

LA NUOVA GIURIDICA

FLORENCE LAW REVIEW

ISSN 0000-0000 (online)

2022 1

comunità

per Paolo Grossi,
in memoriam

GENERAL INFORMATION

La Nuova Giuridica - Florence Law Review is a student-run, peer-reviewed, open access journal published by the University of Florence, Department of Legal Studies. The Journal is published twice a year (all year around).

Publication number E-ISSN XXXX-XXXX. The Journal is hosted and maintained by OJS/PKP.

ADDRESS

La Nuova Giuridica - Florence Law Review
c/o University of Florence, Department of Legal Studies

Via delle Pandette, 32

50127 Firenze (Italy)

Email

lanuovagiuridica@giurisprudenza.unifi.it

Website

<https://riviste.fupress.net/index.php/nuovagiuridica/index>

SUBMISSIONS

La Nuova Giuridica - Florence Law Review welcomes submissions of articles, essays, and book reviews. Contributors are invited to submit their pieces via online form.

Please visit our website for further information.



Scientific Board

Prof. Chiara Favilli	University of Florence
Prof. Paola Lucarelli	University of Florence
Prof. Ilaria Pagni	University of Florence
Prof. Andrea Simoncini	University of Florence
Prof. Irene Stolzi	University of Florence
Prof. Simone Torricelli	University of Florence
Prof. emeritus Pietro Costa	University of Florence
Prof. emeritus and President emeritus of the Italian Constitutional Court	
Paolo Grossi†	University of Florence
Prof. emeritus Francesco Carlo Palazzo	University of Florence
Prof. emeritus Domenico Sorace	University of Florence
Prof. emeritus Vincenzo Varano	University of Florence
Prof. emeritus Giuseppe Vettori	University of Florence

Editorial Team

Editor-in-chief

Prof. Irene Stolzi	University of Florence
--------------------	------------------------

Direttore responsabile

Avv. Giampaolo di Marco

Managing editors

Irene Ceccatoni (founding member)	University of Florence
Natalia Cecconi	University of Florence
Ginevra Detti (founding member)	University of Florence
Giulia Lari (founding member)	University of Florence
Lapo Montelatici (founding member)	University of Florence
Giacomo Sequi	University of Florence
Francesco Maria Simoncini (founding member)	University of Florence

Francesco Saverio Tavaglione (PhD student)	University of Florence/University of Liège
Lorenzo Tazzini (founding member)	University of Florence

Editorial Board

Irene Stolzi (member by right)	University of Florence
--------------------------------	------------------------

Administrative and tax law

Journal editor - Giacomo Sequi	University of Florence
Vice journal editor - Lorenzo Ricci (PhD student)	University of Tuscia
Bruno Ballerini	University of Florence
Natalia Cecconi	University of Florence

Criminal law

Journal editor - Giulia Lari	University of Florence
Vice journal editor - Lorenzo Tazzini	University of Florence
Ginevra Detti	University of Florence
Alessandra Rossi	University of Florence
Giulia Tavella (PhD student)	University of Florence

Constitutional, EU and international law

Journal editor - Lapo Montelatici	University of Florence
Vice journal editor - Lorenzo Nencini (PhD student)	University of Florence/University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Pietro Chiarelli	University of Florence
Giacomo Chiti	University of Florence
Giulia Marongiu	University of Florence
Jacopo Mazzuri (PhD student)	University of Florence
Hellen Stravino	University of Florence

Private Law

Journal editor - Francesco Maria Simoncini	University of Florence
Vice journal editor - Elisa Verdelli (PhD student)	University of Florence
Federico Fidanza	University of Florence

Camilla Freda	University of Florence
Ermelinda Kurtulaj	University of Florence

History and philosophy of law

Journal editor - Irene Ceccatoni	University of Florence
Vice journal editor - Francesco Saverio Tavaglione (PhD student)	University of Florence/University of Liège
Matteo Giuliani	University of Florence
Lorenzo Marotta	University of Florence
Matteo Paolanti	University of Florence
Andrea Perini	University of Florence

INDICE

Editoriali.....	1
P. GROSSI, <i>Il mondo delle terre collettive. Notazioni storico giuridiche</i>	10
F. PALAZZO, <i>Delitto, pena e comunità</i>	13
C. FAVILLI, <i>Una nuova politica d'immigrazione per rafforzare il processo d'integrazione europea</i>	42
S. DORIGO, <i>Il dovere fiscale tra crisi economica ed emergenza pandemica: c'è spazio per la solidarietà?</i>	60
L. GALANTI, <i>Processo e patrimoni</i>	86

*

E. SANTORO, <i>Il reinserimento sociale: antidoto per una comunità escludente</i>	105
M. ROMAGNOLI, <i>La Corte costituzionale difende l'idea di Unione Europea come «comunità di diritto»</i>	123
A. ZECCHI, <i>I limiti alla fruizione individuale dei beni culturali: una testimonianza di civiltà nella democrazia della cultura</i>	145

*

H. STRAVINO, <i>Nuove forme giuridiche del vivere collettivo: la fondazione di partecipazione nell'ambito del terzo settore</i>	160
F. M. SIMONCINI, <i>Incertezze giurisprudenziali sul momento di produzione degli effetti della sentenza civile</i>	173
F. FIDANZA, <i>Sul concetto di Intelligenza Artificiale</i>	186

Spazio aperto

L. TOMASSINI, <i>Itinerari di governo del conflitto: la comunità dei mercanti e la ricerca di risposte alla complessità (passato e presente)</i>	199
N. CECCONI, <i>Una riflessione sul diritto all'aborto a partire dal film «L'Événement»</i>	210
L. MONTELATICI, <i>La tentazione di studiare legge con la modalità automatica</i>	222

LAVORARE A PIÙ MANI

Per molte ragioni l'avvio di questa rivista ci sembra da salutare con soddisfazione. La prima – probabilmente la più importante – è che *La Nuova Giuridica* nasce da un'iniziativa degli studenti: invitati, nel dicembre 2020, a presentare progetti che sapessero guardare avanti, attraverso e oltre il tempo sospeso della pandemia, a esserci proposta fu, appunto, l'idea di una rivista. Non di un giornale studentesco, ma di una vera e propria rivista, pensata come luogo di riflessione sul diritto e attraverso il diritto, colto nelle sue plurime modalità di manifestazione come nelle sue relazioni con altre dimensioni disciplinari e culturali. Solo che questo luogo di incontro e discussione sarebbe stato immaginato e organizzato dagli studenti stessi e da giovanissimi studiosi. Non da soli, però. Ed è la seconda ragione che contribuisce a definirne il volto: gli studenti e i giovani studiosi hanno infatti coinvolto anche noi docenti. Non perché prendessimo in mano le redini dell'iniziativa, ma perché contribuissimo ad allestire e avviare un cantiere che rimaneva, e doveva rimanere, l'espressione di una loro idea e di un loro progetto. Così, nel tempo che è servito ad arrivare al «si stampi», si è lavorato, per dir così, a parti invertite: abbiamo (si spera) ascoltato, consigliato, supportato, confrontato punti di vista differenti, tentando però di rimanere sempre un passo indietro, di non proiettare sul nascente foglio la nostra idea di rivista studentesca (o, peggio, la nostra idea di «cosa dovrebbero fare i giovani»). Ci hanno sorpreso l'energia, la determinazione, ma anche la cura con la quale sono stati seguiti i molti e differenti adempimenti necessari a giungere al primo numero: dalla stesura dello statuto, alla composizione degli organi, dalla individuazione degli autori alla selezione e revisione degli articoli arrivati in redazione.

Un simile progetto, nato da un'iniziativa della Scuola di Giurisprudenza, non si sarebbe potuto concretizzare se non fosse stato generosamente accolto dall'Ateneo, dal Dipartimento di Scienze Giuridiche e dalla *Firenze University Press* che, ciascuno per quanto di propria competenza, hanno consentito a *La Nuova Giuridica* di diventare una rivista dell'Università di Firenze. Un traguardo

significativo e un'importante responsabilità. L'auspicio è che la rivista riesca non solo ad andare avanti, ma a definire, in maniera sempre più nitida, la propria identità culturale, diventando una presenza stabile dell'area giuridica, capace di legare sensibilità e profili differenti. Che riesca, in sostanza, a non rappresentare la versione 'giovane' di altre riviste esistenti, ma che sappia diventare, forte anche della sua componente generazionale, uno spazio aperto – e, perché no, irrituale – di confronto e di discussione. Mentre si licenzia il primo numero, molte idee sono già al vaglio per le pubblicazioni successive e sono tutte idee che mirano ad acquisire osservatori e strumenti chiamati a favorire, anche in forme nuove, l'intreccio tra la curiosità intellettuale (dei più giovani) e l'esperienza di chi da più tempo lavora sul diritto. Vi troveranno spazio interviste a protagonisti della vita giuridica e istituzionale italiana, sempre con l'intento di acquisire una visione non formale del diritto, tanto nelle sue declinazioni scientifiche quanto nelle sue molte, possibili, espressioni professionali. Come vi troverà spazio la lettura congiunta, da parte di un giovane e di un meno giovane, di alcuni classici della letteratura giuridica: «non già perché con quattr'occhi [...] si vede di più», ma perché riteniamo possa costituire un modo per incrociare sensibilità e punti di vista, e per entrare in contatto con le diverse (se sono diverse) suggestioni che possono scaturire dallo stesso testo.

Fa ben sperare, per il futuro della rivista, l'energia dei redattori, ma anche la convinzione con la quale alcuni Maestri del diritto hanno accettato di sedere nel comitato scientifico: non limitandosi ad aderire a esso (e sarebbe già stato tanto), ma chiedendo di conoscere i promotori del foglio con i quali hanno intavolato un dialogo che crediamo abbia rappresentato (e rappresenti) una tappa preziosa nella loro formazione. Un ringraziamento sentito va anche ai molti autorevoli colleghi che in maniera ugualmente generosa hanno dato la loro disponibilità a far parte del medesimo comitato.

Questo primo numero è dedicato al tema 'comunità'. Quando è stato proposto, ci è apparsa subito una scelta particolarmente felice, coerente con le origini e lo spirito della rivista. Che nasce da una piccola comunità di studenti, a

sua volta intenzionata a ‘fare’ comunità, a radunare intorno al nuovo foglio un insieme, progressivamente e auspicabilmente più ampio, di interlocutori, differenti per età, ma anche per estrazione culturale e professionale. La comunità inoltre è stata presentata, dall’editoriale dei giovani redattori, non meno che dai differenti contributi ospitati nella rivista, come una sorta di salvataggio delle convivenze, come il luogo capace di ripararle da derive autoritarie o individualistiche, come uno dei luoghi, dunque, chiamato a rinnovare l’importanza di legami e identità che non azzerano le differenze, ma le articolano, le includono, le portano a sintesi, in un intreccio necessario tra diritti e doveri, tra autonomia ed eteronomia, tra *ego* e *alter*. Un osservatorio essenziale a mettere a fuoco l’idea stessa di diritto – che è legame, ma soprattutto fiducia nella possibilità del legame – e a contrastare il peso di quel «paradigma sfiduciario»¹ che costituisce uno dei tratti meno confortanti del nostro presente.

Una simile scelta tematica, infine, sembra assumere un significato peculiare in questo tempo complesso che ci siamo trovati a vivere e che ci ha imposto, per lunghi periodi, un’innaturale condizione di isolamento, un timore della relazione che speriamo non lasci altra traccia se non quella di rafforzare, dopo che abbiamo sperimentato la fatica e la durezza della distanza, la consapevolezza della necessità dell’altro e del lavorare insieme.

Tra i Maestri che avevano appoggiato con entusiasmo la nascita de *La Nuova giuridica* c’era anche Paolo Grossi che purtroppo ci ha lasciati lo scorso luglio. Già insidiato dalla malattia, volle comunque conoscere i promotori della rivista ricevendoli nel salotto della Sua casa di Via Puccinotti e dedicando loro un pomeriggio denso di parole e riflessioni. Coi ragazzi dapprima intimoriti, quasi paralizzati, da una situazione che li metteva a tu per tu, nella inusuale cornice di una casa privata, con un Giurista fino a quel momento conosciuto solo attraverso scritti o conferenze e per il quale provavano un comprensibile timore reverenziale. Ma via via che i minuti passavano divenne quasi palpabile il cambio

¹ T. GRECO, *La legge della fiducia – Alle radici del diritto*, Roma-Bari, 2021.

di atmosfera: a fugare ogni imbarazzo furono i toni e il registro di una conversazione che – come spesso succedeva con Paolo Grossi – riusciva a tenere insieme molti e diversi piani: riferimenti culturali e personali (anche quel pomeriggio ricordò gli anni del liceo), battute folgoranti pronunciate quasi sempre con tono serissimo, e un interessamento autentico, non formale, per chi aveva di fronte. Anche questo lo rendeva un Maestro: il suo sguardo attento ed esigente, ma mai soverchiante; il modo con cui riusciva a mettere a proprio agio i suoi interlocutori lasciando loro, al contempo e non contraddittoriamente, la sensazione di aver vissuto un momento unico, di solito scandito da alcune parole che tendevano a fissarsi nella mente in maniera indelebile. Proprio al termine delle Sue esequie, quando in tanti ci siamo trattenuti di fronte alla Santissima Annunziata, ci veniva da pensare che avremmo potuto contribuire alla stesura, anziché di un glossario, di un vero e proprio ‘Grossario’ che radunasse molte delle Sue indimenticabili espressioni.

Ed è questa un’altra ragione – che non avremmo mai voluto menzionare – che vale a rendere calzante il riferimento alla comunità: il numero che si licenzia ospita infatti una Sua breve riflessione sui domini collettivi, tema al quale ha dedicato una costante attenzione scientifica e un’altrettanto forte partecipazione umana. Nessuna predilezione arcaizzante ha mai guidato le Sue pagine; semmai l’invito a essere «curiosi della interezza del mondo»², a non confondere i modelli con la ricchezza e la complessità del reale di cui le comunità hanno rappresentato e rappresentano una parte essenziale e incompressibile.

Paola Lucarelli, Presidente della Scuola di Giurisprudenza
Andrea Simoncini, Direttore del Dipartimento di Scienze giuridiche
Irene Stolzi, Editor in Chief de *La Nuova Giuridica*

² P. GROSSI, *Il mondo delle terre collettive – Itinerari giuridici tra ieri e domani*, Macerata, 2019, p. 12.

LE RAGIONI DI UN PROGETTO

La Nuova Giuridica - Florence Law Review nasce come risposta all'esigenza di trovare uno spazio all'interno dell'Università nel quale la comune passione per il diritto potesse radicarsi e crescere; un luogo condiviso intorno al quale rafforzare la nostra comunità universitaria, alla ricerca di un'identità più consapevole attraverso cui aprirsi liberamente al mondo esterno.

La Rivista nasce, dunque, con un dichiarato intento comunitario, che può essere colto da due differenti angoli di osservazione.

In primo luogo, l'idea di comunità ne ha accompagnato la fondazione, nella speranza che questo foglio potesse costituire, in un mondo che spesso volge alla disgregazione - le recenti, infauste vicende geopolitiche lo dimostrano - un'esperienza di relazione, confronto e operosità.

In secondo luogo, «comunitario» vuole essere anche il metodo di lavoro della Rivista. Infatti, docenti, dottorandi e studenti cooperano nella direzione di essa, in un circuito virtuoso di collaborazione che, al fondo, rappresenta l'essenza stessa dell'Università. Inoltre, le pagine de *La Nuova Giuridica* ospitano contributi di autori con diversi livelli di maturità scientifica: professori e ricercatori, cui va un ringraziamento non formale per aver accettato di condividere con noi un tratto del loro lavoro; dottorandi e dottori di ricerca, giovani studiosi, dunque, che muovono i primi passi nell'ambiente universitario; studenti e laureati, desiderosi di misurarsi, nel percorso di apprendimento del diritto, con la redazione di uno scritto giuridico.

Nelle riflessioni che hanno accompagnato la costruzione del primo numero, è poi emerso un terzo punto di vista a partire dal quale avvicinare il concetto di comunità. Quest'ultimo, infatti, si è trasformato, da elemento genetico e metodologico della Rivista, in oggetto di interesse scientifico, riferimento da valorizzare e riscoprire nell'esperienza giuridica attuale. Di qui l'idea di dedicare proprio alla comunità il primo numero della Rivista. In apertura, *La Nuova Giuridica* accoglie dunque con immenso piacere e

riconoscenza l'illuminante contributo di Paolo Grossi, che rivolge la propria attenzione al «mondo delle terre collettive», esempio tangibile di un «modo di possedere» alternativo a quello proprietario di matrice individualistica e borghese. Con pari gratitudine, la prima pubblicazione accoglie anche uno scritto di Francesco Palazzo, dedicato ad approfondire il rapporto tra comunità e fenomeno criminoso, laddove la comunità è vista sia nella veste di potenziale fattore criminogeno sia come luogo a partire dal quale possa in concreto realizzarsi la risocializzazione del reo.

Nelle pagine immediatamente seguenti, il tema della comunità è osservato, nelle sue molteplici sfaccettature, da studiosi del diritto dell'Unione europea, tributario e processuale civile. Più in particolare, la Rivista è lieta di accogliere le riflessioni di Chiara Favilli, in merito alla necessità di delineare una nuova politica europea dell'immigrazione, di Stefano Dorigo, il quale evidenzia - in un contesto di grave crisi economica - la centralità dello strumento tributario al fine di costruire una comunità più solidale, e di Lucilla Galanti, a proposito della speciale legittimazione processuale che compete al gestore di patrimoni - spesso riferiti a entità collettive - non correlati a definite soggettività sostanziali.

Nella sezione dedicata ai dottorandi e ai dottori di ricerca, Eleonora Santoro si concentra sull'esecuzione penale quale momento centrale per l'esplicazione del dovere solidaristico di cui agli artt. 2 e 3 Cost., mettendo in luce lo stretto legame tra comunità carceraria e comunità esterna al fine di inverare l'art. 27, 3° co., Cost. A seguire, nello scritto di Matteo Romagnoli emerge l'idea dell'Unione Europea quale «comunità di diritto», rafforzata dall'atteggiamento della Corte costituzionale italiana che, di fronte alle numerose vicende di conflitto fra ordinamento eurounitario e nazionale, ha optato per la strategia del «dialogo». Infine, Alessandro Zecchi si interroga sull'opportunità di mantenere inalterate le limitazioni poste in materia di uso e riproduzione di immagini di beni culturali, intesi come «beni di fruizione» della comunità, anche a fronte dell'odierna globalizzazione dell'informazione.

Il vincolo tematico che permea gli scritti di docenti, dottorandi e dottori di ricerca, non si impone altrettanto rigidamente sui contributi di giovani studenti e neolaureati, rispetto ai quali si atteggia quale mero criterio “preferenziale”. Tale scelta, la cui ragione di fondo risiede nella volontà di coinvolgere maggiormente quest’ultima categoria di autori, ci permette di pubblicare in questo primo numero - da un lato - un contributo in linea con il tema generale, a firma di Hellen Stravino, incentrato sulla fondazione di partecipazione quale istituto che agevola il progresso sociale mediante una cooperazione tra pubblico e privato nelle politiche di welfare - dall’altro - due contributi di segno diverso: lo scritto di Federico Fidanza sulla definizione del concetto di “Intelligenza Artificiale”, questione non oziosa, ma pietra angolare di un edificio giuridico *in fieri* «che necessita di salde e durevoli fondamenta»; ed infine, il contributo di Francesco Maria Simoncini, che ricostruisce lo stato della giurisprudenza di legittimità a proposito del momento in cui la sentenza civile produce i propri effetti dichiarativi e costitutivi, rilevando alcuni profili di contraddizione tra orientamenti giurisprudenziali non ancora del tutto superati e la necessità, dunque, di riportare a coerenza il sistema.

Chiude la pubblicazione una sezione dedicata a contributi di varia natura, come interviste, recensioni, riflessioni sul rapporto fra diritto e altre branche del sapere. Insomma, uno spazio che - ora nelle forme, ora nei contenuti - segna una linea di discontinuità rispetto agli altri scritti presenti nella Rivista, e che valorizza, in maniera ancora più originale, la dimensione vitale del diritto. Tale sezione prende il nome di *Spazio Aperto*.

Quello stesso «spazio aperto» che la Scuola di Giurisprudenza, in prima battuta, seguita dal Dipartimento di Scienze Giuridiche e dall’Ateneo fiorentino, ci hanno concesso affinché si potesse realizzare un’iniziativa di questo tipo. Un ringraziamento sincero va, pertanto, alla Presidente della Scuola, Paola Lucarelli, e al Direttore del Dipartimento, Andrea Simoncini, che sin da subito hanno dimostrato di credere in questo progetto. Un pensiero di gratitudine va, inoltre, a Irene Stolzi, Direttrice scientifica della Rivista, che ci ha accompagnato

passo dopo passo sino alla pubblicazione, impiegando tempo e energie a disposizione di noi tutti, e ai numerosi docenti che hanno accolto di buon cuore questa iniziativa, accettando di prendere parte al Comitato scientifico della Rivista. Infine, non possiamo non ringraziare la *Firenze University Press*, senza la quale, evidentemente, non ci sarebbe nessun “primo numero”.

In chiusura, un auspicio. Ragionando sulle incertezze esistenziali dell'uomo contemporaneo, Giuseppe Capograssi suggeriva di guardare idealmente a una «stella polare», ovvero: il «dovere» di ciascuno di noi di «lavorare, perché le possibilità positive prevalgano sulle negative», e di «credere alla soluzione positiva del problema della vita». Queste sono le parole colme di fiducia con cui desideriamo aprire la prima pubblicazione, sicuri che *La Nuova Giuridica*, valorizzando passioni e attitudini di chiunque voglia prendervi parte (dalla direzione editoriale alla scrittura, dal *copyediting* all'impaginazione), possa da oggi rappresentare un tassello per l'edificazione di una Università più viva, coinvolgente, appassionante.

Irene Ceccatoni
Natalia Cecconi
Ginevra Detti
Giulia Lari
Lapo Montelatici
Giacomo Sequi
Francesco Maria Simoncini
Lorenzo Tazzini
Francesco Saverio Tavaglione

PAOLO GROSSI E UN'EREDITA' CHE NON PASSA

Il primo numero era già ultimato, quando è venuto a mancare, il 4 luglio 2022, Paolo Grossi.

Non è nostra intenzione riassumere, neppure in breve, il pensiero o il *cursus honorum* di uno fra i massimi giuristi del nostro tempo. Questo compito - è giusto così - spetta ad altri, che potranno assolverlo con più profondità e originalità di noi. Piuttosto, ci sembra doveroso condividere con i lettori de *La Nuova Giuridica* alcuni ricordi che testimoniano un “modo di essere” nel rapporto con gli altri davvero esemplare.

Non appena la Rivista fu creata, decidemmo unanimemente di contattare il Professor Grossi, per invitarlo a far parte del Comitato scientifico. De *La Nuova Giuridica*, però, non esisteva che l'idea. Avevamo messo in conto, in quella fase primordiale, di ricevere dei “no”. Paolo Grossi, tuttavia, ci stupì una prima volta: con disarmante semplicità e immediatezza, verrebbe da dire “in bianco”, decise di accettare la nostra proposta. Senza pretendere alcuna “garanzia”, ci offrì il suo appoggio, decisivo - inutile negarlo - perché questo progetto prendesse vita.

Non paghi, decidemmo di “disturbarlo” anche nella progettazione di questo primo numero e di proporgli di scrivere un contributo. Nuovamente, Paolo Grossi ci “accolse”, accettando l'invito con entusiasmo e senza pensarci un istante, nonostante le condizioni fisiche, sempre più precarie. Alcuni studenti della Rivista, poi, hanno avuto l'onore di passare qualche ora a casa sua, per discutere dell'oggetto del contributo che apre la presente pubblicazione.

Con questi gesti, Paolo Grossi ha testimoniato a noi studenti una apertura incondizionata, una disponibilità, una generosità fuori dall'ordinario. E se oggi diamo alle stampe il primo numero è anche grazie all'umanità con cui Egli, senza voler nulla in cambio, ci ha dato fiducia e ha deciso di mettersi in cammino con noi. E' in segno di riconoscenza, allora, che dedichiamo alla Sua memoria l'esordio de *La Nuova Giuridica*.

Il Comitato editoriale

IL MONDO DELLE TERRE COLLETTIVE

Notazioni storico giuridiche

PAOLO GROSSI*

Nel solco del lungo e continuo itinerario di ricerca scientifica, che mi ha impegnato e mi impegna fino ad oggi, a partire dai primi anni Settanta del secolo scorso, io mi sono occupato - a più riprese - degli assetti fondiari collettivi esistenti nella penisola. Ciò perché, studiando allora le teorizzazioni dei civilisti ottocenteschi italiani sul tema della proprietà privata individuale, mi accorsi, che, sia pure appartata e anche perseguitata dalla ufficialità borghese, sussisteva vigorosa un'ampia serie di comunità agrarie e soprattutto silvo-pastorali viventi a loro modo l'appartenenza di estesi territori esemplarmente gestiti all'insegna della massima tutela ambientale. E mi sorprendevo l'astio verso questi regimi collettivi e la volontà di *liquidarli*, tetro vocabolo auschwitziano ma chiarissimo nel segnalare l'esigenza di una completa cancellazione.

Una chiave per capire me la dette, allora, un grande intellettuale lombardo, Carlo Cattaneo, che, nel 1851, chiamato a redigere una consulenza su certe terre collettive nell'alta valle del fiume Ticino, entro l'omonimo Cantone elvetico, espresse la sua opinione in una pensosa frase assai significativa: “questi non sono abusi, non sono privilegi, non sono usurpazioni; è un altro modo di possedere,

*Professore emerito di Storia del diritto medievale e moderno presso l'Università degli Studi di Firenze nonché Presidente emerito della Corte costituzionale.

un'altra legislazione, un altro ordine sociale, che, inosservato, discese da remotissimi secoli fino a noi”¹.

Cattaneo mi disvelava un mondo alternativo, diverso se non opposto, a quello dell'individualismo borghese trionfante in tutto l'occidente europeo continentale; un mondo perseguitato ma tenace nel resistere all'oppressione del potere politico e dei latifondisti privati. E mi lasciai, allora, irretire dal desiderio di saperne di più: e compresi l'ostinatezza borghese nel distruggerlo grazie a una infinità di leggi liquidatorie: occorreva togliere di mezzo un pericoloso modello di appartenenza alternativa, in cui non c'erano singoli individui a operare, bensì strutture comunitarie tese a conservare un patrimonio consegnato intatto da innùmeri generazioni di antenati e da consegnare intatto (e, magari, potenziato) alle future generazioni.

Capii che il mondo delle terre collettive era qualcosa di più di una gestione collettiva del bene/terra, ma si concretizzava in una scelta antropologica diversa se non opposta: all'intenso *antropocentrismo* borghese (che appare chiaro nei Codici Civili della modernità, tutti approntati a valorizzare l'individuo proprietario e i suoi poteri) si opponeva un altrettanto intenso *reicentrismo*, ossia la valorizzazione della cosa-madre di tutte, la terra, rispettata e coltivata da una comunità operosa su di essa. Alla centralità di un dispotico proprietario si opponeva, così, la centralità della terra, una realtà viva sulla quale erano scritte le regole necessarie per la sua salvezza.

Al pianeta ufficiale fondato su un acceso individualismo possessivo si veniva a contrapporre un altro pianeta di impronta comunitaria, entro il quale non sono consentiti arbitrii potestativi di chicchessia, tanto meno dei gestori democraticamente eletti a guida della collettività agraria. Un pianeta, che io ho cercato di descrivere come '*il mondo delle terre collettive*' in un libriccino redatto tre anni fa² e che ripeto oggi per il giornale studentesco fiorentino; un intiero

¹ C. CATTANEO, *Su la bonificazione del piano di Magadino a nome della Società promotrice. Primo rapporto*, ora in *Scritti economici*, a cura di A. Bertolino, Firenze, 1956, vol. III, pp. 187-188.

² P. GROSSI, *Il mondo delle terre collettive - Itinerari giuridici tra ieri e domani*, Macerata/Roma, 2019.

mondo con regole sue proprie, regole tipiche che derivano la assoluta tipicità da precise scelte antropologiche di fondo, che mettono in disparte il singolo soggetto imponendo la duplice primazia della terra e della collettività a lavoro su di essa.

Tutto questo fa degli assetti fondiari collettivi degli autentici ordinamenti giuridici primari - cioè originari, non derivati - all'interno della realtà pluriordinamentale rappresentata dalla Repubblica italiana; conclusione che, finalmente, lo stesso legislatore nazionale ha formalmente riconosciuto e normativamente legittimato nel 2017 con la Legge 20 novembre, n. 168 (Norme in materia di domini collettivi). Si è così capovolto il pendolo altalenante della storia, e la vicenda dei nostri assetti si è avviata all'insegna del comune rispetto e della comune ammirazione.

Si è, infatti, pienamente riconosciuto il loro enorme contributo per conseguire un risultato da cui, ormai, dipende la salvezza del nostro globo terracqueo, e cioè una straordinariamente efficiente tutela dell'ambiente ivi realizzata.

DELITTO, PENA E COMUNITA'

FRANCESCO PALAZZO*

Dopo aver accennato alle caratteristiche dell'idea di comunità nella postmodernità, lo scritto esamina il ruolo assunto dalla comunità nel mondo dei delitti e delle pene. Nel rapporto col delitto, la comunità viene in considerazione essenzialmente sul piano della criminogenesi, quale fattore che può contribuire alla produzione del reato. Nel rapporto con la pena, la comunità svolge un ruolo decisivo nella prospettiva del finalismo risocializzativo, sia sul piano ideologico-politico che su quello esecutivo e penitenziario.

After outlining the characteristics of the idea of community in postmodernity, the paper examines the role assumed by community in the world of crime and punishment. In the relationship with crime, the community is considered essentially on the level of criminogenesis, as a factor that can contribute to the production of the crime. In the relationship with punishment, the community plays a decisive role in the perspective of resocialising finalism, both at the ideological-political level and at the executive and penitentiary level.

SOMMARIO: 1. Qualche notazione preliminare sull'idea di comunità. – 1.1. La comunità tra moderno e postmoderno. – 1.2. Caratteri della comunità. – 1.3. L'ambivalenza della comunità. – 2. Comunità e fenomeno criminoso. – 2.1. La teoria delle associazioni differenziali. – 2.2. Comunità e criminogenesi. – 3. Comunità e pena rieducativa. – 3.1. La scelta della Costituzione per il finalismo rieducativo della pena. – 3.2. Comunità ed esecuzione penale. – 3.3. Carcere e comunità: un'osmosi necessaria. – 3.4. Comunità carceraria? – 4. Piccola antologia normativa. – 4.1. La comunità nell'organizzazione ministeriale e negli istituti penitenziari. – 4.2. Norme penitenziarie sparse facenti riferimento alla comunità.

1. *Qualche notazione preliminare sull'idea di comunità.* – Non sono poche le relazioni che l'idea di comunità intrattiene con l'universo della penalità. E quest'ultimo va qui inteso nella sua più ampia estensione semantica, comprensivo cioè sia dei fenomeni criminosi considerati nella loro consistenza fattuale, come studiati essenzialmente dalla criminologia e, più in generale, dalle

*Professore emerito di Diritto penale e Criminologia presso l'Università degli Studi di Firenze.

La Nuova Giuridica - Florence Law Review, ISSN © 2022 F. Palazzo. This is an open access article, blind-peer reviewed, published by Firenze University Press under the terms of the Creative Commons Attribution Licence, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. DOI:

<https://riviste.fupress.net/index.php/nuovagiuridica>

scienze sociali e dalla politica criminale, che con la criminologia hanno strette relazioni. Sia comprensivo dell'istituzione penale, intendendo per tale il sistema costruito dal diritto per contrastare il crimine e articolato nel suo versante "sostanziale", di previsione legale dei reati, delle pene e dei meccanismi di attribuzione della responsabilità, e nel suo versante "processuale", consistente nell'insieme dei procedimenti disciplinati per l'accertamento della responsabilità e l'esecuzione delle sanzioni irrogate.

Prima, però, di accostarsi alla complessa trama di relazioni esistenti tra l'idea di comunità e l'universo della penalità, è utile soffermarci brevemente sull'idea di comunità in quanto tale.

Un libro di Zygmunt Bauman¹ ormai non più recente reca un titolo – *Voglia di comunità* – che ancora oggi bene sintetizza la situazione "spirituale" dominante intorno a questa idea nelle nostre attuali società occidentali. Si avverte, in verità, un diffuso bisogno di comunità, la necessità di rilanciare questa idea e di vivere una vita individuale e sociale maggiormente comunitaria. E questo bisogno, testimoniato anche dal fatto che la neonata rivista in cui queste note sono ospitate ha voluto dedicare il suo primo numero per l'appunto alla comunità, non è casuale. Potremmo con fondamento ritenere che la tensione odierna verso la comunità è un altro segnale caratteristico della postmodernità, cioè di quella crisi spirituale e sociale in cui, tramontati molti dei miti e dei punti di riferimento della modernità, siamo alla ricerca di nuovi assi portanti più solidi²: *voglia di comunità*, appunto.

1.1. *La comunità tra moderno e postmoderno.* – La comunità infatti non ha goduto di buona salute nella modernità. Il razionalismo individualistico dell'illuminismo faceva dell'individuo il perno, l'asse centrale intorno al quale girava il mondo ed ogni realtà sociale. Certamente anche nell'era della modernità non poteva mancare la dimensione associativa, ma essa era vissuta

¹ Z. BAUMAN, *Voglia di comunità*, Roma-Bari, 2001.

² J.F. LIOTARD, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Milano, 2002; *Il pensiero debole*, a cura di G. Vattimo e P.A. Rovatti, Milano, 2009.

più come il prodotto di vincoli contrattualistici pur sempre nascenti dall'individuo e da un suo atto di volontaria e finalistica costituzione di quei vincoli. Dall'altro lato, anche il fenomeno della globalizzazione, che temporalmente si colloca assai dopo il trionfo illuministico dell'individuo solitario ed onnipotente col corredo dei suoi diritti naturali, congiura a tenere la comunità ai margini dell'orizzonte spirituale dei nostri tempi. La globalizzazione non è più isolazionismo individualistico: anzi, è dimensione planetaria dei rapporti interindividuali e sociali. Ma, proprio perché la scala delle relazioni umane e sociali si è dilatata smisuratamente, ne risulta conseguentemente erosa la dimensione comunitaria dei gruppi intermedi naturali e spontanei, tra loro diversi e spesso in rapporti di intersecazione e talvolta di antagonismo. Certamente, la globalizzazione ha favorito invece un senso comunitario universale, originato dalla crescente consapevolezza di far parte, tutti, di una comunità di destino che avvince le presenti e le future generazioni dell'essere umano (ad esempio, nella tutela dell'ambiente e del pianeta da salvaguardare oggi per le generazioni a venire). Ma, proprio perché universale, la comunità di destino del genere umano finisce per essere una comunità in un senso molto diverso da quello in cui la persona trova calata la propria esistenza quotidiana in un perenne rapporto di identificazione di sé ma anche di differenziazione dall'altro.

In definitiva, se la modernità ha inaridito la dimensione comunitaria della nostra esistenza, stringendola tra l'esaltazione individualistica e l'uniformità omogeneizzante della globalizzazione, l'attuale crisi della postmodernità alimenta un crescente bisogno di comunità.

1.2. *Caratteri della comunità.* – La comunità non è società né associazione. La comunità è qualcosa di più di un vincolo intenzionale o necessitato, che

unisce più soggetti per uno o più scopi condivisi o comuni³. C'è, nell'appartenenza comunitaria, qualcosa di naturale, di spontaneo, di emotivamente ed empaticamente connotato che manca nelle società e nelle associazioni di scopo. La sociologia classica individuava nella comunità una “volontà naturale” di accomunarsi, mentre nelle società ed associazioni vi sarebbe una “volontà razionale” di vincolarsi per il raggiungimento di determinati obiettivi. Insomma, emerge fin da subito che, mentre nella società/associazione è pur sempre protagonista l'individuo razionale e calcolatore, nella comunità vi è un fondo irrazionale del quale il singolo è partecipe senza averne per così dire la disponibilità, qualcosa che può anche “risucchiarlo” ma nel quale la persona si riconosce. E non c'è dubbio che, come la storia ci insegna, questo fondo d'irrazionalità può anche degenerare dando luogo a manifestazioni che in nome della comunità si fanno però annientatrici dell'individualità personale. Sotto questo profilo, si può forse dire che anche la “voglia di comunità” di questi nostri tempi sia del tutto consentanea al più generale orientamento “sentimentalistico” che oggi sembra svilupparsi sull'insoddisfazione e sulla delusione lasciate del mito dell'onnipotenza della ragione.

Per meglio precisare, mentre la società/associazione è costituita su un obiettivo finalistico da cui deriva come conseguenza un programma d'azione razionalmente funzionale, la comunità fornisce un codice valoriale di comportamento morale che l'individuo condivide senza adottarlo con atto ponderato e consapevole e che, nello stesso tempo, addita agli altri in un processo reciprocamente imitativo. Insomma, la comunità fornisce ai suoi membri prestazioni e strumenti di senso, di tipo semiotico ed affettivo, che consentono al singolo di interpretare la realtà e di rapportarsi ad essa o a certi

³ R. ESPOSITO, *Communitas. Origine e destino della comunità*, Torino, 1998; F. TÖNNIES, *Comunità e società*, Milano 1963; A. BAGNASCO, *Comunità*, in *Enciclopedia delle Scienze sociali*, 1992, in https://www.treccani.it/enciclopedia/comunita_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/

suoi aspetti particolari in modo soddisfacente o addirittura gratificante per il proprio io.

Dunque, nella comunità si coglie una sorta di nesso esistenziale di reciprocità tra il singolo e la dimensione comunitaria: come il singolo trova i suoi codici comportamentali etici solo nella comunità, così la comunità non può esistere senza la condivisione profonda dei quei codici “naturali” di comportamento etico.

Siamo così arrivati ad una constatazione decisiva per quanto riguarda lo sviluppo del nostro discorso sui rapporti tra comunità e penalità. È chiaro, infatti, che questo primo carattere della comunità, di luogo cioè in cui si formano spontanei codici di comprensione della realtà e soprattutto codici di comportamento etico, questo rapporto stretto tra comunità e comportamento individuale, svela il fondamentale ruolo formativo ed educativo della comunità. Ed è altresì chiaro che l’allentarsi dei legami comunitari e l’attenuarsi dello stesso ruolo della comunità producono fenomeni di sbiadimento se non di desertificazione valoriale e, conseguentemente, di disorientamento comportamentale. Ed è su questo panorama popolato di monadi individuali che fiorisce, quasi come prodotto surrogatorio, un diritto di produzione totalmente legale e dunque “autoritaria”⁴, “esterno” ad onta di ogni sforzo di democrazia rappresentativa, con la pretesa e l’illusione – specie per quanto riguarda il diritto penale⁵ – di poter contrastare il disordine comportamentale solo o prevalentemente con la minaccia della pena.

1.3. *L’ambivalenza della comunità.* – C’è un altro carattere della comunità che merita di essere qui messo particolarmente in luce. Solitamente si tende a vedere nella comunità una predominante “componente altruistica”, nel senso che l’inserimento in comunità tenderebbe a favorire la proiezione dell’individuo

⁴ P. GROSSI, *Sistema moderno delle fonti del diritto ed esperienza giuridica postmoderna in Italia*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2021, fasc. 2, p. 155 segg., con richiami a precedenti lavori dello stesso A. sul tema.

⁵ M. SBRICCOLI, *L’affermazione e i caratteri del penale egemonico*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, 2009, p. 129 segg.

verso gli altri: addirittura l'etimologia del termine comunità (derivante da *munus*) rivelerebbe questa componente della partecipazione quale assunzione di un dovere verso gli altri membri, quale esercizio di un "darsi" verso gli altri. Tutto ciò è indubbiamente vero, ma sembra esserci anche dell'altro nell'idea di comunità e nelle sue dinamiche. In effetti, non può negarsi una certa ambivalenza della comunità poiché, accanto a questa componente altruistica ve ne è anche un'altra e non meno significativa, che in un certo senso potrebbe dirsi "ego-centrica".

Decisiva dell'appartenenza comunitaria dell'individuo è anche una dinamica psicologica secondo la quale l'io trova una fortissima ragione di identificazione, e dunque di realizzazione del sé, proprio in quel suo ritrovarsi nella comunità e nel suo omologarsi agli altri. La costruzione della propria identità, conquista indispensabile per sfuggire all'angoscia dello smarrimento e al senso di vuoto esistenziale, passa necessariamente attraverso il processo del riconoscersi nel gruppo comunitario e del differenziarsi rispetto alle altre comunità esistenti nel proprio orizzonte di vita. Questa caratteristica della comunità l'abbiamo detta "ego-centrica" in quanto nell'appartenenza comunitaria l'individuo cerca e spesso trova il centro del proprio io esistenziale. È chiaro, però, che – correlativamente – questa esigenza di "centratura" dell'io può dar luogo a manifestazioni psicologicamente negative tutte le volte in cui l'individuo viva forti difficoltà d'identificazione e pertanto si facciano pressanti in modo abnormi le esigenze di identificazione. In tale evenienza l'adesione alla comunità può diventare totalmente acritica, venendo così ad essere esaltate le componenti irrazionali dell'appartenenza comunitaria con un conseguente coinvolgimento emotivo dell'individuo nella comunità che può condurre al disconoscimento del mondo circostante: sono purtroppo noti i fenomeni, talvolta addirittura di rilevanza penale, di adesioni a comunità che riescono a produrre effetti plagianti su personalità deboli spesso alla ricerca disperata di una propria identità esistenziale.

Similmente, sulla stessa linea di un abnorme potenziamento del vincolo comunitario in funzione “ego-centrica” di rafforzamento della propria debole identità, si pongono degenerazioni dirette allo screditamento degli altri, diversi gruppi comunitari che subiscono così un processo di squalificazione più o meno radicale. Lo vedremo più ampiamente in seguito, ma fin d’ora possiamo rilevare come il meccanismo di screditamento degli altri – per fare un esempio tragicamente noto, del popolo ebraico – operi attraverso la costruzione sociale del pregiudizio nei confronti del gruppo dei “diversi”, dovendosi altresì precisare nuovamente che anche la costruzione del pregiudizio è mossa da una esigenza particolarmente forte di identificazione comunitaria nel proprio gruppo di appartenenza: in definitiva, il pregiudizio oppositivo nei confronti degli altri diversi è uno strumento per rafforzare la propria identità di appartenenza comunitaria mediante l’esaltazione emotivamente coinvolgente delle differenze⁶.

Possiamo dunque concludere che nell’idea di comunità è ravvisabile un doppio profilo o, se si vuole, una certa qual ambivalenza. Da un lato, comunità significa rapportarsi necessariamente con gli altri riconoscendo il valore personalisticamente arricchente della “coesistenza” e, pertanto, il valore del darsi agli altri e dall’autolimitarsi nei confronti del “prossimo”. Dall’altro lato, comunità significa anche ritrovamento e realizzazione del proprio io mediante conquista della propria identità attraverso l’appartenenza comunitaria, che dunque ha un indubbio connotato ego-centrico quando sconfina nella squalificazione degli altri diversi.

Già fin d’ora l’ambivalenza dell’idea di comunità lascia intravedere come anche i campi di interferenza della comunità con l’universo penalistico siano conseguentemente due e perfettamente corrispondenti l’uno alla componente ego-centrica e l’altro a quella altruistica. L’appartenenza comunitaria può sviluppare fattori criminogenetici, sotto il primo profilo; mentre può favorire la costruzione della personalità rimuovendo cause di disadattamento sociale, sotto il secondo profilo.

⁶ R. BROWN, *Psicologia del pregiudizio*, Bologna, 2010.

2. *Comunità e fenomeno criminoso.* – Un volto di Giano, dunque, quello della comunità che, dall’angolo visuale della penalità, comporta di dover nettamente divaricare il successivo discorso lungo due direttrici distinte: la prima è quella del rapporto tra *delitto* e comunità; la seconda quella del rapporto tra *pena* e comunità. Nella prima direzione ci si avvia all’analisi, necessariamente molto sommaria, del rapporto sostanzialmente di tipo eziologico tra comunità e fatto criminoso. Nella seconda direzione, invece, si potranno sottolineare i rapporti di sostanziale convergenza – sotto plurimi profili – tra comunità e finalismo rieducativo della pena.

2.1. *La teoria delle associazioni differenziali.* – Comunità e criminogenesi danno luogo ad una relazione ampiamente nota e studiata in criminologia. L’appartenenza comunitaria può ben essere annoverata tra le più significative cause delle dinamiche psico-sociali sfocianti nel comportamento criminoso. E ciò è di evidenza intuitiva se si considera che l’appartenenza comunitaria è fonte per l’individuo di codici comportamentali, che possono ovviamente orientare sia verso comportamenti socialmente apprezzati ed eticamente positivi sia, al contrario, verso comportamenti socialmente dannosi ed eticamente riprovevoli.

Un buon punto di partenza per comprendere il ruolo criminogenetico della comunità può essere la notissima teoria delle associazioni differenziali elaborata da Edwin Sutherland⁷. Anche se il criminologo statunitense verosimilmente pensava ad associazioni cui l’individuo appartiene per scelta razionale più che a gruppi cui si accede in modo “naturale” e quasi inconsapevole. La premessa della teoria di Sutherland è che la società è articolata in gruppi e che ogni individuo fa necessariamente parte di uno o più gruppi. Ogni gruppo ha un suo proprio e diverso grado di fedeltà od ostilità alla legge. Il nucleo centrale della teoria consiste nella affermazione che il comportamento criminale è appreso per imitazione da quello praticato generalmente dal gruppo secondo il proprio grado

⁷ E.H. SUTHERLAND, D.R. CRESSEY, *Criminologia*, Milano, 1996, p. 109 segg.

di fedeltà o ostilità alla legge: il gruppo, insomma, sviluppa dei modelli comportamentali che gli appartenenti apprendono proprio in ragione della loro appartenenza. Ma il punto per noi qui più interessante concerne la ragione per la quale gli individui finiscono per adottare i modelli comportamentali del gruppo, facendoli propri: ed è qui che tornano in gioco le dinamiche psico-sociali dell'appartenenza comunitaria.

Ribadito, infatti, che l'appartenenza comunitaria costituisce uno strumento di costruzione della propria identità, è chiaro che l'adozione dei codici comportamentali del gruppo costituisce condizione necessaria per la permanenza nel gruppo e, pertanto, per il mantenimento della propria identità così conquistata. L'individuo che rifiutasse in più o meno larga misura il modello comportamentale (criminoso) appreso per imitazione attraverso la sua appartenenza al gruppo, rischierebbe l'emarginazione se non addirittura l'espulsione dalla comunità con la conseguenza di un indebolimento della sua identità di ruolo sociale. Insomma, poiché la permanenza nel gruppo è fondamentale per appagare la propria esigenza esistenziale di identità, sarà giocoforza apprendere il comportamento criminoso condiviso e praticato dal gruppo stesso, onde evitare l'espulsione del "deviante".

Si pensi, ad esempio, ai casi di gruppi che si costituiscono in ambienti economico-finanziari o della pubblica amministrazione (che erano poi quelli cui pensava Sutherland), ove dominino modelli comportamentali di evasione fiscale o corruttivi: è chiaro che solo apprendendo per imitazione e poi praticando il comportamento diffuso e caratterizzante l'eticità del gruppo, sarà possibile garantire la propria permanenza in esso.

2.2. *Comunità e criminogenesi.* – La teoria delle associazioni differenziali fu sviluppata essenzialmente in rapporto alla criminalità economica o dei c.d. "colletti bianchi". Ma in realtà il richiamo alla comunità e ai modelli comportamentali che in essa si elaborano e si adottano, può contribuire a spiegare la criminogenesi di molte altre forme di criminalità anche grave. Senza

poter qui entrare in analisi dettagliate, basti solo pensare esemplificativamente alla criminalità mafiosa, alle manifestazioni violente delle bande giovanili, a certe forme di criminalità predatoria praticata da taluni gruppi etnici, al terrorismo interno ed internazionale. Sono tutte queste, manifestazioni criminose nelle quali è facile scorgere il ruolo fondamentale svolto dal legame comunitario ed in cui il comportamento criminale si pone quale ineludibile espressione dell'appartenenza comunitaria e, dunque, come conferma della propria appartenenza alla comunità e con ciò della propria identità.

Muovendo da questa constatazione è possibile cogliere anche un senso più profondo del fenomeno di queste associazioni criminali. Nelle manifestazioni criminose poc'anzi ricordate la dimensione associativa non costituisce tanto il mezzo per realizzare gli scopi criminali propostisi dal gruppo, ma – al contrario – è il crimine che costituisce un mezzo per esprimere l'appartenenza comunitaria: insomma, non c'è prima un razionale programma criminoso rispetto al quale l'associazione è un *posterius* strumentale; prima viene la comunità di appartenenza, essendo il comportamento criminoso un *posterius* della comunità da quest'ultima derivante quale conferma del vincolo di appartenenza in osservanza dei suoi codici comportamentali.

La caratteristica ora lumeggiata rende ragione della particolare pericolosità di queste associazioni criminose, diciamo così “comunitarie”. Esse, infatti, non obbediscono ad una logica razionale di strumentale orientazione a obiettivi criminosi, ma sono piuttosto espressione di un'esigenza emotiva, irrazionale di appartenenza comunitaria ad una realtà associativa che, con il suo patrimonio di valori e di codici “etici”, è in grado di appagare il forte bisogno di identità ed identificazione dei suoi membri.

Prima di concludere sul punto vogliamo far cenno ad un fenomeno in cui il potenziale criminogeno della comunità si è manifestato in forma estrema e tragica: alludiamo al genocidio degli ebrei consumatosi durante la seconda guerra mondiale. Nell'interpretazione storico-causale della Shoah particolare credito va attribuito all'idea che, all'origine di quello sterminio sistematizzato, vi

sia stata l'esaltazione della comunità etnico-biologica costituita dal popolo tedesco: il regime nazista fondò il suo trionfo tra l'altro sulla capacità di sfruttare lo stato di prostrazione in cui versava la Germania umiliata dalla sconfitta della prima guerra mondiale. Alla ricerca di una nuova identità positiva del popolo tedesco, il nazismo alimentò un profondo senso identitario esaltando l'appartenenza ad una comunità superiore e coltivando un ben costruito pregiudizio antiebraico, così da arrivare a rendere condivisa l'idea che al popolo tedesco toccasse il compito di liberare l'Europa dal cancro corrosivo dell'ebraismo. L'identificazione del popolo tedesco con una comunità fondata sul più profondo ed incontestabile dei vincoli, quello della superiorità biologico-razziale, fu la condizione per rendere condivisa la missione salvifica di emarginare e poi annientare quegli esseri inferiori che secondo lo stereotipo comunitario nazista erano da considerare privi di connotati umani e, pertanto, meritevoli del loro tragico destino. Solo così può spiegarsi non solo la generale adesione al nazismo, o quantomeno la passiva connivenza, ma anche e soprattutto la massiva realizzazione di atti di smisurata violenza e crudeltà senza che si producessero significativi conflitti interiori nel comportamento individuale dei singoli⁸.

3. *Comunità e pena rieducativa.* – Il secondo grande campo di interferenza tra comunità ed universo penalistico è quello della pena: e qui davvero i nessi sono particolarmente stretti e potenzialmente molto promettenti. Dopo l'entrata in vigore della Costituzione, che – come noto – all'art. 27, terzo comma, non si limita più a porre solo il vincolo negativo del divieto di pene contrarie al senso di umanità, ma si spinge ad indicare in positivo il necessario “finalismo rieducativo” della pena, i nessi tra pena e comunità possono individuarsi ad un triplice livello.

⁸ D.J. GOLDHAGEN, *I volenterosi carnefici di Hitler. I tedeschi comuni e l'Olocausto*, Milano, 2016, p. 409 segg.

In primo luogo, ad un livello ideologico, o ideale, poiché la dimensione comunitaria è ineludibilmente parte integrante della scelta effettuata dai costituenti a favore del finalismo rieducativo.

In secondo luogo, ad un livello operativo poiché la comunità entra in gioco nel momento esecutivo della pena come strumento del finalismo rieducativo, ovviamente attraverso le varie realtà comunitarie concretamente e storicamente esistenti sul territorio.

In terzo luogo, ad un livello empirico-fattuale e molto particolare poiché da un punto di vista sociologico si parla di comunità carceraria per alludere alle specifiche e tipiche conseguenze psico-sociali ed interpersonali che tendono a prodursi nella comunità derivante dalla coabitazione forzata entro lo spazio penitenziario.

3.1. *La scelta della Costituzione per il finalismo rieducativo della pena.* – Il crimine, soprattutto quando è riconducibile alla categoria dei c.d. “delitti naturali”, tocca profondamente il substrato comunitario della società organizzata nello Stato: proprio perché mette in discussione i più radicati e condivisi valori sociali, il crimine attiva il ben noto processo di identificazione della “gente” con la vittima, sollecitando così reazioni di natura comunitaria. Al di là delle varie teorie giustificative della pena, più al fondo e in linea di principio queste reazioni possono essere essenzialmente di due tipi: esclusive o inclusive.

La storia della penalità mostra senza tema di smentita la prevalenza della reazione di tipo esclusivo, con la quale il reo viene variamente rifiutato ed espulso dalla comunità⁹: il bando, l’esilio e la pena capitale sono state per secoli le pene principali e sostanzialmente uniche per i crimini maggiori. E anche dopo la grande svolta umanitaria ed illuministica, il carcere con i suoi muri perimetrali ha espresso icasticamente il carattere esclusivo di questa pena divenuta dominante e monopolistica. E’ con il movimento costituzionale e politico-culturale del secondo dopoguerra, di cui la nostra Costituzione è

⁹ E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall’Ottocento alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980.

espressione esemplare, che muta la prospettiva della penalità e si fa largo l'idea di una pena inclusiva. Rieducazione non può che significare inclusione nella comunità.

Non si trattò di un passaggio facile per la penalità contemporanea. Lo dimostra il fatto che la scelta rieducativa fu vista con diffidenza in Costituente proprio dai grandi penalisti che sedevano in quell'Assemblea e che, d'altro lato, quella scelta nasceva da radici culturali intrise e alimentate da un profondo pensiero comunitario¹⁰. La formulazione del principio del finalismo rieducativo della pena fu dovuta, infatti, a Giorgio La Pira e a Lelio Basso: cattolico il primo, marxista il secondo. Il finalismo rieducativo della pena veniva così a esprimere il solidarismo personalistico della tradizione cristiano-cattolica e il solidarismo sociale del pensiero marxista e socialista. Alla sua base si trova, dunque, non solo la riaffermazione del valore intangibile della persona umana nella sua sostanza di essere comunitario, gravata sì di doveri verso la comunità ma anche destinataria di un generale dovere della comunità di inclusione e sostegno. Alla sua base vi è anche l'acquisita consapevolezza che le cause della criminalità sono anche sociali: "materialisticamente" l'essere umano, compreso quello che delinque, non è solo potere e libertà assoluta della sua volontà ma è anche il risultato del suo essere sociale e comunitario. Da qui la necessità che la comunità si faccia carico della propria responsabilità di fronte al criminale, offrendogli delle occasioni di re-inclusione comunitaria. Questo, in estrema sintesi, il sottofondo culturale retrostante alla grande scelta rieducativa effettuata dai costituenti non penalisti. I penalisti, invece, manifestarono diffidenza se non proprio ostilità, in quanto evidentemente ancora gravati da quel pesante retaggio storico di una pena che per secoli era stata orientata nell'unica direzione dell'esclusione dalla comunità. Il grande Giuseppe Bettiol parlò addirittura di *parva sapientia* all'origine dell'opzione rieducativa in quanto incapace di riflettere la complessità filosofica e spirituale in cui è avvolta da sempre l'idea

¹⁰ F. PALAZZO, *Le scelte penali della Costituente*, in AAVV., *Studi in ricordo di G.D. Pisapia*, vol. I, Milano, 2000, p. 329 segg.

della pena. Il giovane Aldo Moro temeva che quell'opzione fosse interpretata come una scelta di campo della Costituzione tra le due Scuole penalistiche, quella Classica e quella Positiva, che ancora si contendevano il campo. L'astuto Giovanni Leone forniva una lettura riduttiva della norma costituzionale, ritenendo che essa non fosse niente più d'un monito per il legislatore e l'amministrazione affinché si ponesse rimedio alle miserevoli condizioni degli istituti penitenziari.

La diffidenza con cui fu accolta la svolta costituzionale in materia di pena e di penalità produsse lentezze e ritardi nel processo di attuazione costituzionale: bisognerà attendere trent'anni invero per arrivare a quella riforma carceraria realizzata con legge del 26 luglio 1975, n. 354, una delle più significative se non l'unica grande legge di attuazione della Costituzione in materia penale. Nonostante le difficoltà incontrate dall'opzione rieducativa, essa si rivela di grande significato storico proprio perché costituisce un segnale inequivoco dell'incipiente crisi dei paradigmi della modernità penalistica: l'idea di una pena orientata all'inclusione sociale e che, come tale, chiama in causa la comunità, mette in discussione quelle concezioni liberali individualistiche della penalità, imperniate o sull'astrazione moralistica del libero arbitrio assoluto ovvero sul non meno astratto utilitarismo dell'efficacia deterrente e generalpreventiva della pena, tipiche della modernità. C'è, insomma, dietro l'idea della pena rieducativa e dunque comunitariamente inclusiva, un'apertura a una dimensione più concreta e realistica in cui l'autore criminale è visto nelle sue interrelazioni comunitarie, meno determinabili ed afferrabili razionalmente ma non per questo meno reali, anzi.

Certamente, l'appello alla comunità implicito nell'idea della pena rieducativa, cioè inclusiva, può riuscire velleitario se la comunità in realtà stenta ad affermarsi stretta com'è tra un perdurante individualismo, che tende ad allontanare da sé lo scomodo turbamento prodotto dai "devianti", e un imperante globalismo che disgrega le comunità naturali agevolando semmai quelle prodotte dagli interessi economici del mercato globale (i "produttori", i

“consumatori”, i “finanziari”, i “lavoratori”, ecc.). La grande sfida della rieducazione non sta solo e tanto nella penuria delle ingenti risorse finanziarie che sarebbero necessarie né nel rischio di un lassismo punitivo capace d’indebolire la difesa sociale; sta anche e soprattutto nella difficoltà di potersi riferire a comunità idonee a fornire le condizioni per realizzare quell’inclusività che costituisce l’essenza della pena rieducativa.

3.2. *Comunità ed esecuzione penale.* – Come abbiamo anticipato, la comunità viene in gioco anche come strumento rieducativo nell’esecuzione penale, cioè all’interno delle varie articolazioni che assume la detenzione nella sua complessa disciplina orientata – come dev’essere per dettato costituzionale – al fine della risocializzazione del condannato.

Attualmente si può dire che il concetto di rieducazione ha assunto un significato sufficientemente stabile e condiviso dopo che non erano mancate accezioni decisamente forzate e non in linea con le caratteristiche costituzionali del nostro ordinamento. E così sono state definitivamente superate le forzature che piegavano il concetto di rieducazione in senso spiritualista fino a renderlo sinonimo di rigenerazione morale attraverso il dolore della pena e il conseguente pentimento interiore; così come sono venute meno gli eccessi in senso scienziasta che finivano per identificare la rieducazione con un processo e un risultato di vera e propria manipolazione coatta della personalità del reo. Oggi, noi condividiamo un’accezione decisamente “laica” e neutra, anche se forse più indeterminata soprattutto negli strumenti funzionali allo scopo: la rieducazione si risolve in un’offerta di occasioni, di possibilità da parte dello Stato, cui il condannato può accedere del tutto liberamente al fine di avviare un processo di autoresponsabilizzazione¹¹. E’ questa la nozione di rieducazione che ha trovato

¹¹ E. DOLCINI, *Il principio della rieducazione del condannato: ieri, oggi, domani*, in *I principi del diritto penale nella postmodernità*, Atti del Convegno della AIPDP (10-11 novembre 2017), in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, vol. LXI, n. 3, p. 1375 segg.; V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Critica del diritto*, 2009, fasc. 1-4, p. 173 segg.; F. PALAZZO, *Relazione introduttiva*, in *La rieducazione oggi, dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, Atti del Convegno di Trento (21-22 gennaio 2022), in corso di pubblicazione.

consacrazione anche nei testi normativi, ricevendone recentemente ulteriore ed opportuna conferma (d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123): dispone, infatti, l'art. 1, primo comma, dell'ord. penit. che il trattamento penitenziario «si conforma a modelli che favoriscono l'autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l'integrazione»; e precisa poi l'art. 13, terzo comma, dell'ord. penit. che «è offerta all'interessato l'opportunità di una riflessione sul fatto criminoso commesso, sulle motivazioni e sulle conseguenze prodotte, in particolare per la vittima, nonché sulle possibili azioni di riparazione».

Orbene, l'obiettivo rieducativo così definito comporta che l'esecuzione penale si muova lungo due piani interagenti ed entrambi essenziali. Da un lato, è sicuramente necessario il dispiegamento di strumenti psico-pedagogici individuali, cioè che mettano il condannato per così dire di fronte a se stesso mediante un trattamento interpersonale di natura sostanzialmente terapeutica: e qui sarà protagonista quel ventaglio di saperi che si riassumono nell'ampio contenitore della criminologia clinica. Dall'altro lato, verranno in gioco strumenti trattamentali di tipo psico-sociali che si fondano non più su un rapporto interpersonale individuale ma chiamano in causa la dimensione comunitaria, la comunità. La comunità opera in questo modo come il "luogo" psico-sociale in cui è possibile agevolare la formazione o il consolidamento del senso d'identità del soggetto in direzione non antagonista, oppositiva ai valori sociali dominanti ma in senso adesivo. Processo, questo, che avviene in quanto il soggetto riesca a trovare gratificante psicologicamente la sua nuova identità comunitaria, in quanto cioè la comunità di riferimento riesca a restituirgli un senso di appartenenza ai valori comunitari positivi più appagante di quanto fosse per lui la sua opposizione antagonista a quei valori.

Muovendo da premesse psicoanalitiche, possiamo dire che la comunità deve poter funzionare in modo da agevolare il superamento della c.d. ferita narcisistica e da realizzare quella volontà di potenza che sono considerate all'origine del comportamento criminoso. Proprio nella comunità – una comunità orientata ai valori sociali condivisi, ovviamente – il soggetto deve

potersi sentire gratificato nel suo ineliminabile narcisismo e deve poter realizzare la sua volontà di potenza. Ed è evidente che, essendo queste pulsioni comunque indirizzate a manifestarsi nella dimensione comunitaria, è solo la comunità che, come può frustrarle generando la reazione criminosa, così può anche soddisfarle producendo il comportamento conforme. Questa stretta interrelazione tra comunità e comportamento sia criminoso che socialmente adattato, ricostruibile sul piano psicoanalitico, rende ragione del fatto che, ad esempio, un'attività ad alta componente comunitaria come può essere quella di "fare teatro" sia tra quelle più produttive sotto il profilo del trattamento carcerario. Niente meglio del "fare teatro" consente di incanalare le pulsioni narcisistiche e di potenza verso una loro realizzazione comunitaria altamente gratificante perché accompagnata da una forte pienezza identitaria, così da "deviare" quelle pulsioni dalla loro originaria direzione antisociale.

Il vigente ordinamento penitenziario struttura il "trattamento rieducativo" in chiave implicitamente comunitaria quando provvede ad indicare i c.d. elementi del trattamento. L'art. 15, infatti, dispone che «[i]l trattamento del condannato e dell'internato è svolto avvalendosi principalmente dell'istruzione, della formazione professionale, del lavoro, della partecipazione a progetti di pubblica utilità, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive e agevolando opportuni contatti con il mondo esterno e i rapporti con la famiglia».

È facile constatare come pressoché tutti gli elementi del trattamento indicati dalla legge abbiano una componente e una vocazione comunitari, recentemente accentuata dalla riforma del 2018, che in effetti ha aggiunto l'elemento della formazione professionale.

È infatti fuori discussione che un'esecuzione penale ispirata unicamente o prevalentemente ad un modello segregazionista ed emarginante, diretto ad isolare il condannato e privo di ogni apertura comunitaria, non avrebbe alcuna *chance* rieducativa poiché non potrebbe che confermare ed esacerbare l'identità criminale del soggetto aggiungendovi un più o meno forte risentimento verso gli "altri". La pura segregazione isolazionista non può che fomentare un'identità del

proprio io totalmente incapace di confrontarsi con gli altri e dunque destinata a esplodere nell'aggressività o a sfociare nel disagio psichico (che in vero ancor oggi è presente purtroppo in larga misura nei nostri istituti penitenziari).

Se la rieducazione deve mirare principalmente – come s'è visto – a ricostituire il senso di responsabilità dell'individuo verso gli altri, i loro bisogni, le loro esigenze e i loro sentimenti, ciò presuppone necessariamente la ricostruzione del “senso comunitario”, cioè di un sentirsi in qualche modo uniti o collegati agli altri da un vincolo di omogeneità e appartenenza comunitaria per cui ciascuno è quello che è nel rapporto con gli altri e alla fine gli altri sono parte di me. E questo processo di identificazione comunitaria implica certamente che il singolo “si apra” verso la comunità, ma presuppone ancor prima (almeno nel caso dell'esecuzione penale) che la comunità “offra” l'occasione di siffatta apertura. Dunque la comunità, sebbene ferita dal crimine, deve farsi promotrice di un'offerta inclusiva verso il reo: ed è questo compito, imposto dalla Costituzione, un passo molto impegnativo per la comunità, istintivamente incline ad allontanare chi l'ha offesa. Un impegno, quello rieducativo che, a parte il vantaggioso risultato ottenuto in termini di sicurezza in quanto destinato a ridurre il tasso di recidività, risponde all'imperativo di etica civile di rispettare quell'umanità che ogni persona realizza solo nella dimensione comunitaria.

3.3. *Carcere e comunità: un'osmosi necessaria.* – In pratica è ovviamente necessario che, nel concreto dell'esecuzione penale, quell'offerta comunitaria venga realizzata dalle varie articolazioni di comunità, pubbliche istituzionali o private volontaristiche, operanti nel mondo penitenziario. Senza però dimenticare che ancor prima è indispensabile che un conforme atteggiamento culturale sia diffuso e condiviso nell'intera comunità nazionale: così come non va allentato l'impegno perché si diffonda la cultura della legalità, allo stesso modo occorre mantenere altrettanto vivo l'impegno per una cultura della rieducazione. Ma in pratica come è possibile realizzare questa osmosi, questo interscambio tra carcere e comunità? Come è possibile aprire il carcere, che per

definizione è uno spazio chiuso con un tempo vuoto perché uniforme, alla comunità esterna? Come può la comunità superare il muro perimetrale del carcere?

Le vie di comunicazione sono sostanzialmente due. Da un lato, in direzione per così dire extramuraria, il detenuto va dal carcere verso la comunità libera; dall'altro, in direzione intramuraria, la comunità va dall'esterno verso il detenuto ristretto in carcere. Ed è logico pensare ad una sorta di progressione nel reciproco rapporto tra le due vie di comunicazione: nel senso che, specie quando si tratta di pene lunghe, si passi da strumenti e soluzioni comunitarie intramurarie verso strumenti e soluzioni extramurarie.

Gli ingressi comunitari intramurari – come vedremo poi più dettagliatamente – sono in prevalenza affidati al volontariato, che in effetti garantisce il massimo grado di distanziamento, per così dire, dalla mentalità tendenzialmente più segregazionista fatalmente sviluppata dal personale dell'amministrazione penitenziaria. Peraltro, non possono essere dimenticati i problemi posti dagli interventi comunitari intramurari, che sono sostanzialmente due. Per un verso, è chiaro che l'ingresso in carcere di soggetti esterni, espressione della comunità più che dell'istituzione penitenziaria, pone l'esigenza di un contemperamento con le insopprimibili esigenze di ordine e sicurezza interne al carcere: insopprimibili perché derivanti dalla forzata uniformizzazione della vita, degli spazi e dei tempi carcerari, ed a loro volta indispensabili – l'ordine e la sicurezza – per consentire che il carcere possa perseguire le sue finalità ed *in primis* quella rieducativa. Per un altro verso, di grande rilevanza è la necessità di assicurare un'adeguata competenza professionale del personale volontario: il volontariato è una realtà nel complesso encomiabile e generosa nella sua dedizione altruistica davvero “comunitaria”, ma abbiamo anche visto quale sia la complessità del trattamento rieducativo che esige non solo conoscenze di plurime e non facili discipline ma anche non comuni doti personali di equilibrio, imparzialità ed empatia insieme. A questo riguardo del tutto appropriato è il saggio monito espresso dal Garante nazionale

per le persone detenute nella sua relazione al Parlamento del 2021: in quell'occasione il Garante ha sottolineato la necessità che le associazioni di volontariato non siano condizionate da pur legittime ideologie di riferimento che si sovrappongano alle finalità istituzionali per le quali esse sono chiamate ad operare all'interno (e fuori) del carcere¹².

Gli strumenti comunitari extramurari, vale a dire l'uscita del detenuto verso la comunità, sono assicurati dalle c.d. "misure alternative" al carcere previste dall'ordinamento penitenziario e consistenti in misure di libertà, di semilibertà o di detenzione domiciliare. È da sottolineare che oggi il legislatore ha consacrato una loro denominazione molto significativa, qualificandole ufficialmente come misure "di comunità": con ciò volendosi mettere in evidenza che la libertà (o la parziale libertà) non è qui un tempo e uno spazio completamente vuoti in cui il condannato si ritrova solo e abbandonato a se stesso e ai suoi bisogni ed eventualmente ai suoi legami pregressi. Al contrario, l'espressione "di comunità" vuole significare che la libertà (totale o parziale) in cui consistono queste misure deve essere riempita e sostenuta da strutture capaci di agevolare il ripristino del rapporto con la comunità sociale di riferimento sul territorio (ed infatti le strutture pubbliche chiamate a tali funzioni hanno – come vedremo – un'articolazione periferica ancorché centralizzata: gli Uffici territoriali per l'esecuzione penale esterna). L'irrinunciabile organizzazione e centralizzazione ministeriale dei servizi "di comunità" a supporto delle misure alternative non deve naturalmente implicare il rischio di un disciplinamento burocrattizzato del servizio, che per sua natura deve essere invece flessibile e capace di adeguarsi facilmente alle più diverse esigenze delle situazioni personali e locali.

Anche qui, come negli strumenti intramurari, è fondamentale il ruolo del volontariato. E ciò non solo perché lo Stato non avrebbe le risorse finanziarie ed umane per far fronte alle esigenze delle misure di comunità, ma anche perché il volontariato è meglio in grado di assicurare quell'"osmosi comunitaria" di cui s'è

¹² Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, *Relazione al Parlamento 2021*, Roma, 2021, p. 106 segg.

detto per una duplice ragione. In primo luogo, proprio perché si tratta di personale non inquadrato nei ruoli dell'amministrazione penitenziaria ma espressione diretta della comunità, esso appare in linea di principio più idoneo allo scopo di ricucire il legame comunitario; in secondo luogo, proprio perché si tratta di personale motivato da una scelta di dedizione spontanea verso il prossimo, esso ha presumibilmente un atteggiamento mentale e una sensibilità fortemente comunitari che potrà meglio trasmettere a chi ne è invece carente.

3.4. *Comunità carceraria?* – È possibile parlare di una “comunità carceraria”, intendendo con ciò l'insieme di quelle persone, carcerieri e carcerati, che convivono nello spazio chiuso dell'istituto penitenziario? Sì e no. Sì, se si considera che il vincolo di appartenenza spaziale si converte poi in un legame fatto di modelli comportamentali rigidamente delineati da regolamenti e circolari e in un legame fatto di mentalità e atteggiamenti culturali indotti dalla sostanziale identità di vita e quasi di destino. E a questo proposito, si può invero osservare che ben presto il detenuto assimila modelli comportamentali stereotipati che apprende appunto nella pratica della vita comunitaria: dal conformismo infantilizzante e deresponsabilizzante tipico del noto processo di prigionizzazione, all'opportunismo di chi preferisce approfittare di ogni possibile occasione di “contiguità” con l'autorità penitenziaria per trarne vantaggi, all'isolamento fisico e psichico di chi si ripiega in se stesso avviandosi così alla depressione, all'assunzione di posizioni dominanti capaci di sfruttare la sottomissione dei più deboli, fino a forme più rare di sistematica contestazione e ribellismo verso l'autorità. Tutti stereotipi comportamentali ben noti che si alimentano della vita comunitaria in carcere, ma che si differenziano dai vincoli comunitari della vita libera per la semplice e buona ragione che non nascono da una adesione volontaria, spontanea al gruppo di cui invece vengono forzatamente e contingentemente a far parte. Semmai, il vincolo che più di ogni altro può legare la comunità dei ristretti è proprio quello derivante dal senso di separatezza dalla società libera, un vincolo spesso originato dalla convinzione

autogiustificativa di essere vittime di un destino che ha finito per condurli lì dove si trovano: difficile, infatti, che il condannato ammetta esplicitamente, con gli altri e con se stesso, di essere lui l'artefice diretto (il responsabile individuale) della situazione in cui versa; piuttosto c'è qualcosa non di individuale ma di sovraindividuale appunto, una specie di destino malevolo che lo accomuna alla sorte e alle convinzioni degli altri ristretti.

In ogni caso, sembra difficile parlare di comunità carceraria facendo riferimento alla totalità degli abitanti dell'universo carcerario, carcerieri e carcerati. C'è tra i due gruppi, infatti, un vincolo nient'affatto comunitario ma semmai un rapporto di latente antagonismo che si nutre di sentimenti tutt'altro che positivi. Nel personale penitenziario può maturare un sentimento di ostilità nei confronti della popolazione detenuta, in quanto causa di una vita limitante se non addirittura frustrante che costringe le guardie penitenziarie al contatto quotidiano con le fasce infime dell'umanità in un lavoro dunque tutt'altro che gratificante. Un'ostilità naturalmente ricambiata dai detenuti, che possono maturare un atteggiamento negativo nei confronti del personale penitenziario in quanto strumento esecutivo di quel destino infame di cui in fondo si sentono vittime; senza contare il disprezzo che può nascere dalla considerazione di un lavoro umiliante e degradante sia perché meramente esecutivo (i "girachiave" del gergo penitenziario) sia perché implicante l'esercizio di un potere diretto e talvolta anche fisico sull'uomo.

Parlare di comunità con riferimento all'universo carcerario è dunque difficile, almeno se a questa espressione si attribuisce il significato di un vincolo di appartenenza che contribuisce alla realizzazione gratificante della propria identità. Si potrebbe semmai parlare di "società carceraria" per esprimere il fatto di una coesistenza di vita capace comunque di influire sui modelli comportamentali e sugli atteggiamenti mentali dei suoi membri.

Ora è chiaro che le caratteristiche appena viste della società carceraria, le tensioni conflittuali, i sensi di frustrazione, gli atteggiamenti di risentimento e finanche di rancore, tutto sono fuorché l'ambiente più favorevole perché li si

inveri l'idea rieducativa e si pratichino con successo i trattamenti risocializzativi. Siamo qui al centro dell'eterno problema costituito dalla strutturale incompatibilità tra carcere e rieducazione: e d'altra parte, invece, qualcosa si deve pur fare perché come è impossibile, almeno allo stato, rinunciare al carcere, così è impossibile rinunciare alla rieducazione rinviandola a un "dopo" carcerario che sarebbe sicuramente tardivo.

L'unica via per ridurre questa contraddizione sembra essere quella di puntare su un forte programma di formazione del personale penitenziario, e in particolare della polizia penitenziaria, che lo coinvolga nell'obiettivo e nelle strategie della rieducazione, attraverso la corretta e intensa gestione degli elementi del trattamento penitenziario. In qualche modo occorre acquisire alla "causa" rieducativa gli agenti della polizia penitenziaria, rendendoli partecipi dei programmi trattamentali con la convinzione che ordine e sicurezza sono obiettivi strumentali a quello finale del recupero dei ristretti, laddove possibile. Procedendo su questa difficile linea, per vero già percorsa dal legislatore e dall'amministrazione nei tempi più recenti, è possibile tentare di costruire un "ruolo" che non solo riduca la distanza tra agenti penitenziari e ristretti ma sia anche vissuto positivamente: così che, alla fine, sia possibile costituire un legame reciproco di appartenenza a una realtà che si avvicini ad una comunità penitenziaria. In questa strategia un fattore non trascurabile potrebbe essere la forte presenza di personale esterno qualificato e, soprattutto, la realizzazione di significativi momenti di stretto raccordo cooperativo tra polizia penitenziaria e personale esterno.

4. *Piccola antologia normativa.* – A conclusione del nostro discorso può essere utile una breve rassegna delle principali previsioni normative mediante le quali si dà ingresso alla comunità nell'esecuzione penale. Vi è un primo gruppo di disposizioni che compongono un insieme sufficientemente organico, costituente l'intelaiatura normativa del rapporto tra la comunità e l'esecuzione

penale. E poi vi sono alcune disposizioni più o meno sparse in cui è pure presente qualche riferimento alla comunità.

4.1. *La comunità nell'organizzazione ministeriale e degli istituti penitenziari.* – Principiando dall'insieme di disposizioni più organico e sistematico, è utile procedere su due piani distinti: quello dell'organizzazione ministeriale e quello dell'organizzazione degli istituti penitenziari.

A livello di organizzazione ministeriale è molto significativa la distinzione tra Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria (DAP) e Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità (DGMC), non potendo passare inosservato il fatto che la stessa denominazione di quest'ultimo allude espressamente alla "giustizia di comunità" a seguito della riorganizzazione del Ministero della giustizia avvenuta con D.P.C.M. 15 giugno 2015, n. 84 (art. 7). Se può non essere del tutto convincente l'accorpamento di funzioni relative alla giustizia minorile, che ha sue spiccate peculiarità, e funzioni relative alla giustizia di comunità per gli adulti, tuttavia è innegabilmente assai significativa la netta separazione che, nell'ambito della giustizia per gli adulti, viene a profilarsi tra la struttura ministeriale dedicata all'esecuzione *carceraria* e quella dedicata all'esecuzione *in libertà*. Ed invero, con l'espressione "giustizia di comunità" si fa riferimento all'esecuzione delle misure alternative, del lavoro di pubblica utilità e della messa alla prova a seguito di sospensione del procedimento *ex art. 168 bis c.p.*, dando chiaramente a vedere il ruolo fondamentale attribuito alla comunità nell'esecuzione di tutte queste misure.

Al suo interno, poi, il Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità (DGMC) è articolato in diverse strutture dirigenziali, tra le quali vi è la Direzione generale per l'esecuzione penale esterna e la messa alla prova, che appunto sovrintende all'esecuzione delle c.d. sanzioni di comunità, individuabili come detto nelle misure alternative, nel lavoro di pubblica utilità e nella messa alla prova. Cómpti principali di questa Direzione generale sono coordinare e monitorare l'attività degli Uffici per l'esecuzione penale esterna (UEPE), tenere i

rapporti con le organizzazioni del volontariato e con gli enti territoriali, e in generale organizzare i servizi per l'esecuzione delle sanzioni di comunità.

La spina dorsale del sistema della giustizia di comunità è costituita dagli Uffici per l'esecuzione penale esterna, che sono diramazioni territorialmente periferiche del ministero operanti attraverso gli assistenti sociali che ad essi fanno capo: mentre prima gli UEPE facevano capo al DAP oggi dipendono invece dal DGMC. Le competenze degli UEPE sono disciplinate dall'art. 72 ord. penit. (l. 26 luglio 1975, n. 354). In sintesi si può dire che tali competenze vanno in due direzioni: da un lato, esse sono rivolte ai detenuti ristretti in carcere con attività propedeutiche all'applicazione delle misure alternative, quali ad esempio le indagini socio-familiari e l'osservazione del comportamento, nonché la proposta del programma di trattamento; dall'altro, sono rivolte ai condannati in esecuzione di sanzioni di comunità, controllando l'esecuzione da parte loro dei programmi trattamentali e riferendone all'autorità giudiziaria e proponendo eventuali interventi di modificazione o di revoca.

Fondamentale è la partecipazione e il ruolo dei volontari: attraverso la loro presenza nella complessa organizzazione ministeriale per la giustizia di comunità si corrobora infatti quella dimensione comunitaria che sembra essere un obiettivo qualificante della più recente politica relativa all'esecuzione penale. Il volontario, proprio perché non organicamente inserito nell'amministrazione penitenziaria, è meglio in grado di fungere da canale di comunicazione tra il mondo penitenziario e la comunità, venendo quest'ultima in qualche modo rappresentata dagli assistenti volontari. I volontari vengono reclutati mediante apposite convenzioni con associazioni di volontariato stipulate all'interno di specifici progetti inseriti nel quadro di Programmi generali d'intervento finanziati ed elaborati dal Servizio civile universale. Ad esempio, recentemente è stato lanciato un Programma del Servizio civile universale denominato "Giustizia di comunità tra innovazione e resilienza", al quale la Direzione generale per l'esecuzione penale esterna e la messa alla prova ha partecipato con

un progetto denominato “Itinerari per l’inclusione nella giustizia di comunità”. Non mancano, poi, ovviamente altri progetti di carattere locale.

Non meno significativo è il rapporto che alcune disposizioni favoriscono tra istituto penitenziario e comunità esterna. E già abbiamo visto, a questo proposito, che tale rapporto può andare nei due sensi: dell’ingresso della comunità nel penitenziario e dell’uscita del detenuto verso la comunità libera. Decisamente importante è il primo senso in cui quel rapporto si manifesta. E qui è possibile ulteriormente distinguere a seconda che la dimensione comunitaria sia portata nel carcere da personale inserito più o meno organicamente nell’organizzazione ministeriale oppure da personale completamente estraneo a quest’ultima.

Quanto al personale inserito nell’organizzazione ministeriale, viene in considerazione principalmente l’art. 80 ord. penit., il quale prevede che negli istituti penitenziari operino gli educatori per adulti e gli assistenti sociali dipendenti dagli UEPE³, nonché personale incaricato giornaliero per lo svolgimento di attività di osservazione e di trattamento. Per queste stesse attività è infine possibile per l’amministrazione penitenziaria avvalersi di professionisti esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica, nonché di mediatori culturali e interpreti.

Quanto al personale estraneo all’organizzazione ministeriale, nel quale è ragionevole presumere una ancor più forte vocazione comunitaria, fondamentale è il principio generale stabilito nell’art. 17 ord. penit., rubricato appunto *Partecipazione della comunità esterna all’azione rieducativa*: «La finalità del reinserimento sociale dei condannati e degli internati deve essere perseguita anche sollecitando ed organizzando la partecipazione di privati e di istituzioni o associazioni pubbliche o private all’azione rieducativa.». Sono ammessi a frequentare gli istituti penitenziari con l’autorizzazione e secondo le direttive del magistrato di sorveglianza, su parere favorevole del direttore, tutti coloro che

³ L. SCOMPARIN, *Il sistema penitenziario*, in G. NEPPI MODONA, D. PETRINI, L. SCOMPARIN, *Giustizia penale e servizi sociali*, Roma-Bari, 2009, p. 187 segg.

avendo concreto interesse per l'opera di risocializzazione dei detenuti dimostrino di potere utilmente promuovere lo sviluppo dei contatti tra la comunità carceraria e la società libera. || Le persone indicate nel comma precedente operano sotto il controllo del direttore».

L'art. 78 ord. penit. (*Assistenti volontari*) prevede poi che l'amministrazione penitenziaria possa, su proposta del magistrato di sorveglianza, «autorizzare persone idonee all'assistenza e all'educazione a frequentare gli istituti penitenziari allo scopo di partecipare all'opera rivolta al sostegno morale dei detenuti e degli internati, e al futuro reinserimento nella vita sociale». «Gli assistenti volontari possono cooperare nelle attività culturali e ricreative dell'istituto sotto la guida del direttore, il quale ne coordina l'azione con quella di tutto il personale addetto al trattamento».

Infine, gli assistenti volontari possono collaborare coi centri di servizio sociale per l'esecuzione delle misure alternative e per l'assistenza ai dimessi e alle loro famiglie. Alcune norme regolamentari (artt. 68 e 120 d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230) provvedono poi a dettare la disciplina di dettaglio, con riguardo in particolare all'autorizzazione necessaria ai volontari per avere accesso agli istituti, nonché alla necessità che la loro attività si coordini e si integri con quella degli operatori penitenziari.

Il detenuto va verso la comunità libera essenzialmente attraverso le "brecce" costituite – come sappiamo – dalle misure alternative, il cui precipuo obiettivo rieducativo non può essere raggiunto che col coinvolgimento di quella comunità, senza della quale il soggetto è destinato a consolidare una personalità chiusa nella sua antisocialità. E qui viene in gioco la competenza degli UEPE e degli assistenti sociali ad essi facenti capo, operanti quasi come agevolatori e mediatori di quel rapporto condannato-comunità da ripristinare. Non propriamente una misura alternativa è un istituto di recente istituzione ma che ha tuttavia una forte valenza di reinserimento del detenuto nella comunità esterna. Si tratta del lavoro di pubblica utilità previsto oggi dall'art. 20 *ter* ord. penit. (inserito dal d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 124). Il lavoro di pubblica utilità

consiste infatti nello svolgimento di attività a titolo volontario e gratuito nell'ambito di progetti di pubblica utilità: è chiaro che la *ratio* dell'istituto è nel senso di stimolare un senso di solidarietà del detenuto nei confronti della comunità, così da contribuire all'opera rieducativa. Si potrebbe quasi dire che qui la comunità è fatta propria dal condannato mediante la partecipazione, volontaria e gratuita, al conseguimento di pubbliche utilità.

4.2. *Norme penitenziarie sparse facenti riferimento alla comunità.* – Nella breve rassegna delle norme penitenziarie sparse conviene tener conto anche delle proposte di revisione del regolamento formulate dalla Commissione ministeriale presieduta dal prof. Marco Ruotolo (dicembre 2021) e in più punti orientate proprio al potenziamento dei rapporti comunitari¹⁴.

Meritano di essere per prime segnalate quelle disposizioni che fanno riferimento alla comunità *carceraria*. L'art. 2, secondo comma, dell'ord. penit. impone che gli istituti siano dotati di spazi comuni al fine di consentire una «gestione cooperativa della vita quotidiana nella sfera domestica». In tema di «ricompense» l'art. 76 reg. dà riconoscimento a quei comportamenti che mostrano sensibilità per le difficoltà morali e psicologiche degli altri detenuti; e le attuali proposte di modifica del regolamento formulate dalla Commissione Ruotolo vanno oltre in questa direzione prevedendo di dare riconoscimento ad «iniziative di mediazione da cui derivino benefici per l'intera comunità penitenziaria». Sempre la Commissione Ruotolo propone una speciale ipotesi di commutazione della sanzione disciplinare, su richiesta dell'interessato, in «una prestazione in favore della comunità penitenziaria» (art. 80 reg.).

Numerose sono le disposizioni che prevedono momenti di contatto con la comunità *esterna*: a cominciare ovviamente della comunità familiare, primo ed essenziale nucleo di legami comunitari indispensabili, quando vi sono, all'obiettivo risocializzativo. In questa direzione va il c.d. principio di

¹⁴ Ministero della Giustizia, *Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario, Relazione finale* (dicembre 2021), in *Sistema penale*, 11 gennaio 2022.

territorialità, secondo il quale il detenuto deve essere collocato e mantenuto, nei limiti del possibile, in istituti prossimi al luogo di dimora della famiglia (art. 14, primo comma, ord. penit.).

In via generale l'art. 68 reg. disciplina la partecipazione della comunità esterna all'azione rieducativa. E secondo le proposte della Commissione Ruotolo, la comunità esterna è in particolare chiamata a partecipare all'opera trattamentale del detenuto in un momento decisivo, mediante cioè il contributo che possono dare alla formulazione del programma di trattamento le «persone che hanno mostrato concreto interesse per l'opera di risocializzazione del detenuto ai sensi degli articoli 17 e 78 della legge», cioè i volontari esterni. Sempre in questa direzione, le indicazioni di riforma tendono poi a rafforzare il «coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore» nell'organizzazione territoriale di interventi con finalità di utilità sociale (art. 4 reg.).

Altri specifici momenti in cui sono previsti rapporti con la comunità esterna sono, ad esempio, quello dei corsi di istruzione della scuola dell'obbligo, cui possono contribuire volontariamente persone esterne qualificate (art. 41 reg), nonché quello del servizio di biblioteca, al cui migliore funzionamento potrebbero servire, secondo le indicazioni di riforma, apposite convenzioni con biblioteche presenti sul territorio (art. 21 reg.).

Si può, dunque, concludere che la “cultura comunitaria” è certamente presente nell'attuale disciplina penitenziaria e che ancor più intensamente essa ispira le recentissime proposte di revisione di cui è, anche per questo motivo, auspicabile l'adozione.

UNA NUOVA POLITICA D'IMMIGRAZIONE PER RAFFORZARE IL PROCESSO D'INTEGRAZIONE EUROPEA

CHIARA FAVILLI*

L'Unione europea si è spesso dimostrata inidonea ad adottare misure efficaci in materia d'immigrazione e asilo. Una rigida applicazione del c.d. "Regolamento di Dublino" e la mancata cooperazione tra gli Stati membri, infatti, hanno allontanato l'Unione dai suoi valori fondanti, rendendola vittima di tensioni, conflitti e aspre divisioni interne. Una nuova politica d'immigrazione, che non si esaurisca in semplici misure di contenimento, si rende, dunque, necessaria; ciò affinché possa consolidarsi un autentico processo d'integrazione europea.

Many times, the European Union has proved unable to take incisive measures on immigration and asylum. Indeed, a strict pursuance of the so called "Dublin Regulation" and a lack of cooperation among the Member States have deterred the Union from its founding values, making the EU victim of internal tensions, conflicts and harsh divisions. Therefore, a new immigration policy, no longer based on containment measures only, is needed, so that a genuine European integration process may harden.

SOMMARIO: 1. Immigrazione, diritto di emigrare e sovranità degli Stati. – 2. L'attribuzione di competenza all'Unione Europea in materia di immigrazione. – 3. Divisione e coesione nella gestione delle ricorrenti crisi dei migranti. – 4. Carenze strutturali e antagonismo degli Stati membri. – 5. L'accoglienza dei profughi ucraini: prova generale di solidarietà?

1. *Immigrazione, diritto di emigrare e sovranità degli Stati.* – I movimenti di persone da un'area geografica ad un'altra sono un fenomeno costante della storia dell'umanità. Possono essere molto diversi tra loro, ma accomunati dalla circostanza del trasferimento di una persona in un territorio differente da quello di cittadinanza, al fine di ivi stabilirsi¹.

¹ In dottrina si vedano: G. BASCHERINI, *Immigrazione*, in *Enciclopedia giuridica*, 2001, XV; *Migration and International Legal Norms*, a cura di A.T. Aleinikoff, 5^a ed., The Hague, 2003.

*Professoressa di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Firenze.

Tale generica definizione include tutte le tipologie di trasferimento, sia in relazione ai motivi che l'hanno causato, sia in relazione alle finalità². Più in particolare, l'immigrazione può essere determinata da una scelta individuale, liberamente adottata, o, al contrario, da circostanze particolari, che costringono un soggetto a lasciare il proprio Paese e a trasferirsi in un altro Stato. Si parla, in questo secondo caso, di immigrazione forzata, dovuta a cause di origine artificiale o naturale (terremoti, inondazioni, siccità o conflitti armati), a persecuzione individuale o ad una situazione nella quale vi sia un rischio di perdere la vita, subire torture o altri gravi danni. In queste circostanze, il diritto internazionale riconosce il diritto di essere ammessi nel territorio straniero almeno per presentare domanda di protezione, diversamente invece dall'immigrazione per motivi economici, per la quale non sussiste alcun diritto di ingresso in uno Stato straniero³.

Ne deriva che al diritto riconosciuto a ciascuno di lasciare qualsiasi Stato, compreso il proprio, non corrisponde un diritto di ingresso in uno Stato, salvo il diritto di cercare asilo⁴. Un diritto di emigrare, senza tuttavia il diritto di ingresso

² L'attraversamento della frontiera distingue l'immigrazione dai movimenti migratori interni ad uno Stato. Le migrazioni interne sono spesso determinate dalle stesse cause che sono alla base delle migrazioni internazionali, come le differenze economiche e di qualità della vita tra le regioni di uno Stato o i disastri naturali.

³ È discutibile se la povertà dei Paesi di origine possa essere considerata una causa di migrazione forzata. È indubbio che se nel pianeta non vi fossero gravi situazioni di povertà i flussi migratori sarebbero inferiori. Solo una parte residuale della popolazione, infatti, emigra per residenza elettiva, scegliendo il luogo dove più le aggrada vivere. Tuttavia, i flussi migratori tendono a crearsi anche in situazioni di povertà relativa, con spostamenti verso gli Stati dove sussistono condizioni migliori di vita, minore criminalità e maggiori opportunità di aumentare le prospettive di guadagno. Occorre dunque distinguere le situazioni di povertà estrema che inducono le persone a migrare come unica possibilità di sopravvivenza da quelle di povertà relativa, nelle quali l'immigrazione offre una *chance* di vita migliore o semplicemente maggiori opportunità lavorative. Solo nelle prime si può parlare di migrazione forzata, mentre nelle seconde si parlerà di migrazione *tout court*, nella quale la situazione economica del Paese di origine diviene uno dei fattori determinanti la decisione di migrare, senza però essere una scelta di sopravvivenza.

⁴ Il diritto di circolare liberamente e di stabilire liberamente la propria residenza è un diritto fondamentale riconosciuto sia a livello statale sia nelle convenzioni internazionali. In particolare, è sancito nell'art. 12 del Patto sui Diritti Civili e Politici nonché nell'art. 2 del Protocollo n. 4 alla Convenzione europea. Si veda *Free movement of persons in Europe – Legal problems and experiences*, a cura di H.G. Schermers, C. Flinterman, A.E. Kellerman, Dordrecht, 1993. Un analogo diritto di circolazione e di soggiorno è sancito nella Costituzione italiana, all'art. 16.

in nessuno Stato del mondo. Solo i cittadini, infatti, hanno il diritto di essere ammessi nel territorio del proprio Stato⁵.

L'assenza di un diritto ad immigrare è accentuata da una pressoché totale assenza sul piano del diritto internazionale di una regolamentazione dell'immigrazione a livello globale. Nonostante l'immigrazione sia una costante della storia dell'umanità, gli Stati non hanno mai voluto convenire regole comuni⁶. L'ammissione e l'allontanamento degli stranieri nel proprio territorio è intesa dagli Stati come espressione della propria sovranità nazionale, salvi i limiti derivanti dai diritti umani e dal diritto alla protezione internazionale⁷.

Limiti alla libertà degli Stati derivano dalle regole sul trattamento dello straniero, in gran parte basate sulle norme sui diritti umani, sia di rango consuetudinario sia convenzionale, mentre nessuna norma internazionale concerne la regolazione dell'immigrazione e forme di cooperazione al riguardo sussistono solo sul piano regionale⁸. Anche le convenzioni concluse nell'ambito

⁵ Il principio della libertà degli Stati di ammettere o non ammettere gli stranieri è stato affermato anche dalla Corte di Giustizia per evidenziare il differente regime assicurato dal Trattato ai cittadini dell'Unione. Si veda, tra le molte, la sentenza della Corte di giustizia del 5 maggio 2011, *McCarthy*, C-434/09, punto 29, che richiama espressamente anche l'art. 3 del Protocollo n. 4 della CEDU. Conformemente l'art. 16 della Cost. italiana attribuisce il diritto di uscire dal territorio della Repubblica e di rientrarvi solo ai cittadini italiani. Unica eccezione è rappresentata dal diritto di asilo per il quale, invece, sussiste un diritto soggettivo all'ingresso almeno per quegli Stati che sono parti della Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951; F. SALERNO, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, IV, pp. 487 segg.

⁶ Si veda a questo riguardo lo studio sull'espulsione degli stranieri avviato nel 2004 dalla International Law Commission, in <http://www.un.org/law/ilc/>.

⁷ Taluni hanno infatti prospettato l'astratta possibilità che il diritto di emigrare, di lasciare il proprio Stato, possa essere vanificato dall'assenza del diritto di immigrare; tuttavia, tutti i testi normativi nonché la prassi degli Stati e delle giurisdizioni competenti, negano l'esistenza di un diritto di ingresso in uno Stato come elemento complementare al diritto di emigrare, di lasciare il proprio Stato; V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in *Atti del XXIV Convegno annuale, Cagliari, 16-17 ottobre 2009*, Napoli, 2010, pp. 3 segg.; B. NASCIBENE, *Il Trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Milano, 1984, pp. 237 segg.

⁸ Con l'adozione della *Dichiarazione sui diritti umani degli individui che non hanno la cittadinanza del Paese in cui vivono* adottata dall'Assemblea generale il 13 dicembre 1985 (risoluzione n. 40/144), il tema della tutela dello straniero è stato oggetto di un'attenzione crescente nell'ambito delle Nazioni Unite e definitivamente collocato nel sistema della tutela dei diritti umani, con l'adozione di una pluralità di raccomandazioni rivolte agli Stati e agli altri soggetti interessati, generalmente precedute dall'elaborazione di studi, rapporti e documenti di lavoro. In particolare, rileva l'attività della *Commissione dei diritti umani* che considera l'immigrazione e il trattamento dello straniero come una *specific issue* del suo mandato (risoluzione E/CN.4/RES/2005/47). Infine, il Segretario generale delle Nazioni unite, coadiuvato dall'Alto commissario per i diritti umani, presenta annualmente all'Assemblea

dell'Organizzazione internazionale del lavoro sono volte a garantire un minimo *standard* di trattamento ai lavoratori migranti e non disciplinano in alcun modo i presupposti e le procedure di ingresso e di soggiorno⁹. Lo stesso vale anche per la Convenzione sui diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie del 1990, entrata in vigore nel 2003, riguarda il trattamento dello straniero piuttosto che le regole sull'ingresso e l'allontanamento, analogamente agli strumenti adottati nell'ambito dell'Organizzazione internazionale del lavoro¹⁰. Essa, peraltro, è stata ratificata solo dagli Stati generalmente di origine dei flussi migratori per motivi economici e non da quelli di destinazione, che dovrebbero riconoscere i diritti ai lavoratori migranti ivi previsti, depotenziandone molto l'efficacia.

2. *L'attribuzione di competenza all'Unione Europea in materia di immigrazione.* – L'assenza di regolazione dell'immigrazione a livello

generale un rapporto sulla protezione dei migranti analizzato nell'ambito delle questioni sui diritti umani (A/59/328, 3 settembre 2004). In dottrina si vedano: NASCIMBENE, *Straniero (condizione giuridica dello), diritto internazionale*, in *Enciclopedia giuridica*, 1993; A.M. CALAMIA, *Ammissione ed allontanamento degli stranieri*, Milano, 1980.

⁹ Si tratta della Convenzione n. 97 sull'*immigrazione per motivi di lavoro* del 1949, con la relativa raccomandazione n. 86 e della Convenzione n. 143 del 1975 sulla *tutela dei lavoratori migranti* con relativa raccomandazione n. 151. Più recentemente, nel 1990, sempre a tutela dei lavoratori migranti, è stata adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite la *Convenzione sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie*. La Convenzione, accolta con entusiasmo da parte della società civile a livello internazionale, è entrata in vigore solo il 1° luglio del 2003 con il deposito del ventesimo strumento di ratifica, registrando una netta riluttanza da parte degli Stati destinatari dei principali flussi migratori a vincolarsi alle sue disposizioni. Essa è stata infatti elaborata sulla base dell'*acquis* internazionale in materia di tutela dei lavoratori migranti, comprensivo di convenzioni, raccomandazioni, rapporti e studi (v. *infra*) e si applica a tutti i lavoratori ad eccezione dei rifugiati, richiedenti asilo o soggetti ad altra forma di protezione internazionale, indipendentemente dalla regolarità del loro *status*; si vedano: R. CHOLEWINSKI, *Migrant workers in international human rights law. Their protection in countries of employment*, Oxford, 1997; ID., *The legal status of migrants admitted for employment. Committee of experts on the legal status and rights of immigrants: a comparative study of law and practice in selected European states*, Strasburgo, 2005. Anche nell'ambito del Consiglio d'Europa sono state concluse convenzioni rilevanti in materia di trattamento dello straniero: si tratta della *Convenzione europea sullo statuto giuridico dei lavoratori migranti*, del 24 novembre 1977; la *Convenzione europea sullo stabilimento* del 13 dicembre 1955; la *Carta sociale europea* del 18 ottobre 1961 e modificata il 3 maggio 1996; la *Convenzione sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica locale* del 5 febbraio 1992 e la *Convenzione europea sulla nazionalità* del 6 novembre 1997. Tutte queste convenzioni sono vincolanti solo per gli Stati parti e sono volte a garantire diritti ai cittadini degli Stati parti nello Stato di residenza.

¹⁰ R. BARATTA, *La Convenzione delle Nazioni Unite sulla protezione dei lavoratori migranti: quali ostacoli all'adesione dei Paesi di ricezione dei flussi migratori*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, pp. 764 segg.

internazionale rende ancora più straordinaria l'attribuzione all'Unione europea della competenza in materia di creazione di uno spazio di libera circolazione delle persone e d'immigrazione. Gli Stati membri hanno infatti per la prima volta acconsentito alla limitazione della propria sovranità per creare uno spazio territoriale, costituito dall'integrazione dei territori degli Stati membri, dove i cittadini europei e, in certa misura, anche i cittadini di Paesi terzi, possono circolare liberamente in condizioni di sicurezza e di giustizia uguali per tutti. Più in generale, i cittadini dell'Unione sono soggetti del processo d'integrazione, titolari di diritti e beneficiari di quell'integrazione sempre più stretta tra i popoli europei di cui all'art. 1 TUE, che indica la direzione del processo d'integrazione europea, senza tuttavia stabilirne il traguardo. L'istituzione della cittadinanza dell'Unione ed i connessi diritti di libera circolazione, soggiorno e non discriminazione rendono i cittadini degli Stati membri una categoria particolare di stranieri, fortemente assimilata, anche dal punto di vista lessicale, ai cittadini dello Stato di residenza, ad esclusione dell'esercizio di diritti civili e politici, nonché dell'impiego in posti di lavoro che comportino l'esercizio di pubblici poteri.

L'apparente frammentazione della popolazione europea in diversi "popoli europei", così espressamente menzionati nei Trattati, si ricompona nell'istituto della cittadinanza europea alla quale corrispondono diritti e obblighi direttamente derivanti dai Trattati, in primis il diritto di circolazione e di soggiorno. I cittadini degli Stati membri, inoltre, non solo possono circolare liberamente nei territori degli Stati membri, ma hanno anche il diritto di soggiornare in qualsiasi altro Stato, secondo le regole dettate dall'Unione e con limitate possibilità di allontanamento¹¹.

In aggiunta, gli Stati membri hanno anche acconsentito a limitazioni di sovranità in materia di immigrazione, intesa come regole sull'ingresso e il

¹¹ A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione*, in *Diritto dell'Unione Europea. Parte speciale*, a cura di G. Strozzi e R. Mastroianni, Torino, 2020, pp. 52 segg.; M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano 2006; NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione. Competenze nazionali e comunitarie*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1999, 2, pp. 58 segg.

soggiorno dei cittadini di Paesi terzi¹². Una competenza molto ampia, andando dalle misure sui visti, sul controllo delle frontiere, sulle condizioni di immigrazione, soggiorno, allontanamento e sulla concessione dello *status* di protezione internazionale.

La potenziale straordinarietà della costruzione dello Spazio europeo è dimostrata dal percorso tortuoso che ha portato all'attuale configurazione della competenza dell'Unione in questa materia. Un percorso che è stato portato a compimento solo attraverso il Trattato di Lisbona, dopo varie tappe intermedie di progressiva «comunitarizzazione», con le quali sono state di volta in volta superate le opposizioni degli Stati¹³. È stato tuttavia preliminarmente necessario il ricorso alla cooperazione internazionale, come avvenuto nel 1985 con la conclusione della Convenzione di Schengen e nel 1990 con la Convenzione di Dublino, entrambe ora incorporate nel diritto UE ma solo grazie ad un'articolata applicazione differenziata. Abbiamo infatti Stati membri dell'Unione che non sono vincolati dalle norme UE, salvo una decisione in tal senso (Irlanda e, prima del recesso, anche il Regno Unito); uno Stato membro che risulta vincolato solo a titolo di diritto internazionale (la Danimarca); Stati terzi che partecipano grazie alla conclusione di specifici accordi internazionali (Svizzera, Liechtenstein, Norvegia e Islanda)¹⁴. Un'Europa, dunque, a geometria variabile sia per gli Stati coinvolti sia per la natura giuridica degli obblighi vigenti.

Come traspare dai primi documenti pubblicati dalla Commissione europea all'indomani dell'attribuzione di competenza all'Unione in questo settore, le aspettative circa il ruolo positivo che l'Unione avrebbe potuto svolgere erano molto elevate. Lo stesso emerge dalle conclusioni del Consiglio europeo

¹² Direttiva 2004/38/CE relativa al *diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri*, GUUE L. 158 del 30 aprile 2004, pp. 77-123.

¹³ A partire dal 1° dicembre 2009 la competenza in materia di immigrazione è collocata nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e in particolare nel Titolo V, rubricato "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia" (artt. da 67 ad 89 del TFUE), il cui capo 2 è dedicato alle "Politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione" (artt. 77-80) che segue il capo 1 sulle *Disposizioni generali* (artt. 67-76).

¹⁴ Si vedano i Protocolli allegati ai Trattati ed in particolare il *Protocollo n. 21 sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia* ed il *Protocollo n. 22 sulla posizione della Danimarca*.

concordate a Tampere nel 1999, dove si trova affermato che la libertà, tipica dello spazio europeo, costituisce un motivo di attrazione per tutte quelle persone che altrove non possono godere di analoga libertà e che “l’obiettivo è un’Unione aperta, sicura, pienamente impegnata a rispettare gli obblighi della Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati e di altri importanti strumenti internazionali per i diritti umani e capace di rispondere ai bisogni umanitari con la solidarietà”¹⁵. A Tampere, i Capi di Stato e di governo erano riusciti a trovare un’eccellente sintesi tra le loro posizioni, coniugando il pragmatismo tipico dell’Unione europea con i valori fondanti la stessa Unione, essi stessi faro di attrazione per le tante persone che non beneficiano di libertà e opportunità analoghe rispetto ai cittadini europei. In quelle storiche Conclusioni, il principio di solidarietà è ribadito e affermato non solo tra gli Stati membri ma anche nei confronti dei cittadini di Paesi terzi e riflette una comunità solida al suo interno e aperta verso l’esterno. Nei successivi Consigli europei e soprattutto dopo gli attentati terroristici dell’11 settembre 2001 e dell’11 marzo 2004, l’agenda di lavoro concordata a Tampere è stata radicalmente modificata, qualificando come prioritaria la lotta al terrorismo e alla criminalità internazionale, considerando tutte le restanti misure, inclusa la gestione dell’immigrazione, tendenzialmente funzionali ad essa. I Governi degli Stati membri hanno poi sempre più assunto una posizione arroccata nella difesa dei propri interessi nazionali, spesso condizionati dai ripetuti appuntamenti elettorali. Inoltre, il processo di allargamento ha ridotto la coesione esistente tra i Paesi membri dell’Unione, divenuti nel 2022 ventisette, mentre ai tempi di Tampere erano quindici. In particolare, i quattro Paesi facenti capo al c.d. gruppo di Visegrád (Ungheria, Polonia, Repubblica ceca e Slovacchia), in coerenza con il loro processo di regressione nella tutela dei diritti umani e della condivisione dei valori dell’Unione, si sono sistematicamente opposti a qualsiasi misura di autentica

¹⁵ Come in qualsiasi materia, sono orientamenti politici generali adottati per *consensus* dal Consiglio europeo a tracciare la traiettoria nella quale le altre istituzioni politiche devono necessariamente muoversi.

condivisione degli oneri dell'accoglienza nell'Unione europea e, più in generale, di avanzamento delle politiche dell'Unione in questo settore.

A causa di tutti questi fattori, in materia di immigrazione l'Unione non è riuscita a svolgere un ruolo trainante nei confronti delle legislazioni degli Stati membri ed innovatore: al contrario, la preminente esigenza di soddisfare gli interessi particolari, ha impedito l'adozione di misure lungimiranti, la cui assenza condiziona negativamente il ruolo dell'Unione europea in questo settore. Macroscopica è la mancanza di una disciplina dell'ingresso e soggiorno dei cittadini di Paesi terzi per motivi economici e la riduzione progressiva dei canali di ingresso regolare praticata dagli Stati membri, anche per motivi familiari, che hanno reso l'ingresso irregolare con conseguente richiesta di protezione internazionale uno dei pochi modi per entrare e rimanere nello spazio europeo¹⁶.

Così, il controllo delle frontiere e il diritto d'asilo sono diventati gli assi portanti della politica migratoria europea, a livello sia statale sia dell'Unione. In entrambi i settori, l'Unione tende a riprodurre dinamiche analoghe a quando l'immigrazione e l'asilo erano ancora politiche di cooperazione internazionale tra gli Stati europei, con il risultato che essa appare spesso agire come strumento per la realizzazione di politiche e di obiettivi nazionali, piuttosto che come un'organizzazione sovranazionale che persegue proprie finalità ed obiettivi nell'interesse dei popoli europei. Svanito in pochi mesi lo "spirito di Tampere", il metodo intergovernativo ha continuato a plasmare le modalità e le priorità dello sviluppo di questa politica e sembra ancora esserne la cifra dominante. Le relazioni con i Paesi terzi, ma anche l'agonizzante sistema Dublino ne sono la

¹⁶ Tutti questi profili di criticità e la necessità che l'Unione intervenga in modo innovativo per regolare la politica di immigrazione sono stati a più riprese sottolineati non solo dal mondo accademico, ma anche dalle stesse istituzioni, inclusa la Commissione che ha approvato il 29 marzo 2019 un corposo "controllo di qualità" della legislazione, già preannunciato nel 2013 e volto a verificare l'attualità della necessità degli atti UE adottati in questa materia e l'individuazione di misure volte a colmare le lacune o a superare le criticità riscontrate. Analogamente ha fatto il Parlamento europeo con un altrettanto corposo studio su "The Cost of Non-Europe in the Area of Legal Migration", nonché il Comitato delle Regioni con il parere "I costi della non immigrazione e non integrazione" adottato il 12 dicembre 2018: Commissione europea, *Fitness check on EU Legislation on legal migration*, SWD (2019) 1055 del 29 marzo 2019; Parlamento europeo, *The Cost of Non-Europe in the Area of Legal Migration*, marzo 2019; Comitato delle regioni, *I costi della non immigrazione e non integrazione*, doc. 2019/C 110/01 del 12 dicembre 2018.

conferma lampante, assieme al protagonismo assunto dai Ministri degli Affari interni, a livello sia nazionale sia dell'Unione, dove gran parte delle misure sono discusse e adottate in seno al Consiglio Giustizia e affari interni, sovente sotto stretta «direzione» da parte del Consiglio europeo.

Non sorprende dunque che gli unici avanzamenti in materia di armonizzazione siano stati conseguiti relativamente agli strumenti di controllo dello Spazio territoriale europeo. Uno spazio presidiato ancora dalle polizie di frontiera nazionali che applicano però regole comuni e che «convivono» con una Guardia di frontiera e costiera europea, il cui regolamento è stato l'unico ad essere approvato tra le diverse misure legislative proposte nel 2016 per far fronte all'allora crisi dei migranti e richiedenti asilo¹⁷.

È stato acutamente osservato che la limitazione di sovranità degli Stati, determinata dall'adozione di norme comuni in questo settore, è stata ampiamente compensata dall'apertura di ampi spazi d'azione a favore dei Governi degli Stati ed in particolare ai Ministeri degli interni, sia per l'accesso ad un'enorme quantità di dati, grazie alla creazione di varie banche dati interoperabili, sia per la partecipazione ai comitati in seno al Consiglio dell'Unione europea e al Consiglio d'amministrazione della Guardia di frontiera. Una prevalenza della dimensione governativa che è rimasta anche dopo l'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'ordinamento dell'Unione europea, senza una significativa attenuazione neanche dopo che il Parlamento europeo ha acquisito una piena funzione legislativa anche in questa materia.

3. *Divisione e coesione nella gestione delle ricorrenti crisi dei migranti.* – L'incapacità di adottare misure organiche di disciplina dell'immigrazione e dell'asilo a livello europeo è risultata evidente in relazione alle ripetute “crisi” che i Governi hanno dovuto affrontare in seno all'Unione, dopo l'acquisizione di

¹⁷ Regolamento n. 2016/1624 del 14 settembre 2016 relativo alla guardia di frontiera e costiera europea che modifica il regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga il regolamento (CE) n. 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio e la decisione 2005/267/CE del Consiglio, in GUUE 16.g.2016 L. 251/1.

competenza in questa materia. Tra queste emergono le operazioni di ricerca e soccorso nel Mediterraneo, sempre più frequenti anche se presenti sin dagli anni '90 e con accentuazione dell'emergenza nel corso della c.d. Primavera araba del 2011 e in relazione all'instabilità della Libia, dell'Afghanistan e della Siria.

L'incapacità di adottare una riforma ambiziosa del Sistema europeo comune di asilo, in particolare del regolamento Dublino e la scarsa cooperazione nella condivisione degli oneri connessi all'accoglienza dei richiedenti asilo hanno indotto i Governi degli Stati membri, seguiti dalla Commissione europea ad adottare misure per contenere i flussi migratori verso l'Unione. Alla divisione sul piano interno è corrisposta così una grande coesione sul piano esterno, con i Governi uniti nell'obiettivo comune del contenimento dei flussi, nell'arginare il numero dei richiedenti asilo e, in generale, del numero dei migranti che arrivano nel territorio dell'Unione europea.

Dapprima con la Dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2016 e poi, con intensità crescente, con i Paesi della c.d. rotta del Mediterraneo centrale, la cooperazione con i Paesi terzi ha assunto una dimensione strategica ed essenziale nella gestione delle ripetute crisi dei migranti affrontate dall'Unione europea negli ultimi anni. Il "modello Turchia" è stato così replicato, *mutatis mutandis* con altri Paesi, inclusa la Libia e più in generale tutti gli Stati di origine e di transito¹⁸. "Più progresso più aiuti" è lo slogan che è stato coniato per caratterizzare questo nuovo approccio nella dimensione esterna delle politiche di immigrazione e asilo, con la quale l'Unione e gli Stati membri si sono impegnati con tutte le risorse a loro disposizione per ottenere la maggiore cooperazione possibile nel contenimento dei flussi verso l'Unione, soprattutto con quegli Stati con i quali non era stato possibile nel passato concludere la tradizionale forma di accordi in questo settore rappresentata dagli accordi di riammissione. Lo stesso approccio è stato confermato con la pubblicazione del Nuovo patto sulla migrazione e l'asilo presentato il 23 settembre 2020 e praticato nelle due più recenti crisi geopolitiche, quella dell'Afghanistan e della Bielorussia.

¹⁸ Comunicazione sulla creazione di un nuovo quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione, COM(2016)385 del 7 giugno 2016.

La cooperazione coi Paesi terzi per contenere i flussi migratori verso l'Unione è perseguita anche dagli Stati membri e le azioni intraprese ai due livelli, nazionale e UE, sono considerate come complementari e facenti parte di una strategia comune e condivisa. Ciò nonostante che un'ampia letteratura, anche di tipo economico, abbia dimostrato che autentiche politiche di cooperazione allo sviluppo determinino una diminuzione dei flussi solo nel medio/lungo periodo, mentre nel breve periodo l'aumento e il miglioramento delle condizioni di un Paese causano un aumento dei flussi migratori e non una diminuzione¹⁹.

L'esito della strategia promossa dall'Unione e dagli Stati membri dipenderà dunque in gran parte dalle modalità e dall'entità dei finanziamenti destinati alla cooperazione allo sviluppo, nonché dalla effettiva apertura di canali di ingresso regolare, in particolare per i lavoratori anche non altamente qualificati e per i familiari. In mancanza, è molto probabile che le azioni finanziate non riusciranno a perseguire l'obiettivo dichiarato di eradicare le cause profonde delle migrazioni, se non a prezzo di una intensa e prevalente attività di controllo delle persone nei Paesi di origine e in quelli di transito, di un utilizzo ingente della detenzione e degli strumenti di rimpatrio forzato o assistito. Poiché, però, i flussi migratori sono prevalentemente misti, costituiti in una percentuale variabile ma sempre presente di persone bisognose di protezione internazionale o umanitaria, il blocco delle partenze o del transito non potrà mai offrire loro una protezione adeguata, di sicuro non nel breve e medio periodo. Le prospettive non cambierebbero neanche se l'Unione adottasse strumenti giuridici vincolanti per l'ammissione umanitaria, costringendo gli Stati membri ad aumentare il numero di persone che possono entrare regolarmente anche per chiedere protezione, attualmente insignificante rispetto ai flussi migratori verso l'Unione. In altre parole, la strategia di cooperazione con i Paesi terzi volta ad esternalizzare i controlli di frontiera contrasta non solo col diritto di emigrare ma anche con il

¹⁹ M. CLEMENS, *Does Development Reduce Migration?*, Working paper 359, 2014, www.cgdev.org.

diritto di cercare asilo, che necessariamente implica un trasferimento verso uno Stato in grado di offrire protezione.

4. *Carenze strutturali e antagonismo degli Stati membri.* – Le ricorrenti crisi che l’Unione si è trovata ad affrontare in materia d’immigrazione e asilo hanno dimostrato l’inidoneità dell’Unione europea ad adottare misure efficaci, essendo necessarie non solo misure quali il controllo delle frontiere o dei dati delle persone, bensì anche un complesso di azioni di politica sociale ed economica, ancora in gran parte di competenza nazionale o sulle quali i Governi non intendono rinunciare alla loro piena discrezionalità. Esse hanno dimostrato, inoltre, l’ontologica inconciliabilità tra uno spazio di libera circolazione e le misure volte a contrastare i movimenti secondari, soprattutto di chi è stato riconosciuto beneficiario di protezione internazionale.

Queste carenze strutturali si riflettono in modo negativo anche nell’esercizio delle competenze attribuite all’Unione, nelle quali non è stata elaborata una propria visione autonoma rispetto a quella dei Governi e autenticamente ispirata al principio di solidarietà tra gli Stati. Anche la Commissione non è riuscita in questo ambito a svolgere quel ruolo positivo che in altre epoche e in altre politiche ha invece svolto. Costretta a ritirare la proposta profondamente innovativa sull’immigrazione per motivi di lavoro, si è mossa nello stretto recinto delimitato dagli orientamenti di un Consiglio europeo sempre più conservatore. Si comprende così perché ancora vigano strumenti sorti nell’era della cooperazione intergovernativa, come i sistemi Schengen e Dublino, la cui rilevanza ed il cui impianto sono sostanzialmente immutati.

Anche nell’ambito della dimensione esterna delle politiche di immigrazione e di asilo, dove più forte appare la coesione tra gli Stati, emerge evidente la prevalenza dell’approccio intergovernativo. Minore o assente il ruolo dei parlamenti, europeo e nazionali, creando di fatto spazi di attività dei Governi ben più ampi di quelli che essi avrebbero se agissero nell’ambito di competenze nazionali o attraverso la cooperazione internazionale.

In ultima analisi, i Governi degli Stati membri non hanno ancora accettato che sia l'Unione e non gli Stati a guidare la costruzione di queste politiche, consentendo ad ogni istituzione europea di svolgere pienamente il proprio ruolo e rinunciando al perseguimento dell'unanimità in seno al Consiglio²⁰. Non solo, dunque, l'Unione non ha adeguate competenze per governare in modo efficace l'immigrazione, ma essa risulta anche frenata nell'esercizio delle competenze attribuite, con ripetuti strappi anche a regole procedurali e prerogative delle istituzioni derivanti dai Trattati. A differenza di altri settori, nei quali l'Unione ha negli ultimi due anni adottato misure fortemente innovative, nessuno spiraglio emerge in materia di immigrazione e asilo, come confermato dal contenuto del Nuovo patto sulla migrazione e l'asilo del 23 settembre del 2020 e dall'andamento dei negoziati in corso. Le proposte contenute nel Patto sono infatti in minima parte innovative: cooperazione con i Paesi terzi di origine e di transito per il contenimento delle partenze e l'esecuzione dei rimpatri, rafforzamento della gestione delle frontiere esterne, intensificazione dell'azione sui rimpatri e divieto dei movimenti secondari sono i cardini della politica europea di immigrazione e asilo di ieri, oggi e domani²¹. L'impressione complessiva è quella di una risistemazione degli strumenti già esistenti, inquadrati in una cornice resa più solida e coerente, ma pressoché identica a quella già in vigore.

5. *L'accoglienza dei profughi ucraini: prova generale di solidarietà?* – Già pochi giorni dopo l'invasione dell'Ucraina da parte delle forze armate della Federazione russa, la Commissione europea stimava l'arrivo di almeno tre milioni e mezzo di profughi nell'Unione europea. Con una compattezza inedita da quando le istituzioni e i Governi degli Stati membri si confrontano sulle misure da adottare in materia di immigrazione, il Consiglio ha adottato numerose misure volte a garantire assistenza umanitaria, anche attraverso il Servizio europeo di protezione civile ed ha anche approvato all'unanimità la

²⁰ E. AMBROSI, *The Unbearable Lightness of Leadership*, in *EUObserver*, 18 ottobre 2017.

²¹ S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il Diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, Torino, 2019. Si veda anche il nostro *Il diritto dell'Unione europea e il fenomeno migratorio*, in *Ius migrandi*, a cura di M. Giovannetti, N. Zorzella, pp. 55 segg.

decisione di applicazione della direttiva sulla protezione temporanea²². Trattasi del primo strumento normativo adottato dall'Unione dopo l'attribuzione ad essa della competenza in questo settore, ma mai applicato, nonostante richieste in questo senso fossero state manifestate, anche se non ufficialmente, nel corso della Primavera araba del 2011 e della crisi siriana tra il 2015 e il 2017, l'onda lunga della quale è costituita dalle migliaia di richiedenti asilo ancora intrappolati in condizioni non dignitose nelle isole greche e in alcune zone dei Balcani. Addirittura, nell'ambito delle misure adottate con il Nuovo patto sulla migrazione e l'asilo del 23 settembre 2020, si prospetta l'abrogazione della direttiva sulla protezione temporanea e la riformulazione in un nuovo regolamento sulla gestione delle crisi.

La reazione dell'Unione rispetto all'accoglienza dei profughi ucraini presenta elementi di novità degni di essere sottolineati. Per la prima volta nella storia dell'Unione europea, i Governi si dimostrano coesi verso l'accoglienza nei territori dell'Unione, cosa non accaduta mai prima, né coi siriani, non gli afgani, né con i profughi provenienti dalla Bielorussia.

Determinante è l'estrema vicinanza del conflitto ai territori degli Stati europei, il che impedisce, tra l'altro, di individuare uno Stato che possa fungere da Stato di primo asilo come è stata la Turchia per i cittadini siriani. È verosimile che, in condizioni geografiche diverse, i Governi dell'Unione avrebbero praticato la stessa strategia teorizzata e applicata in tutte le altre crisi sinora verificatesi. D'altra parte, la gestione della crisi ucraina dimostra che i migranti, profughi o non profughi, costituiscono un tassello delle complesse relazioni tra Stati, talvolta un vero e proprio strumento di pressione o condizione per l'erogazione di fondi di cooperazione internazionale. Così, l'accoglienza dei profughi ucraini, doverosa sulla base dei principi basilari di tutela dei diritti umani, ha assunto la

²² Decisione di esecuzione (UE) 2022/382 del Consiglio del 4 marzo 2022 che accerta l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina ai sensi dell'articolo 5 della direttiva 2001/55/CE e che ha come effetto l'introduzione di una protezione temporanea, in GUUE L. 71 del 3 marzo 2022, pp. 1-6; G. MORGESE, A. DI PASQUALE, *Volere è potere! L'attivazione della protezione temporanea per l'accoglienza dei profughi ucraini nell'Unione europea*, in *Eurojus*, 2022; MORGESE, *L'attivazione della protezione temporanea per gli sfollati provenienti dall'Ucraina: Old but Gold?*, in *BlogDue*, 2022.

funzione anche di strumento di sostegno e di solidarietà al Governo ucraino aggredito, aspetto invece assente nelle precedenti crisi affrontate dall'Unione. Di fatto, la circostanza che le persone fuggano da una guerra provocata dall'aggressione di uno Stato straniero è divenuta un fattore che ha reso le persone in fuga più meritevoli di accoglienza rispetto a tutte le altre che in questi ultimi venti anni hanno tentato di affacciarsi alle porte dell'Europa, trovandole spesso sbarrate. Inutile sottolineare che la situazione di chi fugge da un rischio di persecuzione o di danno alla propria vita è sempre meritevole di tutela e, pur nella diversità dei presupposti anche per la loro gravità, non può esservi spazio per alcuna selezione dei più meritevoli, tantomeno in base alla tipologia di conflitto dal quale si fugge o delle cause che lo hanno scatenato.

Ne è definitiva dimostrazione il fatto che il Consiglio, nella decisione sull'attivazione della protezione temporanea, ha ritenuto applicabile la protezione ai cittadini ucraini arrivati nell'Unione europea dal 24 febbraio 2022 e i cittadini di Paesi terzi ivi soggiornanti ma solo se in modo permanente, con ciò escludendo tutti coloro che, pur se non soggiornanti di lungo periodo, erano ivi soggiornanti e non necessariamente in grado di rientrare nel proprio Paese di origine in tempi rapidi.

Un altro aspetto che merita essere considerato concerne la questione dell'individuazione dello Stato competente ad offrire la protezione temporanea e, dunque, della ripartizione degli oneri dell'accoglienza tra gli Stati membri. Questione che negli ultimi venti anni ha tenuto banco nelle relazioni tra gli Stati UE ed ha impedito, come si è sopra ricordato, di adottare una credibile riforma del regolamento Dublino. Nella decisione del Consiglio questo aspetto è stato del tutto neutralizzato, semplicemente non prevedendo alcunché al riguardo e lasciando che, dopo l'ingresso in Polonia e in Ungheria, il flusso verso gli altri Stati UE proceda spontaneamente, sulla base prevalentemente del fattore di attrazione costituito dalla diaspora ucraina negli Stati UE. Tale soluzione è stata possibile anche in virtù dell'esenzione dall'obbligo di visto che l'Unione europea

ha concesso ai cittadini ucraini sin dal 2017³³. L'esenzione dall'obbligo di visto consente infatti di fare ingresso nell'Unione europea in possesso di passaporto biometrico e anche di circolare liberamente tra gli Stati membri fino ad un massimo di 180 giorni nell'arco di sei mesi. Ciò ha reso anche meno urgente il rilascio a livello nazionale del permesso di soggiorno per motivi di protezione temporanea, stante la regolarità del soggiorno dei cittadini ucraini in virtù di tale esenzione dal visto.

Si tratta di un precedente straordinario, soprattutto osservato da chi da anni ha inutilmente sottolineato la necessità di garantire la libera circolazione dei cittadini di Paesi terzi nell'Unione europea, ivi inclusi i beneficiari di protezione internazionale e, in certa misura anche, i richiedenti protezione internazionale. L'affanno registrato negli ultimi venti anni nell'applicazione del regolamento Dublino è determinato, infatti, non solo dalle rigidità dello stesso regolamento, quanto dalla mancata cooperazione tra gli Stati membri e dai tentativi di elusione praticati dai richiedenti asilo. In questo contesto, la decisione sulla protezione temporanea dei cittadini e profughi provenienti dall'Ucraina potrebbe costituire un precedente utile per osservare effettivamente come si distribuiscono i flussi di cittadini di Paesi terzi se lasciati liberi di circolare all'interno dell'Unione. Difficile che questo possa costituire un precedente che possa diventare una tendenziale regola per il futuro, stante le peculiarità che caratterizzano le posizioni dei Governi rispetto al conflitto ucraino. Tuttavia, l'azzerramento delle tensioni tra Stati membri, l'individuazione di una misura immediata e potenzialmente idonea ad offrire una risposta concreta e appropriata in tutti gli Stati UE già sono ragioni valide per ribadire la necessità di una revisione delle regole che invece limitano la possibilità dei cittadini di Paesi

³³ Regolamento che modifica il regolamento (CE) n. 539/2001 che adotta l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne e l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo (Ucraina), a sua volta sostituito dal Regolamento (UE) 2018/1806 del 14 novembre 2018, che adotta l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne e l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo, in GUUE L. 303 del 28.11.2018, pp. 39-58.

terzi di circolare e soggiornare liberamente tra gli Stati membri dell'Unione Europea.

Una tale svolta appare sempre più improcrastinabile, vista la necessità di garantire una pluralità di esigenze apparentemente inconciliabili, prima tra tutte un'autentica applicazione dei principi di responsabilità, di reciproca fiducia e di solidarietà. Gli ultimi venti anni hanno dimostrato quanto sia logorante per l'Unione europea mantenere tensioni e divisioni costanti, con posizioni di retroguardia e di chiusura. Al contrario, invece, occorrono strategie innovative e ispirate autenticamente all'interesse generale dell'Unione Europea, invece che all'interesse particolare di gruppi di Stati. Il riconoscimento della libertà di circolazione e di soggiorno tra Stati UE potrebbe essere la misura più semplice e più efficace per soddisfare più esigenze attualmente tutte impellenti. Gli Stati potrebbero agire più facilmente con spirito di leale cooperazione e si potrebbero individuare strumenti di applicazione del principio di solidarietà, in particolare finanziaria, che tengano conto sia del numero dei beneficiari di protezione dei quali gli Stati membri sono responsabili, sia di quelli che invece soggiornano in un altro Stato membro. Potrebbero essere individuati incentivi al trasferimento verso taluni Stati piuttosto che altri, impegnando a questo fine risorse che sono invece oggi in gran parte finalizzate ai controlli, alle procedure di identificazione nonché a quelle di trasferimento nell'ambito del sistema Dublino, senza peraltro ottenere risultati significativi. Solo in questo modo si può conciliare l'esistenza di un'area di libera circolazione delle persone con la necessaria solidarietà tra Stati membri.

L'azione dell'Unione nei confronti dei profughi ucraini è stata capace di neutralizzare d'un sol colpo tutte le tensioni, i conflitti, le aspre divisioni maturate negli ultimi venti anni, dimostrando che un'altra politica europea di immigrazione è possibile e che senza l'Unione gli Stati membri sarebbero destinati ad affrontare da soli sfide globali di varia natura e di grandi dimensioni. È presumibile che quelle tensioni e divisioni riemergeranno anche nel prossimo futuro, ma almeno la storia avrà offerto un precedente di straordinaria

importanza per ribadire che, affinché si consolidi il processo d'integrazione europea, occorre anche un'autentica politica di immigrazione, che non si esaurisca nelle misure di contenimento dei flussi migratori e che sia al contrario ispirata ai valori fondanti dell'Unione.

IL DOVERE FISCALE TRA CRISI ECONOMICA ED EMERGENZA PANDEMICA: C'È SPAZIO PER LA SOLIDARIETÀ?

STEFANO DORIGO*

La crisi economica globale e, poi, la pandemia hanno scosso molte certezze della società globale, in primis quella sulla possibilità di crescita dell'economia e del benessere senza limitazioni. Ci si è accorti che la crisi – colpendo duramente i cittadini e le imprese – chiama un rinnovato ruolo dello Stato; e che, tuttavia, questo può intervenire solo se dispone di adeguate risorse da redistribuire tra i consociati a seconda del grado di bisogno. Tuttavia, da tempo le casse statali sono messe a dura prova dall'evasione fiscale, a livello interno ed internazionale, a vantaggio di un gruppo di operatori scaltri che si avvantaggiano dei beni pubblici senza dare nulla in cambio. Il nuovo paradigma deve quindi essere centrato sulla riscoperta della solidarietà e, quindi, sulla valorizzazione dello strumento partecipativo per eccellenza, ovvero il tributo. È il corretto adempimento del dovere tributario che può rafforzare una comunità e darle i mezzi per superare le crisi secondo il principio di solidarietà. L'Unione europea, sebbene con fatica, sembra muoversi nella giusta direzione di collegare i diritti ai doveri, in primo luogo quello fiscale, come fondamento di una genuina comunità di persone.

The global economic crisis and, later, the pandemic have shaken many certainties in global society, primarily that of the possibility of unrestricted growth of the economy and prosperity. It has been realised that the crisis – severely affecting citizens and businesses – calls for a renewed role for the state; and that, however, the state can only intervene if it has adequate resources to redistribute among its members according to their degree of need. However, state coffers have long been strained by tax evasion, both domestically and internationally, to the benefit of a group of shrewd operators who take advantage of public goods without giving anything in return. The new paradigm must therefore be centered on the rediscovery of solidarity and, therefore, on the valorisation of the participatory instrument par excellence, namely the tax. It is the proper fulfilment of tax duty that can strengthen a community and give it the means to overcome crises according to the principle of solidarity. The European Union, albeit with difficulty, seems to be moving in the

*Professore di Diritto tributario presso l'Università degli Studi di Firenze.

right direction of linking rights to duties, first and foremost tax duties, as the foundation of a genuine community of people.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'assenza del diritto alla base della crisi economica globale. – 3. L'avvento della pandemia di Covid-19 e l'apparente eclissi della solidarietà nell'ordinamento europeo. – 4. La necessità di un diritto tributario europeo di stampo solidaristico. – 5. Il dovere fiscale, la solidarietà tra individui e la “nuova” cittadinanza europea. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione.* – Viviamo tempi difficili. Il 21esimo secolo, partito all'insegna della minaccia terroristica e delle guerre volte ad esportare la democrazia, ha conosciuto – ormai da un quindicennio – una crisi economica globale senza precedenti, innescata da vicende esclusivamente (o quasi, come si vedrà) finanziarie interne ad un paese, gli Stati Uniti, che hanno poi rapidamente contagiato la gran parte degli ordinamenti più evoluti. Una crisi che si è saldata, quasi senza soluzione di continuità, con l'avvento della pandemia e che ha quindi continuato a produrre i suoi effetti sino agli scenari attuali – ancora del tutto inespressi, purtroppo – innescati dal conflitto ucraino.

Si può dire che la gravità economica delle vicende legate alla pandemia (tralasciando qui di considerare gli incalcolabili danni alla vita ed alle libertà delle persone che essa ha provocato) sia niente altro che la proiezione della precedente crisi finanziaria, i cui effetti si sono prolungati nel tempo, indebolendo i sistemi economici dei paesi più colpiti e quindi rendendoli sostanzialmente impreparati ad un evento così dirompente come quello legato alla circolazione del coronavirus. Appare, pertanto, ragionevole tentare una ricostruzione dell'attuale situazione a partire dalle radici finanziarie della crisi, per verificarne i connotati (anche) fiscali e condurre, quindi, una riflessione alternativa sul modo con cui il diritto tributario, anche nel contesto pandemico, possa offrire una possibile via d'uscita alle problematiche nelle quali continuano a dibattersi le economie dei principali esponenti della comunità internazionale.

La crisi economica globale, che come si è accennato dura ancora oggi, è oggetto da tempo di analisi da parte degli studiosi¹. L'interesse, come ovvio, ha coinvolto in particolare gli studiosi di economia e finanza, dal momento che dal

¹ G. TREMONTI, *Le cause e gli effetti politici della prima crisi globale*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2010, pp. 3 segg.

suo manifestarsi la crisi, come fenomeno appunto prettamente economico, ha posto una serie di interrogativi in merito alle scelte di politica economica degli Stati a partire dal secondo dopoguerra ed all’impatto delle stesse sullo scenario attuale e futuro. Così, la prevalente dottrina ha ravvisato le radici della situazione che si è verificata nel progressivo allontanamento dell’economia mondiale, specie con riferimento ai paesi più avanzati, dal suo fondamento industriale e commerciale, a favore di una connotazione finanziaria che si è gradualmente intossicata con il ricorso a strumenti di tipo speculativo tali da separarne irrimediabilmente gli esiti da quella che viene comunemente definita l’economia *reale*².

Tale approccio lascia in ombra i profili *giuridici* della crisi, con riguardo sia alla sua genesi, sia alle ricette per superarla e più in generale agli scenari che essa ha contribuito a delineare. Nessuna indagine sulla crisi economica globale può, in particolare, prescindere dalla valutazione del ruolo che il diritto tributario ha avuto e può ancora avere rispetto ad essa. Se è certamente vero, come è stato sostenuto in dottrina³, che l’evasione fiscale non è stata di per sé la causa della crisi, si deve tuttavia riconoscere che molte di quelle condotte economicamente dubbie alle quali comunemente si riconduce la sua genesi possono aver avuto nel regime tributario ad esse sotteso un forte impulso.

Allo stesso tempo, il diritto tributario gioca un ruolo centrale nella fase successiva all’esplosione della crisi, nel momento cioè in cui si propongono modelli giuridici adeguati per governarne gli effetti e contribuire al ristabilimento della normalità. Il tema è, rispetto al primo, certamente più

² «La globalizzazione, con l’apertura su vasti spazi dei mercati e con la caduta dei vecchi confini e dei vecchi controlli, ha forgiato la sua nuova finanza. La nuova finanza, consentendo la divisione del mondo tra Asia produttrice di merci a basso costo e America consumatrice a debito, ha spinto a sua volta e ‘dopato’ la globalizzazione, superando di gran lunga, con i suoi grandi numeri fantastici, i numeri più piccoli e concreti dell’economia reale» (G. TREMONTI, *La paura e la speranza. Europa: la crisi globale che si avvicina e la via per superarla*, Milano, 2008, p. 14).

³ J. MALHERBE, P. TELLO, *Le Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) américain: un tournant juridique dans l’échange d’informations fiscales*, in *Rivista di diritto tributario*, 2014, 1, pp. 299 segg., osservano che la causa principale della crisi è stata di natura economica e finanziaria. Tuttavia, essi sostengono che la violazione di una elementare regola di prudenza da parte del sistema bancario è stata favorita dal ruolo assunto dai paradisi fiscali (p. 305).

presente negli studi che si sono susseguiti negli ultimi anni⁴. L'obiettivo, peraltro, non è tanto quello di effettuare una asettica disamina tecnica delle misure che possono avere se non innescato, quanto meno favorito la crisi; e di quelle che si candidano a rivestire un ruolo di rilievo per la soluzione ad essa. Si tratta, invece, di mettere alla luce gli intrecci tra il modo di concepire la fiscalità nel mondo occidentale e radici profonde della crisi, verificando se possa esservi una correlazione tra il modo di concepire la funzione del potere impositivo negli ordinamenti che per primi hanno conosciuto la crisi globale e le caratteristiche di quest'ultima; e, di conseguenza, se un mutamento in tale percezione possa indicare la via per superarla (ed anche per prevenirla di analoghe in futuro).

Nel tentativo di compiere una simile ricognizione appare utile esaminare quanto sta accadendo nell'Unione europea, specie in concomitanza con l'avvento della pandemia da coronavirus. In questo contesto, il tema della crisi va infatti analizzato nell'ottica peculiare di un ordinamento che è sì composto da Stati sovrani, ma che allo stesso tempo aspira a realizzarne, seppure parzialmente, una sintesi in nome di valori, interessi e diritti comuni. Qui, dunque, la fiscalità può porsi al servizio di un equilibrio che vada oltre i confini dei singoli Stati membri, quale strumento di realizzazione di una collettività più ampia della mera somma delle collettività nazionali. Il dibattito che sta nascendo in merito alle nuove modalità di finanziamento del bilancio europeo e l'importanza che si sta attribuendo all'introduzione di imposte europee in grado di fornire gettito all'Unione possono quindi offrire molteplici chiavi di lettura per l'esame a cui si è fatto cenno e per collegare la lotta alla crisi globale alla necessità di recuperare la funzione sociale del diritto tributario⁵.

⁴ Tra i numerosi saggi dedicati a questo tema, si può richiamare quello di D. LESAGE, M. VERMEIREN, *Neo-liberalism at a Time of Crisis: the Case of Taxation*, in *European Review*, 2011, pp. 43 segg.

⁵ Che la crisi economica, da un punto di vista giuridico, rappresenti un punto di svolta è stato sottolineato da un autore, il quale ha parlato di un «nuovo ordine giuridico creato dall'economia globalizzata» (F. GALLO, *Il diritto e l'economia. Costituzione, cittadini e partecipazione*, in *Rassegna tributaria*, 2016, pp. 287 segg., p. 289).

2. *L'assenza del diritto alla base della crisi economica globale.* – È stato correttamente sostenuto che il *mito* della globalizzazione, in qualche modo alimentato proprio dalla diversa percezione dell'economia – un'economia dematerializzata e sganciata dal riferimento alla produzione ed alla conseguente necessità di un preciso radicamento territoriale –, ha reso rapidamente obsoleto il diritto positivo, nazionale ma anche sovranazionale, soppiantato da una prassi molto simile all'antica *lex mercatoria* ma a differenza di questa molto più sfuggente, rapidamente adattabile e perciò ed incerta nei propri effettivi contorni. La globalizzazione con il suo duplice portato economico – prevalenza della finanza sull'economia *reale*; apolidia dei capitali e capacità dei medesimi di spostarsi rapidamente – ha reso possibile il superamento del primato del diritto, del suo porsi prima dei fenomeni economici che ne sono oggetto. La rapidità della prassi economica ha messo in crisi tale primato non solo in termini puramente spaziali – i sofisticati strumenti della finanza internazionale possono circolare in tempo reale da un ordinamento ad un altro ed assumere perciò una veste sovranazionale capace di sfuggire alle maglie dei singoli sistemi normativi –, ma anche sul piano temporale: l'ideazione e l'attuazione di tali strumenti finanziari è avvenuta ad una velocità maggiore di quella impiegata dal diritto per comprendere tali fenomeni ed adattarsi ad essi, con la conseguenza che esso non è più stato in grado di regolamentarli *ex ante*, riducendosi, quando possibile, ad una rincorsa destinata all'insuccesso.

Vi è chi ha acutamente ravvisato in questa situazione di svaporamento della rilevanza delle fonti normative l'avvento di un regime di “anomia”, particolarmente propizio per le condotte speculative che hanno agito da detonatore della crisi⁶. Secondo questa visione, dunque, l'avvento di una economia fondata su strumenti finanziari sempre più complessi ed altrettanto smaterializzati sarebbe il naturale esito della globalizzazione che, oltrepassando e quindi rendendo in qualche modo irrilevanti i confini nazionali, sarebbe stata in grado di imporsi al di là di qualsiasi regolamentazione. Vi sarebbe, in altri

⁶ G. TREMONTI, *Uscita di sicurezza*, Milano, 2012, p. 62.

termini, una antitesi netta tra economia globale e ordinamento giuridico, nel senso che la prima ha potuto svilupparsi al di là di quest'ultimo; e proprio l'essere slegata da ogni limite normativo costituirebbe la causa della sua degenerazione e, quindi, della conseguente crisi economica.

Si tratta di analisi che finiscono per intrecciare inscindibilmente la genesi della crisi al mondo del diritto. Ciò nel senso che è proprio l'assenza del diritto – o, meglio, la sua inadeguatezza nell'adattarsi ad un contesto in mutamento – che ha consentito la mutazione speculativa dell'economia ormai globalizzata e la sua definitiva separazione da quella *reale*. Vi è quindi, al fondo delle teorie economiche sulla crisi, la consapevolezza che il diritto ha giocato un ruolo nel suo contesto.

Tuttavia, come si è accennato, vi sono anche cause *fiscali* di essa⁷, sebbene questo aspetto sia stato ampiamente sottovalutato dagli studiosi⁸. Occorre, peraltro, evitare generalizzazioni infondate. Non è stata l'evasione fiscale in sé a far esplodere la crisi. Certamente, le condotte di evasione, sia a livello interno che nell'ambito della pianificazione internazionale dei gruppi multinazionali, hanno contribuito nel tempo ad erodere la base imponibile nazionale e, quindi, ad impoverire le casse dell'Erario⁹. Tuttavia, il contributo – in termini quantitativi – di tali condotte non sembra tale da essere assunto a causa della crisi. Allo stesso tempo, risultano insoddisfacenti anche quelle analisi che

⁷ Una interessante eccezione, condotta peraltro prevalentemente con un approccio economicistico, è rappresentata dallo studio di C. FERRARIO, A. SANTORO, *Tax Policies in Times of Recession*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2012, 1, pp. 514 segg.

⁸ Un autore ha correttamente messo in evidenza che sebbene «*the widely-held belief is that taxation did not give rise to the crisis, which derived from other sectors of the economy, characterised by excessive, almost moral hazardous, speculative behaviours*», è ragionevole domandarsi «*whether taxation did not in some way contribute towards exacerbating and spreading the crisis*» (L. BERNARDI, *Economic crisis and taxation in Europe*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2011, 1, pp. 175 segg., p. 185). In effetti, egli evidenzia vari settori nei quali le scelte fiscali dei Governi hanno condotto ad un effetto distorsivo delle regole di normale funzionamento del mercato. Un approfondito esame storico delle misure fiscali che hanno sostenuto la crescita economica globale si trova in V. TANZI, *Fiscal Policy, Growth and Employment*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2015, pp. 488 segg.

⁹ X. HAREL, *La grande évasion. Le vrais scandales des paradis fiscaux*, Paris, 2010. Per un'approfondita analisi delle tecniche di pianificazione fiscale attuate nel tempo specialmente dalle imprese multinazionali, si rinvia a S. CIPOLLINA, *I redditi "nomadi" delle società multinazionali nell'economia globalizzata*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2014, 1, pp. 21 segg.

enfaticamente non la patologia del rapporto di imposta (che, proprio in quanto patologia, dovrebbe costituire l'eccezione), quanto piuttosto l'ordinario modo di essere dei sistemi tributari nazionali: evidenziando che è qui, nelle scelte dei legislatori di agevolare fiscalmente talune condotte piuttosto che altre, che si annida un rilevante contributo della fiscalità all'emergere della crisi¹⁰.

Al contrario, l'influenza del diritto tributario sulla crisi globale deve essere valutata avendo ben presente la sua incapacità di seguire i rapidi mutamenti dei fenomeni economici. L'*anomia* della globalizzazione si riscontra anche con riferimento alla fiscalità, anzi questa ne è in qualche modo il paradigma. Il diritto tributario è in questo senso l'emblema dell'egoismo degli Stati sovrani, protesi a difendere le proprie regole impositive allo scopo di proteggere il relativo gettito; ma che nel far ciò favoriscono le condotte volte a sottrarre i redditi – divenuti *nomadi* – a qualsiasi giurisdizione fiscale; condotte poste in essere da persone fisiche ed imprese sfruttando le lacune che l'assenza di efficace coordinamento tra i singoli ordinamenti nazionali inevitabilmente generano¹¹.

La *lentezza* delle regole tributarie nell'adattarsi ai mutamenti dell'economia globale, favorita dal difetto di coordinamento tra i sistemi fiscali nazionali, segna dunque il contributo, in negativo, anche del diritto tributario alla creazione delle condizioni per il sorgere della crisi. Con la conseguenza, visibile con pregnanza proprio nelle vicende assurde agli onori delle cronache sui *rulings* ottenuti da qualche multinazionale, che le regole del mercato si sono gradualmente ma inesorabilmente imposte anche ai rapporti fiscali, piegandoli agli interessi, come si è visto, del più forte.

La crescente competizione fiscale tra gli Stati, alimentata in particolare (ed in un primo momento) dagli ordinamenti di nuova emersione che, al fine di

¹⁰ Una approfondita analisi delle varie forme di interazione tra regimi fiscali e quei fattori economici che si pongono alla radice della crisi finanziaria può rinvenirsi in V. CERIANI, A. MANESTRA, G. RICOTTI, A. SANELLI, E. ZANGARI, *The tax system and the financial crisis*, in *PSL Quarterly Review*, 2011, pp. 39 segg.

¹¹ Per una panoramica sugli effetti del repentino superamento, ad opera della globalizzazione economica, della catena Stato-territorio-ricchezza, che per secoli ha supportato la crescita, si vedano G. TREMONTI, G. VITALETTI, *La fiera delle tasse. Stati nazionali e mercato globale nell'età del consumismo*, Bologna, 1991.

attrarre investimenti, non hanno esitato a introdurre regimi fiscali estremamente favorevoli in determinati settori (tipico quello dei redditi di capitale), ha poi condotto ad una vera e propria “corsa al ribasso”¹² che ha cagionato due tipi di conseguenze, rilevanti per la genesi della crisi:

- da un lato, l’erosione della base imponibile degli Stati fino ad oggi più evoluti, almeno fino a che alcuni di essi non si sono adeguati a tale situazione, con conseguente riduzione del gettito e crescente difficoltà a far fronte alle spese di funzionamento del sistema di *welfare* vigente;

- dall’altro, a fronte della comprensibile reazione di tali ordinamenti, la fuga dei capitali (e dei relativi redditi) verso giurisdizioni poco o nulla collaborative, sfruttando le imperfezioni nelle maglie del complicato tessuto di convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni vigenti e l’insoddisfacente livello di cooperazione internazionale che ha caratterizzato, almeno fino a tempi recenti, i rapporti tra gli Stati in ambito fiscale¹³.

Ma qui si coglie un ulteriore aspetto che aiuta a delineare il contributo del diritto tributario alla crisi globale. La prevalenza di una logica mercatista, fondata sulla prevalenza della prassi che assurge essa stessa a norma, pone al centro l’interesse di pochi – cioè di quelle realtà economiche che possono imporsi sul mercato in questi termini – facendo perdere alla fiscalità il suo connotato essenziale: quello di disciplina centrata su una nozione di tributo quale strumento di ripartizione delle spese pubbliche allo scopo di realizzare i valori solidaristici di una collettività. La crisi, insomma, è sì il portato di fenomeni economici conseguenti alla globalizzazione e in definitiva all’incapacità del diritto di regolamentarli in modo tempestivo ed adeguato; ma affonda le sue radici nella metamorfosi del diritto tributario, che ha perso la

¹² Nel criticare l’approccio di tipo neo-liberale seguito da molti Stati occidentali nel corso degli anni ’80 dello scorso secolo, un autore ha evidenziato che i dogmi sui quali esso si fondava sono stati «*put into practice by nearly all Western States, which engaged in a tax race to the bottom*» (D. EISSEL, *The Financial Crisis, Austerity Policy And Greece*, in *Comparative Economic Research*, 2015, XVIII, 4, p. 10).

¹³ Le varie forme di reazione contro tali comportamenti scorretti sono state investigate da I.J. MOSQUERA VALDERRAMA, *Legitimacy and the making of International Tax Law: The Challenges of Multilateralism*, in *World Tax Journal*, 2015.

natura di strumento per realizzare, tramite i tributi, l'uguaglianza sostanziale e quindi sollecitare la crescita della collettività nel suo complesso, per divenire – con la collaborazione degli Stati stessi, a ciò spinti dall'esigenza di attrarre capitali anche ricorrendo ad una concorrenza fiscale senza regole – mezzo a tutela di condotte aggressive in grado di rafforzare la posizione di vantaggio di pochi soggetti.

Se si assume, come ci pare inevitabile, che la crisi sia derivata dall'eccessiva confidenza anche da parte delle istituzioni pubbliche sul potere taumaturgico del mercato e dei suoi attori e sulla capacità di questi di pervenire per forza propria ad un equilibrato e duraturo benessere, allora non si può che ripartire, per combatterla e prevenirne altre, da un ripensamento totale delle priorità e dalla valorizzazione dunque del *welfare* pubblico e delle finalità solidaristiche che ne sono inevitabilmente sottese. E qui, allora, si può cogliere il *quid pluris* del diritto tributario: il quale, siccome centrato sul concetto di imposta come mezzo di ripartizione delle spese pubbliche, può contribuire a ricondurre al centro dell'interesse e delle politiche pubbliche proprio le finalità di perequazione e lotta agli squilibri; e, in definitiva, a spostare il baricentro dal mercato alla collettività, da pochi enti portatori di interessi prevalentemente egoistici alla cittadinanza intesa come complesso di attori ad un tempo destinatario dell'intervento pubblico ma anche motore del suo funzionamento in quanto partecipe di un disegno unitario e condiviso¹⁴.

La crisi, come si è visto, è stata principalmente il portato del predominio dell'economia finanziaria e del conseguente superamento del ruolo del diritto; e si è tradotta in una perdita dei valori propri di una collettività organizzata, che per loro natura necessitano di una stratificazione in tempi lunghi, soppiantati dalla rapidità di una globalizzazione che ha inevitabilmente allentato i vincoli di

¹⁴ Un autore ha correttamente osservato che «il prelievo fiscale, al pari e più della spesa, è ancora il più duttile, anche se il meno amato, degli strumenti distributivi che lo Stato ha a disposizione per superare – specie nei momenti di crisi economico-finanziaria come quelli che stiamo vivendo – le disuguaglianze derivanti dalle maggiori o minori disponibilità dei beni della vita, per realizzare i valori solidaristici e per promuovere, in definitiva, la crescita culturale e lo sviluppo economico nella stabilità» (F. GALLO, *Nuove espressioni di capacità contributiva*, in *Rassegna tributaria*, 2015, pp. 771 segg., p. 772).

appartenenza ad un determinato ordinamento ed annacquato la percezione dei diritti sociali. L'antidoto alla crisi deve conseguentemente fondarsi, per essere realmente efficace, sull'affermazione del ruolo del diritto contro le derive mercatiste; sul recupero della dimensione sociale dell'intervento pubblico; sull'enfatizzazione della correlazione tra adempimento del dovere fiscale e appartenenza ad una comunità.

3. *L'avvento della pandemia di Covid-19 e l'apparente eclissi della solidarietà nell'ordinamento europeo.* – Qui, come si diceva, si delinea l'importanza del contributo dell'Unione europea, quale spazio giuridico nel quale già da tempo si è realizzato (quindi andando oltre le mere teorizzazioni) l'equilibrio tra sovranità statale e sua devoluzione parziale a istituzioni sovranazionali cui si accennava poco sopra come modello virtuoso¹⁵. E dove, tuttavia, la crisi è penetrata proprio perché in questo equilibrio è mancato un ingranaggio fondamentale: quello di una politica *sociale* propria dell'Europa, alimentata da adeguate risorse finanziarie, capace di frenare le spinte speculative che la finanza globalizzata ha anche in questo contesto forzato.

È pur vero che la pandemia del 2020 ha dato a vita nel contesto europeo a risposte contraddittorie. Vi è stato, da una parte, uno sforzo di sintesi da parte della Commissione, che è parsa da subito consapevole sia della pericolosità della situazione che dell'importanza del proprio ruolo, assumendo iniziative dirette (come, ad esempio, la temporanea sospensione dei limiti imposti dal divieto di aiuti di Stato¹⁶) e formulando proposte di intervento al Consiglio. In quest'ultimo contesto, si è assistito all'attivazione di fondi europei già esistenti e, soprattutto, alla progettazione di ben più ambiziosi piani di sostegno finanziario agli Stati membri, in particolare il pacchetto denominato *Next Generation EU* annunciato

¹⁵ Cfr. ancora G. TREMONTI, *Da dove veniamo, dove siamo, dove andiamo. Il nuovo ruolo dell'Europa*, in *Bancaria*, 2010, pp. 19 segg.

¹⁶ Si veda, al riguardo, l'esame di R. LUJA, *EU Fiscal State Aid Rules and COVID-19: Will One Survive the Other?*, in *EC Tax Review*, 2020, pp. 147 segg.

attraverso la comunicazione COM(2020) 442 final del 27 maggio 2020¹⁷.

La Commissione, quindi, non solo ha cercato di tradurre in pratica l'enorme fabbisogno di risorse finanziarie palesato da tutti gli Stati membri a sostegno dell'economia e degli interventi di tipo sanitario; ma ha anche espressamente fondato tali interventi sul principio di solidarietà declinato nel contesto dell'Unione. Se ne trova traccia nella coeva comunicazione COM(2020) 456 final, nella quale la Commissione esplicita che «la ripresa dell'Europa deve avvenire all'insegna della solidarietà, della coesione e della convergenza», aggiungendo che «l'UE deve dare priorità alla dimensione sociale, in particolare attuando il pilastro europeo dei diritti sociali»¹⁸. Vi è quindi chiaro il collegamento tra ripresa economica, risorse proprie dell'UE e finalità di stampo sociale delle azioni conseguenti.

Il positivo approccio della Commissione, tuttavia, ha trovato molti ostacoli da parte degli Stati membri, o di una parte di essi. Non si tratta certamente di un fenomeno nuovo, ma ciò che sorprende è che esso si riproponga in un contesto nel quale non si tratta di far fronte alla crisi di un singolo Stato membro, ma ad una *impasse* generalizzata dei sistemi economici, sociali e fiscali di tutti i paesi membri dell'Unione (ed oltre). È riemersa così la contrarietà di un gruppo di Stati virtuosi, da un punto di vista di bilancio, a concedere risorse ad altri Stati senza alcuna forma di condizionalità¹⁹. Come era avvenuto durante la crisi

¹⁷ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, il Consiglio europeo, il Comitato economico e sociale europeo e il Comitato delle Regioni, “Il bilancio dell'UE come motore del piano per la ripresa europea”, 27 maggio 2020, COM(2020) 442 final.

¹⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, il Consiglio europeo, il Comitato economico e sociale europeo e il Comitato delle Regioni, “Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione”, 27 maggio 2020, COM(2020) 456 final.

¹⁹ Secondo il Governo olandese, risulta necessario «*that modernisation is the introduction of an effective link between the receipt of EU funds and compliance with the principles of the rule of law, also known as rule of law conditionality, given the concerns about the rule of law and with a view to protecting the Union's financial interests*». Conseguentemente, «*for the government, strict conditionalities are an inseparable part of a modern EU budget*», Letter from the Minister of Foreign Affairs, Stef Blok, and the Minister of Finance, Wopke Hoekstra, to the House of Representatives concerning the government's assessment of the Commission's proposals for the Multiannual Financial Framework 2021-2027 and the COVID-19 outbreak recovery strategy, 12 giugno 2020, in <https://www.government.nl/documents/kamerstukken/2020/06/12/letter-to-parliament-on-the-multiannual-financial-framework-and-covid>, consultato il 06.06.2022.

finanziaria della Grecia, dunque, si è consolidato un blocco di paesi per i quali la mutualizzazione del debito passa attraverso l'assunzione di obblighi in qualche modo etero-imposti da parte degli Stati che maggiormente beneficeranno delle risorse messe a disposizione dall'Unione europea.

In questo modo, gli Stati membri dimostrano di privilegiare una concezione della solidarietà ben diversa da quella che pare emergere dalle proposte della Commissione: una solidarietà che può essere valutata solo a livello di rapporti tra Stati, senza quindi prendere in considerazione l'impatto che tanto la crisi quanto le riforme imposte secondo la logica della condizionalità possono avere sulle società degli Stati medesimi. E che, in ogni caso, non può essere concessa senza l'acquisizione di garanzie da parte dell'ordinamento beneficiario degli interventi. Si tratta di una logica comprensibile a livello politico, ma tale da alimentare oltremodo la sfiducia reciproca tra Stati membri ed indebolire, in definitiva, il cemento della costruzione europea.

Si manifesta, quindi, una contraddizione tra le esigenze di solidarietà imposte dalla crisi globale e il perdurante successo di una visione della fiscalità europea ancora dipendente dalle scelte e dalle responsabilità politiche degli Stati membri. Contraddizione che, agli occhi dello studioso ma anche del cittadino, getta ancora una volta un'ombra sull'effettività di quei solenni principi di collaborazione e fiducia reciproca che si trovano da più parti iscritti nei Trattati europei.

In questo complesso scenario, con un tempismo singolare, è giunta poi la pronuncia della Corte costituzionale tedesca sul piano di acquisti di titoli di debito pubblico degli Stati membri sul mercato secondario ("PSSP")²⁰. Essa ha ribadito la posizione, già peraltro più volte affermata in passato dai giudici

²⁰ Sentenza del 5 maggio 2020, 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15, sulla quale si veda F. DONATI, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020 sul PSSP: quale impatto sul processo di integrazione europea?*, in *Eurojus*, 2020, pp. 170 segg.

costituzionali tedeschi²¹, secondo cui gli Stati membri restano padroni dei Trattati e conservano dunque la possibilità di sindacare il modo con cui le istituzioni europee esercitano le loro prerogative in settori, come quello economico e di bilancio, che non sono loro attribuiti. Per quanto ampiamente criticata dai primi commentatori, in quanto ritenuta espressiva di una linea interpretativa troppo ancorata alla sovranità degli Stati membri ed eccessivamente influenzata da una visione unilateralistica dei principi di matrice europea (come quello di proporzionalità)²², tale decisione può essere tuttavia letta in coerenza con quanto si dirà subito in merito alle auspicabili evoluzioni dell'ordinamento europeo. Invero, essa – pur nella durezza dello scontro istituzionale prefigurato con la Corte di giustizia – da un lato valorizza il principio di partecipazione dei cittadini alle scelte che riguardano le politiche economiche e, dall'altro, potrebbe rappresentare l'occasione per l'avvio di un processo di revisione ed adeguamento dell'assetto istituzionale europeo proprio con riferimento al finanziamento del bilancio ed alle risorse proprie, al fine di evitare in radice che gli Stati possano paralizzare scelte effettuate dalle istituzioni UE per scopi di interesse generale.

4. *La necessità di un diritto tributario europeo di stampo solidaristico.* – Per vero, il quadro di crisi, reso ancora più complesso dalle conseguenze della pandemia, sembrerebbe indurre a previsioni fosche sul futuro dell'Europa e, in particolare, della sua vocazione solidaristica. Tuttavia, questa situazione potrebbe rivelarsi un'opportunità. Essa, infatti, più ancora che nel passato sta

²¹ Si allude alla sentenza sul Trattato di Lisbona del 30 giugno 2009 (BVerfG, 2 BvE/08, accessibile su http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html, consultato il 06.06.2022), nella quale i giudici costituzionali tedeschi hanno, di fatto, negato autonomia all'ordinamento dell'Unione Europea, configurato come il risultato di una mera concessione promanante dagli Stati membri, ed hanno, quindi, posto dei limiti assai stringenti al processo di integrazione europea. È stato, in particolare, affermato che gli Stati conservano una sfera di prerogative sovrane in corrispondenza di un gruppo di c.d. materie specialmente sensibili (tra le quali figura anche quella fiscale), all'interno delle quali dunque il diritto dell'Unione Europea non può entrare senza una specifica autorizzazione da parte degli Stati medesimi.

²² M. MADURO, *Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court*, in *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/some-preliminary-remarks-on-the-pspp-decision-of-the-german-constitutional-court/>, consultato il 06.06.2022.

mettendo a nudo i limiti dell'attuale concezione dell'Europa e dovrebbe perciò spingere verso una ridefinizione dei caratteri del sistema giuridico comune, superando l'eccessiva dipendenza dagli opportunismi nazionali.

L'Europa, e l'attuale crisi lo sta dimostrando, è un soggetto al quale si richiedono interventi ed azioni sempre più incisivi sull'economia ma anche sugli assetti sociali degli Stati membri; ma che, per far ciò, dipende pur sempre da questi ultimi, titolari – grazie al meccanismo dell'unanimità in Consiglio – del potere di decidere le risorse finanziarie disponibili e quindi i relativi impieghi; soprattutto, l'attività e le scelte delle istituzioni comuni non realizzano un collegamento diretto con i cittadini degli Stati membri, che restano quindi solo sulla carta cittadini "europei". Questo è il punto più evidente di debolezza dell'intero assetto europeo.

Ogni giorno, cittadini ed imprese si avvantaggiano delle libertà, dei beni e dei servizi resi fruibili dalla costruzione giuridica europea, senza rendersene conto e senza direttamente contribuire al loro costo. Nel 2017, un documento europeo sul futuro del bilancio UE enfatizzava il fatto che «per meno del prezzo di una tazzina di caffè al giorno» i cittadini europei avessero a disposizione politiche europee capaci di produrre effetti al di là dei confini del singolo Stato²³. Sta forse proprio qui il problema di fondo dell'attuale costruzione europea. Coloro che vivono e operano nello spazio europeo approfittano del benessere reso possibile dalle politiche europee, senza tuttavia contribuirvi in modo diretto. Quell'euro al giorno corrispondente al caffè mattutino non va direttamente alle istituzioni europee: è parte delle imposte che ciascuno paga al proprio Stato di residenza. Imposte dal cui gettito poi i governi attingono le risorse per finanziare il bilancio UE. Nessun cittadino europeo sa dunque quanto di suo raggiunge e finanzia gli interventi europei; e nessuno sa come le risorse vengono spese dall'Europa nel suo Stato o altrove.

La fiscalità resta, insomma, l'emblema di un'Europa degli egoismi

²³ *EU Budget for the Future*,

https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/where-does-the-money-go_en.pdf, consultato il 06.06.2022.

nazionali, che non contempla alcun ruolo diretto dei cittadini, tenuti fuori dalle dinamiche del suo funzionamento proprio dal velo frapposto dai governi sul tema delle risorse finanziarie e del loro impiego. L'Europa, così, continua a passare sopra le teste dei suoi cittadini, colmi di diritti ma – in quanto privi di doveri (fiscali ma non solo) – incapaci di percepire il valore aggiunto europeo di cui godono quotidianamente. E non essendoci quei doveri, neppure si pone il problema della solidarietà europea, che resta estranea alla nostra quotidianità per essere decisa, semmai, con il metro della condizionalità e delle fredde ed inflessibili regole dell'*austerità*, ancora una volta dai governi.

Non devono stupire, allora, i populismi ed il senso di sfiducia nell'Europa che stanno prendendo piede in molti Stati membri. L'Unione – così si dice – non risolve i problemi: non riesce a tassare i proventi delle multinazionali digitali e neppure a gestire l'immigrazione, ma chiede contributi agli Stati senza dare nulla in cambio. È una questione di ignoranza, certo: ignoranza di ciò che si riceve quotidianamente dall'Unione e di ciò che ci mancherebbe laddove essa non vi fosse (e l'esperienza drammatica della Brexit sta lì a ricordarcelo come severo monito). Ma il problema non si può risolvere, come pure qualcuno sostiene, solo con una maggiore informazione.

Un paradosso, apparentemente impopolare, potrebbe indicare la via. Esso passa dal dotare l'Unione di una vera e propria imposta propria: un tributo, cioè, che sia deciso a livello dell'Unione, sia costruito in modo da colpire presupposti che manifestino posizioni di vantaggio collegate a beni, servizi o libertà rese fruibili dall'ordinamento europeo; ed il cui gettito serva per la realizzazione di funzioni di interesse comune a tutti gli Stati membri²⁴. Si tratta, insomma, di fare un decisivo passo avanti rispetto alle pur importanti proposte avanzate dalla

²⁴ Uno studio approfondito di una nuova risorsa propria fiscale, basata sull'applicazione di un'imposizione sul reddito delle società il cui gettito sarebbe appreso direttamente dall'Unione europea, è stato svolto nell'ambito di un progetto biennale di ricerca, finanziato dall'Università di Firenze ed intitolato "Pago, dunque sono (cittadino europeo). L'istituzione di un'imposta dell'UE come strumento per la creazione di un *welfare* europeo". Ad esso hanno partecipato, oltre all'autore del presente scritto, i colleghi Veronica Federico, Nicole Lazzarini e Mauro Campus. Una descrizione della proposta si trova in D. CANÈ, *Profili di una imposta sui redditi di impresa come risorsa propria dell'Unione Europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2020, pp. 97 segg.

Commissione²⁵.

Il vero problema sta nello schermo che gli Stati hanno interposto tra l'Europa ed i suoi cittadini: schermo posto per ovvie ragioni elettorali e di ritorno politico interno, ma che di fatto impedisce ai più di percepire davvero il "valore aggiunto europeo"²⁶. Così, ciò che di buono proviene dall'Europa è in qualche modo mediato dalla struttura statale e viene perciò presentato come il frutto dell'azione di quest'ultima e dei trasferimenti finanziari che lo Stato fa annualmente al bilancio dell'Unione. Con la duplice conseguenza che è lo Stato che si appropria agli occhi dei propri cittadini dei meriti per ciò che di positivo viene dall'UE, sminuendone il ruolo o circoscrivendolo alle situazioni negative; e, soprattutto, che si legittimano forme di confronto tra l'entità delle somme trasferite ed il *valore* dei beni e dei servizi di ritorno dall'Europa, secondo la logica del *juste retour* che da sempre alimenta la concorrenza e le recriminazioni tra gli Stati membri²⁷.

Quel che manca, insomma, è il rapporto diretto tra cittadini ed Unione europea, un rapporto capace in una certa misura di *bypassare* l'intermediazione statale e di realizzare una autentica partecipazione dei primi nella seconda. Una simile constatazione, forse anche un po' banale, ha tuttavia recato con sé una conseguenza che rappresenta il vero paradosso della vicenda. Una genuina partecipazione alla costruzione europea richiede che accanto ai diritti vi siano anche dei doveri. E sono proprio i doveri a mancare nel bagaglio di conseguenze giuridiche che i cittadini degli Stati membri ricavano dalla presenza dell'Unione europea.

²⁵ G. BIZIOLI, E. TRAVERSA, *Solidarity in the European Union in the Time of COVID-19: Paving the Way for a Genuine EU Tax?*, in *Intertax*, 2020, pp. 743 segg.

²⁶ Si veda in questo senso il "Documento di riflessione sul futuro delle finanze dell'Unione europea" del 28 giugno 2017 COM(2017) 358. Si legge in tale documento che «il valore aggiunto europeo, che deve essere al centro del dibattito, consiste da un lato nel conseguimento degli obiettivi fissati nel Trattato e, dall'altro, nella definizione di un bilancio che preveda beni pubblici di dimensione europea o contribuisca a difendere le nostre libertà fondamentali, il mercato unico o l'unione economica e monetaria» (p. 11).

²⁷ Al riguardo si rinvia al documento "Strategie per superare il principio del "giusto ritorno" in relazione al bilancio dell'UE" del Parlamento europeo del febbraio 2020, reperibile al sito [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/648186/IPOL_BRI\(2020\)648186_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/648186/IPOL_BRI(2020)648186_IT.pdf), consultato il 06.06.2022.

La scelta dell'Unione di enfatizzare, in teoria ed in pratica, la libera circolazione dei fattori produttivi (lavoratori e imprese) e dei capitali, i diritti individuali e le libertà fondamentali – per quanto decisiva per l'affermazione di uno spazio fondato sulla *rule of law* – ha tuttavia favorito, legittimandolo, quel circuito fatto di rapidità nella circolazione e abbattimento delle frontiere nazionali lungo il quale si è espansa la globalizzazione, assumendo molti dei suoi caratteri deteriori²⁸. Se c'è una lezione che la crisi globale – sin dal suo avvio con il fallimento di Lehman Brothers nel 2008 fino all'attuale contesto pandemico – ha impartito è invece quella di marginalizzare le ragioni dell'economia, della finanza e della condizionalità nelle scelte politiche dei governi. Non si tratta di negarne, entro certi limiti, l'importanza; ma esse devono rappresentare solo una parte degli interessi che lo Stato deve perseguire, senza poter prevalere – come accaduto nell'esperienza recente – sugli altri²⁹.

Va quindi recuperata la dimensione *sociale* dell'intervento pubblico³⁰; ed è qui che il diritto tributario può offrire il proprio contributo. La dottrina più attenta, del resto, pare muoversi proprio in questa direzione, ammettendo che vi sia una correlazione *virtuosa* tra imposizione fiscale ed incremento della spesa per servizi sociali, laddove tuttavia sia individuato con alto grado di probabilità il vantaggio per i gruppi sociali cui tali servizi sono diretti e non vi sia il rischio di alimentare un negativo assistenzialismo³¹. Una corretta percezione del ruolo

²⁸ Cfr. CIPOLLINA, *I redditi "nomadi" delle società multinazionali nell'economia globalizzata*, cit., p. 23, secondo la quale tra i segnali dell'avvento di un mondo nuovo vi è anche «da rimozione delle barriere alla libera circolazione dei capitali [...], considerata un 'catalizzatore' del processo di globalizzazione dei mercati». Sulla possibile (cor)responsabilità dell'Unione europea nel favorire condotte fiscalmente dannose si veda M. AUJEAN, *Fighting Tax Fraud and Evasion: In Search of A Tax Strategy?*, in *EC Tax Review*, 2013, pp. 64 segg. e p. 65.

²⁹ Si tratta di un convincimento che sta prendendo forza anche nelle posizioni politiche dei *leaders* europei. Così, il presidente francese Macron, appena eletto, ha affermato che «da mia elezione è l'inizio del rinascimento francese ed europeo: bisogna ripartire da un'Europa che protegga i suoi cittadini» (*Repubblica*, 22 giugno 2017, p. 13).

³⁰ Si osserva che, proprio nel contesto europeo, «la forma di pensiero che ora nuovamente ci serve è quella insieme propria del *pensiero comunitario* e del *pensiero sociale*» (TREMONTI, *Uscita di sicurezza*, cit., p. 155), aggiungendo programmaticamente che la ciò deve tradursi in un'azione che «contenga, sviluppi e promuova l'idea del *bene comune*, così di nuovo facendo pieno riferimento alla famiglia, alle comunità, allo Stato» (*ivi*, p. 156).

³¹ Lo nota, non nascondendo peraltro le perplessità sull'effettivo raggiungimento di tali obiettivi, V. TANZI, *Taxation and Equitable Economic Development: A Historical Note*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2014, pp. 491 segg., p. 504.

sociale dell'imposta, strumento di concorso alle spese pubbliche e quindi in definitiva mezzo attraverso cui si realizza l'appartenenza dei consociati ad un sistema organizzato, consente infatti di superare la logica mercatista che prosegue ad influenzare le politiche degli Stati membri anche nella fase della reazione ad essa³².

5. *Il dovere fiscale, la solidarietà tra individui e la "nuova" cittadinanza europea.* – La risposta alla crisi – finanziaria, politica, ma anche di immagine e in qualche modo di anima – dell'Unione passa, dunque, dall'attribuzione ai cittadini europei – individui e imprese – di doveri. Qui emerge l'importanza del tributo e quindi del correlato dovere fiscale. Se vogliamo, nel tributo si mescolano e trovano equilibrio tra loro tutti i caratteri che dovrebbero confluire nella costruzione europea: solidarietà, appartenenza, diritti sociali. Ecco, quindi, che dotare l'Europa di un tributo proprio consentirebbe di perseguire una pluralità di obiettivi: attribuire alla UE risorse aggiuntive per rispondere alla crisi in atto senza influenze dirette da parte degli Stati membri; consentire ai cittadini di "sentire", attraverso il pagamento del tributo all'Unione, la propria partecipazione responsabile ad essa e di controllare di conseguenza – attraverso i propri rappresentanti nel Parlamento europeo – il modo in cui il gettito viene allocato tra le diverse attività che l'Unione può, nell'ambito delle proprie competenze, porre in essere per realizzare obiettivi di interesse comune; in definitiva, collegare direttamente il sacrificio economico imposto a ciascuno a vantaggi che potrebbero non interessare direttamente e subito tutti, ma che ridondano a beneficio dell'intera cittadinanza europea, e in concreto a coloro

³² L'ampiezza del dibattito dottrinale circa la funzione dell'imposta ed il suo collegamento, mediato dalla capacità contributiva, con i principi di eguaglianza sostanziale e solidarietà impedisce in questa sede di darne adeguatamente conto. Ci si può peraltro limitare ad osservare che, nelle analisi degli studiosi sul tema, si coglie in modo costante l'avvicinamento tra la funzione del concorso alle spese pubbliche e l'esigenza di tenere conto del ruolo del contribuente all'interno dell'organizzazione sociale (ad es. F. GALLO, *Ratio e struttura dell'IRAP*, in *Rassegna tributaria*, 1998, pp. 636 segg.). Se ne ricava che è attraverso l'imposta che si attua in concreto la partecipazione dell'individuo a tale organizzazione: sia in quanto soggetto che beneficia dei beni e dei servizi messi a disposizione da quest'ultima; sia come finanziatore degli stessi. Di talché, se vi è imposta, vuol dire che vi è un assetto sociale nel cui ambito il contribuente si muove.

che, a prescindere dallo Stato membro di nazionalità, in un certo frangente storico fruiscono dei beni e dei servizi messi a disposizione dell'Unione.

Il paradosso, insomma, è che l'Unione europea si potrebbe rilanciare – allo stesso tempo sconfiggendo i populismi – non con più diritti, ma introducendo doveri³³. E, in specie, introducendo direttamente a vantaggio dell'Unione il dovere solidaristico per eccellenza, quello fiscale. Attraverso una imposta applicata direttamente dalla UE ed il cui gettito confluisca nel suo bilancio, insomma, si consentirebbe ai cittadini di partecipare direttamente al finanziamento dell'Unione, svincolando perciò il sacrificio economico dalla mediazione statale e collegandolo invece ad una nozione di solidarietà estesa a situazioni che si collochino ovunque nel territorio europeo, senza più alcuna limitazione nazionale³⁴. Il tributo, come strumento di appartenenza ad una comunità organizzata, conferirebbe poi all'ordinamento europeo una autonomia rispetto agli Stati membri, che troverebbe la sua radice direttamente nella partecipazione ad esso dei cittadini europei.

Se il tributo è di solito percepito negli ordinamenti nazionali come un elemento di negatività, nel contesto europeo esso potrebbe agire da motore di una maggiore integrazione e quindi come strumento di coesione tra cittadini e imprese (di Stati membri nonché di Stati terzi che operino nel territorio dell'Unione). Una imposta istituita dall'Unione e destinata a finanziarne le funzioni di interesse generale può quindi dare avvio ad un processo virtuoso, centrato sull'identificazione di un "interesse pubblico europeo", nel quale i contribuenti, proprio perché chiamati direttamente a finanziare servizi di cui fruiscono o possono fruire, sono in grado di valutare la qualità di svolgimento di tali funzioni e sviluppare un senso civico europeo secondo la formula – che va

³³ Sul dovere fiscale come cifra di appartenenza e sugli effetti che una imposta propria dell'UE potrebbe produrre sul concetto di cittadinanza si rinvia ai saggi contenuti nel volume *Pago, dunque sono (cittadino europeo). Il futuro dell'UE tra responsabilità fiscale, solidarietà e nuova cittadinanza europea*, a cura di M. Campus, S. Dorigo, V. Federico e N. Lazzarini, Firenze, 2022.

³⁴ I connotati tecnici e giuridici di una imposta propria dell'UE sui redditi delle società sono stati ipotizzati da CANÉ, *Profili di una imposta sui redditi di impresa come risorsa propria dell'Unione Europea*, cit., pp. 97 segg.

adattata al contesto sovranazionale – “pago, vedo, voto”³⁵.

Qui ci interessa mettere in evidenza come il tributo costituisca solo un mezzo, uno strumento, per la realizzazione di obiettivi di più ampia portata, che ruotano in definitiva attorno al riconoscimento di una solidarietà europea che leghi tra loro non solo l’UE e gli Stati, ma in modo prevalente l’UE ed i suoi cittadini e questi ultimi tra loro. Ciò impatta insomma sullo stesso modo di essere della cittadinanza europea. Una cittadinanza che, proprio per l’attribuzione ai cittadini del dovere fiscale nei confronti delle istituzioni europee, cessa di essere un mero slogan, subordinato alla cittadinanza di uno Stato membro, per diventare simbolo autonomo di appartenenza ad una comunità organizzata e solidale³⁶.

Il tributo, in sostanza, appare essere il giusto strumento per rilanciare la costruzione europea, ancorandola ad una concezione della solidarietà che investa non solo gli Stati, ma ancor prima i cittadini europei, in questa rinnovata accezione.

Da tempo è in corso un dibattito sul futuro delle risorse proprie dell’Unione³⁷.

Una serie di sfide globali – quali il terrorismo, i flussi migratori, i cambiamenti climatici – chiama in causa sempre più direttamente l’intervento dell’Unione, affinché essa metta a disposizione dei suoi cittadini nonché di operatori di Stati terzi non solo diritti e libertà fondamentali, ma anche attività, servizi, strutture che oltrepassano la competenza dei singoli Stati. L’Unione è dunque un ente al quale si chiede di porre in essere politiche attive per garantire

³⁵ Nel citato “Documento di riflessione sul futuro delle finanze dell’Unione europea” del 28 giugno 2017, la Commissione nota che «i contribuenti europei si aspettano un bilancio dell’UE trasparente e di facile comprensione che consenta di ottenere il massimo da ogni euro speso: i risultati conseguiti devono essere visibili e misurabili» (p. 11).

³⁶ Per usare una felice espressione di Miguel Maduro, qui sta il “*miracolo*” della cittadinanza europea: «l’accesso alla cittadinanza europea passa attraverso la cittadinanza di uno Stato membro, che è disciplinata dal diritto nazionale, ma, come qualsiasi forma di cittadinanza, costituisce il fondamento di un nuovo spazio politico, dal quale scaturiscono diritti e doveri che vengono fissati dal diritto comunitario e non dipendono dallo Stato» (Conclusioni di Miguel Poiares Maduro nella causa C-135/08, *Janko Rottmann contro Freistaat Bayern*, par. 23).

³⁷ Cfr. A. MAJOCCHI, *Nuove risorse per il finanziamento del bilancio europeo*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2015, 1, pp. 467 segg.

il benessere nello spazio comune. Del resto, la stessa reazione che la Banca centrale europea ha intrapreso in questi anni per arginare gli effetti della crisi richiede la disponibilità di liquidità che difficilmente l'attuale sistema di finanziamento del bilancio dell'Unione è in grado di garantire.

Pertanto, così come gli Stati necessitano di risorse e quindi di una politica fiscale per perseguire i propri obiettivi, anche all'Unione devono essere riconosciuti adeguati poteri di finanziamento per far sì che le richiamate esigenze possano essere adeguatamente affrontate. Sotto questo profilo, l'attuale quadro istituzionale dell'Unione appare carente. Il sistema di finanziamento dell'Unione, benché formalmente improntato al criterio delle risorse proprie, non prevede un'imposta europea, ma si fonda sui contributi di ciascuno Stato membro in base al reddito relativo, insieme ai dazi doganali riscossi alle frontiere esterne e ad una piccola quota basata sull'imposta sul valore aggiunto. Ciò indebolisce il perseguimento da parte dell'Unione degli obiettivi sopra accennati: il meccanismo fondato sul trasferimento di risorse provenienti dagli Stati membri da un lato non garantisce la tempestività e l'adeguatezza dell'approvvigionamento delle casse europee; dall'altro, rende comunque gli interventi dell'Unione in qualche modo dipendenti dagli Stati membri. Ciò appare di tutta evidenza se si tiene conto di un dato quantitativo: il bilancio dell'Unione non supera oggi l'1% del PIL dell'eurozona³⁸. Ciò significa che senza risorse aggiuntive, non solo nuove politiche dell'Unione non saranno possibili; ma anche quelle esistenti dipenderanno in modo eccessivo dai condizionamenti degli Stati membri.

Di queste problematiche si colgono vasti echi, ancora una volta, nell'attualità, in particolare nel contesto dei negoziati per la definizione del bilancio pluriennale 2021-2027 dell'Unione. Le misure che, in questo contesto, sono state avanzate appaiono piuttosto limitate. Il piano Juncker, adottato nel giugno 2015³⁹, nell'individuare un ambizioso piano di investimenti nell'area europea, manca di concretezza a livello di determinazione del flusso delle risorse

³⁸ Ivi, p. 469.

³⁹ Regolamento 2015/1017 del Parlamento europeo e del Consiglio, 25 giugno 2015.

necessarie: esso si fonda, infatti, su una parziale riallocazione di fondi già esistenti tra i capitoli del bilancio dell'Unione e su investimenti attesi (ma di incerta portata) da parte della BEI⁴⁰. Allo stesso tempo, la proposta volta ad introdurre un'imposta sulle transazioni finanziarie, formulata dalla Commissione UE nel 2011 (così come altre proposte analoghe di cui si discute, come la *Carbon Tax*), oltre ad avere suscitato l'opposizione di molti Stati membri, non prevede comunque che il relativo gettito sia direttamente messo a disposizione del bilancio europeo. Siamo, in definitiva, al cospetto di indirizzi che ancora non colgono la rilevanza del nesso tra gettito dell'imposta e finanziamento di politiche sociali a livello europeo, tali cioè da garantire un livello qualitativo di *welfare* che oltrepassi ciò che gli Stati, singolarmente, sono in grado di realizzare.

Qualche movimento in tal senso si coglie nelle recenti proposte formulate dalla Commissione UE per la riforma del sistema delle risorse proprie, cui si è accennato in precedenza. Con un pacchetto di comunicazioni pubblicate il 27 maggio scorso, la Commissione ha suggerito l'adozione di un pacchetto di interventi finanziari a sostegno della ripresa, denominato *Next Generation EU*, il cui finanziamento dovrebbe passare attraverso l'introduzione di nuove risorse proprie. Tra queste, due risorse proprie ecologiche, basate l'una sul sistema dello scambio di quote di emissioni e l'altra su un meccanismo di adeguamento del carbonio alla frontiera; una consistente in una imposta sui ricavi delle multinazionali digitali, sulla base dei lavori dell'OCSE e sulle proposte di direttiva già promosse nel 2018 dalla stessa Commissione; ed una risorsa propria «basata sulle operazioni delle imprese [...] che traggono enormi benefici dal mercato unico dell'UE e che sono destinate a sopravvivere alla crisi anche grazie al sostegno diretto ed indiretto dell'UE».

Occorre qui concentrarsi su quest'ultima che, a prima vista, potrebbe apparire come una risorsa propria fiscale basata sulla tassazione, a livello UE, del reddito delle imprese che prosperano grazie alle libertà ed ai diritti resi possibili

⁴⁰ Sul piano Juncker cfr. O. FONTANA, *Il piano Juncker, la Bei e le risorse proprie*, in *Centro Studi sul Federalismo Policy Paper 9*, Torino, maggio 2015.

dal diritto europeo. In questo senso, essa sembrerebbe la più rivoluzionaria, affermando il collegamento tra godimento dei beni pubblici europei e pagamento di un tributo, in un contesto nel quale da sempre la fiscalità diretta è stata concepita come dominio riservato degli Stati membri.

Ebbene, fermo che la comunicazione non offre specificazioni sul modo di essere di questa risorsa propria, indicazioni possono essere tratte dalla precedente proposta che la Commissione aveva avanzato già nel maggio 2018⁴¹. Essa faceva riferimento al progetto di una *common consolidated corporate tax base*, che avrebbe consentito di suddividere tra gli Stati membri una quota della base imponibile delle imprese con attività internazionale e tali, quindi, da trarre vantaggio dal mercato interno. Tale quota, poi, sarebbe stata sottoposta a livello nazionale ad una *call rate* tra l'1% ed il 6%, il cui gettito sarebbe poi stato trasferito al bilancio UE.

Come si vede, tale risorsa propria non è quindi concepita come una vera risorsa di tipo fiscale: si tratta, infatti, di un prelievo che non è collegato alla capacità contributiva dell'impresa e che deve essere pur sempre effettuato dagli Stati. Continua a sussistere uno schermo tra i cittadini (ed in questo caso le imprese) ed il bilancio europeo. Inoltre, come si legge nella comunicazione dello scorso 27 maggio, siamo di fronte a misure temporanee, destinate cioè a operare solo nel contesto più acuto della crisi, venendo meno una volta superata la situazione di difficoltà globale.

La proposta, certamente innovativa, si rivela allora ancora troppo incerta. La solidarietà, che pure è considerata alla base di essa, non può essere concepita solo sul versante degli impieghi, come pare intendere la Commissione, ma deve coinvolgere consapevolmente i soggetti che forniscono le risorse per tali investimenti. Proprio questo schermo ha infatti impedito, nel tempo, la percezione del reale valore aggiunto europeo da parte dei cittadini. Del resto, la freddezza del Consiglio su tale proposta sembra confermare come la filosofia che la sorregge sia ancora – purtroppo – molto lontana dagli intendimenti delle

⁴¹ COM(2018) 325 final.

cancellerie europee.

Individuare un'imposta europea, al di là delle disquisizioni tecniche che ne accompagneranno l'ideazione (prima fra tutti quella del fondamento giuridico, che tuttavia ben potrebbe essere collocato nell'art. 311 TFUE⁴²), pone in primo piano l'esigenza che l'Unione disponga di risorse utili per consentirle di perseguire una propria politica economica, slegata dagli interessi finanziari di pochi e protesa a creare benessere per i cittadini dell'Unione. Ciò potrebbe contribuire a creare un ponte tra l'ordinamento europeo e la società degli Stati membri, ponendo le basi per la creazione di una vera comunità transnazionale (che potremmo definire cittadinanza *in senso ampio*). Ciò in quanto l'imposta è per sua stessa essenza collegata al finanziamento di servizi e interessi propri di una collettività che l'ente impositore seleziona come meritevoli di essere perseguiti, finanziandoli con il gettito dell'imposta stessa. Vi è insomma una corrispondenza indefettibile tra l'imposizione di un tributo, il sistema di valori dell'ordinamento che lo istituisce e la comunità di coloro che, essendo chiamati a pagarlo, manifestano un inserimento significativo in quell'ordinamento e quindi la condivisione di quei valori e delle azioni conseguenti.

Da qui scaturirebbe, allora, la ricetta per debellare alla radice le cause più profonde della crisi globale, ovvero il dominio della tecnocrazia finanziaria sullo Stato e quindi sui cittadini. Il diritto tributario, ben al di là dei pur condivisibili indirizzi multilateralistici che tuttavia restano alla superficie del problema, può secondo questa visione assumere su di sé un compito relevantissimo: ribaltare la gerarchia, fondata sulla globalizzazione e sul predominio degli interessi economici, ormai compromessa dal suo stretto legame genetico con la crisi globale; e inaugurare un nuovo corso, che valorizzi le comunità nazionali seppur

⁴² L'art. 311 TFUE, dopo aver stabilito che «il bilancio, fatte salve le altre entrate, è finanziato integralmente tramite risorse proprie» (par. 2), individua al successivo par. 3 la procedura per l'individuazione delle risorse proprie: «Il Consiglio, deliberando secondo una procedura legislativa speciale, all'unanimità e previa consultazione del Parlamento europeo, adotta una decisione che stabilisce le disposizioni relative al sistema delle risorse proprie dell'Unione. In tale contesto è possibile istituire nuove categorie di risorse proprie o sopprimere una categoria esistente. Tale decisione entra in vigore solo previa approvazione degli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali».

integrate in uno spazio comune e ponga la fiscalità a servizio non dei più forti (o furbi) ma *in primis* dei più deboli.

Non è un caso che, in concomitanza con la presentazione e la discussione sul rapporto del Gruppo Monti⁴³, la stessa Commissione abbia ritenuto opportuno arricchire il dibattito con un ulteriore documento⁴⁴, dedicato alla vocazione *sociale* dell'Unione. In esso, si rinviene il riconoscimento che la crisi economica induce a ripensare l'approccio degli Stati alle politiche sociali e, soprattutto, si riconosce che «taluni aspetti della politica tributaria (come la base imponibile dell'imposta sulle società)» possono, se tradotti in norme ed azioni comuni, sostenere in modo più efficace la zona euro e garantire «una maggiore protezione ai suoi cittadini»⁴⁵. Si ha la conferma che, quanto meno nell'approccio della Commissione, si sta delineando il *fil rouge* che lega lotta alla crisi economica, diritto tributario e *welfare* sovranazionale⁴⁶.

6. *Conclusioni.* – Appare ancora molto incerto giudicare se il percorso che si sta avviando in ambito europeo possa davvero condurre agli esiti auspicati. Non è solo un problema di traduzione di proposte in atti normativi da parte del Consiglio. Questa è, infatti, una questione che investe l'ambito politico, che – come tale – resta incerta in quanto alla fine dei conti ancora dipendente dalle scelte degli Stati.

Piuttosto, come si osservava poc'anzi, siamo ancora di fronte a progetti che, pur cogliendo i termini delle problematiche, non ne declinano in modo adeguato le risposte. Manca un passo da fare, tra la mera risorsa propria che proviene pur sempre dalla mediazione dei singoli Stati membri ed il tributo

⁴³ High Level Group on Own Resources, *Future Financing of the EU. Final Report and Recommendations December 2016*.

⁴⁴ “Documento di riflessione sulla dimensione sociale dell'Europa”, COM (2017) 206, 26 aprile 2017.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 28.

⁴⁶ Si tratta di un auspicio condiviso in dottrina, ove si nota che «occorre avviare una battaglia politica per indurre gli Stati [...], dopo la cessione della sovranità monetaria, a rinunciare parzialmente anche alla sovranità fiscale, procedendo così, dopo l'Unione monetaria e l'Unione bancaria, verso un'Unione fiscale che a sua volta dovrà sfociare necessariamente in un'Unione politica» (MAJOCCHI, *Nuove risorse per il finanziamento del bilancio europeo*, cit., p. 487).

dell'UE capace di creare un ponte tra il sacrificio diretto del cittadino e la realizzazione delle politiche solidaristiche dell'Unione. Un passo non breve né scontato ma che, come si è cercato di evidenziare, è oggi più che mai necessario.

Insomma, l'aspirazione deve essere quella di individuare nello strumento tributario il mezzo per ripensare integralmente il modo di essere della costruzione europea, sganciandolo dalla matrice economica e finanziaria e collegandolo invece ai suoi cittadini ed alla radice inevitabile di ogni costruzione sociale, la solidarietà per l'appunto. E non è di poco momento il fatto che questa proposta veda la luce in un momento di grave crisi come quello descritto poc'anzi. Come ebbe a dire Jean Monnet agli albori della costruzione europea, «l'Europa nascerà dalla crisi e sarà il risultato delle soluzioni che verranno adottate». Il momento è dunque propizio per immaginare vie inedite e per trovare il coraggio di metterle in pratica, al fine di trasformare un momento di crisi in un'opportunità di rilancio dell'UE come genuina comunità di popoli.

PROCESSO E PATRIMONI

LUCILLA GALANTI*

Il contributo si interroga sulla posizione che il patrimonio può assumere nel processo in presenza di particolari figure caratterizzate da un'autonoma riferibilità di rapporti giuridici; figure che, pur distanti sul piano sostanziale, sembrano riconducibili a un simile modello di esercizio dell'azione, ad opera di un gestore che ricopre il ruolo di legittimato processuale.

The essay focuses on the role of party that assets characterised by their “own” legal relationships could assume in civil proceedings; notwithstanding their differences on a substantive level, in a procedural perspective there is an “administrator” with the right to bring legal actions, who may sue and defend “on behalf” of the asset itself.

SOMMARIO: 1. Parallelismo tra soggettività sostanziale e processuale: la comparsa di patrimoni rilevanti per il processo. – 2. I quesiti sollevati dal patrimonio nel processo: riflessi della destinazione e della perdita del potere di disporre dei rapporti giuridici. –2.1. Patrimoni senza soggetto e quasi soggetto. –2.2. La comune figura del gestore. –3. Legittimazione, parti e modelli di esercizio dell'azione – 4. Legittimazione processuale e sue forme: la legittimazione processuale non rappresentativa. – 4.1. La posizione processuale del curatore fallimentare e del gestore (o titolare-gestore) di patrimoni destinati. – 4.2. Il gestore del patrimonio «senza soggetto» o «quasi soggetto». – 5. Alcune riflessioni sulla legittimazione processuale del gestore.

1. *Parallelismo tra soggettività sostanziale e processuale: la comparsa di patrimoni rilevanti per il processo.* – Si è abituati a pensare ad un processo in cui si muovono solo soggetti: sul soggetto è stato ritagliato il concetto di «parte» ed è il soggetto che, tramite l'esercizio dell'azione, entra nel processo. La stessa capacità d'esser parte è stata intesa come trasposizione processuale della capacità giuridica, determinando una strutturale circolarità tra soggetto di diritto e parte¹.

¹ La capacità di esser parte è infatti «proiezione processuale della capacità giuridica»: V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, I, p. 551. Sicché i «soggetti della funzione

*Ricercatrice in Diritto processuale civile presso l'Università degli Studi di Firenze.

Se il processo riflette rapporti giuridici sostanziali, dei quali il soggetto ha storicamente costituito indispensabile «premessa logica»², sul versante del diritto sostanziale sono progressivamente emerse fattispecie entro le quali i rapporti giuridici risultano riferibili, anziché al soggetto, innanzitutto a uno specifico patrimonio, sollevando il quesito all'origine delle riflessioni che seguono: in quali forme possa esprimersi l'esercizio dell'azione quando dietro al rapporto controverso si ponga proprio un patrimonio³.

2. *I quesiti sollevati dal patrimonio nel processo: riflessi della destinazione e della perdita del potere di disporre dei rapporti giuridici.* – Uno specifico regime di imputazione dei rapporti giuridici al patrimonio emerge, sul piano sostanziale, nella destinazione; la quale, al di là dei lineamenti particolari che può assumere – dall'art. 2645-ter c.c., al patrimonio destinato ad uno specifico affare ai sensi dell'art. 2447-bis c.c., al trust⁴ –, determina una separazione interna al patrimonio del soggetto⁵. Benché l'apposizione del vincolo non comporti, di per sé, il venir meno della titolarità⁶, il patrimonio viene però finalizzato ad uno scopo, sicché il titolare ne può disporre soltanto nel fine di destinazione⁷; parallelamente, si determina l'insorgere di un regime di responsabilità che, per le obbligazioni

giustizia» sono gli stessi «soggetti di diritto»: E. REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, 2^a ed., Milano, 1939, pp. 24 segg.

² Lo mette in rilievo R. ORESTANO, «*Persona*» e «*persone giuridiche*» nell'età moderna, in *Azione, Diritti soggettivi, Persone giuridiche*, Bologna, 1978, p. 271.

³ Lo stesso Orestano si chiede come possano essere ricostruiti i rapporti tra diritto e azione di fronte alla personificazione del patrimonio: Id., *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Jus*, 1960, pp. 150 segg.

⁴ Ma sulla problematicità di individuare cosa rientri «sotto la denominazione comune di patrimoni di destinazione», v. già F. MESSINEO, *Dottrine generali, Manuale di diritto commerciale*, Milano, 1956, pp. 384 segg. E, per l'ulteriore distinzione tra patrimonio autonomo e separato, v. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, pp. 86 segg.

⁵ Tanto che tra separazione e destinazione si porrebbe un legame imprescindibile: v. R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale, Profili normativi e autonomia privata*, Napoli, 2004, pp. 242 segg.

⁶ I patrimoni destinati si connotano non per la mancanza di un titolare attuale, quanto per la sua assoluta irrilevanza, dato che risultano unificati dallo scopo: U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994, p. 24.

⁷ Emerge infatti un regime di amministrazione «in funzione» dello scopo: L. BIGLIAZZI GERI, *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXII, Milano, 1982, pp. 280 e 292.

contratte nel perseguimento del fine sotteso al patrimonio, su quest'ultimo incide direttamente⁸. Anche nel processo, allora, ci si trova al cospetto di un titolare che non agisce nelle forme usuali, in nome e nell'interesse proprio, rispondendo personalmente e illimitatamente dei rapporti che prospetta come propri; ma secondo un modello di esercizio dell'azione che sembrerebbe discostarsi da una ordinaria legittimazione ad agire⁹.

Problemi limitrofi emergono di fronte a patrimoni che, come quello fallimentare, sono sottratti alla disponibilità del titolare: con la dichiarazione di fallimento, il debitore perde il potere di disporre del patrimonio, e così di agire in giudizio, e un fenomeno del tutto analogo si verifica nella liquidazione giudiziale prevista dal c.c.i.i.¹⁰. Il fallito, però, non perde per ciò stesso la titolarità del patrimonio, e nemmeno la capacità, ma si trova, piuttosto, in una di quelle peculiari «situazioni alle quali la legge, per una ragione diversa dall'inidoneità fisiopsichica, riconduce la sottrazione dei poteri di disporre degli eventuali diritti»¹¹.

La discrepanza tra capacità e «libero esercizio dei diritti», che ha portato a una più generale riedificazione dell'art. 75 c.p.c.¹², nella posizione del fallito

⁸ Così da porre una «equivalenza» tra la costituzione di fondi separati e la creazione di un nuovo soggetto giuridico: A.D. CANDIAN, *Fondo e fondi: itinerari paragiuridici tra gli usi linguistici*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1998, I, pp. 166-167. Il patrimonio destinato costituisce, «per definizione», una deroga al principio generale di responsabilità patrimoniale: R. SANTAGATA, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, Milano, 2014, p. 4.

⁹ Aspetto di cui si darà conto *infra*, par. 3.

¹⁰ Per lo spossessamento e l'attribuzione al curatore del potere di agire in giudizio, v., rispettivamente, gli artt. 42, comma 1, e 43 l.fall., nonché 142, comma 1 e 143 d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (c.c.i.i.).

¹¹ C. MANDRIOLI, *La rappresentanza nel processo civile*, Torino, 1959, pp. 88 segg. e in part. 91.

¹² Così MANDRIOLI, *La rappresentanza nel processo civile*, cit., pp. 88 segg. L'A. mette in rilievo come, in un «eccesso di sintesi terminologica», il legislatore «non si è limitato a compiere un semplice richiamo alla nozione (di diritto sostanziale) della capacità di agire, ma ha, più genericamente, attribuito la capacità di stare in giudizio» riferendosi «ad una situazione (avere il libero esercizio dei diritti) che non riguarda più soltanto e direttamente il modo di essere fisiopsichico della persona, ma che in realtà già si sostanzia in un'autentica titolarità di poteri». Il libero esercizio dei diritti è in realtà «qualche cosa di più della capacità», e, servendosi «impropriamente» della nozione, il legislatore ha posto le basi per «l'inesattezza» che ha condotto ad esprimere «in termini di capacità (processuale) un fenomeno di titolarità di una fattispecie di comportamento o potere»: Id., *Premesse generali allo studio della rappresentanza nel processo civile*, Milano, 1957, pp. 249 segg. Del resto, già ANDRIOLI, *Diritto*, cit., p. 559 sottolineava la non piena coincidenza tra capacità processuale e d'agire. Sul punto si tornerà *infra*, par. 4, in part. nt. 50.

diventa concretamente tangibile; determinando la difficoltà di ricondurre il ruolo del curatore alla rappresentanza, sostituzione o successione del debitore¹³. Se oggi non è più sostenibile il tentativo di personificare il patrimonio¹⁴, che avrebbe consentito una rappresentanza processuale della massa fallimentare, resta però il problema di qualificare il ruolo che il curatore viene a svolgere nel processo.

Anche i fondi comuni di investimento presentano una simile dissociazione tra titolarità e attività gestoria: mentre la prima si deve ricondurre ai partecipanti considerati nel loro complesso, la seconda spetta, anche sul piano processuale, ad una società di gestione del risparmio¹⁵. Il ruolo che quest'ultima ricopre, però, non pare assimilabile ad un legittimato ad agire, secondo la lettura che è invece stata fornita dalla Suprema Corte¹⁶: qualora la s.g.r. esercitasse l'azione in giudizio affermandosi titolare dei rapporti giuridici che incidono sul fondo, commetterebbe un evidente errore di prospettazione, idoneo a riverberarsi in un vizio di legittimazione ad agire¹⁷.

Il potere esercitato dalla s.g.r., anche nel processo, deve invece essere inteso nell'interesse del fondo; e infatti, a prescindere dalla sua connotazione alla

¹³ Si ritiene che la disputa sulla natura del ruolo che il curatore rivestirebbe rispetto al fallito possa essere superata solo valorizzando la sua natura di organo: R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, 2^a ed., Milano, 1951, p. 220. E, del resto, i poteri del curatore «non coincidono certo con quelli del debitore», essendo, al contrario, «originari»: S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1974, pp. 95-96.

¹⁴ La «personificazione della massa» è sostenuta da G. BONELLI, *Del fallimento*, Milano, 1938, 3^a ed. a cura di V. Andrioli, I, pp. 25 e 519. Ad una visione soggettivistica del fallimento si oppose già F. FERRARA, *Patrimoni sotto amministrazione*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1912, I, p. 334, il quale, tuttavia, non mancò di criticare anche la lettura del curatore quale rappresentante talvolta del debitore e talvolta dei creditori, ciò che lo renderebbe un «novello Giano» bifronte.

¹⁵ Ai sensi dell'art. 36 t.u.f. il fondo comune di investimento costituisce patrimonio autonomo, distinto a tutti gli effetti dal patrimonio della s.g.r. e da quello di ciascun partecipante, caratterizzato da un proprio regime di responsabilità per le obbligazioni che la s.g.r. contrae «per conto del fondo».

¹⁶ Così a partire da Cass. civ., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605.

¹⁷ Si tratterebbe, infatti, di un esercizio dell'azione per diritti dichiaratamente altrui, in mancanza di una legittimazione straordinaria: senza dubbio, il fondo «non appartiene alla società ma è (solo) gestito dalla società»: M. FABIANI, *Il fondo di investimento come protagonista dei concordati*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2020, I, p. 911.

stregua di un soggetto¹⁸, che condurrebbe ad una possibile rappresentanza processuale, la diretta imputabilità dei rapporti controversi al fondo ha portato ad intravedere in quest'ultimo una parte¹⁹, ponendo il quesito di quale sia il ruolo che la s.g.r. potrebbe rivestire per il fondo nel processo.

2.1. *Patrimoni senza soggetto e quasi soggetto.* – La diretta imputabilità di rapporti giuridici coinvolge anche i «patrimoni senza soggetto» di cui parlava Orestano²⁰, tra i quali si colloca l'eredità giacente: rara, se non già unica, ipotesi di patrimonio adespota entro l'ordinamento. L'eredità, infatti, che non si trasferisce in via immediata all'apertura della successione, ma solo all'esito dell'accettazione²¹, può restare provvisoriamente priva di soggetto²²; ragione per la quale, quando il chiamato non si trovi nel possesso dei beni e non abbia accettato l'eredità, si perviene alla nomina di un curatore, che provveda alla gestione del patrimonio anche sotto il profilo processuale²³.

Un «patrimonio senza soggetto» parrebbe configurarsi anche all'esito dell'estinzione societaria. Nella diversa lettura “antropomorfica” che, non senza

¹⁸ Si dovrebbe infatti rinunciare all'«ossessivo pregiudizio di dover rintracciare per ogni bene un soggetto»: R. COSTI, *Fondi comuni di investimento*, in *Banca, borsa*, 1984, I, p. 304. Al contrario, l'unitarietà del patrimonio dipende «dall'interesse a cui i beni sono finalizzati»: G. FERRI, *Patrimonio e gestione. Spunti per una ricostruzione sistematica dei fondi comuni di investimento*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1992, I, pp. 55.

¹⁹ Si allude alla ricostruzione di E.F. RICCI, *Alcuni aspetti processuali della disciplina dei fondi comuni d'investimento*, in *L'istituzione dei fondi comuni d'investimento*, a cura di L. Geraci e P.J. Jaeger, Milano, 1970, pp. 144-145: la «risposta positiva» alla domanda se sia possibile pensare al fondo «come ad una parte distinta sia dalla società di gestione sia dai sottoscrittori» è implicita nella tesi per la quale già «sul piano del diritto sostanziale, l'imputazione di un rapporto al fondo è l'imputazione ad un soggetto», ma, anche prescindere dalla soggettività, «solo la confusione completa del fondo nel patrimonio dei sottoscrittori o della società potrebbe impedire il sorgere di una nuova possibile parte del processo».

²⁰ ORESTANO, *Diritti*, cit., pp. 150 e 192.

²¹ V. l'art. 459 c.c.

²² Si parla di eredità giacente tra la morte del *de cuius* e l'acquisto dell'erede, quando titolare «non è più il defunto, che ha perduto la capacità, né l'erede, che acquista solo al momento dell'accettazione»: F. FERRARA, *Patrimoni sotto amministrazione*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1912, I, p. 327.

²³ V. l'art. 529 c.c.

critiche²⁴, è stata fornita dalle sezioni unite nell'arresto del 2013²⁵, all'effetto estintivo determinato dalla cancellazione della società dal registro delle imprese conseguirebbe un fenomeno successorio, sicché nei rapporti giuridici della società subentrerebbero i soci, successori anche sul piano processuale²⁶. Si è tuttavia rilevato in contrario che il patrimonio residuo continua in realtà ad essere destinato alla soddisfazione dei creditori sociali, senza confondersi con quello dei soci; potendo così conservare una rilevanza anche processuale, che si esprimerebbe in una *perpetuatio legitimationis* dell'ente estinto²⁷.

Del resto – e al di là delle specifiche eccezioni all'efficacia estintiva della cancellazione, quali emergono in materia fallimentare e tributaria –²⁸, la società estinta viene già considerata possibile parte del giudizio, sia se l'estinzione si verifica nel processo in corso, sia nel passaggio alla fase di impugnazione²⁹; e il

²⁴ Ci si è chiesti infatti se la lettura in termini successori sia «concettualmente necessari[a]»: G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite, la cancellazione delle società e il «problema» del soggetto: qualche considerazione critica*, in *Società*, 2013, p. 560. Anzi, apparirebbe «del tutto fuori dalla realtà» a C. GLENDI, *Corte costituzionale, sezioni unite della Cassazione ed estinzione delle società cancellate dal registro delle imprese*, in *Corriere Giuridico*, 2013, p. 1279.

²⁵ Cass. civ., sez. un., 12 marzo 2013, nn. 6070, 6071, 6072.

²⁶ Per le sezioni unite si verificherebbe un evento interruttivo ai sensi degli artt. 299 ss. con conseguente successione dei soci. Sulla relativa ricostruzione processuale, si v., in part., D. DALFINO, *“Venir meno” della società e processi pendenti*, in *Società*, 2014, pp. 1226 segg.; Id., *La cancellazione della società del registro delle imprese: profili processuali*, Torino, 2017, pp. 27 segg.; e, già Id., *La successione tra enti nel processo*, Torino, 2002, spec. pp. 391 segg.

²⁷ Verrebbe infatti a costituirsi «un patrimonio separato ed autonomo», sul quale opera un vincolo di destinazione: I. PAGNI, *I modelli processuali nella riforma delle procedure concorsuali*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, p. 172. La società, ormai venuta meno come soggetto, resterebbe come patrimonio autonomo, nella sua destinazione alla soddisfazione dei creditori sociali: v. M.F. GHIRGA, *La Corte Costituzionale e le conseguenze processuali della cancellazione della società dal registro delle imprese*, in *Rivista di diritto processuale*, 2014, p. 1185. Per l'attribuzione di una rilevanza al patrimonio, in una assimilazione all'eredità giacente, v. GUIZZI, *Le Sezioni Unite, la cancellazione delle società e il «problema» del soggetto*, cit., p. 564. E, nel senso che «persiste il patrimonio, anche venuta meno la società», v. già G. BONELLI, *La personalità giuridica della società anonima con un solo azionista*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1911, I, p. 600. Sul punto, v. T. ASCARELLI, *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, pp. 129 ss.

²⁸ Come specificato dalle stesse sezioni unite, la possibilità che la società sia dichiarata fallita entro l'anno dalla cancellazione *ex art. 10 l. fall.* comporta che il relativo procedimento si svolga nei suoi confronti. Analogamente avviene in materia tributaria, nel quinquennio dalla cancellazione: v. d.lgs. n. 175/2014.

²⁹ Si pone in tal senso il principio di ultrattività del mandato: v. Cass. civ., sez. un., 4 luglio 2014, n. 15295.

generale principio di stabilizzazione processuale della parte³⁰, consentendo di muoversi nel giudizio ad un soggetto giuridico che, sul piano sostanziale, non è più esistente, conferma la non piena sovrapposibilità, già da tempo affermata in dottrina³¹, dell'area della soggettività rispetto al ruolo di parte³².

Vi sono poi fattispecie patrimoniali che, pur prive di soggettività sostanziale certa, hanno però una indubbia rilevanza processuale, salvo verificare chi possa agire per loro conto e a quale titolo.

Così avviene per il condominio, ritenuto ente di gestione, ma non per ciò stesso già soggetto, e però certamente idoneo a rivestire il ruolo di parte³³: il potere di agire in giudizio che il legislatore attribuisce all'amministratore come rappresentante dei condomini, infatti, non spiega le controversie relative a rapporti strettamente condominiali, in cui la posizione dell'amministratore, che agisce per la tutela processuale dell'interesse comune, può porsi in contrasto con quella di uno o più condomini singolarmente considerati³⁴. Ad essere "rappresentato" in tali casi è, al più, il gruppo dei condomini, intesi nel loro complesso, o, appunto, il condominio; sul cui patrimonio, del resto, incombe direttamente il rapporto controverso³⁵.

2.2. *La comune figura del gestore.* – Di fronte a patrimoni che, sul piano sostanziale, integrano fattispecie tra loro distanti, vi è una costante che assume

³⁰ La stabilizzazione processuale, già affermata, limitatamente al grado del giudizio in corso, dalle sezioni unite del 2013, trova oggi estensione anche alle impugnazioni; v., tra le altre, Cass. civ., sez. III, 21 agosto 2018, n. 20840; Cass. civ., sez. VI, 20 maggio 2020, n. 9213; Cass. civ. sez. III, 23 giugno 2021, n. 17957.

³¹ Infatti, «un soggetto inesistente sul piano sostanziale» può «assumere il ruolo di parte processuale»: v. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2020, p. 375.

³² Il processo «può prendersi la libertà di trattare come estinto il soggetto che è ancora in vita» e di «trattare come soggetto in vita quello che si è estinto»: E.F. RICCI, *Gli effetti della fusione di società sul processo pendente*, in *Rivista di diritto processuale*, 2006, p. 182.

³³ Al di là della sua (ancora) incerta soggettività, il ruolo processuale del condominio è riconosciuto in dottrina: v. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, 12^a ed., Torino, 2019, p. 364; e già P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, Napoli, 1970, IV, p. 465.

³⁴ Si tratta dei rapporti controversi che esprimono un «interesse direttamente collettivo e solo mediamente individuale al funzionamento ed al finanziamento corretti dei servizi stessi», individuati da Cass. civ., sez. un., 18 settembre 2014, n. 19663.

³⁵ I creditori, infatti, possono soddisfarsi sul conto corrente condominiale, senza passare per il tramite dei condomini: v. T. Milano, 21 novembre 2017, in *Archivio Locazioni*, 2018, 3, p. 307.

particolare rilievo processuale, ossia la presenza di un soggetto a cui è affidata la gestione del patrimonio. Accanto ai poteri di natura sostanziale, infatti, al gestore è attribuito anche l'esercizio dell'azione in giudizio, che spende, solitamente, come soggetto terzo rispetto al patrimonio: così il curatore dell'eredità giacente, il curatore fallimentare, l'amministratore di condominio, la s.g.r. Ma, anche quando la gestione è conferita al titolare del patrimonio – come tendenzialmente accade di fronte a un patrimonio destinato, e, se si ritiene, agli ex soci della società estinta –, il titolare agisce in una diversa qualità, dovendo perseguire, anziché l'interesse proprio, quello sotteso al patrimonio. Come già metteva in risalto Redenti, di fronte alle «gestioni patrimoniali autonome» si può giungere a situazioni «singolari, anzi apparentemente paradossali», in cui il titolare del patrimonio rimane «investito esso stesso della gestione, ma solo per un determinato scopo»: pur restando «nominalmente titolare, non può più compiere atti di disposizione e di esercizio come tale, secondo la libera valutazione che egli faccia dei propri interessi, ma soltanto nella veste o qualità che gli viene conferita, e in funzione della destinazione dei beni»³⁶. E, come il titolare del patrimonio destinato esercita l'azione in funzione della qualità gestoria ricoperta, prima che della titolarità, in tutti i casi in cui l'azione è proposta «nella veste o qualità» di gestore, si rientra in un *tertium genus* che non è esercizio dell'azione in nome proprio né altrui³⁷.

3. *Legittimazione, parti e modelli di esercizio dell'azione.* – In effetti, quando ad agire in giudizio è il gestore del patrimonio, o il titolare in veste di gestore, non si rientra nei modelli noti di esercizio dell'azione, ad opera di un titolare ordinariamente legittimato ad agire o del suo rappresentante.

Di fronte al soggetto che si prospetta titolare della situazione controversa, in nome e per un interesse proprio, l'esercizio dell'azione si fonda sulla legittimazione ad agire ordinaria, che contraddistingue una vicenda processuale a parte “semplice”; una vicenda, cioè, in cui dietro a tutti i ruoli di parte di cui il

³⁶ E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, Bologna, 1949, I, pp. 124-125.

³⁷ *Ibidem*.

concetto si compone – quello di parte formale, che sta in giudizio con l'attività, di parte processuale, che sta in giudizio con il nome, e di parte sostanziale, che sta in giudizio con il rapporto³⁸ – si pone un solo soggetto, e così un unico centro di imputazione giuridicamente rilevante. Fintanto che dietro alla parte si muove un solo soggetto, la legittimazione ad agire è di per sé sufficiente a spiegare la posizione complessiva della parte: proprio in quanto ad agire è il titolare prospettato della situazione controversa, egli è per ciò stesso investito del potere di agire³⁹.

Quando invece dietro alla parte si muovono più soggetti, e così più centri di imputazione, si origina una parte “complessa” nel senso carneluttiano del termine: come avverte Carnelutti, la «complessità» «può presentare aspetti e gradazioni diverse», e, rispetto alla parte “complessa”, la «formazione più semplice» è quella «del minore e del padre o, in genere, dell'incapace e dell'amministratore»⁴⁰. Una parte “complessa” si rinviene di fronte all'esercizio dell'azione del rappresentante, in nome e nell'interesse dell'incapace, e così nelle

³⁸ Mentre nella prospettiva classica la nozione di parte veniva individuata in termini unitari (v. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2ª ed., Napoli, 1936, II, p. 214), si è progressivamente giunti a valorizzare, in termini distinti, il «soggetto della lite» e «dell'azione» (F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936, I, pp. 393-396); per poi giungere a individuare un triplice significato in cui può essere inteso il concetto di parte, come soggetto «degli atti processuali», «degli effetti giuridici puramente processuali» e «del rapporto giuridico litigioso»: v. E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale nel nuovo codice di procedura civile*, Milano, 1942, pp. 243 segg., e in part. 245 e 248. Nel suo «terzo ed ultimo significato» il termine «parte» designa quindi «i titolari della situazione sostanziale oggetto del processo»: A. PROTO PISANI, *Parte nel processo (Diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXI, Milano, 1981, p. 922. Se il ruolo di parte processuale e sostanziale sono tendenzialmente coincidenti – poiché la regola di legittimazione ad agire ordinaria, che si desume dall'art. 81 c.p.c., impone che ad agire in giudizio in proprio nome sia chi fa valere diritti (affermati come) propri – nei casi di legittimazione straordinaria, in cui si può stare in giudizio in nome proprio per un rapporto altrui, acquistano una dimensione autonoma; conducendo alla possibile compresenza di tre distinti soggetti che si pongono dietro la nozione di parte, come si verifica quando il legittimato straordinario, che sta in giudizio con il nome (parte processuale) ma per un diritto affermato come altrui (della parte sostanziale), stia però in giudizio tramite un rappresentante (parte formale).

³⁹ Vi è, infatti, una corrispondenza tra titolarità, disposizione e potere di agire in giudizio. Il «potere di accertare giudizialmente l'esistenza di un diritto spetta a chi ha il potere di disporne»: E. REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1911, p. 194, nota 168. Allo stesso tempo, il potere di disporre di un diritto spetta, in via generale – e salvo diverse previsioni – al suo titolare: v. S. PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in *Diritto civile*, Milano, 1951, p. 5.

⁴⁰ CARNELUTTI, *Sistema*, cit., pp. 344 e 393-394.

vicende processuali che coinvolgono le persone giuridiche e gli altri soggetti di diritto diversi dalle persone fisiche, i quali, pure, possono agire in giudizio tramite un rappresentante od organo⁴¹.

In presenza di una parte “complessa”, la scissione tra potere di esercizio dell’azione e imputabilità del rapporto controverso su diversi centri di imputazione giuridica si riflette nella scomposizione tra i ruoli di parte; e poiché l’esercizio dell’azione non si accompagna alla titolarità prospettata della situazione controversa in capo ad uno stesso soggetto, la legittimazione ad agire non è in grado di spiegare compiutamente i diversi ruoli di parte.

In particolare, quando un soggetto agisce per un diritto prospettato (non come proprio, bensì) come altrui, la legittimazione ad agire ordinaria non può fondare la posizione della parte formale. Quest’ultima potrà stare in giudizio in ragione di una disposizione eccezionale, e dunque come legittimato straordinario, in nome proprio, così configurandosi allo stesso tempo come parte formale e processuale; ma potrà anche agire in nome altrui, di una diversa parte processuale, venendo allora a ricoprire il solo ruolo di chi esercita l’azione. In tal caso, la posizione della parte formale non si giustifica sulla base della legittimazione ad agire, ordinaria né straordinaria, ma deve fondarsi su una diversa forma di legittimazione; da rinvenire nella legittimazione processuale.

4. *Legittimazione processuale e sue forme: la legittimazione processuale non rappresentativa.* – Legittimazione processuale che, per certi aspetti, è ancora controversa. In aderenza alla tradizione chiovendiana, infatti, la *legitimatio ad processum* viene contrapposta alla *legitimatio ad causam* e intesa come sinonimo di capacità processuale⁴²; in un’accezione, però, criticata per l’impiego promiscuo delle categorie di capacità e legittimazione⁴³. È nel pensiero

⁴¹ V. *infra*, par. 4.

⁴² Nella prospettiva chiovendiana, infatti, con *legitimatio ad processum* si indica la capacità di stare in giudizio: G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1936, II.1, p. 164; e v. nello stesso senso, P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova, 1943, II, p. 239; S. SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1948, p. 56.

⁴³ Così F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 116, che all’origine della «confusione» pone proprio Chiovenda; cfr. Id., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, pp. 319 segg.

carneluttiano che si inizia a delineare un potere di esercizio dell'azione distinto dalla capacità, e così un autonomo concetto di legittimazione processuale⁴⁴. Con la nozione si tende a definire «quale situazione particolare rispetto alla lite debba verificarsi affinché a taluno spetti il potere di agire nel processo»; e, se la risposta «più semplice» è quella fondata sull'interesse nella lite, come avviene di fronte ad una parte “semplice”, che agisce in base ad una ordinaria legittimazione ad agire, tale interpretazione «contrasta con una serie di fenomeni processuali» in cui i soggetti «non agiscono in processo per le loro liti, ma agiscono i loro rappresentanti», pur senza essere «gli interessati»⁴⁵. All'interno del concetto così delineato, Carnelutti riconduce, «accanto alla figura della *amministrazione (rappresentanza legale) degli incapaci*, l'altra della *amministrazione (rappresentanza) delle persone giuridiche* e, inoltre, quella della *rappresentanza volontaria*»⁴⁶.

Nella sua declinazione rappresentativa, la legittimazione processuale ha raggiunto con Mandrioli il proprio inquadramento sistematico⁴⁷. In quanto non corrisponde al potere di esercizio dell'azione fondato sulla titolarità, benché meramente affermata, della situazione sostanziale dedotta in giudizio, essa si differenzia innanzitutto dalla legittimazione ad agire⁴⁸: nella forma

⁴⁴ Sul punto, si v. CARNELUTTI, *Teoria*, cit., pp. 319-320. Nella produzione scientifica dell'Autore non vi è un utilizzo univoco del termine; tuttavia, si perviene a distinguere chiaramente la legittimazione ad agire, quale «potere di agire fondato sulla qualità di parte (interessato)», dalla *legitimatō ad processum*, «potere di agire fondato sulla qualità di rappresentante della parte (dell'interessato)»: Id., *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1930, II.1, pp. 194-195. In una prospettiva affine si pone E. ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire*, in *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957, p. 196, che riferisce la «legittimazione ad processum» alla posizione «del rappresentante e dell'organo»; E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, 2^a ed., Roma, 1936, pp. 124 segg., che pure rimanda alla posizione del rappresentante; e lo stesso V. ANDRIOLI, *La legittimazione ad agire*, in *Rivista italiana di scienze giuridiche*, 1935, p. 248, afferma che, quando si discute «sulla validità del titolo, in base al quale agisce il tutore o il curatore, non si fa questione [...] di *legitimatō ad causam*, ma di qualifica di parte, o di *legitimatō ad processum*».

⁴⁵ CARNELUTTI, *Lezioni*, cit., pp. 185-186.

⁴⁶ Id., *Sistema*, cit., I, p. 366.

⁴⁷ E, proprio in quanto definita rispetto al rappresentante, la legittimazione processuale è stata detta «rappresentativa»: C. MANDRIOLI, *Delle parti*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da Allorio, I.2, Torino, 2973, pp. 890-891.

⁴⁸ Id., *Premesse*, cit., p. 249. Dalla legittimazione ad agire, «nella quale una parte della dottrina pretenderebbe di risolvere il concetto», quella processuale «si distingue» perché prescinde dal «riferimento alla situazione sostanziale, sia pure in termini di affermazione, che fonda [...] la titolarità dell'azione stessa»: MANDRIOLI, *Delle parti*, cit., p. 887.

rappresentativa su cui si concentra l'Autore, infatti, la legittimazione processuale indica il potere di agire per altri, in nome altrui. Se il criterio normale di attribuzione del potere di agire si rinviene nella titolarità del diritto, la legittimazione processuale viene attribuita «in via anormale» ai rappresentanti legali, volontari e ai rappresentanti delle persone giuridiche (o a queste per mezzo dei loro organi)», che, «pur senza essere titolari del diritto dedotto in giudizio, possono essere dotati del potere di esercizio dell'azione», da spendere «in nome altrui, ossia del titolare»⁴⁹. Allo stesso tempo, viene distinta anche dalla capacità; diversamente dalla quale non integra una categoria astratta ma relazionale, da valutare in riferimento al rapporto controverso⁵⁰.

In ragione dell'esercizio rappresentativo dell'azione, il legittimato processuale agisce in via «anormale» ma pur sempre ordinaria⁵¹, spendendo l'azione in nome del rappresentato: dalla posizione che riveste rispetto al titolare prospettato del rapporto controverso ritrae il potere di agire in suo nome⁵².

Oltre alla rappresentanza volontaria, in cui è il titolare del rapporto a conferire a un terzo il potere di agire, e necessaria, rispetto a un soggetto incapace di agire da sé⁵³, una forma di legittimazione processuale è alla base dell'esercizio dell'azione per le persone giuridiche e gli altri soggetti di diritto

⁴⁹ Id., *La rappresentanza*, cit., pp. 91 segg., e, in part., 97.

⁵⁰ Si è visto (*supra*, nt. 12) come l'A. pervenga a una più profonda rivisitazione dell'art. 75 c.p.c.: poiché la legge fa dipendere la «capacità processuale» «proprio da codesto libero esercizio dei diritti, ciò che essa legge chiama capacità processuale non può rientrare nella nozione sistematica della capacità», ma in quella della «legittimazione»: MANDRIOLI, *Premesse*, cit., p. 249. Ne emerge «una norma involuta e concettualmente confusa, nella quale si adombrano contemporaneamente due concetti»; concludendo che l'art. 75, comma 1, c.p.c. compie «l'attribuzione della legittimazione processuale servendosi (impropriamente) della formula «capacità» processuale»: Id., *La rappresentanza*, cit., pp. 88 ss.

Del resto, già Carnelutti riteneva che la norma codicistica sulla capacità processuale (all'epoca, l'art. 36) riguardasse «propriamente piuttosto che la capacità, la legittimazione»: CARNELUTTI, *Sistema*, cit., p. 361.

⁵¹ Nella terminologia utilizzata da MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 91 ss.

⁵² Si può discutere se al rappresentante spetti la titolarità dell'azione per un rapporto controverso altrui, il potere di esercitare un'azione altrui, oppure, ancora, il mero esercizio di un potere anch'esso altrui. Nel senso che il «rappresentante processuale non esercita punto nel processo un potere del rappresentato, sibbene un potere proprio», in ragione di una legittimazione derivata, secondaria o indiretta, v. CARNELUTTI, *Lezioni*, cit., pp. 194-195; Id., *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1938, II, pp. 144-146. Ma, nel senso che con l'incapacità non venga per ciò stesso meno il potere, v. A. LENER, voce *Potere (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Milano, 1985, pp. 610 segg.

⁵³ *Ibidem*.

diversi dalle persone fisiche⁵⁴; soggetti che, pur potendo essere titolari di rapporti giuridici, e così assumere il ruolo di legittimati ad agire, sono materialmente incapaci, sicché l'esercizio dell'azione in giudizio per loro conto deve sempre avvenire ad opera di una persona fisica⁵⁵. Persone giuridiche ed enti privi di personalità possono infatti muoversi nel processo tramite un duplice modello di esercizio dell'azione, rappresentativo od organico: in base al primo, il rappresentante, parte formale, agisce in nome e nell'interesse dell'ente, al quale è imputata la titolarità del rapporto controverso, sì da ricoprire il ruolo di parte processuale e sostanziale; con il secondo, invece, il potere di agire è esercitato dall'ente, per mezzo di un soggetto con il quale intercorre un rapporto organico⁵⁶. E, proprio in quanto il potere di agire si esprime ad opera dello stesso ente, seppure per mezzo dell'organo, l'ente viene a ricoprire contestualmente il ruolo di parte non solo processuale e sostanziale, ma anche formale, in persona dell'organo⁵⁷. L'esercizio dell'azione in via organica fa quindi trapelare un modello di esercizio dell'azione particolarmente affine ma non pienamente

⁵⁴ «Che le persone giuridiche siano *parti* nel giudizio, e possano agire od essere convenute nella persona dei loro rappresentanti, non è dubbio» da tempo: v. F. FERRARA, *Capacità delle persone giuridiche e sue limitazioni*, in *Rivista del diritto commerciale*, I, 1914, pp. 352-353. La stessa consapevolezza si è estesa ai soggetti diversi dalle persone fisiche privi di personalità, quali associazioni e comitati previsti dall'art. 75, comma 3, c.p.c.; v. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 241 segg. La distinzione tra personalità e mera soggettività giuridica, una volta calata nel processo, si riflette allora in simili modelli di esercizio dell'azione, richiedendo un legittimato processuale che agisca per conto dell'ente.

⁵⁵ In tali casi emerge infatti un'incapacità "materiale": v. L. MORTARA, *Rappresentanza dei consorzi in giudizio*, in *Alcune questioni di diritto e procedura civile*, Mantova, 1884, pp. 120, 123-124. Gli atti processuali, del resto, «sono sempre espressione [...] d'un comportamento umano»: R. POGGESCHI, *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, Milano, 1951, p. 187.

⁵⁶ Mentre la rappresentanza «implica una scissione soggettiva tra comportamento [...] e conseguenze giuridiche», il rapporto organico «assume come proprio dell'ente non soltanto le conseguenze giuridiche, ma, prima ancora, lo stesso comportamento dell'individuo-organo», sicché «chi agisce è la stessa persona giuridica»: MANDRIOLI, *Premesse*, cit., pp. 146-147. Nell'immedesimazione organica, «è l'ente stesso che agisce direttamente in proprio nome e nel proprio interesse», residuando in capo all'organo la sola esecuzione materiale, diversamente dalla rappresentanza, in cui la persona fisica «non svanisce» dietro all'ente: M. GABOARDI, *La rappresentanza processuale della società*, in *Rivista delle società*, 2014, p. 789.

⁵⁷ Le persone giuridiche, «quando agiscono per mezzo di un rappresentante, stanno in giudizio col nome, mentre i loro rappresentanti vi stanno con l'attività. Dal che si desume che questi ultimi hanno la legittimazione processuale, ferma la legittimazione ad agire in capo alle persone giuridiche»: MANDRIOLI, *Delle parti*, cit., p. 902. Diversamente, di fronte allo «strumento organico» l'attività è della persona giuridica, che «sta in giudizio non solo col nome, ma anche con l'attività, ed ha, pertanto, la legittimazione processuale»: *ibidem*.

sovrapponibile a quello rappresentativo: non vi è un esercizio dell'azione in nome dell'organo, bensì in base a un rapporto di immedesimazione, sì da giustificare la denominazione di rappresentanza organica.

Benché sia stata tradizionalmente sovrapposta alla capacità⁵⁸, e, quand'anche considerata in termini autonomi, riferita essenzialmente alla rappresentanza, la legittimazione processuale pare assumere i contorni di una categoria generale: calata all'interno delle vicende processuali a parte "complessa", essa individua un comprensivo potere di esercizio dell'azione nell'interesse altrui⁵⁹, sì da integrare il titolo legittimante della posizione che assume in giudizio la parte formale, e che può anche essere di natura non rappresentativa⁶⁰.

Risulta evidente, al di là della rappresentanza (impropriamente) organica, quando ci si accosta alle vicende processuali che interessano patrimoni sottoposti alla gestione altrui; a venire in rilievo è infatti una forma di legittimazione processuale ancora diversa, in cui il gestore, preposto all'esercizio dell'azione, non agisce come un legittimato ad agire, in nome proprio, per un rapporto e un interesse proprio, né può essere ricondotto ad un rappresentante, neppure organico.

4.1. *La posizione processuale del curatore fallimentare e del gestore (o titolare-gestore) di patrimoni destinati.* – In tale direzione si può osservare, innanzitutto, la posizione del curatore fallimentare, che non agisce certamente come legittimato ad agire, per rapporti prospettati come propri, ma deve agire per rapporti imputati al fallito. Quest'ultimo, come si è dato conto, pur perdendo la disponibilità del patrimonio, ne conserva la proprietà; e, come deve

⁵⁸ «Legittimazione processuale (*legitimatō ad processum*)», nella prospettiva ritenuta consolidata, «è detta la capacità processuale, cioè la capacità di agire nel processo»: S. COSTA, *Legittimazione processuale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, IX, 1963, p. 732.

⁵⁹ La «legittimazione processuale» indica «la idoneità di una persona ad agire nel processo dovuta alla sua posizione e più precisamente al suo interesse o al suo ufficio»: CARNELUTTI, *Sistema*, cit., p. 366.

⁶⁰ Vi sono infatti «forme di agire su diritti altrui, alle quali non è correlativa la caratteristica della rappresentanza»: così V. ANDRIOLI, *La legittimazione ad agire*, in *Scritti giuridici*, Milano, 2007, I, p. 287.

continuare ad essere prospettato titolare, così pure si connota legittimato ad agire nelle controversie fallimentari.

Allo stesso tempo, però, il curatore non può agire come legittimato processuale rappresentativo; il fallito, infatti, non perde la capacità, ma lo stesso potere di disporre e agire per il patrimonio. Il curatore, allora, non può trarre dal fallito un potere di cui è privo, spendendolo in suo nome⁶¹.

Viene così a delinearsi un peculiare esercizio dell'azione per conto altrui, che però non è in nome né nell'interesse altrui, quanto piuttosto in funzione della qualità. È, cioè, in funzione della posizione gestoria rivestita per il patrimonio fallimentare che il curatore si trova investito del potere di agire.

La posizione assunta dal gestore di fronte ad un soggetto che non può disporre del patrimonio consente una più ampia riflessione sulle vicende processuali in cui si muovono patrimoni destinati, rispetto ai quali il titolare non perde per ciò stesso il potere di disporre, ma il potere di disporre nel proprio interesse. Già Redenti aveva escluso la possibilità di ricondurre la posizione di chi agisce nell'interesse di destinazione all'esercizio dell'azione in nome proprio o altrui; ipotizzando, invece, un esercizio dell'azione nella «veste o qualità», e ulteriormente distinguendo la posizione del soggetto rivestito della gestione del patrimonio da quella del titolare⁶². Quando ad agire è il titolare del patrimonio, quest'ultimo esercita l'azione in funzione della qualità gestoria ricoperta per il patrimonio anziché della titolarità: il titolare non può agire nel proprio interesse, ma nel perseguimento del fine di destinazione, alla luce della funzione gestoria che ricopre, e, seppure la posizione di gestore possa essere assunta dal titolare, egli si trova ad agire «in una veste o qualità diversa, e per interessi (in tutto od in parte) altrui»⁶³. Così si può leggere la posizione della società che agisca in

⁶¹ La «legittimazione» del rappresentante, infatti, «non può mai eccedere quella del rappresentato»: U. NATOLI, *Rappresentanza (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1987, XXXVIII, p. 463 ss. Il soggetto al quale venga attribuita la facoltà di disposizione per conto di altri a cui viene tolta non può configurarsi come «rappresentante in senso proprio», agendo «in nome del soggetto»: F. INVREA, *Possibilità giuridica e legittimazione*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1939, I, p. 323. Il rappresentante infatti non può spendere un potere maggiore di colui che rappresenta.

⁶² REDENTI, *Diritto*, cit., pp. 124 e 126.

⁶³ *Ibidem*.

giudizio per i rapporti rientranti nello specifico affare; nonché quella del trustee, che per i rapporti in trust deve agire proprio in qualità di trustee⁶⁴. Qualora invece la gestione del patrimonio sia attribuita a un terzo, come talvolta emerge rispetto alla destinazione *ex art. 2645-ter*⁶⁵, sarà il terzo a poter agire; non però in nome del titolare, come suo rappresentante, bensì, di nuovo, nella sua qualità gestoria, nell'interesse del patrimonio e per rapporti ad esso direttamente imputabili.

4.2. *Il gestore del patrimonio «senza soggetto» o «quasi soggetto»*. – Il potere di agire del gestore, fondato sulla qualità ricoperta per il patrimonio, consente di spiegare anche l'esercizio dell'azione per i patrimoni «senza soggetto» o, comunque, “in bilico” tra oggettività e soggettività; rispetto ai quali un titolare investito del potere di agire è per definizione assente e ad agire deve invece essere il gestore, nell'interesse del patrimonio.

Così avviene per l'amministratore, quando agisce per rapporti strettamente condominiali, e nel perseguimento di un interesse comune che può anche confliggere con quello specifico dei condomini⁶⁶; così il curatore dell'eredità giacente, che agisce per rapporti ereditari provvisoriamente privi di un soggetto; e così, pare, anche i soci della società estinta. I quali, anziché come successori, dovrebbero agire (e contraddire) proprio nella loro qualità di ex soci: per rapporti giuridici che, a seguito dell'estinzione della società, continuano ad incidere su di un patrimonio ancora vincolato innanzitutto alla garanzia dei creditori sociali, e nei quali subentrano secondo specifiche regole di responsabilità, anziché in via

⁶⁴ Così prevede la Convenzione dell'Aja e così richiede la giurisprudenza; v. T. Ravenna, 8 agosto 2017, n. 850, in *Dejure*.

⁶⁵ Si distingue infatti l'atto «puro» di destinazione dall'eventuale contenuto «atipico», come l'affidamento della gestione al beneficiario o a un terzo: A.M. PINELLI, *Trascrizione di atti di destinazione*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Banca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna-Roma, 2017, VI, p. 276.

⁶⁶ V. *supra*, nt. 35.

successoria⁶⁷. Sicché anche gli ex soci starebbero nel processo non quali legittimati ad agire, bensì come legittimati processuali, rivestendo il ruolo di parte (solo) formale del processo, in virtù di una posizione rivestita per il patrimonio dell'ente estinto. Allo stesso modo, sembra agire quale parte solo formale la s.g.r., non in nome proprio né dei partecipanti al fondo comune di investimento, ma, a propria volta, in ragione di una qualità gestoria, come legittimata processuale nell'interesse del fondo⁶⁸.

5. *Alcune riflessioni sulla legittimazione processuale del gestore.* – Di fronte a patrimoni sottoposti ad un gestore, il ruolo da quest'ultimo svolto nel processo non può spiegarsi in ragione delle categorie classiche; né quella di legittimato ad agire, né di legittimato processuale rappresentativo od organico.

Diversamente dall'esercizio dell'azione ad opera di un ordinario legittimato ad agire – che agisce in nome e nell'interesse proprio, per un diritto prospettato come proprio, e che dalla titolarità prospettata trae il potere di esercizio dell'azione –, il gestore agisce per rapporti riferibili al patrimonio; e, anche quando sia allo stesso tempo titolare, la diretta imputabilità al patrimonio, in aggiunta al perseguimento dell'interesse che vi è sotteso, fa sì che non si atteggi come un ordinario legittimato ad agire. Allo stesso tempo, il gestore non agisce in nome altrui, spendendo un potere rappresentativo, nemmeno nella sua (impropria) declinazione organica: poiché manca quella duplicità soggettiva che sola consente di individuare un rappresentante o un organo, ne risulta una

⁶⁷ Patrimonio che continua a costituire «integrale» ed «esclusiva, garanzia dei creditori sociali»: GUIZZI, *Le Sezioni Unite, la cancellazione delle società e il «problema» del soggetto*, cit., p. 561. Nella medesima direzione si pone l'art. 2495, comma 2, c.c.; sulla cui diversità testuale dall'art. 303 c.p.c., con le relative conseguenze processuali, v. C. CONSOLO – F. GODIO, *Le sezioni Unite sull'estinzione di società: la tutela creditoria «ritrovata» (o quasi)*, in *Corriere giuridico*, 2013, p. 691.

⁶⁸ Il ruolo della s.g.r. è infatti ricondotto ad una sorta di «organo gestorio», mentre «parte del processo è soltanto il fondo, che starà in giudizio tramite la s.g.r.»: F. CORSINI, *La capacità di essere parte dei fondi comuni di investimento*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 2012, 334; e una sorta di rappresentanza degli interessi del fondo è ipotizzata da P. GIUDICI, *L'azione di responsabilità contro gli amministratori di s.g.r.*, in *Società*, 2015, pp. 1132 segg.

legittimazione processuale che non si esprime in termini rappresentativi né organici⁶⁹.

Nei casi in cui «si organizza una amministrazione autonoma», sottratta alla libera disposizione del titolare, i soggetti «investiti dell'ufficio, mansione, compito o missione di amministrare» «non operano come dei legali rappresentanti, bensì nella loro veste o qualità di gestori autonomi»: «solo costoro possono legittimamente stare in giudizio nella veste e nella qualità»⁷⁰. Il potere di agire di cui sono investiti potrà anche cumularsi con la titolarità del patrimonio, ma, in ogni caso, viene speso in funzione della posizione gestoria ricoperta, più che della titolarità: da un lato, il legittimato processuale sarà un soggetto terzo, che agisce in ragione della qualità di gestore ricoperta per il patrimonio (adespota, quasi soggetto, o di un titolare privo del potere di disporre); dall'altro, verrà ad assumere il ruolo di gestore lo stesso titolare del patrimonio.

La posizione di “gestore”, allora, consente di individuare a che titolo il soggetto può agire in giudizio per il patrimonio; sia o non sia titolare, il legittimato processuale agisce in ragione di un potere che gli è attribuito in funzione della qualità di gestore. E, benché non “impersoni” né “rappresenti” il patrimonio, il gestore si comporta quasi come un rappresentante o un organo⁷¹, sì che potrebbe definirsi legittimato processuale “periorganico”⁷². Del resto, come

⁶⁹ Non può esservi un rappresentante o un organo in mancanza di un soggetto; «un organo non può nascere prima della persona»: A. AURICCHIO, *La c.d. rappresentanza di persona giuridica futura*, in *Studi urbinati*, 1959-60, p. 86.

⁷⁰ Si tratta di un potere di esercizio dell'azione collegato allo specifico ufficio o qualità ricoperta, che si esplica nello «stare in giudizio in ragione di un ufficio assunto e in questa particolare qualità», e, in particolare, nella «veste o qualità di gestori autonomi» per la «gestione patrimoniale autonoma»: REDENTI, *Diritto*, cit., p. 124.

⁷¹ Se le persone giuridiche e gli altri soggetti di diritto, sulla base di un fenomeno di «personificazione», possono «esser parti e comparire anche in giudizio come fossero una persona vera, rappresentata però (o quasi – rappresentata) da altri» (così REDENTI, *Profili*, cit., p. 30), in presenza di un patrimonio può ravvisarsi un rapporto quasi-organico. E infatti, rispetto alle «cosiddette gestioni patrimoniali autonome, [...] la legge non si serve più dello strumento rappresentativo, ma piuttosto di uno strumento *sui generis* più vicino a quello organico»: MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 245.

⁷² Sulla peculiare legittimazione processuale del gestore, si consenta di rimandare a L. GALANTI, *Processi senza soggetto. Contributo allo studio delle «gestioni patrimoniali autonome» nel processo*, Milano, 2021, in part. pp. 318 segg.

già aveva scorto Redenti, non tutto può ricondursi ai modelli classici di esercizio dell'azione; «se il gestore scenda in campo [...] non si può dire né che stia in giudizio in nome proprio (perché non risponde del proprio) né che stia in giudizio in nome altrui (perché non c'è dietro di lui un soggetto persona fisica o giuridica di cui sia rappresentante). E, poiché i gestori «non operano come dei legali rappresentanti, bensì nella loro veste o qualità di gestori autonomi», ne sorge, appunto, un *tertium genus*», che «è lo stare in giudizio in ragione di un ufficio assunto e in questa particolare qualità»⁷³.

⁷³ REDENTI, *Diritto*, cit., pp. 124 e 126.

IL REINSERIMENTO SOCIALE: ANTIDOTO PER UNA COMUNITA' ESCLUDENTE

ELEONORA SANTORO*

L'esecuzione penale interessa la società non solo dal punto di vista della volontà retributiva, ma anche dal lato dell'inderogabile dovere solidaristico (artt. 2 e 3 Cost.) che impegna le istituzioni e i cittadini. Esso deve sostanziarsi nella rimozione delle debolezze sociali che, spesso, contraddistinguono la vita dell'autore del reato sia prima dell'evento criminoso, sia nel momento detentivo. In tal senso gioca un ruolo fondamentale il reinserimento sociale (art. 27, terzo comma, Cost.), punto di partenza di un percorso all'interno del quale il detenuto, le istituzioni e la collettività dovrebbero camminare assieme per ricostruire il legame sociale e per rendere effettiva la libertà, l'eguaglianza e la pari dignità di tutti i cittadini. Pertanto, il contributo analizzerà il carcere lungo tre direttrici (lavoro, istruzione, affettività), evidenziando la necessaria compenetrazione fra ambiente detentivo e comunità esterna.

Criminal execution concerns the society not only from the point of view of the retributive will, but also from the side of the mandatory solidarity duty (Articles 2 and 3 of the Italian Constitution) which binds institutions and citizens. This duty entails the removal of the social weaknesses that often distinguish the offender's life both before the criminal event and during detention. That is why rehabilitation plays a fundamental role (Article 27, paragraph 3, of the Italian Constitution), as the starting point of a path in which the prisoner, the institutions and the community should try to rebuild the social bond and make freedom and equality effective for everybody. Therefore, the article will analyze the prison system along three lines (work, education, affectivity), highlighting the necessary interpenetration between the prison environment and the external community.

SOMMARIO: 1. La comunità nella comunità. - 2. La finalità costituzionale della pena: il reinserimento sociale. - 3. I tre assi portanti della (ri)socializzazione: lavoro, istruzione, affettività.

*Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Firenze.

La Nuova Giuridica - Florence Law Review, ISSN © 2022 E. Santoro. This is an open access article, double blind-peer reviewed, published by Firenze University Press under the terms of the Creative Commons Attribution Licence, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. DOI:

<https://riviste.fupress.net/index.php/nuovagiuridica>

1. *La comunità nella comunità.* - L'idea del carcere come comunità all'interno della comunità è risalente nel tempo e muove dall'importante volume di Donald Clemmer dal titolo *The Prison Community*, ove si legge che è metodologicamente utile pensare al penitenziario come a una comunità carceraria¹. L'autore definisce infatti il carcere come una società dinamica e fluida caratterizzata da alcuni principi fondamentali. Il primo fra questi è il fatto che i comportamenti di coloro che compongono la *prison community* (detenuti e operatori penitenziari) creano una dinamica sociale, all'interno della quale la regola generale è la spersonalizzazione²; il secondo è che il carcere, come gli altri gruppi sociali, ha una sua cultura propria³.

Se si muove da questa impostazione⁴, non si può celare la fisionomia di istituzione totale e totalizzante del sistema penitenziario. Soccorre sul punto la tesi di Erving Goffman, in base alla quale un'istituzione totale è «il luogo di residenza e di lavoro di gruppi di persone che [...] si trovano a dividere una situazione comune, trascorrendo parte della loro vita in un regime chiuso e formalmente amministrato»⁵, connotato da quattro caratteristiche strutturali: ogni attività viene compiuta nello stesso luogo e sotto il controllo della stessa autorità; gli individui svolgono attività quotidiane inseriti in gruppi numerosi, durante le quali sono costantemente vigilati da membri dello staff dell'istituzione; l'istituzione prevede un sistema di regole rigide e ripetitive, che definisce ogni tipo di attività in essa presente, così da standardizzare le giornate e i comportamenti degli individui; infine, lo svolgimento delle attività è finalizzato al raggiungimento degli scopi ufficiali dell'istituzione⁶. Con l'aggettivo totalizzante, infatti, intendiamo enfatizzare il suo essere una realtà

¹ D. CLEMMER, *The Prison Community*, Boston, 1940, p. 88.

² Ivi, pp. 83 segg.

³ Ivi, pp. 294 segg.

⁴ Cfr. E. SANTORO, *Carcere e società liberale*, Torino, 2004, II ed., p. 72, che parla del carcere come società nella società.

⁵ E. GOFFMAN, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Torino, 2010, p. 29.

⁶ Ivi, pp. 35 segg.

che ingloba l'individuo, coinvolgendolo completamente, e che lo allontana dal mondo esterno attraverso la rescissione dei legami e dei contatti *extra moenia*.

Come gli istituti psichiatrici, anche l'ambiente carcerario è un luogo definito da processi di mortificazione e spoliazione dell'identità degli internati⁷. Sinteticamente, possiamo definire la mortificazione come la frustrazione derivante dalla mancanza di libertà di azione e dalla limitata capacità di autodeterminarsi. Sia sufficiente ricordare che il detenuto, per svolgere azioni quotidiane basilari, deve rivolgere una specifica richiesta alla direzione dell'istituto attraverso un modulo che nel gergo carcerario prende il nome di "domandina"; il termine utilizzato evidenzia già di per sé l'estrema infantilizzazione cui è sottoposta la persona detenuta. Per spoliazione, invece, intendiamo la perdita di possesso dei beni materiali, manifestazione sintomatica del processo di progressiva perdita di identità, realizzato attraverso l'abbandono forzato del precedente *status* sociale di riferimento⁸.

Poste queste brevi premesse sulla realtà carceraria, che offrono le coordinate essenziali per orientarsi all'interno delle tematiche che verranno affrontate nelle pagine successive, vogliamo mettere in luce il (parziale e lento) mutamento di paradigma del sistema penitenziario italiano grazie alla sua bi-direzionale apertura verso l'esterno. Da un lato, infatti, si registra un aumento dell'ingresso all'interno del carcere di figure non appartenenti all'amministrazione penitenziaria, come i volontari delle organizzazioni che a vario titolo svolgono attività di tipo solidaristico (associazioni religiose, cliniche legali, etc.), ma anche di soggetti aventi finalità di controllo, di tipo istituzionale (Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale) e di tipo associazionistico (ad es. l'Associazione Antigone, che dal 1998 è autorizzata dal Ministero della Giustizia a visitare gli istituti penitenziari italiani). Dall'altro, la popolazione detenuta ha sempre maggiori possibilità di interazione con la società libera, sia attraverso i colloqui, sia con l'accesso ai benefici penitenziari, come i permessi premio, nonché mediante la possibilità di iscriversi ai corsi di

⁷ F. VIANELLO, *Sociologia del carcere. Un'introduzione*, Roma, 2019, p. 56.

⁸ Ivi, p. 61.

laurea di università pubbliche o di partecipare ad eventi culturali al di fuori delle mura di cinta dell'istituto, come gli spettacoli delle compagnie dei detenuti nei teatri.

Con riguardo all'ordinamento giuridico italiano, questo percorso è il frutto di un cammino iniziato con la Costituzione del 1948, che ha consacrato la finalità rieducativa delle pene (termine non casualmente declinato al plurale, in un'ottica non carcerocentrica⁹), proseguito con la riforma dell'ordinamento penitenziario (l. n. 354/1975), che ha inserito il carcere all'interno delle formazioni sociali in cui, *ex art. 2 Cost.*, l'individuo deve sviluppare la sua personalità, e che non è stato ancora portato a compimento nonostante i vari tentativi di riforma orientati alla scarcerazione (si pensi all'esperienza degli Stati Generali dell'Esecuzione penale del 2016, ai decreti legislativi nn. 121, 123 e 124 del 2018¹⁰ e alla recentissima Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario, istituita dal Ministero della Giustizia con d.m. 13 settembre 2021).

Pertanto, non potendosi negare la configurazione degli istituti penitenziari come contenitori di marginalità sociale, all'interno dei quali convoglia una popolazione detenuta composta in larga parte da categorie socialmente fragili

⁹ In tal senso cfr., *ex multis*, L. CASTELLANO, *Pena, carcere e Costituzione. La potenza della visione di Eugenio Perucatti*, in E. PERUCATTI, *Perché la pena dell'ergastolo deve essere attenuata. Documenti, polemiche, esperienze. Nuovi orizzonti dell'esecuzione penale*, Napoli, 2021, p. XXXIX, la quale scrive che «il “direttore buono” è consapevole che il luogo che governa dovrebbe essere proprio *l'ultima, la residuale, la più estrema delle risposte date al reato dal Paese*» (enfasi aggiunta), proprio ad evidenziare la varietà della risposta sanzionatoria nell'ordinamento costituzionale e l'idea del carcere come *extrema ratio*.

¹⁰ Attraverso i d.lgs. citati è avvenuta la recente riforma dell'Ordinamento penitenziario che, appunto, ha preso avvio grazie all'esperienza degli Stati Generali del 2016, voluta dall'allora ministro della Giustizia Orlando. Il d.lgs. n. 121 si occupa della giustizia minorile, mentre i d.lgs. nn. 123 e 124 intervengono a modificare le disposizioni della l. n. 354/1975 riguardanti l'esecuzione penale per adulti, con particolare riferimento alla vita detentiva, all'assistenza sanitaria, alla semplificazione dei procedimenti per le decisioni di competenza del magistrato e del Tribunale di sorveglianza. Per un'analisi della riforma cfr., *ex multis*, F. FIORENTIN, C. FIORIO, *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 2019. Sull'*iter* di attuazione della delega legislativa cfr. almeno E. FRONTONI, *L'iter di attuazione della delega: un percorso tormentato*, in *La riforma penitenziaria: novità e omissioni del nuovo “garantismo carcerario”*. *Commento ai d.lgs. n. 123 e 124 del 2018*, a cura di P. Bronzo, F. Siracusano, D. Vicoli, Torino, 2019, pp. 3-18.

(es. stranieri)¹¹, si può continuare a ripensare l'esecuzione penale seguendo il faro costituzionale del reinserimento sociale – antidoto per una comunità escludente.

2. *La finalità costituzionale della pena: il reinserimento sociale.* - L'art. 27, terzo comma, della Costituzione prevede che le pene non possano consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e che debbano tendere alla rieducazione del condannato.

In questa sede la nostra attenzione sarà rivolta solamente al principio rieducativo, nella consapevolezza però dell'inscindibile legame intercorrente fra il finalismo rieducativo e l'aspetto umanitario della pena¹² che, quale principio di civiltà rivolto a tutti i soggetti istituzionali, impone che ciascun individuo abbia il diritto indisponibile di «essere trattato come uomo da uomini suoi pari»¹³.

Con riguardo alla funzione della pena, l'avvento della Costituzione non ha comportato un immediato riconoscimento del reinserimento sociale quale perno dell'esecuzione penale, al contrario l'interpretazione costituzionale¹⁴ dell'art. 27, terzo comma, Cost. non è stata sempre univoca ed è stata spesso influenzata dai cambiamenti storici, politici e sociali¹⁵. In un'ottica di continuità con il precedente ordinamento, si registrò inizialmente il tentativo di un'interpretazione restrittiva del principio rieducativo: in linea con le visioni retributive, la rieducazione assumeva la veste di un elemento quasi accessorio della pena (sent. n. 12 del 1966), di uno scopo meramente eventuale, al più relativo ai modi di esecuzione della pena¹⁶. La sanzione penale, quindi, mantiene all'inizio «la sua propria funzione afflittiva e reintegrativa del diritto»¹⁷.

¹¹ Secondo le statistiche del Ministero della Giustizia, al 31 dicembre 2021 i detenuti stranieri presenti negli istituti penitenziari italiani erano 17.043 su 54.134 totali; il 31, 5% della popolazione detenuta in quella data è, quindi, di origine straniera.

¹² Cfr. Corte cost., sent. n. 279 del 2013, punto 7 del *Considerato in diritto*.

¹³ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, p. 114.

¹⁴ Sul concetto di interpretazione costituzionale si veda F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in <https://www.costituzionalismo.it/>, in aperto dibattito con A. PACE.

¹⁵ M. D'AMICO, sub art. 27, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Milano, 2006, vol. I, p. 572.

¹⁶ Cfr. M. RUOTOLO, *Obiettivo carcere: guardando al futuro (con un occhio al passato)*, in *Questione giustizia*, 2015, II, p. 56.

¹⁷ Corte cost., sent. n. 48 del 1962, punto 3 del *Considerato in diritto*.

Negli anni Sessanta la Corte costituzionale accoglie dunque una concezione polifunzionale della pena secondo la quale, ferma la finalità essenzialmente retributiva della sanzione penale, nulla osta a che esigenze diverse possano essere perseguite nel momento esecutivo, tra cui la rieducazione del condannato, degradata a mero elemento del trattamento penitenziario. Non assumendo il valore di principio esclusivo e assoluto, l'ideale rieducativo viene inizialmente svalutato, tanto che le altre finalità della pena, come la tutela dei cittadini e la salvaguardia dell'ordine pubblico, rendevano comunque compatibile con il sistema costituzionale una pena non totalmente espressiva della rieducazione. Circostritta alla fase esecutiva, non poteva influenzare né l'astratta previsione della pena da parte del legislatore, né la sua concreta applicazione ad opera dell'autorità giudiziaria.

Per il superamento della visione eclettica della pena bisognerà attendere gli anni Novanta, anche se le prime anticipazioni del cambiamento si registrano già nelle sentenze nn. 204 del 1974 e 364 del 1988, le quali esprimono una posizione antitetica rispetto alla concezione accolta in quel periodo dalla Consulta. Nella prima, infatti, non solo la risocializzazione viene qualificata come «il fine ultimo e risolutivo della pena», ma si gettano anche le basi per il riconoscimento di un vero e proprio diritto soggettivo alla rieducazione¹⁸. Nella seconda, invece, il finalismo rieducativo è espressamente svincolato dalla sola fase esecutiva della sanzione comminata, divenendo elemento in grado di permeare l'intera fattispecie criminale; tuttavia, la sua definitiva consacrazione quale principio generale dell'ordinamento si avrà soltanto con la celebre sentenza n. 313 del 1990.

In quell'occasione, la Corte costituzionale ripercorre criticamente la sua pregressa giurisprudenza e afferma chiaramente che la rieducazione non può essere ridotta «entro gli angusti limiti del trattamento penitenziario», caratterizzando la pena nel suo contenuto ontologico e accompagnandola «da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si

¹⁸ Corte cost., sent. n. 204 del 1974, punto 2 del *Considerato in diritto*, ove si legge che sulla base del precetto di cui all'art. 27 Cost. sorge «il diritto per il condannato a che [...] il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo».

estingue»¹⁹. L'obbligo costituzionale del reinserimento sociale, dunque, deve guidare il legislatore nelle scelte di politica criminale e il giudice nell'irrogazione concreta della sanzione penale. La diversificazione penale consente, infatti, attraverso l'individualizzazione del trattamento, di costruire percorsi differenziati capaci, almeno in potenza, di agevolare la risocializzazione del condannato. Pertanto, l'ideale rieducativo è ormai non solo principio generale dell'ordinamento giuridico, ma patrimonio comune della cultura giuridica europea²⁰ e vincola tutti i soggetti ordinamentali alla predisposizione di percorsi rieducativi effettivi, con pene risocializzanti, individualizzate, ragionevoli e proporzionate²¹.

La pena è e deve costantemente essere connotata dalla finalità di recupero sociale di chi entra nel circuito penale, cosicché quel momento della vita dell'individuo sia finalizzato al suo reinserimento nella società libera. Affinché ciò sia possibile, è indispensabile che la commisurazione della sanzione penale sia collegata alla gravità del reato e alla personalità del condannato, il quale deve concretamente essere messo nella condizione di ricevere un percorso risocializzante individualizzato, al quale aderire autodeterminandosi, non essendo pensabile alcuna forma di imposizione esterna.

Il reinserimento sociale non è un dovere, è una volontà. Occorre, infatti, ricordare che la privazione della libertà personale è già il contenuto della pena (e non lo spazio per le pene possibili) e che in applicazione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), declinato come consapevolezza della diversità individuale, la sanzione detentiva, nonostante sia prevista da un enunciato legislativo generale e astratto, non può livellare la personalità del detenuto, la cui singolarità deve non solo essere ricordata, ma soprattutto tutelata.

¹⁹ Corte cost., sent. n. 313 del 1990, punto 8 del *Considerato in diritto*.

²⁰ Ancora Corte cost., sent. n. 313 del 1990, punto 8 del *Considerato in diritto*, ove si afferma che «si tratta di un principio che, seppure variamente profilato, è ormai da tempo diventato 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».

²¹ S. TALINI, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli, 2018, p. 75.

L'inderogabile dovere solidaristico (artt. 2 e 3 Cost.) impone quindi alle istituzioni, primariamente, e alla collettività esterna di essere parte attiva del reinserimento, attraverso l'abbattimento degli ostacoli e delle debolezze sociali, che si acquiscono all'interno del sistema penitenziario e rendono talvolta difficilmente esercitabili diritti legislativamente riconosciuti. Per tali motivi, è necessario incentivare la compenetrazione fra ambiente detentivo e comunità libera, come indicato dall'art. 17 o.p.²².

3. *I tre assi portanti della (ri)socializzazione: lavoro, istruzione, affettività.* - Con riguardo al Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena (1931) del regime fascista, la dottrina aveva parlato di “tre medicine”²³ o di “tre leggi carcerarie”²⁴ – religione, istruzione, lavoro – nelle quali si esaurivano le attività tassativamente consentite negli stabilimenti penitenziari²⁵. Esso, infatti, non solo prevedeva una rigida separazione fra realtà carceraria e mondo esterno, ma imponeva obbligatoriamente la partecipazione a queste attività, in chiave afflittiva e con finalità di indottrinamento. Se si ragiona per parallelismi, calando la triade nella trama costituzionale, possiamo ritenere che attualmente i tre assi

²² L'art. 17 o.p. rubricato «Partecipazione della comunità esterna all'azione rieducativa» prevede che la finalità del reinserimento sociale debba essere perseguita anche sollecitando ed organizzando la partecipazione di privati, istituzioni o associazioni pubbliche e private all'azione rieducativa.

²³ E. FASSONE, *Religione e istruzione nel quadro del trattamento*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di V. Grevi, Bologna, 1981, p. 133.

²⁴ G. NEPPI MODONA, *Carcere e società civile. Una prospettiva storica*, Testo della lezione tenuta nella seduta inaugurale del Master, Roma Tre, 24 gennaio 2014, in <https://www.dirittopenitenziarioecostituzione.it/contributi/44-carcere-e-societa-civile-una-prospettiva-storica>, p. 3.

²⁵ Tali attività hanno costituito i tre assi portanti del sistema carcerario a partire almeno dagli inizi del 1800, non solo in Italia. Basti pensare che già M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1976, parlava del carcere come un'istituzione disciplinare orientata alla correzione, attraverso l'addestramento e la scansione temporale delle attività quotidiane del detenuto. Per esempio, con riguardo all'aspetto lavorativo, le teorie revisioniste sottolineano come le principali riforme adottate in Europa e negli USA nel corso del XIX sec. siano tutte basate sulla centralità del lavoro forzato quale elemento imprescindibile della sanzione penale; in tal senso cfr. almeno G. RUSCHE, O. KIRCHEIMER, *Punishment and social structure*, New York, 1939, e D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica*, Bologna, 1977.

portanti della (ri)socializzazione²⁶, in vista della ricostruzione del percorso individuale del ristretto, siano il lavoro, l'istruzione e l'affettività. Diversamente dal passato, però, queste attività non sono imposte, ma garantite dall'amministrazione al detenuto, il quale, in ossequio all'impronta personalistica del reinserimento, fonderà la partecipazione al trattamento sulla sua spontanea adesione.

Con l'intento di percorrere il *fil rouge* della necessità di contatto fra comunità penitenziaria e società civile, non potendosi dare contezza in questa sede dell'intera disciplina legislativa che regola ognuno dei tre ambiti, si cercherà di mettere in luce gli elementi positivi e le zone grigie da migliorare per il raggiungimento della finalità costituzionale della pena.

Nel quadro dipinto dai nostri padri costituenti il lavoro è un «eccitatore di mobilità sociale»²⁷: da un lato, infatti, con il riconoscimento a tutti i cittadini del diritto al lavoro si rende possibile la partecipazione diffusa (e non privilegiata) all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese e, dall'altro, il lavoro come dovere di ogni cittadino consente alla Repubblica di beneficiare dell'apporto di ogni individuo al progresso materiale e spirituale della comunità nazionale²⁸. Appare dunque evidente che l'idea storicamente accolta nel regime penitenziario del lavoro in chiave punitiva, come lavoro forzato, mostrava la sua incompatibilità con i principi costituzionali. Non essendo più un «luogo impermeabile e isolato dalla società libera»²⁹ ma un luogo dell'ordinamento, a chi è ristretto in carcere devono essere riconosciuti e garantiti tutti i diritti individuali e collettivi, salve le limitazioni derivanti dalle esigenze proprie della vita detentiva. Infatti, il detenuto «pur privato della maggior parte della sua

²⁶ Il prefisso è inserito tra parentesi in quanto, a parere di chi scrive, il valore iterativo cui rimanda allude al fatto che l'autore del reato abbia perso la sua capacità sociale; si preferisce invece accogliere l'idea di incentivazione della socializzazione che, caratterizzando ogni essere umano in qualità di animale sociale, non è andata persa e non deve essere riguadagnata, ma soltanto maggiormente coltivata.

²⁷ C. MORTATI, sub *art. 1*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 15.

²⁸ Art. 4 Cost., rispettivamente commi primo e secondo.

²⁹ G. NEPPI MODONA, *Ordinamento penitenziario*, in *Digesto delle discipline penali*, vol. IX, Torino, 1995, pp. 43 segg.

libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale»³⁰. In questo prezioso residuo non può che inserirsi anche il principio lavorista.

Con la riforma del 1975, il lavoro diventa uno strumento finalizzato al reinserimento sociale, infatti, annoverato fra gli elementi del trattamento, è assicurato al condannato e all'internato, salvo casi di impossibilità³¹. Le basi per lo sviluppo di questa nuova concezione del lavoro penitenziario sono poste dall'art. 20 o.p. – di recente modificato dal d.lgs. n. 124 del 2018 – ove il legislatore afferma che esso non ha valore affittivo, è remunerato (art. 20, co. 2, o.p.) e che l'organizzazione e i metodi di lavoro devono riflettere quelli della società libera (art. 20, co. 3, o.p.), affinché i ristretti possano acquisire delle competenze professionali adeguate alle normali condizioni lavorative, per agevolarne appunto il rientro in società. Il disegno legislativo è chiaramente orientato ad attuare la finalità rieducativa con lo strumento del lavoro e, perché ciò sia possibile, il principio lavorista deve trovare anche nel mondo carcerario l'espansione massima accolta dalla Costituzione, la quale non opera distinzioni di sorta fra lavoratori liberi e lavoratori detenuti, ma, anzi, «tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni» (art. 35, primo comma, Cost.)³². Ovviamente, calando l'affermazione del principio nella realtà applicativa, non può nascondersi l'esistenza di alcune differenze derivanti dai condizionamenti della vita detentiva, esse però sono le uniche tollerabili, perché per tutti gli altri aspetti (es. modalità di svolgimento della prestazione, tutele) il lavoro penitenziario deve essere equiparato a quello libero; solo così il recluso potrà sviluppare la sua identità di lavoratore.

Tra gli elementi di specificità del lavoro carcerario rientrava la sua obbligatorietà, da ultimo eliminata dal legislatore delegato del 2018 che ha

³⁰ Corte cost., sent. n. 349 del 1993.

³¹ Cfr. art. 15, commi 1 e 3, o.p.

³² Per una più ampia riflessione v. D. CHINNI, *Il diritto al lavoro nell'esecuzione penale. Principi costituzionali e sviluppi legislativi*, in *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, a cura di M. Ruotolo e S. Talini, Napoli, 2019, vol. I, pp. 20 segg.

abrogato l'originario art. 20, co. 3, o.p., rimuovendo una previsione che deformava l'impronta personalistica, autodeterminata e individualizzata del trattamento. Ad ogni modo, è bene chiarire che la volontaria adesione non compromette né la qualificazione del lavoro come diritto soggettivo, tutelabile di fronte all'autorità giudiziaria, né l'obbligo dell'amministrazione penitenziaria di assicurarlo ai condannati e agli internati. L'intervento delle istituzioni pubbliche, richiesto dal principio di eguaglianza sostanziale, è infatti imprescindibile per promuovere condizioni che rendano effettivo il riconoscimento del diritto al lavoro, nella società libera come in quella carceraria.

In relazione alle modalità di esecuzione delle prestazioni lavorative, la fondamentale distinzione è fra coloro che sono ammessi al lavoro all'esterno e coloro che si dedicano al lavoro intramurario. La modalità di svolgimento ordinaria dell'attività lavorativa è quella all'interno del carcere, alle dipendenze dirette dell'amministrazione penitenziaria, oppure di soggetti pubblici o privati o cooperative sociali, con cui vengono stipulate apposite convenzioni di inserimento lavorativo (art. 20, co. 8, o.p.). Già questa differenza soggettiva nel datore di lavoro esprime una minore o maggiore possibilità di connessione con la società esterna, nonché l'opportunità di svolgere lavori che non siano strettamente legati all'andamento e al funzionamento dell'istituto penitenziario (es. portavitto, addetto alle pulizie, scrivano). Con riguardo al lavoro all'esterno (art. 21 o.p.), tutti i detenuti possono essere assegnati allo svolgimento di una tale attività lavorativa, fatto salvo che i condannati per reati particolarmente gravi e i condannati all'ergastolo possono essere ammessi al lavoro all'esterno solo dopo aver espiato una parte della pena³³. Questa modalità lavorativa è senz'altro quella maggiormente affine al dettato dell'art. 20, co. 3, o.p., perché l'organizzazione e i metodi di lavoro non solo rispecchiano quelli della società libera, ma sono proprio tali; perciò, l'esecuzione della prestazione lavorativa fuori dal penitenziario ha la massima valenza socializzante, perché inserisce il detenuto nella comunità esterna, nell'ambiente lavorativo libero, a fianco di colleghi non

³³ Art. 21, co. 1, o.p.

ristretti. Possiamo, quindi, affermare senza dubbio che sia questa la modalità da privilegiare per combattere la realtà segregativa del carcere e realizzare la finalità rieducativa: spalancare le porte e concedere quanto più possibile il lavoro all'esterno, poiché «*fuori dal carcere* che massima può essere l'attuazione del principio lavorista»³⁴.

Ad ogni modo, sebbene questa sia la ricostruzione teorica dei principi che dovrebbero ispirare il lavoro in (e fuori dal) carcere e a cui l'ordinamento dovrebbe tendere, la realtà del lavoro penitenziario in Italia è da essi ben lontana; infatti, il nostro sistema sembra disattendere quasi del tutto le previsioni costituzionali sul tema, coinvolgendo un numero veramente esiguo di detenuti nelle attività lavorative, non solo esterne, ma anche alle dipendenze dell'Amministrazione penitenziaria³⁵. Secondo le statistiche del Ministero della Giustizia, al 31 dicembre 2021, i detenuti lavoranti risultano essere soltanto 19.235, circa il 35% della popolazione detenuta, dei quali i lavoratori all'esterno *ex art. 21 o.p.* sono 551 (cioè il 2,8% dei detenuti lavoratori e l'1% dei detenuti totali): una percentuale irrilevante.

Se volgiamo lo sguardo all'istruzione, possiamo rilevare che la disciplina pre-repubblicana anche in questo caso si fondava sull'imposizione dello studio come dovere, in un'ottica correttiva. Il modello di istruzione era di tipo paternalistico, con finalità di indottrinamento e soprattutto coattivamente imposto ai detenuti, visto il suo carattere obbligatorio. L'insieme delle disposizioni inserite nella «Costituzione culturale»³⁶, artt. 9, 33 e 34 Cost., darà nuova linfa all'istruzione anche in ambito penitenziario, partendo dall'idea

³⁴ CHINNI, *Il diritto al lavoro nell'esecuzione penale*, cit., p. 50.

³⁵ Tale carenza è stata da alcuni interpretata come una mancanza rivelatrice del senso (più nascosto) attribuito alla pena detentiva e non una mera inefficienza "amministrativa"; si v. almeno G. CAPUTO, *Carcere senza fabbrica: povertà, lavoro forzato e welfare*, Pisa, 2020, pp. 181 segg., il quale spiega che, attraverso le politiche repressive, i gruppi sociali maggiormente esposti al rischio di povertà e di esclusione dal lavoro vengono scaricati sul sistema carcerario, creandosi così un alibi per rendere segmenti sempre più ampi della popolazione detenuta inammissibili – per i limiti legali – o inadatti – tossicodipendenti, sieropositivi – al lavoro; in tal modo, quindi, sembra accentuarsi il mandato principalmente custodiale dell'amministrazione penitenziaria.

³⁶ A. PIZZORUSSO, *Diritto alla cultura e principi costituzionali*, in *Quaderni Costituzionali*, 2000, pp. 317 segg.

primaria per cui la scuola, essendo aperta a tutti³⁷, è un diritto soggettivo dei singoli nei confronti dei pubblici poteri, i quali devono garantire un'adeguata istruzione a tutta la popolazione. L'istruzione è indubbiamente un elemento del trattamento offerto alle persone soggette a restrizione della libertà personale (art. 15, co. 1, o.p.), ma in ciò non si dovrebbe esaurire, essendo anche per esse un vero e proprio diritto.

La normativa penitenziaria, dunque, considera l'istruzione come il principale elemento su cui fondare il trattamento del detenuto, essendo infatti un «mezzo irrinunciabile per garantire ed espletare al meglio le funzioni della pena»³⁸, ma non esclusivo nel percorso di riabilitazione, nel quale si inseriscono gli altri strumenti previsti dal legislatore. Come per il lavoro, la scelta di usufruire o meno dei percorsi di istruzione è in capo al detenuto, è un'opzione facoltativa, a cui però corrisponde l'obbligo dell'amministrazione di fornire gli strumenti non solo necessari, ma adeguati, incoraggiando le attitudini personali e valorizzando le competenze che possono essere di sostegno per il reinserimento sociale³⁹.

L'istruzione è disciplinata dall'art. 19 o.p., in base al quale la formazione culturale e professionale deve essere curata dagli istituti, che devono organizzare i corsi della scuola dell'obbligo e di addestramento professionale. E proprio in un'ottica di commistione fra ambiente detentivo e società esterna, l'organizzazione scolastica all'interno delle carceri dovrebbe predisporre una programmazione quanto più possibile corrispondente ai programmi scolastici esterni, così da consentire al termine dell'espiazione della pena l'immediata prosecuzione degli studi, anche nello stesso anno scolastico⁴⁰. Con riguardo, invece, all'istituzione nei penitenziari di scuole di istruzione secondaria di secondo grado non è previsto un obbligo, ma una mera facoltà (art. 19, co. 5,

³⁷ Art. 34, primo comma, Cost.

³⁸ C. TOMBA, *Il sistema scolastico penitenziario: studenti adulti, minori e stranieri*, in *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, a cura di M. Ruotolo e S. Talini, Napoli, 2019, vol. I, p. 74.

³⁹ Cfr. art. 13, co. 1, o.p., come modificato dal d.lgs. n. 123 del 2018.

⁴⁰ Similmente G. DI GENNARO, M. BONOMO, R. BREDI, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1991, p. 134.

o.p.), in chiaro contrasto con l'art. 33, secondo comma, Cost.⁴¹ – nella parte in cui stabilisce che la Repubblica istituisce scuole statali per tutti gli ordini e gradi – e con l'art. 34, primo e terzo comma, Cost., dato che la scuola in tal caso non sarebbe aperta ai detenuti che, se capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi. Una sorte non dissimile, difatti, è toccata anche all'università, visto che la frequenza e il compimento degli studi universitari sono solamente agevolati, eventualmente con il ricorso anche a convenzioni e protocolli d'intesa con istituzioni universitarie (art. 19, co. 6, o.p.). A tal riguardo, se ovviamente deve essere salutato con favore l'inserimento con la riforma del 2018 del richiamo alla frequenza universitaria, che rimanda senz'altro all'idea di rapporti con l'esterno – mediante la didattica a distanza, l'attività di tutoraggio, la presenza negli istituti di professioni universitari per lo svolgimento di lezioni ed esami – rimane criticabile la mera programmaticità della disposizione, la quale non prevede alcun obbligo in capo all'amministrazione e delega all'impegno delle università pubbliche, in termini di “terza missione”, l'offerta universitaria per la popolazione detenuta. Sembrano, dunque, mancare quei vincoli concreti che permetterebbero di garantire l'effettività del diritto allo studio in carcere. Basti pensare che, fino all'introduzione dei permessi-premio di cui all'art. 30-ter o.p., i quali possono essere concessi dal magistrato di sorveglianza per coltivare interessi anche culturali, l'unico strumento a garanzia del diritto allo studio universitario era la richiesta di trasferimento in un istituto presso cui era già stata attivata un'intesa con un'università⁴².

⁴¹ Ipotizza la violazione dell'art. 33 Cost. già M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, p. 136.

⁴² Così TOMBA, *Il sistema scolastico penitenziario: studenti adulti, minori e stranieri*, cit., 85. Con riguardo ai protocolli d'intesa devono essere segnalati i notevoli passi in avanti compiuti negli ultimi anni: infatti, in data 11 settembre 2019 è stato siglato il Protocollo d'intesa fra DAP (Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria) e CNUPP (Conferenza Nazionale Universitaria dei Poli Penitenziari), che formalizza una collaborazione riguardante, tra i vari aspetti, l'individuazione di buone prassi tese a migliorare l'esercizio del diritto agli studi universitari, lo sviluppo condiviso di iniziative, la possibilità di consentire l'utilizzo controllato, da parte degli studenti detenuti, dei collegamenti digitali per esigenze amministrative e di studio. Al protocollo è seguita la sottoscrizione, il 5 ottobre 2021, di linee guida sui percorsi di studio dei detenuti e sulla collaborazione fra DAP, Provveditorati regionali e istituti universitari e, da ultimo, il Protocollo d'intesa tra il Dipartimento per la

Riteniamo importante, infine, un'ultima notazione riguardante l'introduzione, da parte del legislatore delegato del 2018, di uno specifico comma rivolto interamente all'istruzione, in senso ampio, degli stranieri, ove si legge che è dedicata speciale attenzione alla loro integrazione «anche attraverso l'insegnamento della lingua italiana e la conoscenza dei principi costituzionali»⁴³. L'insegnamento dell'italiano è infatti preliminare al percorso di riabilitazione e per tale ragione sarebbe stato più opportuno disporre, in tal senso, un obbligo cogente in capo all'amministrazione. D'altronde, un percorso di reinserimento sociale non può non richiedere un processo di integrazione culturale, che muove dalla conoscenza della lingua e dei valori alla base del vivere sociale di un determinato Paese.

Last but not least, un ruolo preminente in vista della ricostruzione del percorso individuale del ristretto dovrebbe essere garantito alla sfera affettivo-relazionale. A venire in rilievo, infatti, è una «posizione soggettiva protetta dal dettato costituzionale: il diritto ai legami affettivi e familiari»⁴⁴ – che discende dal principio supremo di libertà-dignità (artt. 2 e 3 Cost) e dalla tutela della famiglia e della maternità (artt. 29, 30, 31 Cost.) – nel quale rientrano, a titolo esemplificativo, la tutela della genitorialità, della filiazione e della sessualità. Purtroppo, in questa sede, non potranno essere esaminati tutti gli aspetti in cui si declina l'«affettività ristretta»⁴⁵, dunque, si svolgeranno alcune considerazioni solo con riguardo al mantenimento dei legami esterni e alla sessualità, pur nella consapevolezza delle criticità concernenti taluni fenomeni, come l'esistenza di sezioni “Nido” all'interno degli istituti penitenziari italiani (ove sono ristrette le detenute madri, che possono tenere presso di sé i figli fino

Giustizia minorile e di comunità e CNUPP, firmato nel mese di marzo 2022. Conseguentemente, nell'ultimo triennio, sono aumentati gli studenti universitari in carcere, le università e gli istituti penitenziari coinvolti (a.a. 2019-2020: 920 studenti, 27 università e 75 istituti; a.a. 2020-2021: 1034 studenti, 32 università e 82 penitenziari; a.a. 2021-2022: 1246 studenti, 34 università e 91 istituti). Per tutte queste informazioni v. <https://www.gnewsonline.it/> e <https://www.crui.it/cnupp.html>.

⁴³ Art. 19, co. 4, o.p.

⁴⁴ S. TALINI, *L'affettività ristretta*, in *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, a cura di M. Ruotolo e S. Talini, Napoli, 2019, vol. II, p. 246.

⁴⁵ *Ibidem*.

all'età di tre anni)⁴⁶, ovvero la difficoltà di garantire il diritto *latu sensu* all'affettività per le persone appartenenti alle minoranze di genere (*transgender*)⁴⁷ e orientamento sessuale (comunità LGBT+)⁴⁸.

La sfera relazionale è un aspetto indispensabile del trattamento, difatti la normativa penitenziaria dispone che esso sia svolto «agevolando opportuni contatti con il mondo esterno e i rapporti con la famiglia» e che particolare cura debba essere dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni familiari (artt. 15, co. 1 e 28 o.p.) per proteggerle dai danni derivanti dalla carcerazione. I principali strumenti di tutela dell'affettività in ambiente penitenziario sono i colloqui, visivi e telefonici, i trasferimenti e i permessi-premio.

L'istituto del permesso-premio (art. 30-ter o.p. e art. 65 reg. esec.) – che può essere concesso dal magistrato di sorveglianza per coltivare interessi affettivi, in presenza di regolare condotta e assenza di pericolosità sociale – sembra essere, nell'intenzione del legislatore, la via privilegiata per garantire il mantenimento dei legami e la sessualità, in una dimensione di “normalità” extramuraria. Tuttavia, nella realtà empirica, rileviamo il carattere meramente residuale di questo strumento, dovuto alla sua inapplicabilità ai soggetti in attesa di giudizio

⁴⁶ Art. 14, co. 7, o.p. e art. 19, reg. esec. Sulla base dei dati statistici del Ministero della Giustizia, le detenute madri con figli al seguito presenti negli istituti penitenziari italiani, al 30 aprile 2022, sono 18, con 20 bambini. Fra queste, soltanto 9 si trovano all'interno di un ICAM (Istituto a custodia attenuata per detenute madri), nello specifico presso quello campano di Lauro. Attualmente gli ICAM sono: Torino Lorusso e Cutugno, Milano San Vittore, Venezia Giudecca, Cagliari e Lauro.

⁴⁷ Sulle persone *transgender* in carcere cfr. almeno F. VIANELLO, R. VITELLI, *Che genere di carcere? Il sistema penitenziario alla prova delle detenute transgender*, Milano, 2018. In aggiunta, preme segnalare che, con la riforma del 2018, l'art. 1 o.p. ha esteso il principio di non discriminazione anche all'identità di genere e all'orientamento sessuale e l'art. 14, co. 8, o.p. ha previsto che l'assegnazione dei detenuti «per i quali si possano temere aggressioni o sopraffazioni da parte della restante popolazione detenuta, in ragione solo dell'identità di genere o dell'orientamento sessuale, deve avvenire, per categorie omogenee, in sezioni distribuite in modo uniforme sul territorio nazionale previo consenso degli interessati i quali, in caso contrario, saranno assegnati a sezioni ordinarie. È in ogni caso garantita la partecipazione ad attività trattamentali, eventualmente anche insieme alla restante popolazione detenuta».

⁴⁸ Cfr. A. ROSSI, *I diritti LGBT+: Il carcere alla prova del principio di non discriminazione verso la differenza sessuale e di genere*, nel XVIII rapporto sulle condizioni di detenzione dell'Associazione Antigone, in <https://www.rapportoantigone.it/diciottesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/i-diritti-lgbt-in-carcere/>.

e alla generale ritrosia nei confronti della concessione di misure premiali⁴⁹.

L'assegnazione e il trasferimento negli istituti, con le modifiche apportate dal d.lgs. n. 123 del 2018, devono ora avvenire rispettando il criterio di vicinanza «alla loro dimora o a quella della loro famiglia ovvero al loro centro di riferimento sociale»⁵⁰, in prospettiva del mantenimento di un contatto con l'ambiente territoriale esterno.

La disciplina dei colloqui, infine, risulta essere ancora oggi inidonea sia quantitativamente⁵¹, sia qualitativamente, dato che, effettuandosi le visite sotto il controllo a vista del personale di custodia (art. 18, co. 3, o.p.), finisce per essere impedito lo svolgimento di incontri intimi. Tuttavia, non può che essere guardata con favore l'apertura ai colloqui a distanza (*Skype* o videochiamata), avvenuta durante il periodo pandemico (d.l. 8 marzo 2020, n. 11, art. 2, co. 8 e d.l. 17 marzo 2020, n. 18, art. 83, co. 16), che ha determinato un aumento dell'utilizzo di questa nuova modalità di esecuzione del colloquio in tutto il territorio nazionale e che è auspicabile continuare ad incentivare anche in futuro. Al contrario, invece, risulta ancora del tutto negato il diritto alla sessualità intramuraria; l'astinenza sessuale è infatti una conseguenza obbligata della detenzione e rappresenta una pena accessoria rispetto alla privazione della libertà personale. All'opposto, in vista del positivo reinserimento sociale del detenuto, dovrebbe essere tutelata la totalità della sua sfera psicofisica, che comprende anche l'espressione fisica dell'affettività, connotato dell'identità di ogni persona.

Alla luce di queste considerazioni «il paradosso giuridico si mostra in tutta la sua evidenza»⁵² perché se, per un verso, il mantenimento dei legami affettivi assume la qualifica di elemento positivo del trattamento, per un altro, in

⁴⁹ Sulle problematiche relative alla concessione dei permessi-premio v. TALINI, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, cit., pp. 262-265. Inoltre, sembra rilevante evidenziare come la pandemia da Covid-19 abbia ulteriormente ridotto il numero dei permessi concessi ai detenuti: dai 40.040 del 2019 ai 13.672 del 2020, con un leggero aumento (16.158) nel 2021.

⁵⁰ Art. 42, co. 1, o.p.

⁵¹ Per i detenuti comuni, i colloqui visivi sono sei al mese della durata di un'ora e le telefonate una a settimana di massimo dieci minuti.

⁵² TALINI, *L'affettività ristretta*, cit., p. 259.

relazione ad alcuni aspetti, il silenzio della normativa impedisce la tutela del diritto all'affettività, fisica e psichica; sia sufficiente segnalare come progetti quali la casa dell'affettività M.A.M.A. di Rebibbia⁵³, dove si possono svolgere visite in un ambiente simile alla normalità extramuraria, siano ancora delle eccezioni nel panorama penitenziario⁵⁴.

Per concludere il rapido *excursus* di quelli che sono tre aspetti fondamentali della socializzazione, pare utile sottolineare anche l'importanza di incentivare l'impiego delle nuove tecnologie all'interno dei penitenziari, quale presupposto per il reingresso in una società esterna che 'corre' molto più velocemente rispetto all'anacronistico ambiente detentivo. La diseguale possibilità di accesso agli strumenti tecnologici e ad internet genera, infatti, un *digital divide* che colpisce certe fasce sociali già al di fuori del carcere; è facile immaginare, dunque, quanto ciò possa ostacolare il reinserimento sociale di una persona che, per l'intera durata della condanna, ha avuto di rado l'opportunità di accendere un computer o di navigare *online*⁵⁵.

⁵³ Progetto nato nell'ambito del programma G124 dell'Architetto Renzo Piano con la collaborazione del DAP e del Ministero della Giustizia, v. <https://www.renzopianog124.com/progetti/rebibbia-roma/>. Si tratta di un fabbricato composto da un soggiorno, angolo cottura, zona pranzo e servizi, immerso nel verde, di fianco ma fuori dal carcere.

⁵⁴ È doveroso rendere noto che la questione potrebbe essere oggetto di intervento grazie alla proposta di legge del Consiglio regionale della Toscana (DDL 1876), presentata al Senato il 10 luglio 2020 (in corso di esame in Commissione), cui si è aggiunto un altro disegno di legge di iniziativa regionale, in questo caso del Lazio (DDL 2543), presentato il 24 febbraio 2022 (assegnato alla Commissione il 5 maggio 2022). Entrambe le proposte, fra le altre prescrizioni a tutela delle relazioni affettive, intervengono a modificare, *mutatis mutandis*, l'art. 28 o.p. riconoscendo il diritto ad una visita al mese, della durata minima di 6 ore e massima di 24, da parte delle persone autorizzate ai colloqui, da svolgersi in apposite unità abitative all'interno del carcere, senza controlli visivi e auditivi.

⁵⁵ Sul punto occorre ricordare, di nuovo, l'importante apertura ai colloqui a distanza mediante l'utilizzo di apparecchiature tecnologiche, non solo con i congiunti o con le terze persone autorizzate, ma anche per lo svolgimento di esami e lezioni universitarie. Per un *focus* sull'impatto che potrebbe avere l'impiego delle nuove tecnologie sulla qualità della vita nei penitenziari, si v. le proposte della Commissione sull'innovazione del sistema penitenziario; cfr. Relazione finale, p. 14, in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_36_0.page?contentId=COS360093.

LA CORTE COSTITUZIONALE DIFENDE L'IDEA DI UNIONE EUROPEA COME «COMUNITÀ DI DIRITTO»

MATTEO ROMAGNOLI*

Oggigiorno siamo di fronte ad una crisi del rapporto tra ordinamenti. L'architettura costituzionale dell'UE è abbastanza solida da sopportare i diversi terremoti ordinamentali come quelli avvenuti con la sentenza del maggio 2020 del BVerfG o con la sentenza K3/21 della Corte polacca? L'integrazione attraverso il dialogo si è fermata in altri paesi per via dei conflitti dovuti a competenze sovrapposte introdotte dal Trattato di Lisbona. Eppure, c'è un altro modo di affrontare il conflitto interordinamentale: quello della Corte costituzionale italiana. La Consulta non si è spaventata ed ha continuato a tentare una strada che mettesse al centro il dialogo come metodo. Si può dire come dalla CC, con il suo modo peculiare di affrontare tali problematiche fatto di alcune astuzie catalogabili, si possa ridestare un senso di comunità dell'Unione nel diritto. Si può rileggere nell'opera della Corte i tratti di quella concezione per cui il prodotto dell'integrazione è una "comunità di diritto".

At present, there is a crisis in the relationship between legal systems. Is the constitutional architecture of the EU solid enough to withstand the various jurisdictional earthquakes such as those that occurred with the May 2020 judgment of the BVerfG or the K3/21 judgment of the Polish Court? Integration through dialogue has stalled in other countries because of conflicts due to overlapping competencies introduced by the Lisbon Treaty. Yet, there is another way to deal with interordinamental conflict: the one provided by the Italian Constitutional Court. The Consulta had no fear of challenges and kept trying to find a way that relied on dialogue as a method. With its peculiar way of dealing with such problems made up of some cataloguing tricks, it is possible to say how the CC can reawaken a sense of community of the Union in law. In the work of the Court, we can read the traits of that conception whereby the outcome of integration is a "community based on the rule of law".

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'Unione europea è una comunità di diritto. – 3. I conflitti tra ordinamenti e la loro evoluzione. – 4. La "nuova" clausola identitaria: da strumento di

*Dottorando di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Firenze.

La Nuova Giuridica - Florence Law Review, ISSN © 2022 M. Romagnoli. This is an open access article, double blind-peer reviewed, published by Firenze University Press under the terms of the Creative Commons Attribution Licence, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. DOI:

<https://riviste.fupress.net/index.php/nuovagiuridica>

ricomposizione tra ordinamenti a possibile motore di nuovi conflitti. – 5. I diversi approcci ai conflitti interordinamentali delle Corti costituzionali europee. – 5.1. Pragmatica rassegnazione. – 5.2. Rivolta e frustrazione. – 5.3. Relazionalità istituzionale. – 6. Conclusioni: il dialogo come metodo.

1. *Introduzione.* – La prima pubblicazione di questa rivista ha un tema sintetizzabile nel concetto di ‘comunità’. Nella storia dell’integrazione europea questo concetto non soltanto ha rappresentato il nome proprio della sua concretizzazione storica per un lungo periodo, ma ha simboleggiato anche un punto del suo passato in cui il progetto sovranazionale prese coscienza di sé in quanto «comunità di diritto». Questo ha posto per la prima volta nel panorama giuridico globale un «ordinamento di nuovo genere»¹. La definizione della comunità di diritto basata sulla protezione dei diritti fondamentali si deve anche ad una prima fase di conflitti interordinamentali, ma oggi le corti costituzionali nazionali si trovano a sollevare conflitti per la sovrapposizione che si è venuta a creare tra alcuni ambiti degli ordinamenti. Questa nuova fase conflittuale ha visto anche il crescere di incomprensioni reciproche in alcuni casi. Eppure, c’è un altro modo di affrontare queste criticità: quello della Corte costituzionale italiana, ovvero quello del dialogo come metodo. Con il suo atteggiamento peculiare fatto di alcune astuzie catalogabili, l’operato della Consulta può ridestare un senso di comunità nell’Unione del diritto.

2. *L’Unione europea è una comunità di diritto.* – L’integrazione europea attraverso il diritto si è caratterizzata per due aspetti: realizzare un’unità giuridica rispettando le diversità e contemporaneamente pretendere di essere una comunità di popoli. Questo accento sui popoli richiama «storie e tradizioni diverse, che si uniscono sulla solida base di comuni valori fondamentali, ma che non intendono sparire all’interno di una realtà compatta e massificante»². L’altro aspetto di novità dirompente è che fin da subito «l’Europa nella sua essenziale novità di un mercato che tenda a trasformarsi in un’unità politica e giuridica

¹ Vedi Sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea del 5 febbraio 1963, C-26/62, *Van Gend en Loos c. Administratie der Belastingen*, ECLI:EU:C:1963:1.

² P. GROSSI, *Il messaggio giuridico dell’Europa e la sua vitalità: ieri, oggi e domani*, in *Contratto e impresa – Europa*, 2013, XVIII, 2, pp. 681-695, spec. p. 686.

rispettosa delle sue interiori diversità, si rivela essere un laboratorio bisognoso di nuovi attrezzi teorici, e pertanto, apertissimo a contributi dottrinali»³.

Sul fondamento di realizzare un'unità giuridica rispettando le diversità, l'Europa si presenta come autentico ordine⁴,

«ossia come una realtà complessa tesa a tutelare la ricchezza della propria complessità: il *proprium* delle varie componenti, la loro diversa storia, la loro singolare tipicità, trovano nella comune dimensione europea la concreta possibilità di affermare – ciascuna – la sua specialità e tipicità come una ricchezza da confrontare con altri *propria* ugualmente concepiti quali ricchezze»⁵.

Nella sentenza *Costa c. ENEL* per concretizzare questa esigenza la Corte di giustizia dell'Unione europea (d'ora in poi CGUE) stabilì che

«scaturito da una fonte autonoma, il diritto nato dal trattato non potrebbe [...] trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa comunità»⁶.

Così la neonata Comunità garantiva l'effettività delle sue norme assicurata dal primato. Difatti, se ciò che viene stabilito dalla normativa europea non durasse nel tempo, per via della sua disponibilità ai vari ordinamenti nazionali, significherebbe che non è effettivo⁷. Il primato perciò

«è un meccanismo regolativo dell'applicazione della legge all'interno dell'Europa, essenziale perché indispensabile per garantire un'applicazione uniforme, ma non pretende affatto di essere espressione di sovranità, di essere cioè 'primo' perché espressione di una volontà politica e costituzionale gerarchicamente sovraordinata rispetto alle volontà nazionali»⁸.

³ GROSSI, *Il messaggio giuridico dell'Europa*, cit., p. 690.

⁴ Vedi S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1917.

⁵ GROSSI, *Il messaggio giuridico dell'Europa*, cit., p. 686.

⁶ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 15 luglio 1964, C-6/64, *Costa c. ENEL*, ECLI:EU:C:1964:66.

⁷ Vedi A. LIPPI, *Dinamiche di legittimazione politica*, Bologna, 2019, p. 88.

⁸ M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Bari, 2009, p. 144.

Si pone come un meccanismo orizzontale di costruzione di un diritto comune. Inoltre, se la norma dell'Unione Europea (d'ora in poi UE) è dotata di effetti diretti può essere applicata direttamente dal giudice nazionale al posto della disciplina contrastante. Infatti, oltre al primato, l'effetto diretto «resta un principio, una dottrina essenziale, idonea a plasmare, in termini federalistici, insieme al primato, un ordinamento che, seppure giuridicamente maturo e unico nel suo genere, federale non è»⁹. Il Professor Weiler commentando la sentenza che ha introdotto tale principio nell'ordinamento UE afferma che «*Van Gend is Europe*»¹⁰. È la caratteristica peculiare dell'autonomia del diritto UE, ne è il suo aspetto originale, il segno della sua emancipazione dal diritto internazionale. Ciò in quanto «l'autonomia del diritto UE è [...] definita dalla centralità dell'individuo-soggetto di diritto, titolare di prerogative da azionare di fronte al giudice nazionale»¹¹. È perciò evidente questo legame vitale tra l'autonomia del diritto dell'Unione e le posizioni giuridiche soggettive di fonte europea azionabili davanti alle giurisdizioni nazionali. Difatti, il messaggio giuridico più vitale dell'Europa del diritto si esprime sicuramente nel campo dei diritti fondamentali della persona. Fin dal Trattato di Roma l'individuo è al centro della costruzione, novità dirompente nel diritto internazionale. Tale soggetto – il cittadino europeo

«non è mai pensato come un modello astratto, ma la sua carnalità è sempre intrisa di economicità e la sua identificazione è conseguente: la dimensione, che maggiormente conta, concerne la sua azione all'interno della

⁹ D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione europea e disapplicazione, oggi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, pp. 39-40.

¹⁰ J.H.H. WEILER, *Van Gend en Loos: The Individual as Subject and Object and the Dilemma of European Legitimacy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2014, pp. 94 segg., spec. p. 103. Il riferimento è alla Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 5 febbraio 1963, C-26/62, *Van Gend en Loos*, cit., in cui la CGUE ha affermato che «la Comunità Economica Europea costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale a favore del quale gli Stati membri hanno rinunciato, se pure in settori limitati, ai loro poteri sovrani ed al quale sono soggetti non soltanto gli Stati membri, ma pure i loro cittadini. Il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emanate dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi».

¹¹ GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione*, cit., p. 41.

dimensione economica, e, sopra ogni altro aspetto, egli è produttore o consumatore»¹².

Pertanto, la persona non viene subito concepita come titolare di diritti fondamentali, ma nella costruzione di un mercato unico gli sono riconosciute libertà economiche opponibili a tutti gli Stati membri.

Il diritto sovranazionale si è incontrato con quello costituzionale nazionale nel vivo di una realtà economica giurisdizionalmente vissuta. Pertanto, sotto la spinta della Corte costituzionale prima, e del *Bundesverfassungsgericht* poi, la CGUE fu spinta a prendere coscienza che i diritti sono principi generali del diritto comunitario. Tale riconoscimento si basò su una 'ardita costruzione teorica', svolta da giuristi di chiara fama, «di un ordine giuridico complesso, che si vuole scandito in più strati, che si vuole soprattutto poggiante su uno strato profondo, radicale, dove i valori diventano principi e i principi consentono il riconoscimento di diritti fondamentali»¹³. Il materiale grezzo di questa costruzione furono le decisioni di casi concreti che ebbero la forza di irrobustire giuridicamente la posizione del cittadino europeo e della sua esistenza quotidiana. Non si partì cioè da un modello astratto che un giudice – 'bocca della legge' – doveva limitarsi ad applicare. Inoltre, la Corte di Lussemburgo connetteva i diritti fondamentali quali principi generali del diritto UE alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri,

«eloquentissima invenzione dei giudici alla ricerca di fondazioni sicure. Perché eloquentissima? Perché questi giudici europei non vogliono comodamente rifugiarsi all'ombra di testi cartacei o di ineludibili comandi normativi, ma scelgono il terreno complesso e inespresso delle tradizioni. Tradizioni, ossia esperienze tanto intensamente radicate ed effettivamente vissute da immedesimarsi nella storia di un popolo, e da considerarsi come quel patrimonio di valori che prende forma in un corredo di principi ed infine di diritti fondamentali»¹⁴.

¹² P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Bari, 2015, p. 18.

¹³ GROSSI, *Il messaggio giuridico dell'Europa*, cit., p. 688.

¹⁴ Ivi, p. 689.

In altre parole, queste tradizioni furono il riconoscimento di un nucleo comune di valori. Inoltre, «il significato storico-giuridico di una tale scelta sta nel fatto che le tradizioni vanno individuate e consolidate in principi; il procedimento è soprattutto interpretativo»¹⁵.

L'identificazione di situazioni soggettive per il cittadino europeo avvenne in principio tramite l'interpretazione estensiva delle quattro libertà fondamentali del mercato comune e della nozione di discriminazione diretta e indiretta. In questo modo la Corte ha via via elaborato un breviario di diritti fondamentali dell'Unione, facendo una straordinaria ma indispensabile opera di supplenza della politica, «ed è dalla sua sottile efficace vigile opera casistica che i redattori della cosiddetta Carta di Nizza, del duemila, hanno trovato le pietre già pronte per la costruzione dell'edificio»¹⁶.

Ad un certo punto arrivò una presa di coscienza dell'organo cardine dell'esperienza giuridica dell'UE. La traiettoria descritta giunse al riconoscimento da parte della CGUE che l'Unione è, *in primis*, una comunità di diritto – «*a community based on Rule of law*». Nella sentenza *Les Verts* la Corte affermò che «la Comunità economica europea è una comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratte al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal Trattato»¹⁷, a tutela anche delle posizioni soggettive dei singoli. Infatti, con la pronuncia *Union de pequenos agricultores* esplicitò e ribadì che tale controllo non riguarda soltanto la conformità al Trattato ma anche «ai principi generali del diritto di cui fanno parte i diritti fondamentali»¹⁸.

¹⁵ Ivi, pp. 689-690.

¹⁶ GROSSI, *Il messaggio giuridico dell'Europa*, cit., p. 689.

¹⁷ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 23 aprile 1986, C-294/83, *Les Vertes*, ECLI:EU:C:1986:166, par. 23.

¹⁸ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 25 luglio 2002, C-50/00, *Union de pequenos agricultores*, ECLI:EU:C:2002:462, par. 38. Oltre al discorso sui diritti fondamentali preme ricordare come tale presa di coscienza è fatta *in primis* di strumenti giuridici nuovi o di rinnovata vitalità. Infatti, i principi generali, come ad esempio quelli di proporzionalità e adeguatezza, «serbano in virtù della loro flessibilità e indefinitezza una forza espansiva che, grazie alla interpretazione di giudici scienziati legislatori, feconda e arricchisce l'ordinamento.» (GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 76). Ancora, il principio di ragionevolezza indica «la alienità della razionalità del freddo razionalismo legalista» (P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Bari, 2020, p. 34), poiché fa i conti con la materialità dei fatti.

Cardine del progetto europeo fu anche la teoria del pluralismo costituzionale¹⁹. Nel caso *Arcelor Atlantique* del 2008, l'avvocato generale (d'ora in poi AG) Maduro sottolineò come per quanto apparisse irrisolvibile uno scontro interordinamentale come quello che si profilava al Consiglio di Stato francese (chiamato a giudicare della conformità della direttiva 13 ottobre 2003²⁰ alla Costituzione francese), la soluzione si trovava proprio nel legame tra l'Unione e gli Stati membri. Ci si chiedeva: «come garantire la tutela della Costituzione nell'ordinamento giuridico interno senza attentare all'esigenza esistenziale di preminenza del diritto comunitario?»²¹. Il rinvio pregiudiziale nasceva da una duplice preoccupazione del *Conseil*: era sia preoccupato che una sua soluzione individuale arrecasse un pregiudizio all'applicazione uniforme del diritto UE, sia chiedeva il concorso della CGUE nel garantire che tale direttiva rispettasse i valori e i principi riconosciuti dalla costituzione nazionale francese. L'AG chiarì che tale teoria del pluralismo costituzionale si imperniava sul riconoscimento di un nucleo comune di valori e principi. Affermò infatti che l'invito della Consiglio di Stato francese alla CGUE

«non deve sorprendere, dato che l'Unione si fonda sui principi costituzionali comuni degli Stati membri, come ricorda l'art. 6, n. 1, TUE. Invero, ciò che il Conseil d'État chiede alla Corte non è verificare la conformità di un atto comunitario a determinati valori costituzionali nazionali – cosa che peraltro non potrebbe fare –, bensì controllarne la legittimità alla luce di valori costituzionali europei analoghi»²².

¹⁹ Vedi sulla teoria del pluralismo costituzionale M.P. MADURO, *A constituição plural: constitucionalismo e União Europeia*, Lisbona, 2006; N. WALKER, *The Idea of Constitutional Pluralism*, in *Modern Law Review*, 2002, pp. 317 segg., spec. p. 337; M. AVBELJ E J. KOMÁREK (a cura di), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Hart, Oxford, 2012; K. JAKLIC, *Constitutional Pluralism in the EU*, Oxford, 2014; D. HALBERSTAM, *Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States*, in *In Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, a cura di J. Dunoff e J. Trachtman, Cambridge, 2009, pp. 326-335.

²⁰ Direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 2003, che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva 96/61/CE del Consiglio.

²¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Miguel Pojares Maduro del 21 maggio 2008, *Arcelor Atlantique e Lorraine e a.*, C-127/07, ECLI:EU:C:2008:292, par. 15.

²² *Ibidem*.

È pertanto un aspetto generalmente riconosciuto che «l'Unione europea e gli ordinamenti giuridici nazionali si fondano sugli stessi valori giuridici fondamentali»²³. Questo è un elemento fondante ormai dell'Europa giuridica. Allo stesso modo è vitale riconoscere chiaramente che «mentre è compito dei giudici nazionali garantire il rispetto di tali valori nell'ambito di applicazione delle rispettive costituzioni, spetta alla Corte fare altrettanto nel quadro dell'ordinamento giuridico comunitario»²⁴.

3. *I conflitti tra ordinamenti e la loro evoluzione.* – La tensione conflittuale tra l'Unione e gli Stati membri è insita nella natura composita dell'ordinamento giuridico europeo: ne è un suo aspetto naturale²⁵. Il problema consta nel fatto che negli ultimi anni è avvenuto un inasprimento di tale conflitto nel c.d. dialogo tra le Corti costituzionali nazionali e sovranazionali, che lo ha spinto, spesso, verso toni più dialettici e «*confrontational*»²⁶. Nel processo di integrazione europea la diversità non è soltanto un'evidenza empirica, ma è la sua principale premessa normativa²⁷. Pertanto, le differenze nazionali in sé non contrastano con l'esistenza dell'ordinamento sovranazionale. Quale è allora l'origine di questa nuova manifestazione dei conflitti?

Come si è richiamato in precedenza, ad una prima fase dell'evoluzione dell'ordinamento UE corrispondevano conflitti che si caratterizzavano per l'assenza a livello UE di previsioni che mirassero a proteggere i diritti fondamentali dei singoli, che invece erano protetti dalle costituzioni nazionali. Ad esempio, con la c.d. dottrina *Solange* o con la teoria sui controlimiti, con le dovute differenze, si affermava in sostanza la tolleranza del diritto UE da parte del diritto costituzionale nazionale (tedesco nel primo caso, italiano nell'altro)

²³ *Ibidem.*

²⁴ *Ibidem.*

²⁵ Vedi *ex multis* B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European law*, 2012, XXXI, 1, pp. 263-318.

²⁶ D. GALLO, *Controlimiti, identità nazionale e i rapporti di forza tra primato ed effetto diretto nella saga Taricco*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2017, 2, p. 249.

²⁷ Cfr. P. FARAGUNA, *Constitutional Identity in the EU – A shield or a Sword?*, in *German Law Journal*, 2017, XVIII, 7, p. 1617.

«fin tanto che» l'ordinamento sovranazionale avesse garantito i diritti fondamentali della persona dotandosi di un proprio catalogo di diritti fondamentali²⁸. Per via di questa mancanza "normativa" riguardante i diritti fondamentali tali conflitti possono essere definiti come «*conflicts by divergence*» o «*conflicts by assence*» perché dovuti all'assenza di norme equivalenti a livello sovranazionale²⁹. Un tale atteggiamento da parte delle due corti costituzionali nazionali, pur essendo stato all'epoca molto criticato, ha avuto il pregio di portare la CGUE ad un ripensamento e alla «definitiva interiorizzazione del rispetto dei diritti fondamentali fra i principi generali del diritto europeo»³⁰ in una fase di "costituzionalizzazione"³¹ di quest'ultimo. Le due Corti costituzionali nazionali hanno poi nel tempo cambiato la loro posizione, adattandosi, man mano, alla crescente sensibilità che la CGUE di lì in poi progressivamente mostrò riguardo alla protezione dei diritti³². Perciò, il conflitto in questi casi produsse una convergenza dell'ordinamento UE verso gli ordinamenti costituzionali nazionali.

Paradossalmente, tale convergenza ha portato però nel tempo ad uno scontro tra ordinamenti per la sovrapposizione tra il diritto UE e il diritto nazionale. Pertanto, per via delle relative – e a volte opposte – esigenze ermeneutiche dei diversi interpreti, si è aperta una nuova stagione di conflitti inteordinamentali definibili come «*conflicts by convergence*» e come «*conflicts by presence of an EU discipline*»³³. In altre parole, in un campo in cui le norme dei

²⁸ Per la dottrina *Solange* vedi BVerfGE 37, 271 2 BvL 52/71 *Solange I-Beschluß*, ed *ex multis* P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2016, 2, pp. 431-464; per la teoria dei controlimiti vedi Sentenza della Corte Costituzionale, n. 183 del 1973, *Frontini*, ECLI:IT:COST:1973:183; ed *ex multis* U. VILLANI, *Limitazioni di sovranità, "controlimiti" e diritti fondamentali nella costituzione italiana*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, XII, pp 489-514.

²⁹ G. MARTINICO, *The 'Polemical' Spirit of European Constitutional Law: On the Importance of Conflicts in EU Law*, in *German Law Journal*, 2015, XVI, 6, p. 1350.

³⁰ G. MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2018, 3, p. 789.

³¹ Vedi *ex multis* J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, pp. 45 segg.

³² Per la Corte tedesca vedi BVerfGE 73, 339, *Solange II*, e BVerfGE 89, 155, *Maastrichturteil*. Per la Corte italiana vedi Sentenza della Corte Costituzionale, n. 170 del 1984, *Granital*, ECLI:IT:COST:1984:170; Sentenza della Corte Costituzionale, n. 232 del 1989, *Fragd*, ECLI:IT:COST:1989:232.

³³ MARTINICO, *The 'Polemical' Spirit of European Constitutional Law*, cit., p. 1350.

vari livelli si possono sovrapporre in alcuni casi, l'attenzione dell'UE ai diritti fondamentali ha prodotto dinamiche di competizione interpretativa³⁴.

Pertanto, è necessario evidenziare la bontà del ruolo che il conflitto tra ordinamenti ha svolto e può svolgere ancora nell'evoluzione "costituzionale" dell'ordinamento sovranazionale. Ma attualmente è necessario osservare in che modo la sovrapposizione ermeneutica di norme sovranazionali che rinviano a materiali normativi nazionali, come la clausola identitaria, rischiano di aggravare tale conflitto.

4. *La "nuova" clausola identitaria: da strumento di ricomposizione tra ordinamenti a possibile motore di nuovi conflitti.* – Questa norma è portatrice di notevoli incomprensioni da parte sia della dottrina, sia delle Corti costituzionali nazionali, che hanno portato la CGUE ad un atteggiamento interpretativo cauto evitando di darle un'interpretazione diretta e autonoma³⁵. Tali *misunderstandings* ebbero origine nel fatto che il Trattato che adottava una Costituzione per l'Europa avrebbe adottato due articoli che potevano/dovevano essere bilanciati tra di loro. L'Articolo I-5 sulla protezione dell'identità nazionale (oggi interamente trasposto nell'art. 4, par. 2, TUE) e l'Articolo I-6, che metteva nero su bianco per la prima ed ultima volta il principio del primato del diritto dell'Unione («La Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a questa attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri»). La lettura congiunta dei due articoli e la possibilità di bilanciamento tra queste norme ad opera della CGUE aveva portato nella dottrina pubblicistica la convinzione su una svolta rispetto alla dottrina del primato assoluto del diritto comunitario, e perciò alla c.d. «codificazione del

³⁴ Cfr. Ivi, p. 1355.

³⁵ Vedi G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel Diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'articolo 4, par. 2, TUE*, Napoli, 2017, pp. 71 segg.

controlimiti»³⁶. Il problema è stato che alla luce del Trattato di Lisbona tale convinzione si basava su un dato che non era più così chiaro dal punto di vista normativo. Ciò in quanto la clausola identitaria è oggi una norma di diritto primario inserita nei Trattati, mentre il primato è rimasto come l'architrave teorica, logica, in qualche modo esigenza esistenziale, dell'effettività del diritto dell'Unione³⁷. In particolare, nel 2011 il Professor Von Bogdandy e il Professor Schill leggevano la clausola identitaria come un'eccezione al primato prevista direttamente dallo stesso diritto UE³⁸. Tale articolo prevede il dovere da parte dell'Unione di rispettare l'identità nazionale degli Stati membri «insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali». Invece, i rischi presentati da questa norma sono stati molteplici. Basti qui richiamare il fatto che si tratta di una disposizione che certamente richiama all'identità nazionale ma, allo stesso tempo, appartiene al giardino ermeneutico della CGUE³⁹. Chi stabilisce cosa rientra nell'identità nazionale *ex* articolo 4, par. 2, TUE? E in che modo? Tali domande mostrano esattamente il potenziale "sovversivo"⁴⁰ di tale obbligo: il rischio di un'anarchia interpretativa nel caso in cui ogni Corte costituzionale si potesse esprimere sulla nozione di identità costituzionale sostenendo di partecipare a un'interpretazione pluralista. Così tale norma introduce il pericolo di disaccordi interpretativi e mostra l'impossibilità di neutralizzare i conflitti in generale attraverso la mera previsione di tale clausola.

³⁶ Vedi M. CARTABIA, «Unità nella diversità»: il rapporto tra la costituzione europea e le costituzioni nazionali, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2005, pp. 583-611, pp. 590 segg. V. ATRIPALDI e R. MICCÙ, *La Costituzione Europea "multilivello" tra garanzie di omogeneità e identità plurali*, in *The European Constitution in the Making*, a cura di I. Pernice e R. Miccù, Baden, 2003, pp. 53-92 e A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity After the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, London, II C, 2011, pp. 1417-1454.

³⁷ Di esigenza esistenziale riferita al primato del diritto UE parla sempre l'AG Maduro, in Conclusioni dell'Avvocato Generale Miguel Pojares Maduro del 21 maggio 2008, *Arcelor Atlantique e Lorraine e a.*, C-127/07, ECLI:EU:C:2008:292, par. 15.

³⁸ Cfr. VON BOGDANDY, SCHILL, *Overcoming Absolute Primacy*, cit., p. 1418.

³⁹ Vedi MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico*, cit., p. 805.

⁴⁰ G. MARTINICO, *Il potenziale sovversivo dell'identità nazionale alla luce dell'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, in *Il caso Taricco ed il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale*, a cura di A. Bernardi e C. Cupelli, Napoli, 2017, pp. 241-252.

Questo quadro è aggravato dal fatto che si caratterizza per l'assenza di una clausola di supremazia chiara e univoca. L'assenza di norme univoche e unitarie di collisione incide sul ridimensionamento e sulla risolvibilità del conflitto in un sistema multilivello che converge su alcuni punti⁴¹. Infatti, in un contesto come questo una disposizione che sembrerebbe appartenere al livello nazionale potrebbe in realtà essere la ripetizione di un'altra norma esistente a livello internazionale o sovranazionale. Questo scenario soffre l'assenza di una clausola di supremazia univoca. Ciò costringe gli interpreti sovranazionali e nazionali a risolvere le antinomie soltanto caso per caso, e non dà una soluzione univoca offerta da una regola precisa.

In sintesi, il recente aggravarsi dei rapporti ordinamentali dovuto ad una maggiore sovrapposizione normativa ed al richiamo da parte di norme UE di materiale normativo nazionale ha posto al centro dell'attenzione la CGUE. In questo contesto pluralista, la questione del ruolo delle alte corti nazionali, e in particolare delle corti costituzionali, può assumere connotati molto eterogenei.

5. *I diversi approcci ai conflitti interordinamentali delle Corti costituzionali europee.* – La questione del rapporto tra Corti supreme nazionali e Corte di giustizia corre il rischio di assumere caratteri traumatici nei prossimi anni. Tale rischio non è stato gestito in modo uniforme nel panorama europeo: alcune Corti lo hanno accettato con stoica rassegnazione, altre si sono ribellate a vario titolo e si sono rifiutate di accettare l'altrui autonomia. In questo scenario emerge la Corte costituzionale italiana che ha sfruttato questo nuovo scenario per acquisire un nuovo ruolo, influenzando attivamente l'attività giudiziaria della Corte di giustizia non attraverso la ribellione o la frustrazione, ma attraverso la 'seduzione'⁴². Alla prova dei fatti tale approccio si è rivelato vantaggioso e

⁴¹ Cfr. MARTINICO, *The 'Polemical' Spirit of European Constitutional Law*, cit., p. 1351.

⁴² Cfr. D. SARMIENTO, *The Consob Way – Or how the Corte Costituzionale Taught Europe (once again) a Masterclass in Constitutional Dispute Settlement*, in *EU Law Live – Weekend edition*, 2021, LIV, p. 3. A tale Autore è attribuibile anche la classificazione che proponiamo. Ci pare più corretto definire l'atteggiamento della Corte costituzionale italiana in un modo un po' diverso dal suo.

pertanto si pone autorevolmente come un modello nella risoluzione delle controversie costituzionali in Europa per il futuro.

5.1. *Pragmatica rassegnazione.* - Alcune Corti ritengono che l'integrazione europea sia una realtà inevitabile con un alto sostegno tra i cittadini e benefici tangibili in un mondo ormai altamente globalizzato e frammentato. Questo processo è stato da queste accettato e incorporato nella loro ontologia e nel loro modo di concepire i propri poteri. Tali Corti 'pragmaticamente rassegnate' sono pacifiche sul fatto che un trasferimento di poteri interpretativi abbia avuto luogo dalle capitali nazionali a Lussemburgo e, pertanto, agiscono di conseguenza. Le loro «*red lines*» verso l'integrazione europea, se ci sono, sono così eccezionali che è difficile immaginare che possano mai attuarle⁴³. In altre parole, tali giurisdizioni credono che non ci sia niente da guadagnare dal confronto aperto, mentre l'accettazione tacita facilita la composizione delle controversie e fornisce la certezza del diritto che i cittadini si aspettano da un ordinamento giuridico.

5.2. *Rivolta e frustrazione.* - In questa categoria stanno la maggior parte delle Corti europee in questo momento. Pertanto, per esigenze di sintesi, tale gruppo è caratterizzato da una certa eterogeneità riguardo a molti profili. L'unica caratteristica che le accomuna è il fatto di avere la certezza granitica – «*fiat iustitia et pereat mundus*» – che il controllo sulle competenze e il controllo dell'identità nazionale rimangono di competenza della Corte suprema di ogni Stato membro. Tanto che, indipendentemente da ciò che la CGUE deciderà alla fine, l'ultima parola resterà sempre alla Corte nazionale che, se necessario,

⁴³ Cfr. *Ibidem*. Ad esempio, il caso del Tribunale Costituzionale spagnolo riflette questo atteggiamento. I limiti invalicabili del suo ordinamento costituzionale ci sono, ma nella sua propria – e unica – decisione 'Solange', nel 2004, ha riconosciuto che le avrebbe applicate «*in the very exceptional, hardly conceivable case*» (Dichiarazione n. 1 del 13 dicembre 2004, p. 4, accessibile su <https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-2005-111.pdf>, consultato il 14.06.2022), in cui l'UE sarebbe andata contro i valori fondamentali della Costituzione spagnola. La posizione di tale Corte nel caso Melloni ad esempio è molto arrendevole, soprattutto dopo la dura risposta della CGUE. Un approccio simile può essere considerato quello del *Conseil Constitutionnel* francese, probabilmente per ragioni istituzionali legate ai poteri limitati di questa giurisdizione, in contrasto con altre alte corti francesi (ad esempio, il *Conseil d'État*).

esaminerà in dettaglio qualsiasi cosa faccia l'UE e alla fine potrà dichiararla *ultra vires* nello Stato membro⁴⁴. Diversamente dall'approccio precedente le corti 'ribelli' vedono conflitti ovunque, vivono in un costante stato di allerta e incentivano controversie euroscettiche con motivazioni più politiche che giuridiche⁴⁵.

L'assunto sul quale si basa questo approccio consiste nella convinzione che la CGUE debba prestare la dovuta attenzione alle identità nazionali quando risolve controversie complesse e delicate. Principio condivisibile, se non fosse che l'argomento è congegnato sul dovere dell'UE di rispettare le identità nazionali (articolo 4, par. 2, TUE) e sul principio di leale cooperazione (articolo 4, par. 3, TUE), ma questa linea di ragionamento ignora consapevolmente che il primato del diritto UE non è mai stato fatto dipendere da questi doveri. Ciò comporta che in questa visione qualora la CGUE violasse il suo obbligo di rispettare l'identità nazionale, ogni Corte suprema nazionale avrebbe il diritto di discostarsi da una sentenza di Lussemburgo in qualunque caso. Ad esempio, se guardiamo la sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020 sul programma «*Public Sector Purchase Programme*» (PSPP) della Banca Centrale Europea (d'ora in poi BCE)⁴⁶, è facile vedere come minare il primato del diritto dell'UE e il monopolio dell'interpretazione della CGUE attacca invece l'esistenza stessa dell'Unione. In tale sentenza, il *BVerfG* ha dichiarato *ultra vires*, e quindi non applicabili nell'ordinamento statale tedesco, sia decisioni della BCE ma anche una sentenza della Corte di giustizia. Ciò è particolarmente grave in quanto –

⁴⁴ Tale atteggiamento va oltre l'esperienza tedesca e travalica in altri ordinamenti nazionali. Vedi ad esempio Corte Suprema danese, caso n. 15/2014, su <http://www.supremecourt.dk>, consultato il 14.06.2022. Si veda quanto riportato da S. KLINGE, *Dialogue or disobedience between the European Court of Justice and the Danish Constitutional Court? The Danish Supreme Court challenges the Mangold-principle*, 2017, accessibile su <http://eulawanalysis.blogspot.it/2016/12/dialogue-or-disobedience-between.html>, consultato il 14.06.2022; R. HOLDGAARD, D. ELKAN, G.K. SCHALDEMOSE, *From cooperation to collision: The ECJ's Ajos ruling and the Danish Supreme Court's refusal to comply*, in *Common Market Law Review*, 2018, 1, pp. 17 segg.

⁴⁵ Il riferimento è alle modalità di accesso al secondo senato del *BVerfG*.

⁴⁶ *BVerfG*, Judgment of the Second Senate of 5 May 2020 - 2 BvR 859/15 -, paras. 1-237, ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505.2bvro85915.

ponendosi la Corte di Lussemburgo come chiusura del sistema – sottrarre alle sue sentenze

«la forza tipica del giudicato significa di fatto ‘scoperchiare’ l’ordinamento UE, che finisce per collocarsi in un limbo nel quale le sue istituzioni producono un diritto precario, valido cioè fino a che gli Stati membri, ‘*masters of Treaties*’, decidono di accettarlo»⁴⁷.

Considerando questa e altre pronunce, l’atteggiamento del *BVerfG* nei confronti della CGUE può essere sintetizzabile nel fatto che reclami che la Corte di Lussemburgo agisca come esso agirebbe nella risoluzione di una controversia: utilizzando lo stesso *standard* di controllo, usando le stesse categorie giuridiche che utilizza e, naturalmente, disegnando la stessa soluzione che anticipa nella sua ordinanza di rinvio⁴⁸. In altre parole, quando sono in gioco casi che toccano questioni di competenza o di identità nazionale tedesca, il *BVerfG* vuole che la CGUE approvi il ragionamento e la soluzione che considera appropriati per risolvere il caso poiché ritiene che sia l’unico modo per conformare le azioni dell’Unione all’identità nazionale della Repubblica federale tedesca⁴⁹. Tuttavia, ignora in modo miope che l’identità nazionale che tali Corti stanno imponendo

⁴⁷ E. CREMONA, *Principio della stabilità dei prezzi e sistema delle competenze UE: la distinzione fra politica monetaria e politica economica nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, p. 1530.

⁴⁸ Il rischio è che anche il giudice costituzionale, prima o poi, venga visto come giudice di «scopo» o di «lotta». Attenta dottrina ha, infatti, sottolineato come nella sentenza del 5 maggio 2020 del *BVerfG* ci sia, piuttosto evidente, l’intento di nascondere dietro alla pomposa e prolissa difesa di alcuni principi costituzionali l’obiettivo di forzare un’opzione di politica monetaria diversa da quella scelta dalla BCE ad opera di una Corte costituzionale nazionale. Vedi P. FARAGUNA, *Bundesverfassungsgericht contro tutti: Quantitative Easing incostituzionale per difetto di motivazione della proporzionalità*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, p. 433: «l’obiettivo del *BVerfG*, più che garantire il rispetto del principio delle competenze attribuite, del principio democratico, della responsabilità dell’integrazione, sembra essere assai più semplicemente quello di rafforzare il MES [...]. Sulla legittimità dell’obiettivo di rafforzare il MES è lecito discutere. Sul fatto che questo obiettivo possa essere perseguito da una Corte costituzionale nazionale, nascondendolo dietro agli alti principi appena menzionati, è ancora più lecito dubitare».

⁴⁹ Avvertiva il giudice costituzionale Sabino Cassese in tempi non sospetti che «se tutte le Corti nazionali si mettono a cercare la propria identità e a proteggerla, seguendo il brutto esempio tedesco, l’Unione europea va in pezzi», vedi S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015, p. 126, in cui l’autore commenta la sentenza del Bundesverfassungsgericht Lissabon Urteil (*BVerfG*, Judgment of the Second Senate of 30 June 2009 - 2 BvE 2/08 -, paras. 1-421, ECLI: DE:BVerfG:2009:es20090630.2bve000208). Vedi più ampiamente S. CASSESE, *L’Unione europea e il guinzaglio tedesco*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 9, pp. 1003-1007.

alla CGUE è l'opposto di ciò che i Trattati richiedono nell'articolo 4, par. 2, TUE, ovvero si imporrebbe in realtà l'identità nazionale di uno Stato membro sul resto. Così emerge una sfumatura spesso lasciata in ombra quando si parla del primato: la sua necessità per garantire l'uguaglianza degli ordinamenti degli Stati membri di fronte al diritto dell'Unione⁵⁰. Il principio di uguaglianza è il complemento naturale della clausola identitaria e del principio di leale collaborazione, in quanto lo stesso art. 4, par. 2, TUE ha una sua prima parte, scarsamente citata, in cui si stabilisce che «l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai Trattati». Perciò, fare pressione su Lussemburgo perché si comporti come il tribunale nazionale di sorta e segua la sensibilità nazionale del caso rischia di imporre una nozione interna di identità nazionale a tutti gli altri sistemi giuridici degli Stati membri, ignorando così le loro rispettive identità, che sono altrettanto degne e meritano la stessa protezione ai sensi dei Trattati⁵¹.

In questo raggruppamento, vi è anche un altro sottoinsieme che, se possibile, è ancora più preoccupante. Quello delle Corti che hanno abbandonato la strada del diritto e dell'argomentazione giuridica. Un esempio è quello della Corte costituzionale Polacca che recentemente è andata contro il primato del diritto UE e si è spinta fino a dichiarare l'incostituzionalità di alcune norme sia di diritto primario che di diritto secondario⁵². Tali pronunce pongono queste Corti anche al di fuori delle Corti 'ribelli' in quanto sono spesso motivate in modo generico e comprensibile soltanto – se così si può dire – da un punto di vista politico⁵³.

⁵⁰ Vedi G. GAJA, *Alternative ai controlimiti rispetto a norme internazionali generali e norme dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, 4, p. 1050 e F. FABBRINI, *After the OMT Case: The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States*, in *German Law Journal*, 2015, pp. 1003-1023.

⁵¹ Cfr. SARMIENTO, *The Consob Way*, cit., p. 5.

⁵² Vedi *Assessment of the conformity to the Polish Constitution of selected provisions of the Treaty on European Union*, k. 3/21 7 x 2021.

⁵³ Ciò è ben descritto da M. COLI, *Sfida al primato del diritto dell'unione europea o alla giurisprudenza della Corte di giustizia sulla rule of law? Riflessioni a margine della sentenza del tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, 3, pp. 1083-1112, che chiarisce anche le notevoli differenze tra questa pronuncia e quella del 5 maggio del Tribunale costituzionale tedesco.

5.3. *Relazionalità istituzionale.* – Vi è invece una peculiarità nella giustizia costituzionale italiana che è relazionale⁵⁴. In una serie di sentenze e ordinanze di rinvio emesse negli ultimi anni – nei casi principali di Taricco I & II e, più recentemente, Consob – essa ha sviluppato un *modus operandi* molto astuto ed efficiente che bilancia l'identità nazionale, il primato del diritto dell'UE e una comprensione reciproca del principio di leale cooperazione⁵⁵. Pertanto, quali sono le caratteristiche principali di questo approccio, così riuscito nel suo risultato e così sottile nei suoi mezzi? Prima di tutto bisogna richiamare due fondamentali premesse e poi si evidenzieranno tre caratteristiche essenziali.

La prima premessa riguarda l'osservazione della consapevolezza del ruolo che l'integrazione europea ha svolto e svolge nella storia costituzionale italiana. La Consulta fin dall'inizio mette in sicurezza le 'esigenze esistenziali' dei rispettivi ordinamenti (primato/effetto diretto e principi supremi), in modo tale che le Corti possano introdurre ogni strumento ermeneutico possibile per disinnescare i conflitti⁵⁶. Come autorevolmente affermato dal giudice costituzionale Francesco Viganò, «Taricco mostra, una volta di più, quanto le corti sappiano accortamente evitare di confrontarsi con le questioni di principio quando la posta in gioco è molto alta sul piano politico»⁵⁷.

La seconda premessa riguarda il rinvio pregiudiziale. La Consulta ha una lunga storia con l'utilizzo di tale strumento: prima lo ha ignorato, poi fortemente

⁵⁴ V. BARSOTTI, P.G. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in the Global Context*, Oxford, 2016, p. 235.

⁵⁵ Vedi Ordinanza della Corte costituzionale, n. 24/2017, ECLI:IT:COST:2017:24; Ordinanza della Corte costituzionale, n. 117/2019, ECLI:IT:COST:2019:117; Sentenza della CGUE del 8 settembre 2015, C-105/14, *Taricco e a.*, ECLI:EU:C:2015:555; Sentenza della CGUE del 5 dicembre 2017, M.A.S e M.B., C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936; Sentenza della CGUE del 2 febbraio 2021, C-481/19, Consob, ECLI:EU:C:2021:84. Per un'analisi più dettagliata di questa giurisprudenza sia consentito di rinviare a M. ROMAGNOLI, *Diritto penale e Unione europea: "The Dark Side of the Moon". Le esigenze esistenziali e logiche del primato, i limiti dei controlimiti e l'inerzia del legislatore nazionale*, in *disCrimen*, 2022, 1, pp. 113-161, accessibile su <https://discrimen.it/wp-content/uploads/Romagnoli-Europa-e-diritto-penale.pdf>, consultato il 14.06.2022.

⁵⁶ Cfr. B. GUASTAFERRO, *Derubricare i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso Taricco*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, pp. 441-442.

⁵⁷ F. VIGANÒ, *Legalità nazionale e legalità europea in materia penale: i difficili equilibri della Corte di Giustizia nella sentenza M.A.S.*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, 4, p. 1311.

respinto non ritenendosi un organo giurisdizionale. Dopo una prima apertura, l'esperienza positiva che i giudici hanno avuto modo di sperimentare in Taricco ha permesso che si superassero le paure teoriche che accompagnavano questo passo. Adesso è normale prendere in considerazione che di fronte ad una questione di costituzionalità, che abbia anche delle implicazioni di diritto dell'UE, una delle opportunità sia il rinvio pregiudiziale. Tanto che nell'*obiter dictum* dell'ordinanza n. 269 del 2017⁵⁸ è stato proposto il sistema della c.d. doppia pregiudizialità con cui la Corte chiede ai giudici comuni nazionali di adirla per affrontare problemi che riguardino situazioni soggettive circa la tutela multilivello. Senza sottovalutare i possibili problemi che tale dottrina pone⁵⁹, preme sottolineare la volontà della Consulta che preferisce garantirsi la «prima parola» piuttosto che l'ultima⁶⁰.

Pertanto, la prima caratteristica di questo atteggiamento riguarda le ordinanze di rinvio della Consulta che non sono pensate come una minaccia aperta all'autorità della CGUE e al suo ruolo di interprete del diritto UE. Non vengono poste nel senso di 'prendere o lasciare'. Al contrario, la Corte invita la CGUE ad impegnarsi in un'analisi che è aperta (come ogni discussione giuridica su una questione di principio) con più possibili soluzioni disponibili. Il risultato

⁵⁸ Sentenza della Corte costituzionale, n. 269/2017, ECLI:IT:COST:2017:269.

⁵⁹ Vedi *ex multis* N. LAZZERINI, *Dual Preliminary Within the Scope of the EU Charter of Fundamental Rights in the Light of Order 182/2020 of the Italian Constitutional Court*, in *European Papers*, 2020, 3, pp. 1463-1476.

⁶⁰ N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, in *Federalismi.it*, 2019, p. 24: «Nel dialogo tra i giudici conta spesso assai di più disporre della "prima parola" che non la famosa "ultima parola". Specie a patto di saperla esercitarla bene, formulando perciò al meglio la domanda che attiva il procedimento, la "prima parola" consente di delineare correttamente il nodo interpretativo da sciogliere e di porre un quesito che, almeno di regola, conduca ad una certa gamma di soluzioni piuttosto che ad altre. A maggior ragione perché ci si è accorti che in un sistema così complesso, a più livelli e in costante evoluzione, a ben vedere un'ultima parola in senso proprio non c'è mai. Il fantomatico e spesso mitizzato "diritto all'ultima parola", in altri termini, finisce per non spettare a nessun giudice; e, in molti casi, tanto meno al legislatore, verrebbe da aggiungere. L'idea che, in un sistema "a rete", la prima parola sia tendenzialmente più importante dell'ultima sta perciò progressivamente prendendo piede e, in qualche misura, il dibattito sulle priorità nei casi di doppia pregiudizialità è emblematico di ciò: la Corte costituzionale, rispetto a tenersi il diritto ad esercitare, in teoria, un'ultima parola che non è stata mai chiamata ad esprimere, ha preferito ora invocare il diritto ad intervenire tempestivamente in sede di garanzia dei diritti fondamentali, anche ove previsti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, comprendendo quanto importante sia formulare direttamente la domanda alla Corte di giustizia».

non è già scritto⁶¹. Un'altra caratteristica è che la Corte italiana non dice mai alla CGUE che le sue precedenti decisioni sul primato e gli effetti diretti erano sbagliate o erano in violazione della Costituzione italiana. Al massimo, la Corte accenna a sfumature che potrebbero essere introdotte per evitare ulteriori difficoltà nell'applicazione di tale giurisprudenza. La Consulta, introducendo queste sfumature nei ragionamenti della CGUE, apre la porta a possibili reinterpretazioni che potrebbero correggere i torti passati o futuri causati da una sentenza di Lussemburgo. Il suo atteggiamento è costruttivo e critico, ma sempre sensibile alle difficoltà intrinseche che l'organo giudiziario dell'Unione affronta nel giudicare un contesto multinazionale. Infine, l'approccio italiano porta a ritenere che non ci sia mai fine alla discussione tra le corti. In contrasto con la dottrina *ultra vires*, che punta fin dall'inizio a porre fine alla questione a livello nazionale, non vi è qui l'intento di una decisione finale. Al contrario, l'approccio della Corte costituzionale suggerisce è che se la risposta ricevuta da Lussemburgo non le sembra soddisfacente, nulla le impedirà di porre ancora altre domande in ulteriori rinvii pregiudiziali, fino a quando un risultato ragionevole per entrambe sia raggiunto attraverso il dialogo⁶².

Ci sono diversi modi per affrontare il conflitto o anche solo il sovrapporsi di più ordinamenti. Le rassegnazioni pragmatiche hanno i loro benefici, ma lasciano una Corte costituzionale nazionale in una posizione di irrilevanza, come un osservatore discreto che guarda passare gli eventi. Rivolta e frustrazione portano solo a ulteriore disordine e al crescere di tale delusione, in un gioco a somma zero senza vincitori. È l'approccio relazionale – o come altri lo hanno definito «*seduction*»⁶³ – che mostra l'approccio più virtuoso di tutti. Riguardo all'identità nazionale, in particolare,

«la Corte italiana sembra ispirarsi a una logica dualista per cui spetta al giudice nazionale chiarire il concetto d'identità nazionale e a quello di Lussemburgo trarre le conseguenze dal concetto così interpretato dal

⁶¹ Cfr. SARMIENTO, *The Consob Way*, cit., p. 6.

⁶² Cfr. Ivi, p. 7.

⁶³ *Ibidem*.

giudice nazionale di volta in volta interessato sul piano del primato del diritto UE»⁶⁴.

Giocando questa carta la Corte costituzionale ha dimostrato che la CGUE può rettificare ed è disposta a farlo quando sono in gioco questioni di identità nazionale. Ancora di più, la Corte di giustizia è pronta ad impegnarsi con le alte corti nazionali nel definire i termini in cui i diritti fondamentali devono essere interpretati, con l'obiettivo di evitare conflitti costituzionali. In questo processo, la Corte di giustizia è disposta a impegnarsi in questo sforzo interpretativo mano nella mano con l'alta corte di riferimento, dimostrando che la sua sensibilità verso le identità nazionali è genuina e reale⁶⁵.

6. *Conclusioni: il dialogo come metodo* – La tutela dei diritti è un settore in cui la competenza della CGUE si sovrappone inevitabilmente a quella delle Corti costituzionali. Perciò escludere il dialogo tramite il rinvio pregiudiziale di quest'ultime appare una scelta irragionevole attualmente. Sicuramente, questo strumento in sé non porta automaticamente ad una soluzione di compromesso. Ma, con l'atteggiamento della Consulta che si è descritto «il dialogo tra le corti, che è alla base della procedura in via pregiudiziale, ha consentito alla Corte di giustizia di trovare sul piano interpretativo, una soluzione che viene incontro alle principali preoccupazioni espresse nell'ordinamento della Corte costituzionale rispetto alla tutela dei diritti fondamentali»⁶⁶. Molti sono i diritti che, come ordinamenti, sono condivisi, ma la loro interpretazione può essere diversa e per questo c'è bisogno del confronto⁶⁷. Lo scopo della protezione dei diritti fondamentali non è quello di dare più o meno potere a una corte piuttosto che ad un'altra, ma è quello di dare più protezione alle persone. Queste sono più

⁶⁴ MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico*, cit., pp. 809-810.

⁶⁵ SARMIENTO, *The Consob Way*, cit., p. 7.

⁶⁶ GAJA, *Alternative ai controlimiti*, cit., p. 1049.

⁶⁷ Vedi A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995, in cui l'autore descrive come lo spazio ermeneutico che è lasciato oggi giorno al giudice aumenta la distanza che poi si viene a creare tra un'interpretazione e un'altra.

protette da un atteggiamento cooperativo delle corti, piuttosto che da uno conflittuale.

Si può anche accettare diversi stili di dialogo, diversi tipi e diversi toni, questo non è in sé un problema⁶⁸. Bisognerà pertanto chiedersi quali siano le condizioni per cui il dialogo tra corti risulti veramente fruttuoso. Dando per scontato che si parli tutti una stessa lingua per trovare un primo terreno comune, ci dovrebbe essere sempre una vera, genuina, sincera disposizione a comprendere le ragioni dell'altra parte. Per avere successo nel dialogo bisognerà tenere a mente che alla fine di esso la propria posizione potrebbe essere diversa da quella iniziale. Inoltre, ci saranno sempre nei vari ordinamenti delle «*red lines*» invalicabili. In caso di due opinioni insanabili c'è evidentemente bisogno di un terzo che faccia da mediatore, di un arbitro imparziale. La risoluzione delle controversie sulla competenza è molto spesso riducibile ad una valutazione binaria e si traduce in una decisione che accetta o rifiuta la competenza dell'Unione ad agire in un certo modo. È difficile articolare un dialogo cooperativo tra i tribunali in materia di competenza. Questo è il motivo per cui il contenzioso di competenza potrebbe essere rafforzato dall'introduzione di una camera mista nella Corte di giustizia, una camera in cui la *Kompetenz-Kompetenz* non è affidata ad una delle parti interessate ma ad una camera composita con legittimità condivisa in cui le alte corti nazionali hanno voce⁶⁹. Infine, è arrivato

⁶⁸ Vedi A. VON BOGDANDY e D. PARIS, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, pp. 9-30.

⁶⁹ Vedi J.H.H. WEILER e D. SARMIENTO, *The EU Judiciary After Weiss - Proposing a New Mixed Chamber of the Court of Justice*, in *EU Law Live*, 1.6.2020.

il momento di un rinvio pregiudiziale a parti inverse⁷⁰. Se davvero c'è il bisogno di sviluppare il dialogo questo dovrebbe essere reciproco. Esso non può più essere concepito gerarchicamente: è un dialogo tra pari, giudici custodi della rispettiva autonomia dei propri ordinamenti. È molto tempo ormai che una parte della dottrina italiana evidenzia la possibile utilità di tale ipotesi: in caso vi sia una questione squisitamente legata all'obbligo di tutelare l'identità nazionale di uno Stato membro la CGUE interpellerebbe le rispettive Corti costituzionali a garanzia dell'identità⁷¹.

In conclusione, la fortuna dell'apporto relazionale va attribuito alla natura dell'esperienza costituzionale italiana. Difatti,

«l'avventura costituzionale italiana, sia sotto il profilo del lavoro dei Padri costituenti, sia sotto il profilo della operosità della Corte costituzionale, ha rappresentato la salutare messa in discussione di una legalità unicamente legislativa e di una certezza unicamente formale»⁷².

La 'simpatia' per il concetto di 'comunità di diritto' nasce dalla consapevolezza del vivace pluralismo giuridico europeo che è in risonanza con quello della 'nuova' Costituzione italiana dall'immediato dopo guerra in poi. Come recita il titolo del saggio di un illustre professore dell'Ateneo fiorentino, vicepresidente emerito della Corte costituzionale, la nostra carta fondamentale è «nata per unire»⁷³, e pertanto riconosce tale valore anche all'«acciaccato» processo d'integrazione. Inoltre, per spiegare la peculiare posizione italiana non

⁷⁰ Ad esempio, la CGUE (nella Taricco I, su stimolo del tribunale di Cuneo) non aveva tenuto in considerazione la differenza tra ordinamenti, e bene ha fatto a rettificare tale, miope, presa di posizione, grazie al più ampio quadro normativo offerto dal rinvio pregiudiziale della Consulta. Pertanto, assumono un'importanza centrale i dubbi sollevati dalla Corte costituzionale sulla compatibilità della regola Taricco con il principio di legalità, in particolare riguardo a irretroattività e determinatezza, dubbi che non erano emersi sulla base del primo rinvio pregiudiziale del GUP del Tribunale di Cuneo. Perciò la CGUE non era stata messa in condizione di apprezzare le specificità dell'ordinamento italiano, cioè la natura sostanziale delle norme sull'interruzione della prescrizione e perciò la loro attrazione nell'alveo di garanzia del principio di legalità penale. Vedi GAJA, *Alternative ai controlimiti*, cit., p. 1049, in cui l'autore sottolinea il fatto che in Taricco I alcuni interrogativi non erano stati portati all'attenzione della Corte. La CGUE senza il nuovo intervento della Consulta che ha permesso di chiarire vari punti, non aveva modo di chiedere chiarimenti o spiegazioni.

⁷¹ Vedi P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2019.

⁷² GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., pp. 74-75.

⁷³ E. CHELLI, *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Bologna, 2012.

si può non ricordare che qui la prima grande trattazione scientifica che si è confrontata con la pluralità degli ordinamenti giuridici risale al 1918: l'«Ordinamento giuridico» di Santi Romano. Davanti alle sfide che la convivenza di ordinamenti pone è necessario ricordare sempre che

«se il mare è mosso, è ancor più necessario un timone che non si irrigidisca ma corrisponda con duttile energia alla mobilità delle onde. Quel timone – ne sono certo – è per noi la teorica dell'ordinamento giuridico, strumento duttile che si presta a rivestire la pluralità e a disciplinarla senza soffocarla»⁷⁴.

⁷⁴ P. GROSSI, *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, Bologna, 2018, p. 117.

I LIMITI ALLA FRUIZIONE INDIVIDUALE DEI BENI CULTURALI: UNA TESTIMONIANZA DI CIVILTÀ NELLA DEMOCRAZIA DELLA CULTURA

ALESSANDRO ZECCHI*

Nonostante l'esigenza di liberalizzare l'uso e la riproduzione dell'immagine dei beni culturali a più riprese colta nella sistematica sovranazionale, il Legislatore italiano, nel recente intervento normativo di cui al D. Lgs. 177/2021, ha preferito mantenere inalterato il regime autorizzatorio rinvenibile nel Codice dei Beni Culturali. A fronte di tale scelta, appare inevitabile chiedersi se essa rappresenti l'ennesima resistenza legislativa al pieno avvento di una 'democrazia della cultura' o se, all'opposto, il regime apparentemente ossimorico di una 'cultura concessa' risulti ancora oggi l'unico strumento in grado di garantire e salvaguardare la «memoria della comunità nazionale».

Despite the need to liberalise the use and reproduction of the image of cultural heritage repeatedly identified in supranational legislation, the Italian legislator, in Legislative Decree 177/2021, preferred to keep the authorisation procedure established by the Cultural Heritage Code. Considering this choice, we have to ask ourselves if it represents a legislative resistance to the 'democracy of culture' or if, on the contrary, oxymoron of a 'granted culture' is still today the only instrument able to guarantee and safeguard the «memory of the national community».

SOMMARIO: 1. La fruizione dei beni culturali: il regime autorizzatorio e le istanze di liberalizzazione. – 2. I nuovi impulsi sovranazionali: verso una modifica della normativa interna sulla fruizione dei beni culturali? – 3. L'attuazione interna della Direttiva 2019/790/EU: un tradimento del quadro sovranazionale in materia di beni culturali? – 4. Il rapporto tra la normativa in tema di diritto d'autore e la disciplina a tutela dei beni culturali. – 5. La valutazione di compatibilità culturale: un retaggio culturale o un'esigenza di sistema?

1. *La fruizione dei beni culturali: il regime autorizzatorio e le istanze di liberalizzazione.* – La nozione di bene culturale che si evince dalla legislazione

*Dottorando di ricerca in Discipline civilistiche presso l'Università degli Studi di Firenze.

vigente¹ porta a ritenere come tale qualsiasi bene che sia suscettibile di testimoniare il passato e che risulti idoneo a rappresentare un valore meritevole di essere coltivato e tramandato alle future generazioni². Tale ampia nozione non assegna importanza preponderante all'aspetto materiale del bene³, quanto piuttosto all'essere testimonianza di civiltà ed elemento produttivo di sviluppo della cultura; il bene culturale, quindi, assume il carattere pubblico che lo contraddistingue «non in quanto bene di appartenenza, ma in quanto bene di fruizione»⁴.

E proprio la fruizione dei beni culturali, nei suoi paradigmi dell'uso e della riproduzione, ha costituito, e costituisce ancora oggi, il problema precipuo che contraddistingue la relativa disciplina.

Nell'attuale impianto normativo, infatti, la riproduzione e l'uso, stabile o precario, dei beni culturali in consegna agli enti pubblici (Ministero, Regioni e altri enti pubblici) sono subordinati all'autorizzazione di questi ultimi, volta a verificare la compatibilità con la destinazione culturale dello stesso bene⁵, nonché, laddove emergano anche finalità di natura lucrativa, alla prestazione di canoni di concessione e di corrispettivi connessi alla riproduzione (artt. 106-108 Codice dei Beni Culturali).

La *ratio* della disciplina codicisticamente posta, rimasta tale nonostante gli interventi di modifica sopravvenuti negli anni, risulta essenzialmente finalizzata a conciliare l'utilizzazione economica da parte dei privati e la destinazione alla pubblica fruizione del demanio culturale, concetti non antitetici ma tra loro

¹ G. CLEMENTE DI SAN LUCA, R. SAVOIA, *Manuale di diritto dei beni culturali*, Napoli, 2008, p. 33, ricavano la nozione di bene culturale dall'art. 10 Codice dei Beni Culturali (CBC).

² S. LOMBARDI, *Diritto dei beni culturali*, Milano, 2021, p. 2.

³ Per il superamento della concezione estetizzante cfr. T. ALIBRANDI, P. FERRI, *I Beni culturali e ambientali*, Milano, 2001, p. 25. Cfr. anche I. RADOCCIA, *Diritto e beni culturali*, Napoli, 2004, p. 13.

⁴ M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1976, p. 1033.

⁵ Per l'estensione del regime autorizzatorio anche all'art. 107 CBC cfr. I. FORGIONE, *Le immagini dei beni culturali: niente di nuovo sul fronte dell'uso dopo il recepimento delle direttive sul diritto d'autore e sul riuso dei dati pubblici*, in www.orizzontideldirittopub.com, 2021, consultato il 06.06.2022.

funzionali e orientati al miglior utilizzo per il pubblico e alla massima redditività per l'Amministrazione titolare o consegnataria di quei beni⁶.

La struttura così delineata dal D. Lgs. 42/2004, tuttavia, ha conosciuto ampi rilievi critici nel corso del tempo, mossi essenzialmente nell'ottica di orientare, in conformità con la prassi internazionale, verso una logica di liberalizzazione piena dell'uso dell'immagine dei beni culturali ai fini della progressiva costruzione di una consapevole «cultura del riuso», «del libero accesso»⁷.

Rilievi critici, quelli avanzati, che hanno interessato tanto il profilo strettamente economico quanto quello più propriamente valoriale.

Quanto al primo ambito, innanzitutto, è stato sottolineato che l'esazione dei diritti attraverso l'istituto della concessione abbia dato adito a un volume di costi non proporzionale ai ricavi, con lo Stato che, a fronte della perdurante applicazione dell'oramai risalente tariffario emanato con D.M. 8 aprile 1994⁸, si è visto costretto a spendere cifre maggiori rispetto a quelle introitate⁹.

Relativamente al crisma valoriale, invece, le resistenze alla liberalizzazione dell'uso delle immagini dei beni culturali sono state interpretate alla stregua di un retaggio della concezione proprietaria e pedagogica del patrimonio culturale, retaggio radicato nella seconda metà del Novecento intento a contrapporre il valore simbolico dell'oggetto artistico o storico al suo valore economico¹⁰.

La tradizionale visione «sacrale» e «sacralizzante» del patrimonio culturale, inteso nella sua dimensione assoluta piuttosto che relazionale, avrebbe determinato una forma di censura preventiva della libertà di espressione, «fossile» di una concezione chiusa del patrimonio e destinata a essere superata esclusivamente attraverso il processo di piena liberalizzazione nella fruizione

⁶ I. TARASCO, *Il problema giuridico ed economico delle concessioni d'uso dei beni culturali*, in *Il diritto dell'economia*, 2017, XXX, 94, 3, p. 733; W.V. GIANCOTTI, *Il patrimonio culturale nella legislazione culturale e ordinaria. Analisi, proposte e prospettive di riforma*, Torino, 2008, p. 235.

⁷ M. MODOLO, *La riproduzione del bene culturale pubblico tra norme di tutela, diritto d'autore e diritto al patrimonio*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 2021, 1, p. 31.

⁸ TARASCO, *Il problema giuridico ed economico delle concessioni d'uso dei beni culturali*, cit., p. 740.

⁹ D. MANACORDA, *L'immagine del bene culturale pubblico tra lucro e decoro: una questione di libertà*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 2021, 1, p. 25.

¹⁰ Ivi, p. 27.

delle immagini¹¹. Proprio tale liberalizzazione, lungi dall'implicare un'indebita mercificazione del bene culturale, apparirebbe invece l'unica soluzione al contempo in grado di evitare «derive identitarie» stataliste, da un lato, e di «salvare dall'oblio» il nostro patrimonio, dall'altro¹², piegando l'ossimoro di una «cultura concessa»¹³ al sopravvento di una compiuta «democrazia della cultura»¹⁴.

Non resta, quindi, che chiedersi se tale «democrazia della cultura», come enfaticamente rappresentata, possa essere ritenuta compatibile con la concezione costituzionale del patrimonio culturale, inteso quale elemento essenziale della identità nazionale e, per questo, bisognoso della difesa dello Stato, come ente, e dell'intero corpo sociale di esso costitutivo¹⁵.

2. *I nuovi impulsi sovranazionali: verso una modifica della normativa interna sulla fruizione dei beni culturali?* – Le perplessità rispetto al vigente regime autorizzatorio non sono rimaste totalmente prive di riscontri anche sul piano del diritto positivo *lato sensu* inteso.

Un primo impulso volto al ripensamento dell'originaria struttura delineata dagli articoli 106, 107 e 108 del Codice dei Beni Culturali è stato individuato nella “Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società”, siglata a Faro nel 2005 e ratificata dall'Italia con la legge del 1° ottobre 2020, n. 133. Essa ha riconosciuto, pur senza generare situazioni giuridiche suscettibili di diretta applicabilità (art. 6), il diritto, anche individuale, a trarre beneficio dall'eredità culturale e a contribuire al suo arricchimento (art. 4), da inserire nella più ampia necessità di ridisegnare la politica di musei, archivi e biblioteche in materia di digitalizzazione del patrimonio e di licenze d'uso (art. 14). Proprio la visione antropologica del «*cultural heritage*» ivi rinvenibile, incentrata preminentemente sulle prerogative dell'individuo, ha dato modo di evidenziare la netta contrapposizione rispetto alla concezione della realtà

¹¹ MODOLO, *La riproduzione del bene culturale pubblico*, cit., p. 34.

¹² *Ibidem*.

¹³ MANACORDA, *L'immagine del bene culturale pubblico*, cit., p. 28.

¹⁴ MODOLO, *La riproduzione del bene culturale pubblico*, cit., p. 34.

¹⁵ A. MANSI, *La tutela dei beni culturali*, Padova, 1998, p. 28.

sposata dalla nostra legislazione sul diritto dei beni culturali, figlia del tempo e insuscettibile di conformarsi alle istanze di sussidiarietà orizzontale costituzionalmente imposte¹⁶.

Ma una portata ancor più rivoluzionaria¹⁷ è stata attribuita all'art. 14 della Direttiva 2019/790/UE (“sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE”), il quale ha stabilito che gli Stati membri, una volta scaduta la durata di protezione di un'opera delle arti visive, devono provvedere a che «il materiale derivante da un atto di riproduzione di tale opera non sia soggetto al diritto d'autore o a diritti connessi», a meno che il materiale risultante dalla riproduzione costituisca una creazione intellettuale propria dell'autore.

Sulla scorta di tale disposizione, da leggersi in coordinato con il Considerando 53 della Direttiva, si è inteso favorire la circolazione delle riproduzioni delle opere divenute di pubblico dominio, in un'ottica finalizzata a incentivare l'accesso al patrimonio culturale e la sua promozione.

E, proprio nell'implementazione della Direttiva 2019/790/EU sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, la Commissione Cultura della Camera ha cercato, con la “Risoluzione Vacca” del 16.6.2021, di chiarire all'interno del nostro ordinamento giuridico il portato delle istanze volte al riconoscimento della facoltà di libera riproduzione di immagini di beni culturali in pubblico dominio. A tal riguardo, in particolare, la Commissione si è impegnata a rimuovere i diritti connessi nel caso di riproduzione di opere delle arti visive di pubblico dominio non aventi carattere originale e a proseguire, seppur nella salvaguardia di un elevato livello di protezione del diritto d'autore e dei diritti connessi, il percorso di liberalizzazione della riproduzione dei beni culturali e della divulgazione delle immagini, aprendo alla cosiddetta «libertà di panorama»¹⁸.

¹⁶ A. MONTANARI, *Il sostegno dei beni culturali: riflessioni per una strategia “altruistica”*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 2021, 2, p. 57.

¹⁷ M. ARISI, *Riproduzioni di opere d'arte visive in pubblico dominio: l'articolo 14 della Direttiva (EU) 2019/790 e la trasposizione in Italia*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 2021, 1, p. 3.

¹⁸ G. GIARDINI, *Libero riutilizzo delle immagini, quanto ci costi?*, in www.ilsole24ore.com, consultato il 06.06.2022.

Un'implementazione suscettibile, per stesso riconoscimento della citata Risoluzione, di portare a una riformulazione degli articoli 107 e 108 del D. Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, che «risulti conforme alle disposizioni di cui all'articolo 14 della direttiva europea 2019/790/EU», rispondendo così alle finalità di liberalizzazione teleologicamente discendenti dai principi unionistici¹⁹.

3. *L'attuazione interna della Direttiva 2019/790/EU: un tradimento del quadro sovranazionale in materia di beni culturali?* – Nonostante l'esigenza, su più fronti denotata, di addivenire a un'opportuna modifica della disciplina vigente in tema di uso e riproduzione dei beni culturali al fine di garantire il pieno recepimento del portato effettuale delle istanze sovranazionali insite nella Direttiva 2019/790/EU²⁰, il Legislatore interno, nel dare attuazione a quest'ultima, ha tuttavia privilegiato la soluzione tesa a mantenere inalterate le disposizioni in materia di uso e riproduzione dei beni culturali.

In particolare, l'art. 32-quater della legge 22 aprile 1941, n. 633, in tema di diritto d'autore, introdotto dall'art. 1 D. Lgs. 8 novembre 2021, n. 177 (“Attuazione della direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE”), ha previsto che alla scadenza della durata della protezione di un'opera delle arti visive «il materiale derivante da un atto di riproduzione di tale opera non è soggetto al diritto d'autore o a diritti connessi, salvo che costituisca un'opera originale», con la precisazione che «restano ferme le disposizioni in materia di riproduzione dei beni culturali di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42».

Una scelta di politica legislativa, quella di confermare l'esistente sistema del Codice dei Beni Culturali, intesa preminentemente a bilanciare l'interesse alla diffusione della conoscenza del patrimonio e quello alla gestione economica delle utilità derivanti dai beni, funzionale a consentire il reinvestimento dei proventi

¹⁹ M. MODOLO, *Riuso dell'immagine digitale del bene culturale pubblico: problemi e prospettive*, in *AIB Studi*, 2021, LXI, pp. 151 segg.

²⁰ ARISI, *Riproduzioni di opere d'arte visive in pubblico dominio*, cit., p. 7.

nella più efficiente ed efficace gestione della cultura e nel miglioramento dei servizi all'utenza²¹.

Una scelta, a ben vedere, postasi su un piano di coerenza sistematica con gli arresti giurisprudenziali affermatasi in materia di beni culturali, volti nella loro complessività a ribadire il tendenziale divieto di riproduzione e divieto di divulgazione di immagini relative al bene culturale insito nella disciplina di cui agli articoli 107 e 108 del Codice, ovviabile esclusivamente previo l'ottenimento di un'espressa autorizzazione dell'Ente consegnatario che valuti la compatibilità dell'utilizzo che ne vuole fare l'istante con la valenza culturale dell'opera, al fine di evitarne distorsioni o svilimenti del messaggio culturale impresso nella stessa²².

E allora, a fronte del mantenimento dello *status quo*, occorre interrogarsi se le istanze finalizzate a garantire il libero uso e la libera riproduzione dei beni culturali, talora colte nella normativa sovranazionale e divenute impegno programmatico a seguito dei lavori della Commissione Cultura, siano state scientemente tradite in sede di recepimento legislativo interno o se, all'opposto, il mantenimento inalterato dell'impianto del Codice dei Beni Culturali risponda alla perdurante attualità del sistema da questo delineato.

4. Il rapporto tra la normativa in tema di diritto d'autore e la disciplina a tutela dei beni culturali. – Un primo, importante, elemento funzionale a districare l'interrogativo da ultimo sollevato può cogliersi nell'analisi del rapporto tra la normativa in tema di diritto d'autore, direttamente interessata dall'intervento unionistico, e quella posta a tutela dei beni culturali.

E, per quanto talora si sia sostenuto che la disciplina insita nel Codice dei Beni Culturali tenda a stabilire una sorta di diritto d'autore sulle immagini di beni in pubblico dominio, di carattere peraltro perpetuo²³, appare tuttavia preferibile la tesi che, pur non disconoscendo le potenziali sinergie tra le

²¹ FORGIONE, *Le immagini dei beni culturali*, cit.

²² Tribunale di Firenze 22/11/2017, in www.ilsocietario.it, consultato il 06.06.2022.

²³ MODOLO, *Riuso dell'immagine digitale del bene culturale pubblico*, cit., p. 155.

tematiche, colloca la disciplina autoriale su un binario altro e parallelo rispetto a quello riservato alla materia della tutela e della valorizzazione dei beni culturali.

E ciò, innanzitutto, in ragione dello stesso dato normativo, in seno al quale emerge come la facoltà legislativamente attribuita alla Pubblica Amministrazione di consentire o meno la riproduzione del bene, lungi dal costituire espressione della proprietà intellettuale vantata a livello ministeriale su esso, si ponga su un piano di alternatività (cfr. art. 107 CBC: «fatte salve»²⁴) rispetto alle disposizioni, nazionali e sovranazionali, previste a regolamentazione della materia del diritto d'autore, con quest'ultimo riservato alle amministrazioni limitatamente alle «opere create e pubblicate sotto il loro nome ed a loro conto e spese» (art. 11 l. 633/1941).

Inoltre, anche volendo prescindere dalle ulteriori divergenze tra le due discipline sotto il profilo della legittimazione attiva e dell'arco temporale di rispettiva vigenza²⁵, non si può mancare di rilevare come il principale fattore di reciproca autonomia tra le normative in analisi sia rinvenibile nella diversa natura degli interessi protetti, privati nel caso della normativa autoriale, e pubblici nel caso dei beni culturali²⁶.

Se, difatti, la *ratio* posta a fondamento degli articoli 106, 107 e 108 del Codice dei Beni Culturali risulta quella di salvaguardare il «valore di civiltà» di cui l'immagine del bene culturale costituisce «testimonianza» (art. 4 D. Lgs. 29 ottobre 1999, n. 490), con il ruolo dell'Amministrazione volto giustappunto alla previa verifica dell'attitudine potenziale della strumentalità dell'uso a mantenere intatto il legame di compatibilità dell'utilizzo rispetto alla funzione culturale e sociale del bene, altrettanto non può essere replicato in riferimento alla normativa sul diritto d'autore, espressione per definizione di un interesse personale esclusivo del singolo creatore (o di un ristretto novero di legittimati) a

²⁴ G. SCIULLO, *'Pubblico dominio' e 'Dominio pubblico' in tema di immagine dei beni culturali: note sul recepimento delle Direttive (UE) 2019/790 e 2019/1024*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 2021, 1, p. 18.

²⁵ Per la distinzione cfr. A. BUTICCHI, G. CALABI, *Intersezioni tra diritto d'autore e beni culturali nelle istituzioni: una possibile convivenza?*, in *Il diritto industriale*, 2021, 2, p. 194.

²⁶ FORGIONE, *Le immagini dei beni culturali*, cit.

sfruttare l'opera del proprio ingegno e a controllarla affinché essa permanga in essere quale espressione della propria personalità²⁷.

Dunque, la logica individualistico-proprietaria ascrivibile alla normativa sul diritto d'autore non può essere sovrapposta alla componente pluralistico-identitaria propria della tutela dei beni culturali, irrinunciabile componente di riconoscimento della collettività ed elemento costitutivo della memoria nazionale²⁸.

In definitiva, ritenere che la subordinazione della riproduzione dei beni culturali al rilascio di un'autorizzazione amministrativa sia una mera espressione della protezione prevista dalla normativa sul diritto d'autore, da considerarsi soggetta ai relativi limiti temporali, non soltanto appare un indebito travisamento del portato letterale della normativa in materia di beni culturali, ma soprattutto significa sovrapporre due piani di tutela tra loro autonomi e indipendenti: da un lato, la tutela estrinseca garantita dalla disciplina del diritto d'autore, la quale si pone a protezione della forma espressiva di un'idea, intesa quale risultato dell'attività intellettuale, attraverso cui si manifesta il contenuto del prodotto intellettuale; dall'altro, la tutela intrinseca garantita dal Codice dei Beni Culturali, che si pone a protezione non tanto della forma del bene culturale in quanto tale, quanto piuttosto della sintesi valoriale che l'immagine del medesimo porta appresso, della sua matrice identitaria²⁹. Da un lato, la salvaguardia del carattere originale e personale del bene; dall'altro, la salvaguardia del valore testimoniale e collettivo dello stesso.

Proprio la differente finalità di tutela esistente tra le due discipline deve quindi portare alla conclusione che la normativa in tema di beni culturali operi

²⁷ BUTICCHI, CALABI, *Intersezioni tra diritto d'autore e beni culturali nelle istituzioni*, cit., p. 194.

²⁸ G. SEVERINI, *Il codice dei beni culturali e del paesaggio [Commento al D. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42]. I principi del Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, X, 5, p. 470. P. HOWARD, *Heritage. Management, Interpretation, Identity*, London-New York, 2003, p. 147.

²⁹ Cons. di Stato sez. VI, 27/7/2015, n.3669, in *Foro amministrativo (II)*, 2015, 7-8, 1991: «non è il bene in sé a costituire oggetto della tutela, ma il valore che sul bene si esprime». Nello stesso senso GIANNINI, *I beni culturali*, cit., p. 1033: «il bene culturale 'non è bene materiale, ma immateriale: l'essere testimonianza avente valore di civiltà è entità immateriale che inerisce ad una o più entità materiali, ma giuridicamente è da queste distinte, nel senso che esse sono supporto fisico ma non bene giuridico».

in un orizzonte estraneo agli ambiti propri della direttiva europea, intervenuta limitatamente all'ambito del diritto d'autore e insuscettibile di apportare modifiche all'impianto codicistico fissato nel D. Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42³⁰.

5. *La valutazione di compatibilità culturale: un retaggio culturale o un'esigenza di sistema?* – Dato, quindi, atto della compatibilità normativa tra la risposta in tema di beni culturali insita nel D. Lgs. 177/2021 e la cornice sovranazionale delineata dalla Direttiva sul diritto d'autore, occorre a questo punto disaminare se la prima possa ritenersi altresì coerente con la sensibilità valoriale esistente al giorno corrente o se, all'opposto, debba reputarsi il retaggio di una concezione pedagogico-proprietaria del patrimonio culturale. Occorre, in altri termini, domandarsi se le limitazioni alla liberalizzazione dell'uso e della riproduzione delle immagini dei beni culturali possano essere giustificabili anche a fronte dell'odierna globalizzazione dell'informazione³¹ o se, al contrario, siano meramente da catalogare alla stregua di indebite resistenze al definitivo avvento della «democrazia della cultura».

E per quanto una logica di apparente valorizzazione del singolo individuo possa portare *prima facie* a sposare acriticamente le istanze della liberalizzazione, d'altra parte non si può mancare di sottolineare come l'unico orientamento idoneo a preservare la «memoria della comunità nazionale e del suo territorio» e la promozione dello «sviluppo della cultura», funzioni intrinseche dei beni culturali e insuscettibili di essere circoscritte a scadenze temporali o a strette logiche di mercato, si presenti quello in forza del quale siano riservate alla «Repubblica» le funzioni di «tutela» e di «valorizzazione» del «patrimonio storico e artistico della Nazione»³².

Soltanto la permanenza nel tempo delle suddette funzioni in capo alla Pubblica Amministrazione, attraverso la necessaria e doverosa valutazione di compatibilità costituzionalmente riservata, si presenta in grado di assicurare a

³⁰ SCIULLO, *'Pubblico dominio' e 'Dominio pubblico' in tema di immagine dei beni culturali*, cit., p. 20.

³¹ L. CASINI, *Ereditare il futuro. Dilemmi sul patrimonio culturale*, Bologna, 2016, p. 61.

³² G.B. ZANETTI, *Il nuovo diritto dei beni culturali*, Milano, 2017, p. 15.

quest'ultima il ruolo, internamente e internazionalmente riconosciuto, di custode e garante del patrimonio artistico quale simbolo dell'identità culturale nazionale e mondiale.

Nelle fonti nazionali, comunitarie e internazionali, infatti, traspare sistematicamente come l'assetto giuridico posto a tutela e a valorizzazione del patrimonio storico-artistico nazionale e internazionale trascenda da finalità economiche o commerciali, rispondendo, invero, all'esigenza di salvaguardare il patrimonio culturale, strumento di memoria storica e mezzo di arricchimento delle generazioni presenti e future.

Tanto si ricava, innanzitutto, dal dettato decreto legislativo del 22 gennaio 2004, testo di diretta «attuazione dell'articolo 9 della Costituzione» (art. 1, co. 1) e «parametro interposto» alla stregua del quale misurare la legittimità costituzionale delle disposizioni con esso eventualmente in contrasto³³.

Lo statuto del bene culturale ivi riconosciuto implica che nessun uso del bene, quand'anche strumentale e precario, possa essere concesso nell'ipotesi di una inconciliabile incompatibilità, pure in astratto, del medesimo rispetto all'intangibile ed immanente destinazione culturale e sociale del bene, con la relativa verifica in ogni caso affidata alla Pubblica Amministrazione.

E il suddetto vaglio di compatibilità, volto alla tutela e alla valorizzazione del patrimonio culturale, non può che concorrere «a preservare la memoria della comunità nazionale e del suo territorio e a promuovere lo sviluppo della cultura», posta la necessità di conservare un patrimonio «intrinsecamente comune» e «non suscettibile di arbitrarie o improponibili frantumazioni» al cospetto della naturale esposizione del medesimo alla «molteplicità e al mutamento»³⁴.

Di conseguenza, come ribadito a più riprese dalla giurisprudenza della Consulta e in conformità con l'articolo 4 del Codice dei Beni Culturali, si mostra necessario che restino «inequivocabilmente attribuiti allo Stato la disciplina e l'esercizio delle funzioni destinate alla individuazione, alla protezione e alla

³³ Corte Cost. 17/7/2013, n. 194.

³⁴ Corte Cost. 17/7/2013, n. 194.

conservazione dei beni costituenti il patrimonio culturale»³⁵, in quanto esclusivamente a tal stregua appare possibile garantire una tutela unitaria a un novero di beni che per definizione è radice della collettività³⁶.

La sistematica del Codice dei beni Culturali³⁷ viene dunque determinando un principio di generale divieto di adibizione del bene culturale, sia nella sua materialità che nell'immaterialità della sua immagine, a usi non conformi al decoro ed al carattere storico-artistico del bene medesimo, principio «fondamentale» dell'ordinamento dei beni culturali³⁸ suscettivo di determinare l'interposizione dello Stato e degli enti territoriali quale «mezzo necessario» per salvaguardare l'effettività dell'appartenenza collettiva del patrimonio storico-artistico nazionale³⁹, con la medesima che non potrebbe parimenti reputarsi garantita a fronte della libera concessione in fruizione dei beni di esso costitutivi.

Una simile risultanza, tesa a garantire il riconoscimento e la salvaguardia della natura identitaria dei beni culturali per il tramite di un vaglio di compatibilità amministrativo nella fruizione dei medesimi, appare altresì confermata dagli sviluppi normativi internazionali⁴⁰ e sovranazionali⁴¹ verificatisi in materia.

Quanto ai primi, plurime sono «le convenzioni, raccomandazioni e risoluzioni internazionali esistenti in favore dei beni culturali e naturali» che «dimostrano l'importanza, per tutti i popoli del mondo, della tutela di questi beni unici e insostituibili indipendentemente dal popolo cui appartengono», in considerazione dell'«appoverimento nefasto del patrimonio» globale che si

³⁵ Corte Cost. 9/7/2015, n. 140.

³⁶ G. ZANZARELLA, *I beni culturali*, Roma, 1999, p. 31.

³⁷ Cfr. artt. 106 e 120 CBC.

³⁸ TARASCO, *Il problema giuridico ed economico delle concessioni d'uso dei beni culturali*, cit., p. 759.

³⁹ A. ROMANO, *Demanzialità e patrimonialità: a proposito dei beni culturali*, in *La cultura e i suoi beni giuridici*, a cura di V. Caputi Jambrenghi, Milano, 1999, p. 41.

⁴⁰ N. ASSINI, G. CORDINI, *I beni culturali e paesaggistici*, Padova, 2006, p. 257.

⁴¹ L. SCIALLA, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali. Aspetti sovranazionali e comparati*, a cura di D. Amirante, V. De Falco, Torino, 2005, p. 65.

determinerebbe a fronte della degradazione o della sparizione di un bene dell'eredità culturale e naturale⁴².

Esse riconoscono nel patrimonio culturale «una componente importante dell'identità culturale delle comunità, gruppi ed individui»⁴³ e «una testimonianza unica e importante della cultura e dell'identità» dei popoli⁴⁴, in grado di favorire «il dialogo e lo scambio interculturale tra tutte le Nazioni» e di alimentare «la tolleranza, la mutua comprensione, il riconoscimento e il rispetto delle diversità»⁴⁵: pertanto, un'indebita fruizione dei beni culturali, potenzialmente incompatibile con il valore identitario a essi riconosciuto, si presenterebbe all'evidenza lesiva della memoria culturale della popolazione⁴⁶.

E una medesima impostazione può essere colta altresì nel diritto europeo, il quale, dando seguito alla rilevanza «in senso antropologico e sociale» attribuita al concetto di cultura, inteso quale «tutto ciò che concorre all'identità e alla dignità di un popolo»⁴⁷, è pervenuto a riconoscere che «il patrimonio culturale rappresenta uno degli elementi fondanti della civiltà anche perché apporta un valore simbolico e costituisce la memoria culturale dell'umanità», arricchendo la vita culturale di tutti i popoli «attraverso la condivisione della memoria, della conoscenza e dello sviluppo della civiltà»⁴⁸.

Alla luce di quanto rilevato, una lettura della normativa in materia di beni culturali finalizzata alla assoluta liberalizzazione nell'utilizzo dei medesimi una volta scaduti i diritti di proprietà intellettuale su essi gravanti si presenterebbe all'evidenza in disarmonia non soltanto con la surricordata normativa costituzionale e di attuazione costituzionale, che subordina la fruizione per finalità economiche del bene alla previa valutazione amministrativa di

⁴² Convenzione UNESCO per la protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale, Parigi 1972.

⁴³ Dichiarazione sulla Distruzione intenzionale del patrimonio culturale, Parigi 2003.

⁴⁴ Convenzione del Consiglio d'Europa sulle infrazioni coinvolgenti i beni culturali, Nicosia 2017.

⁴⁵ Dichiarazione di Firenze, 2017.

⁴⁶ Kordić & Čerkez, Tribunale per la ex Jugoslavia, Appeals Chamber, 17/12/2004, 207.

⁴⁷ Comunicazione del 2003 della Commissione UE “Verso uno strumento internazionale sulla diversità culturale”.

⁴⁸ Regolamento (UE) 2019/880 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17/4/2019.

compatibilità con la destinazione culturale dello stesso, ma apparirebbe altresì incompatibile con la normativa sovranazionale e internazionale in materia, alla cui stregua lo Stato italiano si è assunto l'impegno nei confronti della comunità internazionale di salvaguardia del proprio patrimonio nazionale e del suo carattere testimoniale, quale componente irrinunciabile del patrimonio culturale e identitario dell'umanità.

Un'eventuale venuta meno della Repubblica a simili impegni, o comunque la limitazione degli stessi a una forbice temporale temporalmente circoscritta, quale sarebbe quella ammessa dalla normativa in tema di diritto d'autore, determinerebbe l'inevitabile dismissione da parte dello Stato italiano degli obblighi di tutela e di valorizzazione normativamente imposti, la cui ragione giustificativa deve essere ricercata nell'esigenza di preservare l'identità e la memoria dei popoli, delle quali il patrimonio culturale costituisce componente essenziale⁴⁹.

Dunque, proprio al fine di preservare il patrimonio culturale a fronte delle varie forme di minorazione a cui questo potrebbe essere soggetto, il regime teso alla verifica di compatibilità culturale stabilita nelle maglie del Codice appare conservare tutt'oggi una perdurante attualità, affatto scalfita dai rilievi economici e valoriali recentemente mossi a critica.

Una liberalizzazione totale nell'uso e nella riproduzione dei beni culturali finirebbe per creare un «privatissimo lucro»⁵⁰, un «teatro delle disuguaglianze»⁵¹, incompatibile con la necessità di un'azione amministrativa in attivo e insuscettibile di conformarsi alle istanze, interne e sovranazionali, dirette alla salvaguardia del valore storico e collettivo dei beni culturali a discapito degli

⁴⁹ Cons. di Stato sez. VI, 13/05/2016, n.1947, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2016, 4, p. 599: «La tutela storico-artistica di un bene culturale non protegge un'opera dell'ingegno dell'autore, ma un'oggettiva testimonianza materiale di civiltà».

⁵⁰ FORGIONE, *Le immagini dei beni culturali*, cit.

⁵¹ T. MONTANARI, *Costituzione italiana: articolo 9*, Roma, 2018, p. 126.

interessi di natura economica e patrimoniale, inevitabilmente da ritenersi gerarchicamente subordinati ai primi⁵².

Il libero riuso delle immagini dei beni culturali rischierebbe, in definitiva, di determinare un esito potenzialmente antitetico rispetto alla democrazia della cultura auspicata su più fronti, consentendo il travisamento dell'effettivo significato culturale del bene in favore di destinazioni meramente contingenti e, il più delle volte, commerciali, che nulla hanno a che vedere con la sua pubblica fruizione e valorizzazione. Con lo stesso interesse del singolo individuo che, lungi dall'essere esaltato dalle logiche della liberalizzazione, verrebbe inevitabilmente sacrificato sull'altare di una universalizzazione invero soltanto apparente, di una comunione soltanto declamata.

Perché, come evidente, una memoria protetta a scadenza sarebbe nient'altro che l'anticamera di un oblio.

Perché, come evidente, un'identità piegata alle logiche della liberalizzazione sarebbe nient'altro che l'anticamera di un anonimato.

E oblio e anonimato, a ben vedere, sono antitesi stessa del concetto di bene culturale, inteso non tanto quale «bene di appartenenza», quanto piuttosto quale «bene di fruizione» della comunità⁵³.

⁵² Corte Cost., 24/7/1986, n. 151: «Una tutela così concepita è aderente al precetto dell'art. 9 Cost., il quale, secondo una scelta operata al più alto livello dell'ordinamento, assume il detto valore come primario (cfr. sentenze di questa Corte n. 94 del 1985 e n. 359 del 1985), cioè come insuscettivo di essere subordinato a qualsiasi altro».

⁵³ C. Tosco, *I beni culturali*, Bologna, 2014, p. 177: «I beni culturali sono simboli identitari di una cultura che li riconosce come tali».

**NUOVE FORME GIURIDICHE DEL VIVERE COLLETTIVO: LA
FONDAZIONE DI PARTECIPAZIONE NELL'AMBITO DEL TERZO
SETTORE**

HELLEN STRAVINO*

Il dinamismo della realtà contemporanea impone al mondo di cambiare pelle ed esorta i giuristi ad abbandonare la positivistica rigidità dei modelli normativi precostituiti in favore di strumenti nuovi. Al contempo, il rinnovato contesto socio-economico evoca la forte esigenza di riscoperta della comunità ed incoraggia il moltiplicarsi di attività senza scopo di lucro che contribuiscano al sostegno dello Stato sociale. Invero, il vasto campo del non profit si inserisce nell'ordinamento legandosi all'etica delle democrazie e suggerisce che la corsa verso il profitto dei meccanismi globali di commercio non può da sola conservare in vita i sistemi democratici. Sono questi i presupposti della fondazione di partecipazione, metamorfosi dell'istituto tipico della fondazione: in attuazione del principio di solidarietà costituzionale, essa agevola il progresso sociale mediante una cooperazione tra pubblico e privato nelle politiche di welfare.

Due to the dynamism of contemporary events, jurists are called to embrace new juridical instruments, which are more suitable with a new appreciation of community. Not by chance, socio-political changes invoke the necessity of a community's rediscovery and encourage the rising of a lot of non profit activities, opening the way for a welfare State's large contribution. In very truth, the non profit field acts as a cornerstone of a democratic society and it reveals a misleading race to profit goals led by the global commerce. This is the purpose of observing the participatory foundation as a metamorphosis of the typical institute of foundation: pursuant to the constitutional solidarity principle, this new instrument combines the need of promoting a social progress with a public-private cooperation inside welfare policies.

*Studentessa di Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Firenze.

La Nuova Giuridica - Florence Law Review, ISSN © 2022 H. Stravino. This is an open access article, double blind-peer reviewed, published by Firenze University Press under the terms of the Creative Commons Attribution Licence, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. DOI:

<https://riviste.fupress.net/index.php/nuovagiuridica>

SOMMARIO: 1. Profili evolutivi dell'istituto della fondazione. – 2. Il nuovo Codice del Terzo settore: connubio tra fondazione e non profit. – 3. Metamorfosi di un istituto tipico: la nascita della fondazione di partecipazione. – 3.1 Natura giuridica ed elementi strutturali della fondazione di partecipazione. – 4. Considerazioni finali.

1. *Profili evolutivi dell'istituto della fondazione.* - Per poter impostare correttamente un lavoro che abbia ad oggetto l'istituto giuridico della fondazione è doveroso volgere lo sguardo alla fluidità di tale istituto, prestando attenzione tanto alla sua dimensione temporale quanto a quella spaziale; come noto, l'istituto non gode di una definizione giuridica precisa e ciò sicuramente in ragione della sua tradizione plurisecolare, ma anche in considerazione degli innumerevoli scopi ai quali può tendere la sua attività e che hanno contribuito a renderla una dimensione elastica e adattabile. In termini definitivi ampi è possibile trovare un denominatore comune in questo: la fondazione si presenta come un ente promosso da un soggetto che destina parte del proprio patrimonio alla realizzazione di uno scopo predeterminato.

Si può considerare che prime forme di *agere* simili erano già presenti nel mondo classico, nel quale abbondavano pratiche di evergetismo¹: sia in Grecia che a Roma rientravano nel novero delle tradizioni della comunità quelle azioni che prevedevano ingenti donazioni in favore della *polis* o dell'*urbe* da parte di un individuo benestante e politicamente in vista. La *ratio* delle evergesie muta in base alla civiltà nella quale viene applicata, ma generalmente risiede in uno stretto nesso tra *megalopropieia* e filantropia², oscillando talora più verso la prima

¹ Il termine evergetismo è un neologismo coniato da André Boulanger. L'etimologia del termine è greca e deriva dall'espressione “εὐεργετέω”, che ha il significato di “compiere buone azioni”. Le ragioni promotrici delle evergesie sono state a lungo discusse nella storia della letteratura: si veda P. VEYNE in *Il pane e il circo*, Bologna, 2013, che tratta del substrato sociale alla base dell'evergetismo, cercando di cogliere il nesso tra spesa dei privati e spesa pubblica.

² Così come ricordato da Aristotele nell'*Etica Nicomachea*, la “megalopropieia” corrisponde alla generosità verso la collettività corredata da un'ingente spesa in prodotti di cui possa godere tutto il popolo. La “filantropia” nasce con il significato di “amore per l'uomo”: le coniugazioni di tale espressione sono molteplici e se ne riscontra una marcata differenziazione nel corso della storia.

in un'accezione materialistica e talaltra verso la seconda sulla base di una logica più affine a quella delle liberalità.

Per quanto utile a poter inquadrare un archetipo della fondazione, l'evergetismo di epoca classica – e con esso lo stesso significato di filantropia – risulta essere parte di un mondo ancora troppo lontano dall'idea moderna di “interesse verso il prossimo” concretizzatosi nell'intervento dei privati all'interno di meccanismi di economia pubblica: in forza di quanto considerato, l'evoluzione storica della fondazione va di pari passo con l'evoluzione della macchina statale e del ruolo (predominante o meno) che quest'ultima riserva a sé.

Con l'avvento del Cristianesimo e per tutta la durata del Medioevo, la Chiesa svolge un ruolo non indifferente rispetto alla soddisfazione di bisogni della società ed in particolar modo rivolge lo sguardo a quella parte di essa che risulta esclusa da qualsiasi tipo di tutela o privilegio. E' dunque più corretto ricondurre la nascita della fondazione alle Opere Pie di epoca medievale; è proprio in detto periodo che infatti nascono, come declinazione delle *pieae causae* ecclesiastiche, le prime fondazioni della storia del diritto: trattasi di patrimoni autonomi riconosciuti dall'autorità ecclesiastica (fondazioni ecclesiastiche) ovvero di ingenti donazioni da parte di privati con vincolo di destinazione a enti già esistenti (pie volontà)³.

Va riconosciuto che la fortuna delle Opere Pie permane sino alla nascita dello Stato liberale ottocentesco e per molti commentatori non esce eccessivamente compromessa neppure dagli interventi del legislatore liberale. Un primo intervento normativo in materia è dato dalla legge 3 agosto 1862, n. 753, che tenta di dare un primo assetto organizzativo a questi istituti; tuttavia, la regolamentazione offerta risulta poco incisiva, dal momento che non solo introduce un controllo statale blando, ma trova anche un'attuazione piuttosto

³ A. PALMA, *Le pie fondazioni e le pie volontà nella legislazione canonica*, SalvisJuribus, <http://www.salvisjuribus.it/le-pie-fondazioni-e-le-pie-volonta-nella-legislazione-canonica/>, consultato il 05.06.2022.

limitata⁴. Difatti essa prevede l'istituzione di una Congregazione di carità in ogni comune del Regno, ma il ruolo di tali enti rimane residuale rispetto alle attività caritative e assistenziali degli enti morali ecclesiastici. Un secondo significativo intervento si ha invece con la Legge Crispi del 1890⁵: con l'intento di attrarre gli enti caritativi nell'orbita dello Stato, essa impone un procedimento volto al riconoscimento della personalità giuridica di diritto pubblico che conduceva l'ente ad assumere la denominazione di "Istituto pubblico di beneficenza". Sebbene permangano problemi inerenti alla gestione patrimoniale delle Opere pie e alla confusione relativa all'interferenza di rapporto tra sfera pubblica e sfera privata, la L. n. 6972/1890 rappresenta sicuramente un primo tentativo di regolare in modo puntuale l'amministrazione, la contabilità e la vigilanza degli enti ecclesiastici convertiti in enti pubblici⁶.

L'idea secondo cui lo Stato deve riuscire a controllare il più possibile ogni aspetto della vita del sociale si fa senza dubbio più forte con l'avvento del fascismo: la dicotomia individuo-Stato viene surclassata in modo netto a favore del secondo elemento, in un clima di ostilità nei confronti dei corpi intermedi che non fossero espressione dell'attività di organizzazione del sociale facente capo allo Stato. Si procede dunque con la pubblicizzazione degli Istituti pubblici di beneficenza, trasformati in Istituzioni di assistenza e beneficenza (IPAB). Il Codice civile del 1942 articola, sia per le associazioni che per le fondazioni, una disciplina scarna, ma senz'altro governata dallo Stato e che comprime molto i margini di autonomia di tali enti.

Il periodo post-bellico segna una svolta nel modo di vedere e gestire l'assistenza sociale mediante enti assistenziali e, con l'entrata in vigore della Costituzione, vengono sanciti nuovi principi che non escludono, laddove

⁴ Rif. G. GOZZOLI, *L'inchiesta sulle Opere Pie in Italia*, in *Nuova Antologia di Scienze, Lettere ed Arti*, Firenze, 1887, vol. XCI, p. 678. Cfr. S. CASSESE, *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, Bologna, 2014, e I. MADAMA, *Le politiche di assistenza sociale. Le politiche pubbliche in Italia*, Bologna, 2010.

⁵ Legge 3 luglio 1890, n. 6972.

⁶ Rif. CASSESE, *Governare gli italiani*, cit., p. 298.

possibile, una configurazione della dimensione dell'assistenza e della beneficenza favorevole alla contrazione del ruolo dell'autorità pubblica. Le formazioni sociali prendono nuovamente vita, con una logica di più ampio respiro, come declinazioni della personalità dell'individuo ed il principio di isonomia viene accompagnato dalla pragmaticità del principio di uguaglianza sostanziale. In aggiunta, asserendo che «l'assistenza privata è libera»⁷, non vi sono più enti paralleli all'azione della macchina statale né un'arbitraria interferenza di quest'ultima nell'economia dei privati: tutto diviene riconducibile a un unico nucleo ideale che fa capo al riconoscimento della sovranità popolare che quindi esclude un'idea di Stato concepito come personificazione di un potere lontano e non della comunità⁸.

A partire dagli avvenimenti politici ed economici che si sono verificati in tutto il globo e che hanno caratterizzato la seconda metà del secolo scorso, lo Stato sociale tenta di lasciare uno spazio d'azione maggiore ai privati, riconoscendo l'importanza di una collaborazione con questi ultimi. È dunque a partire da questo momento che si assiste ad una nuova privatizzazione degli enti assistenziali.

La Corte costituzionale assume un ruolo centrale in suddetta “anabasi”, in questo ritorno dal pubblico al privato dai tratti accidentali⁹ segnato soprattutto dal tenore della sentenza 7 aprile 1988, n. 396: consentendo alle IPAB di tornare ad indossare vesti di diritto privato, essa riconosce la necessità di una spinta ulteriore verso una tipologia di fondazione con scopi di utilità sociale.

La consacrazione giuridica della tendenza dello Stato a ritirarsi avviene con la riforma del Titolo V della Costituzione, con la quale è stato introdotto il principio di sussidiarietà orizzontale all'ultimo comma dell'articolo 118. Viene così richiamata e rafforzata l'idea, per alcuni tipica della post-modernità,

⁷ Art. 38 Cost.

⁸ G. CHIARELLI, *Sovranità*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1976, vol. XVII, pp. 1043-1053.

⁹ F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità: la decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007, p. 90.

secondo cui un'ampia parte del tessuto regolativo prende forma e si evolve grazie al contributo della società civile: le comunità spesso finiscono per elaborare le norme di cui hanno bisogno, dando vita ad un diritto che proviene dal basso¹⁰. Il principio di sussidiarietà orizzontale diviene corollario della ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni e, in tal modo, lo Stato coglie l'opportunità di decentrare e non più di accentrare, rispondendo ai bisogni della comunità. Ovviamente non tutte le materie sono possibili da regolare con tale sistema, ma indubbiamente entrano a farvi parte quelle tra esse che comprendono le formazioni sociali con funzioni assistenziali: la fondazione, dunque, nel caso di specie, è la prima a poter essere nominata.

2. *Il nuovo codice del Terzo settore: connubio tra fondazione e non profit.* -

Nell'intento di promuovere una contrazione del ruolo della sfera pubblica nei settori non lucrativi, la fondazione si presenta per sua natura come «la persona giuridica di diritto privato apparentemente più idonea»¹¹ a sopravvivere nel settore del *non profit*. Settore che rimane regolato prevalentemente da norme identificate in via di prassi fino alla riforma del 2017 (D.Lgs. 3 agosto 2017, n. 117), riforma che introduce nell'ordinamento il nuovo codice del Terzo settore con nuove e più precise disposizioni in materia di enti assistenziali ed enti non lucrativi.

Alla base del nuovo Codice vi è l'esigenza di realizzare una specializzazione del diritto, che vada a ricomprendere le numerose leggi settoriali in un unico sistema¹². Paradossalmente, tuttavia, ciò che doveva presentarsi come un tassello de-codificatorio rispetto alle disposizioni del Codice civile, si è trasformato in un

¹⁰ Pensiero abbracciato da M.R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2012, *passim*.

¹¹ MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, cit., p. 75.

¹² «Cambia [...] l'idea di codificazione. Si è in una fase storica nella quale all'idea regolativa del codice si è sostituita l'esistenza di discipline sistematicamente organizzabili in una pluralità di codici di settore». Parere della Sezione Consultiva del Consiglio di Stato, emesso all'Adunanza del 14 febbraio 2005, in A. MAZZULLO, *Il nuovo Codice del Terzo Settore. Profili civilistici e tributari* (D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 117), Torino, 2017, p. 16.

nuovo processo di codificazione. Infatti, se all'apparenza il nuovo Codice si occupa di disciplinare organicamente la materia e le sue disposizioni hanno valore speciale rispetto a quelle del Codice civile, l'applicazione delle norme del Codice del '42 non è esclusa, operando in via residuale a norma dell'art. 3, L.n. 106/2016.

Anzitutto, ad associazioni e fondazioni si applicano le disposizioni generali del nuovo Codice, quali l'esercizio di attività di interesse generale (artt. 4, 5), destinazione del patrimonio e assenza di scopo di lucro soggettivo (artt. 8, 9 ss.), bilancio e obblighi sociali e di trasparenza (artt. 13, 14, 15), iscrizione al Registro Unico Nazionale del Terzo Settore (artt. 46-54).

In particolare, le norme del Codice che disciplinano associazioni e fondazioni sono contenute nel Titolo IV (articoli 20-31), considerato il “cuore della disciplina”¹³; nello specifico, il Capo III si caratterizza per il riferimento a taluni concetti chiave, utili ad inquadrare anche il particolare istituto della fondazione di partecipazione: principio della “porta aperta”, principio di democraticità associativa e importanza dell'organo di controllo assurgono a perno di un modello innovativo di fondazione.

Da un lato, il principio della “porta aperta” tenta di creare un equilibrio tra la procedimentalizzazione dell'ammissione di nuovi membri¹⁴ e l'autonomia statutaria del singolo ente. In stretta correlazione, poi, con la previsione di un organo assembleare, il principio di democraticità associativa comporta il rispetto del principio maggioritario e di parità di trattamento: non sono dunque ammissibili categorie differenziate di soci o partecipanti, volte a dar luogo a una differenziazione nella distribuzione dei poteri decisionali o amministrativi. Si noti che tale principio investe non solo le associazioni, ma anche le fondazioni che si caratterizzano per l'adozione di tratti tipici dell'associazione: nelle cosiddette fondazioni di partecipazione, infatti, non sarebbe possibile escludere

¹³ Ivi, p. 31.

¹⁴ MAZZULLO, *Il nuovo Codice del Terzo Settore*, cit., p. 164.

un sistema paritario tra i partecipanti, altrimenti non verrebbero garantiti i precetti cardine in materia di formazioni sociali. È dunque pacifico che la disciplina delle fondazioni diverse da quelle tradizionali possa mutuare da quella delle associazioni, inglobando pertanto anche il previsto principio della democraticità interna. Infine, il presente Capo pone rimedio alle carenze normative relative agli organi di amministrazione e controllo presenti nel Codice civile. Con riguardo all'organo di amministrazione, è sancito il potere di rappresentanza in relazione agli amministratori: detta disposizione estende la disciplina anche alle associazioni non riconosciute e alle fondazioni di partecipazione. L'importanza dei controlli si inserisce nell'ambito della corretta assegnazione dei privilegi fiscali e pubblicistici concessi agli enti del Terzo settore: con riguardo alle fondazioni, è stabilito che esse abbiano sempre un organo di controllo e di revisione legale.

3. *Metamorfosi di un istituto tipico: la nascita della fondazione di partecipazione.* - Le numerose proposte di modifica del Libro I, Titolo II, del Codice civile nascevano da una percezione condivisa: i criteri dettati dal legislatore non erano più idonei a gestire il tessuto sociale in prossimità del nuovo millennio. La fondazione di partecipazione¹⁵ è l'esempio di come sia nata, negli ultimi anni, l'esigenza di supplire all'ormai inattuale istituto tipico della fondazione. Infatti, la semplice previsione di una fondazione per erogazione, costituita prevalentemente per via testamentaria, non risulta idonea a soddisfare qualsiasi tipo di interesse. Si tratta di un istituto capace di rispondere alle esigenze del caso concreto emergendo direttamente da esso: i meccanismi di causa ed effetto investono la fondazione di partecipazione di un ruolo significativo, ma è erroneo ritenere che il bisogno di inventare una disciplina appropriata richieda la preliminare identificazione di una casella regolativa

¹⁵ La nascita dell'istituto si deve al notaio Enrico Bellezza, secondo quanto ricordato da A. ZOPPINI, *Profili evolutivi della fondazione di partecipazione nella moderna prassi e nella legislazione speciale*, in *Fondazione italiana del notariato*, Milano, 2019, *passim*.

rigida. Sarebbe, dunque, più opportuno leggere il verbo “inventare” nel modo in cui lo ha letto Paolo Grossi: la radice latina “*invenio*” non rimanda a qualcosa creato dal niente, ma ad un diritto che viene ‘trovato’, portato ad emersione dall’esperienza di una società.

Difatti, la fondazione di partecipazione è un istituto che nasce nella prassi, ma che trova piena legittimità nella normativa vigente: le scarse norme del Codice civile si prestano a costituire una base di appoggio, figurando come cornice di un concetto che ha necessità di essere avvalorato nei suoi sviluppi fattuali¹⁶. D’altro canto, anche l’archetipo di fondazione non può che risolversi in un prototipo se si prendono in considerazione le numerose tipologie ammesse; dalle fondazioni lirico-sinfoniche a quelle culturali, dalle fondazioni bancarie a quelle universitarie: il *nomen iuris* è lo stesso, ma mutano i connotati dei singoli istituti. A emergere con chiarezza è proprio il carattere dinamico dell’istituto, ed è qui, come si immagina, che si apprezza e colloca il ruolo delle nuove fondazioni di partecipazione: uno strumento elastico in grado di adattarsi ai numerosi scopi dell’agire privato¹⁷.

Le origini di questo istituto sono da rinvenire non molti anni fa, quando, negli anni Novanta, si assiste a un cambiamento significativo del quadro istituzionale europeo che ha prodotto importanti ripercussioni nello stesso assetto politico, economico e sociale dello Stato italiano. Il trattato di Maastricht del 1992, infatti, ha posto le basi per la nascita di uno «Stato europeo moderno “più leggero”, che non gestisce ma guida e coordina»¹⁸. In attuazione del principio di sussidiarietà, si è verificata pertanto una riduzione dei fondi destinati a tutti i settori del *welfare*: ne è conseguito un impoverimento dello Stato sociale che ha provocato un esteso dibattito pubblico. In un simile contesto, la

¹⁶ E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le fondazioni del Terzo Millennio. Pubblico e Privato per il non-profit*, Firenze, 1998, *passim*.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ E. BELLEZZA, *Fondazioni di partecipazione. Fondazione di partecipazione e riscoperta della comunità*, in *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*. Atti del convegno del 25 novembre 2006, Firenze, *passim*.

riscoperta della fondazione può essere considerata una sorta di riscoperta della comunità¹⁹ : per operare nel miglior modo in virtù del principio “*viribus unitis*”, è servito però un nuovo strumento giuridico quale, appunto, la fondazione di partecipazione.

3.1. *Natura giuridica ed elementi strutturali della fondazione di partecipazione.*

- In primo luogo, ciò che caratterizza tale istituto è la denominazione: si tratta di una fondazione, ma che non preclude l’opportunità di associazione e consente la presenza di un’assemblea²⁰.

Nascendo come istituto ibrido, la fondazione di partecipazione non sembra possedere una natura giuridica chiara: da un lato, la sua struttura aperta, che prevede più di un fondatore e la presenza di ulteriori aderenti e sostenitori (tra i quali possono figurare anche gli enti pubblici), la avvicina a un’associazione; dall’altro permane, in linea con la disciplina tradizionale della fondazione, la necessità di perseguire uno scopo predeterminato, pur essendosi ampliato il novero delle finalità ammesse che possono essere anche diverse da quelle consistenti in erogazioni di denaro. Dunque, si determina una coesione tra elemento patrimoniale quale fine dell’ente e per questo immutabile, tipico delle fondazioni del codice civile, ed elemento personale utile nella gestione, classico delle associazioni. Sebbene i profili delineati non abbiano inficiato l’ammissibilità di tale tipo di ente, tuttavia hanno sollevato incertezza interpretativa con riguardo alla tipologia; non si è presentata una questione sull’*an*, bensì sul *quid*.

In dottrina, vi è stato chi cercava di annoverare tale istituto tra gli enti atipici del codice civile sulla base dell’abrogato articolo 12 in materia di

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Non manca, in dottrina, chi non condivide la locuzione all’interno della quale sia presente “di”, preferendo invece la denominazione “fondazione per partecipazione”, perché la partecipazione di più fondatori, sostenitori o aderenti è il mezzo attraverso il quale si permette la nascita di suddetta persona giuridica. Si veda G. SICCHIERO, *Le fondazioni di partecipazione*, in *Contratto e Impresa*, 2020, vol. 36, n. 1, *passim*.

personalità giuridica²¹, anche se sembra più coerente seguire la tesi di chi ritiene che tale tipo di fondazione non sia un ente atipico: la realtà storica e concreta dell'evoluzione delle fondazioni degli ultimi anni ha infatti chiarito che l'istituto della fondazione comunemente intesa è da considerarsi un modello ampio, che si può manifestare in diverse forme²². Non casualmente, le norme del codice civile in materia di fondazioni risultano essere “neutre”, non fornendo alcuna soluzione di tipo strutturale, ma solo di tipo funzionale: quest'ultimo concetto è chiaramente esplicitato con riguardo all'ordinamento interno²³.

È infatti proprio con riguardo all'organizzazione interna che la fondazione di partecipazione si distacca dalla disciplina tipica della fondazione, in quanto sembra adottare alcuni caratteri propri delle associazioni. La pluralità di fondatori, o partecipanti, offre un sistema di *governance* sicuramente più complesso, articolato su più livelli gestionali, mediante i quali è garantita la partecipazione attiva di tutti i soggetti coinvolti. Sono infatti generalmente presenti un consiglio generale, un organo amministrativo, un organo di controllo ed un organo assembleare anche denominato collegio dei rappresentanti.

Oggetto, patrimonio e finalità assumono i tratti tipici della fondazione tradizionale e rimangono pressoché invariati, se non per la possibile maggiore – o minore – ingerenza del pubblico a seconda del tipo di fondazione di partecipazione: nei casi di attività “esternalizzate”²⁴ dalla pubblica amministrazione l'incidenza pubblica è molto rilevante, oltre che in relazione all'oggetto, anche con riguardo all'organizzazione, essendo quest'ultima molto affine alla struttura organizzativa degli enti statali.

²¹ E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione*, Piacenza, 2006, pp. 38-40.

²² A. ZOPPINI, in *Le fondazioni. Dalle tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, pp. 132-133.

²³ M. MALTONI, *La fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, in *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato. Atti del convegno del 25 novembre 2006*, Firenze, *passim*.

²⁴ *Ibidem*.

Con riguardo all'oggetto, la fondazione di partecipazione opera nell'interesse pubblico cui è preposta per il perseguimento dei fini sopra citati.

Il patrimonio è predeterminato e vincolato ad uno scopo che non sia il profitto; tuttavia, ne è ammessa una formazione *in itinere* durante la vita dell'ente, non dovendo necessariamente essere il patrimonio iniziale sufficiente al raggiungimento dello scopo prefissato.

Presentandosi come istituto frutto di elaborazioni dottrinali complesse, ma avendo un'anima semplificata, la fondazione di partecipazione risponde alle norme dettate dal codice civile in materia di statuto e atto costitutivo; si estrapolano con modalità diretta le norme inerenti alle fondazioni, per analogia quelle relative alle associazioni. A tali norme si aggiungono poi quelle di cui all'articolo 21 del Codice del Terzo settore.

4. *Considerazioni finali.* - Come noto, la fondazione di partecipazione entra a far parte dell'ordinamento giuridico italiano con l'intento di offrire uno strumento ulteriore rispetto a quello classico della fondazione. I settori maggiormente interessati dal ricorso a tale forma organizzata sono quelli *non profit*, nello specifico posti a tutela di interessi collettivi. Detto istituto nasce non solo per consentire rinnovati schemi organizzativi interni all'ente, ma anche per agevolare una collaborazione tra enti pubblici e privati e traslare l'impegno del pubblico su un piano di gestione privata.

La fondazione di partecipazione, dunque, nasce per un progetto o un ideale, per promuovere una nuova forma di cooperazione consistente in un partenariato istituzionalizzato tra pubblico e privato, dapprima affermatosi nella prassi, in seguito riconosciuto anche a livello europeo²⁵.

Negli ultimi anni, la "moda-fondazione" ha investito numerose trasformazioni di istituzioni culturali di carattere pubblico come «risposta alla

²⁵ COMMISSIONE EUROPEA, *Libro Verde relativo ai partenariati Pubblico-Privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, Comunicazione del 30 aprile 2004, n. 327.

povertà delle riforme ministeriali in senso manageriale e ai limiti e alle contraddizioni di forme di innovazione gestionale negli enti locali»²⁶.

Un felice risultato si ha volgendo lo sguardo alle fondazioni di partecipazione in ambito museale: emblematico è il caso della Fondazione Museo delle Antichità egizie di Torino, costituita nel 2004. Essa rappresenta, per gli obiettivi raggiunti e la capacità di valorizzazione dell'arte e della cultura, uno degli esempi di massimo successo dell'impiego di un istituto innovativo in un settore secolare: assenza di lucro soggettivo, eterodestinazione del risultato, cooperazione partenariale e importanza dell'elemento personale rappresentano i presupposti per consentire al *welfare State* di riemergere dalle acque profonde nelle quali si è – ormai da troppo tempo – inabissato.

²⁶ L. ZAN, *La trasformazione delle organizzazioni culturali in fondazione: la prospettiva manageriale*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto online*, 2003, n. 2, p. 4.

INCERTEZZE GIURISPRUDENZIALI SUL MOMENTO DI PRODUZIONE DEGLI EFFETTI DELLA SENTENZA CIVILE

FRANCESCO MARIA SIMONCINI*

Il contributo analizza lo stato della giurisprudenza di legittimità sul problema del momento in cui la sentenza civile produce i propri effetti dichiarativi e costitutivi. Ricostruiti i principali interventi a proposito dei due “sistemi di norme” che hanno consentito alla Corte di prendere posizione su tale interrogativo (l’art. 282 c.p.c., sulla provvisoria esecutività della sentenza, e le disposizioni relative alle sospensioni del processo, utili per individuare il momento in cui scatta il vincolo extraprocessuale della decisione), l’autore rileva l’esistenza di profili di contraddizione fra orientamenti giurisprudenziali, non ancora del tutto superati. Infine, vengono svolte alcune riflessioni problematiche circa un possibile itinerario di ricerca in ordine all’efficacia “attenuata” della sentenza civile non definitiva.

The paper analyses the state of the jurisprudence of legitimacy on the issue of when a civil judgment produces its declaratory and constitutive effects. After reconstructing the main interventions on the two “systems of rules” that have allowed the Court to take a position on this question (Article 282 of the Code of Civil Procedure, on the provisional enforceability of the judgment, and the provisions on the suspension of proceedings, useful for identifying the moment in which the extra-trial constraint of the decision is triggered), the author notes the existence of contradictions between jurisprudential orientations, not yet completely overcome. Finally, some problematic reflections are made on a possible research itinerary regarding the “soft” effectiveness of the non-final civil judgment.

SOMMARIO: 1. La provvisoria esecutività delle condanne dipendenti da statuizione di mero accertamento in un recente intervento della Cassazione. – 2. I “luoghi di emersione” degli orientamenti giurisprudenziali sul momento di produzione degli effetti della sentenza: i) l’art. 282 c.p.c. e la provvisoria esecutività di condanne dipendenti da capo di mero accertamento o costitutivo della sentenza. – 2.1. Qualche cenno al criterio discretivo dell’intensità dei nessi. – 3. (Segue) ii) il momento del vincolo extraprocessuale della sentenza. – 4. Contraddizioni sul momento di produzione degli effetti. 5 – Felici segnali di svolta e alcuni spunti (problematici) di riflessione.

*Dottore in Giurisprudenza, laureato presso l’Università degli Studi di Firenze.

La Nuova Giuridica - Florence Law Review, ISSN © 2022 F.M. Simoncini. This is an open access article, blind-peer reviewed, published by Firenze University Press under the terms of the Creative Commons Attribution Licence, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. DOI:

<https://riviste.fupress.net/index.php/nuovagiuridica>

1. *La provvisoria esecutività delle condanne dipendenti da statuizione di mero accertamento in un recente intervento della Cassazione.* – I frequenti interventi della Corte di Cassazione sul momento di produzione degli effetti della sentenza civile – se dal passaggio in giudicato o già alla pubblicazione della pronuncia non definitiva – davvero non riescono a placare un dibattito che, ormai, agita gli interpreti da più di un secolo¹. L'ultimo contributo a questa *querelle* che merita di essere segnalato è quello, risalente alla fine dello scorso anno, della terza sezione civile². In sintesi, questa è la vicenda su cui è stata chiamata a giudicare: l'attore domanda la declaratoria di nullità di un contratto di compravendita e le conseguenziali restituzioni dei beni immobili trasferiti alla controparte; il giudice di primo grado accoglie le domande, condannando il convenuto alle restituzioni; l'attore avvia un processo esecutivo per il rilascio; il convenuto sperimenta opposizione all'esecuzione *ex art. 615 c.p.c.*, sostenendo che «non si possono anticipare gli effetti esecutivi della sentenza che dispone il rilascio di beni prima che passi in giudicato la pronuncia che ha deliberato la nullità dell'atto traslativo delle proprietà oggetto di contesa».

La questione viene portata all'attenzione della Suprema Corte, che decide così: l'effetto d'accertamento della nullità del contratto – ma le stesse conclusioni valgono quando il capo pregiudiziale abbia natura costitutiva – si produce solo

¹ In realtà, già nel vigore del codice civile del 1865 si contrapponevano orientamenti drasticamente contrastanti sul momento in cui si generasse l'«autorità» della sentenza. Per alcuni si produceva sin dal primo grado (L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, Torino, 1905, V, p. 21); per altri doveva attendersi la preclusione delle impugnazioni ordinarie (L. BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, Torino, 1877, III, 2, p. 897); per altri ancora doveva attendersi la preclusione delle impugnazioni ordinarie e di quelle straordinarie (A. GATTI, *Dell'autorità del giudicato civile*, Torino, 1902, pp. 61-62, spec. 64). Tali contrasti, poi, si acuirono durante il secolo scorso: per la postergazione degli effetti della sentenza alla preclusione delle impugnazioni ordinarie e del ricorso per cassazione (all'epoca qualificato dalla legge come impugnazione straordinaria) v. G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 951; per l'immediata «autorità» della sentenza v. L. MORTARA, *Manuale della procedura civile*, Torino, 1926, p. 3. Cenni al dibattito storico si trovano, da ultimo, in U. COREA, *Effetti delle sentenze di annullamento non passate in giudicato e doveri degli amministratori*, in *Le Società*, 2022, p. 356.

² Cass., 8.10.2021, n. 27416, in *Foro italiano*, 2022, pp. 662 e segg., con nota di C.M. CEA, 13 *L'esecutorietà della statuizione di condanna conseguente ad un capo costitutivo della sentenza: un problema in cerca di soluzione*.

dal passaggio in giudicato; il capo di condanna alle restituzioni, comunque, è subito eseguibile, ai sensi dell'art. 282 c.p.c., per il quale «la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva tra le parti»; l'immediata esecutività del capo condannatorio, infatti, viene meno solo quando quest'ultimo sia «sinallagmaticamente dipendente» dall'effetto costitutivo, o di mero accertamento, oppure ne rappresenti il «corrispettivo»; allorché, invece, sia «accessorio» o, come nella vicenda in esame, «meramente dipendente», la regola della provvisoria esecutività opera senza deroghe.

Enucleiamo gli snodi argomentativi del ragionamento della Corte. Il primo è questo: quando l'art. 282 c.p.c. introduce la regola della provvisoria esecutività della sentenza, si riferisce esclusivamente alla efficacia di titolo esecutivo della decisione, inevitabilmente correlata alle sole statuizioni di condanna. Il secondo è che gli effetti dichiarativi e costitutivi della sentenza, invece, si generano dal passaggio in giudicato. Il terzo snodo è che è possibile definire un ventaglio di nessi fra statuizioni di mero accertamento (o costitutive) e conseguenti statuizioni condannatorie, così che a nessi più stretti (sinallagmaticità e corrispettività) corrisponde il venir meno dell'efficacia esecutiva del capo di condanna, mentre a nessi più laschi (accessorietà e mera dipendenza) no.

La decisione della Suprema Corte, come anticipato, è solo l'ultima di una lunga serie di pronunce del giudice di legittimità su questo tema. Nei prossimi paragrafi ripercorreremo lo stato della giurisprudenza, con l'obiettivo di evidenziare le contraddizioni che la animano e così suggerire il recupero di una minima coerenza sistematica.

2. I “luoghi di emersione” degli orientamenti giurisprudenziali sul momento di produzione degli effetti della sentenza: i) l'art. 282 c.p.c. e la provvisoria esecutività di condanne dipendenti da capo di mero accertamento o costitutivo della sentenza. – Il primo “luogo di emersione” della questione del momento di produzione degli effetti della decisione giudiziale – lo si è visto ripercorrendo la pronuncia con cui

si è aperto il paragrafo precedente – è l'interpretazione dell'art. 282 c.p.c., sulla provvisoria esecutività delle sentenze civili. Prima di passare in rassegna lo stato della giurisprudenza sul punto, è bene rammentare per sommi capi il dibattito che si agita attorno alla regola sancita dall'art. 282 c.p.c. Ebbene, la l. n. 353 del 1990, modificando l'art. 282 previgente, generalizzò la previsione dell'immediata esecutività delle sentenze, sino a quel momento operante di diritto solo in casi tassativi (es. condanne a favore del lavoratore) e altrimenti conseguibile solo a mezzo di un espresso provvedimento del giudice di prime cure, che poteva rilasciarsi «se la domanda è fondata su atto pubblico, scrittura privata riconosciuta o sentenza passata in giudicato, oppure se vi è pericolo nel ritardo».

L'interpretazione del novellato art. 282 c.p.c. generò sin dalla sua introduzione enormi contrasti in dottrina. In sintesi, il “pomo della discordia” fu questo: quando si afferma che «la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva fra le parti», a che specie di sentenza ci si riferisce? Per dirla in modo più netto: quali sono gli effetti che tale disposizione consente alla sentenza di produrre da subito, prima del passaggio in giudicato?

Ora, secondo alcuni l'art. 282 c.p.c. anticiperebbe tutti gli effetti tradizionalmente ricollegati alla sentenza civile³, vale a dire l'effetto costitutivo, l'effetto dichiarativo⁴ e l'efficacia esecutiva (intesa come efficacia di titolo esecutivo)⁵.

³ Per questa classificazione degli effetti della sentenza, v. il classico studio di E.T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*, rist. Milano, 1962.

⁴ Salvo capire, poi, se tale effetto rappresenti una entità diversa dal “far stato a ogni effetto” che l'art. 2909 c.c. definisce cosa giudicata (sostanziale) e riferisce alla sentenza rispetto alla quale siano preclusi i mezzi ordinari di impugnazione ex art. 324 c.p.c. Come noto, le tesi che si contendono il campo sono due: da un lato, v'è il pensiero di LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, cit., *passim*, per il quale l'efficacia dichiarativa della sentenza è altro dall'autorità della cosa giudicata, la quale consiste nella particolare stabilità che, entro certi limiti (oggettivi e soggettivi), e solo al passaggio in giudicato, gli effetti della sentenza conseguono; dall'altro, v'è l'opinione di chi crede che cosa giudicata sostanziale ed effetto dichiarativo (o d'accertamento) della sentenza siano due concetti coincidenti (così, *ex multis*, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2019, II, pp. 467-470).

⁵ Questa è l'opinione, per tutti, di G. IMPAGNATIELLO, *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile*, Milano, 2010, p. 275. In precedenza, v. le aperture di F. CARPI, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano, 1979, pp. 90-91.

Altri, diversamente, ritengono che l'art. 282 c.p.c. si riferisca solo all'efficacia esecutiva e riguardi, pertanto, esclusivamente statuizioni condannatorie⁶. È questa, per intendersi, la posizione assunta dalla decisione riportata in apertura.

Vi sono buoni argomenti per sostenere l'una o l'altra posizione⁷. Tuttavia, non interessa qui schierarsi. Ai fini che ci siamo posti, è sufficiente osservare che la giurisprudenza della Corte di Cassazione, sin da subito, ha fatto propria la lettura più restrittiva dell'art. 282 c.p.c.: tale norma si riferisce solo all'efficacia esecutiva *stricto sensu* della sentenze e, quindi, concerne solamente le statuizioni di tipo condannatorio.

Ma affermare che l'art. 282 c.p.c. si riferisce esclusivamente al momento della genesi dell'efficacia di titolo esecutivo della sentenza lascia del tutto impregiudicato l'interrogativo sul momento di produzione degli effetti dichiarativi e costitutivi della sentenza. Proprio l'urgenza di prendere posizione su casi come quello con cui si è aperta questa nota – vale a dire ipotesi in cui il capo condannatorio del provvedimento dipenda da un capo di mero accertamento o costitutivo, oggetto anch'esso del giudizio in forza di un cumulo oggettivo di cause – ha imposto alla Corte di “uscire allo scoperto” anche sotto questo profilo.

Il primo intervento con cui la Cassazione prese posizione sul punto risale al

⁶ *Ex multis*, v. G. TRISORIO LIUZZI, *Centralità del giudicato al tramonto?*, Napoli, 2016, pp. 65-66, e S. MENCHINI, *Il disegno di legge delega per l'efficienza del processo civile. Osservazioni a prima lettura*, in *Giustizia civile*, 2015, p. 355 in nota 22.

⁷ A favore della tesi restrittiva, per esempio, vengono solitamente ricordati gli artt. 431 e 447-*bis* c.p.c., che, in materia rispettivamente di controversie lavorative e di locazione, comodato ed affitto, parlano espressamente di provvisoria esecutività delle sole sentenze di condanna. Per la tesi estensiva, si riportano argomenti di carattere letterale (l'art. 282 c.p.c. non si riferisce solo alle condanne), storico (i lavori preparatori mostrano una certa “apertura” all'efficacia immediata di certe sentenze di tipo costitutivo) e costituzionale (perché così non si tratterebbe in modo eccessivamente deteriore chi agisce per ottenere una condanna, che beneficia della immediata efficacia di titolo esecutivo, e chi agisce per ottenere un mero accertamento o un effetto costitutivo, che dovrebbe attendere per sortire gli effetti sperati il passaggio in giudicato).

2007⁸. La questione che si poneva era quella della provvisoria esecutività (o meno) della condanna del promissario acquirente al pagamento del prezzo, consequenziale ad una statuizione costitutiva *ex art. 2932 c.c.*, con cui il giudice aveva disposto la produzione degli effetti del contratto definitivo non concluso a seguito della stipula del preliminare. Schierandosi per la prima e ultima volta in questo senso, la Cassazione affermò che le statuizioni condannatorie dipendenti da quella costitutiva sono senz'altro immediatamente esecutive (tanto quella al pagamento del prezzo, quanto, se fosse stata chiesta, quella all'immissione nel possesso del bene oggetto del preliminare); e che la provvisoria esecutività delle condanne dipendenti suppone necessariamente che alla statuizione contenuta in ogni sentenza debba riconoscersi una «certa efficacia», che è quella «di consentire l'attuazione forzata della dipendente statuizione condannatoria del giudice». Sicché, «se questo equivale a dire che la sentenza nel suo contenuto di accertamento e nel suo contenuto di costituzione, modificazione od estinzione di una determinata situazione giuridica o di un certo rapporto, sono considerate efficaci dall'ordinamento prima del loro passaggio in cosa giudicata, l'affermazione può condividersi».

Queste conclusioni innescarono un vivace dibattito in dottrina⁹, il quale condusse a un radicale mutamento di posizione, appena tre anni dopo, ad opera delle Sezioni Unite¹⁰. Chiamata a decidere nuovamente sulla immediata esecutività di statuizioni condannatorie dipendenti da un capo costitutivo di sentenza *ex art. 2932 c.c.*, la Corte, da un lato, aderì alla tesi per cui gli effetti costitutivi e dichiarativi della sentenza si producono esclusivamente al passaggio in giudicato; dall'altro, negò la provvisoria esecutività alle condanne dipendenti,

⁸ Cass., 3.9.2007, n. 18512.

⁹ Il più critico fu G. GUIZZI, *Inadempimento a preliminare di compravendita ed effetti della sentenza di accoglimento della domanda ex art. 2932 c.c. non ancora coperta dal giudicato: un equilibrio difficile*, in *Corriere giuridico*, 2008, pp. 350 e segg.

¹⁰ Cass., Sez. Un., 22.2.2010, n. 4059, con nota di M.A. IUORIO, *La provvisoria esecutività delle sentenze costitutive e l'art. 282 c.p.c.: ultimissime dalla Suprema Corte*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2010, pp. 280 e segg.

in forza della considerazione per cui «non è possibile dare esecuzione ad obblighi che sul piano sostanziale non sono ancora sorti». In altro passaggio della motivazione, la Corte limitò poi la portata dell'affermazione, specificando che l'immediata esecutività della condanna dipendente viene meno solo quando essa sia legata al capo costitutivo pregiudiziale «da un vero e proprio nesso sinallagmatico ponendosi come parte – talvolta “corrispettiva” – del nuovo rapporto oggetto della domanda costitutiva»; al contrario, è da ritenersi provvisoriamente esecutiva la condanna «meramente dipendente» dall'effetto costitutivo¹¹.

A partire da questa pronuncia, archiviato il precedente eterodosso del 2007, tutte le volte che la Corte ha dovuto esprimersi direttamente sull'interpretazione dell'art. 282 c.p.c. ha ribadito l'adesione alla tesi restrittiva e, ragionando sull'esecutività dei capi condannatori dipendenti, ha sempre tenuto fede all'orientamento per cui gli effetti dichiarativi e costitutivi delle sentenze si producono dal passaggio in giudicato.

2.1. *Qualche cenno al criterio discrezionale dell'intensità dei nessi.* – Abbiamo visto il criterio discrezionale della sinallagmaticità o della mera dipendenza, coniato nel 2010 dalle Sezioni Unite per distinguere, rispettivamente, i capi condannatori dipendenti immediatamente esecutivi da quelli che devono attendere il passaggio in giudicato. Nel tempo, il giudice di legittimità ha ulteriormente affinato tale canone.

La prima puntualizzazione vi fu immediatamente dopo l'intervento “miliare” del 2010. Si chiedeva alla Corte – curiosamente proprio alla terza sezione civile, quella sconfessata dalle Sezioni Unite – se dovesse considerarsi provvisoriamente esecutiva la condanna alle restituzioni dipendente dalla produzione dell'effetto revocatorio *ex art. 2901 c.c.*, qualificato come costitutivo

¹¹ Per approfondimenti sul punto v. I. PAGNI, *Il contratto nel processo. Questioni controverse nell'esercizio dell'azione contrattuale in giudizio*, Milano, 2022, in corso di pubblicazione, p. 120.

dal ricorrente e poi anche dalla Corte¹². La Cassazione, non disattendendo formalmente il criterio discretivo della sinallagmaticità/mera dipendenza, rispose affermativamente, qualificando il nesso che lega il capo costitutivo pregiudiziale e quello condannatorio come di mera dipendenza e dunque sufficientemente debole da tollerare che venga portato coattivamente a esecuzione un effetto sostanziale che, sulla carta, ancora non è venuto a esistenza¹³.

Il quadro dei nessi si è ulteriormente complicato nel 2019. Chiamata a decidere sulla provvisoria esecutività della condanna al pagamento di un conguaglio dipendente da un capo costitutivo pregiudiziale di scioglimento di una comunione, la Corte introdusse l'ulteriore nesso della «corrispettività», sempre al fine di negarne l'immediata efficacia esecutiva¹⁴.

Volendo tracciare un primo quadro di sintesi, e riservandoci di formulare alcune osservazioni critiche a mo' di conclusione, gli interventi della Cassazione in ordine all'interpretazione dell'art. 282 c.p.c. permettono di ricavare questi dati: i) l'art. 282 c.p.c. viene riferito soltanto all'efficacia di titolo esecutivo della sentenza (perciò di condanna); ii) gli effetti costitutivi e dichiarativi vengono intesi come nascenti solo dal passaggio in giudicato; iii) comunque, ciò non osta – nella prospettiva della Corte – a che possa manifestarsi la provvisoria esecutività dei capi condannatori meramente dipendenti o accessori rispetto al capo costitutivo o dichiarativo pregiudiziale, mentre osta a che possa manifestarsi la provvisoria esecutività dei capi condannatori legati al capo costitutivo o dichiarativo pregiudiziale da un nesso di corrispettività o sinallagmaticità.

¹² Ma v., per la qualificazione della sentenza che decide sull'azione revocatoria come di mero accertamento, I. PAGNI, *La natura dell'azione revocatoria*, in *Corriere giuridico*, 2021, pp. 821 e segg.

¹³ Cass., 29.7.2011, n. 16737, con nota di M. GABOARDI, *Provvisoria esecutorietà della sentenza di revocatoria fallimentare*, in *Il Fallimento*, 2011, pp. 1398 e segg.

¹⁴ Cass., 30.1.2019, n. 2537, annotata da M.L. GUARNIERI, *Sinallagmaticità, corrispettività e dipendenza nei rapporti tra capi condannatori e capi costitutivi. Precisazioni in tema di esecutività provvisoria delle sentenze*, in *Judicium*, consultato il 5.8.2022.

3. (Segue) ii) *Il momento del vincolo extraprocessuale della sentenza.* – Almeno sino a qualche mese fa, indagando gli orientamenti della Suprema Corte a proposito del momento a partire dal quale la sentenza proietta i propri effetti accertativi o costitutivi vincolanti su processi relativi a rapporti giuridici dipendenti, tutti avremmo provato un certo stupore nel rilevare la netta contraddittorietà con le conclusioni a cui da oltre un decennio la Corte ci ha abituati quando si esprime a proposito dell'interpretazione dei limiti oggettivi dell'art. 282 c.p.c. e della questione delle condanne dipendenti.

Le Sezioni Unite, difatti, nel 2012, ragionando a proposito dell'interpretazione delle norme relative alle sospensioni del processo civile (artt. 295-297 e 337, co. 2, c.p.c.), affermarono che la sentenza di primo grado – senza distinguere a seconda della sua natura, costitutiva o dichiarativa – è immediatamente vincolante per i giudici di altri processi contestualmente pendenti e relativi a rapporti giuridici dipendenti¹⁵. Ed è curioso osservare che tale presa di posizione viene fondata proprio facendo leva sull'art. 282 c.p.c., letto però esattamente “al rovescio” di come la stessa Corte, negli stessi anni e ancora oggi, lo intende quando ne ragiona *ex professo*. Riportiamo, di seguito, i passaggi più emblematici:

«L'ordinamento, anche allo scopo di scoraggiare il protrarsi della lite, che al contrario risulterebbe favorito, se all'impugnazione si attribuisse l'effetto d'un ripristino delle posizioni di partenza, proclama il valore del modo di composizione della controversia, che è dichiarato conforme a diritto dal

¹⁵ Cass., Sez. Un., 19.6.2012, n. 10027, annotata, in senso critico, da C. CONSOLO, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di “svaporamento”*, in *Corriere giuridico*, 2012, pp. 1133 e segg.; E. D'ALESSANDRO, *Le Sezioni Unite e la tesi di Liebman sui rapporti tra artt. 295 e 337 c.p.c.: much ado about nothing?*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2012, pp. 2601 segg.; S. MENCHINI, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra gli articoli 295, 297 e 337, comma 2°, c.p.c.: una decisione che non convince*, in *Rivista di diritto processuale*, 2013, pp. 683 e segg.; B. ZUFFI, *Le Sezioni Unite ammettono la sola sospensione discrezionale del processo sulla causa dipendente allorché la causa pregiudiziale sia stata decisa con sentenza di primo grado impugnata*, in *Corriere giuridico*, 2012, pp. 1322 e segg. In senso adesivo, J. POLINARI, *Le sezioni unite tornando sull'art. 337, cpv., c.p.c. e riaffermano l'efficacia dichiarativa della sentenza impugnabile. Spunti per una lettura sistematica*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2013, pp. 614 e segg.; C. CAVALLINI, *L'efficacia della sentenza impugnata*, in *Rivista di diritto processuale*, 2015, pp. 339 e segg.

giudice, terzo ed imparziale (art. 111 Cost., comma 2) [...]. Il diritto pronunciato dal giudice di primo grado qualifica la posizione delle parti in modo diverso da quello dello stato originario di lite».

Queste affermazioni sono state condivise a stretto giro dalle sezioni semplici, che hanno ritenuto di accogliere una opposizione a decreto ingiuntivo, perché emesso sulla base di una delibera condominiale annullata, anche se con sentenza di primo grado non ancora passata in giudicato¹⁶.

4. *Contraddizioni sul momento di produzione degli effetti.* – L'indagine svolta sin qui degli orientamenti della Corte a proposito del momento di produzione degli effetti dichiarativi e costitutivi della sentenza – tirando le fila – evidenzia palesi contraddizioni, che francamente ragioni di coerenza del sistema suggerirebbero di superare¹⁷. Quando si ragiona della provvisoria esecutività di condanne dipendenti da capi costitutivi o dichiarativi di sentenza, si afferma che gli effetti dichiarativi e costitutivi si generano dal passaggio in giudicato, ragion per cui ci si preoccupa di negare l'immediata esecutività alle statuizioni condannatorie che siano connesse a quelle costitutive o dichiarative pregiudiziali da nessi particolarmente intensi. Viceversa, quando si affrontano le norme sulle sospensioni del processo si conclude nel senso che la sentenza civile (quale che sia il suo contenuto) è immediatamente vincolante in giudizi aventi ad oggetto rapporti condizionati dall'effetto giuridico accertato oppure costituito, modificato o estinto.

Il minimo che possa auspicarsi, in un quadro simile, è che delle due strade se ne scelga una e la si porti sino in fondo: o la sentenza produce subito gli effetti dichiarativi e costitutivi, e allora il vincolo extraprocessuale scatta già in primo grado e meritano di essere definitivamente archiviati tutti i complessi orientamenti in tema di esecutività delle condanne dipendenti; o la sentenza

¹⁶ Cass., 14.11.2012, n. 19938, in *CED online*.

¹⁷ Rileva incidentalmente dei profili di contraddittorietà negli orientamenti della Cassazione anche MENCHINI, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 687.

produce i propri effetti dal passaggio in giudicato, e allora se, da un lato, v'è una logica nell'indugiare sul criterio dei nessi, dall'altro dovrebbe superarsi la lettura offerta nel 2012 per cui il provvedimento di prime cure è immediatamente suscettibile di manifestare i propri effetti conformativi su giudizi dipendenti.

5. *Felici segnali di svolta e alcuni spunti (problematici) di riflessione.* – In conclusione, una “buona nuova” e qualche spunto di riflessione su alcune delle questioni affrontate, volutamente formulate in maniera dubitativa.

Partiamo dalla notizia positiva. Negli ultimi mesi, le Sezioni Unite hanno nuovamente preso posizione sul tormentato tema delle sospensioni del processo, esprimendosi sul momento del vincolo extraprocessuale della sentenza. I profili toccati dalla decisione sono molti e non è possibile, in questa sede, offrirne neppure un breve riepilogo. Piuttosto, basti osservare quanto segue: a proposito della “forza” della sentenza civile non passata in giudicato, diversamente dalla soluzione accolta con la pronuncia del 2012, si è affermato che il giudice del processo dipendente in cui essa sia invocata non è affatto vincolato a decidere conformemente laddove non si ritenga persuaso della soluzione ivi offerta alla questione pregiudiziale¹⁸. In altri termini, siamo dinanzi ad un passo significativo verso la prospettiva della postergazione degli effetti dichiarativi e costitutivi della sentenza al passaggio in giudicato, e ciò consente di recuperare quell'armonia sistematica sino ad oggi mancante e che più sopra si è invocata. Non resta che osservare quali saranno i prossimi sviluppi.

E veniamo agli spunti di riflessione. Evito volutamente di soffermarmi sulla questione «da far tremare i polsi»¹⁹ dell'interpretazione preferibile in tema di momento degli effetti della sentenza: non vi è modo di affrontarla con la cura che essa meriterebbe. Piuttosto, vorrei spendere alcune parole sul criterio dei

¹⁸ Cass., Sez. Un., 29.7.2021, n. 21763, in *Rivista di diritto processuale*, 2022, pp. 283 e segg. Laddove la sentenza invocata sia appellata, al giudice sarà concessa anche la terza scelta della sospensione facoltativa *ex art. 337, co. 2, c.p.c.*

¹⁹ L'espressione è di CEA, *L'esecutorietà*, cit., c. 66g.

nessi, dando per buono il presupposto su cui esso si fonda, per cui gli effetti dichiarativi e costitutivi si produrrebbero dal passaggio in giudicato, uscito rinvigorito dalla pronuncia di cui si è dato conto da ultimo. Mi pare opportuno analizzare separatamente l'ipotesi delle condanne dipendenti da statuizione di mero accertamento da quella delle condanne dipendenti da statuizione costitutiva.

Nel primo caso, non vedo ragioni per negare, in presenza di nessi “forti”, l'esecutività immediata alle condanne dipendenti. Infatti, tutte le condanne includono un accertamento, pur quando siano richieste in via autonoma, sicché – ad essere conseguenti – si dovrebbe negare sempre ad esse l'esecutività. Ma con ciò, neppure a dirlo, si finirebbe per abrogare il disposto dell'art. 282 c.p.c. Il fatto che sia richiesto un accertamento in via principale del rapporto su cui si fonda il diritto oggetto della condanna, a mio avviso, non sposta i termini della questione. Quest'ultimo, infatti, versa in entrambi i casi nella medesima “condizione”: quella d'essere un diritto la cui esistenza è incerta. E il grado d'incertezza non aumenta se alla richiesta di condanna “pura e semplice” si cumuli, pregiudizialmente, una domanda di mero accertamento. Si consideri poi che, opinando in tal senso, è plausibile che si incentivino, di fatto, pratiche dilatorie per cui, ad esempio, a fronte di una domanda attorea volta ad ottenere una condanna “pura e semplice” al convenuto – per vanificarne l'esecutività provvisoria – basterebbe domandare in riconvenzionale l'accertamento in via principale del rapporto pregiudiziale.

A fronte di condanne dipendenti da statuizioni di tipo costitutivo il discorso si complica: qui, effettivamente, il rapporto giuridico oggetto della condanna subito esecutiva, aderendo alla tesi che rinvia gli effetti della pronuncia al momento del giudicato formale, certamente non esiste al momento in cui viene attivata l'esecuzione sulla base di essa. Così è tanto in presenza di nessi di tipo sinallagmatico (per la giurisprudenza, nel caso dell'art. 2932 c.c.), quanto di tipo corrispettivo (per la giurisprudenza, nel caso della condanna al

conguaglio, rispetto al capo di scioglimento della comunione), quanto, infine, di tipo meramente dipendente (per la giurisprudenza, nel caso della condanna alle restituzioni conseguenti ad una statuizione revocatoria *ex art. 2901 c.c.*). E allora, probabilmente, ad esser coerenti la provvisoria esecutività delle condanne dipendenti da capo costitutivo dovrebbe essere negata sempre. Comunque, anche in tale ipotesi ritengo preferibile seguire la strada dell'esecutività di tutte le condanne dipendenti, senza differenziazione alcuna. Ciò per l'essenziale ragione che non appare rispettoso del tenore dell'art. 282 c.p.c. introdurre distinzioni di cui nella disposizione non vi è traccia.

Piuttosto, nell'ottica che si predilige, credo che la riflessione possa imboccare una direzione interessante sforzandosi di comprendere se, oltre all'efficacia di titolo esecutivo, promani già dalla decisione di primo grado anche un qualche effetto di tipo sostanziale, magari diverso dall'effetto costitutivo. Effetto che potrebbe descriversi come *attenuato*, perché non ancora costitutivo in senso proprio (giacché la costitutività, potrebbe pensarsi, porta con sé il fatto che quell'effetto sia "percepito", vincoli tutti giudici di altri processi), ma già sufficientemente forte da consentire alla parte di conseguire una situazione di fatto corrispondente alla situazione di diritto in corso di modificazione²⁰; e contraddistinto da un contenuto, per così dire, *liceizzante* il godimento del bene della vita cui l'attore ambisce. Effetto che non è già la fissazione di una regola di condotta fra le parti sostitutiva di quella promanante dalla legge generale e astratta; effetto che è qualcosa di simile all'immissione *non* nella titolarità del diritto, bensì nel suo *possesso*²¹. Ma così già tocchiamo sponde terribilmente incerte di teoria generale del diritto. Meglio, allora, interrompere qui il flusso dei pensieri, lasciando volutamente le carte scompagnate sul tavolo.

²⁰ Cfr. G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1969, XVIII, p. 812.

²¹ Il riferimento è alla illuminante dottrina di E. FINZI, *Il possesso dei diritti*, Roma, 1915.

SUL CONCETTO DI INTELLIGENZA ARTIFICIALE

FEDERICO FIDANZA*

Negli ultimi anni l'Intelligenza Artificiale (IA) ha assunto un ruolo di primo piano negli studi giuridici, a causa della sua diffusione e rilevanza economica. Il presente contributo si sofferma sulla definizione del concetto di IA, affrontando il tema da molteplici punti di vista: dopo aver introdotto la questione dal punto di vista tecnologico e terminologico, sono analizzate e raffrontate criticamente le definizioni contenute nella legislazione statunitense, nella Proposta di Regolamento UE sull'IA e nella recente sentenza n. 7891/2021 del Consiglio di Stato.

In the last few years, because of its spread and economic importance, Artificial Intelligence (AI) has taken a leading role in legal studies. This essay investigates the definition of the concept of AI from multiple point of views: firstly, from a technological and terminological perspective; secondly, analyzing and comparing the definitions given by the US legislation, the forthcoming EU AI Act and the Council of State (decision n. 7891/2021).

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Premessa tecnologica e terminologica. — 3. L'approccio statunitense. — 4. L'approccio europeo. — 5. La sentenza n. 7891/2021 del Consiglio di Stato: una diffusa sineddoche concettuale?

1. *Introduzione.* — Il fenomeno dell'Intelligenza Artificiale («IA») è, oggi, uno dei temi che più appassionano pratici e studiosi del diritto. Già nel 1901, in realtà, un ventiduenne Antonio Cicu intitolò la propria tesi di laurea «Gli automi nel diritto», notando che «non è da meravigliarsi se, nonostante la tenuità economica del contenuto [delle prestazioni automatiche], la scienza del diritto abbia portato su di esso la sua attenzione»¹; un tema allora considerato di

¹ A. CICU, *Gli automi nel diritto privato*, in *Il Filangieri*, 1901, XXVI, 8, p. 561 e segg. Per «automa» l'Autore intende un «meccanismo che ha la proprietà di sostituire ed estendere l'attività umana» (p. 561).

*Studente di Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Firenze.

«importanza pratica [...] minima», ma «non trascurabile [...] nel campo della dommatica»².

Un secolo dopo l'IA si è imposta prepotentemente all'attenzione dei giuristi *in primis* come fenomeno concreto, niente affatto economicamente irrilevante. Ma se è vero che oggi l'IA si presenta innanzitutto come fenomeno, prima che come idea, è altresì vero che nel mondo del giure assumono speciale rilevanza le definizioni astratte, che delimitano in positivo e in negativo i suoi stessi confini applicativi (definire deriva da *finis*, «confine»). Per questo motivo si è scelto di concentrarsi sul tema della definizione del concetto di IA: non questione oziosa e puramente metagiuridica, si ritiene, ma al contrario pietra angolare di un edificio – questo sì, indubbiamente giuridico – in divenire, che necessita di salde e durevoli fondamenta.

Esaminata la questione da un punto di vista tecnico e terminologico, l'analisi si sposterà sui tentativi definitivi contenuti rispettivamente nella legislazione statunitense, nella Proposta di Regolamento UE sull'IA e nella recente giurisprudenza amministrativa, suggerendo infine alcune brevi riflessioni sistematiche.

2. *Premessa tecnologica e terminologica.* – Innanzitutto, è utile partire dalla natura delle cose e soffermarsi molto brevemente sul concetto tecnico di IA. La questione è complessa anche solo per la particolare cautela che deve circondare l'utilizzo di termini come «intelligenza», che evocano qualità umane, forse troppo umane³.

Nella stessa letteratura tecnica vi sono ancora oggi molte linee di pensiero, alcune fondate sul concetto teorico di razionalità («*loosely speaking, doing the*

² Ivi, p. 562.

³ Per una panoramica esaustiva v. F. CHOLLET, *On the Measure of Intelligence*, in *Arxiv*, <https://arxiv.org/abs/1911.01547>, consultato in data 16.08.2022; S.J. RUSSELL, P. NORVIG, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, Harlow, 2021, p. 19 e segg.

'right thing')⁴), altre sulla maggiore o minore somiglianza con il ragionamento umano; inoltre, alcuni studiosi hanno posto l'accento sulla capacità di pensare in maniera «intelligente», altri sulla capacità di agire. Schematizzando e incrociando le due coppie concettuali è possibile individuare quattro approcci: *acting humanly, thinking humanly, acting rationally, thinking rationally*⁵.

Secondo la definizione dell'enciclopedia Treccani, una macchina è dotata di IA se è capace di svolgere «prestazioni che, a un osservatore comune, sembrerebbero essere di pertinenza esclusiva dell'intelligenza umana»⁶. Tale definizione, piuttosto semplice, sconta almeno due criticità: in primo luogo essa dipende in buona sostanza da cosa ritiene l'«osservatore comune», e si ritrova così ad essere da un lato vaga, dall'altro volubile; in secondo luogo dipende dalla definizione di intelligenza umana, definizione tutt'altro che agevole⁷. Generalmente, i tentativi definatori formulati nel tempo poggiano su aspetti difficilmente misurabili e valutabili con esattezza, rendendo di conseguenza ardua la verifica nella pratica della sussistenza o meno della caratteristica «Intelligenza Artificiale».

Nel 1950 Alan Turing avanzò una possibile soluzione al problema, e il suo articolo *Computing machinery and intelligence* è tutt'oggi considerato una pietra miliare nel campo dell'IA. In questo scritto Turing propose di rimpiazzare la domanda «*can machines think?*» con un'altra domanda, equivalente nel significato ma empiricamente verificabile (a differenza della prima).

Al test di Turing partecipano due soggetti, un intervistatore e un intervistato. Dopo aver posto alcune domande e aver ricevuto le risposte (per iscritto), il

⁴ S.J. RUSSELL, P. NORVIG, *Artificial Intelligence*, cit., p. 19.

⁵ Ivi, pp. 20-22.

⁶ F. AMIGONI, V. SCHIAFFONATI, M. SOMALVICO, *Intelligenza artificiale*, in *Enciclopedia della scienza e della tecnica*, consultata in https://www.treccani.it/enciclopedia/intelligenza-artificiale_%28Enciclopedia-della-Scienza-e-della-Tecnica%29/, in data 16.08.2022.

⁷ La questione non è da sottovalutare, e spesso si distingue tra diverse intelligenze: v. H. GARDNER, *Frames of Mind. The Theory of Multiple Intelligences*, London, 2011, citato in A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2019, VIII, 1, p. 87 e segg.

primo deve indovinare se la conversazione ha avuto luogo con un essere umano oppure con una macchina che si è finta umana; più precisamente, la nuova domanda decisiva è: il programma intervistato riesce ad ingannare l'intervistatore con una frequenza superiore ad una certa soglia (ad es. tre volte su dieci)?⁸. Se la risposta è affermativa, la caratteristica «Intelligenza Artificiale» sussiste.

Il test di Turing ha certamente un'enorme importanza storica e teorica, ma nella pratica raramente si è tentato di progettare sistemi in grado di superarlo; si è preferito concentrarsi su specifiche abilità, piuttosto che sulla capacità di sostenere una conversazione di carattere generale. Del resto, l'informatico Edsger Dijkstra notò che «*Alan M. Turing thought about criteria to settle the question of whether machines can think, a question of which we now know that it is about as relevant as the question of whether submarines can swim*»⁹: da un punto di vista prevalentemente operativo la risposta a domande di tal genere non fa molta differenza.

A ben vedere, la questione definitoria è complessa anche perché nella categoria «IA» sono confluite, nel tempo, tecnologie fra loro diversissime. Non potendo in questa sede soffermarsi sulla storia dell'IA¹⁰, ci si limiterà a brevi

⁸ In realtà quella riportata è solo una delle molte varianti del test di Turing. Il test originale prende il nome di *Imitation game* e differisce nella struttura in quanto, semplificando, i partecipanti sono tre e l'intervistatore deve capire se uno (e, nel caso, quale) dei due interlocutori è una macchina. Una macchina è intelligente se l'intervistatore sbaglia quando essa è in gioco con la stessa frequenza con la quale sbaglia quando a giocare è un umano. V. la prima parte di A.M. TURING, *Computing Machinery and Intelligence*, in *Mind*, 1950, LIX, 236, p. 433 e segg., intitolata *The Imitation Game*.

⁹ E.W. DIJKSTRA, *The threats to computing science*, in *ACM 1984 South Central Regional Conference*, 1984.

¹⁰ Sul punto sia consentito rinviare a F. FIDANZA, *Sulla distinzione tra intelligenza artificiale e algoritmi*, in corso di pubblicazione in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2022, 2, § 4. V. anche N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale. Dalla Fintech alla Corptech*, Bologna, 2021, p. 21 e segg.; J. ARMOUR, H. EIDENMÜLLER, *Self-Driving Corporations?*, in *Harvard Business Law Review*, 2020, X, p. 87 e segg.; T. CASADEI, S. PIETROPAOLI, *Intelligenza artificiale: fine o confine del diritto?*, in *Diritto e tecnologie informatiche. Questioni di informatica giuridica, prospettive istituzionali e sfide sociali*, a cura di T. Casadei e S. Pietropaoli, Trento, 2021, pp. 219-232; S.J. RUSSELL, P. NORVIG, *Artificial Intelligence*, cit., p. 23 e segg.; per una trattazione monografica, N. NILSSON, *The quest for artificial intelligence. A history of ideas and achievements*, Cambridge, 2009.

cenni su una tecnologia che oggi è per molti (ma non per tutti) sinonimo di IA: il *machine learning*.

Il *machine learning* («*ML*») negli ultimi anni ha assunto un'importanza preponderante nel mondo dell'IA, permettendo di superare molte delle criticità dei metodi precedenti sfruttando al massimo le potenzialità offerte dalla moderna società dell'informazione. Invero l'idea di *ML* non è un'idea recente, essendo nata insieme a quella di IA ed essendo già presente *in nuce* nella storica e fondamentale opera di Turing¹¹, ma ha avuto uno sviluppo fulmineo negli ultimi anni, giovandosi della sempre maggiore quantità di dati disponibili e della inedita potenza degli odierni processori. Il *ML*, come noto, consiste nel creare programmi capaci di imparare, capaci cioè non di reagire agli stimoli applicando regole inserite in precedenza dai programmatori, ma di rispondervi creando (inferendo) le regole a partire dai dati osservati (*rectius*, dagli input processati). In via di prima approssimazione, la differenza che connota il *ML* rispetto ai sistemi precedenti evoca la distinzione tra induzione e deduzione: nel *ML* le macchine inizialmente sono scatole vuote con nulla all'interno¹², capaci però di apprendere a partire dai dati, mentre negli altri sistemi esse sono dotate sin dall'inizio di regole generali e tecniche di manipolazione delle informazioni, ma hanno una minor (se non nulla) capacità di apprendimento. Si è così parlato di vero e proprio «cambio di paradigma»¹³, riprendendo la celebre espressione coniata da Kuhn nell'ambito della filosofia della scienza¹⁴, o, integrando la nota

¹¹ Il riferimento è ancora ad A.M. TURING, *Computing Machinery*, cit., *passim*. In particolare, per quelle che il genio di Turing designò «*learning machines*», v. p. 454 e segg.

¹² *Excipe: nisi ipse intellectus!* Tali software «contengono» *ab origine* le istruzioni su come apprendere.

¹³ N. CRISTIANINI, *On the current paradigm in artificial intelligence*, in *AI Communications*, 2014, XXVII, 1, pp. 37-43; v. anche N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Diritto delle imprese*, cit., p. 43 e segg., e, dal punto di vista del diritto costituzionale, A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma*, cit., *passim*.

¹⁴ T.S. KUHN, *The structure of Scientific Revolutions*, Chicago, 1962, *passim*.

scansione freudiana, di «una quarta potenziale 'ferita narcisistica'», determinante «inquietudini non meno profonde delle tre che l'hanno preceduta»¹⁵.

3. *L'approccio statunitense*. – Il cambio di paradigma appena evocato ha indotto dapprima le istituzioni statunitensi, e poi quelle europee, ad intervenire ripetutamente, negli ultimi anni, sul tema dell'IA, da ultimo con la formulazione da parte della Commissione di una Proposta di Regolamento sul tema. Ogni dubbio sulla rilevanza giuridica dell'IA dovrebbe così essere fugato, poiché, come elegantemente sottolineato da Hans Kelsen, «*just as everything King Midas touched turned into gold, everything to which the law refers becomes law, i.e. something legally existing*»¹⁶.

Contrariamente a quanto ci si sarebbe potuti aspettare da un sistema di *common law*, è sulla sponda occidentale dell'Atlantico che è stata forgiata una prima definizione legislativa di IA. Il riferimento è innanzitutto al *National Defense Authorization Act* del 2019¹⁷ («*NDAA 2019*»), ove l'ampiezza della definizione¹⁸ è bilanciata da un ambito di applicazione (almeno apparentemente¹⁹) piuttosto angusto: l'*NDAA* è la legge federale annuale di stanziamento delle risorse destinate al Dipartimento della Difesa e la definizione è formulata per la sola Section 238 del provvedimento, dedicata alla ricerca sull'utilizzo dell'IA in ambito militare.

¹⁵ Così N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Diritto delle imprese*, cit., p. 14, riprendendo uno spunto di R. BODEI, *Dominio e sottomissione. Schiavi, animali, macchine, intelligenza artificiale*, Bologna, 2019. Per un'introduzione al *ML* rivolta al mondo giuridico, v. D. LEHR, P. OHM, *Playing with the Data: What Legal Scholars Should Learn About Machine Learning*, in *UCDL review*, 2017, LI, p. 653 e segg.; per un testo più tecnico v. F. CHOLLET, *Deep Learning with Python*, New York, 2018.

¹⁶ H. KELSEN, *General theory of law and state*, Cambridge, 1949, p. 161.

¹⁷ P.L. 115-232.

¹⁸ V. Section 238(g). Senza poter riportare e commentare il testo per ragioni di spazio, si evidenzia la menzione di sistemi capaci sia di «*think or act like a human*» sia di «*act rationally*».

¹⁹ Non raramente la definizione è stata richiamata in atti successivi anche recenti, malgrado il secondo intervento definitorio.

L'anno successivo il Congresso è nuovamente intervenuto con il *National Artificial Intelligence Initiative Act*²⁰ («NAIIA»), contenente una diversa definizione.

La ragione che ha portato il legislatore statunitense a intervenire una seconda volta sul tema è duplice. In primo luogo, il NDAA 2019 e il NAIIA sono atti con confini ed obiettivi diversi: mentre il primo concerne il Dipartimento della Difesa, il secondo ambisce a incentivare ricerca e sviluppo sull'IA, preparare il mondo del lavoro alla sua diffusione e coordinare l'utilizzo della stessa da parte dei poteri pubblici. In secondo luogo va ricordato che, pochi mesi dopo l'entrata in vigore del NDAA 2019, una diversa definizione era stata recepita all'interno di una raccomandazione del Consiglio dell'OCSE: «*An AI system is a machine-based system that can, for a given set of human-defined objectives, make predictions, recommendations, or decisions influencing real or virtual environments. AI systems are designed to operate with varying levels of autonomy*»²¹. Nel NAIIA il legislatore si è pertanto limitato a riportare pedissequamente quest'ultima definizione, molto ampia, sostituendo l'ultimo periodo con il seguente, più ancillare e chiarificatore, che additivo: «*Artificial intelligence systems use machine and human-based inputs to (A) perceive real and virtual environments; (B) abstract such perceptions into models through analysis in an automated manner; and (C) use model inference to formulate options for information or action*».

Peraltro, la definizione formulata in ambito OCSE è servita da stampo anche per il Regolamento. Per questo motivo, prima di procedere con un breve commento, si ritiene utile spendere qualche parola riguardo all'approccio europeo.

²⁰ PL. 116-283.

²¹ Raccomandazione OCSE del 22.05.2019.

4. *L'approccio europeo*. — Come noto, nel 2021 la Commissione Europea ha proposto un testo di Regolamento sull'IA che ha accolto un approccio basato sul rischio, con riflessi differenziati in punto di conseguenze regolatorie.

Alla definizione del concetto di IA sono dedicati l'art. 3 e l'Allegato I del Regolamento. L'art. 3 definisce «sistema di intelligenza artificiale» «un software sviluppato con una o più delle tecniche e degli approcci elencati nell'allegato I, che può, per una determinata serie di obiettivi definiti dall'uomo, generare output quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono»; mentre la seconda metà della disposizione è piuttosto indeterminata e ricalca la definizione OCSE, la prima metà contiene un fondamentale rinvio all'Allegato I, a ben vedere il vero punto qualificante della definizione. È evidente l'assoluta centralità che assume(rà), nel sistema delineato dal Regolamento, l'allegato in questione²², che nella sua originaria ed attuale formulazione individua tre diverse categorie di sistemi di IA:

- a) Approcci di apprendimento automatico, compresi l'apprendimento supervisionato, l'apprendimento non supervisionato e l'apprendimento per rinforzo, con utilizzo di un'ampia gamma di metodi, tra cui l'apprendimento profondo (*deep learning*)²³;
- b) approcci basati sulla logica e approcci basati sulla conoscenza, compresi la rappresentazione della conoscenza, la programmazione induttiva (logica), le basi di conoscenze, i motori inferenziali e deduttivi, il ragionamento (simbolico) e i sistemi esperti;
- c) approcci statistici, stima bayesiana, metodi di ricerca e ottimizzazione».

Nella lista appena riprodotta sono evidentemente annoverate diverse *species* del *genus* IA, tra le quali spicca quella del *ML* (lett. a); la Commissione ha

²² Durante la procedura legislativa l'approccio è stato criticato; v. per esempio il parere del Comitato Economico e Sociale Europeo del 22.09.2021, che «raccomanda di chiarire la definizione di IA stralciando l'allegato I e modificando leggermente l'articolo 3», «non ravvisa[ndo] alcun valore aggiunto nell'allegato». Per esiguità di spazio non è possibile approfondire il punto.

²³ Come spesso accade quando si tratta di termini tecnici, specie informatici, è utile visualizzare anche il testo in lingua inglese: «(a) *Machine learning approaches, including supervised, unsupervised and reinforcement learning, using a wide variety of methods including deep learning*». Appare così chiarificata la portata della lett. a), che si riferisce esplicitamente, esclusivamente ed estensivamente al *ML*.

comunque opportunamente ritenuto di inserire, nella lettera b), un richiamo a quei sistemi che sono stati principali esempi di IA nella seconda metà del secolo scorso, citando gli «approcci basati sulla logica» e quelli «basati sulla conoscenza».

Non bisogna però dimenticare che, come accennato in precedenza, la storia dell'IA, seppur relativamente breve, si è caratterizzata per un susseguirsi di tecnologie diverse, di prove ed errori, in una continua metamorfosi del paradigma dominante. È tenendo a mente questo aspetto che si comprende la disposizione di cui all'art. 4 del Regolamento, che consentirà alla Commissione di modificare l'Allegato I adattando flessibilmente l'ambito di applicazione del quadro normativo²⁴; infatti, come prefigurato in precedenza nel Libro bianco sull'IA, «[q]ualunque nuovo strumento giuridico dovrà comprendere una definizione di IA abbastanza flessibile da accogliere il progresso tecnico, ma anche sufficientemente precisa da garantire la necessaria certezza del diritto». Si tratta, com'è evidente, di un compromesso opportunamente operato dal legislatore europeo nella consapevolezza delle peculiarità del fenomeno; se sapientemente utilizzata, la possibilità di modifica con atti delegati consentirà di (tentare di) tenere il passo con l'incessante progresso tecnico che contraddistingue il campo dell'IA.

Da un punto di vista comparativo, la differenza tra l'approccio statunitense e quello europeo sta al momento proprio nell'Allegato I: posto che entrambi i legislatori si sono (più che) ispirati alla definizione OCSE, la Commissione europea ha ritenuto di dover agganciare la stessa a specifiche tecnologie.

²⁴ «Alla Commissione è conferito il potere di adottare atti delegati conformemente all'articolo 73 al fine di modificare l'elenco delle tecniche e degli approcci di cui all'allegato I, per aggiornare tale elenco agli sviluppi tecnologici e di mercato sulla base di caratteristiche simili alle tecniche e agli approcci ivi elencati». L'art. 73 prevede che la delega in questione sia conferita per un periodo indeterminato (co. 2), ma che possa essere revocata in qualsiasi momento dal Parlamento europeo o dal Consiglio (co. 3); inoltre, l'adozione di atti delegati deve essere notificata agli stessi organi (co. 4), i quali possono evitarne l'entrata in vigore sollevando obiezioni entro il termine prorogabile di tre mesi (co. 5).

5. *La sentenza n. 7891/2021 del Consiglio di Stato: una diffusa sineddoche concettuale?* — Ad oggi, non esistono nel nostro ordinamento definizioni legislative di IA. La latitanza del legislatore, in attesa dell'approvazione del Regolamento, ha costretto la giurisprudenza a fronteggiare la questione senza disporre di una guida sicura; come è stato notato, «[n]el silenzio del legislatore, il formante giurisprudenziale diviene momento fondamentale di (ri-)costruzione del nuovo ordine sociale plasmato dall'avvento delle nuove tecnologie»²⁵.

Si è giunti così, per la prima volta, a un tentativo da parte prima del TAR Lombardia²⁶ e poi del Consiglio di Stato²⁷ di dare una propria definizione di IA — nel caso specifico, al solo fine della distinzione dal concetto di algoritmo. Più precisamente, si è trattato di due tentativi, consapevolmente interlocutori, che hanno condotto sul punto a due soluzioni antitetichie.

Nel rinviare ad altra sede per una più compiuta disamina dell'oggetto della controversia all'origine del processo in questione, e delle ragioni della divergenza fra le due soluzioni giudiziali²⁸, ci si limiterà a trarre alcuni spunti di riflessione dalla definizione data dal Consiglio di Stato, che è la seguente: un algoritmo sarebbe definibile di IA quando «contempla meccanismi di *machine learni[n]g* e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole sof[t]ware e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo 'tradizionale') ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico». Come si può notare, questa definizione sovrappone IA e *ML*: con la dovuta cautela è possibile rilevare che il Collegio giudicante appare essere caduto in un'involontaria quanto diffusa sineddoche concettuale,

²⁵ G. SCHNEIDER, *Accesso all'algoritmo pubblico sviluppato da terzi e questioni di riservatezza nell'amministrazione digitale. Nota a Tar Lazio Sez. III - Roma, 1° luglio 2020, n. 7526*, in *AIDA*, 2021, XXX, 1, p. 920.

²⁶ Sent. 31.03.2021, n. 843, TAR Lombardia, Milano.

²⁷ Sent. 4-25.11.2021, n. 7891, Consiglio di Stato.

²⁸ Per il testo della sentenza e un commento più approfondito sia consentito rinviare a F. FIDANZA, *Sulla distinzione tra intelligenza artificiale e algoritmi*, cit.

andando a confondere una parte con il tutto, il *ML* con l'IA. Come testimonia il Regolamento, però, il *ML* è solo un sottoinsieme (o, se si vuole, la «punta di diamante») dell'IA²⁹.

Il rischio è che, a causa di una generale ipertrofia del presente e una comprensibile infatuazione per i prodigiosi risultati del *ML*, la scienza giuridica si fossilizzi sulle tecnologie attuali dimenticandosi della gioventù delle stesse. Raramente, del resto, l'uomo del presente riesce a cogliere le trame del tempo che verrà. Limitando l'analisi al campo dell'IA, è noto che nessuno sa davvero se, come e quando si giungerà a sviluppare una c.d. *Artificial General Intelligence* («AGI»), in grado di generalizzare in una grande varietà di campi³⁰. L'IA odierna è, al contrario, un'intelligenza c.d. verticale, ultraspecializzata, e da tale dato fattuale derivano enormi differenze tra l'IA e la mente umana, che dovrebbero ingenerare – si dice – alcuni *caveat* da incastonare nella nascente normativa in materia. Tali considerazioni resisteranno alla prova del tempo? Se si giungesse ad una fantomatica *AGI*, per definizione essa sarebbe dotata di un'intelligenza c.d. orizzontale, capace di, come suggerisce l'espressione «*Artificial General Intelligence*», generalizzare³¹, in maniera forse non dissimile dalla mente umana. Potrebbero così tornare centrali questioni oggi piuttosto laterali, *in primis* quella della soggettività giuridica dell'automa, su cui già Cicu ebbe ad interrogarsi un secolo fa³². Specularmente, potrebbero ridimensionarsi questioni nel ventunesimo secolo relevantissime. Oggi il ruolo di protagonista, da un punto di vista tecnico (e, a catena, economico e politico), compete indubbiamente al tema

²⁹ A riprova il *NDAA 2019*, Section 238(e), che distingue tra «*AI, machine learning, and associated technologies*».

³⁰ «[AGI] is – according to experts – anywhere between a decade and two centuries away» (J. ARMOUR, H. EIDENMÜLLER, *Self-Driving Corporations?*, cit., p. 93).

³¹ In F. CHOLLET, *On the Measure of Intelligence*, cit., p. 27, l'intelligenza è sostanzialmente definita come capacità di generalizzazione: essa sarebbe «*a measure of its [del sistema] skill-acquisition efficiency over a scope of tasks, with respect to priors, experience, and generalization difficulty*».

³² Ammettendo al più un'analogia con il *nuncius*; ma d'analogia non può esser spinta più in là», poiché «l'automa [...] resta pur sempre una macchina» (A. CICU, *Gli automi nel diritto privato*, cit., p. 579).

dei *big data*, dato che un software di *ML* è, si potrebbe dire, ciò che mangia³³; ciò ha indotto diversi ordinamenti a intervenire prima in materia di dati personali che di IA in quanto tale³⁴. È impossibile pronosticare se questa centralità permarrà nel dibattito giuridico futuro, fermo restando che per il momento appare azzardato prefigurare una futura emancipazione della macchina intelligente dai dati³⁵. Lasciando da parte ciò che per il momento costituisce solo pura teoresi, comunque, risuonano quanto mai attuali le parole di Turing: «*We can only see a short distance ahead, but we can see plenty there that needs to be done*»³⁶. Ciò vale sia per la *computer science*, cui si riferiva Turing, sia per la *scientia iuris*.

In conclusione, fra i tre approcci analizzati è possibile individuarne due «puri» e uno «misto»; in una linea ideale, dagli USA al Consiglio di Stato passando per l'Europa. A un estremo la definizione statunitense (e OCSE), che poggia esclusivamente sulle caratteristiche generali dell'IA, senza citare nessuna tecnologia specifica; all'altro estremo la definizione del Consiglio di Stato, che cade nella citata sineddoche concettuale, confondendo una branca dell'IA con l'IA tutta; *in medio* il Regolamento, sintesi dei due approcci puri³⁷. Il testo della Commissione Europea appare così piuttosto equilibrato: a fianco di una definizione funzionale ma quasi inutilizzabile da sé — perché troppo vaga —

³³ In D. LEHR, P. OHM, *Playing with the Data*, cit., più prosaicamente si preferisce scrivere che «*an algorithm is only as good as its data*» (p. 677).

³⁴ Si pensi al Regolamento UE 2016/679 (GDPR); per l'importanza del GDPR in relazione all'IA v. N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Diritto delle imprese*, cit., p. 98 e segg., ove si afferma che «[l]a Strategia europea in materia di intelligenza artificiale costituisce un frammento del più ampio programma di creazione di una economia europea dei dati» (p. 98).

³⁵ Lanciando una provocazione, però, si potrebbe osservare quanto segue. Un'eventuale *AGI* dovrebbe essere persino più intelligente dell'uomo: un essere umano necessita di milioni di esempi per riconoscere una cifra scritta a mano?

³⁶ A.M. TURING, *Computing Machinery*, cit., p. 460.

³⁷ Peraltro, l'equilibrio dell'approccio europeo risulta anche da altre considerazioni: come notato in N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Diritto delle imprese*, cit., p. 17, l'approccio europeo si colloca in posizione «mediana» anche dal punto di vista della libertà lasciata agli operatori del mercato digitale, distinguendosi dai due «antipodi» del «*laissez-faire* statunitense e [de]ll'iperstatalismo cinese», mirando ad un'«effettiva incorporazione» nel funzionamento del mercato digitale «dei valori fondanti le tradizioni costituzionali dell'Unione e degli Stati membri».

nell'art. 3, non modificabile autonomamente dalla Commissione, è presente un elenco più preciso nell'Allegato I, che può essere adattato con atti delegati in funzione delle nuove tecnologie emergenti. Questa scelta, da taluni criticata, appare l'unica possibile se si vuol tentare di costruire un edificio duttile ma durevole, distinguendo i nodi concettuali centrali, consustanziali all'IA e in parte noti da più di un secolo, dalle questioni transeunti.

ITINERARI DI GOVERNO DEL CONFLITTO: LA COMUNITÀ DEI MERCANTI E LA RICERCA DI RISPOSTE ALLA COMPLESSITÀ (PASSATO E PRESENTE)

LORENZO TOMASSINI*

Quelli che offro nelle pagine che seguono non sono altro che appunti, scritti da uno studente intellettualmente curioso, che, senza alcuna pretesa di scrivere un articolo scientifico, si è lasciato guidare da alcune suggestioni, nate da letture accumulate nel tempo. Cenni, dunque, da un mondo lontano, ma forse capace di dialogare col presente e di stimolare lo sguardo del giurista contemporaneo.

What I offer in the following pages are nothing more than notes, written by an intellectually curious student, who, without any pretense of writing a scholarly article, allowed himself to be guided by some suggestions, born of readings accumulated over time. Notes, then, from a distant world, but perhaps capable of dialoguing with the present and stimulating the view of the contemporary jurist.

SOMMARIO: 1. Torri e Mercanti, la complessità medievale all'origine della *Lex Mercatoria*. – 2. Il governo del conflitto, una necessità umana: testimonianze vicine e lontane. – 3. La fucina del giurista forgia nuovi strumenti per governare la complessità.

1. *Torri e Mercanti, la complessità medievale all'origine della Lex Mercatoria.*

- Massimo Palazzo, nel commentare un recente volume di Paolo Grossi, che in più occasioni ha invitato a diffidare delle visioni monistico-potestative del diritto¹, tratteggia la fase di profonda trasformazione che il diritto contemporaneo sta vivendo, un forte cambiamento che lo scuote nelle sue

¹ Il testo di Palazzo commenta e “aderisce” alla visione pluralistica grossiana, mostrandosi per l'Autore una concreta fonte di ispirazione.

*Studente di Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Firenze.

fondamenta². Questa trasformazione emerge a seguito di quelle spinte globalizzatrici e del «policentrismo normativo» che contribuiscono – secondo l'Autore – a determinare «un nuovo momento storico di emersione della complessità»³.

È la crisi dello Stato Moderno, che già aveva preannunciato Santi Romano più di un secolo fa nella sua prolusione, pronunciata in occasione dell'inaugurazione dell'anno accademico 1909-1910 presso l'Università di Pisa⁴. Secondo il grande giurista, le cause di questa crisi (e più in generale del modo in cui si concepiva l'ordine) andavano ritrovate proprio nella visione dello Stato coltivata dal XIX secolo, che appariva eccessivamente semplice, incapace di reggere il confronto con la realtà sociale policentrica che si andava sviluppando. Il singolo non appariva più l'unico protagonista della storia, e il XX secolo avrebbe dovuto accettare, tanto nelle sue espressioni autoritarie, quanto nella costruzione delle democrazie del secondo dopoguerra, il confronto col ruolo dei gruppi e delle formazioni sociali.

Ma la storia dell'uomo come creatura sociale contrapposta all'uomo come dimensione individuale è tutt'altro che recente e ci rimanda, in una sua manifestazione già matura ed articolata, alla realtà medievale, a quello che si definirebbe il «Tempo della Chiesa e tempo del Mercante»⁵, come titola un celebre libro di Jacques Le Goff. Il medioevo è infatti un momento storico nel quale tutto appare complesso, il palcoscenico di un teatro sul quale si affacciano tanti personaggi e tante comparse.

In un primo momento la Chiesa diviene il centro di questo ordine con una presenza capillare unica nella storia: basti guardare al panorama architettonico

² M. PALAZZO, *La recuperata consapevolezza della complessità nel processo di formazione del diritto. A margine del volume di Paolo Grossi, Oltre la legalità*, in *Giustizia Civile*, 2020, 4, pp. 797 segg.

³ Ivi, p. 798.

⁴ S. ROMANO, *Lo Stato Moderno e la sua Crisi*, discorso inaugurale dell'anno accademico 1909-1910 presso l'università di Pisa. P. GROSSI lo definisce come «l'osservatore attento di un processo avanzante che gli appariva nitidamente quale 'eclissi' dello Stato, una eclissi strettamente consequenziale alla incapacità di ordinare una realtà politico-sociale e giuridica sempre più complessa», *L'Europa del Diritto*, in *Fare l'Europa*, a cura di J. Le Goff, Roma-Bari, 2016, p. 219.

⁵ J. LE GOFF, *Tempo della Chiesa e tempo del Mercante*, Torino, 1977.

italiano, nel quale il “campanile” è presente anche nel più piccolo dei borghi e proprio intorno a questo si sviluppa la vita quotidiana. Ma presto, come evidenziato da Le Goff, le città non si fanno più dominare da una sola torre ed il tempo non viene più scandito solamente dall’alto campanile della Chiesa.

Firenze è un’ottima rappresentazione di questo cambiamento: prima della Cattedrale di Santa Maria del Fiore con il campanile di Giotto, già la precedente Cattedrale di Santa Reparata presentava due campanili che facevano da protagonisti della vita cittadina quotidiana. A questo però si deve aggiungere la Torre di Arnolfo dell’allora Palazzo dei Priori (ora Palazzo Vecchio) che era il centro della vita politica del Comune di Firenze.

Nelle città il cielo viene conteso da differenti torri e ognuna ha sotto di sé una comunità sociale che si sviluppa, quella religiosa sotto i campanili delle chiese e delle grandi cattedrali, quella politica sotto la torre del comune e la famiglia sotto quella della propria “casa-torre”⁶.

Il medioevo è l’età della complessità e del policentrismo sociale: qui ogni comunità, tendenzialmente, si dà le sue regole, il suo diritto. È un’età di conflitti, ma anche di convivenze, proprio perché il dinamismo magmatico della società non rende possibile identificare una regola unica per tutti gli individui. Per far funzionare questo sistema è necessario saper regolare tali conflitti e le soluzioni nate allora sono spesso, per quanto riadattate ed aggiornate, vive ancora oggi (o quanto meno capaci di destare l’interesse anche dei contemporanei).

Paolo Grossi ha restituito in maniera nitida la natura del giuridico nell’esperienza medievale: «prima di essere un comando, il diritto è una

⁶ A riguardo è interessante menzionare P. DAVERIO, *Ho finalmente capito l’Italia. Piccolo trattato ad uso degli stranieri (e degli italiani)*, Milano, 2017, pp. 135-136. L’autore fa qui un curioso confronto tra le città di Chartres e di Siena, trovando nella città toscana, in ragione del suo contesto sociale, «una naturale competizione interna alla comunità stessa» che si esplica con il confronto tra «le torri laiche con quelle ecclesiali». Questa competizione interna è considerata dall’autore all’origine di quello che è stato il governo repubblicano della città. Chartres invece mostra comunque una «borghesia cittadina artigianale e commerciale», ma questa è «confinata nelle casette a graticcio sostanzialmente identiche le une e le altre». Qui il Governo è infatti tutt’altro che repubblicano, il potere è nelle mani del conte di Blois e di Champagne, che risiede (a differenza dei nobili senesi), al di fuori dalle mura cittadine, nei suoi castelli.

mentalità, esprime cioè un costume e lo ordina, esprime i valori di una civiltà e – ordinandola – la salva»⁷.

Non sorprende il ruolo che, dall'anno Mille, hanno svolto in questa realtà i mercanti: soggetti per definizione dinamici, e perciò capaci, ora come allora, di forgiare nuove regole ed istituti, essi sono apparsi gli artefici di quella *Lex Mercatoria*, in cui recentemente si è visto, «*the transnational law of economic transactions, the most successful example of global law without a state*»⁸. Un diritto insofferente alle frontiere: a quelle statuali, nelle realtà odierne, ai confini del composito mosaico di comunità, nel medioevo⁹. Un diritto di una classe sociale, tanto in una società globalizzata quanto in una società di particolarismi sociali e giuridici¹⁰.

Le necessità economiche confermano allora il loro volto di forza motrice rispetto all'invenzione di nuovi strumenti giuridici come i titoli di credito, le società commerciali e il fallimento, oppure rispetto alla semplificazione delle forme giuridiche già presenti. Ma, come se ciò non bastasse a far capire la

⁷ GROSSI, *L'Europa del Diritto*, cit., pp. 6-7. Cfr. anche Id., *L'ordine Giuridico Medievale*, Roma, 1995, opera che ha segnato un concreto spartiacque nell'analisi storico-giuridica del medioevo, aprendo tra gli studiosi una discussione sulla natura di quest'età, come un'esperienza di continuità tra l'età antica e la moderna oppure come qualcosa di isolato, separato dai tempi che la incorniciano.

⁸ G. TEUBNER, *Global Law without a State*, Dartmouth, 1996, p. 3.

⁹ Interessante è l'analisi della realtà milanese di I. PICCARDO, *La forza dei piccoli mercanti. Milano e dintorni tra la fine del XIV e l'inizio del XV secolo*, in *Studi di Storia Medioevale e di Diplomatica*, 2019, 3, pp. 303-304. Qui si fa notare anche il legame tra politica e commercio, osservando come nella città ambrosiana «i mercanti svolgono un ruolo centrale, con un dinamismo economico che, in particolare, si accompagna con l'aggressiva politica d'espansione territoriale condotta da Gian Galeazzo Visconti [...] laddove, nel caotico e violento scenario degli anni in cui governa il figlio Giovanni Maria, gli scambi si contraggono, con considerevoli perdite economiche e finanziarie». Questo spaccato, non può che spingerci a considerare l'interesse che questa classe sociale aveva per l'impegno politico: fattore spinto in primo luogo proprio dalla necessità economica, dove un'instabilità politica costituiva una minaccia per i propri interessi commerciali. Questo si lega in via esplicitiva all'esempio senese che fa Daverio nell'opera citata.

¹⁰ F. GALGANO, *Lex Mercatoria*, Bologna, 2010, p. 41. A riguardo, si guardi ancora a DAVERIO, *Ho finalmente capito l'Italia*, cit., pp. 136-137. Qui, continuando il paragone tra Chartres e Siena – quindi tra una dimensione feudale ed una dove la classe mercantile è ormai predominante, sia sul piano sociale che politico – l'Autore rileva come l'emancipazione del singolo individuo medievale, mostra delle differenze: «L'emancipazione del singolo è prevista in Francia solo attraverso la Chiesa o l'amministrazione del conte» mentre al contempo «In Italia [...] l'emancipazione del singolo è lasciata alla stessa sua capacità di avventura: ogni percorso è possibile».

grandiosità del cambiamento, questi istituti e lo sviluppo della classe dei mercanti conducono alla ideazione più rilevante: lo sviluppo di Tribunali Speciali¹¹ che con la loro attività assurgono a

«vera e propria giurisdizione fornita di regole sue, avente una precisa competenza ovunque si trattasse di soggetti commercianti o di atti di commercio, governata da giudici non togati e regolata da procedure improntate a rapidità ed efficienza»¹².

Questo passo di Paolo Grossi, ci fa considerare quelle necessità che sono all'origine tanto dell'arbitrato commerciale quanto di tutti gli ADR (*Alternative Dispute Resolution*) che oggi caratterizzano la moderna *Lex Mercatoria*, strumenti essenziali nel governo del conflitto che sembrano affondare parte della loro identità in questi lontani strumenti. Un modello di governo delle liti e delle dispute che assume, dalla sua genesi all'attualità, tratti di specialità, specialmente quando si registra una ritrazione dello Stato, in ragione del carattere sovranazionale o internazionale dei rapporti coinvolti. Tutto questo seguendo la medesima esigenza: governare la complessità elaborando risposte ritenute adeguate alle esigenze della comunità coinvolta.

2. *Il governo del conflitto, una necessità umana: testimonianze vicine e lontane.*

– È necessario dare uno sguardo al mondo e al suo passato per capire come si è giunti alle attuali modalità di gestione delle controversie, vedendo il governo del conflitto come necessità innanzitutto umana e di conseguenza sociale che si esprime in numerosi momenti della nostra storia.

L'espressione latina *Ubi Societas ibi Ius* è uno di quegli adagi in grado di perdersi nella notte dei tempi¹³, mettendoci in contatto con la necessità umana di riunirsi ed ordinarsi in una comunità sociale. Ma la convivenza non è mai

¹¹ Si veda il Tribunale della Mercanzia (Piazza della Signoria, Firenze), il cui edificio è ancora una testimonianza viva di questo passato. Il suo compito era quello di giudicare le cause tra i mercanti fiorentini e le controversie commerciali tra le "Arti di Firenze".

¹² GROSSI, *L'Europa del Diritto*, cit., pp. 63-64.

¹³ Sull'origine dell'espressione si è interrogato ampiamente A. LEVI nell'omonimo saggio *Ubi societas, ibi ius*, in *Rivista di Filosofia*, 1925, pp. 139-167, ripreso da R. FEDERICI, "Ubi ius ibi societas". *Alla ricerca dell'origine e del significato di due formule potenti*, 19 luglio 2017, reperibile su <http://www.contabilita-pubblica.it/Dottrina2017/Federici.pdf>, consultato il 07.06.2022.

pacifica. Perciò già nelle più primitive comunità umane ritroviamo forme di gestione del conflitto che ci mostrano un'attenzione ad aspetti di governo della controversia in grado di «put modern society to shame»¹⁴.

Andando in ordine sparso: il popolo dei *San* (conosciuti anche come Boscimani) del deserto del Kalahari esprime una realtà particolarmente interessante secondo un approccio sociologico ed antropologico (tra l'altro gli appartenenti a questa popolazione sono considerati i possibili discendenti della cosiddetta "Eva Mitocondriale"). Tralasciando gli studi di natura genetica, questo popolo è stato oggetto di un particolare studio¹⁵ da parte del noto Autore statunitense W.L. Ury¹⁶ il quale a fine anni '80 ha avuto modo di studiare di persona i metodi di risoluzione delle controversie cui facevano ricorso i membri di questo gruppo sociale. Essi, come è spiegato anche da J.T. Barret, cercavano con il dialogo e con forme definibili effettivamente di "mediazione e ricerca degli interessi" un punto di incontro. Altri esempi sono rinvenibili nel territorio dell'Abcasia, terra sulle coste orientali del Mar Nero nella quale sono stanziate comunità che riconoscono agli anziani il ruolo di conciliatori; oppure nelle comunità tradizionali delle Hawaii che, attraverso la pratica del *ho'oponopono*, coinvolgono le famiglie gestendo i problemi sorti tra queste ricorrendo ad una sorta di proto-mediatore, il quale ripercorre gli aspetti della lite dal lato personale e sociale ma anche spirituale¹⁷.

Tornando quindi al nostro continente – ed al periodo storico in esame – e richiamando la letteratura medievale scandinava troviamo l'importantissimo

¹⁴ J.T. BARRET, J.P. BARRET, *A History of Alternative Dispute Resolution the Story of a Political, Cultural, and Social Movement*, San Francisco, 2004, p. 2.

¹⁵ W.L. URY, *Conflict Resolution among the Bushmen: Lessons in Dispute Systems Design*, in *Negotiation Journal*, 1995, XI, 4, pp. 379-389.

¹⁶ Co-autore insieme a R. Fisher del *best seller Getting to Yes* (Boston, 1981) e co-fondatore del *Harvard Program on Negotiation* (PON).

¹⁷ J.T. BARRET, J.P. BARRET, *A History*, cit., pp. 3-4.

testo dell'Edda¹⁸, che ci dà una testimonianza viva e reale della mentalità e della società norrena dell'alto medioevo. Parlando dei popoli vichinghi, sicuramente la prima cosa a venire alla mente non è l'immagine di uno stile di vita pacifico e di una gestione delle controversie alternativa alla “spada ed alla scure”; stupisce tuttavia rilevare come, nell'ambito religioso, venga prevista una via pacifica di risoluzione delle liti contrapposta a quella bellica.

A favore di tale ricostruzione va lo stesso pantheon norreno, il quale prevedeva una divinità singolare, l'Ase¹⁹ Forseti che viene definito come particolarmente saggio ed accorto, perciò protettore della giustizia, della pace e della riconciliazione. La sua capacità era quella di fare da mediatore tra i due litiganti e portare alla soluzione le controversie: «tutti quelli che vanno da lui con delle dispute, tutti se ne tornano riconciliati»²⁰. Queste capacità sono contrapposte a Týr²¹, divinità della guerra e della giustizia, che è escluso proprio dall'Edda nella sua natura di riconciliatore. Sono le due facce metaforiche della giustizia, una a natura conciliativa che cerca la composizione della controversia e la costruzione di una soluzione pacifica derivante dal dialogo, l'altra che la trova con la spada, intesa senza metafora nell'Europa barbarica dove era ordinario il ricorso all'istituto della faida ed al duello (lo *Holmgang* dell'esperienza nord-europea).

Rispetto all'arbitrato, sia nella sua matrice commerciale che internazionale (ma in ogni caso nella sua portata di ADR) questo è invece un fenomeno che in

¹⁸ Come riferimento: S. STURLUSON, *Edda*, trad. it. di G. Chiesa Isnardi, Milano, 2016. L'Edda non è un testo unico; ne conosciamo infatti due versioni: la cosiddetta “Edda poetica” e l’ “Edda in prosa”. La prima presenta autori ignoti e piuttosto si fa risalire alla tradizione orale della Scandinavia medievale; questa ci è giunta grazie al “Codex Regius GKS 2365 4” (Stofnun Árna Magnússonar [Reykjavík]: Codex Regius GKS 2365 4), scoperto da Brynjólfur Sveinsson, vescovo nella diocesi di *Skálholt*, in Islanda nel 1643. La versione in prosa, invece, è opera dell'islandese Snorri Sturluson, composta intorno al 1220. Il principale manoscritto della *Prose Edda* è il “Codex Regius GKS 2367 4” (Stofnun Árna Magnússonar [Reykjavík]: Codex Regius [o Konungsbók Snorra-Eddu] GKS 2367 4). Al riguardo, cfr. *Ljóða Edda, Edda poetica*, 2004, reperibile su <http://www.bifrost.it/GERMANI/Fonti/EddaPoetica.html>, consultato il 07.06.2022; S. STURLUSON, *Prose Edda, Edda in prosa*, reperibile su <http://www.bifrost.it/GERMANI/Fonti/EddaSnorri.html#Redazioni>, consultato il 07.06.2022.

¹⁹ Ase è il maschile singolare di Asi (Æsir in norreno) il nome per le divinità della religione vichinga.

²⁰ STURLUSON, *Edda*, cit., p. 34.

²¹ Ivi, p. 32.

epoca medievale ricopre un ruolo fondamentale in differenti realtà. Nonostante questo, in un momento storico di grande complessità e frammentarietà è difficile, come ci viene spiegato anche dal celebre giurista americano Gary Born²², individuare i punti di confine tra arbitro, giudice, mediatore o *amiable compositeur*.

In particolare viene precisato che

«by a quite universal practice it would appear that before proceeding to adjudge, the arbitrator acted in the capacity of what subsequently became known as ‘amiable compositeur’ – in other words he sought to find a basis for the composition of difficulties before considering them from the standpoint of law»²³.

Queste differenze si mostrano anche nella controversa natura dell'arbitrato tra Spagna e Portogallo gestito da Papa Alessandro VI per la divisione delle scoperte nel continente americano, rispetto al quale lo stesso Born lamenta la difficoltà a distinguere nettamente tra arbitrato, mediazione o negoziazione.

Ma anche senza scomodare i grandi eventi della storia, vediamo come una testimonianza rilevante ci venga dal fiorentino Dino Compagni, politico e mercante coevo di Dante. Questi, nella sua *Cronica delle cose occorrenti ne' tempi suoi*, ci racconta di un particolare arbitrato finalizzato al ritorno dei Ghibellini nella città di Firenze, gestito dal cardinale “Frate Latino” inviato direttamente dal Papa. Qui si fa espressa menzione di un compromesso arbitrale con il quale investono della giurisdizione il legato papale al fine di decidere la controversia:

«il quale giunto, domandò sindachi di ciascuna parte, e che in lui la compromettessono; e così feciono. E per vigore del compromesso sentenziò, che i Ghibellini tornassono in Firenze con molti patti e modo»²⁴.

Da questo compromesso ci viene inoltre testimoniato come trovarono origine diverse Leggi Municipali dell'allora Comune di Firenze.

²² G.B. BORN, *International Commercial Arbitration*, in *Kluwer Law International*, 2021, pp. 11-12.

²³ J. RALSTON, *International Arbitration from Athens to Locarno*, Stanford, 1929, p.179.

²⁴ D. COMPAGNI, *Cronica delle cose occorrenti ne' tempi suoi*, a cura di G. Luzzatto, Torino, 1968, Libro I, pp. 4-5.

Questa testimonianza ci mostra un ulteriore aspetto interessante rispetto a quei due poli che caratterizzano il medioevo: il potere spirituale e il potere temporale. Il fatto che il Pontefice venga chiamato in causa per risolvere la controversia è un segno interessante del ruolo che il potere religioso, e in particolare quello papale, aveva come governatore delle liti tra gli uomini, questo perché in diretta derivazione da Cristo mediatore fra Dio e gli Uomini. In un interessante articolo²⁵, Luisa Bussi ci spiega la ragione di questa funzione, la quale trova le sue fondamenta già nelle lettere di San Paolo²⁶ e nel pensiero di Sant'Agostino²⁷, e troverà due espressioni ufficiali nel Concilio di Parigi del 825 ed in quello di Reims del 1119.

Chiaramente, questo non va ad escludere la presenza di mediazioni sul piano del potere laico: nello stesso articolo appena citato²⁸ si spiega come queste fossero ampiamente presenti sia nell'alto e ancor più nel basso medioevo; in particolare queste erano usate già da prima che venisse effettivamente elaborata la definizione del termine stesso.

3. *La fucina del giurista forgia nuovi strumenti per governare la complessità.* – E il governo dell'attuale complessità? Riprendendo l'inciso secondo cui «il diritto è una mentalità»²⁹ dobbiamo tornare all'analisi dei costumi e dei valori della “civiltà” dei mercanti, per capire come lavorasse la fucina giuridica medievale. In questa realtà magmatica, si ritrovano importanti suggestioni che guardano al nostro presente e bisogna riconoscere come tanto sia stato costruito proprio dalla classe mercantile, quella che per voglia di riscatto e sano opportunismo iniziava a costruire il suo spazio e a realizzare un terzo potere, quello economico, in una società dominata da aristocratici ed ecclesiastici. Governare il conflitto è

²⁵ L. BUSSI, *Mediazione e Arbitrati fra Medioevo ed età moderna*, in *Diritto e Storia*, 2005, 4, parte II, *passim*.

²⁶ SAN PAOLO, Ebrei 9, 15.

²⁷ A. D'IPPONA, *Enarrationes in Psalmos*, vol. 37, c. 1383: «*Quid est arbiter? Medius ad componendam causam. Nonne inimici eramus Dei, et malam causam habebamus adversus Deum? Quis finiret causam istam malam, nisi ille medius arbiter, qui nisi veniret, misericordiae perierat iter? De quo Apostolus dicit, Unus enim Deus et mediator Dei et hominum, homo Christus Jesus*».

²⁸ BUSSI, *Mediazione e Arbitrati*, cit., parte II, p. 5.

²⁹ GROSSI, *L'Europa del Diritto*, cit., pp. 6-7.

una necessità vitale per il nuovo ceto, cui è indispensabile dar corso battendo le vie della pace e non sguainando la spada.

Come spiegato da Francesco Galgano, è necessario che si sviluppi un diritto capace di governare le necessità economiche e per farlo deve assurgere alle due essenziali caratteristiche di «specialità» ed «universalità»³⁰, realizzando l'attitudine originaria di questo diritto: quella di essere funzionale ai bisogni economici in vista di una sua «applicabilità universale»³¹. Tali elementi trovano la loro ragione d'essere proprio nelle caratteristiche sociali della classe mercantile del basso medioevo, che superava la chiusura sociale ed economica caratteristica del precedente regime feudale. Per fare questo era allora necessario ragionare ad ampio raggio, partendo dalle città che si andavano ripopolando proprio sulle vie commerciali delle vecchie strade romane, fino a giungere nei centri più lontani e remoti d'Europa. In una proiezione così ampia, le prassi e gli usi del commercio generano la *Lex Mercatoria*, fatta di «regole oggettive del commercio internazionale»³² che trovano la loro ragione in una regolamentazione di tali rapporti su scala internazionale ma su genesi spontanea.

In questo contesto, protagonista indiscusso è il contratto, strumento economico perfetto per rispondere alle necessità di «accumulazione capitalistica»³³ ed al contempo mezzo di regolazione degli interessi e dei rapporti, interni ed esterni alla classe mercantile. Lo *ius mercatorum* sviluppa il principio della libertà di forme nella conclusione del contratto, superando le forme caratteristiche del diritto romano, non più necessarie al fondamentale obiettivo della comunità dei mercanti: dare ragione ai propri obiettivi economici, tutelandoli e realizzandoli.

In conclusione, dobbiamo imparare molto da questa magnifica officina giuridica medievale, trovando da questi esempi passati ispirazione per i nuovi strumenti di governo della complessità attuale, in particolare sul piano

³⁰ GALGANO, *Lex Mercatoria*, cit., pp. 22-24.

³¹ Elementi che, come lo stesso Galgano spiega, derivano dalle elaborazioni del giurista Tedesco L. Goldschmidt.

³² M.J. BONNEL, *Le regole oggettive del commercio internazionale*, Milano, 1976, pp. 153 segg., ricordato da GALGANO, *Lex Mercatoria*, cit., p. 24.

³³ GALGANO, *Lex Mercatoria*, cit., pp. 42-43.

economico ed imprenditoriale. Vi è la necessità di acquisire consapevolezza del conflitto e del ruolo di questo nella comunità economica, non vedendovi un elemento distruttivo della relazione, quanto piuttosto un'opportunità di rigenerazione dei rapporti tra le parti. Come è stato autorevolmente detto: «chi meglio delle parti stesse è infatti in grado di valutare le reali potenzialità di un rapporto»³⁴? Per trovare la risposta è necessario sviluppare una mentalità di governo del conflitto, che sappia gestire le difficoltà psicologiche degli esseri umani dinnanzi a questo e alle responsabilità che ne derivano, rinnovando la centralità di concetti come responsabilità e competenza³⁵.

In nostro soccorso viene allora la storia, nella sua definizione di *magistra vitae*³⁶. Non perché la storia si ripeta, ma per metterci in contatto con mentalità ed esperienze, magari molto lontane dalla nostra, ma consapevoli della complessità delle relazioni umane e della necessità di governare i conflitti anche attraverso regole e procedure nuove.

³⁴ P. LUCARELLI, L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata crisi di cooperazione e governo del cambiamento*, Milanofiori Assago, 2016, p. 162.

³⁵ LUCARELLI, RISTORI, *I contratti*, cit., p. 158.

³⁶ CICERONE, *De Oratore*, II, 9, 36.

UNA RIFLESSIONE SUL DIRITTO ALL'ABORTO A PARTIRE DAL FILM «L'ÉVÉNEMENT»

NATALIA CECCONI*

«Un giorno mi piacerebbe avere un figlio, ma non a costo della mia vita. Oderei questo bambino adesso».

L'Événement

Francia, 1963. Anne, giovane studentessa universitaria, scopre di essere incinta. Inizia così la sua odissea per tentare di interrompere la gravidanza, in un paese che persegue penalmente l'aborto. Questo il soggetto della pellicola francese "L'Événement" (2021), diretta da Audrey Diwan, che ripercorre tutto il tormentato processo, scandito dalle settimane che passano: dalle vane richieste di aiuto presso medici che, fermamente contrari alla pratica, prescrivono ad Anne medicine in grado di rafforzare il feto mascherandole per iniezioni abortive, al disperato e inefficace tentativo della protagonista di procurarsi un aborto da sé con ferri e acqua calda.

Anne è sola in questo calvario. A prevalere sono la stigmatizzazione, il giudizio e il rifiuto da parte delle poche persone a cui confessa, nell'incerta speranza di trovare aiuto, la propria situazione. Eppure, nel corso della pellicola, il sostegno comincia ad arrivare anche da quanti, inizialmente, glielo avevano negato: al limite della dodicesima settimana di gravidanza, quando la situazione sembra ormai spacciata, riesce ad ottenere da un amico il contatto di una donna che effettua clandestinamente l'aborto. Decisa, Anne vende i suoi libri per

*Dottoressa in Giurisprudenza, laureata presso l'Università degli Studi di Firenze.

potersi pagare una procedura che, praticata in tali condizioni, potrebbe mettere a rischio la sua stessa vita.

La nota più potente del film, il cui titolo è significativamente tradotto “La scelta di Anne”, è senza dubbio il profondo e disperato senso di solitudine che avvolge la protagonista, accompagnandola non solo nelle scene in cui è fisicamente sola, ma anche e soprattutto quando è circondata da persone. La macchina da presa si fa testimone di questo stato d’animo, seguendo e quasi perseguitando ogni passo di Anne, e concorrendo a trasmetterne il senso di asfissia. E così, chi guarda non può che provare empatia per la protagonista, partecipando alla sua sensazione di preoccupazione, angoscia e a tratti di soffocamento. Empatia amplificata dall’utilizzo della semi-soggettiva¹ e dall’espressività dei penetranti occhi verdi dell’attrice (Anamaria Vartolomei), spesso persi nel vuoto.

A fare da *Leitmotiv* per tutto il film c’è il rischio di un futuro che sembra in procinto di sgretolarsi davanti agli occhi della protagonista. Tra le aspettative dei genitori, ciechi di fronte al suo malessere, e gli incoraggiamenti di un professore che, notato un arresto nel suo rendimento, la sprona in vista degli esami, Anne è in realtà la prima a non voler rinunciare alla possibilità di costruirsi, libera, una vita. «Un giorno mi piacerebbe avere un figlio, ma non a costo della mia vita. Odierei questo bambino adesso», dice al medico che la invita ad arrendersi alla situazione in cui si trova.

Ambientato nella Francia di sessant’anni fa, *L’Événement* è un film quanto mai attuale. A ricordarcelo è la recente sentenza della Corte Suprema statunitense, e il dibattito che essa ha riaperto a livello globale sul tema dell’aborto. Come è noto, infatti, il 24 giugno scorso, con la sentenza *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*², la Corte ha ribaltato la storica *Roe v.*

¹ Si tratta di una tecnica cinematografica per cui la macchina da presa riprende sia il personaggio, di spalle, sia ciò che questo vede.

² Il testo completo della sentenza è reperibile su https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf, consultato il 25.08.2022.

Wade³, ponendo fine al diritto costituzionale all'aborto a livello federale che questa aveva sancito, e rimettendo la questione ai *lawmakers* dei singoli Stati.

La sentenza *Roe v. Wade*⁴, nel 1973, aveva annoverato l'interruzione di gravidanza fra quelle libertà che, non incluse in Costituzione per ovvie ragioni cronologiche, dovevano tuttavia potersi ricavare a livello interpretativo, riconoscendola come diritto costituzionalmente garantito. Il diritto di interrompere la gravidanza era stato qui letto come declinazione del *right to privacy*, a sua volta non espresso nel testo costituzionale ma riconducibile, in particolare, al principio di libertà personale contenuto nella clausola del *Due Process* del XIV emendamento⁵. In altre parole, quella di interrompere la gravidanza veniva identificata, per un 'periodo protetto' di tre mesi, come una scelta personale nella quale lo Stato non può permettersi ingerenze⁶. Trascurando ogni pretesa di risolvere questioni come quella del momento in cui «inizia la vita», la Corte enfatizzava qui la necessità di prendere in considerazione la pluralità degli interessi coinvolti:

«Specific and direct harm medically diagnosable even in early pregnancy may be involved. Maternity, or additional offspring, may force upon the woman a distressful life and future. Psychological harm may be imminent. Mental and physical health may be taxed by child care. There is also the distress, for all concerned, associated with the unwanted child, and there is the problem of bringing a child into a family already unable, psychologically and otherwise, to care for it. In other cases, as in this one, the additional difficulties and continuing stigma of unwed motherhood may be involved»⁷.

³ Il testo completo della sentenza è reperibile su <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep410/usrep410113/usrep410113.pdf>, consultato il 25.08.2022.

⁴ Questa posizione è successivamente confermata dalla sentenza *Planned Parenthood v. Casey* del 1992.

⁵ Così la *Roe v. Wade*: «*This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is [...], is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy*».

⁶ Il diritto all'interruzione di gravidanza, si noti, non viene qui riconosciuto come assoluto e totalmente liberalizzato: una regolazione è comunque necessaria per garantire «il rispetto degli *standard* medici, tutelare la salute materna e proteggere la vita potenziale»: in questo senso, il potere degli Stati di vietare l'aborto è ripristinato a partire dalla fase di «*viability*», ossia quando il feto è arrivato ad uno stadio di sviluppo tale da poter sopravvivere fuori dall'utero.

⁷ *Roe v. Wade*, punto VIII.

L'ultima giurisprudenza della Corte ha ribaltato tutto questo. La *Roe* viene qui definita come «*egregiously wrong from the start*», essendo, ad avviso della Corte, basata su argomenti deboli e gravida di conseguenze nocive. La *Supreme Court* federale ha insistito, in particolare, sull'assenza di ogni riferimento costituzionale atto a fondare, anche implicitamente, il diritto all'aborto: questo non è espressamente menzionato nella Costituzione del 1787 – e come avrebbe potuto essere altrimenti? –, né in nessuno degli emendamenti; per poi concludere che la materia deve essere regolata dai rappresentanti eletti dei singoli Stati⁸.

L'*overruling* della *Roe v. Wade*, che si respirava nell'aria da qualche tempo, ha provocato reazioni immediate, tanto presso l'opinione pubblica, quanto negli ordinamenti degli stessi Stati.

Poche ore dopo la sentenza, manifestanti *pro-life* e *pro-choice* sono scesi nelle strade americane per darsi, rispettivamente, a celebrazioni e a dure proteste, rivendicando i secondi un diritto all'autodeterminazione che da cinquant'anni si dava per acquisito.

Anche la macchina legislativa dei singoli Stati americani, sollecitata dalla sentenza stessa, si è subito attivata. Il quadro normativo è composito e complesso, variando notevolmente da Stato a Stato⁹. Basti ricordare, al di là delle specificità delle relative legislazioni, che alcuni Stati si sono muniti di c.d. *trigger bans*¹⁰: si tratta di leggi che vietano l'aborto o lo restringono severamente, destinate ad entrare in vigore in corrispondenza dell'*overruling* della *Roe v.*

⁸ «*We therefore hold that the Constitution does not confer a right to abortion. Roe and Casey must be overruled, and the authority to regulate abortion must be returned to the people and their elected representatives*» (*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, punto IV).

⁹ Gli ordinamenti degli Stati americani sono caratterizzati da una notevole complessità che vede un sovrapporsi di più fonti: leggi, Costituzioni, e pronunce delle Corti supreme dei singoli Stati federati. Informazioni dettagliate sono reperibili sulla pagina quotidianamente aggiornata del *New York Times*: <https://www.nytimes.com/interactive/2022/us/abortion-laws-roe-v-wade.html>, consultato il 21.07.2022.

¹⁰ I. GUARNIERI, E. NASH, *13 States Have Abortion Trigger Bans—Here's What Happens When Roe Is Overturned*, reperibile al link <https://www.guttmacher.org/article/2022/06/13-states-have-abortion-trigger-bans-heres-what-happens-when-roe-overturned> Institute, consultato il 06.06 2022.

Wade, che si è oggi avverato. Altri Stati, dotati di leggi anti-aborto anteriori alla decisione del 1973 (c.d. *pre-Roe bans*), si stanno già muovendo per ripristinare il divieto¹¹. In altri ancora, invece, l'aborto rimane per ora legale, non essendo stata adottata nessuna misura né nel senso di una sua restrizione o abolizione, né in quello di una sua garanzia. Vi sono, infine, Stati che vantano una legislazione che tutela i diritti riproduttivi in misura piuttosto estesa¹².

La situazione, negli Stati Uniti, è ancora *in fieri*. Certo è che la *Dobbs* sta avendo, ed è destinata ad avere, un impatto drammatico sul futuro di milioni di donne¹³, che vedono ora il proprio diritto ad abortire appeso al filo della politica, in un precario equilibrio sostanzialmente dipendente dal colore del Governo del singolo Stato¹⁴.

Questo dirompente cambio di rotta non ha lasciato indifferente nemmeno l'Europa, nella quale la risposta da parte delle istituzioni è andata in direzione diametralmente opposta. Il Parlamento europeo, a distanza di pochi giorni dalla decisione statunitense, si è infatti mosso per affermare la sua posizione contraria alla piega presa dalla Corte statunitense. Con una Risoluzione adottata il 7 luglio 2022¹⁵, il Parlamento, dopo aver definito il ritardo e la negazione dell'accesso alla salute sessuale e riproduttiva come una «forma di violenza nei confronti delle donne e delle ragazze», propone di introdurre il «diritto all'aborto sicuro e legale» nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tramite l'inserimento di un nuovo articolo (7-*bis*). In attesa che il Consiglio sia riunito per l'auspicabile modifica della Carta di Nizza – che richiede l'unanimità di tutti gli Stati membri, esito non scontato –, va rilevato che si tratta di una presa di posizione chiara da

¹¹ *Abortion Policy in the Absence of Roe*, accessibile su <https://www.guttmacher.org/state-policy/explore/abortion-policy-absence-roe>, consultato il 24.08.2022.

¹² *After Roe Fell, Abortion Laws by State*, disponibile su <https://reproductiverights.org/maps/abortion-laws-by-state/>, consultato il 24.08.2022.

¹³ Nonostante ci si riferirà qui, per semplificare, a donne e ragazze, si sottolinea che il diritto all'aborto riguarda anche coloro che non si identificano nel genere femminile.

¹⁴ D. COLE, T. SNEED, *Where abortion 'trigger laws' and other restrictions stand after the Supreme Court overturned Roe v. Wade*, reperibile al link <https://edition.cnn.com/2022/06/27/politics/states-abortion-trigger-laws-roe-v-wade-supreme-court/index.html> v. Wade - CNNPolitics, consultato il 05.07.2022.

¹⁵ 2022/2742(RSP).

parte dell'Europa, da accogliere senz'altro con favore¹⁶. Soprattutto ove si considerino le gravi e inaccettabili limitazioni oggi esistenti in alcuni Stati europei: in questo senso, spiccano Malta, che pone il divieto assoluto di abortire, anche in caso di violenza sessuale e incesto, e la Polonia, dove si sta assistendo ad una progressiva limitazione dell'accesso a tale diritto¹⁷.

Nel nostro ordinamento, la materia è disciplinata dalla legge n. 194 del 1978 (“Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza”), con la quale fu legalizzata l'interruzione volontaria di gravidanza (IVG). Prima di questo momento, l'aborto costituiva reato punito con la reclusione da 2 a 5 anni¹⁸. È stato solo grazie a movimenti sociali e politici¹⁹ che hanno riconosciuto e denunciato l'incancellabile realtà degli aborti clandestini, praticati da moltissime donne in condizioni di precaria sicurezza e spesso forieri di complicazioni e seri rischi, in certi casi fatali, per la salute della donna²⁰, che sono state poste le basi per la legge sull'aborto tutt'oggi in vigore.

Per rievocarne brevemente i contenuti, la legge 194/1978 prevede che, entro i primi novanta giorni dal concepimento (primo trimestre), e in caso di pericolo per la sua salute fisica o psichica, la donna può recarsi presso una struttura

¹⁶ Anche se desta qualche perplessità che si sia ritenuto opportuno intervenire solo di fronte ad un evento tanto eclatante come l'*overruling* della *Roe v. Wade*.

¹⁷ È del 22 ottobre 2020 la sentenza con la quale la Corte costituzionale polacca ha dichiarato incostituzionale la norma che consente l'interruzione volontaria di gravidanza nel caso in cui dagli esami prenatali emerga l'elevata probabilità di una malattia incurabile o di una menomazione del feto, lasciando ammissibile la pratica solo in caso di stupro o incesto o di pericolo di vita per la madre.

¹⁸ Così recitava l'art. 546 del Codice Penale, intitolato “Aborto di donna consensuente”, e rubricato come “Delitto contro l'integrità della stirpe”, prima di essere abrogato dalla Legge 194 del 1978: «Chiunque cagiona l'aborto di una donna, col consenso di lei, è punito con la reclusione da due a cinque anni. La stessa pena si applica alla donna che ha consentito all'aborto». Con sentenza n. 27 del 1975, tuttavia, la Corte costituzionale anticipò il legislatore dichiarando la parziale illegittimità costituzionale della disposizione «nella parte in cui non prevede che la gravidanza possa venir interrotta quando l'ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato nei sensi di cui in motivazione e non altrimenti evitabile, per la salute della madre».

¹⁹ Tra questi, si distinse il Partito Radicale.

²⁰ Sul punto, cfr. L. PERINI, *Quando la legge non c'era. Storie di donne e aborti clandestini prima della legge 194*, in *Storicamente*, VI, 2006.

pubblica (o convenzionata) per ottenere l'interruzione volontaria di gravidanza²¹. Entro tali limiti temporali, insomma, la scelta finale è rimessa alla gestante, comunque obbligatoriamente assistita dal consultorio²². Superato questo termine, invece, solo la presenza di «un grave pericolo per la vita della donna» o di «processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna» ammette di praticare l'aborto²³: qui, la valutazione è nelle mani del medico che effettua la diagnosi²⁴.

A fronte dell'impatto che essa ha avuto al momento della sua emanazione, tuttavia, la “Legge 194” si rivela gravemente insoddisfacente in punto di attuazione.

Fra gli ostacoli connessi alla concreta possibilità di praticare l'IVG, va menzionato innanzitutto quello della estesa diffusione dell'obiezione di coscienza. La legge consente infatti al personale sanitario ed esercente attività ausiliarie di sollevare obiezione di coscienza e astenersi dallo svolgimento delle procedure di IVG (art. 9). Se non che, in Italia, secondo i dati forniti dall'ultima Relazione del Ministero della Salute sull'attuazione della legge 194/1978, in media il 64% dei ginecologi sono obiettori di coscienza²⁵. Questo dato, che varia notevolmente in base alla zona, può arrivare al 100% di medici obiettori in una

²¹ In particolare, la legge parla di «circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito» (art. 4).

²² M. D'AMICO, *Una parità ambigua, Costituzione e diritti delle donne*, Milano, 2020, pagg. 146-147.

²³ Art. 6.

²⁴ D'AMICO, *Una parità ambigua*, cit., pagg. 146-147.

²⁵ La relazione del Ministero è reperibile su https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_3236_allegato.pdf, consultato il 25.08.2022. Secondo l'inchiesta “Mai Dati”, la percentuale è in realtà molto più elevata di quella fornita dal Ministero, essendo 31 (24 ospedali e 7 consultori) le strutture sanitarie in Italia con il 100% di obiettori di coscienza. L'inchiesta è accessibile su <https://www.associazionelucacoscioni.it/cosa-facciamo/aborto-e-contraccezione/legge-194-mai-dati>, consultato il 25.08.2022.

medesima struttura sanitaria, che quindi nega il servizio dando luogo alla c.d. “obiezione di struttura”²⁶, non ammessa dalla legge²⁷.

Tale sistematica inattuazione del diritto di accesso all’aborto, costringendo la gestante a cercare strutture con medici non obiettori, perfino in altre città o Regioni – e tardando peraltro così le tempistiche –, ne compromette il diritto garantito dalla legge e produce irragionevoli forme di discriminazione di tipo territoriale ed economico che sono state condannate a livello sovranazionale dal Comitato europeo dei diritti sociali²⁸. Inoltre, e anche questo aspetto è stato segnalato dal medesimo Comitato²⁹, la portata dell’obiezione di coscienza in Italia finisce per pregiudicare anche il diritto al lavoro del personale sanitario non obiettore, dato che nelle strutture in cui l’IVG viene praticata il numero di medici non obiettori è talmente ridotto che spesso questi si trovano a effettuare esclusivamente aborti, con ricadute professionali anche in termini di avanzamento di carriera³⁰.

Ecco che la “Legge 194”, a più di quarant’anni dalla sua entrata in vigore, continua a manifestare gravi carenze attuative³¹, che risentono della difficoltà a bilanciare i diversi interessi in gioco. In questo senso, se è chiaro che il diritto all’obiezione di coscienza va riconosciuto e tutelato – sempre che la scelta del medico sia effettivamente rispondente a coscienza, e che non si tratti di una «scelta di comodo»³² –, è altrettanto innegabile che l’esistente asimmetria fra medici obiettori e non obiettori orienta l’attuazione della legge tutta a danno dei

²⁶ D. RICCIO, *L’Italia ha un problema di obiettori di coscienza tra i ginecologi*, reperibile al link <https://www.ilpost.it/2021/03/29/aborto-obiezione-coscienza-italia/ogi> - Il Post, 29.03.2021.

²⁷ L’art. 9 richiede infatti che gli enti ospedalieri garantiscano in ogni caso l’espletamento dell’interruzione di gravidanza.

²⁸ Decisione di merito sul reclamo collettivo n. 87/2012, *IPPF EN c. Italia*.

²⁹ Decisione di merito sul reclamo collettivo n. 91/2014, *CGIL c. Italia*.

³⁰ Sul punto cfr. l’Inchiesta “Obiezione vostro onore” (2015), accessibile su <https://www.youtube.com/watch?v=Jpcm-dlzbEE>, consultato il 25.08.2022.

³¹ Lo stesso Parlamento europeo, nella citata Risoluzione del 7 luglio 2022, ha messo in rilievo le «erosioni» che l’accesso all’aborto sta subendo in Italia (considerando G).

³² S. TALINI, *Interruzione volontaria di gravidanza, obiezione di coscienza e diritto di accesso alle prestazioni sanitarie nella complessa architettura costituzionale. profili critici e ipotesi di superamento*, in *Rivista AIC*, 2017, 2, p. 14.

principi di dignità, salute e autodeterminazione della donna, pregiudicandone *de facto* il diritto all'accesso all'interruzione di gravidanza³³.

Non solo. Nota come la legge che legalizzò l'aborto, la Legge 194 è in realtà intitolata anche alla “tutela sociale della maternità”: essa è volta, in ottica preventiva, a limitare il ricorso ad una procedura comunque dolorosa e traumatica per la donna stessa, specie nei casi in cui, lungi dal rappresentare una soluzione realmente libera e autodeterminata, la scelta di interrompere la gravidanza sia dettata dall'assenza dei mezzi economici necessari ad affrontare la maternità. In questo senso, va denunciata anche la latitanza delle istituzioni nel rendere effettiva la centralità del ruolo dei consultori nel supportare la donna a «rimuovere le cause che la porterebbero alla interruzione della gravidanza» (art. 5), nonché la diffusione di un'adeguata educazione sessuale (art. 15) e di una correlativa facilità di accesso alla contraccezione.

Nello scenario appena descritto, si collocano poi voci a sostegno di una revisione della legge 194/1978 con riferimento all'IVG, in ottica però di una sua restrizione. In questo senso, il cambio di rotta che si è realizzato negli USA attraverso la sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* deve suscitare una riflessione con riguardo anche al nostro ordinamento.

Senza dubbio, la difficoltà di bilanciamento dei valori coinvolti, a partire dalla fondamentale questione del rapporto fra diritto alla vita del concepito e diritto alla vita, alla salute e all'autodeterminazione della gestante, rende quello dell'accesso all'aborto un diritto *sui generis*, estremamente sensibile e complesso, non riducibile, peraltro, ad una contrapposizione tra approccio laico e religioso³⁴.

³³ Ivi, p. 6.

³⁴ Figure su altri fronti eterodosse e dissacranti, come quella di Pier Paolo Pasolini, hanno espresso dubbi sulla legittimità (e opportunità) della legalizzazione dell'aborto (P.P. PASOLINI, *Sono contro l'aborto*, in *Corriere della Sera*, 19.01.1975). Così come alcune voci dissonanti dello stesso femminismo, come quella di Carla Lonzi, hanno evidenziato il rischio che l'interruzione di gravidanza concorresse a perpetuare comportamenti sessuali “irresponsabili” da parte degli uomini riversando sulle spalle delle sole donne il peso di una decisione spesso sofferta (C. LONZI, *Sputiamo su Hegel*, Milano, 1974).

Allo stesso tempo, l'accesso all'interruzione di gravidanza in condizioni di sicurezza e legalità, che l'OMS ha correlato ad una serie di diritti umani³⁵ e che il Parlamento europeo definisce come diritto fondamentale, espressione di quello più ampio ad una sanità pubblica, accessibile a tutti (e tutte) in condizioni di eguaglianza, finisce oggi per diventare oggetto di programmi politici che lo strumentalizzano sulla pelle e sul corpo delle donne.

Occorre allora domandarsi se il ruolo del diritto in materia di aborto non sia proprio quello di garantire, anche in questo ambito e al di là delle contrapposte convinzioni di carattere bioetico, spesso strumentalizzate dalla politica, un *minimum* di tutela insuscettibile di essere scalfito dalle contingenti scelte di una o un'altra legislatura. Compito disatteso dall'ultima giurisprudenza statunitense, che anzi fa della contrapposizione fra Stati repubblicani e democratici un sicuro parametro di distinzione fra ordinamenti federati.

Ciò dovrebbe essere realizzato, in Italia, tramite la garanzia dell'accesso pubblico ad una serie di servizi che, lungi dal lasciare la donna «libera, ma sola, nella decisione di abortire»³⁶, la possano sostenere – ad esempio, fornendo sì una consulenza, ma scientifica, laica³⁷, nei limiti del possibile depurata da pregiudizi – e assicurarle l'accesso a tecniche abortive sicure. A questo proposito, va ricordato che le prestazioni sanitarie connesse all'interruzione volontaria di gravidanza rientrano fra i livelli essenziali di assistenza, che quindi il Servizio sanitario è tenuto a garantire sul territorio nazionale³⁸. A tal fine, per il caso dell'Italia, dovrebbe essere assicurata anzitutto l'effettività dell'espletamento del servizio di IVG, tramite l'inserimento nelle strutture ospedaliere di personale non obiettore³⁹.

³⁵ Fra questi, il diritto alla salute, alla non discriminazione ed eguaglianza, alla vita, alla *privacy*: World Health Organization, *Abortion care guideline*, 2022, accessibile su <https://apps.who.int/iris/handle/10665/349316>, consultato il 25.08.2022.

³⁶ D'AMICO, *Una parità ambigua*, cit., p. 143.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ TALINI, *Interruzione volontaria di gravidanza*, cit., p. 5.

³⁹ Vedi, ad esempio, il caso dei criticati concorsi pubblici volti all'assunzione di personale medico-sanitario non obiettore, trattato da TALINI, *Interruzione volontaria di gravidanza*, cit., p. 10, che parla in proposito di «bandi funzionali» a garantire l'espletamento di una prestazione sanitaria.

Fondamentale è anche un più esteso ricorso all'aborto farmacologico – che al 2020, in Italia, si attestava solo al 31%⁴⁰ –, meno invasivo fisicamente e psicologicamente rispetto a quello chirurgico⁴¹. In quest'ultimo senso, c'è anche da domandarsi se non sia necessaria un'evoluzione culturale che superi quella che non esito a definire una mentalità *punitiva* nei confronti della donna intenta ad abortire, che opera secondo un meccanismo di stigmatizzazione sociale fortemente radicata, e che si traduce poi in metodi di intervento «arretrati, ingiustificatamente invasivi e colpevolizzanti»⁴².

Ecco che si coglie come quella dell'aborto costituisca anche una rilevante questione di genere, e come i logoranti ostacoli e le sofferenze ad esso connessi rappresentino in qualche modo una 'pena' che le donne devono scontare: una sorta di contrappasso per la scelta di abortire⁴³. In questo senso è evidente che, da questione bioetica, quella dei diritti riproduttivi si espande trasversalmente a questione di genere⁴⁴ che colpisce più duramente le donne appartenenti alle classi meno privilegiate e in condizioni di povertà, e che va osservata, pertanto, con un approccio intersezionale.

Raccontando gli strazianti tentativi di aborto di una ragazza francese negli anni Sessanta, “L'Événement” restituisce uno spaccato impietoso di quella che,

⁴⁰ Il ricorso all'aborto farmacologico in Italia è notevolmente inferiore alla percentuale di altri Paesi europei: in Francia e Inghilterra i tassi di impiego di questo metodo superano il 70%, mentre nei Paesi del Nord Europa il 90%, secondo i dati dell'Istituto Superiore di Sanità, su <https://www.epicentro.iss.it/ivg/epidemiologia>, consultato il 25.08.2022.

⁴¹ Nella circolare di aggiornamento del 4 agosto 2020 (“Linee di indirizzo sulla interruzione volontaria di gravidanza con mifepristone e prostaglandine - aggiornamento 2020”), il Ministero della Salute ha autorizzato il ricorso alla IVG farmacologica fino a 9 settimane in regime di *day hospital* o presso strutture ambulatoriali pubbliche adeguatamente attrezzate, funzionalmente collegate all'ospedale e autorizzate dalle Regioni, nonché presso i consultori familiari. Le Regioni, tuttavia, hanno finora esitato a recepire tali linee guida.

⁴² M. DELLA GIUSTA, M.L. DI TOMMASO, C. MURATORI, *Aborto, un diritto negato*, reperibile al link <https://www.lavoce.info/archives/96608/aborto-un-diritto-negato>, 12.08.2022.

⁴³ Per un'associazione statistica fra la diffusione dell'aborto farmacologico e il livello di uguaglianza di genere, cfr. C. MIANI, *Medical abortion ratios and gender equality in Europe: an ecological correlation study*, in *Sexual and Reproductive Health Matters*, 2021, XXIX, 1.

⁴⁴ Ma non, si noti, un “affare di donne”, cfr. S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra eguale libertà e controllo sociale*, Padova, 2012.

ancora oggi, è la realtà per milioni di donne: una realtà ben lungi dall'essere superata.

LA TENTAZIONE DI STUDIARE LEGGE CON LA MODALITÀ AUTOMATICA

LAPO MONTELATICI*

Per buona parte della mia vita, mi sono ritrovato ad immaginare la comunità come un corpo necessariamente diviso: un'idea, questa, che ogni tanto continua a frullarmi per il capo, ma dalla quale non faccio più dipendere la mia visione degli altri. Se prima, infatti, ancoravo la mia distanza dalla comunità a una precisa impostazione *politica*, oggi cerco di ancorare la mia visione della *polis* all'idea che ho delle altre persone, che è radicalmente cambiata. Con i nuovi occhiali di cui mi sono dotato, infatti, non riesco più ad apprezzare l'idea che le persone possano essere entità tra loro slegate – e, quindi, in balia dei propri interessi – oppure membri di una comunità incapace di riconoscersi intorno a orientamenti largamente condivisi.

In altre parole, per buona parte della mia vita, ho lasciato che la mia *modalità automatica* prendesse il sopravvento, rinunciando a scegliere *cosa* e *come* pensare. E, come sottolineava molto bene David Foster Wallace¹, solo un utilizzo consapevole della cultura umanistica – in cui, certamente, si sostanzia la nostra facoltà – può aiutarci a rinunciare alla via più semplice, che è quella che ci fa percepire gli altri come ostacoli alla nostra realizzazione, alla nostra felicità o, banalmente, al soddisfacimento dei nostri bisogni più essenziali. Questa cultura umanistica – che è diventata solo questione di voti e di titoli – rappresenta la nostra unica ancora di salvezza, la nostra unica possibilità di sfuggire alla

¹ D. FOSTER WALLACE, *Questa è l'acqua*, Torino, 2009, pp. 140-152.

*Studente di Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Firenze.

banalità che, ogni giorno, professano i cattivi maestri della politica, della rete e della televisione; in parole povere, l'unico modo per concepire un'etica, che, per definizione, presuppone la percezione degli altri – a differenza della morale, che si nutre soltanto del nostro più intimo desiderio di non risultare a noi stessi degli impostori.

E arrivo al punto: una comunità è inimmaginabile fintanto che preferiremo la *modalità automatica* al vivere-con-gli-altri, così come è inimmaginabile fintanto che vedremo nella nostra cultura umanistica uno strumento per liberarci dagli altri e dalle loro insidie: il famoso *cliché* del conoscere la legge per non essere ingannati. Fintanto che percepiremo gli altri come ostacoli, infatti, non potremo concepire alcuna *comunità*, ma soltanto una *società* in cui il rispetto delle regole sarà dettato dalla sola idea di dare seguito alle disposizioni di un *codice* fintanto che ciò convenga o, peggio, fintanto che risulti sconveniente violarle in modo palese.



Table of contents

Paolo Grossi Il mondo delle terre collettive. Notazioni storico giuridiche	10
Francesco Palazzo Delitto, pena e comunità	13
Chiara Favilli Una nuova politica d'immigrazione per rafforzare il processo d'integrazione europea	42
Stefano Dorigo Il dovere fiscale tra crisi economica ed emergenza pandemica: c'è spazio per la solidarietà?	60
Lucilla Galanti Processo e patrimoni	86
Eleonora Santoro Il reinserimento sociale: antidoto per una comunità escludente	105
Matteo Romagnoli La Corte costituzionale difende l'idea di Unione Europea come «comunità di diritto»	123
Alessandro Zecchi I limiti alla fruizione individuale dei beni culturali: una testimonianza di civiltà nella democrazia della cultura	145
Hellen Stravino Nuove forme giuridiche del vivere collettivo: la fondazione di partecipazione nell'ambito del terzo settore	160
Francesco Maria Simoncini Incertezze giurisprudenziali sul momento di produzione degli effetti della sentenza civile	173
Federico Fidanza Sul concetto di Intelligenza Artificiale	186
Lorenzo Tomassini Itinerari di governo del conflitto: la comunità dei mercanti e la ricerca di risposte alla complessità (passato e presente)	199
Natalia Cecconi Una riflessione sul diritto all'aborto a partire dal film «L'Événement»	210
Lapo Montelatici La tentazione di studiare legge con la modalità automatica	222