cittadino straniero regolarmente soggiornante con altro coniuge nel territorio nazionale[40]. In ogni caso anche prima dell'approvazione di questi atti legislativi si riteneva che non potesse trovare applicazione nel nostro ordinamento la legge straniera disciplinante il matrimonio poligamico perché contraria all'ordine pubblico[41] (cfr. art. 16, l. n. 218/1995); anche se talvolta si era argomentato nel senso di poter far ricorso alla nozione del c.d. effetto attenuato dell'ordine pubblico al fine di tutelare diritti già acquisiti secondo la normativa di un altro ordinamento[42]. Ed in qualche caso la magistratura aveva permesso l'ingresso e il soggiorno della madre del figlio richiedente il ricongiungimento ancorché fosse già presente sul territorio italiano il padre dello stesso con un altro coniuge. Il tribunale di Bologna[43] argomentava che la semplice compresenza sul territorio nazionale di due donne con le quali il padre del ricorrente aveva contratto matrimonio all'estero non integrava né fattispecie penalmente rilevante, né violazione della legge italiana o dell'ordine pubblico: il reato di bigamia può essere commesso solo dal cittadino italiano e sul territorio italiano; inoltre ai sensi dell'art. 29 il limite di poter chiedere il ricongiungimento di un solo coniuge valeva solo per il marito richiedente; infine nessun principio di ordine pubblico appariva leso, laddove i matrimoni contratti all'estero siano privi di effetti civili per l'ordinamento italiano.

Anche la Corte di appello di Torino[44], in riforma del decreto del tribunale, venne a dichiarare che aveva diritto a permanere nel nostro paese la madre di un bambino, il cui padre già coniugato con una prima moglie (e con lei regolarmente soggiornante in Italia), si era nuovamente sposato in Marocco con la madre del minore. Allorquando si fosse negato il diritto di soggiorno, alla scadenza del permesso della donna ex art. 19, comma 2, lett. d)[45], i genitori si sarebbero trovati nella necessità di scegliere se lasciare il piccolo in Italia col padre, separandolo dalla madre, o farlo rientrare in Marocco con la madre, separandolo dal padre, con la conseguenza di privare il bambino della bigenitorialità. Conseguentemente anche l'argomento del tribunale per il quale consentire alla madre di

40. M. Pastore, *Il diritto all'unità familiare: una questione di sicurezza?,* in *Dir. immigr. cittad.,* 2009, 4, pp. 173-174.

41. A.M. Galoppini, *Ricongiungimento familiare e poligamia*, in *Dir fam. pers.,* 2000, p. 742 che riporta la circ. del min. interno 7 ottobre 1988 in base alla quale il diritto al ricongiungimento familiare per il coniuge andava riconosciuto ad una sola persona, stante il divieto nel nostro ordinamento della poligamia. Vedi anche il parere Cons. Stato, sez. III, 7 giugno 1988 n. 640 riportato da C. Campiglio, *Matrimonio poligamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1990, p. 855.

42. F. Pastore, *Famiglie immigrate e diritti occidentali. Il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia*, in *Riv. dir. int.*, 1993, p. 73 ss.; A.M. Galoppini, *o.c.*, p. 748 ss.

43. Trib. Bologna, ord. 12 marzo 2003, in *Dir. immigr. cittad.,* 2003, 2, p. 140 ss.

44. App. Torino, dec. 18 aprile 2001, in *Dir. fam. pers.,* 2001, p. 1492 ss.

45. L'art 19, comma 2, lett. d) stabilisce il divieto di espulsione delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio.

soggiornare in Italia avrebbe significato convalidare una situazione contraria ai principi del nostro ordinamento non aveva pregio ad avviso della corte di appello, in quanto nel caso di specie l'autorizzazione doveva essere concessa nel mero interesse del figlio minore, per cui essa era finalizzata a tutelare non una relazione coniugale contraria ai nostri principi, ma a realizzare il diritto di un minore a non essere separato dai genitori.

Infine nel 2013 la corte di cassazione[46] ha dovuto decidere in merito ad un ricorso contro una sentenza della corte di appello di Venezia di conferma della sentenza di I grado, la quale aveva riconosciuto il diritto del figlio di chiedere il ricongiungimento della propria madre (priva di mezzi di sostentamento e di altri figli in Marocco), quand'anche la donna risultasse coniugata con il padre del ricorrente soggiornante in Italia con un'altra moglie. I giudici di merito avevano escluso l'applicabilità dell'art. 29, comma 1 *ter* del t.u. n. 286, perché la richiesta era stata presentata prima dell'entrata in vigore della norma. Inoltre non si trattava di richiesta proveniente dal marito convivente sul territorio italiano con un altro coniuge, ma dal figlio. La Cassazione accoglie, però, il ricorso del ministero rilevando che il procedimento di riconoscimento del diritto al ricongiungimento familiare è un procedimento complesso a formazione progressiva per cui la sopravvenuta normativa è di immediata applicazione ove intervenga nel corso della procedura e che non rileva da chi provenga la richiesta (coniuge o figlio) in quanto il nostro ordinamento vuole evitare l'insorgenza di una condizione di poligamia contraria al nostro ordine pubblico anche costituzionale.

Come è stato rilevato[47], se è vero che ci sono valori, come quello del rispetto dell'uguaglianza tra uomo e donna che non possono ammettere eccezioni e che l'istituto della poligamia stride con i valori più profondi del nostro assetto costituzionale, è anche vero che in certi casi il divieto di ricongiungimento, peraltro dal 2009 chiaramente esplicitato dal nostro legislatore anche se il richiedente è il figlio, può accentuare la discriminazione tra i generi, in quanto al marito viene attribuito il potere di scegliere quale delle mogli ricongiungere. Inoltre in casi come quello deciso dalla cassazione può finire di essere sacrificato il diritto del figlio all'unità familiare con la propria madre, e può poi verificarsi una discriminazione tra fratelli: tra i figli, cioè, della moglie ricongiunta e i figli della moglie rimasta in patria. I primi possono godere dell'unità familiare che ai secondi è negata. E forse meriterebbe una maggiore riflessione la «posizione europea rispetto, non all'istituto in sé della poligamia (del quale è fuori di dubbio il radicale contrasto con i principi del diritto europeo), ma al trattamento giuridico riservato ai poligami che non siano cittadini europei»[48].

46. Cass. sez. VI, ord. 28 febbraio 2013, n. 4984, in *Dir. immigr. cittad.,* 2013, 1, p. 161 ss.

47. G. Perin, *Divieto di ricongiungimento del genitore in caso di poligamia: la Cassazione ha detto l'ultima parola?* in *Dir. immigr. cittad.,* 2013, 1, p. 164 ss.

48. P. Morozzo della Rocca, *Il diritto all'unità familiare in Europa, tra "allargamento" dei confini e "restringimento"*

5. L'ingresso del genitore per ricongiungimento al figlio minore.

In base all'art. 31, terzo comma il Tribunale per i minorenni, per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano, può autorizzare l'ingresso o la permanenza del familiare, per un periodo di tempo determinato, anche in deroga alle altre disposizioni del testo unico. L'autorizzazione è revocata quando vengono a cessare i gravi motivi che ne giustificano il rilascio o per attività del familiare incompatibili con le esigenze del minore o con la permanenza in Italia[49].

Questa disposizione è stata oggetto, in giurisprudenza, di diversa interpretazione soprattutto in ordine all'individuazione dei «gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico», i quali giustificano l'autorizzazione all'ingresso o inibiscono l'espulsione del familiare[50].

Da un lato molti giudici di merito avevano offerto, di questa disposizione, un'interpretazione estensiva[51] - e più consona ai principi sanciti sia a livello internazionale che costituzionale a tutela del minore -, dall'altro l'orientamento più restrittivo, fatto proprio da una parte dei giudici di merito e dalla corte di cassazione[52], leggeva i gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore in relazione a gravi stati di malattia o infermità e limitatamente ad un periodo di tempo determinato e collegato a necessità contingenti, perché un'autorizzazione a permanere *sine die* sul territorio italiano sarebbe stata eccentri-

dei diritti, in *Dir. immigr. cittad.*, 2004, 1, p. 68.

49. Al familiare autorizzato all'ingresso ovvero alla permanenza sul territorio nazionale ai sensi dell'articolo 31, comma 3, è rilasciato, in deroga a quanto previsto dall'articolo 5, comma 3 bis, un permesso per assistenza minore, rinnovabile, di durata corrispondente a quella stabilita dal Tribunale per i minorenni. Il permesso di soggiorno consente di svolgere attività lavorativa, ma non può essere convertito in permesso per motivi di lavoro (art. 29, sesto co, t.u.).

50. P. Morozzo della Rocca, *La condizione giuridica del minore straniero: norme, giurisdizione e prassi amministrative*, in *Minorigiustizia*, 2002, p. 3-4, 37 ss.; L. Miazzi, *Superiore interesse del minore straniero e autorizzazione alla permanenza del familiare*, in *Dir. immigr. cittad.,* 2004, 4, p. 52 ss.; E. Carbone e A. Picardi, *Welfare del minore e flussi di ingresso: i diritti fondamentali del fanciullo tra «universalismo costituzionale e realismo politico»,* in *Minorigiustizia*, 2006, p. 49 ss.

51. Ad esempio il Trib. per i minorenni di Venezia, (dec. 28 settembre 1998, in *Dir. immigr. cittad.,* 1999, 1, p. 180) aveva ritenuto che i gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore potessero essere anche quelli normalmente connessi allo sviluppo di un bambino, come il non essere separato dalla madre (vedi anche Trib. per i minorenni di Milano 23 maggio 2006, in *Dir. immigr. cittad.,* 2006, 3, p. 165 ss.). Per App. Bari (dec. 31 dicembre 2001, in *Dir. immigr. cittad.,* 2002, 1, p. 179 ss.) potevano configurare gravi motivi l'essere esposti o al trauma di essere sradicato dal contesto italiano in cui il minore era sempre vissuto per inserirsi in uno a lui sconosciuto subendo un sostanziale esilio, oppure a quello altrettanto grave di dover separare la propria vita da quella del genitore e rimanere in Italia senza le cure della propria famiglia. Per il Trib. per i minorenni di Milano (dec. 12 maggio 2006, in *Dir. immigr. cittad.,* 2006, 3, p. 164) potevano costituire gravi motivi con ripercussione sulla salute psicofisica anche l'interrompere il percorso educativo intrapreso che aveva consentito al minore un buon inserimento nel contesto scolastico (vedi anche Trib. per i minorenni del Piemonte e Valle D'Aosta, dec. 24 maggio 2007 e dec. 31 maggio 2007, in *Dir. immigr. cittad.,* 2007, 4, p. 169 ss.).

52. Cass., 17 settembre 2001, n. 11624, in *Banca Dati De Jure*; sez. I, 19 marzo 2002, n. 3991, in *Dir. immigr. cittad.,* 2002, 4, p. 179 ss.; sez. I, 11 gennaio 2006, n. 396 in *Dir. immigr. cittad.,* 2006, 2, p. 155 ss; sez. I, 15 gennaio 2007, n. 747, in *Banca Dati De Jure*; sez. I, 2 maggio 2007, n. 10135, in *Foro it*, 2007, I, p. 2713 ss.

ca rispetto alla *ratio* dello stesso art. 31, comma 3[53]. Ne conseguiva che il campo di operatività della disposizione veniva circoscritto per lo più al ricorrere di peculiari esigenze terapeutiche legate a situazioni di malattia o disabilità.

Anche le sezioni unite della cassazione con sentenza 16 ottobre 2006, n. 22216[54] avevano ribadito che la presenza di gravi motivi richiede «l'accertamento di situazioni di emergenza di natura eccezionale e contingente, di situazioni, cioè, che non siano quelle normali e stabilmente ricorrenti nella crescita di un minore». Tuttavia la presenza dei gravi motivi doveva essere accertata come emergenza attuale solo nell'ipotesi di richiesta di autorizzazione all'ingresso, poiché nell'ipotesi in cui venga richiesta l'autorizzazione alla permanenza del familiare, la situazione eccezionale, nella quale vanno ravvisati i gravi motivi, può anche essere dedotta quale conseguenza dell'allontanamento improvviso del familiare sin allora presente e cioè di una situazione futura ed eventuale rimessa all'accertamento del giudice minorile. Inoltre le sezioni unite confermavano la necessità di superare una lettura dei gravi motivi solo con riferimento a problematiche di carattere sanitario e ritenevano corretto fondare l'autorizzazione alla permanenza sull'accertamento concreto del grave pregiudizio che al minore sarebbe derivato dalla perdita improvvisa della figura di un genitore per effetto della sua espulsione, pur ribadendo che non si poteva fondare il provvedimento autorizzatorio sulla mera constatazione della presenza in Italia di un figlio in tenera età[55].

L'intervento del 2006 delle sezioni unite non venne però a chiudere la questione e ben presto si fece strada all'interno della I sezione della corte un filone interpretativo meno restrittivo, espresso nella sentenza n. 22080 del 2009, la quale dopo aver ripercorso la normativa costituzionale e sovranazionale a tutela del minore, giungeva ad affermare che l'art. 31, comma 3 «non tratta di situazioni eccezionali o eccezionalissime, necessariamente collegate alla salute del minore (malattie, disabilità, ecc..), ma più semplicemente di "gravi motivi" connessi con lo sviluppo psicofisico […], che vanno valutati, tenendo conto delle condizioni di salute (anche in tal caso non viene necessariamente in considerazione una dimensione di eccezionalità) e – profilo particolarmente significativo – dell'età del minore». Non può quindi dubitarsi che per un minore, specie se in età tenerissima, subire l'allontanamento di un genitore costituisca un sicuro danno che può portare in serio pericolo uno sviluppo psicofisico armonico e compiuto. Anche con la successiva ordinanza n. 823 del 2010[56], la I sezione ribadiva che la ratio dell'art. 31, terzo comma – il

53. App. Torino 15 gennaio 2002, n. 58, in *Dir. immigr. cittad.,* 2002, 1, p. 181 ss.

54. Pubblicata in *Foro it.,* 2007, I, p. 2713 ss.

55. L. Olivetti, *La Corte di Cassazione e i minori stranieri: nuove aperture e consolidate resistenze*, in *Dir. immigr. cittad.,* 2006, 4, 77 ss.; P. Morozzo della Rocca, *Cass., ord 19 gennaio 2010, n. 823 e Cass., 10 marzo 2010, n. 5856 - Commento*, in *Nuova giur civ. comm.,* 2010, p. 678 ss.; F. Eramo, *L'art. 31 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286: un'esistenza difficile e tormentata*, in *Dir fam. pers.*, 2007, p. 696 ss.

56. Cass. sez. I, 19 gennaio 2010, n. 823, in *Dir. immigr. cittad.,* 2010, 1, p. 242 ss. Per un commento a Cass.

quale peraltro costituisce una deroga alle altre disposizioni del t.u. sull'ingresso e soggiorno –, andava individuata in una incisiva protezione del diritto del minore alla famiglia e a mantenere rapporti continuativi con entrambi i genitori: non potrebbe infatti dubitarsi che per un minore subire l'allontanamento di un genitore costituisca un sicuro danno che può porre in serio pericolo il suo sviluppo psicofisico.

Accanto a queste aperture, permaneva all'interno della stessa I sezione della corte il filone interpretativo più restrittivo; ricordo in particolare la sentenza 10 marzo 2010 n. 5856 per la quale «solo se i gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore concretino una situazione d'emergenza rappresentata come conseguenza della mancanza o dell'allontanamento improvviso» e tale situazione «ponga in grave pericolo lo sviluppo normale della personalità del minore, sia fisico che psichico» è possibile far ricorso all'istituto dell'art. 31, t.u. Ad avviso del Collegio la specifica previsione che «l'ingresso o la permanenza del familiare possono essere autorizzati "per un periodo di tempo determinato" non è compatibile con la tutela di situazioni caratterizzate da essenziale normalità e tendenziale stabilità, in quanto collegate al normale processo educativo-formativo del minore». Il diritto del minore a crescere nell'ambito della propria famiglia trova riconoscimento negli artt. 29 e 30 del t.u. attraverso l'istituto del ricongiungimento, il quale può essere invocato solo nell'ipotesi di regolare presenza in Italia del genitore o del minore: la tesi opposta finirebbe infatti «col legittimare l'inserimento di famiglie di stranieri strumentalizzando l'infanzia».

Le argomentazioni della corte in questa sentenza del 2010 furono aspramente criticate in dottrina, sia perché non contengono alcun riferimento ai principi costituzionali e sovranazionali di tutela dell'infanzia, sulla base dei quali dovrebbe essere interpretata la disposizione dell'art. 31, sia perché fanno riferimento all'interesse alla tutela delle frontiere che in nessuna delle norme che regolano la questione in oggetto è richiamato (tanto più che l'autorizzazione di cui si discute è uno strumento puntuale per risolvere singoli casi che non riguarda categorie di stranieri ed è quindi del tutto inidoneo ad alterare il sistema degli ingressi), infine perché considerano il terzo comma dell'art. 31 norma eccezionale nell'ambito del titolo IV del t.u. e quindi da interpretare restrittivamente[57].

Come prevedibile, la questione è tornata alle sezioni unite, alle quali è spettato comporre il conflitto con la sentenza n. 21799 del 2010[58]. Il collegio è venuto, innanzitutto,

22080 del 2009 e 823 del 2010, cfr. C. Cottatellucci e L. Villa, *Una sentenza che viene da lontano: la Corte di cassazione conferma l'applicazione dell'art. 31 co. 3 per tutelare nella sua integrità lo sviluppo psicofisico dei minori stranieri*, in *Dir. immigr. cittad.,* 2010, 1, p. 109 ss.

57. In questi termini L. Miazzi, *Interesse del minore straniero e controllo delle frontiere: la visione politica dell'autorizzazione ex art. 31 co. 3 TU n. 286/1998 da parte della Cassazione*, in *Dir. immigr. cittad.,* 2010, 2, p. 110 ss. Per un'analisi critica della sentenza, vedi anche D. Morello Di Giovanni*, Immigrazione e diritti dei minori: contrasto giurisprudenziale e una sentenza "salomonica" delle SS.UU.*, in *Fam. dir.*, 2011, p. 425 ss.

58. Cass. Sez u. 25 ottobre 2016, n. 21799, in *Dir. immigr. cittad.,* 2010, 4, p. 194 ss. Vedi anche l'analoga

a ripercorrere le norme nazionali e sovranazionali a tutela dell'infanzia e dell'unità familiare, quindi, la legislazione, anch'essa nazionale e sovranazionale, di disciplina delle condizioni di ingresso e soggiorno sul territorio a tutela di esigenze di ordine pubblico e sicurezza, per rilevare come emerga chiaramente dal complesso della normativa e dalla giurisprudenza la necessità di un bilanciamento tra i due valori. E se un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 31, comma 3 non consente di condividere l'indirizzo c.d. restrittivo, laddove travalicando la lettera della legge qualifica la norma eccezionale o la correla a requisiti di emergenza o la ritiene applicabile solo in situazioni di estremo pericolo per la salute (fisica) del minore, è altrettanto inaccettabile superare e porre nel nulla la disciplina del ricongiungimento, muovendo dal presupposto che la rottura dell'unità familiare comporti sempre e comunque per il minore un danno psichico[59]. Conseguentemente l'art. 31, terzo comma va coordinato con le altre disposizioni del t.u., in modo da tutelare l'interesse del minore nel grado più elevato possibile, senza pregiudicare l'interesse pubblico alla sicurezza nazionale, nonché all'osservanza della disciplina sull'immigrazione.

Il collegio ritiene quindi che occorra subordinare l'autorizzazione alla permanenza ad un apprezzamento della situazione in atto del fanciullo, soprattutto allorquando si prospetti un deterioramento grave della sua condizione, tenendo presente che detta autorizzazione deve essere adottata in funzione esclusiva della tutela del minore e non del genitore. Ribadisce, infine, che la «tecnica di normazione a clausola generale dell'articolo 31 induce a comprendervi qualsiasi danno effettivo, concreto, percepibile ed obbiettivamente grave che in considerazione dell'età o delle condizioni di salute ricollegabili al complessivo equilibrio psico-fisico deriva, o è altamente probabile, deriverà al minore, dall'allontanamento del familiare o dal suo definitivo sradicamento dall'ambiente in cui è cresciuto». «Da qui la necessità che tra il minore ed il genitore espulso sussista – e sia documentato – un rapporto affettivo significativo idoneo a giustificare l'inversione della regola generale secondo cui il figlio minore segue la condizione giuridica del genitore (1° comma)». «Ciò impone al giudice minorile di accertare pregiudizialmente che la coesione familiare vi sia stata davvero e che nell'ambito di essa lo straniero richiedente abbia

sentenza Cass. Sez u. 25 ottobre 2016 n. 21803, in *Fam. dir.,* 2011, p. 257 ss.

59. Ad avviso delle sezioni unite non si può «condividere l'indirizzo rappresentato da Cassazione 22080/2009 ed 823/2010, attento esclusivamente al panorama delle fonti internazionali che enunciano e privilegiano l'interesse del fanciullo, e per converso del tutto silente nella valutazione dell'impianto normativo della disciplina dell'immigrazione che secondo le medesime fonti ne costituisce il termine necessario di confronto critico; nonché delle problematiche affrontate dalla Corte Costituzionale e dalla Corte Edu, in merito al bilanciamento dei relativi interessi costituzionalmente e convenzionalmente riconosciuti: nella prospettiva unilaterale e riduttiva di dette pronunce, invece ignorati del tutto. Senza considerare che il risultato conclusivo del richiamo ai soli parametri internazionali per legittimare l'autorizzazione alla permanenza dello straniero irregolare sul territorio nazionale, finisce per oltrepassare i confini interpretativi della clausola generale correlata ai gravi motivi, questa rendendo del tutto superflua, e perciò offrendone una esegesi sostanzialmente abrogativa».

esercitato effettivamente a beneficio del figlio minore la propria funzione genitoriale, la cui improvvisa interruzione costituirebbe un nocumento irreversibile per il suo sviluppo psicofisico; ovvero se si tratta di minore in tenerissima età (significativamente considerata una variabile dalla norma) che sussista la sua idoneità effettiva ad occuparsi del minore, ad allevarlo in un ambiente familiare idoneo a garantirne la crescita, nonché a prendersi carico dei bisogni e dei problemi di lui».

Come emerge chiaramente dalla lettura della sentenza, le sezioni unite cercano di rinvenire un bilanciamento fra esigenze diverse[60], affidando ai giudici di merito il delicato compito di valutare in concreto la situazione del minore. «Non si tratta di una situazione anomala: la sensibilità verso la singola situazione è l'abito mentale del giudice minorile, e la necessità di trovare la migliore soluzione al caso concreto è la giustificazione della sua discrezionalità»[61], ma affrontare la questione dei minori stranieri presenta aspetti di particolare complessità, in quanto occorre conciliare una normativa tesa a regolare la condizione del cittadino straniero con tutti quegli istituti previsti dal nostro ordinamento a tutela dei minori. In questo lavoro ricostruttivo ed interpretativo primo canone guida deve essere la considerazione del superiore interesse del fanciullo, che diviene criterio prioritario rispetto a tutti i diversi interessi che possono confluire in una situazione riguardante un minore straniero (cfr. art. 3, comma 1 della Convenzione sui diritti del fanciullo richiamato dall'art. 28, comma 3, t.u. 25.7.1998, n. 286).

Sappiamo bene che le materie immigrazione e condizione giuridica degli stranieri sono spesso condizionate da profili legati a questioni di sicurezza pubblica, ma quando si tratta di problematiche connesse allo *status* dei minori devono essere preminenti le valutazioni tese a far valere il superiore interesse del fanciullo, rispetto anche ad altri interessi sia pur meritevoli di tutela, come peraltro chiaramente espresso dallo stesso comma 3 dell'art. 28 del t.u. alla luce del quale occorre interpretare anche l'art. 31 del t.u. Ciò non significa porre nel nulla la disciplina del ricongiungimento familiare o giungere ad un'applicazione automatica dell'art. 31, comma 3[62], ma significa valutare la situazione concreta tenendo presente l'ordine dei valori, così come emerge da un attento esame delle fonti del diritto nazionale e sovranazionale.

6. Qualche osservazione conclusiva.

Come è evidente anche dai profili che sono stati oggetto di analisi nei precedenti paragrafi, il tema del ricongiungimento e del rispetto dell'unità familiare è al centro di questioni cruciali attinenti alla disciplina dell'immigrazione e della libera circolazione delle persone. Il rispetto della vita familiare gode infatti dello status di diritto fondamentale

60. R. Gelli, *Il familiare del minore straniero in Italia: le linee guida delle sezioni unite*, in *Fam. dir.*, 2011, p. 262 ss.
61. L. Miazzi, *Superiore interesse*, cit., p. 52.
62. Cfr. Cass. sez. unite, n. 21799 del 2010, punto 5.

(analogamente peraltro alla tutela del minore) e non può essere lasciato alla mera discrezionalità del legislatore ordinario che, nel disciplinare l'ingresso e il soggiorno, trova dei limiti nelle norme costituzionali e in quelle di diritto umanitario. Certo resta da decidere qual è, e quali sono i confini della "famiglia" cui spetta una garanzia così importante ed abbiamo anche visto come è cambiata negli anni la legislazione italiana, che è venuta a circoscrivere in maniera sempre più ristretta la "famiglia" cui spetta il riconoscimento del diritto all'unità. Inoltre le stesse nozioni di famiglia, di coniuge, di partner sono soggette, soprattutto in questo momento storico, a cambiamenti importanti nello stesso ordinamento italiano, ma nel trattare le questioni legate all'immigrazione dobbiamo confrontarci con la cultura e l'ordinamento giuridico di paesi che hanno tradizioni anche molto diverse dalla nostra su questioni che riguardano gli aspetti più personali di un individuo. Si comprende quindi quanto delicato sia il compito, prima, del legislatore che si trova a dover bilanciare interessi anche molto diversi tra loro, e poi dell'amministratore e se mai del giudice i quali sono chiamati spesso a declinare nel caso concreto i principi costituzionali, le normative sovranazionali e la disciplina legislativa interna[63].

63. Vedi ad esempio art. 5, comma 5 e art. 13, comma 2*bis* del t.u.

LA FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA EXPERIENCIA JURÍDICA ESPAÑOLA, TREINTA AÑOS DESPUÉS DE LA APROBACIÓN DE LA PRIMERA REGULACIÓN LEGAL SOBRE LA MATERIA)

José Ramón de Verda y Beamonte
Prof. catedrático Universidad de Valencia

Sumario: 1. Consideraciones preliminares.- 2. La donación de gametos.- 2.1. La figura del donante.- 2.2. Caracteres de la donación.- 3. La donación de embriones.- 4. La usuaria de las técnicas de reproducción asistida.- 5. Determinación legal de la filiación. – 5.1. Usuaria casada con un varón. – 5.2. Usuaria casada con otra mujer.- 5.3. Usuaria conviviente de hecho con un varón.- 5.4. Usuaria conviviente de hecho con otra mujer.- 6. Fecundación *post mortem*.- 7. La gestación por sustitución.- 7.1. La posición de la legislación española.- 7.2. La posición de la jurisprudencia.- 7.3. La práctica registral.- 7.4. Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada.

1. Consideraciones preliminares.

La filiación plantea cuestiones específicas, cuando es fruto del uso de las técnicas de reproducción asistida, materia ésta, que actualmente está contemplada por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, la cual deroga la anterior Ley 35/1988, de 22 de noviembre, que había sido parcialmente modificada por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre.

La Ley 14/2006 regula la aplicación de las técnicas que enumera en su Anexo I A), como son la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* o la transferencia de embriones[1], tratando, no obstante, de aspectos más amplios, que los de la mera filiación, como son el del diagnóstico prenatal o el de la investigación con gametos o embriones, aspecto, éste último, que siempre suele aparecer asociado en las normativas sobre la materia. En cualquier caso, "Se prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos" (art. 1.3).

Ante todo, hay que observar, que, como prevé el art. 7.1 de la Ley 14/2006, "La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos" (en materia de determinación legal de la filiación, fecundación póstuma o gestación por sustitución), precisando el precepto que, "En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación".

1. Según el art. 2.2 de la Ley 14/2006, "La aplicación de cualquier otra técnica no relacionada en el anexo requerirá la autorización de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, para su práctica provisional y tutelada como técnica experimental".

2. La donación de gametos.

El uso de las técnicas de reproducción asistida presupone la donación de gametos (esperma u óvulos) o embriones (éstos últimos, con el fin de ser implantados en la usuaria de las mismas).

2.1. La figura del donante.

Según el art. 5.6 de la Ley 14/2006, los donantes de gametos deberán tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar", precisando el art. 5.7 de la misma que "El número máximo autorizado de hijos nacidos en España que hubieran sido generados con gametos de un mismo donante no deberá ser superior a seis".

El consentimiento ha de ser prestado personalmente y no puede ser suplido judicialmente. Es, por ello, que se ha desestimado la pretensión de una mujer, de ser inseminada con los gametos de su marido, el cual se encontraba en una situación de coma durante más de once años[2]. El argumento del fallo, totalmente acertado, es que el juez no puede sustituir la voluntad del donante para "la realización de un acto tan personalísimo como es la decisión de tener un hijo, ya que es de todo punto discrecional y subjetiva", porque "genera unas cargas y responsabilidades de tal magnitud y trascendencia que, desde luego, sólo en virtud del personal consentimiento o actuación del afectado, y nunca por otra vía sustitutoria, puede admitirse la constitución de la paternidad"[3].

El art. 5.6 de la Ley 14/2006 precisa que el estado psicofísico de los donantes ha de cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio, "que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia".

Recientemente, se ha planteado un caso en el que un niño, fruto de una fecundación *in vitro* con óvulo de donante anónima y esperma del marido de la usuaria, nació con la enfermedad de la hemofilia, razón por la cual los padres interpusieron una demanda

2. Auto del Juzgado de Primera Instancia número 13 Valencia, 13 mayo 2003, en *Aranzadi Civil* 2003, 1887. V. también en el mismo sentido AAP La Coruña, 3 noviembre 2000, en *Aranzadi Civil*, 2001, p. 183.

3. Sin embargo, el Auto admite la posibilidad de que la mujer pueda acudir a las técnicas de reproducción asistida, utilizando los gametos de un tercer donante anónimo (cosa, que ésta no había pedido), argumentando, que "se da la situación de separación de hecho, contemplada en el ya citado art. 6-3 de la Ley". A mi entender, este argumento es discutible, porque no me parece que la mera circunstancia de que el marido estuviera internado en un hospital en estado de coma autorice a llegar a la conclusión de que existía una separación de hecho. Repárese en que lo pretendido por la mujer no era, simplemente, la autorización para acceder a las técnicas de reproducción asistida, sino, concretamente, ser inseminada con los gametos de su marido, lo que parece indicar la persistencia de una *affectio maritalis*, a pesar de las difíciles circunstancias por las que atravesaba la vida del matrimonio.

de resarcimiento de daños y perjuicios contra la clínica en la que se había practicado la reproducción asistida, reprochándole negligencia en la selección del óvulo de la donante.

La sentencia que resuelve el caso[4] negó que la clínica hubiera sido negligente en la selección del óvulo, porque no había antecedentes de hemofilia, ni en la donante, ni en su familia, razón por la cual no le era exigible realizar un test genético específico para descartar la existencia de una enfermedad infrecuente. Sin embargó, estimó la demanda, al considerar que la información suministrada a los demandantes (en la cual se reproducía literalmente el tenor del art. 5.6 de la Ley, respecto al contenido que debe tener el protocolo obligatorio para asegurarse del correcto estado psicofísico del donante) era deficiente, entendiendo que, al no ser "expertas en medicina ni en su terminología", no se les había transmitido "la realidad sobre las pruebas y los análisis a los que se ha sometido" al óvulo seleccionado. Dice, así que, "la persona que lee dicho consentimiento informado deduce que se han realizado todas las pruebas necesarias para descubrir y excluir las enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia que se pueden detectar según el estado de la ciencia y, concretamente, en el presente caso, la hemofilia, que igual que otras, ya es perfectamente detectable". Concretamente, condenó a la demandada a pagar en concepto de daños morales a cada progenitor 100.000 euros y 200.000 euros al niño nacido hemofílico.

La solución podría parecer extraña desde el momento en que se concede indemnización por daño moral (el patrimonial por el tratamiento de la hemofilia está cubierto por el sistema público de salud), no sólo a los padres, sino también al niño, lo que contrasta con la posición que, a mi entender, debe mantenerse respecto de los supuestos en los que los niños nacidos naturalmente padecen enfermedades (por ejemplo, la hemofilia) no detectadas durante el período de embarazo de la madre (y, por lo tanto, no comunicadas a ella en orden a decidir la posible interrupción del mismo), pero que no tienen su origen en una negligencia médica, sino en el patrimonio genético de la madre portadora: en estos supuestos, el niño no puede nacer de otro modo, siendo su no nacimiento la única posibilidad de evitar el padecimiento de la enfermedad, por lo que no puede pretender ningún resarcimiento, si la madre decide no abortar[5]. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, el nacimiento del hijo enfermo sí es causado por una mala praxis médica, consistente en no haberse informado adecuadamente a los cónyuges del riesgo que asumen al acudir a la reproducción asistida de que nazca un niño con una enfermedad no detectada en los

4. SAP Valencia, 30 marzo 2016, en *JUR*, 2016, 159110.

5. Sobre el tema de los daños derivados del nacimiento v. J.R. de Verda y Beamonte y P. Chaparro Matamoros, P., *Responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano*, en *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, coord. J.R. de Verda y Beamonte, Cizur Menor, 2012, pp. 23-50; como también A. Macía Morillo, A, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de 'wrongful birth y wrongful life'),* Valencia, 2005; y J. Vidal Martínez, *Consejo Genético en diagnóstico antenatal*, en *Hacia una nueva Medicina: consejo genético*, coord. C. Mª Romeo Casabona, Granada, 2014, pp. 119-125.

análisis practicados a la donante, induciéndoles a pensar que el hijo artificialmente creado será sano, asumiendo implícitamente frente a ellos una especie de obligación de resultado. No debe, además, olvidarse que, según consolidada jurisprudencia, en el ámbito de la medicina satisfactiva, debe extremarse el cumplimiento de los deberes de información al paciente, exigiéndose un mayor rigor que en la medicina curativa[6].

2.2. Caracteres de la donación.

La donación tendrá carácter irrevocable, gratuito, formal y confidencial.

a) "La donación sólo será revocable cuando el donante precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles" (art. 5.2). Precisa el precepto que "A la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al centro receptor".

b) "La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial" (art. 5.3). Sin embargo, el carácter gratuito de la donación de gametos es más teórico que real, pues suele haber una retribución que se enmascara a través de la posibilidad de obtener la compensación prevista en el art. 5.3.I de la Ley; y ello, a pesar de las cautelas que el mismo establece. Dice el precepto que "La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta".

c) "El contrato se formalizará por escrito entre los donantes y el centro autorizado. Antes de la formalización, los donantes habrán de ser informados de los fines y consecuencias del acto" (art. 5.4). Según la misma norma, "La información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad".

d) "La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes" (art. 5.5.I), si bien los hijos nacidos mediante el uso de estas técnicas, así como también las usuarias de las mismas, tendrán derecho "a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad", lo que se explica por motivos terapéuticos (art. 5.5.II) [7].

6. V. a este respecto J.R. De Verda y Beamonte, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato nella chirurgia estetica. La prospettiva del diritto spagnolo*, en *Le Corti Umbre*, nº 3, 2015, pp. 331 y ss. (en particular, pp. 348-350).

7. En España el problema de la imposibilidad del nacido mediante el uso de técnicas de reproducción asistida a conocer sus orígenes biológicos se agudiza por el hecho de que nuestra legislación admite, tanto la fecundación homóloga como heteróloga (esto es, con gametos de un varón distinto de aquel con el que se está casado o se convive *more uxorio*). En realidad, en la legislación española, las técnicas de reproducción asistida no se conciben como un mero remedio para la esterilidad de una pareja que no puede procrear naturalmente, sino también como una forma alternativa de procreación a la que pueden acudir mujeres, que ni estén casadas,

"Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes" (art. 5.5.III); como tampoco, aunque no se diga expresamente, la creación de una relación paterno-filial entre el hijo y el donante[8].

La jurisprudencia constitucional, en un conocido fallo, ha considerado que el carácter anónimo de la donación no es contrario al principio de libre investigación de la paternidad, que consagra el art. 39 CE[9]. Dice, así, que "la Constitución ordena al legislador que 'posibilite' la investigación de la paternidad, lo que no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso, y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor". Añade que "la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrantes de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la relevación de la identidad de quién es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la donación, lo que sitúa la eventual reclamación, con este concepto y limitado, alcance en un ámbito distinto al de la acción investigadora que trae causa de lo dispuesto en el art. 39.2 de la Constitución". Por último, el Tribunal Constitucional se refiere a la necesidad de asegurar el derecho a la intimidad del donante, a fin de "favorecer el acceso a estas técnicas de reproducción humana artificial" y a que, en caso de no existir el anonimato, "puede resultar especialmente dificultoso obtener el material genético para llevarlas a cabo".

En mi opinión, el alcance que el Tribunal Constitucional atribuye a la acción de investigación de la paternidad es excesivamente restringido, al considerarla, exclu-

ni convivan *more uxorio* con un varón, como también mujeres que estén casadas o unidas de hecho con otra mujer. Esto explica que existan numerosos casos en los que los hijos de las usuarias de esta clase de técnicas desconozcan la identidad de sus progenitores, en particular, la de los varones que, sin estar casados, ni convivir more *uxorio* con ellas, donaron sus gametos.

8. Sí que lo dice expresamente el art. 223-1 de la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (en adelante PCC, utilizándose siempre la tercera versión de borrador de mayo de 2017), que, en nº 4, dispone que "La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda legalmente no implica en ningún caso determinación legal de la filiación". No obstante prevé la novedad de que la filiación pueda "quedar determinada con consentimiento del hijo o de su representante legal, y del donante".

9. STC 116/1999, de 17 de junio, en *Tol* 13003. V. sobre ella el análisis crítico que lleva a cabo J. Vidal Martínez, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999, resolviendo el Recurso de Inconstitucionalidad nº 376/89 contra la Ley 35/1988 de 22 de Noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 12/2000, pp. 113-137.

sivamente, como un medio para determinar la relación paterno-filial, ignorando la extraordinaria importancia que el conocimiento de los orígenes biológicos de una persona puede tener en orden a la determinación de su identidad como ser humano individual; y parece conciliarse mal con el tenor del artículo 7 del Convenio internacional relativo a los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, conforme al cual aquél, desde el momento de su nacimiento, tiene derecho, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres. Consagra, además, una solución que parece discordante con el vigente art. 180.6 CC (su redacción actual se debe a la Ley 19/2015, de 13 de julio) según la cual, "Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos"[10].

Me parece, en definitiva que los poderes públicos debieran posibilitar que los hijos nacidos mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida, al llegar a la mayoría de edad, pudieran identificar a sus padres biológicos, lo que, ciertamente, acabaría con el anonimato del donante, pero no tendría por qué implicar el establecimiento de una nueva

10. El derecho a conocer los orígenes biológicos del adoptado fue reconocido por la Disposición Final Primera de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional, que lo introdujo, añadiendo un nuevo número, el 5º, en el art. 180 CC, que, tras la reforma de 2015, trata de otra cuestión. Observa A. López Azcona, *Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección de la infancia y de la adolescencia*, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2185, 2016, p. 71, que en su nueva redacción el art. 180.6 CC habla de *representantes legales*, expresión ésta más amplia que la de *padres* usada por el precepto con anterioridad, la cual comprende, no sólo a los adoptantes, sino también al defensor judicial (de haber sido nombrado) y al tutor, en el caso de que los padres adoptivos hubieran fallecido o hubiesen sido privados de la patria potestad. Con anterioridad a la reforma de 2007, aun faltando un reconocimiento legal expreso en el Código civil, un sector de la doctrina científica defendió la existencia en el ordenamiento jurídico español de un derecho de la personalidad del adoptado a conocer sus orígenes biológicos, con fundamento en diversos preceptos constitucionales (fundamentalmente, el art. 10.1 CE, que consagra el libre desarrollo de la personalidad) y en el art. 7.1. del Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, que reconoce el derecho aquél, *en la medida de lo posible*, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Véase, así, en este sentido, con profusión de argumentos, L. García Villaluenga y Mª Linacero de la Fuente, *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el Derecho comparado*, Madrid, 2006, pp. 69 y ss. Téngase en cuenta, no obstante, que el derecho del adoptado a conocer los propios orígenes biológicos ya era sancionado en el ámbito del Derecho autonómico por el art. 28 de la Ley 37/1991 de Cataluña y posteriormente por el art. 129.1 de la también derogada Ley 9/1998 de 15 de julio, del Código de familia de Cataluña, que se lo reconocía a partir de la mayoría de edad o emancipación, sin que su ejercicio comportara modificación alguna de la filiación adoptiva; y, así mismo, en su número 2, contemplaba el derecho del adoptado a solicitar "en interés de su salud", los datos biogenéticos de sus progenitores biológicos, solicitud ésta, que durante su minoría de edad, podían hacer los adoptantes. En el mismo sentido se pronuncia actualmente, el vigente art. 235-49 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, que, además, en su número 4, dispone que, si el adoptado pidiera a las Administraciones Públicas los datos que tuviesen sobre su filiación biológica, deberán suministrárselos, para lo que habrá de iniciarse un procedimiento confidencial de mediación, previo a la revelación, en cuyo marco tanto el adoptado como sus padres biológicos deberán ser informados "de las respectivas circunstancias familiares y sociales y de la actitud manifestada por la otra parte con relación al posible encuentro".

relación paterno-filial, ya que se trataría, tan sólo, de permitir que una persona pudiera llegar a conocer un aspecto tan esencial de su propia identidad, como son sus orígenes biológicos[11].

3. La donación de embriones.

El art. 3.2 de la Ley 14/2006 sólo autoriza la transferencia de un máximo de tres embriones a cada mujer "en cada ciclo reproductivo". Por lo tanto, si se han fecundado *in vitro* más de tres óvulos, puede haber embriones sobrantes, que, conforme al art. 11.4.b) de la misma, pueden ser donados para fines reproductivos[12]. Según resulta del

11. F. Blasco de Paula, *La Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1991, fasc. 2º p. 709, al examinar la constitucionalidad del anonimato del donante adopta una postura equilibrada que me convence. Observa el autor que no hay reparos constitucionales a establecer el principio de anonimato del donante, pero siempre que dicho anonimato ceda en favor del hijo que desee conocer, no sólo su origen genético, sino también la identidad de su progenitor biológico. Más radical es la posición mantenida por F. Pantaleón Prieto, *Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, en *Jueces para la democracia*, nº 5, 1988, pp. 31-33, que se inclina de manera tajante por la inconstitucionalidad del principio del anonimato del donante, con apoyo, no sólo en el art. 39.2 de la Constitución, sino también en otros preceptos del texto constitucional: art. 10 (dignidad), art. 14 (igualdad) y art. 15 (integridad física y moral).

12. El art. 3 de la anterior Ley 35/1988, de técnicas de reproducción asistida, prohibía "la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana". Así pues, quedaba claramente excluida la posibilidad de crear embriones con la finalidad de experimentar sobre ellos. Era posible experimentar con gran amplitud con los embriones "sobrantes" del proceso de reproducción asistida que estuvieran muertos o no fueran viables (arts. 15.3 y 17.3); sin embargo, sobre los embriones vivos viables sólo se autorizaba la investigación aplicada de tipo diagnóstico y con fines terapéuticos o preventivos, siempre que no comportara la modificación de su patrimonio genético no patológico y se realizara dentro de los catorce días siguientes a la fecundación (art. 15.1.2.). Se trataba, pues, de investigaciones orientadas al bienestar del concebido y al favorecimiento de su desarrollo. La Ley 45/2003, mantuvo en vigor el régimen legal previsto por la Ley n. 35 de 1988, respecto de la investigación de embriones concebidos *in vitro*, pero lo exceptuó para los que se hallaren crioconservados al tiempo de su entrada en vigor, respecto de los cuales admitió la posibilidad de experimentar con ellos para fines estrictamente científicos, es decir, no orientados a favorecer el bienestar o el mejor desarrollo del concebido (Disposición Final Primera). Por otro lado, la referida Ley intentó acabar con el problema del "almacenamiento" de embriones sobrantes de procesos de reproducción asistida, limitando a tres los óvulos que podían ser fecundados por cada ciclo reproductivo y estableciendo que sólo podrían ser transferidos a la mujer tres embriones con la finalidad de evitar los embarazos múltiples (para lo cual reformó los arts. 4 y 11 de la Ley 35/1988). La vigente Ley 14/2006, de técnicas de reproducción asistida (que deroga la Ley 35/1988), ha supuesto un cambio radical en el tema de investigación con embriones humanos, siendo una de sus finalidades fundamentales la generalización de la autorización, introducida con carácter excepcional por la Ley 45/2003, para experimentar con todos los embriones sobrantes de procesos de técnicas de reproducción asistida. Para hacer efectiva la posibilidad de experimentar, con fines estrictamente científicos, con embriones sobrantes, la nueva Ley n. 14/2006, previamente, posibilita su existencia. La manera de lograrlo es la supresión de la limitación a tres del número ovocitos que podían ser fecundados en cada ciclo reproductivo, manteniendo, sin embargo, la prohibición de transferir más de tres embriones a la usuaria de las técnicas de reproducción asistida. A mi parecer, si se suprime la autorización para fecundar más de tres óvulos, no es, como se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley, para remover un obstáculo "que dificultaba la práctica ordinaria de las técnicas de reproducción asistida, al impedir poner los medios para lograr el mayor éxito con el menor riesgo posible para la salud de la mujer", ya que en casos justificados la Ley 45/2003, admitía la posibilidad de que se fecunda-

art. 1.2 de la Ley 14/2006, debe de tratarse de un embrión constituido "por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde".

El consentimiento para la donación reproductiva (al igual que para otros fines, como es el de investigación) debe ser prestado por la usuaria y, en el caso de que la misma esté casada con un hombre, también por el marido (art. 11.5 de la Ley). El consentimiento para la donación podrá ser revocado "en cualquier momento", pero siempre antes de que el embrión haya sido utilizado; y deberá ser renovado, como mínimo, cada dos años: si quienes deben renovar el consentimiento no responden dos veces consecutivas a la petición de renovación del centro, éste podrá libremente destinar los embriones a otros fines, como la investigación, o destruirlos (art. 11.6 de la Ley) [13].

ran más de tres ovocitos. Yo creo que la finalidad primordialmente perseguida es favorecer la existencia de una reserva de embriones congelados, con los que experimentar. En la práctica, ello supone autorizar la creación de un ser humano, que podrá ser congelado y uno de cuyos posibles destinos va a ser la investigación científica.

13. Cabe preguntarse si la atribución a las parejas reproductoras o, en su caso, a la mujer que haya acudido sola a las técnicas de reproducción asistida de la facultad de poder decidir la descongelación de un embrión viable con el fin de dejarlo morir o de destinar sus estructuras biológicas a fines de investigación de carácter científico es plenamente respetuosa con el art. 15 de la Constitución. La emblemática STC 11 de abril de 1985, n. 53, en *RTC*, 1985, 53, ha afirmado que "la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación", la cual "ha generado un tertium existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta". Ciertamente, esta afirmación se hace en relación al *nasciturus* que se halla en el útero de la madre, diciéndose explícitamente que la vida comienza con la gestación, lo que, a primera vista, parece dejar fuera del ámbito de protección constitucional la vida del embrión, que, al hallarse crioconservado, no ha sido todavía transferido. Sin embargo, tal y como sostiene J. E. Bustos Puche, *El Derecho español ante las nuevas técnicas genéticas*, en *Diario La Ley*, n. 3055, 1992, p. 925, podría pensarse que esta referencia exclusiva a la vida del *nasciturus* alojado en el seno de la madre encontraría explicación en la circunstancia de que se estaba enjuiciando la constitucionalidad de la despenalización de ciertos supuestos de aborto, delito éste, que supone la interrupción del embarazo, por lo que no puede darse en los casos de destrucción de una vida extrauterina, de modo que, a los efectos de resolver el caso litigioso, no era necesario que el Tribunal Constitucional se planteara si la vida constitucionalmente protegida comienza en un proceso anterior a la gestación, lo cual, por otro lado, tiene escaso sentido en los casos de procreación natural, donde la concepción y la gestación tienen lugar simultáneamente. Tan sólo, en los casos de formación de embriones obtenidos mediante el recurso a técnicas de reproducción asistida, puede mediar un período de tiempo significativo entre la concepción y la gestación, la cual sólo se iniciará tras la transferencia del embrión.
A mi entender, tiene razón R. Gómez-Ferrer Sapiña, *Técnicas de reproducción asistida humana y Derecho de sucesiones*, en *Revista Jurídica del Notariado*, 1995, pp. 181 ss., cuando observa que no parece que el Tribunal Constitucional tuviera la intención de definir con carácter general el concepto de *nasciturus*, sino exclusivamente en relación con los supuestos de despenalización del aborto contemplados en el anterior art. 417 bis del Código Penal. Creo, pues, que cabría sostener que la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional respecto del comienzo de la vida se refiere exclusivamente a las hipótesis de procreación natural, pudiéndose ser redefinida en los supuestos de procreación artificial, en el sentido de considerar que, en tales casos, la vida comenzaría en el momento de la concepción, ya que, desde entonces, existiría un *tertium* "existencialmente distinto de la madre", si bien no alojado en el seno de ésta. Me parece que, antes de su implantación, el embrión existe con una individualidad propia, de modo que su transferencia al útero de la madre no marca el comienzo de su vida: no supone un tránsito del *no ser* al *ser*, sino una nueva etapa en el desarrollo de una vida ya iniciada. F. Lledó Yagüe, *Fecundación artificial y*

Derecho, Madrid, 1988, pp. 85-86, se refiere a la necesidad de traspolación del concepto de dignidad al embrión desde el momento de la fecundación, en el cual "ha iniciado su personalidad en desarrollo, es decir, una entidad humana con propia y original identidad sustancial". Utilizando palabras del Tribunal Constitucional, sería posible entender que, si la Constitución protege la vida "no puede desprotegerse en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma", por lo que la vida del embrión no transferido sería un bien jurídico protegido por el art. 15 de nuestra Carta Magna. Cfr., en este sentido, entre otros, P. J. Femenía López, *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, Madrid, 1999, p. 225; F. Lledó Yagüe, *Fecundación artificial,* cit., pp. 84-86; A. Mª Rodríguez Guitián*, Reproducción artificial post mortem. Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Valencia, 2013, pp. 86-88; o J. Vidal Martínez, *Algunos datos y observaciones para contribuir a la consideración jurídica del embrión humano concebido in vitro*, en *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2º, Madrid, 1993, p. 2105, quien, en referencia al principio de dignidad de la persona consagrado en el art. 10.1 CE, "como primer cimento del ordenamiento jurídico español", se pregunta retóricamente, si acaso "no va ese capital principio constitucional a asistir al ser humano concebido in vitro en los primeros días de su existencia".

Esto no significa que la tutela de la vida del embrión hubiera de ser idéntica a la del embrión anidado en el útero. De hecho, los autores que entienden que la vida del concebido *in vitro* es un bien jurídico protegido por el art. 15 CE, no obstante, reconocen, implícita o explícitamente, que su grado de protección no es idéntico al del concebido anidado en el seno materno. V. así P. J. Femenía López, *Status jurídico,* cit., p. 225; F. Lledó Yagüe, *Fecundación artificial*, cit., p. 85; J. Vidal Martínez, *Algunos datos*, cit., p. 2100; y, de manera más clara, A. Mª Rodríguez Guitián*, Reproducción artificial*, cit., pp. 86-88. Pero parece que, en alguna medida, podría estar incluida en el ámbito de protección constitucional de la vida, de modo que los poderes públicos habrían de establecer un sistema legal para su defensa, que "suponga una protección efectiva de la misma". Desde este punto de vista, habría que enjuiciar el art. 11.4 de la Ley 14/2006, que permite la destrucción de embriones viables y el uso de sus estructuras biológicas para la experimentación, lo que supone convertir a un ser humano ya concebido en un mero instrumento al servicio de fines que no miran a su propio beneficio.

A este respecto, me parece interesante recordar que el argumento utilizado por la STC de 17 de junio de 1999, n. 116, en *RTC*, 1999, 116, para justificar la constitucionalidad de los arts. 15 y 17 de la Ley 35/1988, fue que dichos preceptos sólo permitían investigar con embriones no viables, abortivos o muertos. Dice, así: "Es evidente que la Ley en ningún caso permite la experimentación con preembriones viables, como tampoco más experimentación sobre ellos que la de carácter diagnóstico, o de finalidad terapéutica o de prevención. Esta apreciación es fundamental en orden a examinar la conformidad de este sistema de requisitos a las exigencias de protección jurídico-constitucional que se derivan del art. 15 CE, por cuanto descartada (...) que la investigación con finalidad diagnóstica, terapéutica o preventiva pueda suponer infracción alguna del art. 15 CE, el resto de las hipótesis a que se refiere la Ley sólo resultan permitidas en la medida en que tengan por objeto preembriones no viables, es decir, incapaces de vivir". Y, más adelante añade: no "siendo los preembriones no viables ('abortados en el sentido más profundo de la expresión') susceptibles de ser considerados, siquiera 'nasciturí', ni las reglas que examinamos ni las ulteriores del art. 17 (relativo a los preembriones ya abortados, a los muertos y a la utilización con fines farmacéuticos, diagnósticos o terapéuticos previamente autorizados de preembriones no viables) pueden suscitar dudas desde el punto de vista de su adecuación al sistema constitucionalmente exigible de protección de la vida humana".

Ciertamente, de esta sentencia no se deduce, necesariamente, que, a juicio del Tribunal, la investigación con embriones viables sea inconstitucional, pero sí, cuanto menos, que las leyes que la posibiliten "pueden suscitar dudas desde el punto de vista de su adecuación al sistema constitucionalmente exigible de protección de la vida humana", dudas, que, a mi entender, son las que, precisamente, suscita el art. 11 de la Ley 14/2006, al permitir descongelar embriones viables, que se encontraran conservados al tiempo de su entrada en vigor, y "utilizar" (la locución legal es bastante expresiva) sus estructuras biológicas para fines de investigación. V. a este respecto las consideraciones realizadas por C. Tomás y Valiente Lanuza, *Ad art. 15 CE*, en *Comentarios a la Constitución*

4. La usuaria de las técnicas de reproducción asistida.

A tenor del art. 6.1 de la Ley 14/2006, "Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa". No obstante, por aplicación del art. 3.1 de la Ley, podrá negarse el uso de estas técnicas, cuando dadas las circunstancias, p. ej., la avanzada edad de la solicitante o su precario estado de salud, "no haya posibilidades razonables de éxito" o exista "un riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia".

"La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual" (art. 6.1.II). Ahora bien, "Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente", consentimiento que deberá prestarse de manera "libre, consciente y formal" (art. 6.3). La razón de esta exigencia es clara: hay que ponerla en relación con la presunción de paternidad del marido de los hijos nacidos, constante el matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o separación legal o de hecho de los cónyuges (art. 116 CC). Por ello, parece lógico que si la usuaria está casada, no con un varón, sino con otra mujer, aquélla no necesite el consentimiento de ésta para poder acudir a las técnicas de reproducción asistida.

Salvo en el caso de la llamada fecundación homóloga, realizada con gametos del marido o conviviente de hecho, "la elección del donante de semen sólo podrá realizarse por el equipo médico que aplica la técnica, que deberá preservar las condiciones de anonimato de la donación"; por lo tanto, "En ningún caso podrá seleccionarse personalmente el donante a petición de la receptora". Ahora bien, "En todo caso, el equipo médico correspondiente deberá procurar garantizar la mayor similitud fenotípica e inmunológica posible de las muestras disponibles con la mujer receptora" (art. 6.5).

Recientemente, ha recaído un fallo sobre un caso curioso[14]. Una pareja de hecho había acudido a la reproducción asistida homóloga, naciendo dos gemelos, que, sin embargo, no resultaron ser hijos biológicos del conviviente, sino de un tercero anónimo. La sentencia condenó a la clínica a indemnizar el daño patrimonial (pérdida de pensión de alimentos) y moral sufrido por los hijos, como consecuencia de la imposibilidad de identificar a su padre y de conocer sus orígenes biológicos (120.000 euros para cada uno

Española, XXX *aniversario*, coord. Mª E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñeiro y Bravo-Ferrer, Madrid, 2009, p. 315, bajo la vigencia de la anterior Ley n. 35 del 1988, en previsión de que hubiere reformas legales que en un futuro permitieran la experimentación con embriones viables; y por P. Lanzarote Martínez, *Algunos apuntes en torno al tratamiento del derecho constitucional a la vida en la nueva Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida del 6 de mayo de 2006*, en *Diario La Ley*, n. 6534, 2006, 26 de julio, p. 17, ya bajo la vigencia de la vigente Ley, que permite dicha experimentación.

14. SAP Las Palmas, 16 mayo 2016, en *JU*R, 2016, 159212.

de ellos por ambos tipos de daños), así como el daño moral padecido por la madre, consistente en la afectación personal e impacto en su vida por tener que asumir en solitario la crianza de los hijos, sentimiento de angustia por no saber la identidad del padre de los mismos (75.000 euros).

La sentencia tiene gran importancia, porque reconoce el resarcimiento del daño moral por violación del derecho a la identidad de los hijos. Habla, así, de un "daño sufrido por los menores en cuanto lesión a sus derechos inmateriales como personas, a su dignidad (artículo 10 CE), que les acompañará durante toda su existencia, superior al que hubiera supuesto la pérdida de un padre, puesto que como indica la parte actora se les priva de conocer una parte importante de su identidad, de conocer su procedencia biológica, sus antepasados por la línea paterna, su propia historia, y su origen será siempre un interrogante en sus vidas. Ciertamente la Constitución Española en el artículo 39 recoge como principio rector de la política social y económica la protección integral de los hijos, y exige a la ley posibilitar la investigación de la paternidad. La identidad personal es producto de la confluencia de diversos elementos, entre los que forma parte esencial el origen y la integración del individuo en un entorno, desde la herencia genética y familiar, la pertenencia a un grupo étnico, o a un Estado. Este sentimiento de identidad personal es un derecho inmaterial cuya lesión genera un daño moral indemnizable" [15].

5. Determinación legal de la filiación.

En materia de filiación es comúnmente aceptada por la doctrina la distinción entre *título constitutivo* y *título de determinación*: el título constitutivo se refiere al hecho previo que

15. El art. 223-2 PCC, contempla en su nº 3, el "caso de error médico en la implantación del embrión, derivado del intercambio de los embriones de dos parejas que pretenden una fecundación homóloga", previendo que, en este caso, "queda determinada la maternidad de la madre gestante", solución ésta, que se corresponde con la legislación vigente (determinación legal de la maternidad por el parto), introduciendo, sin embargo, la siguiente novedad: si la madre gestante "pretendiese renunciar a los derechos derivados de la filiación puede quedar determinada la maternidad de la madre genética con su consentimiento". El caso de intercambio de embriones se ha planteado en la jurisprudencia de instancia italiana y ha sido decidido por la Ordenanza del Tribunal de Roma, 20 agosto 2014, en *dir. fam. per.*, 2015, pp. 184 y ss., con una interesante y sugerente nota de M. Bianca, *Il diritto del minore ad avere due soli genitori: rifessioni a margine della decisione del Tribunale di Roma sull'erroneo scambio degli embrioni*, que se refiere al mismo como un supuesto de maternidad subrogada "por error", que evoca el conflicto que se produce entre la madre genética y la gestante. En el caso juzgado sólo nacieron los hijos procedentes de los embriones implantados en una de las parejas que habían acudido a la reproducción asistida (los otros embriones no llegaron a buen término). Discutida la filiación de los gemelos, el Tribunal consideró progenitores legales a la madre gestante y al marido de ésta (no a los padres biológicos), argumentando que la vida se forma y se desarrolla en el útero materno con la creación de un vínculo simbiótico entre la madre y el concebido. Resalta que en el caso litigioso los gemelos, con toda probabilidad, habían instaurado, desde sus primeros días de vida, una significativa relación afectiva con ambos progenitores, encontrándose ya insertos en "su" familia. Observa, por último, que los padres biológicos pueden encontrar tutela, exclusivamente, en vía resarcitoria (que no se plantea en el litigio).

crea la filiación, que, desde el punto de vista del Código civil, es la generación (en la filiación por naturaleza) o la adopción (en la filiación adoptiva); el título de determinación es, en cambio, el modo legal de constatarla, que, en el caso de la filiación por naturaleza, presupuesto el hecho de la generación, ha de ser uno de los contenidos en los arts. 113 y ss. CC, que tienen siempre carácter declarativo, pues se basan en la idea de que la verdad legal que de ellos resulta coincide con la verdad bilógica (que opera como realidad previa) determinada por la generación[16].

Es parecer mayoritario de la doctrina (que comparto) que, ni la Ley 35/1988 (primero), ni la Ley 14/2006 (después), pretendieron crear un nuevo título constitutivo basado en la voluntad de procrear, sino que se limitaron a regular ciertas peculiaridades para el caso de que la generación tuviera lugar mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida, presuponiendo siempre que estábamos ante una filiación por naturaleza (aunque, *sui generis*)[17]; y tampoco se propusieron establecer nuevos títulos de determinación distintos a los regulados en el Código civil, al que claramente se remite el ya citado art. 7.1 de la Ley 14/2016, cuyo tenor no deja lugar a dudas: "La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos"[18].

Una vez hecha esta precisión, estudiaremos la cuestión de la determinación legal de la filiación en el caso de la reproducción asistida en la que existen peculiaridades, para cuya explicación deben distinguirse diferentes supuestos, en atención a la situación familiar de la usuaria.

16. Cfr. por todos R. Verdera Server, *Determinación y acreditación de la filiación*, Barcelona, 1993, pp. 15 y ss.

17. J.J. Iniesta Delgado, *La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida*, en *Tratado de Derecho de familia*, dirs. M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas, vol. V, *Las relaciones paterno-filiales* (I), Cizur Menor, 2011, p. 747, observa, así, que la Ley 14/2006, "no se plantea como un sistema alternativo al de la filiación natural o adoptiva, sino como un sistema complementario de la misma".

18. No creo que la Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil parta de una idea distinta. Es cierto que en ella se incluye en el Código la regulación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, a las que se dedican los arts. 223-1 a 223-6. Sin embargo, es claro que no se contempla un nuevo tipo de filiación basado en la voluntad de procrear: el nº 1º del art. 221-1 recoge, así, la clasificación actual, según la cual "La filiación puede tener lugar por naturaleza o adopción". A continuación, añade que "La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida se determina con arreglo a las disposiciones especiales previstas en el Capítulo III de este Título". Sin embargo, en ellas no se prevén títulos de determinación de la filiación distintos a los regulados a propósito de la filiación por naturaleza: no lo es el consentimiento del marido a que su mujer se someta a las técnicas de reproducción asistida, que sigue jugando como una causa de exclusión de la impugnación de una paternidad determinada en virtud de la presunción de paternidad del marido (art. 223-4, nº 1º y 2º); ni tampoco el consentimiento del varón no casado respecto a su conviviente *more uxorio*, que, en sí mismo no determina la filiación paterna, por lo que, en defecto de reconocimiento, seguirá siendo necesario acudir al expediente gubernativo, considerándose el consentimiento como un escrito indubitado (art. 223-5, nº 2º). Por cuanto concierne a la determinación de la maternidad de la mujer de la usuaria, sí que creo que el art. 223-3 regula un tipo de filiación basado en la voluntad de aquélla de querer ser madre, pero esto es algo que, a mi entender, ya hace el nº 3 del art. 7 de la Ley 14/2006, añadido por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, cuya redacción actual se debe a la Ley 19/2015, de 13 de julio.

5.1. Usuaria casada con un varón.

Si está casada con un varón, cuando éste (tal y como exige el art. 6.3 de la Ley 14/2016) haya prestado "su consentimiento formal, previo y expreso" a que aquélla sea fecundada con gametos propios o de tercero anónimo, ni él, ni su mujer, "podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación" (art. 8.1). Por lo tanto, en el caso de fecundación heteróloga, no se podrá discutir la paternidad del marido, a pesar de existir una disociación entre la verdad legal y la biológica[19].

Este precepto no crea un nuevo título constitutivo de la filiación matrimonial distinto de la generación[20], y tampoco establece un nuevo título de determinación de la misma, que sigue siendo la presunción de paternidad del art. 116 CC[21]: se limita a establecer una causa de exclusión de impugnación, basada en la voluntad de ambos cónyuges de atribuir al hijo que nazca la filiación del marido, con independencia de quien sea su padre biológico[22]. Por ello, la falta de este consentimiento previo no impide la inscripción de la filiación paterna en favor del marido, conforme al art. 44, 4, III, a) de la Ley del Registro Civil de 2011 (acreditado el matrimonio de los progenitores y la procedencia de la presunción de paternidad del marido), sino que lo que sucede es que se excluye la aplicación del art. 8.1 de la Ley 14/2006, por lo que la filiación podrá ser impugnada, por no corresponderse con la verdad biológica[23].

19. El art. 235-8.1 del Libro II del CC de Cataluña dispone que "Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del cónyuge formalizado en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público, son hijos matrimoniales del cónyuge que ha dado el consentimiento". Con anterioridad, los arts. 92.1 y 97.1 del Código de Familia de Cataluña de 1998 exigían que dicho consentimiento se prestara en documento público. Sin embargo, la jurisprudencia flexibilizó este requisito formal, entendiendo que bastaba que fuera dado en el documento firmado ante el centro autorizado. V. en este sentido STSJ, Cataluña, 27 noviembre 2007, en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia,* 2007, 8520, como también AAP, 12 julio 2011, en *JUR*, 2011, 373587.

20. Sin embargo, A. Sánchez Hernández, *Ad art. 3 LTRHA. Condiciones personales de la aplicación de las técnicas*, en *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, dir. J.A. Cobacho Gómez, coord. J.J. Inhiesta Delgado, Cizur Menor, 2007, p. 53, mantiene una posición contraria, al entender que el consentimiento del marido a que su mujer se someta a las técnicas de reproducción asistida "se erige aquí en fundamento de la paternidad".

21. La situación es distinta en Cataluña, pues el art. 235-3 del Libro II del CC expresamente considera un título de determinación de la paternidad "el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer". Ver también el art. 235-8.1.

22. V. en este sentido J. J. Iniesta Delgado, *La filiación*, cit., pp. 757-758; M. Navarro Castro, *Ad art. 44 LRC, Inscripción de nacimiento y filiación*, en *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, dirs. J.A. Cobacho Gómez y A. Leciñena Ibarra, Cizur Menor, 2012, pp. 690-692; y R. Verdera Server, *Ad arts. 7 y 8 LTRHA*, *Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida*, en *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, dir. J.A. Cobacho Gómez, coord. J.J. Inhiesta Delgado, Cizur Menor, 2007, pp. 266-267, 272.

23. En el mismo sentido se orienta el art. 223-4, núms. 1º y 2º PCC.

5.2. Usuaria casada con otra mujer.

Si la usuaria está casada con otra mujer, según se ha dicho, no se exige que ésta consienta previamente que aquélla acuda a las técnicas de reproducción asistida, lo que se explica porque en este supuesto no juega el art. 116 CC, por lo que el hijo que nazca, en ningún caso, se presumirá matrimonial. No obstante, el art. 7.3 de la Ley 14/2006 (introducido por la Disposición Adicional Primera de la Ley 3/2007, de 5 de marzo) prevé que, si no está separada legalmente o de hecho, pueda, "manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge". La razón de ser de la norma es clara: posibilitar que el hijo tenga dos progenitores.

La redacción actual del precepto se debe a la Disposición Adicional Quinta de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la administración de Justicia y del Registro Civil. Con anterioridad, el precepto decía que la mujer casada con la usuaria, no separada legalmente o de hecho, "podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido". Se planteaba, pues, el problema de la usuaria sometida a las técnicas de reproducción asistida, incluso con el consentimiento escrito de su mujer, sin que esta última hubiera tenido la precaución de acudir al Registro Civil antes del nacimiento del hijo, manifestando su voluntad de que el niño se inscribiera como matrimonial cuando naciera[24]. Con el fin de posibilitar dicha inscripción, la jurisprudencia afirmó que no era necesario que la declaración previa se hubiera hecho ante el Encargado del Registro, bastando con que se hubiera prestado ante la clínica, lo que servía para acreditar "adecuadamente el voluntario consentimiento para la técnica de reproducción asistida y la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo"[25].

Este problema ya no se plantea: ahora basta con que la mujer de la usuaria consienta en el momento de practicarse la inscripción del nacimiento que quede determinada la filiación del hijo respecto de ella. Pero sigue existiendo una controversia consistente en determinar si, además de manifestar dicho consentimiento, deberá acreditarse que el hijo que se desea inscribir ha sido concebido mediante las técnicas de reproducción asistida.

24. La SAP, Islas Baleares, 5 diciembre 2012, en *Tol* 2724548, estimó, así la demanda de impugnación de la filiación de la mujer de la usuaria, porque el consentimiento para que el niño nacido fuera inscrito como hijo de ambas había sido prestado, después del nacimiento del mismo (no antes), habiéndose celebrado el matrimonio pocos días después del alumbramiento.

25. STS, 5 diciembre 2013, en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia,* 2013, 7566. La solución propugnada por esta sentencia es la que ha sido acogida por el art. 223-3 PCC, cuyo nº 2 se manifiesta en los siguientes términos: "El consentimiento debe prestarse antes del nacimiento del hijo. Puede formalizarse en el documento de consentimiento del tratamiento de fecundación asistida, ante el encargado del Registro Civil o en documento público".

No lo ha considerado necesario una reciente resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado[26], con el argumento de que del actual tenor del art. 7.3 de la Ley 14/2006 (coincidente con el del art. 44 de la Ley del Registro Civil de 2011, redactado también por la Ley 19/2015), "cabe colegir que la intención del legislador ha sido facilitar la determinación de la filiación de los hijos nacidos en el marco de un matrimonio formado por dos mujeres, independientemente de que hayan recurrido o no a técnicas de reproducción asistida"[27].

Esta posición no me convence: no existiendo una presunción de maternidad de la mujer de la usuaria semejante a la que el art. 116 CC establece respecto del marido, parece mucho más razonable exigir la prueba de que la gestación del niño ha tenido lugar mediante dichas técnicas[28].

Podría argumentarse que el art. 44 de la Ley del Registro Civil de 2011 permite que, aun faltando la presunción de paternidad del marido, se haga constar la filiación paterna con el consentimiento de ambos cónyuges. Sin embargo, este precepto debe ponerse en relación con el art. 118 CC, de modo que su concreta finalidad es permitir inscribir la filiación matrimonial de los hijos nacidos, constante el matrimonio, cuando falte la presunción de paternidad, "por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges". Estamos, pues, ante una declaración de voluntad semejante al reconocimiento de una filiación matrimonial, que, dado el carácter heterosexual del matrimonio, es plausible y que, además, si resulta no ser cierta, podrá ser impugnada conforme a los arts. 136 y 137 CC (el título constitutivo es la generación). Por el contrario, en el caso de dos mujeres casadas, desde un punto de vista biológico, la filiación que se pretende inscribir es claramente, inverosímil, por lo que la única manera cabal de explicarla es acreditar la práctica de la reproducción asistida. En realidad, no parece aventurado afirmar que el consentimiento de la cónyuge de la usuaria es un título constitutivo de una filiación distinto de la generación, que no se basa en la verdad biológica, sino en la voluntad de aquélla de querer asumir la maternidad del hijo concebido por su cónyuge a través de las técnicas de reproducción asistida; y, de ahí, que no sea susceptible de impugnación una vez establecida (ello, sin perjuicio de que pudiera impugnarse el consentimiento para la inscripción, si éste no hubiera sido prestado libremente, de la misma manera que cabe impugnar el reconocimiento *ex* art. 141 CC)[29].

26. RDGRN 8 febrero 2017 (1ª).

27. Revoca, así, el AJPI Denia, 22 agosto 2017, en *JUR*, 2016, 228396, que había sostenido la posición contraria.

28. V. en este sentido R. Verdera Server, *La reforma de la filiación. Su nuevo régimen jurídico*, Valencia, 2016, p. 112, que argumenta esta posición en la ubicación del art. 7.3 de la Ley 14/2006, el cual "permite presuponer que su ámbito de aplicación está supeditado a esa circunstancia, pese a que su tenor literal tampoco matice la cuestión". V. también en el mismo sentido M. Navarro Castro, *Ad art. 44*, cit., p. 694.

29. E. Farnós Amorós, *La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología*, en *Anuario de Derecho Civil*, 2015, fasc. 1º, p. 13, afirma que "el consentimiento es el único elemento que 'crea' la filiación. Una vez

Además, hay que tener en cuenta que la solución que propugna la Dirección General de los Registros y del Notariado fomentará, sin duda, el uso de técnicas de reproducción asistida distintas de las previstas por la Ley; y, más concretamente, las auto-inseminaciones artificiales con gametos de varones anónimos comprados a distancia a bajo precio en países extranjeros.

Cabe plantearse una última cuestión: ¿qué valor tendría (de haberse dado) el consentimiento previo de la cónyuge de la usuaria a que la misma se sometiera a una fecundación artificial? Pues creo que, a efectos de atribución de la filiación, ninguno, aunque dicho consentimiento previo puede ser un indicio de que el posteriormente dado para la inscripción ha sido dado de manera libre[30].

5.3. Usuaria conviviente de hecho con un varón.

Si la usuaria no está casada, sino unida de hecho con un varón, no necesita el consentimiento de éste para ser fecundada con los gametos de un tercero o para que se le implante un embrión no creado a partir de su material reproductor, sin perjuicio de que, no obstante, pueda darlo con carácter voluntario. El art. 8.2 de la Ley 14/2006 considera que el documento en el que se recoja dicho consentimiento, si es prestado con anterioridad a la utilización de las técnicas de reproducción asistida ante el centro en las que se realicen, será considerado como un escrito indubitado a los efectos de iniciar el expediente gubernativo del art. 44.7º, II de la Ley del Registro Civil de 2011, para la inscripción de la filiación no matrimonial respecto del conviviente[31].

---

otorgado, el mismo es vinculante, a diferencia de lo que sucede con un sistema de presunciones, susceptible de destrucción si se prueba la ausencia de base biológica". J. J. Iniesta Delgado, *La filiación*, cit., pp. 801-802, observa que el art. 7.3 de la Ley 14/2016, "introduce una importante alteración de los criterios fundantes de la relación de filiación que sitúan la figura aquí recogida en un 'terreno de nadie' entre la filiación por naturaleza y la adopción"; más adelante, añade: "aquí no hay más criterio que justifique la filiación que el consentimiento prestado por la madre consorte y es totalmente diferente a la filiación por naturaleza". Más matizada es la opinión de M. S. Quicios Molina, *Determinación e impugnación de la filiación*, Cizur Menor, 2014, p. 47, quien dice que el art. 7.3 de la Ley 14/2006 ha establecido un "nuevo título de determinación legal de la maternidad", si bien añade que con dicho título "el legislador da entrada en nuestro ordenamiento a una maternidad que no es en puridad, ni natural, ni adoptiva, y por ello escapa de los dos tipos de filiación a los que se refiere el art. 108 CC". Por lo tanto, en realidad, de lo que parece estar hablando es de un nuevo título constitutivo de la filiación

30. Es interesante el supuesto resuelto por la SAP, Islas Baleares 31 marzo 2014, en *Aranzadi Civil*, 2014, 654, que ha rechazado que el consentimiento de la usuaria para que el niño se inscribiera como hijo de su mujer estaba viciado, al haber sido prestado (según la demandante) por su debilidad de carácter y por el dominio que sobre ella ejercía su cónyuge. Frente a ello, la Audiencia resalta que las dos mujeres (todavía no casadas) habían consentido en la clínica que la otra fuera inseminada artificialmente; que, tras nacer un niño de una de ellas, la otra había hecho reserva de semen del mismo donante, para que el hijo que de ella pudiera nacer tuviera el mismo padre; posteriormente, se habían casado e inscrito el niño nacido como hijo de las dos. Deduce, así, "la existencia de una voluntad concorde de ambas litigantes de formar una familia", destacando también que la demandante es licenciada en Educación Física y tenía 33 años cuando se quedó embarazada, sufriendo entonces una decepción "pensando que el trato recibido de la demandada no era adecuado, pero no se aprecia vicio alguno invalidante del consentimiento".

31. La STSJ Cataluña, 22 diciembre 2008, en *Tol* 1548432, entiende que basta con que el consentimiento

En mi opinión, el consentimiento del varón conviviente no es un título de determinación de la filiación no matrimonial (no parece que formalmente pueda ser calificado como un reconocimiento de un hijo que ni siquiera ha sido todavía concebido), como tampoco lo es el del marido respecto de la filiación matrimonial, por lo que la inscripción de la filiación paterna del conviviente sólo será posible en virtud de expediente gubernativo o de reconocimiento[32], así como en virtud del nuevo modo de determinación previsto por el art. 120.1º CC, que tras la reforma llevada a cabo por la disposición final 2ª de la Ley 19/2015, de 13 de julio, se refiere a la "declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil".

A mi parecer, el consentimiento para la fecundación homóloga o heteróloga de la usuaria (o para que le sea implantado un embrión de un tercero) dado en las condiciones previstas en el art. 8.2 de la Ley 14/2006, impedirá la impugnación de la filiación determinada, que no podrá ser atacada con el argumento de que no se corresponde con la verdad biológica[33]. Es cierto que en este caso no existe una previsión semejante a la establecida el art. 8.1 de la Ley respecto de la filiación matrimonial[34], pero entiendo que se puede pensar en una aplicación analógica del precepto, basándose en la buena fe y en la doctrina de los actos propios[35].

No creo que esta tesis sea incoherente con la posición actual de la jurisprudencia, que, como es sabido, admite la impugnación de la paternidad en los casos de reconocimientos de complacencia, cuando la filiación reconocida no se corresponda con la verdad biológica[36], pues, como ya he dicho, el consentimiento para la fecundación no es un reconocimiento, el cual tiene lugar (en la forma establecida en el art. 120.2º CC) respecto de un hijo ya nacido (o al menos concebido), sino una manifestación de voluntad del varón no

del varón a la fecundación de su compañera pueda deducirse de actos inequívocos, aunque no se haya firmado el documento ante el centro autorizado.

32. V. en este sentido J. J. Iniesta Delgado, *La filiación*, cit., pp. 777-778; y R. Verdera Server, *Ad arts. 7 y 8 LTRHA,* cit., pp. 290-291. Esta es también la posición asumida por el art. 223-5, núms. 1º y 2º, PCC.

33. V. a este, respecto de un caso de fecundación heteróloga con gametos de donante anónimo, SAP Zaragoza, 27 octubre 2015, en *JUR*, 2015, 259702; y, respecto de un caso de implantación de un embrión de tercero, SAP Sevilla, 22 diciembre 2014, en *Aranzadi Civil*, 2015, p. 272.

34. En cambio, el art. 223-1, nº 3, PCC sí contiene una norma general, que también es aplicable al supuesto del consentimiento dado por varón no casado: "La filiación determinada no puede ser impugnada por quienes han prestado su consentimiento formal, previo y expreso a la fecundación asistida origen de dicha filiación".

35. V. así, J. J. Iniesta Delgado, *La filiación*, cit., pp. 790-791, quien atribuye al consentimiento del varón conviviente el simple valor de renuncia previa a la acción de impugnación, incidiendo en la idea de que no estamos ante un nuevo título de determinación de la filiación paterna no matrimonial, como demuestra el hecho de que pueda impugnar la filiación quien no renunció a impugnarla, refiriéndose, concretamente, al hijo, a cualquier perjudicado, si no hay posesión de estado, y a los herederos forzosos que vean afectada su participación en la herencia, si la hay (art. 140 CC).

36. V. en este sentido STS (Pleno), 15 julio 2016, en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia,* 2016, p. 3196, y STS, 28 noviembre 2016, en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 2016, p. 5636.

casado (plasmado en un documento privado firmado en la clínica), que implícitamente comporta un acto de responsabilidad, consistente en asumir como propio el posible hijo que se conciba (aunque biológicamente no lo sea) en el marco de una decisión compartida respecto a la consecución de un proyecto familiar común[37]. En este caso, la usuaria no quiere acudir, sin más, a las técnicas de reproducción asistida, sino que quiere hacerlo para concebir un hijo que legalmente sea considerado como de su conviviente: de ahí que, ni uno, ni otro, puedan impugnar la filiación paterna, una vez establecida[38].

Más dudoso es el alcance del inciso final del 8.2 de la Ley 14/2006, que añade: "Quedará a salvo la acción de reclamación de paternidad". La interpretación de la norma es discutible, pero una cosa es clara: en el caso de que la fecundación haya sido heteróloga, el donante no podrá en ningún caso, ejercitar esta acción, pues ello iría en contra del carácter anónimo de la donación de gametos[39].

En su momento, defendí que el precepto debía interpretarse en el sentido de que el hijo (o la madre, representándolo) podía ejercitar la acción, cuando el demandado no lo hubiese reconocido y se hubiese opuesto a la inscripción en el expediente gubernativo, con el argumento de que su consentimiento previo a la fecundación de la usuaria con gametos de un tercero constituía un acto de responsabilidad, que debía asimilarse al de la generación por vía natural; y, que, por la misma razón, también el varón podía ejercitar la acción, cuando quien se hubiera opuesto a la inscripción hubiese sido la madre (sin cuya previa aquiescencia aquél no hubiera podido consentir)[40].

37. Me parece que es en esto en lo que está pensando la norma, aunque, ciertamente, no lo diga expresamente. Es cierto que, como observa J. J. Iniesta Delgado, *La filiación*, cit., p. 799, pueden existir, casos de "donante encubierto" o "donante identificado", esto es, de convivientes falsos, que simulan convivir *more uxorio* con la usuaria para que ésta pueda ser fecundada con su semen, en vez de con el de un tercero desconocido, eludiendo, así, la prohibición de selección de gametos establecida por el art. 6.4 de la Ley 14/2016). En estos casos, podría teóricamente plantarse si el hecho de que la convivencia fuera fingida sería un motivo para excluir la causa de impugnación de la paternidad; y, digo que el problema es teórico, porque, en estos supuestos, el varón que hubiera prestado el consentimiento sería el padre biológico del hijo, razón por la cual se impondría su paternidad. Lo que en la práctica se han planteado son supuestos en los que, ejercitada una acción de reclamación de paternidad por parte del varón (padre biológico) o de la madre (en representación del hijo), la demandada argumentaba que no había existido convivencia de hecho al tiempo de prestarse el consentimiento para la fecundación homóloga, argumento que no ha impedido prosperar la acción. V. en este sentido SAP La Coruña, 15 febrero 2006, en *JUR*, 2006, 84103, y SAP Alicante, 23 diciembre 2014, en *Aranzadi Civil*, 2015, p. 275.

38. J. J. Iniesta Delgado, *La filiación*, cit., p. 791, afirma que sí podrá impugnar la filiación el hijo, pues no puede negársele legitimación "con el solo argumento de que sus progenitores renunciaron ejercitarla".

39. V. en este sentido claramente, R. Verdera Server, *Ad arts. 7 y 8 LTRHA*, cit., pp. 302-303.

40. J. R. De Verda y Beamonte, *Libertad de procreación y libertad de investigación (Algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)*, en *Diario La Ley*, nº 6161, 4 enero 2005, p. 4. La SAP Alicante, 23 diciembre 2014, en *Aranzadi Civil*, 2015, 275, estimó la acción de reclamación de paternidad no matrimonial ejercitada por la madre de un hijo concebido con el semen del varón con el que convivía. Parece que la estimación del fallo, se basa en la existencia del previo consentimiento del varón a que su conviviente se sometiera a las técnicas de reproducción asistida. Ahora bien, lo cierto es que el demandado era el padre biológico del hijo, al tratarse de una fecundación homóloga.

En contra de esta posición podría replicarse que, si el consentimiento para la práctica de la reproducción asistida no es un título de determinación de la filiación, es difícil de explicar que, por sí mismo, pueda fundamentar una acción de reclamación de paternidad[41]; por lo que quizás fuese más seguro entender que la acción no puede basarse en dicho consentimiento, sino que habría de fundamentarse, exclusivamente, en la verdad biológica, esto es, en el hecho de que el conviviente fuese el padre biológico del hijo, cosa que, claro está, sólo podría tener lugar en la fecundación homóloga[42]. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, en virtud del art. 767.3 LEC, puede declararse la filiación que resulte, no sólo de un título de determinación de la misma, sino también de "otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo", hechos éstos, entre los que cabría, quizás, incluir el consentimiento del art. 8.1 de la Ley 14/2006.

5.4. Usuaria conviviente de hecho con otra mujer.

La Ley 14/2006 no contempla el supuesto de que la mujer que conviva de hecho con la usuaria hubiera consentido previamente que ésta se sometiera a las técnicas de reproducción asistida[43]: no contiene una previsión semejante a la recogida en el art. 8.2 respecto del conviviente varón, lo que parece ser una opción consciente del legislador[44].

No obstante, la jurisprudencia ha admitido que dicho consentimiento pueda ser considerado como un indicio de posesión de estado, en orden a la reclamación de la maternidad, *ex* art. 131 CC. Concretamente, el Tribunal Supremo[45] ha confirmado una sentencia que había admitido la reclamación de filiación por posesión de estado presentada por la excónyuge de la madre (contra la oposición de ésta), entendiendo que el consentimiento prestado a la inseminación artificial por las entonces convivientes (antes de casarse) era "de particular significación porque constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras mediante consentimiento expreso, hasta el punto de que en casos como este dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditada como de ordinario se exige". En cualquier caso, la sentencia recurrida había afirmado que la posesión de estado se deducía también de las actuaciones judiciales llevadas a cabo por la demandante para mantener contacto con las menores (había

41. Sostiene, sin embargo, esta posición R. Verdera Server, *Ad arts. 7 y 8 LTRHA,* cit., pp. 302-303, con total claridad.

42. V. las reflexiones que sobre este punto realiza J. J. Iniesta Delgado, *La filiación*, cit., p. 797-799.

43. Tampoco lo hace la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

44. Por supuesto, no es aplicable a este supuesto el art. 7.3 de la Ley 14/2006, que exige que las mujeres estén casadas. V. así J. J. Iniesta Delgado, *La filiación*, cit., p. 805; y M. Navarro Castro, *Ad art. 44*, cit., p. 695.

45. STS, 5 diciembre 2013, en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 2013, 7566. V. también el fallo en *Revista Boliviana de Derecho*, n. 18, 2014, pp. 400-419, con nota de J. Alventosa del Río, *Doble maternidad. Reclamación de filiación matrimonial por posesión de Estado. Maternidad biológica y maternidad por ficción legal: concurrencia y simultaneidad.*

pedido el establecimiento de un régimen de vistas a su favor y había iniciado un procedimiento de adopción). Había valorado también declaraciones testificales en las que se afirmaba que durante un año la demandante había compartido su vida con las menores "en calidad de madre, hasta que la ruptura de la pareja produce también la ruptura de la relación con las niñas".

Posteriormente, el Pleno del Tribunal Supremo[46] ha confirmado la posibilidad de que pueda prosperar la acción de reclamación de la maternidad del hijo concebido con el consentimiento de la conviviente de la usuaria, basada en la posesión de estado. Dice, así, que "los consentimientos prestados con ocasión del empleo de las técnicas de reproducción asistida, claramente acreditados de los hechos obrantes y que llevó a la madre biológica a poner como segundo nombre del niño el primer apellido de su pareja, como antecedente o causa de la filiación reclamada, integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada". Más adelante, añade: "En efecto, en el presente caso, probado el propósito común de ambas mujeres para recurrir a la técnica de reproducción asistida, así como la existencia de una posterior unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, el consentimiento prestado en su momento, por la conviviente que no es la madre biológica del menor, vino investido por un claro interés moral o familiar plenamente legitimado en su aspiración de ser madre, cuya efectividad depende, precisamente, del éxito de la acción entablada".

No comparto esta posición jurisprudencial que, a mi parecer, desnaturaliza la figura de la posesión de estado, que es una situación de hecho, dada la cual es posible presumir que quien es tratado como hijo realmente lo es; y, de ahí que el art. 113 CC le atribuya el carácter de título de determinación subsidiario de una filiación que se considera probable[47]. Por ello, por definición, no existe posesión de estado (en el sentido del art. 113 CC), cuando, como sucede en el caso de uniones del mismo sexo, la filiación que se reclama es claramente contradicha por la verdad biológica, la cual permite establecer, con absoluta certeza, que quien pretende ser progenitor, claramente, no lo es[48].

Cabe hacer una reflexión final: como he dicho, la Ley 14/2006, al menos, en su redacción originaria, parte de la idea de que la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida es una especie *sui géneris* de filiación por naturaleza, pero lo cierto es que esta pre-

46. STS (Pleno), 15 enero 2014, en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 2014, p. 1265.

47. V. a este respecto las certeras críticas de R. Verdera Server, *La reforma,* cit., p. 199.

48. Observa E. Farnós Amorós, *La filiación*, cit., p. 27, que "el TS convierte erróneamente a la posesión de estado en título de atribución de la filiación". M. S. Quicios Molina, *Determinación,* cit., p. 62, se manifiesta igualmente en sentido crítico: "En un proceso de reclamación de una determina filiación la posesión de estado de dicha filiación funciona como indicio de la filiación natural reclamada, pero la posesión de estado no es la última causa de pedir, pues la causa de pedir es la existencia de una filiación natural que se quiere jurídica".

misa (ya rota por el art. 7.3 de la misma) nos lleva a tener que forzar continuamente las categorías construidas en torno a ella para dar solución a problemas que sólo se plantean cuando la generación tienen lugar de modo artificial. Me pregunto si no sería más práctico reconocer un nuevo tipo de filiación, distinta de la natural, cuyo título constitutivo fuese la mera voluntad de procrear, expresada en la forma legalmente prevista[49].

6. Fecundación *post mortem*.

El art. 9.2 de la Ley 14/2006 permite la fecundación póstuma, también llamada *post mortem*, con gametos del marido de la usuaria, pero con cautelas, cumplidas las cuales, quedará determinada la filiación del hijo respecto del fallecido, con sus correspondientes consecuencias, en particular, en el ámbito sucesorio, siendo llamado a la herencia del padre muerto[50]. El precepto exige el consentimiento del marido "para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer", plazo éste en el que, por lo tanto, deberá realizarse la fecundación. Respetadas tales prescripciones se creará un vínculo de filiación entre el nacido y el padre premuerto con las consiguientes consecuencias de carácter sucesorio[51].

A diferencia de lo que acontecía bajo la vigencia de la Ley 35/1988, dicho consentimiento podrá prestarse, no sólo "en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas", sino también en el documento a que se refiere el art. 6.3 de la Ley, esto es, en el documento privado, suministrado por el centro autorizado, en el que se autoriza la fecundación de la mujer[52]. "El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas".

En el caso de fecundación con gametos del conviviente, según el art. 9.3 de la Ley 14/2006, el consentimiento prestado por éste será considerado como un escrito indubi-

49. Véanse a este respecto la interesantes reflexiones de R. Verdera Server, *Ser padre*, en *Derecho Privado y Constitución*, nº 30, enero/diciembre 2016, pp. 112-117, que le llevan a afirmar "la necesidad de (re)construir el régimen de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida desde bases distintas al de la filiación por naturaleza".

50. El art. 223-4, nº 3, PCC establece que "También se presume hijo del marido el nacido más de trescientos días después de su fallecimiento cuando aquél ha prestado su consentimiento formal para que su material reproductor pueda ser utilizado en los doce meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer".

51. La ausencia del consentimiento del varón a la fecundación *post mortem* no puede ser suplido por la vía de la autorización judicial para satisfacer las aspiraciones de la mujer de tener un hijo de su marido premuerto. Cfr. AAP La Coruña, 3 noviembre 2001, en *Aranzadi Civil*, 2001, p. 183.

52. No significa ello, según J. A. Fernández Campos, *Ad art. 9 LTRHA. Premoriencia del marido*, en *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, dir. J.A. Cobacho Gómez, coord. J.J. Iniesta Delgado, Cizur Menor, 2007, pp. 340-341 que la Ley 14/20076, "haya consagrado el principio de libertad de forma para prestar consentimiento a la reproducción asistida *post mortem*, ni siquiera que permita cualquier forma que garantice el requisito de autenticidad o donde la voluntad del interesado conste fehacientemente".

tado a los efectos de iniciar el expediente gubernativo, para la inscripción de la filiación natural del hijo, previsto en el art. 49 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin perjuicio –dice el precepto- de la acción de la reclamación judicial de paternidad, acción, que creo que podrá ser ejercitada por el hijo, en el caso de que en el expediente se manifestare oposición por parte del Ministerio Fiscal o de parte interesada, probando que su padre manifestó en la forma legalmente prevista que su material reproductor pudiera ser utilizado para fecundar a su compañera y que dicha fecundación tuvo lugar o, al menos, se inició dentro de los doce meses siguientes a su fallecimiento.

Determinada la filiación del hijo, creo que éste será llamado a la herencia del padre, tanto si existe un llamamiento testamentario hecho a su favor[53] (actualmente no plantea ninguna duda la posibilidad de instituir heredero a un *concepturus* bajo la condición suspensiva de que llegue a nacer), como si, a falta de testamento, es la propia Ley quien lo llama a suceder *ab intestato*[54]. Es cierto que, en este último caso, existe un obstáculo legal a dicha sucesión, pues del art. 758 del Código Civil resulta que el heredero ha de existir al tiempo del fallecimiento del causante o, al menos, ha de estar concebido en este momento (esto último, por aplicación del art. 29 del Código Civil), lo que no acontece en el caso que nos ocupa.

Sin embargo, dicho obstáculo legal debe ceder ante las exigencias que derivan del principio constitucional de igualdad: determinada legalmente la filiación, no se puede negar a los hijos nacidos de una fecundación *post mortem* los derechos sucesorios que la ley reconoce a todo hijo, pues ello supondría una discriminación contraria al art. 14 de la Constitución[55]. En este sentido, hay que elogiar el art. 325.3 del Código del Derecho Foral de Aragón, que establece que "Si el causante ha expresado en debida forma su voluntad de fecundación asistida post mortem con su material reproductor, los hijos así nacidos se considerarán concebidos al tiempo de la apertura de la sucesión siempre que se cumplan los requisitos que la legislación sobre estas técnicas de reproducción establece para determinar la filiación". Por su parte, el art. 412-1.2 del Libro IV del Código Civil de Cataluña dispone que "Los hijos que nazcan en

53. Cfr. P. J. Femenía López, *Status jurídico*, cit., p. 283; J. A. Fernández Campos, *Ad art. 9 LTRHA*, cit., p. 351; Rodríguez Guitián, A. Mª: *Reproducción artificial*, cit., pp. 112-113; y Vidal Martínez, J.: *Las técnicas de reproducción asistida en el Derecho Español*, en *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, coord. J. Vidal Martínez, Granada, 1998, pp. 115-116.

54. Tal posición, sobre la cual no existe unanimidad en la doctrina científica española es defendida, entre otros, por R. Gómez-Ferrer Sapiña, *Técnicas de reproducción*, pp. 181 ss.; J. A. Fernández Campos, *Ad art. 9 LTRHA*, cit., p. 351; o J. J. Iniesta Delgado, *La filiación*, cit., p. 850. A. Mª Rodríguez Guitián, *Reproducción artificial*, cit., pp. 112-113, no se pronuncia al respecto (aunque se muestra favorable a una reforma legislativa que reconozca derechos sucesorios a los hijos concebidos *post mortem*). J. Vidal Martínez, *Las técnicas*, cit., pp. 115-116, parece aceptarla, al plantear la posible aplicación por analogía del art. 29 CC. En contra, en cambio, claramente F. Pantaleón Prieto, *Técnicas de reproducción asistida y Constitución*, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 15, 1993, mayo-agosto, p. 156, nota 63, con el argumento de que, al tiempo del fallecimiento del padre, el hijo todavía no estaba concebido.

55. V. así J. A. Fernández Campos, *Ad art. 9 LTRHA,* cit., p. 351, y J. J. Iniesta Delgado, *La filiación*, cit., p. 850.

virtud de una fecundación asistida practicada de acuerdo con la ley después de la muerte de uno de los progenitores tienen capacidad para suceder al progenitor premuerto".

Por las razones apuntadas, me parece que el hijo concebido póstumamente tendrá la condición de heredero forzoso del padre premuerto[56], por lo que podría ejercitar la acción de preterición en defensa de su legítima, si éste, al hacer testamento (antes o después de autorizar la fecundación *post mortem*), no lo hubiera nombrado como heredero o legatario; y siendo la preterición intencional habría que proceder a reducir la institución de heredero en la medida necesaria para preservar su legítima (art. 841.I CC)[57].

Distinta de la fecundación póstuma de óvulos de la mujer con material reproductor de su marido o conviviente muerto, es la transferencia *post mortem* de embriones, ya fecundados al tiempo de su fallecimiento, la cual parece que es posible realizar sin necesidad de un específico consentimiento de aquél a la misma. En tal sentido creo que debe interpretarse el art. 9.2.II de la Ley 14/2006[58], según el cual "Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de [embriones] constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido" [59].

Es indudable que el embrión concebido *in vitro*, aunque todavía no haya sido trasferido al útero materno, goza de la protección del art. 29 CC, por lo que resultará llamado a la herencia del padre premuerto, siempre que sea trasferido dentro de los doce meses siguientes a su fallecimiento[60].

7. La gestación por sustitución.

Examinaré, por último, una de las cuestiones más controvertidas que plantean las técnicas de reproducción asistida, cual es la posibilidad de acudir a la maternidad subrogada o gestación por sustitución.

---

56. V. en este sentido P. J. Femenía López, *Status jurídico*, cit., p. 289; y J. J. Iniesta Delgado, *La filiación*, cit., p. 850.

57. Cfr. en este sentido P. J. Femenía López, *Status jurídico,* cit., p. 289.

58. Coincidente con el art. 223-4, nº 5º PCC.

59. Hay que valorar positivamente que el art. 9.2.II de la Ley 14/2006 presuma el consentimiento del marido para la transferencia *post mortem* del embrión existente al tiempo de su fallecimiento, pero pendiente de implantación, si éste había consentido la fecundación de la mujer, porque dicha transferencia no es sino la culminación de un proceso ya iniciado en vida de aquél. Esta presunción parece acorde con la finalidad pretendida por el marido al consentir la fecundación de la mujer y, además, como evidencia A. Mª Rodríguez Guitián, *La reproducción,* cit., p. 306*,* responde a un interés digno de protección, que es el de "posibilitar el desarrollo de la vida del embrión aún no implantado".

60. Expresamente, el art. 9.2.II de la Ley 14/2006 sólo requiere ese plazo para la fecundación *post mortem* de la mujer con gametos del marido premuerto. Ahora bien, parece razonable exigirlo también para el supuesto de la trasferencia *post mortem* de embriones, pues, como observa A. Mª Rodríguez Guitián, *La reproducción post mortem en España: Estudio ante un nuevo dilema jurídico*, en *Revista Boliviana de Derecho*, nº 20, julio, 2015, p. 313, la trasferencia del embrión "no puede dejarse a la exclusiva voluntad de la viuda". V. también en el mismo sentido J. J. Iniesta Delgado, *La filiación*, cit., p. 845.

7.1. La posición de la legislación española.

El art. 10.1 de la Ley 14/2006[61] prevé que "Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero"[62].

Por consiguiente, es nulo el contrato que se celebra, cuando una pareja es fértil, pero la mujer no puede o no quiere llevar a cabo el proceso de gestación, razón por la cual se acuerda realizar una fecundación *in vitro* con gametos de la propia pareja e implantar el embrión obtenido en el útero de otra mujer. Es igualmente nulo el contrato que se celebra cuando la mujer de una pareja es estéril, por lo que se acuerda inseminar artificialmente a otra mujer o fecundar *in vitro* un óvulo de ésta con gametos del varón, para, posteriormente, implantar en su útero el embrión resultante: en este caso, la mujer que acepta asumir el proceso de gestación será madre gestante y madre biológica.

El contrato de gestación por sustitución se opone al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, ya que recae sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, haciendo objeto del comercio una función de la mujer, tan elevada, como es la maternidad, la cual no puede ser objeto de trafico jurídico. Se opone también al principio de indisponibilidad del estado civil, ya que trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno-filial y la atribución de la condición jurídica de madre y de hijo[63].

61. El precepto es reproducido literalmente por el art. 223-2, nº 2º, PPC.

62. A mi parecer la nulidad lo es por ilicitud de la causa, por lo que, por aplicación del art. 1306 CC, ninguna de las partes del contrato de gestación por sustitución tendrá acción para reclamar la restitución de las prestaciones ejecutadas, de modo que los comitentes no podrían pedir la devolución de las cantidades que hubieran pagado a la que se había comprometido a ser madre portadora. En contra, sin embargo, F. Pantaleón Prieto, *Contra la Ley*, cit., pp. 27 y 28, quien considera que la nulidad procede de la ilicitud del objeto.

63. Un sector de la doctrina científica actual sigue defendiendo la nulidad del contrato de gestación con apoyo en dichos argumentos y en el principio constitucional de dignidad de la persona humana, consagrado en el art. 10.1 CE, haciendo especial hincapié en el riesgo de vulnerabilidad de las madres portadoras, que pueden verse abocadas a acudir a esta práctica para hacer frente a situaciones de pobreza o marginación social. Cfr., así, V. Bellver Capella, ¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional, en *SCIO. Revista de Filosofía*, nº 11, noviembre de 2015, pp. 19-52; E. Corral García, *El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?*, en *Revista de Derecho y Genoma Humano,* 38/2013, p. 69; o J. López Guzmán y A. Aparisi Miralles, *Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada*, en *Cuadernos de Bioética*, XXIII, 2012/2ª, pp. 253-267. Otro sector de la doctrina se muestra favorable a la admisión de la validez del contrato, invocando el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad e incluso un pretendido derecho a la reproducción, además de la conveniencia de frenar el llamado *turismo reproductivo*, aunque procediendo siempre con cautelas, para asegurar que el consentimiento de las madres portadoras sea libre y evitar un posible tráfico internacional de niños. V. en este sentido L. Álvarez de Toledo Quintana, *El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo del orden público internacional*, en *Cuadernos de Derecho Transaccional* (octubre 2014), vol. 6, nº 2, p. 39; Mª P. García Aburuza, *A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8/2015 (BIB 2015\4006); N. Igareda González, *La inmutabilidad del principio "mater semper certa est" y los debates actuales sobre la gestación por substitución en España*, en *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 21, enero 2015, pp. 6-7; J. Vela Sánchez, J., *Propuesta de regulación*

La nulidad del contrato de gestación por sustitución hace que, a efectos legales, haya que considerar siempre como madre a la gestante, y no, a la biológica (en el caso de que ésta sea distinta de aquélla)[64]. El art. 10.2 de la Ley 14/2006 dice, así, que "La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto"[65]. Sin

del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España, en *Diario La Ley*, nº 7621, 3 mayo 2013; o A. Vila-Coro Vázquez, *Hacia una regulación de la gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida*, *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, coord. P. Benavente Moreda y E. Farnós Amorós, Madrid, 2015, pp. 283 y ss.

Personalmente, me identifico más con el primer grupo de autores. Es evidente la conexión entre procreación y el libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el art. 10.1 CE, entendido éste, como un principio constitucional, que significa la autonomía de la persona para elegir, libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con las propias preferencias. En este caso, la opción vital es concebir, o no, un hijo, decisión personalísima, en la que el Estado no puede inmiscuirse, ni imponiéndola, ni prohibiéndola, debiendo respetar lo que resulte del ejercicio de la libertad de cada ciudadano. La libertad de procreación significa el reconocimiento a la persona de un ámbito de decisión (concebir, o no un hijo) sustraído a la injerencia estatal, pero de esta libertad no se desprende un derecho a exigir a los poderes públicos que éstos hagan efectiva la pretensión de tener hijos. Concretamente, no existe un derecho a exigir al Estado que permita el acceso a las técnicas de reproducción asistida a cualquier persona, en cualquier circunstancia y de cualquier modo. Es, por ello, legítimo que se limite el acceso a dichas técnicas con el fin de proteger intereses distintos a los de sus potenciales usuarios, como son la dignidad, tanto de las madres portadoras, como de los hijos concebidos mediante gestación por sustitución. Concuerdo, pues, con F. Pantaleón Prieto, *Técnicas de reproducción*, cit., pp. 130-131, cuando afirma que "no existe un derecho fundamental de todos a procrear, también por medio de técnicas de reproducción asistida, que vincule al legislador ordinario"; y ello, sin perjuicio de que no comparta sus posteriores consideraciones, realizadas en la p. 133, a propósito de la maternidad subrogada. De cualquier modo, me parece que la respuesta legal ha de estar basada en un juicio de valores, y no en razonamientos de carácter económico, como son los que, en parte, esgrime en uno de sus numerosos y originales trabajos J. Vela Sánchez, *La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho*, en *Diario La Ley*, nº 8055, 4 abril 2013, en donde se refiere al considerable ahorro de costes que para los españoles supondría el no tener que viajar al extranjero para realizar la gestación por sustitución y a los ingresos que para la economía nacional supondría la práctica en España de la maternidad subrogada.

64. No obstante, el Pleno de la Sala Social de Tribunal Supremo, en dos novedosas y polémicas Sentencias, 25 octubre 2016, nº 881/2016, y 16 noviembre 2016, nº 953/2016 (seguidas de otras posteriores), ha entendido que el nacimiento de un hijo mediante maternidad subrogada (realizada en el extranjero) puede dar lugar a baja laboral y a las correspondientes prestaciones por maternidad, considerando que existe analogía entre la maternidad subrogada y la adopción o el acogimiento. Especialmente curioso es el caso resuelto por la primera de las sentencias: un varón español acudió a la maternidad subrogada en la India, utilizándose en la reproducción asistida su material genético. La madre gestante alumbró dos niñas y aceptó que el varón español asumiera, en exclusiva, "todas las funciones y obligaciones que se derivan de la patria potestad". Las menores fueron inscritas en el Registro Consular como hijas del padre biológico, siendo trasladadas a España por aquél. La Seguridad Social española denegó las prestaciones "por maternidad" solicitadas por el padre biológico de las menores, argumentando que la legislación española considera nulo el contrato de maternidad por sustitución. El Tribunal Supremo, sin embargo, entiende fundada la pretensión del solicitante, afirmando que las prestaciones por maternidad también cubren supuestos de adopción o acogimiento, que la madre puede transferir al padre una parte de ellas y que, en ciertos casos, cuando la madre biológica no puede disfrutarlas (muerte, ausencia de protección) se transfieren al padre.

65. Ésta es la consecuencia natural de la nulidad de contrato con causa ilícita, que pretende alterar los modos legales de determinación de la filiación, sin que me parezcan convincentes los argumentos en contrario

embargo, el art. 10 de la Ley 14/2006 añade que "Queda a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales". Cabría, pues, que el padre biológico ejercitara la acción de reclamación de paternidad y que posteriormente, previo consentimiento de la madre gestante, el hijo fuera adoptado por la mujer de aquél, sin necesidad de mediar la declaración de idoneidad prevista en el art. 176 CC[66].

7.2. La posición de la jurisprudencia.

En la práctica, sucede que parejas estériles (o formadas por miembros del mismo sexo) acuden a países en los que está permitida la gestación por sustitución, donde conciertan un contrato de útero de alquiler; y, una vez que nace el niño, lo inscriben en el Registro Consular, como si fuera hijo suyo[67]. Se trata de una práctica que se opone a lo establecido en el art. 10.1 de la Ley 14/2006, precepto que tiene un claro carácter imperativo y determina la formación del orden público español[68].

esgrimidos por parte de Mª Núñez Bolaños, I. Mª Nicasio Jaramillo y E. Pizarro Moreno, *El interés del menor sustitución y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción*, en *Derecho Privado y Constitución*, nº 29, 2015, pp. 259-260, en favor de la disociación entre la prohibición de gestación por sustitución y la determinación de la filiación por el parto.

66. Esta posibilidad es sugerida por la STS (Pleno), 6 febrero 2014, en *Tol* 4100882*,* y por el ATS, 2 febrero 2015, rec. nº 245/2012, en interés del menor concebido por gestación por sustitución en California a iniciativa de un matrimonio de varones españoles.

67. Véase un interesante panorama de Derecho Comparado en E. Roca Trías, "*Dura lex sed lex". O de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada*, en *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, coord. P. Benavente Moreda y E. Farnós Amorós, Madrid, 2015, pp. 317 y ss.

68. Recientemente se ha aprobado en Portugal una reforma legal que ha permitido la maternidad subrogada, si bien con requisitos bastante rigurosos. El art. 1 de la Ley 25/2016, de 22 de agosto, regula, así, el acceso a la gestación por sustitución en ciertos supuestos, para lo cual ha reformado diversos preceptos de la Ley 32/2006, de 26 de julio, de procreación médica asistida, concretamente, el art. 8 de la misma (cuya redacción no ha sido alterada por la aún mas reciente Ley 58/2017, de 25 de julio). El precepto define la gestación por sustitución como cualquier situación en que la mujer se obligue a llevar a cabo un embarazo por cuenta ajena y a entregar el niño después del parto, renunciando a los derechos y deberes propios de la maternidad (1º). Sólo la permite, a título excepcional y con carácter gratuito, en los casos de ausencia de útero o de lesión o enfermedad del mismo que impida de manera absoluta y definitiva el embarazo de la mujer o en situaciones clínicas que lo justifiquen (2º), exigiendo, además, que se realice con, al menos, el gameto de uno de los beneficiarios (3º). Por lo tanto, la maternidad por sustitución se regula como una medida de carácter terapéutico, es decir, como una técnica extraordinaria que tiene como finalidad remediar la imposibilidad de procrear de una mujer (lo que, por definición, excluye que puedan acceder a ella una pareja de varones) y que ha tener siempre carácter gratuito. Se prohíbe, así, que los beneficiarios paguen a la gestante cualquier tipo de compensación económica como contraprestación por la gestación del niño, aunque se permite el pago de gastos médicos (incluidos los de transporte) debidamente acreditados (5º); y, para garantizar la libertad de la gestante, se prohíbe que pueda celebrarse el contrato cuando entre las partes exista una relación de dependencia económica, en particular, de naturaleza laboral o de prestación de servicios (6º). Cumplidos estos requisitos, el niño que nazca será hijo de los respectivos beneficiarios (7º). En cambio, todos los negocios de gestación por sustitución que sean onerosos o que, siendo

El Tribunal Supremo, en una célebre sentencia[69], ha confirmado la cancelación de la inscripción de la filiación, que había sido realizada en el Registro Civil Consular de los Ángeles, con apoyo en una certificación registral californiana, en favor de dos varones, que habían acudido a la gestación por sustitución. Ha considerado que tal inscripción iba contra el orden público español, pues en "nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, 'cosificando' a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de 'ciudadanía censitaria' en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población".

En mi opinión, no puede considerarse que la posición de la legislación española *per se* sea contraria al interés superior del menor, pues no está dicho que, en principio, lo mejor para éste sea que se le reconozca la filiación, siempre respecto de los comitentes, en vez de respecto de la madre gestante, sin examinar las circunstancias del caso concreto, lo que, además, supondría posibilitar que los jueces crearan una regla general de atribución de la filiación, contraria a la claramente establecida por el legislador, en una aplicación discutible de un concepto jurídico indeterminado, como es el "interés del menor", respecto del cual no existe unanimidad.

---

gratuitos, no se ajusten a los requisitos legales serán nulos (12º), previéndose, además, sanciones penales para quienes los celebren (nuevo art. 34 Ley 32/2006, de 26 de julio, tras la reforma de 2016). Se trata, pues, de una regulación, que solamente admite la maternidad subrogada gratuita y con requisitos bastante rigurosos, pero, como siempre que se regula la gestación por sustitución, surge el problema de determinar la filiación de los hijos nacidos fuera de los casos legalmente admitidos. A este respecto, se ha pronunciado el Consejo Nacional de Procreación Médica Asistida de Portugal en una polémica Declaración Interpretativa de Ley 25/2016, según la cual el legislador quiere y quiso que, en todos los casos, incluso cuando los contratos de gestación sean nulos, los niños que nazcan como consecuencia del recurso a la gestión por sustitución sean hijos de los respectivos beneficiarios. Esta Declaración interpretativa fue literalmente seguida por el art. 3.5 del Proyecto de Decreto destinado a establecer el Reglamento de la Ley, el cual mereció una contundente valoración negativa por parte del Consejo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida, que en un Informe de enero de 2017 afirma que no es comprensible que una norma reglamentaria atribuya a un contrato nulo efectos idénticos a los de un contrato válido; dice, así, que no es aceptable, desde un punto de vista ético, que alguien pueda obtener, por medio de un contrato de gestación contrario a la Ley, los mismos efectos que alcanzaría con la celebración de un contrato que se ajustara a las prescripciones legales; y concluye observando que tal solución no disuadiría de realizar prácticas ilegales y proporcionaría ocasiones de explotación de las mujeres gestantes. Tal valoración ha sido tenida en cuenta por el legislador luso, que ha abandonado la posición seguida por el art. 3.5 del Proyecto, de la que no hay rastro en el Decreto Reglamentario 6/2017, de 31 de julio.

69. La STS (Pleno), 6 febrero 2014, en *Tol* 4100882. Puede también verse el fallo en *Revista Boliviana de Derecho*, nº 18, 2014, pp. 400-419, con nota de F. J. Jiménez Muñoz, *Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución*.

La mencionada sentencia del Tribunal Supremo realiza interesantes consideraciones a este respecto. Dice, así, que "La cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor contenida en la legislación no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma. La concreción de dicho interés del menor no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales"; y continúa: "La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución. Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo".

Observa, además, que, si bien, a tenor del art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el interés superior del menor tiene "una consideración primordial", a la que han de atender los tribunales y demás instituciones públicas y privadas en todas las medidas concernientes a los niños", ello no significa que no haya que realizar una ponderación con otros bienes jurídicos, como "el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación", afirmando que "la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil".

Por otro lado, hay que insistir en que, conforme al art. 10.2 de la Ley 14/2006 cabe que, siendo uno de los comitentes el padre biológico reclame la paternidad y, posteriormente su cónyuge (cualquiera que sea su sexo) lo adopte, sin necesidad de la declaración administrativa de idoneidad (art. 176.2º.2. CC), como también que pueda constituirse un acogimiento en favor de los comitentes, si existe una situación de desamparo por no ocuparse la madre gestante de su hijo.

Con posterioridad a la sentencia comentada, el Tribunal Supremo ha dictado un auto[70] desestimando un incidente de nulidad de actuaciones, y en que ha considerado que la solución por él consagrada no es contraria a la jurisprudencia del Tribunal Europeos de Derechos Humanos, que ha condenado a Francia, por no permitir la inscripción en el Registro civil francés de hijos nacidos en Estados Unidos mediante gestación por susti-

70. ATS, 2 febrero 2015, rec. nº. 245/2012.

tución con gametos del varón integrante de la pareja heterosexual comitente[71]. Observa el Tribunal Supremo que la condena al país galo se fundamenta en "la absoluta imposibilidad de que el ordenamiento jurídico francés reconozca cualquier vínculo de filiación entre los comitentes y el niño, no solamente por la imposibilidad de transcribir el acta de nacimiento norteamericana, sino también por la imposibilidad de que se reconozca la filiación biológica paterna (lo que el Tribunal de Estrasburgo considera injustificable), la filiación derivada de la posesión de estado, o la filiación por adopción por parte de los comitentes", "lo que supone una situación de incertidumbre jurídica incompatible con las exigencias del art. 8 del Convenio" de Roma [que consagra el derecho al respeto de la vida familiar, del que forma parte el derecho a la identidad].

El Tribunal de Estrasburgo —añade— "no afirma que la negativa a transcribir al Registro Civil francés las actas de nacimiento de los niños nacidos en el extranjero por gestación por subrogación infrinja el derecho al respeto de la vida privada de esos menores. Lo que afirma es que a esos niños hay que reconocerles un estatus definido, una identidad cierta en el país en el que normalmente van a vivir […]. En el caso de España, ese estatus puede proceder del reconocimiento o establecimiento de la filiación biológica con respecto a quienes hayan proporcionado sus propios gametos para la fecundación, puede proceder de la adopción, y, en determinados casos, puede proceder de la posesión de estado civil, que son los criterios de determinación de la filiación que nuestro ordenamiento jurídico vigente ha considerado idóneos para proteger el interés del menor"[72].

71. V. SSTEDH 26 junio 2014, caso Mennesson c. Francia, rec. nº 65192/11, y caso Labassee, rec. nº 65941/11. La doctrina establecida por estas sentencias ha sido posteriormente confirmada por la STEDH 21 julio 2016, caso Foulon y Bouvet c. Francia, rec. nº 9063/14 y 10410/14, que condena a Francia por impedir sus tribunales inscribir en el Registro Civil del país las declaraciones de reconocimiento formuladas por los padres biológicos, que habían acudido a la India para poder concebir hijos, eludiendo la prohibición de la utilización de la maternidad subrogada establecida en el art. 47 del Código Civil galo.

72. En cualquier caso, hay que tener en cuenta el reciente cambio jurisprudencial sobre la materia protagonizado por el Tribunal de Estrasburgo, al resolver de manera definitiva el caso Paradiso y Campanelli c. Italia. Dicho caso tiene su origen en el nacimiento de un hijo en Rusia mediante un contrato de útero de alquiler celebrado entre la pareja comitente (los demandantes) y la sociedad Rosjurconsulting. Una vez nacido el niño, la madre gestante dio su consentimiento para que aquél fuera inscrito a nombre de los demandantes, como, efectivamente, tuvo lugar en el Registro Civil de Moscú. Los problemas surgieron cuando los "padres" pretendieron la inscripción del certificado ruso de nacimiento de su "hijo" en el Registro Civil italiano. Las autoridades administrativas y judiciales se negaron a practicar la inscripción solicitada, argumentando que el certificado era falso, pues no había vínculo de filiación alguno entre los demandantes, ya que el niño había sido concebido mediante gestación subrogada, la cual (al igual que la reproducción artificial heteróloga) es prohibida por el Derecho Italiano. Como consecuencia de ello, el niño fue puesto a cargo de los servicios sociales, considerado en estado de abandono y confiado en acogimiento, siendo declarado idóneo para la adopción. En Sentencia 27 enero 2015 la Sección 2ª del TEDH condenó a Italia por considerar que las actuaciones descritas atentaban contra el art. 8 del Convenio de Roma. Sin embargo, tal fallo ha sido revocado por la "Gran Sala" en reciente Sentencia 24 enero 2017, rec. nº 25358/12, que ha entendido que no existió vulneración del derecho al respeto a la vida privada y familiar, con los siguientes argumentos: 1º. Ha considerado que no hubo violación del derecho al respecto a la "vida familiar", por entender que, en rigor, no puede entenderse que en el supuesto

7.3. La práctica registral.

No obstante lo dicho, la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 mantiene una discutible posición sobre la materia.

a) En su directriz segunda, afirma que: "En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante".

Por lo tanto, se abandona la posición mantenida por la RDGRN 18 febrero 2009, que, en el supuesto anteriormente mencionado (los dos varones que habían viajado a California para poder acceder a la gestación por sustitución), había admitido la posibilidad de inscribir la filiación de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución a través de un mero certificado registral de nacimiento (expedido por las autoridades californianas), lo que, por lo tanto, ya no será posible.

b) Por el contrario, sí que admite la inscripción en los Registros civiles consulares de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución, cuando, al menos, uno de los solicitantes sea español y se presente ante el encargado del Registro una resolución judicial, dictada en el país de origen.

En su directriz primera dice, así, que: "La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido" (párrafo primero)[73].

enjuiciado existiese una verdadera "vida familiar", teniendo en cuenta, tanto la ausencia de un vínculo biológico entre el niño y los demandantes, como la corta duración de las relaciones entre ellos: la convivencia con el hijo en Italia había sido de 6 meses, si bien la Señora Campanelli había además convivido con el niño dos meses más en Rusia. 2º. Ha considerado también que, si bien, las medidas denunciadas inciden sobre el derecho a la vida privada de los demandantes, no obstante, esta incidencia no constituye una injerencia ilegítima en dicho derecho, obedeciendo a una finalidad legítima, cual es el deseo de las autoridades italianas de reafirmar la exclusiva competencia del Estado para reconocer la existencia de relaciones paterno-filiales, exclusivamente, en el caso de relación biológica o de adopción legal, con el objetivo de proteger a los niños. Afirma, además, que los Tribunales italianos han realizado una justa ponderación entre los diferentes intereses en juego, que entra dentro del margen de apreciación de cada Estado, al constatar que la separación del niño de los demandantes no provoca a aquél daños graves o irreparables.

73. La razón de este requisito se explica de la siguiente manera: "La exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores".

Por consiguiente, la atribución de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución debe basarse en una previa resolución judicial, que (salvo que resulte de aplicación un Convenio Internacional) habrá de ser objeto de exequátur, conforme al procedimiento establecido en los arts. 52 y ss. de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil)[74]. A mi parecer, la solución propuesta por la Instrucción no es correcta[75], porque, en definitiva, está creando una regla general que presta cobertura administrativa a un "turismo reproductivo", el cual trata de eludir la aplicación de un precepto legal (el art. 10.1 de la L 14/2006), que, claramente, establece la nulidad del contrato de gestación por sustitución, norma ésta, que creo que debe ser considerada de orden público; y ello, en la medida en que responde al principio, común en los países de la Europa continental, de que no pueden ser objeto de tráfico jurídico las facultades reproductivas y de gestación de la mujer.

Podría replicarse que en la actualidad la idea de "orden público atenuado" permite reconocer ciertos efectos jurídicos en España a instituciones desconocidas en nuestro Derecho. Esta idea ha posibilitado, por ejemplo, que, existiendo varias mujeres unidas a un único varón, el matrimonio pueda ser tenido en cuenta en orden a la percepción de una pensión de viudedad; o que un acogimiento constituido judicialmente en un país islámico

74. Así lo exige, como regla general, la directriz primera de la Instrucción, según la cual: "Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur" (párrafo segundo). Sin embargo, la misma directriz, en su párrafo tercero, establece que no será necesario acudir al procedimiento de exequátur, cuando la resolución judicial extranjera "tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria", disponiendo que, en tal caso, "el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España". En este mero control incidental —continúa la Instrucción— el encargado "deberá constatar: a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado. b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante. d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente. e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado".

75. La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado ha sido objeto de críticas generalizadas por parte de los civilistas; y no sólo de los que están claramente en contrario de la admisión de la validez del contrato de maternidad subrogada, como es el caso de E. Corral García, *El derecho a la reproducción humana*, cit., pp. 48-49, sino también de los que están en favor de admitir su validez legal, negando que el recurso al principio del interés superior del menor puede llevar a soluciones contrarias al orden público español y propiciar un claro fraude de ley. V. así J. Vela Sánchez, *El interés superior del menor como fundamento de la incorporación de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo*, en *Diario La Ley*, nº 8162, 3 octubre 2013. A favor, en cambio, se muestra un sector de la doctrina iusinternacionalista, de la que, por ejemplo, son exponentes A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009*, en *Cuadernos de Derecho Transaccional* (Octubre 2009), vol. 1, nº 2, p. 319.

pueda dar lugar a un reagrupamiento familiar (siendo equiparado a una tutela dativa). Sin embargo, en estos casos, no se admite la recepción sustantiva de la institución misma, es decir, no se permite la inscripción de un matrimonio en el que los cónyuges sean más de dos personas, como tampoco la inscripción como adopción de un acogimiento de carácter islámico (que en el país de origen no genera una relación de filiación). Creo que en el supuesto que nos ocupa, sucede algo semejante: no es que la Instrucción pretenda atribuir ciertos efectos jurídicos a una institución prohibida por el Derecho español, sino que está proponiendo la recepción sustantiva de la misma, lo que no parece admisible.

7.4. Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada.

Mientras concluía la redacción de este trabajo el Comité de Bioética de España ha publicado un Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, con fecha de 19 de mayo de 2017, que ha tenido gran repercusión mediática y del que no puedo dejar de hacer una breve referencia.

El Informe se muestra, con toda claridad, en favor de mantener la nulidad del contrato de gestación por sustitución establecida en el art. 10.1 de la Ley 14/2006, por entender que dicho contrato es contrario a la dignidad de la mujer y al interés superior del niño. Dice, así, que atenta "contra la dignidad de la mujer porque permite que su cuerpo se convierta durante nueve meses en mero instrumento para satisfacer los deseos de otros. Así sucede en todo caso en la maternidad subrogada comercial, pero también (para la mayoría de los miembros de esta comisión) en la altruista. En ambas modalidades el parto supone la ruptura del vínculo humano más fuerte que pueda existir, como es el que une a una madre con su hijo, porque está basado tanto en la voluntad como en el cuerpo. También atenta contra el interés superior del niño porque rompe su vínculo materno tras el parto y le expone a un riesgo frecuente y grave de cosificación".

Pero, además, llama la atención al Estado sobre la necesidad de intervenir para garantizar "la nulidad de los contratos de gestación subrogada independientemente del lugar en que se celebren". Denuncia que "Aprovechando las leyes permisivas de algunos países, ciudadanos españoles celebran este tipo de contratos en el extranjero y, a continuación, logran inscribir la filiación de los niños obtenidos por esta vía en el Registro Civil de España" y constata que "Este tipo de contratos e inscripciones contradicen el parecer del Tribunal Supremo, que se manifestó sobre este asunto en 2014 y 2015, declarando su nulidad y los demás efectos que ésta comporta". Ante ello recomienda que España promueva en la Comunidad Internacional medidas tendentes a lograr una prohibición universal de la maternidad subrogada y acometa una reforma legal orientada a conseguir "que la nulidad de esos contratos sea también aplicable a aquellos celebrados en el extranjero, refiriéndose concretamente a "la posibilidad de sancionar a las agencias que se dedicaran a esta actividad".

SOMMARIO

TOMO I

Principi, regole e interpretazione

Bellizzi di San Lorenzo, A., *Il bene giuridico alimentare* 11
Busnelli, F.D., *Riscoprire Salvatore Romano* 21
Caponi, R., *Giudicato civile e identità nazionale* 31
Cartei, G.F., *"Il suolo tra tutela e consumo". Il Testo Unico dell'Ambiente a dieci anni della sua approvazione* 37
Chiaromonte, W., Vallauri, M.L., *Lo stress lavoro-correlato fra definizione del rischio ed articolazione delle tutele. Uno sguardo ai settori del telemarketing e del trasporto passeggeri* 49
Conti, C., *Il principio del contraddittorio* 97
Di Marzio, F., *Appunti su legalità e giustizia* 115
Donati, F. *Fake news e libertà di informazione* 125
Favale, R., *Dalla dottrina alla giurisprudenza e ritorno* 133
Felicioni, P., *Considerazioni sul processo penale bifasico* 153
Gambaro, A., *Note in tema di uso forense dei precedenti giudiziari* 173
Gasparri, W., *La consensualità nel governo del territorio quale forma di redistribuzione: potere di conformazione della proprietà e perequazione* 183
Gentili, A., *Quale modello giuridico per i beni culturali?* 225
Giunta, F., *La prescrizione del reato ovvero la causa estintiva che visse due volte* 233
Gutiérrez Santiago, P., *La interpretación «auténtica» del contrato* 239
Lipari, N., *Personalità e dignità nella giurisprudenza costituzionale* 261
Lopez y Lopez, A., *Recuperemos el juicio (Una reflexión sobre la actividad judicial hoy)* 279
Morbidelli, G., *Il criterio dell'implicito nel diritto amministrativo e la sua dialettica con il principio di legalità* 297
Palazzo, F., *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale* 311
Papa M., *La tipicità iconografica della fattispecie e l'interpretazione del giudice La tradizione illuministica e le sfide del presente* 329
Pastore, B., *Fonti del diritto e comunità interpretativa* 343
Perlingieri, P., *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico* 355
Picchi, M., *La motivazione della legge. Un tema ozioso e inutile, anzi problematico e scomodo per molti, eppure fondamentale e sempre più attuale nella giurisprudenza della Corte costituzionale* 373
Ruschi, F., *Il proconsole Cicerone, riflessioni su eunomia e ostilità* 393
Silvestri, C., *Profili evolutivi del diritto alla prova* 417
Somma, A., *Stato del benessere o emancipazione? Lavoro e diritto negli Stati Uniti della prima metà del Novecento* 439
Stolzi, I., *Interpretazione e prassi notarile: un profilo storico* 467
Tonini, P., *Indagini difensive e diritto alla privacy: una problematica risalente appena sfiorata dalla legge Gelli* 483
Zaccaria, G., *Interpretazione letterale, pluralità dei contesti giuridici e teorie del significato* 497

Famiglie e successioni

Bellelli, A., *Coppie omogenitoriali e tutela dei figli* 521
Bonilini, G., *Unione civile, convivenze di fatto e successione mortis causa* 529
Bucelli, A., *Sull'impresa familiare nella convivenza di fatto* 549
Clarizia, R., *Autodeterminazione e dignità della persona: una legge sulle disposizioni anticipate di trattamento* 557
Corsi, C., *La tutela dell'unità familiare nel diritto degli stranieri. Recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali* 573
De Verda, J.R., *La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)* 591

TOMO II

Diez Garcia, H., *La adquisición del legado en el código civil español (art. 881) e italiano (art. 649) ¿dos sistemas diferentes o semejantes?* 9
Franceschelli, V., *Famiglia, convivenza e famiglia di fatto* 25
Gigliotti, F., *Parto anonimo e accesso alle informazioni identitarie (tra soluzioni praticate e prospettive di riforma)* 33
Giunti, P., *Il "best interest of the child". Una conquista del presente in dialogo con il passato* 67
Gulina, G., *Testamento e officium pietatis in Cicerone* 77
Lopes Pegna, O., *Riqualificazione del matrimonio same-sex estero in unione civile «italiana»: una soluzione irragionevole* 95
Mattei, U., *Il poliamore e i beni comuni. Primissime riflessioni* 105
Ordas Alonso, M., *Los alimentos debidos a los hijos menores de edad en los supuestos de atribución de una guarda y custodia compartida en el ordenamiento jurídico español* 117
Paradiso, M., *Convivenza di fatto e solidarietà economica* 129
Patti, S., *Le convivenze "di fatto" tra normativa di tutela e regime opzionale* 139
Quadri, E., *"Convivenze" e "contratto di convivenza"* 151
Re L., *La violenza contro le donne come violazione dei diritti umani. Il ruolo dei movimenti delle donne e il gender mainstreaming* 171
Rizzuti, M., *Patti successori prematrimoniali* 187
Roselli, O., *"Libertà e famiglia". Oltre i recinti disciplinari: sensibilità costituzionalistica di un civilista* 211
Scalisi, V., *Maternità surrogata come far cose con regole* 219
Sesta, M., *La famiglia tra funzione sociale e interessi individuali* 235
Tamburi, F., *Un filosofo di fronte all'*interpretatio prudentium*: visioni contrapposte sul valore nominale dell'*hereditas 245
Tarli Barbieri, G., *Votare a sedici anni? Le implicazioni costituzionali nel caso italiano* 265
Vallini, A., *Il diritto penale alla prova di "vecchi" e "nuovi" paradigmi familiari* 283

Contratti e obbligazioni

Alcaro, F., *Il problema della 'causa' tra dogmi e revisioni* 311
Alpa, G., *Il controllo giudiziale del contratto e l'interpretazione* 335
Angelici, C., *Variazioni su usucapione e impresa* 365
Bozzi, L., *Liberalità non donative e contratto a favore di terzo. Ammissibilità e forma di una expressio causae successsiva* 385
Calvo, R., *Autonomia negoziale e locazione non abitativa: contributo allo studio delle clausole di adeguamento del canone e di rinuncia all'indennità di avviamento* 419
Caredda, V., *Sulle oscillazioni applicative del concorso del fatto colposo del creditore* 429
Chianale, A., *Il privilegio industriale per il credito agevolato (d.lgs. n. 1075 del 1947)* 443
Ciatti Càimi, A., *Premesse storiche a un'indagine sulla pubblicità immobiliare* 457
Conte, G., *Sulla libertà dei privati di configurare il procedimento di formazione del contratto: rimeditando la lezione di Salvatore Romano* 471
Corrias, P., *La natura delle polizze linked tra previdenza, risparmio e investimento* 491
Cuffaro, V., Rent to buy *e locazione di scopo* 501
D'Amico, G., *"Giustizia contrattuale": considerazioni preliminari dalla prospettiva del civilista* 515
Del Prato, E., *Assicurazione della responsabilità professionale e tutela del professionista contro clausole vessatorie e pratiche commerciali scorrette* 533
Ferri, G., *Società di fatto e imprenditore occulto* 567
Franco, R., *Il conflitto – in sede di espropriazione forzata – tra creditore ipotecario e: a) il locatario; b) l'assegnatario della casa familiare. Incertezze ricostruttive, profili sistematici ed incidenze applicative. Una rivoluzione (?) nel sistema dell'esecuzione forzata* 581
Furgiuele, L., *Funzione di controllo e procedimento nei sistemi di amministrazione della società per azioni: prime considerazioni* 617

TOMO III

Fusaro, A., *I contratti immobiliari della crisi e l'apporto della prassi notarile alla formazione del diritto vivente* 9
Gabrielli, E., *Appunti sulle autotutele contrattuali* 17
Gallo, P., *Meritevolezza dell'interesse e controllo contenutistico del contratto* 57
Guizzi, G., *Tentazioni pericolose: il miraggio dell'usura sopravvenuta* 71
Landini, S., *Pubblicità immobiliare e procedimento* 83
Lombardi, E., *Valutazioni a margine della teoria della cosa: la considerazione comune e giuridica della* res *in una prospettiva di ontologia terminologica* 103
Lucarelli, P., *Crisi del contratto commerciale e produzione privata dei rimedi* 131
Luminoso, A., *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva* 147
Monticelli, S., *I negozi solutori nel quadro complesso delle vicende estintive dell'obbligazione: problematiche notarili* 167
Nazzaro, A.C., *Il rent to buy di azienda: specificità dell'oggetto e funzioni (possibili) del contratto* 183
Nivarra, L., *Il contratto "disciplinato" e la concorrenza totale: legge, giudici e libertà dei privati al tempo della UE* *201*
Pagliantini, S., *Ancora sull'art. 2929-bis c.c. (nel canone di Mauro Bove): è vero ma… (l'opinione del civilista e la "crisi" della fattispecie)* 209
Pagni, I., *Le nuove regole processuali della responsabilità civile sanitaria dopo la L. 8 marzo 2017, n. 28 (tra tentativo obbligatorio di conciliazione e ricorso ex art. 702-bis c.p.c.)* 221
Palazzo, M., *I criteri di configurazione della responsabilità civile del notaio nelle interpretazioni della recente giurisprudenza di legittimità* 251
Palermo, G., *Contributo allo studio della responsabilità per danno non patrimoniale* 267
Pennasilico, M., *Contratto e giustizia dello scambio nella prospettiva ermeneutica* 279
Perlingieri, G., *L'attualità del «Discorso preliminare» di Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie* 309
Ponzanelli, G., *Quale futuro per i danni punitivi?* 351
Procida Mirabelli Di Lauro, A., *L'obbligazione nel sistema dei rimedi* 359
Proto Pisani, A., *Oggetto del processo e oggetto del giudicato nelle azioni contrattuali* 393
Putortì, V., *Rifiuto anticipato di adempiere e tutela del creditore* 401
Ravizza, M., *In tema di* iniuria 421
Romano, R., *La donazione di beni altrui nella attuale giurisprudenza di legittimità. Spunti per una controlettura procedimentale* 441
Salanitro, U., *Ritorno a Gorla. Revoca della proposta e risarcimento del danno* 449
Salvi, G., *Usura sopravvenuta: orizzonti ermeneutici in attesa delle Sezioni unite* 477
Scognamiglio, C., *La nuova legge sulla responsabilità sanitaria: quale modello di responsabilità?* 497
Sirena, P., *Il ruolo dell'arbitro bancario finanziario nella regolazione del mercato creditizio* 511
Stella Richter, M., *L'inoppugnabilità delle deliberazioni degli organi sociali* 523
Tanimoto, K., *La grande riforma del codice civile e la direzione del diritto del contratto col consumatore in Giappone* 551
Tesi, G., *Attività contrattuale e interessi del terzo: brevi riflessioni sull'attuale valenza del principio di relatività degli effetti del contratto* 563
Vettori, G., *L'evoluzione dei Rimedi nel dialogo fra legge e giudice* 589
Viciani, S., *Obblighi di informazione e trasparenza in ambito contrattuale* 59*9*
Zaccaria, A., *Contatto sociale e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci* 611