



Giustizia

Rivista semestrale di riferimento della Scuola Forense V. E. Orlando

01
2024



Hanno contribuito:

C. ALVISI L. FERLUGA

A. AVERARDI N. GIMELLI

M. COCUCCIO M.A. PILATO

L. DI COLA D. TARQUINI

D. FARACE G. TOSCANO

Direttore Responsabile: **Riccardo Bolognesi**

Direttore Scientifico: **Giorgetta Basilico**



**OPEN
ACCESS**

ISSN: **2784-9422**

Gli Organigrammi aggiornati della rivista possono essere consultati direttamente sul sito internet insieme al Codice Etico e alle modalità per sottoporre alla redazione un proprio contributo.

Copyright 2024

Giustizia - Rivista giuridica on line open access dell'Associazione APL

Periodicità: semestrale

e-ISSN 2784-9422

Registrazione del Tribunale di Roma al numero 75/2020 del Registro Stampa del 29 luglio 2020

Indirizzo Internet <https://rivistagiustizia.it>

Direttore responsabile: Riccardo Bognesi

Direttore scientifico: Giorgetta Basilico

Direzione e Redazione

Via Cola di Rienzo, 28 - 00192 Roma

email: redazione@rivistagiustizia.it - Tel. 06 3260 9166

Editing e Diffusione:

EDIZIONI DISCENDO AGITUR®

Bibliografica Giuridica Ciampi

00195 ROMA - Via Sabotino, 2/a - WA 329.4390358

web: <https://ciampi.com>

INDICE

ARTICOLI E SAGGI

ANDREA AVERARDI <i>La Cassa depositi e prestiti tra transizioni economico-sociali e invarianze istituzionali</i>	3
MARIAFRANCESCA COCUCCIO <i>Matrimonio, unione civile e rettificazione di sesso: tra regole giuridiche e tutela dei diritti della persona</i>	31
LIVIA DI COLA <i>Il procedimento per le controversie in materia di licenziamento</i>	55
DARIO FARACE <i>Informazione e consenso alle attività di ricerca nel nuovo art. 9 cod. deont. psic.</i>	73
LOREDANA FERLUGA <i>Disabilità tra obblighi di assunzione e inclusione lavorativa</i>	92
NADIA GIMELLI <i>Il riconoscimento dei figli nati da maternità surrogata tra prospettiva europea e diritto italiano</i>	104
MARIA ALORIS PILATO <i>La riforma Cartabia: l'efficacia e l'efficienza della risposta di giustizia consensuale</i>	120
DINO TARQUINI <i>Autorizzazione paesaggistica e silenzio assenso fra pubbliche amministrazioni: questioni problematiche al crocevia di valori costituzionali</i>	140

NOTE A SENTENZA

Cass. pen., Sez. un., 18 gennaio 2024, n. 16153 con nota di GIUSEPPE TOSCANO <i>Manifestazioni fasciste e contesti pericolosi: i limiti alla rilevanza penale del "saluto romano" dopo l'intervento delle Sezioni unite</i>	167
--	-----

RECENSIONI

CHIARA ALVISI, <i>Recensione a L. Delli Priscoli (a cura di), La Costituzione vivente</i> , Giuffrè, 2023	207
---	-----

ARTICOLI E SAGGI

ANDREA AVERARDI

(Professore associato di Diritto amministrativo presso la Scuola IMT Alti Studi di Lucca)

LA CASSA DEPOSITI E PRESTITI TRA TRANSIZIONI ECONOMICO-SOCIALI E INVARIANZE ISTITUZIONALI*

Sommario: 1. Premessa: la Cassa depositi e prestiti nel quadro dell'intervento pubblico in economia 2. L'operatività della Cassa depositi e prestiti e il peso delle congiunture economiche 3. Interessi pubblici e scelte d'impresa: il problema della *governance* della Cassa depositi e prestiti 4. La Cassa depositi e prestiti tra finanziarizzazione del capitalismo, ritorno della questione industriale e obiettivi sociali 5. La Cassa depositi e prestiti e l'azionariato di Stato dentro e oltre il Piano nazionale di ripresa e resilienza

1. PREMESSA: LA CASSA DEPOSITI E PRESTITI NEL QUADRO DELL'INTERVENTO PUBBLICO IN ECONOMIA

Nella stagione più recente, segnata dalla diffusione del Covid-19 e dallo scoppio della guerra tra Russia e Ucraina, si è assistito a un trasversale ritorno di attenzione per la questione di come contemperare, attraverso l'intervento pubblico, il pieno funzionamento dello Stato sociale e l'equilibrato sviluppo dell'economia⁽¹⁾. A un'osservazione attenta, la realtà sottostante a tale dibattito si mostra ovviamente lontana da qualsiasi possibilità di essere rappresentata tramite scorciatoie

* Questo scritto riprende e aggiorna il contributo già pubblicato con il titolo *La Cassa depositi e prestiti: eredità storica e proiezioni future*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2021, II. Il contributo ha superato la *double blind peer review*.

¹ Per un inquadramento storico ed economico delle dinamiche del capitalismo italiano, tra i vari, F. BARCA (a cura di), *Storia del capitalismo italiano*, Roma, Donzelli, 2012, S. TRENTO, *Il capitalismo italiano*, Bologna, il Mulino, 2012 ed E. FELICE, *Ascesa e declino. Storia economica d'Italia*, Bologna, il Mulino, 2015. Sul versante del rapporto tra istituzioni ed economia, S. CASSESE, *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, Bologna, il Mulino, 2014, spec. 219 – 289.

semplificanti, frutto di sterili pendolarismi ideologici⁽²⁾.

Così, è sufficiente osservare che, nell'ultimo trentennio, la presenza pubblica nell'economia, anche in Italia, si è effettivamente trasformata ma senza che essa, specie in ragione della notevole incompletezza (e spesso incongruità) delle politiche di liberalizzazione, abbia mai assunto davvero un volto solo meramente regolatorio⁽³⁾. Ciò mentre, a più di due anni dall'approvazione del *Next Generation EU* e del Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr), la portata espansiva e innovativa di questi programmi sta iniziando già a mostrare delle incertezze e delle attenuazioni, in parte ascrivibili a dinamiche politico-economiche sovranazionali, anche legate alla definizione delle regole di bilancio europee, e in parte conseguenti a difficoltà interne, certo non imprevedibili, di gestione dei fondi⁽⁴⁾. In tale quadro, una posizione peculiare è occupata dalla istituzione finanziaria più longeva del Paese: la Cassa depositi e prestiti (Cdp)⁽⁵⁾. Essa, infatti, dopo aver assunto gradualmente un crescente peso finanziario e industriale, fuori dal suo tradizionale compito di garantire credito agli enti locali, ha finito per intensificare e diversificare viepiù la propria azione, come dimostrano, da ultimo, per esempio, le operazioni di Cdp Equity con Aspi e Borsa Italiana, la creazione del Patrimonio Rilancio o il rafforzamento della funzione di *advisory* a favore dell'amministrazione⁽⁶⁾.

Non appare utile, in questa sede, soffermarsi ancora sulla questione della natura giuridica, da «centauro», tra pubblico e privato⁽⁷⁾, della Cassa, la quale, a un ven-

² In questo senso, esemplificativo, G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, il Mulino, 2022.

³ Si leggano, su questo, e da ultimo, E. BRUTI LIBERATI, voce *Industria*, e G. NAPOLITANO, voce *Impresa*, entrambi in *Enciclopedia del diritto. Funzioni amministrative*, Milano, Giuffrè, 2022.

⁴ Emblematica, quanto alle difficoltà di dare attuazione al Piano a livello amministrativo interno, la Relazione della Corte dei conti sullo stato di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), presentata nel marzo 2023. Sul punto si veda ampiamente, da ultimo, G. VIESTI, *Riuscirà il Pnrr a rilanciare l'Italia?*, Roma, Donzelli, 2023.

⁵ Sull'evoluzione della Cassa si può rimandare ai contributi in M. DE CECCO, G. TONIOLO (a cura di), *Storia della Cassa depositi e prestiti*, Roma-Bari, Laterza, 2013.

⁶ Specularmente, ci si è tornati a interrogare sulla posizione complessiva della Cassa all'interno del quadro istituzionale ed economico, come dimostra, in particolare, la pubblicazione dei due volumi di V. MANZETTI, *Cassa depositi e prestiti. Paradigma italiano delle banche di promozione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021 e di G. MULAZZANI, *La Cassa depositi e prestiti e la riforma amministrativa dell'economia*, Bologna, Bologna University Press, 2023.

⁷ L'icastica descrizione della Cassa depositi e prestiti come un «centauro», pubblico nei fini e privato nei mezzi, è di M. MUCCHETTI, *Cassa depositi e prestiti, il nuovo centauro*, in *Italianieuropei*, 2017, 49 ss.

tennio esatto dal decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269⁽⁸⁾, al di là delle perplessità variamente espresse dalla giurisprudenza più sostanzialistica⁽⁹⁾, è ormai stabilmente considerata una *market unit*, fuori dal perimetro delle amministrazioni pubbliche⁽¹⁰⁾. Allo stesso modo, è di scarso interesse, a più di un decennio dal decreto-legge 31 marzo 2011, n. 34, ritornare sul profilo, anch'esso ormai consolidato, della trasformazione della Cassa in «*holding pubblica in campo finanziario*»⁽¹¹⁾ e sulla sua relativa caratterizzazione quale istituto nazionale di promozione, a cui risulta applicabile la normativa sugli intermediari finanziari non bancari, pur svolgendo, di fatto, anche attività bancaria⁽¹²⁾.

⁸ Da cui, ex art. 5, commi, 5, 9, 10 e 11 del d.l. n. 269/2003, è conseguita anche la partizione tra gestione separata e gestione ordinaria della Cassa che oggi, come si avrà modo di osservare, appare assai meno certa che in passato. Cfr., intanto, sulle due gestioni, A. DONATO, *Il ruolo di holding di Cassa Depositi e prestiti S.p.A.: profili giuridici attuali della gestione di partecipazioni come strumento di politica industriale*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2015, 372 ss.

⁹ Si veda, oltre al parere del Cons. Stato, 16 ottobre 2012, n. 81758, anche Cons. Stato, Sez. VI, 12 ottobre 2007, n. 550, con commento di S. SIMONE, *Cassa depositi e prestiti: organismo di diritto pubblico*, in *Giornale dir. amm.*, 2008, 160 ss. Il tema dell'applicazione, in senso funzionale, alle diverse società del gruppo Cdp, delle normative proprie della pubblica amministrazione non ha smesso di essere rilevante. Lo dimostra, da ultimo, la sentenza del Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2020, n. 964, con la quale il giudice amministrativo ha qualificato la Cdp Investimenti s.g.r. s.p.a come organismo di diritto pubblico. Criticamente, e in modo condivisibile, sulla lettura estremamente formalistica, fatta propria dal Consiglio di Stato in questa pronuncia M.N. DI GIANDOMENICO, *Organismo di diritto pubblico e requisito teleologico: il punto della giurisprudenza*, in *Riv. Corte Conti*, 2020, 62 ss.

¹⁰ Nel Sistema europeo dei conti nazionali e regionali – Sec 2010, adottato con il reg. n. 549/2013, Cdp è funzionalmente classificata come «unità istituzionale», disponendo di autonomia decisionale, contabilità indipendente e personalità giuridica autonoma. Sulla qualificazione come unità di mercato della Cdp, tra i vari, D. COLACCINO, *La dismissione e razionalizzazione di partecipazioni societarie dello Stato*, in *Giornale dir. amm.*, 2012, 1189 ss. Sul Sistema europeo dei conti nazionali e regionali, S. DEL GATTO, *Sistema "Sec 95" ed elenco Istat. Sull'incerto confine della sfera pubblica*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, 960 ss.

¹¹ La trasformazione della Cdp in una «*holding pubblica in campo finanziario*» era stata preconizzata da G. DELLA CANANEA, *La società per azioni Cassa depositi e prestiti*, in *Giornale dir. amm.*, 2004, 270, anche prima che l'art. 7, d.l. n. 34/2011, convertito con modificazioni dalla l. 26 maggio 2011, n. 75, prevedesse la possibilità per l'istituto di acquisire partecipazioni in società di «rilevante interesse nazionale» portando così avanti il percorso avviato con il d.lgs. 30 luglio 1999, n. 284, con la l. 28 dicembre 2001, n. 448 e con il d.l. n. 269/2003. L'art. 5, co. 8-*bis*, d.l. n. 269/2003 ha previsto comunque che tali società debbono trovarsi in equilibrio finanziario, patrimoniale ed economico e siano caratterizzate da adeguate prospettive di redditività. Anche tale requisito, come si osserverà, è stato tuttavia inteso, nel tempo, in modo sempre meno rigido.

¹² La Cassa è sottoposta alla vigilanza informativa della Banca d'Italia, nelle forme previste per gli intermediari iscritti nell'elenco speciale dell'art. 107, TUB. Sempre in tema di regole applicabili alla Cdp,

Giova invece ribadire che tutte le evoluzioni della Cdp possono essere ritenute solo in parte il frutto di decisioni dei suoi vertici e dei suoi azionisti e di scelte mirate dei governi e dei parlamenti, che si sono succeduti negli anni, dovendosi piuttosto considerare soprattutto il riflesso di significative pressioni esogene, rappresentate dai cambiamenti strutturali, nell'economia e nella finanza, che si sono progressivamente imposti su scala globale⁽¹³⁾.

Da qui, dunque, il senso di tornare a porre sotto la lente d'ingrandimento l'operato della Cassa, essendo quest'ultima, al contempo, interprete cruciale dell'azione pubblica in campo economico ma anche specchio delle contraddizioni e dei limiti dell'operato delle istituzioni, le quali faticano a governare le trasformazioni sociali ed economiche che si impongono su scala globale, regionale e locale⁽¹⁴⁾.

2. L'OPERATIVITÀ DELLA CASSA DEPOSITI E IL PESO DELLE CONGIUNTURE ECONOMICHE

Individuare le principali linee operative del gruppo Cdp implica, intanto, la necessità di distinguere il protagonismo effettivo dell'istituto da quello solo evocato (spesso anche dall'esterno, politicamente). Un esercizio nient'affatto banale, giacché il raggio di azione della Cassa presenta alcuni tratti di continuità a cui si aggiungono, a seconda dei frammenti, novità, spesso frutto di accelerazioni legislative più o meno prevedibili e non sempre destinate a stabilizzarsi⁽¹⁵⁾.

È interessante allora considerare gli ultimi due piani industriali e di sviluppo della

è il caso di ricordare che a essa, stante il disposto dell'art. 1, co. 4, lett. a) e co. 5, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, non si applica la disciplina generale sulle società a partecipazione pubblica, stante la natura della Cdp di società quotata che esercita una specifica missione di interesse pubblico. Sull'esclusione della Cdp dal perimetro del testo unico sulle società a partecipazione pubblica, M. GIACHETTI FANTINI, *La "straordinaria mutazione" del ruolo della Cassa depositi e prestiti nel passaggio dallo Stato azionista allo Stato investitore*, in *Federalismi*, 2018, 66 ss.

¹³ Così F. BASSANINI, in *Presentazione*, in *Storia della Cassa depositi e prestiti*, cit., V.

¹⁴ Per una lettura storico economica dei processi di trasformazione economici dell'ultimo trentennio, P. LEON, *Il capitalismo e lo Stato. Crisi e trasformazione delle strutture economiche*, Roma, Castelvecchi, 2014 e F. SILVA, A. NINNI, *Un miracolo non basta. Alle origini della crisi italiana tra economia e politica*, Roma, Donzelli, 2019.

¹⁵ I dati menzionati in questo paragrafo sono tratti dalla determinazione del 20 dicembre 2022, n. 155 sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria della Cassa depositi e prestiti s.p.a. della Corte dei conti, il quale fa riferimento al bilancio per l'esercizio finanziario della Cdp del 2021.

Cdp posto che l'osservazione diacronica, sebbene non particolarmente estesa, è capace di suggerire alcune considerazioni critiche, specie con riguardo al rapporto tra la Cassa, le dinamiche economiche generali e le altre istituzioni pubbliche⁽¹⁶⁾. Una prima notazione deve essere spesa con riguardo alle macro-aree di intervento dell'istituto, distinguendo quelle che appaiono delle invarianti nella storia della Cassa, da quelle che, invece, si sono aggiunte più recentemente.

Tra le prime, spicca l'attività trasversale di *lending*, intesa come sostegno tanto alle amministrazioni quanto alle piccole e medie imprese, la quale continua a costituire, anche in termini quantitativi, un profilo centrale dell'azione della Cdp⁽¹⁷⁾, ponendo quest'ultima utilmente accanto al sistema creditizio, le cui difficoltà, vista la natura stabilmente banco-centrica del capitalismo italiano, tendono a riflettersi negativamente su tutta l'economia nazionale⁽¹⁸⁾. In questo senso, la Cassa sta dunque proseguendo a consolidare il *business model* sviluppato nell'ultimo ventennio, facendo leva sulla raccolta postale, sull'elevata liquidità e sulla bassa esposizione a rischio di mercato, e continuando altresì a porsi, coerentemente con la propria storia, come referente privilegiato per l'accesso al credito delle amministrazioni locali.

La rilevanza di questa macro-area di azione della Cdp ha trovato, negli anni recenti, una conferma in due passaggi significativi, durante e dopo l'emergenza Covid-19. Intanto, al momento dell'insorgere della crisi sanitaria ed economica, la Cassa ha assunto molteplici iniziative, tra le quali la rinegoziazione dei mutui, che ha coinvolto oltre settemila enti territoriali, nonché il finanziamento immediato, fino a due miliardi di euro, a supporto dei fabbisogni finanziari delle medie e grandi imprese per fornire loro una liquidità immediata, in attesa dell'avvio ope-

¹⁶ Il piano industriale della Cdp, per il triennio 2019-2021, è disponibile su www.cdp.it/sitointernet/it/piano_industriale_2019_2021.page mentre quello per il triennio 2022-2024 è disponibile su www.cdp.it/resources/cms/documents/Piano_Strategico_CDP_2022-2024.pdf.

¹⁷ Questa si declina attraverso un'offerta estremamente variegata di finanziamenti, strumenti di *equity* e garanzie, svolta, come è stato sottolineato, per lo più in una dimensione di «complementarità» con i privati (operatori commerciali e anche sistema creditizio). Così, A. TONETTI, *Lo Stato promotore e le nuove forme di interventismo economico*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 573 e F. BASSANINI, *op. ult. cit.*, X.

¹⁸ Il problema della scarsa capacità delle imprese italiane di fare ricorso a capitali propri, piuttosto che all'indebitamento bancario, è riconosciuto da anni ed è stato efficacemente sintetizzato nella formula di N. COLAJANNI, *Il capitalismo senza capitale*, Milano, Sperling & Kupfer, 1991. Nella stessa ottica si vedano anche le riflessioni di F. AMATORI, P.A. TONINELLI, *Gli imprenditori nello sviluppo economico*, in P. CIOCCA, G. TONIOLO (a cura di), *Storia economica d'Italia. Industrie, mercati, istituzioni. Le strutture dell'economia*, Bari-Roma, Laterza, 2003, 430 ss.

rativo dei meccanismi di garanzia previsti dal decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (decreto «cura Italia»)¹⁹. Successivamente all'approvazione del Pnrr, l'impegno diretto, in particolare a favore delle imprese piccole e medie, è stato confermato e rinforzato con l'attivazione di ulteriori investimenti, coerenti, come si vedrà, con gli obiettivi complessivi del Piano²⁰.

È tra l'altro interessante notare come alcuni strumenti, ideati supportare le imprese davanti alla complessa e inattesa congiuntura economica, abbiano poi trovato una loro stabilizzazione anche fuori dalla fase strettamente emergenziale, sebbene con aggiustamenti e con una rimodulazione della dotazione finanziaria iniziale. È il caso soprattutto del Patrimonio Rilancio, la cui istituzione, avvenuta con il decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 (decreto «rilancio»)²¹, aveva lasciato immaginare che la Cassa potesse arrivare a svolgere una trasversale opera di supporto e soccorso al sistema produttivo e che, in realtà, si è rivelato poi essere uno dei possibili meccanismi di *equity* attivabili per sostenere, episodicamente, le imprese italiane²².

Una seconda macro-area di intervento, che è rimasta costante nella storia moderna

¹⁹ A tali misure si aggiungono l'erogazione di liquidità a tassi calmierati per le PMI e *Mid-cap* tramite il sistema bancario; la concessione di finanziamenti agevolati, garanzie e moratorie sui finanziamenti a medio-lungo termine per supportare le attività di *export* e internazionalizzazione delle PMI, il differimento del pagamento delle rate in scadenza nell'anno 2020 dei mutui per i comuni della prima "zona rossa".

²⁰ Il piano strategico per il triennio 2022-2024 segna una maggiorazione del 14% delle risorse attivate. Al 30 giugno 2023, le risorse impegnate dal Gruppo CDP6 sono pari a 11,5 miliardi di euro, per circa 2 mila operazioni realizzate. Rispetto alle operazioni complessivamente realizzate, i finanziamenti diretti ammontano 6 miliardi di euro e quelli indiretti a 3,8 miliardi. I dati sono tratti dal Monitoraggio strategico del primo semestre 2023 della Cassa, disponibile su www.cdp.it/resources/cms/documents/CDP_Monitoraggio_Strategico_1H2023_161023.pdf.

²¹ Rispetto alla cui disciplina si può rimandare, oltre alle considerazioni svolte nei successivi paragrafi, a V. MANZETTI, *op. ult. cit.*, spec. 422 ss.

²² Come giustamente preconizzato da M. BENVENUTI, *La spada e lo scudo. Prime note sulle nuove forme di intervento diretto nello Stato nell'economia con finalità di politica industriale*, in *Diritto Costituzionale*, 2021, 19 e 20. Proprio per la possibilità di sostenere società in condizioni di temporaneo squilibrio economico e finanziario, l'istituzione del Patrimonio Rilancio aveva inizialmente lasciato pensare ai precedenti, invero non particolarmente fortunati, nel Fondo Atlante e della società per la patrimonializzazione e la ristrutturazione delle imprese. Cfr., da ultimo, A. PISANESCHI, *La Cassa depositi e prestiti: le recenti mutazioni e le problematiche del turnaround industriale*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2021, 92 ss. Sul funzionamento della società *turnaround*, si veda M. MACCHIA, *La società turnaround, ossia per la patrimonializzazione e la ristrutturazione delle imprese in crisi*, in *Rivista giuridica del mezzogiorno*, 2016, 747 ss.

della Cassa, è quella che vede l'istituto muoversi come regista di una rete di partecipazioni azionarie, dirette e indirette.

A riguardo, è da notare che, mentre nel precedente piano industriale il ricorso strategico al portafoglio partecipativo, in chiave di sviluppo industriale e valorizzazione economica, ricopriva un rilievo autonomo e ben definito, l'ultimo piano strategico della Cassa include le partecipazioni azionarie nel più ampio quadro degli strumenti di *equity* a sostegno dei settori strategici⁽²³⁾. Appare tuttavia difficile che ciò implichi una qualche effettiva relativizzazione del ruolo della Cassa quale *holding* industriale, anche perché l'istituto, pur non procedendo a nuove acquisizioni o avviando alcune cessioni di pacchetti azionari, si trova comunque al centro di una galassia di società talmente estesa da richiamare, con sempre più frequenza, il parallelo con il modello dell'Iri⁽²⁴⁾.

Per inquadrare tali partecipazioni, non ricorrendo alla statica distinzione tra società partecipate quotate e non quotate, sono state individuate tre categorie: le partecipazioni «strutturalmente strategiche», le partecipazioni «strumentali al sostegno dell'economia» e le partecipazioni conseguenti alle acquisizioni di Cdp Equity (già Fondo Strategico Italiano), a cui è utile fare riferimento⁽²⁵⁾.

Le partecipazioni «strutturalmente strategiche» sono detenute da Cdp Industria⁽²⁶⁾ e da Cdp Reti, e su esse Cdp esercita la direzione e il coordinamento⁽²⁷⁾. Attraverso la prima, Cdp possiede il 71,32% di Fincantieri e il 12,55% di Saipem, mentre attraverso la seconda Cdp partecipa al 31,5% del capitale sociale di Snam (che possiede una quota partecipativa pari al 13,50% in Italgas), al 29,85% del capitale sociale di Terna e al 26,04% del capitale sociale di Italgas⁽²⁸⁾.

²³ Sempre al 30 giugno 2023, il Monitoraggio strategico della Cassa evidenzia che gli *investment in equity* hanno raggiunto il valore di 738 milioni di euro.

²⁴ Si tratta, tuttavia, di un parallelo piuttosto superficiale, che ignora il diverso contesto storico e i diversi ambiti di azione e logiche di intervento che connotano le iniziative della Cdp rispetto a quelle dell'Iri o della Gepi. Cfr., anche G. MULAZZANI, *op. ult. cit.*, 336.

²⁵ Ricorre a questa distinzione D. COLACCINO, *Dallo Stato azionista allo Stato investitore: il ruolo della Cassa depositi e prestiti*, in M. MACCHIA (a cura di), *Le società a partecipazione statale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, 123 ss.

²⁶ Cdp industria è stata costituita, quale *holding* di partecipazioni, nel marzo del 2019 ed è interamente partecipata da Cdp.

²⁷ Cdp Reti è stata costituita nel maggio del 2012 per sostenere lo sviluppo delle infrastrutture di trasporto, stoccaggio e distribuzione del gas naturale e dell'energia elettrica. I suoi principali azionisti sono la Cdp (59,10%), State Grid Europe Limited (35%) e altri investitori istituzionali (5,9%).

²⁸ Si tratta delle prime partecipazioni trasferite e acquisite dalla Cdp, che costituiscono il nocciolo duro

Le partecipazioni «strumentali al governo dell'economia» sono detenute da Cdp Immobiliare⁽²⁹⁾, Cdp Investimenti⁽³⁰⁾, sottoposte alla direzione e al coordinamento della Cdp, e da Fintecna⁽³¹⁾. Tramite Cdp Immobiliare, Cdp detiene il 100% di Residenziale Immobiliare e di Alfiere, nonché il 40% di Manifattura Tabacchi.

Sempre nell'ambito di tali partecipazioni, destinate a supportare la crescita sostenibile e la competitività del sistema paese, va sottolineato che il gruppo Sace, specializzato nel settore assicurativo e nel sostegno all'*export* e all'internalizzazione, dopo essere stato interamente ceduto dal Mef alla Cdp nel 2012, è tornata sotto il controllo del Ministero dell'economia e delle finanze⁽³²⁾.

Particolarmente nutrito è terzo gruppo di partecipazioni, cioè quelle frutto delle acquisizioni di Cdp Equity, anch'essa soggetta alla direzione e coordinamento di Cdp. Tra esse, limitandosi ad alcune delle più significative vi è il 16,67% di Webuild, il 17,54% di Bonifiche Ferraresi, l'87,57% di Ansaldo Energia, il 60% di Open Fiber; il 45,95% di Hotelturist; il 70% di CDP Venture Capital SGR, il 68% di Fondo Italiano Investimento SGR; il 40% di Quattro R SGR, il 39% di

del suo ruolo di *holding*.

²⁹ Cdp Immobiliare è partecipata al 100% da Cdp. La sua attività riguarda principalmente la valorizzazione del patrimonio immobiliare di proprietà e di provenienza pubblica attraverso operazioni di sviluppo e di riqualificazione urbanistica.

³⁰ Cdp Investimenti è una società di gestione del risparmio il cui capitale è detenuto, a partire dalla sua istituzione, nel 2009, per il 70% da Cdp e per il 15% ognuna dall'Associazione di Fondazioni e di Casse di Risparmio (ACRI) e dall'Associazione Bancaria Italiana (ABI). La Società gestisce, al 31 dicembre 2019, quattro Fondi immobiliari: il Fondo investimenti per l'abitare, che opera nel settore dell'edilizia privata sociale (*social housing*); il Fondo FIA2 che opera nei settori dello *smart housing* e dello *smart working*; il Fondo Investimenti per la Valorizzazione (FIV), Fondo d'Investimento Alternativo immobiliare multicomparto; il Fondo Investimenti per il Turismo (FIT) e il Fondo Turismo 1 («FT1») dedicati a investimenti immobiliari nei settori turistico, alberghiero e delle attività ricettive.

³¹ Fintecna è una società interamente partecipata da Cdp la cui attività è finalizzata all'assunzione, gestione e dismissione di partecipazioni in società o enti, operanti in Italia ed all'estero nei settori industriale, immobiliare e dei servizi.

³² Dando seguito a quanto stabilito dall'art. 3, co. 2, del d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (decreto «liquidità», convertito, con modificazioni, dalla legge 5 giugno 2020, n. 40, in data 2 marzo 2021, Cdp, Sace e il Mef hanno concordato: (i) l'acquisto da parte di Cdp dell'intera partecipazione di Sace in Simest (pari al 76,005 per cento del capitale sociale) e (ii) la vendita al Mef da parte di Cdp dell'intera partecipazione in Sace (pari al 100 per cento del capitale sociale). A seguito dell'approvazione da parte dei CdA di Cdp e Sace e la pubblicazione del decreto attuativo, in data 21 marzo 2022 è stata perfezionata la riorganizzazione del gruppo Sace, attraverso il pagamento dei corrispettivi e il trasferimento dei certificati azionari. Conseguentemente, per effetto dell'operazione, Cdp detiene direttamente il 76,005 per cento del capitale sociale di Simest e il Mef detiene direttamente il 100 per cento del capitale sociale di Sace.

FSI SGR S.p.A., il 14,01% di Fondi Italiani per le Infrastrutture SGR. Attraverso FSI Investimenti S.p.A., partecipata al 77,1% da Cdp Equity, detiene il 25,67% di Trevi Finanziaria Industriale S.p.A. (tramite Rocco Forte Hotels Ltd, partecipata dalla FSI Investimenti al 23%), il 70% di FSIA Investimenti S.r.l. (tramite la Kedrion S.p.A., partecipata dalla FSI Investimenti al 25%) e il 50 per cento di IQ Made in Italy Investment Company S.p.A. (tramite la Valvitalia Finanziaria S.p.A., partecipata dalla FSI Investimenti allo 0,50%).

Tra le operazioni più recenti, di significativo spessore politico ed economico, concluse da Cdp Equity, vanno menzionate l'ingresso nel 51% dell'azionariato di Holding Reti Autostradali, conseguente alla cessione del pacchetto di controllo di essa da parte di Atlantia⁽³³⁾, e nel 7,32% dell'azionariato di Euronext che, all'esito della cessione da parte della London Stock Exchange Group, ha acquisito il gruppo Borsa Italiana⁽³⁴⁾, nonché dalla fusione della controllata di Cdp SIA con Nexi, che porterà alla creazione del più grande operatore di pagamenti digitali d'Europa⁽³⁵⁾.

Le tre sfere di partecipazioni, appena descritte, non vanno intese in modo rigido, essendovi evidentemente una forte intersezione e sovrapposizione tra obiettivi e ambiti di operatività delle diverse società menzionate.

Nondimeno, le categorie indicate restituiscono un quadro piuttosto fedele dell'attuale morfologia della Cdp quale *holding*, permettendone di isolare un volto "sovvrano", costituito intorno alla necessità di mantenere un controllo in settori nazionali strategici, specie delle *public utilities* a rete, un volto "sociale", concepito per

³³ Oggetto dell'operazione è l'acquisto, da parte del consorzio composto da Cdp Equity, Blackstone Infrastructure Partners (Blackstone) e Macquarie Infrastructure and Real Assets (MIRA), dell'intera partecipazione detenuta da Atlantia in ASPI, pari all'88,06% del capitale. La partecipazione in ASPI verrebbe rilevata dal Consorzio tramite una BidCo partecipata da CDP Equity fino al 51% e da Blackstone e MIRA con quote paritetiche per la parte residua.

³⁴ Cdp Equity ha acquisito il 7,3% del capitale azionario di Euronext, al pari della *Caisse des Dépôts et Consignations*, omologa francese di Cdp. In questo modo, Cdp Equity entra a far parte dell'attuale gruppo di azionisti di riferimento della società, che gestisce – oltre a Borsa Italiana – altre sei borse valori in Belgio, Francia, Irlanda, Paesi Bassi, Norvegia e Portogallo con oltre 1.800 società quotate per un totale di 4.400 miliardi di euro di capitalizzazione di mercato. È interessante notare che l'operazione si è intrecciata allo svolgimento di un procedimento istruttorio per valutare l'eventuale esercizio dei *golden powers*, nell'ambito della possibile vendita del gruppo LSEG a Refinitiv; istruttoria che non ha avuto seguito in ragione dell'acquisizione del gruppo Borsa Italiana da parte di Euronext.

³⁵ Il 57,42% della quota di partecipazione di Sia è detenuto indirettamente attraverso FSIA Investimenti, società controllata al 70% da FSI Investimenti, il restante 25,7% è detenuto direttamente.

tentare di riallenare, anche in termini di innovatività, l'economia italiana ai grandi obiettivi di sviluppo e inclusione globali, e uno "industriale", cresciuto in maniera prepotente negli ultimi anni, in virtù della crisi produttiva italiana e del ritorno di dinamiche latamente protezionistiche⁽³⁶⁾.

Come sopra anticipato, accanto alle macro-aree di azione della Cassa depositi e prestiti che si pongono in continuità con la storia e anche con l'evoluzione più recente dell'istituto, vi sono delle linee di intervento che, invece, paiono introdurre interessanti elementi di novità.

Tra queste, è utile menzionare senz'altro la cooperazione internazionale, che si sostanzia nella promozione di iniziative, a elevato impatto socioeconomico, nelle economie emergenti e nei Paesi in via di sviluppo, attraverso una pluralità di strumenti finanziari in favore di controparti, sia pubbliche sia private⁽³⁷⁾.

A ogni modo, il maggiore elemento potenzialmente trasformativo dell'operato generale della Cdp pare essere la forte implementazione dell'attività di consulenza finanziaria e tecnica a favore delle amministrazioni, tanto centrali che locali, e della gestione di fondi di terzi, in tal caso sia a favore delle amministrazioni sia delle imprese, su cui si incentra parte del più recente piano di sviluppo della Cassa⁽³⁸⁾.

Sui tratti e sulla latitudine dell'*advisory* e di *mandate management* si tornerà nel prosieguo, dovendosi tuttavia anticipare che l'enfasi per queste funzioni è evidentemente il riflesso della necessità dell'istituto di riallinearsi agli obiettivi imposti dall'Agenda 2030 e, molto di più, di orientare le proprie *policies* in modo coerente con la macro-programmazione costituita dal Pnrr, anche al fine di sopperire a ca-

³⁶ Non va dimenticato che il Fondo Strategico Italiano, poi trasformato in Cdp Equity, che è protagonista di questo rilancio industriale della Cdp, è nato come strumento anti-scalata, per contrastare i tentativi di acquisto, da part dei gruppi francesi Edf e Lactalis di Edison e Parmalat. Cfr., S. BATTILOSSI, *La "nuova" Cassa depositi e prestiti*, op. cit., 122 e 123, non mancando di rimarcare che, alla fine, le acquisizioni, da parte dei gruppi stranieri, sono state perfezionate.

³⁷ Cfr. Determinazione Corte dei conti, cit., 25, che rileva come le iniziative di cooperazione avvengono tramite l'investimento in fondi, la promozione di iniziative di finanziamento con risorse proprie, l'ampliamento delle risorse di terzi in gestione per finalità di cooperazione allo sviluppo e il rafforzamento delle relazioni con le istituzioni attive a livello nazionale e internazionale, anche tramite l'organizzazione di eventi globali. Ancora il Monitoraggio della Cassa al primo semestre del 2023 riporta investimenti in cooperazione per 77 milioni di euro.

³⁸ I dati al 2023 indicano che sono stati supportati dalla Cassa, per il tramite della funzione di *advisory*, investimenti per più di 10 miliardi, supportando 3 amministrazioni centrali, di cui 2 tramite partenariato pubblico privato e 63 enti locali, di cui 10 anche mediante partenariati.

renze delle amministrazioni tradizionali⁽³⁹⁾.

E in effetti, la giustapposizione degli ultimi piani industriali e di sviluppo della Cdp pare indicare proprio l'esistenza di questo sforzo adattivo, volto a plasmare tutte le aree di intervento dell'istituto, tradizionali e più di frontiera, in modo da colmare i ritardi del Paese nel governare le transizioni ecologiche e digitali, nel perseguire una crescita sostenibile e inclusiva, collocando strategicamente l'economia italiana nel mutato quadro delle catene di valore globale. Sono, a tutta evidenza, missioni ad ampio raggio, astrattamente condivisibili, la cui portata va tuttavia misurata in almeno due direzioni. La prima, con riferimento all'effettività degli interventi realmente predisposti, anche (ma non solo) in termini di addizionalità economica. La seconda con riguardo alla coerenza degli interventi e degli investimenti rispetto alla missione istituzionale della Cassa, sempre considerato l'alto rischio di spingere l'operato di quest'ultima, in un'ottica di supplenza istituzionale, eccessivamente lontano dalla propria orbita d'elezione.

3. INTERESSI PUBBLICI E SCELTE D'IMPRESA: IL PROBLEMA DELLA GOVERNANCE DELLA CASSA DEPOSITI E PRESTITI

Si è detto che l'ultimo piano di sviluppo dedica scarso rilievo autonomo al ruolo di *holding* industriale e finanziario della Cassa depositi e prestiti. Tale impostazione appare tuttavia più il frutto di un tentativo di normalizzare la posizione dell'istituto rispetto alla gestione del portafoglio di partecipazioni strategiche, che non quello di relativizzarne l'importanza⁽⁴⁰⁾.

Del resto, per quanto il punto venga tendenzialmente poco considerato, la fine del sistema delle partecipazioni statali⁽⁴¹⁾ non ha affatto reso inattuale la questione

³⁹ A riguardo, si veda *infra* para. 5.

⁴⁰ Basti pensare all'importanza dell'operazione, valore di oltre 4 miliardi nel campo dei trasporti per l'acquisizione della partecipazione detenuta da Atlantia in ASPI, sopra ricordata, o la discussione, tuttora in corso, sulla posizione della Cassa in Telecom Italia, anche a fronte della partecipazione dell'istituto al capitale di Open Fiber.

⁴¹ L'impresa pubblica è stata fondamentale nella storia dell'intervento dello Stato in economia nello scorso secolo (e, in realtà, guardando i numeri sulle grandi industrie in Italia, lo è tuttora). Su di essa, limitandosi ai testi essenziali, hanno scritto M.S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, 1958, ora in *Scritti* (1955-1962), Milano, 2004, 361 ss., S. CASSESE, voce *Azionariato di Stato*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1959, 774 ss., S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1962. P. SARACENO, voce *Partecipazioni statali*, in *Enciclopedia del diritto*,

dell'indirizzo e del coordinamento organico dell'azionariato pubblico⁽⁴²⁾.

Attualmente, il governo delle partecipazioni statali ha carattere «regolamentare» e non «istituzionale»⁽⁴³⁾. Non esistono meccanismi stabili di programmazione e direzione delle partecipate statali⁽⁴⁴⁾, posto, ovviamente, che l'attività del Dipartimento del tesoro, quale socio pubblico⁽⁴⁵⁾, non può avere carattere gestionale, dovendo le scelte gestorie essere assunte, nel rispetto delle regole del Codice civile, solo dagli amministratori⁽⁴⁶⁾. Questo significa che le società in mano pubblica sono soggette, in pratica, a un'influenza indiretta dell'azionista statale, che si risolve essenzialmente nella nomina e nella revoca degli amministratori e nell'esercizio, su di essi, di una *moral suasion* informale⁽⁴⁷⁾.

Milano, Giuffrè, 1965, F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, Giuffrè, 1977, F. ROVERSI-MONACO, *L'attività economia pubblica*, in F. GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, La Costituzione economica*, Padova, CEDAM, 1997, 385 ss. e IBIDEM, *La direzione e il controllo delle imprese pubbliche*, 483 ss.

⁴² D'altronde ha rimarcato già S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996, 590, che, all'esito dei processi di privatizzazione, si è sviluppata una «riorganizzazione del governo centrale».

⁴³ In questo senso, G. NAPOLITANO, *Il 'governo' delle società a partecipazione pubblica: regole o istituzioni?*, in R. GAROFOLI, A. ZOPPINI (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Molfetta, NelDiritto Editore, 2018, 24 - 26, soffermandosi sulla possibilità di muovere verso un sistema in grado di assicurare la catena di comando dell'azionariato pubblico.

⁴⁴ Questo sempre considerando che la gestione dell'azionariato di Stato va inserita nella cornice dell'indirizzo politico-economico, di cui è responsabile il Governo insieme al Parlamento. A riguardo, U. ALLEGRETTI, *Il governo della finanza pubblica*, Padova, CEDAM, 1971, S. MERLINI, *Struttura del governo e intervento dell'economia*, Firenze, La Nuova Editrice, 1979 e poi, tra i molti, più di recenti, G. DELLA CANANEA, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Bologna, il Mulino, 1996 e G. RIVOCCHI, *L'indirizzo politico finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Padova, CEDAM, 2007.

⁴⁵ L'attribuzione del ruolo di azionista al Tesoro si deve all'art. 2, d.l. 23 aprile 1993, n. 118 e oggi è confermata dall'art. 9, co. 1, d.lgs. n. 175/2016.

⁴⁶ Non v'è dubbio che, come di recente ribadito da A. GUACCERO, *Le limitazioni della libertà decisionale dell'organo rappresentativo delle istanze «proprietarie» nelle società a partecipazione pubblica*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2015, 421, la presenza dello Stato nella compagine proprietaria di una società si accompagna alla possibilità di configurare i processi decisionali e il funzionamento degli organi sociali in modo peculiare. Nondimeno ciò non comporta, come pure sostenuto da alcuni «un allargamento della causa sociale in senso pubblicistico». Cfr. A. PERICU, *Artt. 2449-2450 c.c.*, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, Napoli, Jovene, 2004, 1298 e 1299.

⁴⁷ Già nei primi anni Settanta, del resto, era stato osservato con la caduta del principio della sovranità dell'assemblea, la direzione dell'impresa dai soci si è spostata al consiglio di amministrazione, portando a una prima manifestazione della «direzione manageriale» dell'impresa societaria. Cfr. F. GALGANO, *Le istituzioni dell'economia capitalistica. Società per azioni, Stato e classi sociali*, Bologna, Editori

A ciò va aggiunto che, in generale, il Ministero dell'economia tende a svolgere la propria funzione di socio pubblico in modo piuttosto conservativo, prestando attenzione soprattutto ai dividendi che può trarre dalle partecipazioni⁽⁴⁸⁾. Ciò anche perché, oltre alle limitazioni imposte dal diritto comune, sussiste, per molte società in mano pubblica, una sovrapposizione tra i compiti di vigilanza e di regolamentazione, attribuiti a vari dicasteri, e quelli dell'azionista, propri del Dipartimento del tesoro, che porta a indebolire ulteriormente la posizione di quest'ultimo⁽⁴⁹⁾.

Il risultato è che, nell'ultimo trentennio, la gestione dell'azionariato pubblico è apparsa muoversi «senza linee definite»⁽⁵⁰⁾, scontando senz'altro il peso della prima stagione di privatizzazioni, nella quale «il linguaggio» della politica industriale non è stato di interesse prioritario per il legislatore⁽⁵¹⁾.

Inevitabilmente, ciò trova corrispondenza nell'attività e nella *governance* della Cdp.

Per un verso, infatti, il dinamismo della Cdp, agevolato dalla sua natura societaria e dall'essere fuori dal perimetro delle amministrazioni pubbliche, si è andato formando come contrappunto alla staticità (solo in parte impostale dalle norme) con cui il Ministero dell'economia ha inteso declinare le prerogative dell'azionista statale. Per un altro, la verifica della compatibilità tra i fini strategici e i vincoli economici della gestione delle iniziative della Cdp non si è mai riuscita ad incanalare all'interno di un circuito chiaro, con l'effetto di aver ampliato, in modo sempre più netto con il diversificarsi del ruolo di *holding* dell'istituto, la discrezionalità del *management*, rendendo però quest'ultimo più esposto alle influenze

Riuniti, 1974, 84 e 85, il quale fa riferimento al fenomeno della «separazione tra proprietà e controllo della ricchezza».

⁴⁸ Significativo il fatto che, in nessuno dei principali documenti «prescrittivi» di finanza pubblica, vi sia mai menzione al coordinamento e all'indirizzo delle società pubbliche e che, anzi, all'impresa pubblica ci si riferisca solo con riguardo ai processi di privatizzazione. Sul ruolo del Mef si leggano anche le considerazioni svolte *infra*, nel paragrafo 6.

⁴⁹ Cfr. G. NAPOLITANO, *Le Società "pubbliche" tra vecchie e nuove tipologie*, in *Rivista delle società*, 2006, 10 e 11. Si possono fornire gli esempi, tra i vari, dell'Anas, su cui il Ministero dei trasporti e delle infrastrutture, quale concedente, esercita poteri significativi, di Ferrovie dello Stato, nei cui confronti il Ministero dei trasporti detiene il potere di determinare, tramite il contratto di programma, gli aspetti economici del rapporto di concessione, o del Gestore dei servizi energetici (Gse) i cui indirizzi strategici sono definiti dal Ministero dello sviluppo economico.

⁵⁰ S. CASSESE, *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, cit., 289.

⁵¹ G. AMATO, *Privatizzazioni, liberalizzazioni e concorrenza nel sistema produttivo italiano*, in L. TORCHIA, F. BASSANINI (a cura di), *Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del paese*, Firenze, Passigli, 2005, 39 ss.

del potere politico del momento⁽⁵²⁾.

Questo è dipeso anche dal manifestarsi di fattori ulteriori, e più specifici rispetto a quelli, di sistema, sopra richiamati, i quali hanno inciso sul principale presidio di indirizzo e controllo ordinato della dimensione pubblicistica della Cdp, cioè le regole di funzionamento della gestione separata, acuendo l'ambivalenza dell'intreccio tra la natura privata dell'istituto e l'orizzonte istituzionale entro cui è esso collocato⁽⁵³⁾.

A riguardo, si è assistito a una parziale erosione della differenza stessa tra gli ambiti di operatività delle due gestioni⁽⁵⁴⁾, resa palese dall'aver concesso di ricorrere ai fondi della gestione separata per realizzare «ogni altra operazione di interesse pubblico permessa dallo statuto», tramite una molteplicità di strumenti, inclusi il rilascio di garanzie, l'assunzione di capitale di rischio o di debito, la concessione di finanziamenti, anche a favore di imprese e attraverso l'intermediazione creditizia⁽⁵⁵⁾.

L'ampliamento dell'area della gestione separata ha condotto a far progressivamente afferire a essa attività molto distanti dalle tradizionali iniziative di finanziamento delle amministrazioni pubbliche⁽⁵⁶⁾, come testimoniato dalla possibilità

⁵² Evidenza F. BASSANINI, *op. ult. cit.*, XV e XVI che un fattore di bilanciamento è stato costituito dalla presenza nell'azionariato delle fondazioni di origine bancaria, le quali si sono dimostrate in grado di orientarsi su obiettivi di lungo periodo, arginando alcune manifestazioni di ingerenza politica. Va tuttavia aggiunto che il progressivo spostarsi della Cdp verso la dimensione da *holding* industriale e non da banca di sviluppo potrebbe mettere ai margini, in termini di influenza, la posizione delle fondazioni. A riguardo, su queste due opzioni di sviluppo della Cdp, con una netta preferenza per l'idea che l'istituto si sviluppi come un grande fondo che finanzia soprattutto iniziative di internazionalizzazione e innovazione, A. NINNI, *Il ritorno dello Stato guida (e oltre) in politica industriale*, in *Economia e politica industriale*, 2013, 141 ss.

⁵³ L'interrogativo sull'esistenza di profili di rischio nell'ampliare il raggio di movimento della Cdp, quanto all'uso di risorse private e alla gestione di partecipazioni industriali, è stato posto, tra i vari, anche da A. MACCHIATI, *La Cassa Depositi e Prestiti dopo la trasformazione: ovvero «ai posteri l'ardua sentenza»*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2013, 287 ss. e da M.T. SALVEMINI, *La posizione della Cassa Depositi e Prestiti*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2015, 681 ss.

⁵⁴ Peraltro, in sé, criticata anche da chi, come F.M. MUCCIARELLI, *Ma cos'è diventata la Cassa depositi e prestiti?*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2004, 363, ha visto nella segmentazione delle risorse, all'interno di un'unica attività e di un unico patrimonio, una soluzione più blanda rispetto a quella offerta da una vera e propria segregazione. Nello stesso senso anche L. DIOTALLEVI, *Natura giuridica della Cassa Depositi e Prestiti e accertamenti dell'Ufficio tecnico erariale in una sentenza del Tribunale civile di Roma*, in *Giur. cost.*, 2011, 4766 ss.

⁵⁵ Cfr. art. 22, d.l. 29 novembre 2008, n. 185 e art. 3, co. 4-bis, d.l. 10 febbraio 2009, n. 5.

⁵⁶ Particolarmente utile è, sul punto, la lettura dell'ultima Relazione finanziaria annuale della Cdp di-

di utilizzare la provvista postale per acquistare partecipazioni in imprese strategiche⁽⁵⁷⁾ o, da ultimo, dalla tendenziale riconducibilità del Patrimonio Rilancio alla gestione separata⁽⁵⁸⁾.

Al contempo, tuttavia, il vincolo politico-amministrativo, che dovrebbe insistere soprattutto sulla gestione separata, ha conosciuto anche rilevanti mitigazioni, a partire dalla formale esclusione del potere di indirizzo del Mef con riferimento alle partecipazioni detenute da Cdp in società controllate che gestiscono infrastrutture di rete di interesse nazionale nel settore dell'energia e nelle loro società controllate, che costituiscono uno degli *asset* fondamentali del portafoglio dell'istituto⁽⁵⁹⁾. Tutto questo mentre la Commissione parlamentare di vigilanza sulla gestione separata, rimasta attiva dal 1983, ha svolto, di fatto, un ruolo blandamente informativo⁽⁶⁰⁾, senza mai muovere verso un controllo diverso (e cioè politico), rispetto a quello già esercitato, con più puntualità e sul piano tecnico-contabile, dalla Corte dei conti⁽⁶¹⁾.

sponibile (riferibile al 2020), dalla quale emerge, oltre alla rilevata prevalenza della gestione separata rispetto all'ordinaria, la situazione della Cdp in termini di rischio del credito e l'aumento dello stato delle esposizioni di essa in gestione sperata, negli ultimi anni, specie verso i principali gruppi bancari operanti in Italia.

⁵⁷ Cfr. art. 5, co. 8-*bis*, d.l. n. 269/2003, introdotto dal d.l. n. 34/2011.

⁵⁸ Si noti che, a fronte del silenzio della disciplina istitutiva del Patrimonio Rilancio, la riconducibilità di esso alla gestione separata può solo essere desunta da una serie di elementi significativi, come la presenza della garanzia dello Stato e l'utilizzo di una provvista pubblica, sebbene non esclusiva e non derivante dal risparmio postale. In questo senso anche V. MINERVINI, *L'improvvisa «accelerazione» (post COVID) dell'azionariato di Stato. Il patrimonio destinato di cui all'art. 27 D.L. Rilancio*, in *Giur. comm.*, 2021, spec. 239 ss. e A. PISANESCHI, *op. cit.*, 106.

⁵⁹ Art. 15, l. 24 marzo 2012, n. 27, nonché art. 6 e art. 15, co. 2 dello Statuto della Cdp. Nella medesima prospettiva, hanno poi inciso anche le regole di diritto comune che, attribuendo il potere di indirizzo, spesso tradotto nella direzione e coordinamento, *ex art. 2497 c.c.*, al solo azionista controllante, hanno depotenziato l'intensità dell'influenza ministeriale sulle partecipazioni della Cassa.

⁶⁰ Di ciò si può avere contezza leggendo le estremamente scarse e per lo più ricognitive relazioni dell'organo, disponibili su https://www.cdp.it/sitointernet/it/comm_parlam_vigilanza.page.

⁶¹ Di avviso parzialmente diverso A. ZITO, *La Commissione di vigilanza sulla Cassa depositi e prestiti: il Parlamento e le nuove forme di intervento pubblico nell'economia*, in *Federalismi*, 2021, 274 ss., il quale ritiene che, specialmente nelle legislature XVII e XVIII, la Commissione di vigilanza abbia mostrato una rinnovata vitalità. Va detto che l'autore stesso riconosce che tale attivismo ha assunto essenzialmente la forma di iniziative conoscitive, sottolineando altresì che la Commissione ha una funzione di ausilio al Parlamento. Ed è in tale connotazione della Commissione che, con ogni probabilità, si può individuare la sua debolezza, la quale non deriva tanto dalle caratteristiche dell'organo in sé quanto dell'essere servente rispetto al Parlamento, da tempo scarsamente incisivo nelle materie della programmazione economica, a scapito soprattutto del Governo.

Lo scenario che si delinea è allora quello di una poco decifrabile guida tecnico-politica della Cdp, caratterizzata da una operatività, «in parallelo» delle «funzioni di indirizzo, gestione e controllo»⁽⁶²⁾. La scarsa intellegibilità dei flussi decisorii, in particolare quanto al trasferimento delle opzioni politiche in scelte d'impresa, conferma, insomma, il dubbio che l'istituzione oscilli tra autocefalia e soprattutto etero-direzione, lasciando insoluto il problema della sua *accountability*, non essendo sufficiente, a garantire quest'ultima, il solo giudizio del mercato⁽⁶³⁾.

Il problema di conferire trasparenza e stabilità agli indirizzi pubblici della Cdp, senza scarificare l'autonomia d'impresa, non giunge inatteso, riproponendo il vecchio dilemma di come dare forma a un governo dell'economia che contemperi le «opposte esigenze: quella, da un lato, di una direzione politica del processo economico e quella, dal lato opposto, del rispetto del mercato e delle sue leggi»⁽⁶⁴⁾. Di recente, esso è stato affrontato anche in termini strettamente di diritto societario, prospettando una gamma di possibili soluzioni, come: inserire gli obiettivi più specifici di azione della Cdp nello statuto, in un atto di indirizzo dell'assemblea, ovvero direttamente in un atto normativo; prevedere, quanto alla *corporate governance* dell'istituto, uno scaglionamento dei mandati degli amministratori per immunizzarli dagli effetti delle fluttuazioni politiche, oppure adottare il modello dualistico tedesco, che isola gli amministratori dall'assemblea dei soci; creare meccanismi di *discovery* pubblica delle comunicazioni tra organi politici e il *management*; far siglare contratti di missione tra Cdp e le sue controllate⁽⁶⁵⁾.

Si tratta di proposte interessanti, che rimandano evidentemente anche al rilevante dibattito sugli scopi dell'impresa azionaria e del rapporto tra gli interessi degli azionisti e il governo societario⁽⁶⁶⁾. Esse, tuttavia, come si dirà di seguito, paiono

⁶² M. MACCHIA, *La Cassa depositi e prestiti tra i diritti delle reti di nuova generazione*, in *Munus*, 2014, 96.

⁶³ È condivisibile quindi la notazione di G. CARUSO, *Il socio pubblico*, Napoli, Jovene, 2016, per il quale i profili pubblicistici dell'intervento in economia, comunque presenti, si trovano a venire «dissimulati» accordando rilievo formalmente prioritario al perseguimento di obiettivi strettamente economici.

⁶⁴ F. GALGANO, *op. cit.*, 459-460.

⁶⁵ Il riferimento è al *working paper*, presentato nell'ambito delle proposte per la giustizia sociale del Forum disuguaglianze e diversità, da L. ENRIQUES, F. MUCCIARELLI, *Governance pubblica e privata delle politiche pubbliche per obiettivi: una proposta di riforma della governance della Cassa Depositi e Prestiti*, 2020, già in *Giur. comm.*, 2019, 1014 ss.

⁶⁶ La letteratura in merito è ovviamente troppo vasta perché se ne possa dare conto. Riferendosi a lavori recenti, si può richiamare E. BARCELLONA, *Shareholderism vs Stakeholderism. La società per azioni contemporanea dinanzi al "profitto"*, Milano, Giuffrè, 2022, U. TOMBARI, *Poteri e interessi nella*

scontare il limite dato dal considerare la Cdp in modo isolato, lasciando solo sullo sfondo le conseguenze complessive che scaturiscono dal coinvolgimento diretto del potere pubblico nelle dinamiche economiche.

4. LA CASSA DEPOSITI E PRESTITI TRA FINANZIARIZZAZIONE DEL CAPITALISMO, RITORNO DELLA QUESTIONE INDUSTRIALE E OBIETTIVI SOCIALI

Nell'ultimo trentennio, sulla spinta europea e anche in ragione delle degenerazioni clientelari e delle storture degli anni Settanta e Ottanta, la legittimazione della programmazione economica e della politica industriale è stata messa in forte discussione, per poi essere quasi del tutto esclusa⁽⁶⁷⁾.

Ne è conseguita un'attenzione dominante verso l'efficienza statica dei mercati, perseguita soprattutto con politiche di liberalizzazione e di tutela della concorrenza, a scapito del ricorso a un approccio combinatorio, capace di includere anche l'obiettivo dell'aumento dell'efficienza dinamica, da raggiungere soprattutto tramite politiche strutturali di promozione mirata dell'innovazione⁽⁶⁸⁾.

La presenza pubblica nell'economia ha dunque mutato, in modo tutt'altro che superficiale, i suoi tratti, ma non è andata comunque scomparendo⁽⁶⁹⁾. Lo testimonia

grande impresa azionaria, Milano, Giuffrè, 2019 e la correlata nota di lettura di C. ANGELICI, "Poteri" e "interessi" nella grande impresa azionaria: a proposito di un recente libro di Umberto Tombari, in *Riv. società*, 2020, 4 ss., nonché a K. J. HOPT, R. VEIL, *Gli stakeholders nel diritto azionario tedesco: il concetto e l'applicazione. Spunti comparatistici di diritto europeo e statunitense*, in *Riv. società*, 2020, 921 ss.

⁶⁷ Se si escludono gli studi degli economisti industriali, il dibattito internazionale sul ruolo economico (non meramente regolatorio) dello Stato è stato rianimato dall'ormai notissimo lavoro di M. MAZZUCATO, *Lo Stato innovatore*, Roma-Bari, Laterza, 2015 (ed.it.). In Italia, negli anni passati, si è oltretutto assistito anche al prodursi di una qualche confusione concettuale sullo stesso concetto di politica industriale, a cui non è andata immune anche la Corte costituzionale. Sul punto, anche per un esame della giurisprudenza della Consulta in materia, M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Diritto amministrativo*, 2008, 121 ss. ed E. Bruti Liberati, *Politica della concorrenza e politica della regolazione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2015, 1 ss.

⁶⁸ Cfr. E. FELICE, A. NUVOLARI, M. VASTA, *Alla ricerca delle origini del declino economico italiano*, in *L'industria*, 2019, 217 e 218 e F. ONIDA, *Il problema italiano*, in F. BASSANINI, G. NAPOLITANO, L. TORCHIA (a cura di), *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Bologna, il Mulino, 2021, 231 ss.

⁶⁹ Su tali mutamenti, si veda, su tutti, M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008, 45 ss. e S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, in S. CASSESE (a cura di), *La nuova*

il fatto che le principali grandi imprese nazionali restano a controllo pubblico⁽⁷⁰⁾, nonché la circostanza che lo Stato, oltre a finanziare assiduamente le attività produttive, è chiamato, di continuo, a intervenire, in via emergenziale, per salvare imprese in crisi⁽⁷¹⁾.

Il capitalismo italiano, insomma, è andato a occupare, sempre più chiaramente, una posizione che, da tempo, era stata identificata come mediana tra il «capitalismo guidato» francese e quello «ordinato» tedesco e il cui tratto essenziale si rinviene in una presenza, quantitativa e qualitativa, rilevante della mano pubblica, senza che tuttavia l'impronta statale si risolva in una volontà di programmare e dirigere esplicitamente i percorsi della produzione e dei servizi⁽⁷²⁾.

Nel consolidarsi di questo assetto del capitalismo italiano, dominato da una pervasiva compresenza di una disciplina di condizionamento e di promozione delle attività economiche, in assenza di un disegno di guida organico, la Cdp ha giocato un ruolo crescente e vieppiù multiforme⁽⁷³⁾.

La Cassa si è mossa in coerenza con i cambiamenti strutturali che hanno investito i mercati e i termini della loro regolazione pubblica, innovando e agendo validamente, come si è sopra ricordato, da banca istituzionale di investimento e da catalizzatore dello sviluppo infrastrutturale, secondo un modello comune ai principali Stati europei e in un'ottica di modernizzazione del paese⁽⁷⁴⁾. Essa ha inoltre contrastato alcune delle più acute distorsioni della finanziarizzazione dell'economia, tra le quali la necessità di ottenere guadagni rapidissimi, per lo più investendo in mercati azionari scollegati dal mondo della produzione industriale, opponendo al diffondersi dello *short-termism* un'attitudine da «investitore paziente»⁽⁷⁵⁾.

costituzione economica, Roma-Bari, Laterza, 2021, 389 ss.

⁷⁰ Si leggano, in questo senso, i dati e le considerazioni di F. AMATORI, M. PERUGINI, *La grande impresa fra continuità e trasformazione*, in F. AMATORI, M. D'ALBERTI (a cura di), *L'impresa italiana*, Roma, Treccani, 2020, 3 ss.

⁷¹ A riguardo, sia consentito il richiamo ad A. AVERARDI, *Potere pubblico e politiche industriali*, Napoli, Jovene, 2018, 285 ss.

⁷² In questi termini, in modo assai lungimirante, N. BELLINI, *Stato e industria nelle economie contemporanee*, Roma, 1996, 97, rimarcando come tale situazione aprisse la strada a «un complesso sistema di scambio tra potere politico e soggetti economici».

⁷³ Una ricostruzione non solo della storia ma anche delle più recenti linee di azione dell'istituto si può trovare, da ultimo, in P. BRICCO, *Cassa depositi e prestiti. Storia di un capitale dinamico e paziente. Da 170 anni*, Bologna, il Mulino, 2020.

⁷⁴ Lo ricordano M. DE CECCO, G. TONIOLO, *op. cit.*, 37 e 38.

⁷⁵ In questo senso, F. NINNI, *op. ult. cit.*, 141 ss. Le analisi, nelle diverse discipline, degli impatti della

Se questo è vero, va però anche riscontrato che la storia recente dell'istituto è attraversata da una tensione irrisolta, acuita dalle recenti crisi. Tale tensione è principalmente il riflesso delle contraddizioni e delle reticenze delle attuali modalità di intervento pubblico in economia e di essa si trova traccia in diversi profili del coinvolgimento massiccio dell'istituto nel terreno più strettamente industriale, specie come *holding* di partecipazioni strategiche e quale *player* attivo nelle ricapitalizzazioni societarie⁽⁷⁶⁾.

Allargando lo sguardo, appare necessario ricordare che, dal momento in cui, nella riflessione sulle priorità industriali ed economiche delle imprese, vi entra il tema del ruolo dello Stato, il discorso necessariamente si sposta dal solo piano dell'articolazione organizzativa e del campionario degli strumenti a disposizione, a quello dei fini e degli obiettivi da realizzare⁽⁷⁷⁾. Detto altrimenti, il ragionamento intorno alle opzioni industriali pubbliche non può non investire la questione di “chi decide” della politica industriale, “perché”, con quali “regole” e “scopi”, giacché – e questo è il punto centrale – gli stessi obiettivi e i mezzi con cui perseguirli mutano a seconda della natura del decisore, anche considerato che il soggetto-politico pubblico può bene assumere un punto di vista differente da quello del soggetto-impresa e che i parametri di valutazione dell'operato dell'uno e dell'altro non necessariamente coincidono⁽⁷⁸⁾.

Ora, sotto questi profili, non va trascurato che, anche ritenendo il raggiungimento

finanziarizzazione dell'economia sono innumerevoli e non se ne può dare conto in modo esaustivo. Tra chi se n'è occupato in Italia vale la pena richiamare L. GALLINO, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Torino, Einaudi, 2011 e M.R. FERRARESE, *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, Bologna, il Mulino, 2017, mentre nella letteratura straniera si può rimandare, oltretutto al molto noto lavoro di T. PIKETTY, *Il capitale nel XXI Secolo*, Milano, Bompiani, 2014 (trad. it.), a W. STREECK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Milano, Feltrinelli, 2013 (trad. it.), al più radicale P. DARDOT, C. LAVAL, *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista*, Roma, DeriveApprodi, 2013 (trad. it.) e al più recente F.L. BLOCK, *Capitalismo. Il futuro di un'illusione*, Bologna, il Mulino, 2021.

⁷⁶ Di cui *supra*, para. 3.

⁷⁷ Così già P. BARCELONA, A. CANTÀRO, *Intervento pubblico, politica industriale e programmazione*, in L. PENNACCHI (a cura di), *L'industria italiana. Trasformazioni strutturali e possibilità di governo politico*, Milano, Feltrinelli, 1981, 356.

⁷⁸ *IBIDEM*, 356. Sebbene da un'angolazione non perfettamente coincidente con quella a cui si farà riferimento di seguito, ha rilevato in particolare l'impossibilità di considerare l'efficienza un parametro unico o un «monolite» capace di valutare l'operato delle società a partecipazione pubbliche e delle amministrazioni socie anche M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica tra efficienza e responsabilità*, in *Munus*, 2016, 521 ss.

dell'efficienza statica dei mercati compatibile con interventi macro-economici⁽⁷⁹⁾, capaci di accelerare il cambiamento strutturale della manifattura e dei servizi, la politica industriale, nel suo nucleo essenziale, resta l'elaborazione di «strategie che influenzano deliberatamente la trasformazione e la riorganizzazione industriale dei settori e dei paesi»⁽⁸⁰⁾. Operare scelte di politica industriale, specialmente ai fini di rideterminare la domanda interna, significa allora selezionare interessi e priorità pubbliche “generalisti”, muovendosi in un orizzonte che va oltre la mera azione “puntuale” di facilitazione complementare, indirettamente incentivante le condotte dei privati, o di finanziamento della ricerca di base e delle infrastrutture⁽⁸¹⁾.

Assunta tale prospettiva, si può comprendere come la rinuncia o la difficoltà dello Stato di definire, in sede politica, la domanda complessiva di interventi industriali ed economici, e di darvi attuazione, con una pluralità di strumenti, abbia portato a riversare sulla Cassa, non di rado in via emergenziale, compiti anche molto distanti da quelli in linea con la sua missione originaria⁽⁸²⁾.

⁷⁹ In merito, richiamando le categorie schumpeteriane di efficienza statica e dinamica, e collocandole nell'alveo dell'economia della conoscenza, appunto per evidenziarne la reciproca compatibilità, C. ANTONELLI, *Una proposta di politica industriale*, in L. PENNACCHI, R. SANNA (a cura di), *Riforma del capitalismo e democrazia economica. Per un nuovo modello di sviluppo*, Roma, Futura Editrice, 2015, 311 ss. Del resto, come rimarcato di recente anche da R. DIPACE, *Politiche e strumenti amministrativi per lo sviluppo economico*, in *Diritto amministrativo*, 2020, 903 ss., una programmazione economica, che porti allo sviluppo di politiche per obiettivi strategici, non deve affatto intendersi come antinamica alla regolazione condizionale, dovendosi a essa piuttosto necessariamente affiancare. Va peraltro aggiunto che, come osservato da E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati tecnica politica e democrazia*, Torino, Giappichelli, 2019, spec. 206, anche la regolazione condizionale, tipicamente volta a obiettivi di efficienza statica, svolge un ruolo di indirizzo della dinamica economica in senso conforme all'interesse generale.

⁸⁰ La citazione è tratta da A. JACQUEMIN, *La nuova economia industriale: meccanismi di mercato e comportamenti strategici*, Bologna, il Mulino, 1989 (trad. it.) ed è richiamata, per intero, da F. MOSCONI, *Tessendo la tela della nuova politica industriale europea. Il caso di Italia, Germania e Francia*, in *L'industria*, 2019, 614.

⁸¹ La cui importanza, ovviamente, non è affatto da tralasciare, dovendo anzi, tale azione, essere perfezionata, come rilevato, da ultimo, da S. DEL GATTO, *Poteri pubblici, iniziativa economia e imprese*, Roma, Roma Tre University Press, 2019, spec. 204 ss. e da F. BASSANINI, G. NAPOLITANO, L. TORCHIA nell'introduzione al volume F. BASSANINI, G. NAPOLITANO, L. TORCHIA (a cura di), *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, cit., 9 ss. Resta tuttavia anche vero che, in assenza di una politica dei fattori, la produttività nazionale finisce per coincidere, in modo pressoché perfetto, con la semplice somma della produttività delle imprese.

⁸² Cfr. A. PISANESCHI, *op. cit.*, 109, il quale solleva anche il problema del *know how* dell'istituto rispetto all'esercizio di tali attività.

Ciò ha imposto inevitabili mutamenti e qualche forzatura delle stesse “regole d’ingaggio” dell’istituto nelle vicende economiche nazionali, come testimoniato, solo per riferirsi all’ultimo e più significativo esempio, dallo smottamento dell’argine del divieto di investire in imprese in squilibrio economico-finanziario, avutosi con la costituzione del Patrimonio Rilancio⁽⁸³⁾.

Certo, l’azione della Cdp, anche nel caso appena citato, è sempre contornata da numerose cautele, tra l’altro non esenti da possibili critiche, come per la scelta di escludere *tout court*, in via normativa, che le imprese possano vantare diritti o interessi legittimi rispetto all’intervento del Patrimonio Rilancio⁽⁸⁴⁾. A ciò va poi aggiunto che, dopo la mancata conclusione di operazioni nel quadro del *framework* temporaneo, lo strumento in questione ha trovato applicazione episodica, e non sistemica o strutturale, come pure era stato preconizzato da alcuni⁽⁸⁵⁾.

A ogni modo, la problematica generale, sollevata, da ultimo, dall’istituzione di tale strumento di supporto alle imprese, ma destinata immancabilmente a riproporsi, concerne la difficile individuazione di meccanismi di investimento che, senza mettere oltremodo in tensione le regole a presidio della concorrenza, rischiando di produrre un effetto di “spiazzamento” delle imprese private sul mercato, siano comunque in grado di orientare l’investimento statale verso obiettivi di efficienza, anche sociale, non coincidenti con la mera efficienza economica⁽⁸⁶⁾.

Sul punto, è da notare che mentre la disciplina del Patrimonio Rilancio è apparsa effettivamente ruotare intorno alla consolidata idea della valutazione di finanziamento come operazione imperniata sull’esame dell’«intrinseco equilibrio-e-

⁸³ Su cui, anche, V. TURCHINI, *I fondi gestiti da società partecipate: le novità del Fondo Patrimonio PMI di Invitalia e del Patrimonio Rilancio gestito da CDP*, in F. BASSANINI, G. NAPOLITANO, L. TORCHIA (a cura di), *Lo Stato promotore. Come cambia l’intervento pubblico nell’economia*, cit., 148 ss.

⁸⁴ Art. 27, co. 1, d.l. n. 34/2011.

⁸⁵ Non sono rinvenibili dati ufficiali aggiornati relativi al funzionamento dei tre ambiti di operatività del Patrimonio Rilancio, costituiti dal Fondo Nazionale Supporto Temporaneo (FNST), dal Fondo Nazionale Supporto Temporaneo (FNST) e dal Fondo Nazionale Ristrutturazione Imprese (FNRI), se non quelli relativi alla progressiva erosione della provvista di esso. A ogni modo, fonti giornalistiche riferiscono che, al 2023, sarebbero state approvate complessivamente 21 operazioni per circa 300 milioni di euro.

⁸⁶ Posto che l’efficienza dell’impresa pubblica dovrebbe distinguersi da quello dell’impresa privata, dovendo misurare, fuori dal parametro del bilancio e dei dividendi, le esternalità generate su lavoratori, banche, fornitori, territorio e istituzioni. Lo ricorda, in modo non isolato, S. BIASCO, *L’idea di impresa pubblica nel mutare del clima culturale*, in *Italianieuropei*, 2017, 1 ss. A un livello più generale, la riflessione sulle finalità sociali da conferire al capitalismo è stata recentemente ripresa, tra gli altri, da L. PENNACCHI, *Democrazia economica. Dalla pandemia a un nuovo umanesimo*, Roma, Castelvecchi, 2021, spec. 72 ss.

conomico finanziario»⁽⁸⁷⁾ della «singola iniziativa imprenditoriale», nel quadro canonico della *business judgment rule*⁽⁸⁸⁾, il nuovo piano di sviluppo della Cassa pare muoversi entro una prospettiva più articolata. Con esso, infatti, si esplicita che, oltre alla fattibilità legale e all'addizionalità economica degli investimenti o dei finanziamenti, nella definizione degli interventi dell'istituto si dovrà altresì contemplare la coerenza strategica di essi, anche rispetto a tematiche ambientali, sociali, economiche e di sostenibilità, introducendo, in questa maniera, almeno sulla carta, una possibile programmazione articolata, di medio e lungo termine⁽⁸⁹⁾. Non sfugge che, se davvero percorsa in maniera non solo formale, la via dell'inclusione di un momento programmatico, non meramente economicistico, si porrebbe anche in piena coerenza con la rinnovata attenzione per l'indirizzo e il coordinamento dell'economia pubblica, specie in chiave ambientale, plasticamente cristallizzata nella riforma dell'art. 41 della Costituzione⁽⁹⁰⁾.

Discorsi comparabili a quelli fatti per tale profilo "industriale" della Cdp sono validi anche per la costruzione del ruolo di *holding* di partecipazioni pubbliche dell'istituto e per la questione del governo della corrispondente galassia societaria, di cui si è già detto.

A riguardo, vale solo la pena ribadire che Cdp, nei limiti delle proprie possibilità, ha positivamente proceduto a cercare di porre dentro una rete di relazioni coerenti le diverse partecipate dello Stato, sopperendo anche a una certa inerzia del Tesoro⁽⁹¹⁾. Al contempo però, e fermo restando che la Cassa opera in una logica

⁸⁷ Così A. ZOPPINI, *Note sparse a margine del patrimonio destinato di Cassa Depositi e Prestiti*, Riv. società, 2020, 961.

⁸⁸ Il cui corollario, come rimarcato da M.R. FERRARESE, *Le imprese: dalla terraferma dell'economia agli incerti mercati finanziari*, in *op. cit.*, 140, consiste nell'allontanamento dalla concezione industriale dell'impresa e nella tendenza a non reinvestire in essa ma nell'incrementare profitti e dividendi. Si aggiunga, oltretutto, che questa dinamica, là dove, come accade in molti casi in Italia, si manifesti in presenza di investitori stranieri porta, di fatto, a spostare la ricchezza prodotta all'estero.

⁸⁹ Programmazione affatto facile se si considera che obiettivi sociali e ambientali possono benissimo porsi in contrasto tra di loro, come dimostrato plasticamente, per esempio, dalle drammatiche vicende dell'Ilva e, che dunque richiede un bilanciamento, talvolta drammatico, tra diversi interessi. Sul punto, si veda E. MORLINO, *Amministrare e punire*, Milano, FrancoAngeli, 2020, *passim*.

⁹⁰ Cfr., tra i molti, anche con riferimento all'impatto di tale riforma sulle amministrazioni, F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Diritto amministrativo*, 2021, 779 ss. In una prospettiva costituzionalistica, invece, si veda almeno R. BIFULCO, *Ambiente e cambiamento climatico nella Costituzione italiana*, in *Rivista Aic*, 2023, 132 ss.

⁹¹ Ciò è valso soprattutto per le società sulle quali Cdp esercita direzione e coordinamento, come per

di *holding* finanziaria e non di gruppo industriale integrato, l'assenza di strumenti capaci di orientare *ex ante*, in modo esplicito, informato e trasparente, la missione industriale verso obiettivi comuni all'intero sistema economico del paese, fa sì che la proiezione pubblica dell'istituto sia rimessa all'interpretazione del *management* e i rapporti, per lo più informali, tra esso e la politica⁽⁹²⁾.

Da qui può discendere una complessiva dispersione della capacità delle società partecipate di incidere sul sistema nazionale integrato delle filiere produttive, nonché la stessa difficoltà di fornire un giudizio sulle scelte di investimento della Cdp, delle quali, in effetti, in passato è accaduto di poter cogliere la razionalità economica ma meno la logica complessiva di fondo e la correlata proiezione strutturale per l'economia italiana⁽⁹³⁾.

5. LA CASSA DEPOSITI E PRESTITI E L'AZIONARIATO DI STATO DENTRO E OLTRE IL PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA

Si è detto che l'arrivo dei fondi del piano *Next Generation EU* e l'attuazione del Pnrr hanno inciso sulle traiettorie di azione della Cassa depositi e prestiti, modellandone l'operatività in almeno due modi diversi.

In un senso, con la gestione diretta e indiretta di fondi del Piano e con il supporto complementare a progetti già in parte finanziati da quest'ultimo, la Cdp si è trovata collocata, in varie vesti, al crocevia di quell'enorme massa di interventi che necessariamente finirà per incidere sulla futura competitività delle imprese nazionali e sulla prossima struttura del tessuto produttivo italiano⁽⁹⁴⁾.

In aggiunta a ciò, alla Cassa è stata demandato, ben oltre quanto fatto nel passato,

il caso di Cdp Industria. Particolarmente rilevante è poi il caso di Cdp Reti, essendo, come si è detto, strutturata per la *partnership* industriale con soggetti esteri.

⁹² Si tratta di una delle interessanti considerazioni formulate del gruppo di studio (composto, tra gli altri, da Fabrizio Barca, Edoardo Reviglio e Andrea Roventini) che ha elaborato, per conto del Forum Disuguaglianze e Diversità, il rapporto *Missioni strategiche per le imprese pubbliche italiane, Un'opportunità per guidare lo sviluppo del Paese*, 2020, 35 ss. Il documento, anche per la parte di proposte, merita un'attenta lettura.

⁹³ In questo senso, già G. VIESTI, *Alcuni problemi di governance della politica industriale italiana*, in F. ONIDA, G. VIESTI (a cura di), in *La nuova politica industriale*, Firenze, Passigli, 2016, 50.

⁹⁴ Gli stanziamenti per il sostegno alle imprese ammontano infatti alla cifra enorme di circa 38 miliardi di euro, che seppure non venisse spesa interamente non potrebbe non avere un qualche effetto sulla formazione del capitalismo italiano.

un ruolo di supporto tecnico-operativo alle amministrazioni nazionali, regionali e locali in tutto il ciclo degli investimenti del Pnrr, a partire dalla definizione e dall'avvio delle procedure di affidamento, sino a quello dell'attuazione, del monitoraggio e della valutazione dei risultati raggiunti⁽⁹⁵⁾.

Rispetto a queste due direzioni delle attività della Cassa, e a quanto sin qui notato sull'attuale contesto entro cui si esplica oggi il ruolo economico dei poteri pubblici, è dunque opportuno svolgere alcune considerazioni d'insieme, in parte sovrapponibili.

Va intanto rimarcato che il Pnrr, anche dopo il primo periodo di sua attuazione, non pare aver offerto una visione d'insieme chiara né delle future opzioni di politica industriale, né del ruolo che, all'interno di esse, dovrebbero complessivamente giocare le società pubbliche⁽⁹⁶⁾. Le sei «missioni» previste dal Piano⁽⁹⁷⁾, infatti, paiono essere declinate principalmente in una logica orizzontale, ricorrendo a molteplici progetti di spesa⁽⁹⁸⁾, senza individuare le principali traiettorie tecnologiche da imprimere all'industria, i settori sui quali fare leva e i compiti e le responsabilità dei molti attori istituzionali, tra cui la Cdp stessa e le altre società in mano pubblica, chiamati a dare attuazione alle *policies* attorno a cui far crescere il sistema delle imprese⁽⁹⁹⁾.

Certo, trovandosi di fronte a un novero di interventi così ampio, in forte discontinuità, almeno sul piano quantitativo, con il passato, non mancano iniziative di grande interesse, che spesso vedono la Cassa depositi e prestiti tra i protagonisti,

⁹⁵ Cfr. spec. art 10, commi 2, 4 e 5, d.l. 31 maggio 2021, n. 77. Sull'attuazione di tale attività di *advisory* si vedano i dati citati *supra*, para 2.

⁹⁶ Cfr. M. PIANTA, *La politica industriale al tempo del PNRR*, in *Il Mulino*, 2021, 152 ss.

⁹⁷ Al di là della distinzione tra missioni e priorità trasversali, è evidente che alcune delle missioni, specie quelle riferibili alla digitalizzazione, alla transizione ecologica e all'istruzione e ricerca, hanno carattere orizzontale, riguardando praticamente tutta la società e l'economia. Criticamente, su tali profili, e specie sul peso delle riforme nell'attuazione del Pnrr, M. RENNA, *Il cambiamento necessario: una contraddizione o una sfida?*, in *Dir. pubbl.*, 2021, spec. 164 ss.

⁹⁸ Non è da sottovalutare il dato, rilevato da Z. DARVAS E S. TAGLIAPIETRA, *Setting Europe's economic recovery in motion: a first look at national plans*, *Bruegel Blog*, 29 aprile 2021, per il quale l'Italia è il paese europeo a spendere per più missioni, fuori dalla transizione ecologica e digitale, che costituiscono gli obiettivi prioritari per l'Ue.

⁹⁹ Interessante, in tale senso, è osservare che invece in Francia, contestualmente alla presentazione del Pnrr, il Governo ha varato anche una nuova strategia industriale, attraverso un piano, dal valore di 30 miliardi, denominato «France 2030» che, per l'appunto, focalizza l'intervento pubblico su di una serie di settori e missioni, in linea peraltro con le ultime indicazioni sulla politica industriale forniti dall'Unione europea.

come nel caso della costituzione del Polo strategico nazionale per la digitalizzazione della pubblica amministrazione⁽¹⁰⁰⁾.

Nonostante alcuni esempi positivi, si rinviene tuttavia, nell'impostazione complessiva delle misure del Pnrr per le imprese, la rinuncia, tipica delle stagioni più recenti, a dare forma a una visione chiara della rilevanza strategica dell'intervento pubblico in rapporto al percorso di specializzazione guidato dai mercati, nell'ottica di spingere manifattura e servizi avanzati sulla frontiera dell'innovazione⁽¹⁰¹⁾. In questo scenario, si coglie, allora, l'impossibilità di scindere la questione dell'elaborazione di un moderno campionario di mezzi di politica industriale da quella di ripensare complessivamente l'organizzazione dell'azionariato statale, anche a livello amministrativo⁽¹⁰²⁾.

Un nodo fondamentale resta, allora, quello di restituire centralità all'indirizzo e al monitoraggio istituzionale delle imprese pubbliche, liberando soggetti come la stessa Cdp da compiti che appaiono più la stratificazione di scelte dettate da contingenze e ideologie passate e che spingono l'istituto fuori dal suo terreno di sviluppo ideale, che è essenzialmente quello tipico delle banche di promozione⁽¹⁰³⁾. Ciò è peraltro particolarmente urgente in una stagione, come quella attuale, in cui la stessa Cassa depositi e prestiti, nel suo piano di sviluppo, pare enfatizzare l'importanza di creare una sinergia, anche programmatica, tra i macro-obiettivi di crescita indicati dal Pnrr, e la propria azione⁽¹⁰⁴⁾.

Anche qui, tuttavia, va detto che, a fronte di alcune esperienze estere a cui si sarebbe potuto guardare, a partire da quella francese dell'Agence des Participations

¹⁰⁰ Costituito insieme a Tim, Leonardo e Sogei, da Cdp Equity. A riguardo, si vedano G. NAPOLITANO, *Il partenariato pubblico-privato per la realizzazione del Polo strategico nazionale*, in *Giornale dir. amm.*, 2021, 703 ss. e A. SANDULLI, *Lo "Stato digitale". Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 581 ss.

¹⁰¹ Di questo avviso anche G. VIESTI, *Riuscirà il Pnrr a rilanciare l'Italia?*, cit., 81 ss. e spec. 83, il quale rimarca proprio come il Pnrr esprima fiducia verso la «capacità del sistema produttivo di evolvere grazie ai segnali di mercato e di riguadagnare competitività internazionale attraverso la riduzione dei costi di investimento delle imprese».

¹⁰² Cfr. E. FELICE, U. PAGANO, *Il declino dell'economia italiana. Una riflessione che parte dal pensiero di Marcello De Cecco*, in *L'industria*, 2019, 193, sottolineando la percorribilità di una strada che, partendo da riforme della burocrazia e dal ruolo delle imprese statali, conduca verso un modello di sviluppo fondato su innovazione e produzioni ad alto contenuto tecnologico, preferibilmente in un contesto di integrazione delle politiche industriali a livello europeo.

¹⁰³ Nello stesso senso, A. PISANESCHI, *op. cit.*, spec. 107 – 109.

¹⁰⁴ V. *supra*, para 5.

de l'État (Ape)⁽¹⁰⁵⁾, piuttosto minimale e non priva di profili controversi, appare la recente scelta italiana di procedere a una mera riorganizzazione del Dipartimento del Tesoro, creando un Dipartimento dell'economia, a funzioni sostanzialmente invariate, anche in materia di governo delle partecipate statali⁽¹⁰⁶⁾.

Questo mentre proprio la memoria delle disfunzioni dello storico sistema delle partecipazioni statali, frutto dell'intreccio tra politica, imprese pubbliche e amministrazioni, dovrebbe spingere verso soluzioni più innovative, in grado di conferire una fisionomia dello Stato azionista che sia, insieme, meno accidentale, maggiormente evoluto e tecnicamente più resistente a possibili deformazioni, oltreché attento alla valorizzazione degli *stakeholders*⁽¹⁰⁷⁾. Tale questione dovrebbe peraltro

¹⁰⁵ Il modello francese è stato richiamato da Romano Prodi, facendo riferimento anche all'azione del governo del francese nel settore dell'industria automobilistica e aggiungendo che l'esperienza di oltralpe potrebbe essere trapiantata in Italia con la costituzione di una *sub-holding* in seno a Cdp e con l'adozione del voto plurimo. Cfr. R. PRODI, *Proposte per rilanciare il Paese con una nuova politica industriale*, Il Messaggero, 1 dicembre 2019. Diversamente, la proposta formulata dal gruppo di studio che ha redatto il citato rapporto *Missioni strategiche per le imprese pubbliche italiane, Un'opportunità per guidare lo sviluppo del Paese* si appunta sull'eventuale tripartizione tra «una funzione tecnica», da assegnare a un organo di esperti da costituire in seno al Mef, una «funzione politica», da far esercitare dal Mef in concerto con il Governo e le altre amministrazioni, anche locali, e una «funzione di presidio» essenzialmente da demandare agli amministratori delle imprese. Al di là del contenuto di tali proposte, è evidente che esse hanno come tratto comune la necessità di potenziare il sistema delle partecipazioni statali e, specie per la seconda, di fornirgli una maggiore legittimazione democratica, guardando all'Ape francese. Quanto a quest'ultima, utile, per inquadrarne funzioni e risultati, è la lettura dell'ultimo *Rapport d'Activité*, 2018 - 2019, disponibile su www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/agence-participations-etat/Documents/Rapports-de-l-Etat-actionnaire/2019/COR_231019_RA_APE-web.pdf.

¹⁰⁶ Ci si riferisce al dpcm n. 126 del 26 luglio 2023. Un primo commento a tale riforma, invero piuttosto entusiastico, si trova in D. LANFRANCO, *Riorganizzazione del Mef: una riforma silenziosa*, in *Osservatorio Aic*, 2023, 72 ss. Si condividono invece appieno le considerazioni di L. CASINI, *Cultura e pubbliche amministrazioni nel "decreto giustizia": tra riorganizzazioni e spoils system*, in *Aedon*, 2023, 1 ss., il quale, sebbene riferendosi al Ministero della cultura, introduce una riflessione generale sulle riforme ministeriali della corrente stagione, rimarcando, oltre all'anomalia temporale di queste riorganizzazioni, il fatto che, mancando con esse l'attribuzione di nuove o ulteriori funzioni, non si può escludere che tali sforzi riformisti celino soprattutto l'esigenza politica di avere un avvicendamento negli incarichi apicali. Per comprendere le complesse dinamiche che connotano l'organizzazione e il funzionamento del Ministero dell'economia, e che dovrebbero dunque essere ben ponderate per implementare delle riforme, molto utile è la lettura di V. BONTEMPI, *L'amministrazione finanziaria dello Stato. La gestione della finanza pubblica in un sistema di governo multilivello*, Milano, FrancoAngeli, 2022, *passim*.

¹⁰⁷ Così, si è giustamente osservato che la Cdp dovrebbe restare tecnicamente equidistante dai vari interessi coinvolti nella propria azione, ma questo non dovrebbe impedire, per esempio, di coinvolgere più attivamente gli *stakeholders*, per esempio definendo patti parasociali con i soci privati per l'assegnazione

essere oggi affrontata anche tenendo a mente che, come è stato ipotizzato, l'elasticità di manovra della Cassa potrebbe rendere l'ingresso temporaneo dell'istituto nell'azionariato di imprese soggette all'esercizio del *golden power*, in alternativa al blocco totale delle operazioni, un utile strumento di controllo di settori strategici⁽¹⁰⁸⁾.

Quanto appena evidenziato, in particolare sul legame tra riforme amministrative e funzioni della Cassa depositi e prestiti, trova conferma soffermandosi anche sull'implementazione della funzione di assistenza tecnica della Cassa a favore delle amministrazioni⁽¹⁰⁹⁾.

Al di là di alcune perplessità che può destare l'inquadramento giuridico di tale attività, specie con riferimento alla compatibilità di essa con le regole dell'evidenza pubblica, è evidente che ci si trova innanzi al tentativo di mettere in comunicazione tra loro l'obiettivo del rilancio degli investimenti e quello del rafforzamento della capacità e dell'estensione del campo di azione delle pubbliche amministrazioni e delle società a prevalente partecipazione pubblica⁽¹¹⁰⁾. Sarebbe, perciò, una sostanziale deformazione della stessa finalità dell'*advisory* se questa funzione si riducesse a sola "stampella burocratica", senza innestare, nel tempo, grazie agli sforzi della Cdp, un percorso virtuoso di accrescimento delle capacità tecniche dell'amministrazione⁽¹¹¹⁾.

di uno o più seggi negli organi delle società a favore dei portatori di interesse. Cfr. M. PALMIERI, F. VELLA, *Regole chiare per lo Stato investitore*, in *La Voce.info*, 2020 (www.lavoce.info/archives/68021/68021/).

¹⁰⁸ Così M. DUGATO, *I golden powers tra espansione ed atipicità*, in *Munus*, 2023, VII. La possibilità è stata peraltro prevista esplicitamente all'art. 2, d.l. 5 dicembre 2022, n. 187, convertito con l. 1° febbraio 2023, n. 10, che prevede, dopo l'esercizio dei poteri speciali, condizioni "premianti" a misure di capitalizzazione, tramite anche Patrimonio Rilancio, per quelle imprese che hanno tempestivamente rispettato gli obblighi di notifica. Un qualche interesse potrebbe inoltre destare il possibile ingresso, per garantire continuità aziendale e salvaguardia dei lavoratori, anche l'ingresso temporaneo dell'istituto nel capitale di imprese soggette a congelamenti ex d.lgs. 22 giugno 2007, n. 109, esponenzialmente cresciuti dopo il conflitto russo-ucraino.

¹⁰⁹ A riguardo, approfonditamente, G. MOCAVINI, *L'assistenza delle società a partecipazione pubblica nel PNRR*, in *Giornale dir. amm.*, 2022, 728 ss.

¹¹⁰ In merito, se si ritiene, anche A. AVERARDI, *PNRR, investimenti e partecipate pubbliche*, nella medesima *Rivista*, 2022, 298 ss. Le citate perplessità paiono condivise da G. MULAZZANI, *La Cassa depositi e prestiti e la riforma amministrativa dell'economia*, cit., 328.

¹¹¹ Inutile dire quanto acuto sia il problema non solo della qualità complessiva della burocrazia italiana ma anche quello della de-quotazione delle competenze tecniche dell'amministrazione. In merito, tra i molti, L. FIORENTINO, *I corpi tecnici nelle amministrazioni: problemi attuali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 479 ss. e L. SALTARI, *Che resta delle strutture tecniche nell'amministrazione pubblica italiana?*, nella medesima *Rivista*, 2019, 249 ss.

Anche in questa prospettiva, e in un'ottica di lungo periodo, che vada oltre il Pnrr, si tratta quindi di evitare che le consuete fatiche del riformismo amministrativo italiano⁽¹¹²⁾ finiscano per scaricarsi oltremisura sulla Cassa depositi e prestiti, trasformandola stabilmente in una «istituzione parallela» per l'espletamento di attività ordinarie, tecnicamente amministrative⁽¹¹³⁾.

Il rischio che si corre, procedendo in senso diverso, d'altronde, è quello di sminuire il valore stesso dell'innovazione istituzionale, costituita dall'aver strutturato la Cdp con caratteristiche differenti dal modello dell'amministrazione tradizionale, ingessando paradossalmente l'istituto entro regole rigide o discutibili, con il solo fine (in altro modo perseguibile) di evitare che a esso venga chiesto di svolgere un improprio e poco controllabile compito di supplenza burocratica e/o politica.

ABSTRACT

L'articolo analizza l'evoluzione del ruolo della Cassa depositi e prestiti nell'attuale scenario soffermandosi in particolare su profili di politica industriale, anche legati all'attività dell'istituto da holding pubblica.

The article analyses the evolution of the Cassa Depositi e Prestiti's role in the current scenario, focusing in particular on industrial policy profiles, also related to the institution's activity as a public holding company.

¹¹² Sulle cui dinamiche, da ultimo, L. TORCHIA, voce *Riforma amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., 993 ss.

¹¹³ Per un inquadramento storico di tale nozione e del peso avuto nella storia dell'intervento pubblico in economia, su tutti, S. CASSESE, *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, cit., 283 – 285.

MARIAFRANCESCA COCUCCHIO

(Ricercatore di Diritto privato nell'Università di Messina)

**MATRIMONIO, UNIONE CIVILE E RETTIFICAZIONE DI SESSO:
TRA REGOLE GIURIDICHE E TUTELA DEI DIRITTI DELLA PERSONA***

Sommario: 1. Premessa 2. La disciplina sulle unioni civili 3. Matrimonio e unione civile: analogie e differenze 4. *Segue.* La rettificazione di sesso: ricadute sull'unione civile

1. PREMESSA

Il lavoro prende spunto da una recente sentenza della Corte costituzionale⁽¹⁾, che decidendo su un argomento di particolare rilievo dogmatico, quale quello della rettificazione di attribuzione di sesso che determina lo scioglimento dell'unione civile, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 1, comma 26, della legge 20 maggio 2016 n. 76 (*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*). La questione di incostituzionalità riguarda la parte in cui la norma stabilisce che «la sentenza di rettificazione anagrafica di attribuzione di sesso determina lo scioglimento automatico dell'unione civile, senza prevedere, laddove l'attore e l'altra parte dell'unione rappresentino personalmente e con-

* Il contributo ha superato la *double blind peer review*.

¹ Corte Cost., 22 aprile 2024 n. 66. La sentenza è annotata in *Fam. dir e pers.*, 2024, 955, con nota di E. GIACOBBE, *Rettificazione di attribuzione di sesso e scioglimento dell'unione civile: differenziare equiparando*.

Sul punto v. anche Corte Cost., 9 novembre 2022 n. 269, per la quale «sono dichiarate inammissibili, per difetto di rilevanza, le questioni di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 2, 3, primo comma, 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU, del combinato disposto degli artt. 1, comma 26, della legge n. 76 del 2016, 31, commi 3 e 4- bis, del d.lgs. n. 150 del 2011, e 70-*octies*, comma 5, del d.P.R. n. 396 del 2000, il quale, non attribuisce alla coppia omoaffettiva, che, unita civilmente, abbia conosciuto la rettifica anagrafica del sesso di uno dei suoi componenti, il diritto, nell'acquisita eterosessualità, di transitare verso il matrimonio, senza interruzione del pregresso vincolo, così conservando diritti ed obblighi in precedenza maturati».

giuntamente al giudice, fino all'udienza di precisazione delle conclusioni, l'intenzione di contrarre matrimonio, che il giudice disponga la sospensione degli effetti derivanti dallo scioglimento del vincolo fino alla celebrazione del matrimonio e comunque non oltre il termine di centottanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione».

La questione era stata sollevata dal Tribunale di Torino durante il giudizio di rettificazione anagrafica di attribuzione di sesso (fondata su «disforia di genere» e conseguente transizione dal genere maschile a quello femminile) introdotto da uno dei due soggetti legati da unione civile che chiedeva in caso di accoglimento della domanda e ricorrendone le condizioni di legge, la trasformazione dell'unione civile in matrimonio (nell'osservanza delle forme previste per la opposta ipotesi di conversione del matrimonio). Per la eventualità di rigetto della domanda, lo stesso deduceva l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 26, della legge n. 76 del 2016 nella parte in cui prevede, in caso di accoglimento della domanda di rettificazione di attribuzione di sesso di uno dei componenti di una unione civile, l'automatico scioglimento della stessa, senza possibilità della sua trasformazione in matrimonio previa dichiarazione resa dalle parti davanti al giudice della rettificazione, con conseguente soluzione di continuità delle tutele riconosciute dall'ordinamento al precedente vincolo.

Nel corso del procedimento il giudice *a quo* riteneva fondata la domanda di rettificazione anagrafica di attribuzione di sesso e constatava che le parti dell'unione civile si sarebbero trovate prive di protezione nel lasso temporale⁽²⁾ (di durata imponderabile e che prescinde dalla loro volontà) intercorrente tra il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione anagrafica di sesso e la volontà di entrambe di celebrare il matrimonio, con una discontinuità nella tutela, destinata ad integrare una ingiustificata disparità di trattamento di situazioni analoghe (art. 3 Cost.) ed una limitazione della libertà fondamentale dell'individuo (art. 2 Cost.), con violazione dei doveri di solidarietà propri dell'unione civile come gruppo sociale strutturato e legalmente riconosciuto. Evidenziava anche una lesione del

² Diversamente la legge n. 76/2016, all'art. 1, comma 27, prevede che alla rettificazione di sesso di uno dei coniugi, ove gli stessi abbiano manifestato volontà di mantenere in vita il vincolo di coppia, consegue automaticamente l'instaurazione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. Ciò nel pieno rispetto dell'orientamento della Corte costituzionale (11 giugno 2014 n. 170) con la quale erano stati ritenuti incostituzionali gli artt. 2 e 4, l. 14 aprile 1982 n. 164, nella parte in cui non prevedevano che la sentenza di rettificazione di sesso di uno dei coniugi, avesse consentito di mantenere in vita un rapporto di coppia su richiesta dei coniugi stessi.

diritto alla vita privata e familiare, tutelato dalla giurisprudenza unionale (art. 117, primo comma, Cost., e, quali parametri interposti, artt. 8 e 14 CEDU), in danno della coppia omoaffettiva non venendo preservato il fulcro dei diritti acquisiti e dei rapporti goduti nella vigenza del regime dell'unione civile⁽³⁾.

La Corte rilevava, inoltre, la disparità di trattamento rispetto all'ipotesi speculare, in cui il percorso di transizione di genere sia attraversato da una coppia in origine eterosessuale, e unita in matrimonio: in tal caso l'art. 1, comma 27, della stessa legge n. 76 del 2016 dispone che, «ove i coniugi abbiano manifestato personalmente e congiuntamente al giudice, nel corso del giudizio per rettificazione di sesso, la volontà di proseguire la loro relazione dando vita ad una unione civile, alla rettificazione di sesso consegue l'automatica instaurazione dell'unione civile»⁽⁴⁾.

³ Il Tribunale di Torino censura, in riferimento agli artt. 2, 3 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU: l'art. 1, comma 26, della legge n. 76 del 2016, che dispone che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei componenti dell'unione civile determina lo scioglimento della stessa senza prevedere la possibilità della sua conversione in matrimonio, previa dichiarazione congiunta delle parti, senza soluzione di continuità con il precedente vincolo, come previsto dall'art. 1, comma 27, della stessa legge con riguardo alla ipotesi speculare della conversione del matrimonio in unione civile; l'art. 31, comma 4-bis, d.lgs. n. 150 del 2011, nella parte in cui non prevede che la persona che ha proposto la domanda di rettificazione di attribuzione di sesso e l'altro contraente dell'unione civile possano, fino alla precisazione delle conclusioni, con dichiarazione congiunta, resa personalmente in udienza, esprimere la volontà, in caso di accoglimento della domanda, di unirsi in matrimonio, effettuando le eventuali dichiarazioni riguardanti il regime patrimoniale e la conservazione del cognome comune, come disposto per il caso opposto di conversione del matrimonio in unione civile, nonché nella parte in cui non prevede che il tribunale, con la sentenza che accoglie la domanda, ordini all'ufficiale dello stato civile del comune di costituzione dell'unione civile, o di registrazione se costituita all'estero, di iscrivere il matrimonio nel relativo registro e di annotare le eventuali dichiarazioni rese dalle parti relative alla scelta del cognome ed al regime patrimoniale; l'art. 70-octies, comma 5, d.P.R. n. 396 del 2000 nella parte in cui non prevede che l'ufficiale dello stato civile, ricevuta la comunicazione della sentenza di rettifica di sesso, e cessata l'unione civile per sopraggiunta eterosessualità dei suoi componenti, proceda alla trascrizione del matrimonio nell'apposito registro.

⁴ Corte Cost., 11 giugno 2014 n. 170, in *Iustitia*, 2015, 17 con nota di C. CAMPIGLIO, F. MOSCONI, *Prosegue il dialogo tra le Corti: il matrimonio resta eterosessuale*, in *Fam. e dir.*, 2014, 865, con nota di V. BARBA, *Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali: il caso del matrimonio omosessuale*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 149, con nota di L. BOZZI, *Mutamento di sesso di uno dei due coniugi e "divorzio imposto": diritto all'identità di genere vs paradigma della eterosessualità del matrimonio*, ha dichiarato, anteriormente alla entrata in vigore della legge sulle unioni civili e all'aggiunta del comma 4-bis all'art. 31 del d.lgs. n. 150 del 2011, l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge n. 164 del 1982 e, in via consequenziale, dell'art. 31, comma 6, dello stesso d.lgs. n. 150, nella speculare vicenda del cosiddetto "divorzio imposto", per la mancata previsione che, su concorde richiesta dei coniugi, allo scioglimento del matrimonio che si accompagna al pronunciato cambio di sesso di uno di essi, consegua, in continuità, il mantenimento di un rapporto di coppia giuridicamente regolato con

Investita della questione, la Corte costituzionale ha escluso la violazione dell'art. 3 Cost., sottolineando che, se pure il vincolo derivante dalla unione civile produce effetti molto simili a quelli del matrimonio, si tratta pur sempre di effetti non del tutto coincidenti, e, in parte, di estensione ridotta rispetto al vincolo coniugale, e ricompresa nel più ampio spettro dei diritti ed obblighi da questo originati. La obiettiva eterogeneità delle situazioni a confronto esclude, pertanto, la fondatezza del dubbio di contrasto con l'art. 3 Cost.

Quanto al sospetto di contrasto della disciplina censurata con l'art. 2 Cost., la Corte ha anzitutto evidenziato che l'unione civile costituisce una formazione sociale in cui i singoli individui svolgono la propria personalità, connotata da una natura solidaristica non dissimile da quella propria del matrimonio, in quanto comunione spirituale e materiale di vita, ed esplicazione del diritto fondamentale della persona di vivere liberamente una condizione di coppia, con i connessi diritti e doveri⁽⁵⁾.

L'automatico scioglimento del vincolo dell'unione civile per il cambiamento di sesso, a fronte dell'accordo dei due *partner* di restare legati in matrimonio, crea «un vuoto di tutela, a causa del venir meno del complessivo regime di diritti e doveri di cui era titolare in costanza dell'unione civile». E questa mancanza di tutela nel passaggio da una relazione giuridicamente riconosciuta, l'unione civile, ad un'altra, il matrimonio, «entra irrimediabilmente in frizione con il diritto inviolabile della persona alla propria identità» di cui il percorso di sessualità costituisce espressione⁽⁶⁾.

altra forma di convivenza registrata che tuteli adeguatamente i diritti e gli obblighi della coppia, con le modalità da statuirsi dal legislatore.

V. anche Cass. civ., Sez. I, 21 aprile 2015 n. 8097: ha ritenuto costituzionalmente non tollerabile la caducazione automatica del matrimonio, poiché l'interruzione del rapporto che essa determina instaura una soluzione di massima indeterminatezza nel rapporto affettivo già costituito, dovendosi pertanto conservare in capo ai coniugi, pur a seguito della rettificazione di attribuzione di sesso di uno di essi, il riconoscimento dei diritti e dei doveri conseguenti al matrimonio sino all'intervento del legislatore, necessario per consentire alla coppia di mantenere in vita il rapporto con altra forma di convivenza registrata che ne tuteli adeguatamente diritti ed obblighi.

⁵ Sul punto v. Cass. civ., Sez. III, 27 aprile 2017 n. 10377; Cass. civ., Sez. III, 23 febbraio 2016 n. 3505; Cass. civ., Sez. I, 25 gennaio 2016 n. 1266; Cass. civ., Sez. I, 22 gennaio 2014 n. 1277; Cass. civ., Sez. II, 21 marzo 2013 n. 7214; Cass. civ., Sez. VI, 29 maggio 2019 n. 14746.

⁶ Si è voluto salvaguardare il diritto inviolabile della persona di mantenere senza soluzione di continuità la pregressa tutela derivante dall'unione civile (propria del precedente *status*) una volta condotto a compimento il percorso di affermazione della propria identità di genere, mirando ad escludere un “*sacrificio integrale del progresso vissuto*”, per usare le parole della Corte. L'impianto normativo attuale,

Ed ancora la Corte, non potendo estendere le norme sulla conversione del matrimonio in unione civile, in caso di rettificazione di sesso di uno dei componenti della coppia *same sex*, con una vera e propria opera di creazione del diritto, perviene alla conclusione che la rettificazione anagrafica di sesso non determina di per sé lo scioglimento dell'unione civile, quando entrambe le parti dell'unione stessa, davanti al giudice ed entro l'udienza di precisazione delle conclusioni, abbiano manifestato l'intento di contrarre matrimonio. Detto scioglimento deve rimanere, pertanto, sospeso per un termine massimo, individuato in quello fissato dal codice civile per la celebrazione del matrimonio a far data dalle pubblicazioni (centottanta giorni *ex art. 99, comma 2, c.c.*) e non può che decorrere, nel caso di specie, dal passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione del sesso, che resta sospesa limitatamente all'effetto dell'automatismo solutorio del vincolo.

In altri termini, la sospensione dello scioglimento del vincolo lascia alle parti la facoltà di procedere alla celebrazione del matrimonio, realizzando quella volontà già manifestata davanti al giudice; allo stesso tempo conserva agli uniti civilmente la tutela propria del rapporto già goduto e riconosciuto nell'ordinamento nelle more della celebrazione del matrimonio.

La Corte costituzionale ha, pertanto, ritenuto necessario «dare contenuto al diritto inviolabile della persona di mantenere, senza soluzione di continuità, la pregressa tutela propria del precedente *status*, una volta condotto a compimento il percorso di affermazione della propria identità di genere, secondo principi di proporzione ed adeguatezza». In altri termini, la persona non deve essere messa nella condizione «di dover scegliere tra la realizzazione della propria personalità, di cui la scelta di genere è chiara espressione», e «la conservazione delle garanzie giuridiche che al pregresso legame si accompagnano»⁽⁷⁾.

2. LA DISCIPLINA SULLE UNIONI CIVILI

infatti, pone l'individuo nella drammatica condizione di dover scegliere tra la realizzazione della propria personalità e la conservazione delle garanzie giuridiche che alla pregressa unione si accompagnano.

⁷ La Corte costituzionale ha stabilito che, se le parti esprimono la volontà di trasformare la loro unione civile in matrimonio, i diritti derivanti dall'unione civile devono essere mantenuti fino alla celebrazione del matrimonio, o per un massimo di 180 giorni dal passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione (termine mutuato dall'art. 99 c.c. che prevede lo stesso termine per la celebrazione del matrimonio, con decorrenza dalle pubblicazioni).

La disciplina delle unioni civili⁽⁸⁾, introdotta con la l. 20 maggio 2016 n. 76 “*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*”, ha allineato il nostro ordinamento al *trend* sovranazionale⁽⁹⁾ ed ha riconosciuto il diritto di fondare una famiglia tra persone dello stesso sesso anche se costituita sulla base di unioni diverse dal matrimonio⁽¹⁰⁾.

⁸ Unione civile è un nome volutamente differenziato da quello dell’unione coniugale (il matrimonio) che reca in sé l’essenza originaria del vincolo, cioè la generazione. A ben vedere, tuttavia, l’attributo civile, riferito all’unione, grazie all’assonanza con l’espressione matrimonio civile, contribuisce a mettere in luce la natura della relazione, nonostante la genericità del sostantivo unione. Certamente, il risultato, sul piano lessicale, non è brillante: unione civile è espressione poco evocante e di sapore vagamente burocratico; meglio suona quella tedesca, *Lebenspartnerschaft* (partenariato sociale), che porta il riferimento alla comunione di vita: M. SESTA, *La disciplina dell’unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiari*, in *Fam. e dir.*, 2016, 882.

⁹ La rilevanza statistica delle unioni civili e l’ampio dibattito sulla parità dei diritti tra eterosessuali e omosessuali ha fatto sì che numerosi Paesi si siano dotati, negli ultimi anni, di una legislazione per riconoscere e garantire diritti per i componenti dell’unione. Nell’Unione europea il quadro relativo alla legislazione sulle convivenze è molto variegato. Certi Paesi hanno adottato l’unione registrata, chiamata anche *partnership* o coabitazione registrata, che garantisce specifici diritti e doveri anche alle coppie dello stesso sesso oltre che alle convivenze formate da uomo e donna. I diritti e doveri possono essere identici, lievemente diversi o molto diversi da quelli delle coppie normalmente sposate. La registrazione è a volte aperta anche alle coppie etero non sposate; è il caso della *Geregistreerd Partnerschap*, unione registrata approvata nei Paesi bassi e del *PACS* (“Patto civile di solidarietà”) approvato in Francia. In alcuni casi, invece, l’unione civile è ammessa esclusivamente per coppie omosessuali (Germania, §1 Abs.1 LPartG).

Altri Paesi hanno scelto di regolarizzare le unioni civili con la coabitazione non registrata, con la quale alcuni diritti e doveri sono automaticamente acquisiti dopo uno specifico periodo di coabitazione. Molti Paesi europei, oltre ad aver approvato il riconoscimento giuridico delle coppie non coniugate di qualunque sesso, hanno aperto il matrimonio alle coppie dello stesso sesso per realizzare la parità perfetta tra etero e omosessuali.

Ad oggi all’interno dell’Unione Europea, solo 5 paesi non riconoscono alcuna legislazione per le coppie omosessuali: Romania, Bulgaria, Lituania, Polonia e Slovacchia. Dal 1° luglio 2024 le unioni civili saranno in vigore anche in Lettonia. Monaco e Montenegro, invece, hanno approvato le leggi sulle unioni civili, rispettivamente il 27 giugno 2020 e il 1° luglio 2021.

¹⁰ La dottrina è alquanto vasta. Per un primo sguardo sull’argomento v. E. QUADRI, *Unioni civili: disciplina del rapporto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1695; L. GUAGLIONE, *La nuova legge sulle unioni civili e convivenze*, Roma, 2016; B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Padova, 2016; G. CASABURI, *Le unioni civili tra persone dello stesso sesso nella l. 20 maggio 2016 n. 76*, in *Foro it.*, 2016, 2252; G. DOSI, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze*, Milano, 2016.; AA.VV., *Le unioni civili e le convivenze: commento alla Legge n. 76/2016 e ai D.lgs n.5/2017, D.lgs. n. 6/2017, D.lgs n. 7/2017*, a cura di C.M. Bianca, Torino, 2017; E. CALÒ, *Le unioni civili in Italia: legge 20 maggio 2016, n. 76. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle*

Il riconoscimento delle coppie *same sex*, attraverso l'introduzione di un istituto distinto dal matrimonio, è stato il punto di approdo di un percorso da tempo avviato sia dal Parlamento europeo⁽¹¹⁾, sia dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁽¹²⁾, che aveva evidenziato la lacuna di tutela delle unioni

convivenze, Napoli, 2016; P. SCHLESINGER, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Fam. e dir.*, 2016, 845 ss.; G. BALLARANI, *La legge sulle unioni civili e sulla disciplina delle convivenze di fatto. una prima lettura critica* in *Dir. succ. fam.*, 2016, 623 ss.; F. ROMEO, *Dal diritto vivente al diritto vigente: la nuova disciplina delle convivenze. Prime riflessioni a margine della legge 20 maggio 2016 n. 76*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 665; C. ROMANO, *Unione civile e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2016, 333; R. FADDA, *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1386, per la quale «la scelta del legislatore italiano di disciplinare le unioni civili attraverso il rinvio alla disciplina del matrimonio, con alcune non irrilevanti distinzioni, delle quali si dirà nel prosieguo della trattazione, rende particolarmente interessante, e per certi versi doveroso, analizzare l'istituto di recente introduzione, e ricostruire la relativa disciplina, ponendolo a confronto con il matrimonio».

^Per una ricostruzione storico - giuridica dei valori a fondamento delle unioni civili si v. G. AUTORINO STANZIONE, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà: prospettive de iure condendo*, in G. Autorino Stanzone (diretto da), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, Torino, 2007, 4 ss.

¹¹ Risoluzione sulla parità dei diritti degli omosessuali nella comunità, 8 febbraio 1994 (A3-0028/94). Tramite questo atto il Parlamento ha suggerito alla Commissione di proporre al Consiglio una direttiva per eliminare gli ostacoli posti dagli Stati membri in materia di matrimoni ed adozioni da parte di coppie omosessuali. Pochi anni dopo, con la Risoluzione datata 16 marzo 2000 è stato chiesto «agli Stati di garantire alle coppie dello stesso sesso parità di diritti rispetto alle coppie e alle famiglie tradizionali in particolare in materia di legislazione fiscale, regime patrimoniale e diritti sociali», e di nuovo «di adeguare le proprie legislazioni per introdurre la convivenza registrata tra persone dello stesso sesso riconoscendo loro pari diritti e doveri previsti dalla convivenza registrata tra uomini e donne».

Il Parlamento europeo ha affrontato il tema della convivenza omosessuale anche con le risoluzioni dell'8 aprile 1997 (Rispetto dei diritti dell'uomo nell'Unione europea), del 17 settembre 1997 (Parità di diritti degli omosessuali nell'Unione europea), del 26 aprile 2007 sull'omofobia in Europa, nonché, con quella del 4 febbraio 2014 contro l'omofobia e la discriminazione legata all'orientamento sessuale e all'identità di genere, per la quale «gli Stati membri che hanno adottato normative in materia di convivenza, unioni registrate o matrimoni di coppie dello stesso sesso dovrebbero riconoscere le disposizioni affini adottate da altri Stati membri».

¹² Corte eur. dir. uomo, 21 luglio 2015 (Oliari e altri contro Italia), in *Fam e dir.*, 2015,1069, con nota di P. Bruno, *Oliari contro Italia: la dottrina degli "obblighi positivi impliciti" al banco di prova delle unioni tra persone dello stesso sesso* e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 575 ss., con nota di L. LENTI, *Prime note in margine al caso Oliari c. Italia*. V. anche Corte eur. dir. uomo, 15 marzo 2012 (Gas e Dubois contro Francia); Corte eur. dir. uomo, 24 giugno 2010 (Schalk and Kopf contro Austria); Corte eur. dir. uomo, 16 luglio 2014 (Hämäläinen contro Finlandia); Corte eur. dir. uomo, 7 novembre 2013 n. 29381, (Vallianatos et al. c. Grecia), in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2014, I, 703 ss., con nota di P. PIRONE, *La Corte eur. dir. uomo sul caso Vallianatos et autresc. Grèce: "patti di vita comune" e discriminazione basata sull'orientamento sessuale*; Corte eur. dir. uomo, 19 febbraio 2013, (X et al. c. Austria),

omoaffettive⁽¹³⁾, pur assicurando a ciascuno Stato un margine di discrezionalità nella scelta del modello di regolamentazione⁽¹⁴⁾.

Un percorso tracciato, nelle sue premesse, anche nel nostro ordinamento da alcuni orientamenti giurisprudenziali⁽¹⁵⁾ che hanno dichiarato non fondata la questione

in *Giur. it.*, 2013, 1764 ss., con nota di L. POLI, *Adozione co-parentale da parte di coppie omosessuali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: un progresso nella tutela delle famiglie omogenitoriali, con uno sguardo miope rispetto all'interesse superiore del minore* e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 525 ss., con nota di C. FATTA, M. WINKLER, *Le famiglie omogenitoriali all'esame della Corte di Strasburgo: il caso della "second-parent adoption"*.

¹³ La lacuna normativa determinava una violazione del divieto di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, sancito dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Se i primi tentativi di regolamentazione delle unioni tra persone dello stesso sesso potevano essere giudicati casi di legislazione progressista e "anticipatoria" (questo forse ha giustificato il naufragio dei primi disegni di legge), oggi si può dire che la legge "insegue" i giudici e il contesto sociale ed europeo, costituendo una necessità ineludibile. La legge è così intervenuta in un contesto ormai pronto per la regolamentazione delle unioni *same sex*, la cui meritevolezza di tutela ha già trovato riconoscimento ad opera della giurisprudenza, che applicando i principi di diritto europeo ha esteso alle coppie omosessuali il diritto alla vita familiare e la possibilità di adire i giudici per ottenere un trattamento giuridico omogeneo a quello riconosciuto alle coppie eterosessuali: R. FADDA, *op. cit.*, 1387.

¹⁴ Lo Stato italiano, seguendo le orme di altri Paesi europei, e in particolare il modello tedesco della *ein-ge tragene Lebenspartnerschaft*, ha differenziato la coppia *same sex* da quella eterosessuale, scegliendo la soluzione "intermedia", ispirata al principio del c.d. doppio binario: la disciplina delle unioni civili è modellata su quella relativa al matrimonio, senza peraltro che i due istituti vengano perfettamente assimilati. Al contempo, l'unione viene distinta anche dalla convivenza di fatto, separatamente regolata dalla legge, con una disciplina estesa anche alle coppie eterosessuali. Si delinea un sistema caratterizzato da una pluralità di modelli di "coppia" giuridicamente rilevanti: matrimonio- riservato alle persone di sesso diverso-, unioni civili- per le coppie omosessuali: R. FADDA, *op. cit.*, 1387.

¹⁵ La persona omosessuale gode del diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone, nei tempi e nei modi stabiliti dalla legge, il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri. Si è così riconosciuto il diritto per gli omosessuali di vivere liberamente la propria condizione e la propria vita, senza discriminazioni e con la garanzia di una tutela posta dallo Stato: Corte Cost., 14 aprile 2010 n. 138. Cfr. anche Corte Cost., 11 giugno 2010 n. 170, cit.

In dottrina G. BRUNELLI, *Le unioni omosessuali nella sentenza n. 138/2010: un riconoscimento senza garanzia?*, in B. Pezzini e A. Lorenzetti (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza n. 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, 2011, 144 ss. e 152 ss.; R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte Costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, Relazione al Convegno su «*La pronuncia della Corte costituzionale sui matrimoni same sex: quali effetti, quali prospettive?*», Bergamo, 4 febbraio 2011.

Anche la Corte di cassazione ha sancito con forza che il rispetto alla vita familiare deve essere considerato come un diritto fondamentale e universale a prescindere dallo *status* di coniuge o meno e della diversità o uguaglianza di sesso: 15 marzo 2012 n. 4184, in *Fam. e dir.*, 2012, 678, con nota di M. GATTUSO, *Matrimonio "famiglia" e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la "doppia svolta" della Corte europea dei diritti dell'uomo*; in *Giust. civ.*, 2012, 1691, con nota di F. CHIOVINI, *Dopo la*

di legittimità costituzionale delle norme del codice civile che non consentono a persone dello stesso sesso di contrarre matrimonio, non mancando di sottolineare come nella nozione di «formazione sociale», tutelata dall'art. 2 Cost., «è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone, nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge, il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri».

La legge (sulle unioni civili) si compone di un unico articolo in cui sono inserite le disposizioni sulle unioni civili (commi 1 - 35), sulle convivenze di fatto (commi 36 - 65), nonché le norme finali di copertura finanziaria, di disciplina del monitoraggio e di attribuzioni di funzioni al Ministro dell'economia e delle finanze (commi 66 - 69)¹⁶.

La prima parte è dedicata alle unioni civili tra persone dello stesso sesso che sono disciplinate in modo pressoché simmetrico a quanto previsto nell'ordinamento vigente per le coppie coniugate, ma con una attenzione particolare, nel rispetto dei

Consulta e la Corte di Strasburgo, anche la Cassazione riconosce i diritti delle coppie omosessuali; ivi, 2013, 2183, con nota di C. SGOBBO, Il matrimonio celebrato all'estero tra persone dello stesso sesso: la Cassazione abbandona la qualifica di atto inesistente approdando a quello di non idoneo a produrre effetti giuridici nell'ordinamento interno; in Giur. cost., 2012, 1498, con nota di F. ANGIOLINI, La Corte di Cassazione su unioni e matrimonio omosessuali: nell'inerzia del legislatore la realtà si apre alla realtà sociale; in Giur. it., 2012, 1767, con nota di E. CALEVI, Unioni same sex: dall'inesistenza all'idoneità a produrre effetti giuridici; ivi, 2013, 329, con nota di L. MOROTTI, La tutela delle unioni omosessuali nel dialogo tra Corti interne; in Notariato, 2012, 504, con nota di E. CALÒ, Sul matrimonio omosessuale un grands arrêts della Cassazione: come dovrà ora comportarsi il Notaio?

V. anche Cass. pen., Sez. VI, 9 febbraio 2015 n. 2400, che se, da un lato, ha palesato l'ennesimo rifiuto dei giudici nazionali di riconoscere le unioni omosessuali, dall'altro ha rappresentato un importante passo nella costruzione giurisprudenziale volta all'accoglimento nell'ordinamento italiano di una *species* di matrimonio tra persone di uguale sesso. La Cassazione ha, infatti, affermato che «nel nostro sistema giuridico il matrimonio tra persone dello stesso sesso è inidoneo a produrre effetti poiché non previsto tra le ipotesi legislative di unione coniugale. Può, tuttavia, acquisire un grado di protezione e tutela equiparabile a quello relativo al matrimonio in tutte le situazioni nelle quali la mancanza di una disciplina legislativa determina una lesione di diritti fondamentali scaturenti dalla relazione in questione. Così facendo, pur richiamando al margine di apprezzamento dello Stato nella scelta delle forme e della disciplina giuridica dell'unione matrimoniale, la stessa Cassazione ha riconosciuto la necessità di un tempestivo intervento legislativo.

¹⁶ Il testo del disegno di legge unificato che era stato portato in discussione in Senato (S.2081-bis) prevedeva un'articolazione in due capi: il capo I (delle unioni civili) e un capo II (della disciplina della convivenza). Il testo è stato poi rimodellato con un maxi emendamento del Governo in un unico articolo con 69 commi e approvato dal Senato in prima lettura il 26 febbraio 2016 e dalla Camera dei deputati l'11 maggio 2016.

limiti della nostra costituzione, rivolta ad evitare con scrupolo la mera sovrapposizione dell'unione civile al matrimonio.

La seconda, invece, riguarda la disciplina giuridica della convivenza di fatto tra persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile. La parte in cui si disciplina la convivenza di fatto, non è l'unica cornice di riferimento dello statuto giuridico della convivenza stabile: i diritti e i doveri nell'ambito della convivenza di fatto vengono ampliati dalla nuova legge rispetto a tutte le garanzie già riconosciute oggi dalla legislazione già introdotta nel corso degli anni e dalla giurisprudenza. È necessario chiarire un punto: la legge non trasforma l'obbligazione naturale di solidarietà reciproca in obbligazioni giuridiche. Riconosce, però, specifici diritti di natura personale (commi 37 – 49), anche attraverso un meccanismo di equiparazione ai diritti assicurati dal matrimonio. Disciplina, inoltre, per la prima volta, sul presupposto della piena autonomia contrattuale tra conviventi di fatto, una ampia negoziabilità patrimoniale (commi 50 – 65) nel corso della convivenza (sostanzialmente l'area di contratti di convivenza a cui si riferiscono i commi dal 50 al 64) ed introduce un inedito dovere di natura alimentare al momento della cessazione della vita in comune (i diritti alimentari cui si riferisce il comma 65). Ed infine, l'ultima parte (commi 66 – 69) si occupa soprattutto della copertura finanziaria relativamente agli oneri di carattere fiscale (es. detrazioni fiscali), previdenziale (per es. pensione di reversibilità) e assistenziale (per es. l'assegno per il nucleo familiare) determinati dalla individuazione per le unioni civili di diritti simmetrici a quelli previsti per le coppie unite in matrimonio. Sono anche previsti obblighi di monitoraggio e specifiche attribuzioni per il Ministro dell'economia e delle finanze.

La normativa sulle unioni civili è modellata sull'esigenza di disegnare una idonea tutela giuridica nei confronti sia dei componenti della coppia, sia della famiglia formata dai due soggetti che celebrano “*l'unione*”. La legge approvata costituisce il risultato di un compromesso tra opinioni politiche contrapposte, tese ad affermare valori e modelli di famiglia differenti. Ne risulta un testo a cavallo tra innovazione e conservazione, tra progresso e tradizione⁽¹⁷⁾. Se sino a qualche tempo fa

¹⁷ L'entrata in vigore della legge 20 maggio 2016, n. 76 ha favorito un'attenzione a relazioni familiari non necessariamente connesse ad un atto matrimoniale, stimolando riflessioni che i cambiamenti intervenuti nel contesto sociale inducono sul piano costituzionale. La legge sulle unioni civili ha offerto al

l'unione tra persone dello stesso sesso si considerava giuridicamente impossibile, e il matrimonio inesistente, per l'inammissibilità di un vincolo tra persone omosessuali, ora con il riconoscimento delle unioni *same sex* ciò che poteva sembrava utopia è diventato realtà⁽¹⁸⁾.

3. MATRIMONIO E UNIONE CIVILE: ANALOGIE E DIFFERENZE

Le considerazioni svolte aiutano a comprendere similitudini e differenze tra unioni civili e matrimonio e, conseguentemente, offrono interessanti argomenti per la qualificazione degli istituti in esame.

Il rapporto coniugale si configura come un vincolo diverso da quello che ha fonte nell'unione civile e non può essere ad esso assimilato. Alcuni aspetti di disciplina evidenziano difformità sostanziali di rilievo (ed assonanze prevalentemente formali) e impediscono l'assimilazione tra i due istituti⁽¹⁹⁾. Vi è anzitutto un differente inquadramento costituzionale, essendo il matrimonio inteso quale unione tra persone di sesso diverso, riconducibile, all'art. 29 Cost., «ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare»⁽²⁰⁾, l'unione civile, invece, quale «formazione sociale» ai sensi degli

riguardo una soluzione che ha da un lato tenuto distinta l'unione civile dal matrimonio, ma dall'altro ne ha stabilito una sostanziale assimilazione. Il legislatore ha così attuato una soluzione di compromesso, fra chi auspicava un'apertura del matrimonio anche a coppie dello stesso sesso, e chi difendeva l'identità del matrimonio eterosessuale. È stata per questo da più parti sottolineata la distanza del dettato costituzionale rispetto all'evoluzione del costume sociale: M. E. LA TORRE, *I diritti della famiglia, matrimonio e divorzio*, in *La costituzione vivente*, (a cura di) L. Delli Priscoli, Milano, 2023, 637.

¹⁸ Come diceva Oscar Wilde «il progresso è la realizzazione di utopie».

¹⁹ Il motivo di una simile differenza va ricercata, invero, nella ontologica diversità del matrimonio, da una parte, e dell'unione civile, dall'altra, che si traduce in una differente copertura costituzionale: il matrimonio, da intendersi quale unione fra persone di sesso diverso, si riconduce all'art. 29 Cost. e alla tutela della famiglia; l'unione civile, invece, ottiene giuridico riconoscimento attraverso l'art. 2 Cost., configurandosi quale formazione sociale in cui l'individuo svolge la propria personalità. In definitiva, gli effetti prodotti dal vincolo dell'unione civile mostrano un'inevitabile assonanza con quelli derivanti dal vincolo matrimoniale; purtuttavia, non coincidono con questi, e si caratterizzano per una estensione inevitabilmente ridotta.

²⁰ Sul punto M.E. LA TORRE, *I diritti della famiglia, matrimonio e divorzio*, cit., 633, per la quale «la Corte costituzionale ha seguito l'impostazione più tradizionale, ritenendo che l'art. 29 Cost., con il richiamo alla «società naturale fondata sul matrimonio», utilizzando la tecnica delle nozioni giuridiche presupposte, ha dato copertura costituzionale a un istituto caratterizzato da «una precisa conformazione ed un'articolata disciplina nell'ordinamento civile», i cui tratti essenziali si fondano sull'alterità sessua-

art. 2 Cost., attraverso la quale gli individui realizzano la propria personalità⁽²¹⁾. Si è discusso anche sulla natura dell'unione civile: alcuni autori hanno, in qualche modo, lamentato che la sua disciplina non coincida con quella del matrimonio, prospettandosi una violazione del principio d'eguaglianza o del divieto di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale⁽²²⁾; secondo altro opposto orientamento, sarebbe censurabile proprio la sua sostanziale sovrapposizione al matrimonio, che consentirebbe di dubitare della compatibilità del nuovo istituto con l'art. 29 Cost.⁽²³⁾.

L'unione civile riguarda persone dello stesso sesso maggiorenni⁽²⁴⁾ che median-

le dei coniugi, non potendo pertanto «le unioni omosessuali essere ritenute omogenee al matrimonio». Cfr. anche R. FADDA, *op. cit.*, 1388, per la quale «il riferimento al matrimonio nell'art. 29 Cost. non preclude la rilevanza di famiglie fondate su unioni diverse dal matrimonio, accedendo ad una lettura evolutiva (ed estensiva) della legge, ordinaria e costituzionale, anche alla luce dei principi di diritto europeo che riconoscono il diritto di formare una famiglia come diritto disgiunto da quello di sposarsi (art. 8, Conv. eur. dir. uomo; art. 9, Carta dir. fond. UE)».

²¹ Corte Cost., 15 aprile 2010 n. 138, in *Giur. cost.*, 2010, 1605 ss., con nota di R. ROMBOLI, *Il diritto «consentito» al matrimonio ed il diritto «garantito» alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice «troppo» e «troppo poco»*; in *Federalismi.it*, 2010, n. 17, con nota di V.T. TONDI DELLA MURA, *Le coppie omosessuali fra il vincolo (elastico?) delle parole e l'artificio della 'libertà'*; in *Foro. it.*, 2010, I, 1702 ss. con nota di M. COSTANTINO, *Individui, gruppi e coppie (libertà illusioni passatempi)*; in *Forum Quad. cost.*, 2010, con nota di A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*. Cfr. anche Corte Cost., 22 luglio 2010 n. 276 e Corte Cost., 5 gennaio 2011 n. 4.

²² B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Milano, 2016; L. DELL'OSTA, G. SPADARO, *Unioni civili e convivenze: tutte le novità*, Milano, 2016; G. BUFFONE, M. GATTUSO, M. WINKLER, *Unione civile e convivenza*, Milano, 2017.

²³ M. BELLETTI, *Le Unioni di persone dello stesso sesso in attesa di un intervento legislativo tra giurisprudenza costituzionale, dei giudici comuni e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ephemerides iuris canonici*, 2015, 426 ss.; *Id.*, *La sollecitazione del "fatto". Nella conformazione delle unioni di persone dello stesso sesso*, in *Percorsi costituzionali*, 2015, 193 ss.

²⁴ In proposito, si ricorda che dall'analisi dei lavori parlamentari della L. n. 76/2016, emerge che era stata esclusa la possibilità di ricorrere ad autorizzazione a norma dell'art. 84, comma 2, c.c., confermando la volontà del legislatore di limitare la possibilità di costituire unione civile solamente ai maggiorenni. Dirimente, però, si rivela l'analisi dei lavori parlamentari, posto che nella prima versione del d.d.l. (ove, peraltro, la minore età veniva testualmente menzionata tra gli impedimenti, a differenza di ciò che è stato nel testo definitivamente approvato) si faceva espressamente salva la possibilità di autorizzazione giudiziale ai sensi dell'art. 84, comma 2, c.c. e poiché il richiamo non è stato, dunque, assai significativamente riproposto in sede di approvazione definitiva della legge, sembra coerente concludere per la non applicabilità (neppure in via analogica) dell'art. 84, comma 2, c.c., in quanto ciò contrasterebbe con l'intenzione del legislatore (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*): R. CALVIGIONI, *La rettificazione di sesso nell'unione civile provoca lo scioglimento dell'unione o può trasformarla in matrimonio?*, in

te dichiarazione all'ufficiale di stato civile, indicano, per la durata dell'unione civile, un cognome comune, scegliendolo tra i loro cognomi, che potrà essere anteposto o posposto a quello della parte il cui cognome non sia stato scelto come comune; il matrimonio, invece, riguarda **persone di sesso diverso** (consentito anche all'ultra sedicenne, previa autorizzazione del Tribunale per i minorenni, come previsto dall'art. 84 c.c.) e la moglie aggiunge il cognome del marito al proprio, «conservandolo durante lo stato vedovile, fino a che passi a nuove nozze» (art. 143 *bis* c.c.).

Altra differenza riguarda il regime delle pubblicazioni: nelle unioni civili è sufficiente una richiesta delle parti in base alla quale l'ufficiale dello stato civile effettuerà un'istruttoria per accertarsi che non sussistano impedimenti. In questo caso, la semplificazione è a vantaggio dell'unione civile, che richiede una procedura molto più rapida, escludendo qualsiasi pubblicità, cioè la necessità di portare a conoscenza, di dare pubblica notizia, dell'intenzione di costituire unione civile. Se nel matrimonio il soggetto dell'azione è il pubblico ufficiale, che riceve le dichiarazioni dei nubendi e li dichiara uniti in matrimonio, nell'unione civile sono gli stessi soggetti che «*costituiscono l'unione*» mediante le loro dichiarazioni rese all'ufficiale di stato civile che si limiterà alla registrazione degli atti di unione civile nell'archivio dello stato civile. In questo caso si attribuisce il ruolo di protagonisti, nella formazione del vincolo, ai componenti della coppia e si rende ancor più marginale di quanto non risulti dalla disciplina del matrimonio, il ruolo dell'ufficiale di stato civile. La mancata previsione delle pubblicazioni nelle unioni civili assume il significato della «*rimessione*» di ogni aspetto relativo alla costituzione del vincolo nelle mani della autonomia privata.

Quanto ai diritti e doveri che nascono dall'unione civile, il comma 11 dell'art. 1, parafrasando l'art. 143 c.c., stabilisce che «con la costituzione dell'unione civile deriva l'obbligo reciproco dell'assistenza morale e materiale e della coabitazione. Entrambe le parti dell'unione sono tenute, in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo (non o come nell'art. 143 c.c.) a contribuire ai bisogni comuni». Il comma 12 (che richiama l'art. 144 c.c.) aggiunge che le parti «concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la loro residenza comune; a ciascuna di esse spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato». Nel comparare le richiamate disposizioni con quelle corrispondenti

Fam. e dir., 2021, 874.

dettate dal codice in materia di matrimonio, emerge la sostituzione delle parole «bisogni della famiglia», cui i coniugi sono chiamati a far fronte ai sensi dell'art. 143 c.c., con quelle «bisogni comuni», cioè delle parti dell'unione civile. Analogamente a quanto previsto in materia di matrimonio, nell'unione civile i rapporti personali sono improntati al principio di eguaglianza, con la previsione della parità dei diritti e doveri e della loro inderogabilità.

La stessa disposizione del comma 12 non riproduce le parole dell'art. 144 c.c., che impongono ai coniugi, nel concordare l'indirizzo della vita familiare, di tenere conto delle «esigenze di entrambi e di quelle preminenti della famiglia stessa»; omissione, questa, particolarmente significativa, perché evidenzia la ritrosia del legislatore a qualificare “famiglia” l'unione civile, e a considerarla alla stregua di una istituzione che trascende gli interessi dei singoli che la compongono, certamente anche in relazione al fatto che essa si riduce alla coppia e, almeno secondo l'impianto legislativo, non prevede la presenza di figli⁽²⁵⁾.

Sempre con riferimento ai rapporti personali tra le parti dell'unione civile, si evidenzia l'omissione dell'obbligo reciproco di fedeltà⁽²⁶⁾ e la mancata previsione

²⁵ M. SESTA *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiari*, in *Fam. e dir.*, 2016, 886. V. anche R. FADDA, *op. cit.*, 1395: con riferimento alle unioni civili, l'esclusione del dovere di fedeltà rappresenta uno degli aspetti più significativi della disciplina, in quanto esprime l'essenza dell'istituto e ne delinea la differenza rispetto al matrimonio. La *ratio* della mancata previsione del suddetto dovere, allora, lungi dal costituire una svista del legislatore, o una lacuna da colmare in via interpretativa, deve essere ravvisata propriamente nell'intento di tenere distinte le unioni civili dal matrimonio. In tale direzione, occorre svincolarsi da un'ottica meramente critica e assiologica, che porterebbe ad una sterile stigmatizzazione della legge, evitando al contempo un'interpretazione correttiva- volta ad includere anche nel le unioni un (implicito) dovere di fedeltà- non autorizzata dalla presenza di un testo normativo che deve essere correttamente interpretato per salvaguardarne la finalità.

²⁶ Diverse le interpretazioni in merito a questa mancanza di menzione dell'obbligo di fedeltà: se da un lato si sostiene che il legislatore, omettendo di menzionare l'obbligo di fedeltà reciproca, abbia voluto evidenziare che l'unione civile rappresenta sempre un'opzione distinta rispetto al matrimonio tradizionale, che rimane la forma di unione prevalente nella nostra società.; dall'altro, invece, si argomenta che la legge non precisa esplicitamente l'obbligo di fedeltà nelle unioni civili perché tale principio risulterebbe implicito in ogni relazione basata sull'affetto. In altre parole, qualsiasi tipo di unione deve fondarsi sulla fiducia e sulla lealtà reciproca, anche se non è espressamente menzionato dal legislatore. Ci sembra però che sia ben diversa la situazione in presenza o in assenza di una tale previsione: il problema si pone in relazione alle conseguenze che derivano dalla violazione della fedeltà, in quanto ove sia previsto come dovere si può chiaramente discutere delle conseguenze anche risarcitorie o di addebito, altrettanto non si può fare, con la medesima facilità, in assenza di un espresso obbligo.

Sul punto v. R. FADDA, *op. cit.*, 2016, 1394, per la quale «anche se non menzionato, un dovere così de-

del dovere di collaborazione si spiega in ragione della valenza collettiva e solidaria del suo contenuto, consistente essenzialmente in un impegno riferito ai bisogni del gruppo familiare e non del singolo componente della coppia. Per questo motivo si attribuisce al dovere di collaborazione un significato autonomo rispetto al dovere di assistenza: il primo finalizzato alla cura degli interessi familiari, il secondo preordinato alla cura dei bisogni e delle esigenze del coniuge⁽²⁷⁾.

Altro profilo in cui la disciplina dell'unione civile si discosta da quella del matrimonio è quello relativo allo scioglimento. Nel caso in cui il legame affettivo dovesse cessare, l'unione civile non prevede un periodo di separazione. Ciò significa che lo scioglimento dell'unione avviene in modo più rapido: sarà sufficiente una manifestazione di volontà (allo scioglimento), resa anche da una sola delle parti all'ufficiale di stato civile e dal trimestre successivo si potrà procedere a presentare domanda di divorzio⁽²⁸⁾. Per contro, per le persone sposate, invece, occorre prima procedere con la separazione personale e solo decorsi 6 mesi (in caso di separazione consensuale) o 12 mesi (in caso di separazione giudiziale) si può procedere con il divorzio⁽²⁹⁾.

finito non può essere escluso, ma deve essere riconosciuto almeno come dovere implicito, riconducibile al dovere di rispetto della personalità o della dignità dell'altro soggetto, espressivo dell'impegno assunto con la scelta dell'unione civile. Si può allora affermare che nelle unioni civili il legislatore ha inteso eliminare il dovere di fedeltà riferito alla scelta familiare, e volto a garantire la stabilità della vita comune, tenuto conto della funzione procreativa propria del matrimonio e assente nelle unioni». V. anche M. SESTA, *op. cit.*, 886, per il quale la L. n. 76/2016 attribuisce al matrimonio il monopolio della fedeltà, che osserva esattamente come il mancato richiamo della fedeltà tra i doveri dei civilmente uniti sia anche coerente con la disciplina dello scioglimento dell'unione, che non conosce la separazione, e quindi non prevede l'addebito (che è sanzione tipica dell'infedeltà coniugale); L. OLIVERO, *Unioni civili e presunta licenza di infedeltà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, 213 ss.

²⁷ R. FADDA, *op. cit.*, 1392; T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondata sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 367.

²⁸ La volontà unilaterale di scioglimento dell'unione configura una nuova "causa di divorzio", che riduce il compito del giudice al mero accertamento della volontà di una parte, fermo restando che il tribunale adito dovrà poi adottare tutti i provvedimenti di cui agli artt. 5, commi 6, 7, 8; 8; 9; 9 bis; 10; 12 bis; 12 ter (disposizione che pare invero erroneamente richiamata in quanto riferita all'ipotesi di figli comuni tra i divorziati); 12 quater; 12 quinquies e 12 sexies L. n. 898/1970 (richiamati dal comma 25 dell'art. 1, l. n. 76/2016): M. SESTA, *op. cit.*, 887.

²⁹ R. CALVIGIONI, *op. cit.*, 875, per il quale è evidente quanto sia penalizzante il raffronto con lo scioglimento del matrimonio, dove è necessaria una fase di separazione personale, con una diversa durata a seconda che vi sia o meno accordo tra i coniugi: non vi è dubbio che la scelta del legislatore, sembrerebbe discriminante nei confronti del matrimonio nel senso che l'eventuale crisi della coppia e scioglimento richiede tempi più lunghi, procedure più complesse ed onerose.

A questo va aggiunto anche che la legge non menziona, né direttamente né indirettamente, le disposizioni relative all'affinità (art. 78 c.c.), cioè il vincolo tra un coniuge e i parenti dell'altro coniuge, pur richiamando (al comma 19, art. 1. l. n.76/2016) il titolo XIII del libro primo e, quindi, anche gli artt. 433, nn. 4 e 5 e 434 c.c. in tema di obblighi alimentari, né tantomeno richiama le disposizioni relative alla promessa di matrimonio, all'ammissione del minore al matrimonio, alle opposizioni e alla celebrazione⁽³⁰⁾.

Nonostante, però, le differenze sopra indicate, vi sono aspetti che accomunano i due istituti. L'unione civile, come il matrimonio, è un atto negoziale col quale le parti manifestano la volontà di costituire il vincolo, per la cui efficacia è necessaria la concomitante partecipazione pubblica dell'ufficiale celebrante in funzione di garanzia e controllo, in considerazione degli interessi pubblici coinvolti, seppure non completamente coincidenti nelle due ipotesi⁽³¹⁾.

Entrambe le parti sono tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni dell'unione; le parti concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza comune; a ciascuna spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato.

Con riferimento, invece, ai rapporti patrimoniali tra le parti unite civilmente, l'art. 1, comma 13, l. n. 76/2016 rinvia integralmente alle norme codicistiche che governano quelli tra coniugi e lo stesso accade per i diritti successori (art. 1, comma 21). Il regime patrimoniale dell'unione civile, in mancanza di diversa convenzione patrimoniale, è costituito dalla comunione dei beni, sotto il profilo successorio, l'unione civile conferisce alle coppie il diritto alla legittima.

³⁰ Parola, quest'ultima, che reca con sé l'idea di un rito solenne, qual è nel comune sentire quello matrimoniale, e che il legislatore evita di usare all'art. 1, comma 2, ove, con linguaggio contrattuale, si legge che "due persone maggiorenni dello stesso sesso costituiscono un'unione civile mediante dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni", senza per altro che sia precisato il contenuto di tale dichiarazione. Mentre il comma 3, lungi dal riproporre la formula dell'art. 107 c.c., secondo la quale l'ufficiale dello stato civile dichiara che le parti "sono unite in matrimonio", si limita sbrigativamente a disporre che costui "provvede alla registrazione degli atti di unione civile tra persone dello stesso sesso nell'archivio dello stato civile": M. SESTA, *op. cit.*, 886.

³¹ R. FADDA, *op. cit.*, 1390: la dimensione pubblica nelle due figure coincide solo in parte, trovando maggiore rappresentazione nel matrimonio in considerazione dei più numerosi controlli e della più forte ingerenza, mentre si riduce al minimo nelle unioni civili. Il fulcro della distinzione, sia sul piano procedimentale sia su quello effettuale, si può rinvenire nella diversa finalità dei due vincoli e nei differenti interessi coinvolti.

Ed ancora nelle unioni civili vengono estese, al pari del matrimonio, gli ordini di protezione contro gli abusi familiari. Se il comportamento di una delle parti risulta inopportuno, la parte lesa può chiedere al giudice l'emissione di un decreto che stabilisce l'allontanamento del *partner*. Nel caso poi la parte lesa dovesse avere necessità economiche, perché rimasta senza i mezzi adeguati alla propria sopravvivenza, il giudice può stabilire il pagamento di un assegno che sarà versato dal *partner* che ha tenuto la condotta pregiudizievole.

Per quanto riguarda il profilo fiscale, tra i due istituti vi sono somiglianze rilevanti: anche le coppie unite civilmente possono godere dello stesso trattamento fiscale e previdenziale stabilito per le coppie sposate: possono, ad esempio, beneficiare delle detrazioni fiscali per familiari a carico o quelle previste per la prima casa; hanno gli stessi diritti delle coppie sposate o divorziate in relazione alla pensione di reversibilità e al TFR in caso di morte di uno dei due coniugi.

In sintesi, sembra che le due figure abbiano, almeno in parte, per gli aspetti sopra evidenziati, elementi simili, combinati in misura diverse⁽³²⁾. In entrambe, emerge una componente privatistica e una pubblicistica, senza che il peso di esse coincida nei due istituti⁽³³⁾. Nel matrimonio, la persistenza di una partecipazione pubblica non intacca la natura privatistica dell'atto costitutivo del vincolo; nelle unioni civili, al contrario, l'accentuazione del ruolo dell'autonomia privata, non elimina la

³² R. FADDA, *op. cit.*, 1389: la normativa sulle unioni civili è modellata sull'esigenza di riservare la tutela ai componenti della coppia, alla famiglia formata dai due soggetti che celebrano "l'unione", escludendo la configurabilità di un nucleo familiare più ampio, ovvero comprensivo di prole e prescindendo da una finalità comunitaria e di tutela del gruppo. In questa ottica, le unioni civili sono imperniate sui principi di solidarietà, eguaglianza e parità, senza la previsione di limiti né di esigenze di tutela di interessi distinti da quelli individuali della persona o comuni della coppia.

³³ In questo contesto un accenno non può non farsi ad un'ulteriore rilevante differenza, vale a dire quella relativa alla filiazione. Nel caso di conversione dell'unione civile in matrimonio, la coppia non potrebbe in ogni caso accedere alla filiazione biologica o alla maternità surrogata, stante il divieto presente nel nostro ordinamento, ma nulla impedirebbe di ricorrere alla pratica della PMA eterologa (nel caso in cui uno dei componenti dell'unione sia di sesso femminile) o all'istituto dell'adozione. L'intento del Legislatore, che spiegherebbe la scelta di non consentire un'automatica conversione dell'unione civile in matrimonio in caso di rettificazione di sesso, potrebbe essere stato, pertanto, anche quello di porre una sorta di ulteriore limite alla filiazione. Tuttavia, se la coppia successivamente si unisse in matrimonio, il problema verrebbe risolto e in quest'ottica potrebbe intercettarsi la *ratio* del divieto: per evitare che la rettificazione di sesso divenga un espediente per aggirare il divieto per le coppie *same-sex* di accedere all'adozione o alla PMA, non è possibile un passaggio automatico dall'unione civile al matrimonio attraverso una semplice manifestazione di volontà, ma è necessaria la successiva instaurazione del vincolo matrimoniale attraverso la formale celebrazione dell'atto: S. SANDULLI, *Rettificazione di sesso e unioni civili*, in *Accademia*, 2023, 293.

(pur ridotta) partecipazione pubblica, restando netta la differenza con il contratto di convivenza, separatamente regolato dalla stessa legge⁽³⁴⁾.

Gli effetti prodotti dal vincolo dell'unione mostrano, quindi, un'innegabile assomiglianza con quelli derivanti dal vincolo matrimoniale; purtuttavia, non coincidono con questi, e si caratterizzano per una estensione inevitabilmente ridotta.

4. (SEGUE) LA RETTIFICAZIONE DI SESSO: RICADUTE SULL'UNIONE CIVILE

Le differenti caratteristiche delle due unioni (matrimoniale e civile) trovano, altresì, conferma nella disciplina dettata in tema di rettificazione di sesso. La legge 14 aprile 1982 n. 164 dispone che «la rettificazione si fa anche in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali» (art. 1)⁽³⁵⁾.

³⁴ R. FADDA, *op. cit.*, 1397: in entrambi gli istituti vi è un *common core* che consiste nel vincolo costitutivo di un consorzio di vita, espressivo del diritto fondamentale della persona di realizzarsi nella vita di coppia e costituire una unione "familiare". Gli effetti dell'unione civile si riducono al vincolo identificato nel nucleo essenziale, come sopra descritto, e la tutela è riservata alla coppia e alla sua realizzazione affettiva e sentimentale, mentre nel matrimonio oltre alla coppia viene in considerazione la finalità (seppure solo potenziale) procreativa, e la possibile realizzazione di una dimensione comunitaria volta alla crescita della prole; M.E. LA TORRE, *I diritti della famiglia, matrimonio e divorzio*, in *La costituzione vivente*, cit., 637, per la quale "indubbiamente l'entrata in vigore della legge 20 maggio 2016, n. 76 ha favorito un'attenzione a relazioni familiari non necessariamente connesse ad un atto matrimoniale, stimolando riflessioni che i cambiamenti intervenuti nel contesto sociale inducono sul piano costituzionale. La legge sulle unioni civili ha offerto al riguardo una soluzione che, dando seguito a sollecitazioni della Corte costituzionale, ha da un lato tenuto distinta l'unione civile dal matrimonio, ma dall'altro ne ha stabilito una sostanziale assimilazione. Il legislatore ha così attuato una soluzione di compromesso, fra chi auspicava un'apertura del matrimonio anche a coppie dello stesso sesso, e chi difendeva l'identità del matrimonio eterosessuale. È stata per questo da più parti sottolineata la distanza del dettato costituzionale rispetto all'evoluzione del costume sociale".

³⁵ L 14 aprile 1982, n. 164 (*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*). La legge contiene le norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso, relative alla possibilità per la persona di modificare il proprio sesso anagrafico sulla base della propria identità di genere. Si tratta di un testo legislativo composto da soli sette articoli, che ha avuto bisogno in questi trent'anni di costanti integrazioni da parte della prassi giurisprudenziale, che ha cercato attraverso diverse sentenze di chiarire i punti oscuri della legge e di colmare le lacune. Il testo di legge è stato modificato con la riforma dei riti processuali (d.lgs. n. 150/2011). Il provvedimento legislativo è stato, al suo apparire, di grande rilievo in quanto accoglieva un concetto di identità di genere non definita più solo sulla base degli organi genitali, ma anche da elementi di carattere psicologico e sociale. La procedura di rettificazione di attribuzione

In precedenza, prima di procedere con la domanda di cambio anagrafico del genere sessuale, occorre necessariamente, previa autorizzazione del Tribunale, aver conseguito la modificazione chirurgica dei caratteri sessuali primari verso il genere sessuale corretto. Oggi l'*iter* giurisdizionale è semplificato grazie anche ai correttivi apportati alla normativa sia dagli orientamenti della Corte di cassazione⁽³⁶⁾, che della Corte costituzionale⁽³⁷⁾.

di sesso, secondo questa legge, prevede due fasi: la prima, introdotta con ricorso al Tribunale e definita con sentenza, è diretta ad accertare il diritto della persona ad ottenere l'attribuzione di un sesso diverso, con conseguente autorizzazione a sottoporsi al trattamento chirurgico necessario allo scopo. La seconda fase, che si conclude anch'essa con sentenza, invece, è tesa ad accertare che sia intervenuta la modificazione autorizzata dal Tribunale (ossia l'intervento demolitivo e ricostruttivo del sesso) e all'attribuzione del sesso diverso mediante ordine al competente ufficiale di stato civile di procedere alla rettifica dei dati anagrafici.

³⁶ Cass. civ., Sez. I, 20 luglio 2015 n. 15138, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 643 ss., con nota di S. PATTI, *Trattamenti medico chirurgici e autodeterminazione della persona transessuale*; *ivi*, 1068 ss., con nota di D. AMRAM, *Cade l'obbligo di intervento chirurgico per la rettificazione anagrafica del sesso*, ha affrontato proprio il tema del c.d. *costringimento al bisturi*, stabilendo che «per ottenere la rettificazione del sesso nei registri dello stato civile deve ritenersi non obbligatorio l'intervento chirurgico demolitorio e/o modificativo dei caratteri sessuali anatomici primari. Invero, l'acquisizione di una nuova identità di genere può essere il frutto di un processo individuale che non ne postula la necessità, pur ché la serietà ed univocità del percorso scelto e la compiutezza dell'approdo finale sia oggetto, ove necessario, di accertamento tecnico in sede giudiziale». V. M.E. LA TORRE, *Transessualismo, omosessualità e matrimonio*, in AA.VV., *La società naturale e i suoi "nemici"*, Torino, 2010, 228 ss.

In dottrina C. PERAGO, *Il procedimento di rettificazione di attribuzione di sesso e la tutela del diritto all'identità di genere*, in *Foro it.*, 2020, 23 ss.; M.E. LA TORRE, *La rettificazione di attribuzione di sesso. Il dato normativo e i problemi ermeneutici*, in G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, vol. I, tomo II, *Tratt. dir. fam. Zatti*, Milano, 2011, 1599 ss.; ID., *Transessualismo, omosessualità e matrimonio*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 1 ss.; C. ANGIOLINI, *Transessualismo e identità di genere. La rettificazione del sesso fra diritti della persona e interesse pubblico*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, 263; L. ATTADEMO, *La rettificazione del sesso non presuppone l'adeguamento dei caratteri sessuali primari*, in *Giur. it.*, 2016, 63; A. SPANGARO, *Anche la Consulta ammette il mutamento di sesso senza il previo trattamento chirurgico*, in *Fam. e dir.*, 2016, 637; G. CASABURI, *La Cassazione sulla rettifica di sesso senza intervento chirurgico "radicale". Rivive il mito dell'ermafroditismo?*, in *Foro it.*, 2015, 3138; C. P. GUARINI, *Vicende estintivo-costitutive di "matrimonio" e "unione civile" a seguito di rettificazione anagrafica di sesso*, in AA.VV., *Unioni civili e convivenze di fatto*, (a cura di M. Gorgoni), Rimini, 2016, 136.

³⁷ Corte Cost., 20 ottobre 2015 n. 221 (in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 582 ss., con nota di C. CARICATO, *Rettificazione di attribuzione di sesso e modificazione dei caratteri sessuali all'esame della Corte costituzionale*), è stata investita della questione di legittimità dell'art. 1 della legge del 14 aprile 1982, n. 164 nella parte in cui disponeva che si può procedere alla modifica dei dati anagrafici della persona a seguito di intervenute «modificazioni dei suoi caratteri sessuali». La Consulta, in ragione dell'assenza di

In conformità con quanto disposto dall'art. 1 della l. n. 164 del 1982 (nonché dal successivo art. 3 della medesima legge, attualmente confluito nell'art. 31, comma 4, del d.lgs. n. 150 del 2011), per ottenere la rettificazione del sesso nei registri dello stato civile non è più obbligatorio l'intervento chirurgico demolitorio e/o modificativo dei caratteri sessuali anatomici primari. L'acquisizione di una nuova identità di genere è il frutto di un processo individuale che non richiede la necessità di interventi chirurgici ablativi o ricostruttivi, purché la serietà ed univocità del percorso scelto e la compiutezza dell'approdo finale sia oggetto, ove necessario, di accertamento tecnico in sede giudiziale (ad es. mediante produzione documentale di cartelle mediche, relazioni psicologiche o psichiatriche, ecc.). Ciò che conta è la presenza di una pregressa disforia di identità di genere, ossia di un malessere percepito da colui che non si riconosce nel proprio sesso fenotipico o nel genere assegnatogli alla nascita, e di un serio, univoco e tendenzialmente irreversibile percorso individuale di acquisizione di una nuova identità di genere sessuale, debitamente documentato.

Nel caso del matrimonio, l'art. 1, comma 27, l. 21 maggio 2016 n. 76, prevede l'automatica instaurazione dell'unione civile «ove i coniugi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili»⁽³⁸⁾.

un esplicito riferimento testuale alle modalità con cui procedere a tali modifiche, ha escluso la necessità del trattamento chirurgico ai fini dell'accesso al percorso di rettificazione anagrafica. Cfr. anche Corte cost., 20 giugno 2017 n. 180.

³⁸ Il d.lgs. 19 gennaio 2017 n. 5, "*Adeguamento delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni, nonché modificazioni ed integrazioni normative per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettere a) e c), della legge 20 maggio 2016, n. 76*" ha disciplinato l'applicazione del comma 27, cioè delle conseguenze della rettificazione di sesso di uno dei coniugi, senza intervenire minimamente nella rettificazione di sesso di una delle parti dell'unione civile. È stato modificato il comma 5 dell'art. 70-*octies*, d.P.R. n. 396/2000 e l'art. 31, d.lgs. 1° settembre 2011 n. 150, prevedendo che i coniugi che non vogliono sciogliere il matrimonio o farne cessare gli effetti civili, nel corso del giudizio di rettificazione di sesso, rendano manifestazione di volontà di costituire unione civile ed il giudice, una volta definito il procedimento, trasmetta all'ufficiale di stato civile del comune di celebrazione del matrimonio o di trascrizione se avvenuto all'estero, l'ordine di iscrivere l'unione civile nel registro delle unioni civili. In questo modo, al momento della definitività della sentenza di rettificazione di sesso, il matrimonio non verrà sciolto ma risulterà costituita unione civile senza alcuna interruzione temporale. Nel momento in cui diviene pienamente efficace la sentenza di rettificazione di sesso e viene annotata a margine dell'atto di nascita comportandone la variazione, in quell'istante deve divenire pienamente efficace anche la dichiarazione di voler mantenere in vita il vincolo e di costituire unione civile resa in udienza ancora prima della decisione sulla rettificazione di sesso: in questo modo, poiché al momento della sentenza i coniugi avevano già scelto di costituire unione civile, viene evitato che possa prodursi interruzione del vincolo di coppia, mantenendo quella

Viene così salvaguardato il vincolo, conservandolo in una forma diversa e “ridotta” e viene garantita la stabilità della famiglia eventualmente formata nella vigenza del rapporto coniugale, nel rispetto della volontà delle parti⁽³⁹⁾.

Al contrario, con riguardo la rettificazione anagrafica di sesso di una parte dell’unione civile, la legge sulle unioni civili prevede l’automatico scioglimento dell’unione, senza la possibilità di conservare alcuna forma di vincolo⁽⁴⁰⁾. Non è, quindi, ammessa la conversione dell’unione civile in matrimonio: una volta sopraggiunto il requisito della diversità di sesso, le parti che intendano restare vincolate dovranno contrarre matrimonio, con una nuova celebrazione, o stipulare un contratto di convivenza, rinunciando al vincolo⁽⁴¹⁾.

Dopo aver escluso la possibilità di omologare le due situazioni, il giudice ha declinato il rimedio nella sospensione degli effetti derivanti dallo scioglimento del vincolo per il tempo necessario affinché le parti celebrino il matrimonio, sempre che esse abbiano manifestato tale volontà davanti al giudice durante il giudizio di rettificazione del sesso, fino alla udienza di precisazione delle conclusioni, analogamente a quanto prevede per i coniugi nell’ipotesi inversa, l’art. 31, comma 4 *bis*, d.lgs. n. 150 del 2011.

continuità del vincolo che costituisce lo scopo principale di questa modifica normativa: R. CALVIGIONI, *op. cit.*, 873.

³⁹ Il legislatore accoglie la soluzione prospettata dalla Corte costituzionale, la quale aveva affermato l’illegittimità degli artt. 2 e 4, l. 14 aprile 1982 n. 164, nella parte in cui “non prevedono che la sentenza di rettificazione di sesso di uno dei due coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con modalità da statuirsi dal legislatore”: Corte cost., 11 giugno 2014 n. 170, cit.

In via consequenziale, la Corte ha dichiarato, nella medesima pronuncia, l’illegittimità costituzionale dell’art. 31, comma 6, del decreto legislativo n. 150 del 1° dicembre 2011 nella parte in cui prevedeva l’automatica cessazione degli effetti civili del matrimonio, lì dove ci fosse stata una rettificazione del sesso annotata dall’ufficiale dello stato civile in calce all’atto del matrimonio, senza che ci fosse la medesima possibilità ritenuta necessaria in merito agli artt. 2 e 4 della legge n. 164/1982.

⁴⁰ F. AZZARRI, *Rettificazione di sesso e scioglimento imposto dell’unione civile: un’occasione mancata per la Consulta*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 610; E. BELLISARIO, *Rettificazione di sesso e scioglimento imposto dell’unione civile: il rimedio della Consulta*, in *Accademia*, 16 settembre 2024.

⁴¹ Quest’ultima ipotesi sarebbe, comunque, un *minus* rispetto alla situazione giuridica che genera l’unione civile ed è l’ulteriore prova della lacuna normativa e dell’asimmetria degli effetti del mutamento di sesso sul matrimonio e sull’unione, che ripresenta, in diversa forma, la discriminazione nei confronti delle unioni affettive omosessuali e la maggiore cautela e formalità garantita all’istituto del matrimonio: V. BARELA, *Rettificazione del sesso: effetti sugli istituti del matrimonio e dell’unione civile*, in *Comparazione e diritto civile*, 2018, 15.

La durata della sospensione è stata individuata nel termine di 180 giorni dal passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione, termine mutuato dall'art. 99 c.c., che prevede lo stesso termine per la celebrazione del matrimonio, con decorrenza dalle pubblicazioni. Da tale pronuncia consegue che l'ufficiale dello stato civile, ricevuta la comunicazione del passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione del sesso con la dichiarazione del giudice relativa alla sospensione degli effetti dello scioglimento del vincolo, deve procedere alla relativa annotazione. Il legislatore non ha, pertanto, previsto alcuna alternativa che permetta di mantenere in vita il legame di coppia, nessuna possibilità di trasformare l'unione civile in matrimonio, né tanto meno un istituto giuridico diverso che, in qualche modo, tuteli l'unità della coppia⁽⁴²⁾. La disposizione va a ledere il diritto dell'individuo all'autodeterminazione, di cui la sessualità e la vita relazionale rappresentano aspetti fondamentali ed incide sul diritto degli uniti civilmente a conservare diritti e doveri acquisiti al momento della costituzione dell'unione civile, causando il passaggio da una condizione giuridicamente tutelata ad una di totale incertezza⁽⁴³⁾.

⁴² La Corte rileva precisamente un “vuoto di tutela, a causa del venir meno del complessivo regime di diritti e doveri”, determinato dal tempo necessario per la celebrazione del matrimonio: proprio in ciò risiede l'irrimediabile “frizione con il diritto inviolabile della persona alla propria identità”, comportando un “sacrificio integrale del pregresso vissuto”. Queste conclusioni vengono ulteriormente arricchite attraverso una precisa contestualizzazione che tiene conto del “diritto inviolabile della persona alla propria identità, di cui pure il percorso di sessualità costituisce certa espressione”: l'esigenza di garantire, in fondo, il “percorso di affermazione della propria identità di genere” conduce al riconoscimento di una tutela continua della coppia, senza che si possa porre l'individuo, “in modo drammatico, nella condizione di dover scegliere tra la realizzazione della propria personalità, di cui la perseguita scelta di genere è chiara espressione ed alla quale si accompagna l'automatismo caducatorio del vincolo giuridico già goduto, e la conservazione delle garanzie giuridiche che al pregresso legame si accompagnano.

⁴³ La caducazione dello *status* acquisito con l'unione civile e la privazione di una disciplina e regolamentazione a seguito della modificazione del sesso, così come la conseguente assenza di una protezione anche laddove la coppia formalmente sciolta decidesse di contrarre matrimonio, solleva una questione di legittimità costituzionale giacché il differente grado di tutela offerto alle parti dell'unione civile e del matrimonio in presenza di una rettificazione del sesso si palesa in contrasto con gli artt. 2, 3 e 29 della Costituzione. Questa discriminazione, oltre a ricadere in *primis* sui diritti personalissimi, e quindi sulla dignità, libertà e autonomia della persona, comporta disparità che incidono fortemente anche sui diritti successori. La sopravvenuta morte di uno dei “partner”, a seguito dello scioglimento dell'unione civile per mutamento di sesso, anche qualora fosse in programmazione l'imminente matrimonio, lascerebbe privo di tutela il partner superstite, spoglio di diritti successori considerando che, invece, laddove non si fosse verificato “lo scioglimento imposto”, alla luce di quanto disposto dall'art. 1, comma 21, l. n. 76 del 2016, alla parte superstite sarebbero stati garantiti i diritti spettanti ai legittimari, estendendosi alle

Si conferma così la differente forza del vincolo nel matrimonio e nelle unioni civili: quest'ultimo è un legame meno "forte" e meno stabile, con effetti non coincidenti e ridotti rispetto a quelli derivanti dal matrimonio: il matrimonio si può convertire nell'unione civile, secondo il principio "*nel più sta il meno*", mentre non è possibile il contrario, in ragione della maggiore ampiezza del vincolo coniugale⁽⁴⁴⁾.

ABSTRACT:

L'unione civile tra persone dello stesso sesso è sotto certi aspetti istituto diverso dal matrimonio: la mancata estensione *tout court* della normativa matrimoniale agli uniti civili, la differente "nascita del vincolo" (il matrimonio si celebra, l'unione si costituisce), la mancata creazione di vincoli di parentela e affinità e la normativa in materia di cambio di sesso, dimostrano la differenza rispetto all'istituto riservato alle coppie etero. Con riferimento a questo ultimo aspetto (rettificazione sesso), la l. n. 76/2016 ha introdotto, al comma 27, la previsione per cui i coniugi sposati, qualora uno di essi cambi sesso, possono chiedere la "*trasformazione*" del matrimonio in unione civile; analoga previsione non è, però, prevista nel caso opposto. In tal caso l'unione civile si scioglie automaticamente all'atto dell'emissione di una sentenza di rettificazione di sesso di uno dei suoi due componenti, senza trasformarsi in matrimonio; fermo restando, ovviamente, che gli *ex* uniti civili, sopravvenendo il requisito della diversità di sesso, potranno contrarre, successivamente all'automatico scioglimento della loro unione civile, matrimonio.

Civil union between persons of the same sex is in some respects a different institution from marriage: the failure to extend tout court the matrimonial norm to civil unions, the different "birth of the bond" (the marriage is celebrated, the union is established), the failure to create bonds of kinship and affinity and the legislation on sex change, They show the difference from the institution reserved for heterosexual couples. With reference to this last aspect (gender rectification), law n. 76/2016 introduced, in paragraph 27, the provision that married spouses,

parti delle unioni civili le disposizioni di cui al capo X, del titolo I, del libro secondo del codice civile: V. BARELA, *op. cit.*, 14.

⁴⁴ R. FADDA, *op. cit.*, 1395.

if one of them changes sex, can request the “transformation” of the marriage into a civil union; however a similar provision is not provided for in the opposite case. In this case, the civil union is automatically dissolved when a sentence of gender rectification is issued by one of its two members, without becoming a marriage; it being understood, of course, that former civil partners, if the requirement of gender diversity arises, may contract marriage, after the automatic dissolution of their civil union.

LIVIA DI COLA

(Professore associato di Diritto processuale civile nell'Università di Macerata)

IL PROCEDIMENTO PER LE CONTROVERSIE IN MATERIA DI LICENZIAMENTO^{*(1)}

Sommario: 1. Premessa: il fine del legislatore nella riforma del procedimento per l'impugnazione dei licenziamenti 2. L'abrogato "Rito Fornero" 3. Il "nuovo" procedimento sommario in un'unica fase 4. Il rito applicabile al licenziamento del socio di cooperativa ed al licenziamento discriminatorio

1. PREMESSA: IL FINE DEL LEGISLATORE NELLA RIFORMA DEL PROCEDIMENTO PER L'IMPUGNAZIONE DEI LICENZIAMENTI

L'art. 1, comma 11 della legge-delega 26 novembre 2021, n. 206 ha previsto che il legislatore delegato dovesse procedere a «unificare e coordinare la disciplina dei procedimenti di impugnazione dei licenziamenti, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro, adottando le opportune norme transitorie, prevedendo che: a) la trattazione delle cause di licenziamento in cui sia proposta domanda di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro abbia carattere prioritario; b) le azioni di impugnazione dei licenziamenti dei soci delle cooperative, anche ove consegua la cessazione del rapporto associativo, siano introdotte con ricorso ai sensi degli articoli 409 e seguenti del codice di procedura civile; c) le azioni di nullità dei licenziamenti discriminatori, ove non siano proposte con ricorso ai sensi dell'articolo 414 del codice di procedura civile, possano essere introdotte, ricorrendone i presupposti, con i rispettivi riti speciali di cui agli articoli 38 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, e 28 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150, stabilendo che la proposizione dell'azione, nell'una o nell'altra forma, preclude la possibilità di agire successivamente in giudizio con rito diverso».

* Il contributo ha superato la *double blind peer review*.

L'intento di unificare la disciplina processuale dei vari tipi di licenziamenti è stato perseguito dal legislatore delegato attraverso l'introduzione di un nuovo capo I-bis, rubricato "Delle controversie in materia di licenziamenti", con tre nuove disposizioni, gli articoli 441-bis, ter e quater⁽¹⁾.

Si è ritornati di nuovo al modello base del processo del lavoro, cercando di incidere su di esso per comprimere i tempi, con un procedimento monofasico, che dovrebbe essere talmente rapido da «scongiurare la proliferazione di domande cautelari *ante causam*, anche in considerazione del fatto che la particolare celerità garantita dalle nuove disposizioni potrà essere valutata dal giudice in relazione al presupposto del *periculum in mora*»⁽²⁾. Si tratta ovviamente di un auspicio del legislatore che non può comunque impedire all'avente diritto di ricorrere alla tutela cautelare preventiva, anche perché l'abbreviazione dei termini nella introduttiva e la compressione dei tempi della trattazione dipendono interamente dalla discrezionalità del giudice istruttore, quindi potrebbero non essere prevedibili prima dell'inizio della causa.

Inoltre, lo scopo di accelerazione della vicenda contenziosa complessivamente considerata viene favorita dalla possibilità di trattare nello stesso procedimento anche le cause connesse e le domande riconvenzionali, al di là delle questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro: è di nuovo rimesso alla discrezionalità del giudice il mantenimento di un unico procedimento delle cause connesse ovvero la loro separazione, non dissimilmente da come previsto dalla norma generale sulla connessione oggettiva di cui all'art. 103 c.p.c. Bisognerà verificare se con normativa speciale in esame sia compatibile l'altra previsione contenuta nell'art. 103, comma 2 ovvero se sia possibile la separazione delle cause non per

¹ Hanno commentato la normativa: G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Bari, 2023, III, 43 ss.; R. BOLOGNESI, *Sub art. 441-bis, ter e quater*, in R. TISCINI (a cura di), *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 22 ottobre 2022, n. 150*, Pisa, 2023, 1101 ss.; A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, Torino, 2023, 133 ss.; A.D. DE SANTIS, *I riflessi della riforma del processo civile del 2022 sul modello del processo del Lavoro*, in *Giur. it.*, 2023, 705 ss.; F.P. LUISSO, *Sub artt. 441-bis, ter e quater*, in F.P. LUISSO, *Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano, 2023, 253 ss.; C. ROMERO, *Apparente requiem del rito Fornero e la sua reviviscenza*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2023, n. 3, 229 ss.

² *Relazione illustrativa. Schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206 recante delega al governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata*, 52.

impulso del giudice ma per istanza di tutte le parti.

2. L'ABROGATO "RITO FORNERO"

Preliminarmente, si deve verificare se qualche spunto per l'interpretazione e razionalizzazione del procedimento risultante dal combinato disposto tra la disciplina generale del rito del lavoro e quella speciale di cui all'art. 441-*bis*, possa provenire dall'abrogato rito per l'impugnativa dei licenziamenti⁽³⁾.

Il rito "Fornero" disciplinato dall'art. 1, commi 47- 69 della l. 28 giugno 2012, n. 92 era da ritenersi obbligatorio per l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, anche quando dovevano essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro (comma 47), nonché secondo la determinazione alla quale era giunta la stessa giurisprudenza, qualora il datore di lavoro agisse in via preventiva per far accertare la legittimità del licenziamento⁽⁴⁾.

Questo procedimento era ispirato alla filosofia dei procedimenti decisorii sommari, perciò si articolava in due fasi: entrambe erano piuttosto deformalizzate, seppur la prima in teoria dovesse essere la fase a cognizione sommaria, la seconda la

³ L'art. 37 del d.lgs. 149/2022 ha espressamente abrogato i commi dai 43 al 69 dell'art. 1 della l. 92/2012.

⁴ Così, M. DE CRISTOFARO-G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, in *Judicium*, 2012, 12 s.; D. BUONCRISTIANI, *Rito licenziamenti: profili sistematici e profili applicativi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 351 ss., in particolare 354 ss.; F.P. LUISO, *Il processo speciale per l'impugnazione del licenziamento*, *ibidem*, 123 ss., in particolare 132; I. PAGNI, *I correttivi alla durata del processo nella legge 28 giugno 2012, n. 92: note brevi al nuovo rito in materia di licenziamenti*, in *Riv. it. dir. ind.*, 2013, 339 ss., in particolare 347; D. DALFINO, *Obbligatorietà del rito Fornero (anche per il datore di lavoro) e decisione di questioni nella fase sommaria*, in *Riv. it. dir. ind.*, 2014, 396 ss.; L. DITTRICH, *Rito speciale dei licenziamenti e qualità della cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014; G. RUFFINI, *Il «rito Fornero» alle Sezioni unite*, *ibidem*, 755 ss., 104 ss.; P. LAI, *Contributo all'inquadramento della prima fase del rito Fornero*, in *Riv. it. dir. ind.*, 2018, 679 ss. Lo ritenevano alternativo al rito del lavoro: C. CONSOLO, D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *Corr. giur.*, 2012, 729 ss., in particolare 735 s.; G. VERDE, *Note sul processo nelle controversie in seguito a licenziamenti regolati dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 299 ss. in particolare 301. Sull'obbligatorietà del rito per il lavoratore che intendesse impugnare il licenziamento: Cass., 11 novembre 2015, n. 23073; Cass., 8 settembre 2016, n. 17775; Cass., 28 novembre 2016, n. 24120; Cass., 7 novembre 2017, n. 26309 e infine, Cass., 23 novembre 2018, n. 30433.

fase a cognizione piena introdotta dall'opposizione-ricorso della parte interessata. Entrambe le fasi del procedimento a causa della lacunosa disciplina normativa sono state oggetto di un intenso lavoro di integrazione e interpretazione da parte di dottrina e giurisprudenza⁽⁵⁾.

È stato sottolineato come la sommarietà del rito consistesse nel fatto che fosse lasciata al giudice la determinazione delle forme e di alcuni termini attraverso il quale si snodava il giudizio⁽⁶⁾: questo non solo nella fase sommaria ma anche in quella che doveva essere la fase a cognizione piena.

Andiamo a vedere più da vicino la struttura del “rito Fornero”.

La fase sommaria era introdotta con ricorso, in maniera non dissimile da altri procedimenti speciali, non necessariamente sommari (comma 48).

Le modalità di svolgimento del sub-procedimento erano descritte dal comma 49. A segnare il carattere sommario del procedimento erano i suoi tre cardini: si invitava il giudice ad omettere «ogni formalità non essenziale al contraddittorio»; a procedere «nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, ai sensi dell'articolo 421 c.p.c.»; a provvedere «con ordinanza immediatamente esecutiva, all'accoglimento o al rigetto della domanda».

È stata esclusa la natura cautelare di questa prima fase mettendo in luce ora come non fosse previsto dalla normativa uno specifico *periculum in mora*⁽⁷⁾, ora come fosse proprio l'obbligatorietà del rito ad escluderne il carattere cautelare⁽⁸⁾.

L'istruttoria nel procedimento di cui all'art 1, comma 49 l. n. 92/2012 era sem-

⁵ Per un quadro completo delle problematiche connesse a tale procedimento, oltre alla dottrina citata alla nota precedente si vedano: D. DALFINO, *Il nuovo procedimento in materia di impugnativa del licenziamento (nella l. 28 giugno 2012, n. 92)*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 759 ss.; ID., *Il rito Fornero nella giurisprudenza: prime applicazioni*, in *Riv. giur. lav. prev. sociale*, 2013, 153 ss.; ID., *L'impugnativa del licenziamento secondo il c.d. “rito Fornero”: questioni interpretative*, in *Foro it.*, 2013, V, c. 6 ss.; R. DONZELLI, *Le nuove «tutele» del lavoro (dall'accertamento tecnico preventivo in materia di invalidità pensionabile al procedimento per la dichiarazione d'illegittimità del licenziamento)*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2013, 289 ss.; R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti*, in F.P. LUIISO-R. TISCINI-A. VALLEBONA (CUR.), *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Torino, 2013, 75 ss.

⁶ I. PAGNI, *I correttivi alla durata del processo nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, cit., 343.

⁷ D. DALFINO, *Il nuovo procedimento in materia di impugnativa del licenziamento*, cit., 778 ss.; F.P. LUIISO, *Il processo speciale per l'impugnazione del licenziamento*, cit., 57. In giurisprudenza, Cass., 21 novembre 2017, n. 27655.

⁸ P. LAI, *Contributo all'inquadramento della prima fase del rito Fornero*, cit., 686 ss.

plificata nell'assunzione dei mezzi di prova. Stando alla lettera del comma 49, il giudice avrebbe potuto far uso anche dei poteri istruttori officiosi che gli vengono riconosciuti nel processo del lavoro dall'art. 421. Stabilire fino a che punto il giudice potesse o dovesse spingersi nell'istruzione probatoria era arduo; poteva concludersi certo che il convincimento a lui richiesto fosse analogo a quello proprio della sede cautelare, ma fino a quando tale stadio non fosse stato raggiunto, non si poteva impedire al giudice di andare avanti nell'istruzione⁽⁹⁾.

La giurisprudenza di Cassazione⁽¹⁰⁾ e la maggior parte della dottrina hanno concluso per l'idoneità al giudicato del provvedimento non opposto reso al termine del subprocedimento sommario⁽¹¹⁾, seppur l'ordinanza non opposta fosse dichiarata dalla legge solo «immediatamente esecutiva».

Contro l'ordinanza di accoglimento o di rigetto poteva essere proposta opposizione con ricorso contenente i requisiti di cui all'art. 414 del c.p.c., da depositare innanzi al tribunale che aveva emesso il provvedimento opposto, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla notificazione dello stesso, o dalla comunicazione se anteriore (comma 51).

La seconda fase veniva introdotta parimenti da un ricorso, con un meccanismo introduttivo modellato sulla falsa riga del processo del lavoro. Essa era caratterizzata da alcuni tocchi che rendevano il suo svolgimento deformalizzato: così anche in questa seconda fase si richiedeva al giudice di omettere ogni formalità non essenziale al contraddittorio e si specificava che il giudice procedeva nel modo che ritenesse più opportuno «agli atti di istruzione ammissibili e rilevanti richiesti

⁹ L. DITTRICH, *Rito speciale dei licenziamenti e qualità della cognizione*, cit., 112, identificava il concetto di prova «indispensabile» sotto un profilo logico con quello di prova «rilevante», spiegando che la prova dovrebbe essere ammessa solo quando fosse idonea a svolgere un effetto causale sul *thema decidendum*, senza che fosse possibile definire *ex ante* l'intensità di tale connessione causale ai fini dell'ammissibilità della prova stessa; M. CIRULLI, *Il rito Fornero nel sistema della tutela decisoria sommaria*, in *Riv. it. dir. ind.*, 2018, 443 ss., in particolare 451, per individuare la differenza tra le due fasi del giudizio, concludeva che quella della prima fase avrebbe dovuto essere una *semiplena cognitio* limitata ai fatti principali, mentre nella seconda fase avrebbero dovuto essere presi in considerazione anche i fatti secondari.

¹⁰ Così, *ex multis*, Cass., 6 settembre 2018, n. 21720.

¹¹ Dal momento che per lo più gli autori citati nelle note precedenti hanno aderito all'idea alla base dei procedimenti decisorii sommari, ovvero che a seguito della non opposizione si formi giudicato, in questo contesto ricordiamo quelli che a tale determinazione non sono arrivati: VERDE, *Note sul processo nelle controversie in seguito a licenziamenti regolati dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., 311; M. CIRULLI, *Il rito Fornero nel sistema della tutela decisoria sommaria*, cit., 445 s.

dalle parti nonché disposti d'ufficio, ai sensi dall'articolo 421 del c.p.c.» (comma 57).

La sentenza completa di motivazione veniva pronunciata in un breve lasso di tempo (doveva essere depositata in cancelleria entro dieci giorni dall'udienza di discussione); contro di essa era ammesso reclamo davanti alla corte d'appello, in un termine più breve di quello ordinario, trenta giorni dalla comunicazione, o dalla notificazione se anteriore.

Anche nel giudizio di reclamo si ripetevano formule che facevano pensare ad un giudizio dalla struttura semplice (commi 56-60). Contro la sentenza d'appello era dato ricorso in cassazione, con l'unica variante del termine decadenziale di 60 giorni dalla comunicazione ovvero dalla notificazione se anteriore (comma 62).

Vista la libertà di movimento che veniva lasciata al giudice nelle due fasi del procedimento, non era da escludere che già nella prima fase potesse essere già raggiunta una cognizione piena, soprattutto se la controversia si rivelava non complessa. È stato denunciato in dottrina il rischio della duplicazione della prima fase nella seconda fase del procedimento.

Come rimedio avverso questo spreco di attività processuale è stato proposto di riconoscere non l'opposizione, ma reclamo avverso l'ordinanza che fosse stata emessa al termine di una fase svoltasi nella sostanza con le modalità della cognizione piena, anche se formalmente si trattava della prima fase, quella sommaria del procedimento: infatti, al provvedimento conclusivo di tale fase, per le modalità con le quali era stato assunto, si sarebbe dovuto riconoscere natura di sentenza non di ordinanza e conseguentemente in applicazione del principio sostanzialistico andava individuato il suo mezzo di impugnazione⁽¹²⁾.

Questo uso del principio della prevalenza della sostanza sulla forma ha ricevuto diverse critiche in dottrina⁽¹³⁾, che pur ha apprezzato l'intento di chi l'ha elaborato.

¹² La tesi è di R. TISCINI, *Il procedimento di impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale*, cit., 185 ss., la quale ha precisato che rendere chiara la natura dell'ordinanza ai fini della scelta del mezzo di critica, opposizione o reclamo, spettava al giudice adito in fase sommaria, che avrebbe dovuto fornire alla parte gli elementi idonei a far intuire se il provvedimento emesso in forma di ordinanza fosse anche sostanzialmente tale ovvero si trattasse di un'ordinanza con sostanza di sentenza. Aggiunge l'autrice che, con soluzione dogmaticamente non condivisibile ma praticamente opportuna, nelle situazioni dubbie il suggerimento sarebbe stato di instaurare entrambi i giudizi.

¹³ L. DITTRICH, *Rito speciale dei licenziamenti e qualità della cognizione*, cit., 119, ha rilevato che si trattava di una interpretazione animata dai migliori intendimenti, ma impraticabile essenzialmente per due ragioni: perché la qualificazione formale impressa al provvedimento dal giudice *a quo* non avrebbe vincolato il giudice *ad quem*, tenuto a svolgere un'analisi autonoma e oggettiva del provvedimento

Alla fine, questa tesi è stata accolta dalla Sezione lavoro della Cassazione⁽¹⁴⁾.

3. IL “NUOVO” PROCEDIMENTO SOMMARIO IN UN’UNICA FASE

Il legislatore delegato sembra proprio aver tratto insegnamento dalla passata esperienza normativa: il nuovo procedimento, infatti, ha una sola fase, che si modella sul processo del lavoro, per la verità con pochi adattamenti.

Oltre ad aver operato sulla struttura del rito base, con qualche ritocco, il legislatore ha garantito l’accelerazione del procedimento con un *escamotage* organizzativo: ai sensi del primo comma dell’art. 441-*bis*, la trattazione e la decisione delle controversie aventi ad oggetto l’impugnazione dei licenziamenti nelle quali è proposta domanda di reintegrazione nel posto di lavoro hanno carattere prioritario rispetto alle altre pendenti sul ruolo del giudice. Per assicurare questa trattazione prioritaria è stato introdotto l’art. 144-*quinquies* disp. att. c.p.c. secondo il quale sono il presidente di sezione e il dirigente dell’ufficio giudiziario a favorire e verificare la trattazione prioritaria dei procedimenti di cui al capo I-*bis* del titolo IV del libro secondo del codice. Al fine di rendere effettiva questa verifica, in ciascun ufficio giudiziario sono compiute estrazioni statistiche trimestrali che consentono di valutare la durata media dei processi di cui all’articolo 441-*bis del codice, in confronto con la durata degli altri processi in materia di lavoro.*

Di analoghe esigenze di celerità si dovrebbe tenere conto anche in appello e in cassazione, dando quindi precedenza alle impugnative dei provvedimenti che decidano su provvedimenti relativi a licenziamenti, negando o concedendo la reintegrazione nel posto di lavoro.

Questa disposizione crea una tutela differenziata tra le domande di impugnativa dei licenziamenti che possono e quelle che non possono essere accompagnate da una domanda di reintegrazione nel posto di lavoro⁽¹⁵⁾: perciò, nelle ipotesi in cui

impugnato; perché il rischio che la parte soccombente avrebbe corso nel proporre l’appello in luogo dell’opposizione, sarebbe stato scongiurabile solo al caro prezzo di proporre entrambi i rimedi contemporaneamente.

¹⁴ Si veda Cass., 31 marzo 2017, n. 8467 (commentata da R. TISCINI, *Prevalenza della sostanza sulla forma e sue recenti applicazioni*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 465 ss., in particolare 470 ss.).

¹⁵ La reintegrazione nel posto di lavoro è disciplinata dall’art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Fino 2012 questo tipo di tutela era prevista in tutte le ipotesi di licenziamento illegittimo di lavoratori assunti presso datori di lavoro che superavano specifiche soglie dimensionali (unità produttiva con più

non può essere chiesta la reintegrazione nel posto di lavoro, oltre ad una tutela inferiore dei propri diritti, il lavoratore che impugna il licenziamento è svantaggiato nella tempistica della trattazione rispetto ad altre cause analoghe.

Il privilegio riservato alle domande di impugnazione dei licenziamenti nella normativa attuale non era previsto nella disciplina del rito Fornero, dove il comma 47 dell'art. 1 stabiliva l'applicazione della normativa alle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti alle ipotesi regolate dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, quindi tanto ad ipotesi di tutela reale che di tutela obbligatoria.

Stando alla lettera del primo comma dell'art. 441-*bis*, tale disposizione non comprenderebbe neanche l'ipotesi di cui all'art. 18, comma 3, St. lav., che prevede la possibilità di chiedere in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro un'indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, la cui richiesta determina la risoluzione del rapporto di lavoro: solo le impugnazioni di licenziamenti che siano accompagnate da una domanda di reintegrazione nel posto di lavoro possono usufruire della trattazione privilegiata e concentrata, non quelle che siano accompagnate da una domanda di pagamento di indennità sostitutiva, nonostante in teoria si avesse diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro. Le controversie di cui al primo comma dell'art. 441-*bis* sono oggetto del rito del lavoro "semplificato", che innesta sulla disciplina del capo I, del titolo IV del libro II due possibili variabili, nella fase introduttiva (terzo comma) e nella trattazione (quarto comma).

di 15 lavoratori, o più di 5 in caso di imprenditore agricolo, o più di 60 dipendenti in totale).

Con la legge 92/2012 il legislatore ha sensibilmente ridotto le ipotesi in cui il giudice può ordinare al datore di lavoro di reintegrare il dipendente illegittimamente licenziato (in casi di nullità del licenziamento, perché discriminatorio oppure disposto in costanza di matrimonio o in violazione delle tutele previste in materia di maternità o paternità oppure negli altri casi previsti dalla legge; in caso di licenziamento intimato in forma orale; in caso di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo illegittimo per insussistenza del fatto contestato o perché il fatto rientra in una delle condotte punibili con sanzione conservativa sulla base del Contratto Collettivo Nazionale applicabile; in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, se il fatto è manifestamente infondato). Con il successivo d.lgs. 23/2015, il legislatore è nuovamente intervenuto sulla materia dei licenziamenti, limitando ulteriormente le ipotesi in cui il giudice può disporre la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro (al caso di: licenziamento discriminatorio a norma dell'art. 15 della legge n. 300 del 1970; licenziamento nullo per espressa previsione di legge; licenziamento inefficace perché intimato in forma orale; licenziamento rispetto al quale il giudice accerti il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore; licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa rispetto al quale sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore).

Il procedimento è introdotto con ricorso come il processo del lavoro e gli altri riti speciali, solo che vi è la possibilità di abbreviare i tempi della fase introduttiva fino a ridurli alla metà, pur con la previsione di un termine minimo da rispettare: tra la data di notificazione al convenuto o al terzo chiamato e quella dell'udienza di discussione deve intercorrere un termine non minore di venti giorni; in tal caso il termine per la costituzione del convenuto o del terzo chiamato è ridotto della metà ovvero fino a cinque giorni prima dell'udienza di discussione.

In dottrina è stata espressa preoccupazione per la riduzione dei termini, perché è stato sottolineato come l'avvocato che deve costituirsi per il convenuto o per il terzo potrebbe essere costretto a reperire i documenti necessari in un lasso di tempo eccessivamente breve⁽¹⁶⁾. In verità, il legislatore ha lasciato una particolare libertà di azione al giudice stabilendo che egli possa procedere con l'abbreviazione dei termini "tenuto conto delle circostanze esposte nel ricorso": per l'adeguato bilanciamento di opposti interessi, è da ritenere che spetti al giudice trovare il punto di equilibrio tra l'esigenza di speditezza prospettata dal ricorrente e quella di avere il tempo necessario per lo studio della causa e il reperimento dei documenti. Non bisogna dimenticare, infatti, che le decadenze legate agli atti introduttivi sono quelle proprie del rito del lavoro. Il convenuto o il terzo che non dovessero riuscire per motivi oggettivi a procurarsi dei documenti necessari alla loro difesa, ad esempio, a causa di tempi burocratici eccessivamente lunghi, potrebbero fare istanza per essere rimessi in termini.

Se è vero che la prospettazione di un *periculum* può essere motivo di abbreviazione dei termini, è parimenti vero che la velocizzazione della fase introduttiva non assicura la medesima utilità di un procedimento cautelare, perché la trattazione deve comunque portare il giudice a raggiungere una profondità di cognizione tale da consentire una decisione idonea al passaggio in giudicato, che non è un mero *fumus boni iuris*; ciò potrebbe comportare dei tempi abbreviati rispetto al processo del lavoro standard, ma comunque più lunghi rispetto ad un procedimento cautelare qualsiasi. Perciò, non è da escludere che il ricorrente faccia istanza per un provvedimento cautelare *ante causa* o nello stesso atto in cui è presentata domanda per il provvedimento di merito.

Venendo alla fase della trattazione, anche in questo ambito si agisce sui termini per contrarla, ravvicinando se del caso le udienze; si specifica che "a tal fine il

¹⁶ R. BOLOGNESI, *Sub art. 441-bis, ter e quater*, cit., 1104.

giudice riserva particolari giorni, anche ravvicinati, nel calendario delle udienze”. Non si tratta quindi di termini per il compimento di specifiche attività dei soggetti del processo, ma dei termini intercorrenti tra un’udienza ed un’altra.

Nella fase della trattazione le novità rispetto al rito Fornero sono due.

La prima importante differenza tra il passato e l’attuale rito per impugnativa dei licenziamenti riguarda la possibilità della trattazione congiunta di eventuali domande connesse e riconvenzionali, con una formulazione più ampia rispetto alla definizione che si dava dell’oggetto dell’abrogato rito Fornero; quest’ultimo, infatti, limitava la possibilità di estendere l’oggetto del giudizio alle domande che fossero fondate sugli “identici fatti costitutivi”, tanto nella prima che nella seconda fase (art. 1, commi 48 e 51 l. 92/2012).

Non vi era concordia in dottrina circa il significato da attribuire alla menzionata espressione: così, una parte di essa era propensa ad interpretarla in maniera più ampia, come una parziale coincidenza, ammettendosi domande anche fondate sia su fatti costitutivi identici a quelli della domanda principale sia su fatti ulteriori⁽¹⁷⁾; di contro, la soluzione più restrittiva, secondo la quale sarebbero state ammesse domande connesse solo se basate su identici fatti costitutivi, veniva giustificata con la finalità del rito, quello di definire il prima possibile le domande di impugnativa dei licenziamenti di cui all’art. 18 St. lav.⁽¹⁸⁾. Quest’ultima dottrina aveva così escluso che potesse essere proposta congiuntamente all’impugnativa del licenziamento la domanda di pagamento delle differenze retributive, mentre aveva ammesso che potesse essere proposta domanda di pagamento del trattamento di fine rapporto ovvero di indennità sostitutiva di preavviso.

Una delle questioni che fu discussa in dottrina e giurisprudenza fu quello della possibilità del giudice davanti al quale fosse proposta impugnativa del licenziamento ai sensi dell’art. 18 di decidere sulla domanda subordinata di tutela ai sensi dell’art. 8 della l. 604/1966 (tutela obbligatoria), nel caso in cui il datore di lavoro non avesse i requisiti dimensionali richiesti per la tutela reale⁽¹⁹⁾. Sul punto è inter-

¹⁷ Così: D. DALFINO, *Il nuovo procedimento in materia di impugnativa del licenziamento (nella l. 28 giugno 2012, n. 92)*, cit., 782; M. DE CRISTOFARO, G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l’anelito alla celerità per una tutela sostanzialmente dimezzata*, cit., 2b; I. PAGNI, *I correttivi alla durata del processo nella l. 28 giugno 2012, n. 92: note brevi sul nuovo rito in materia di licenziamenti*, cit., 348.

¹⁸ F.P. LUISO, *Il processo speciale per l’impugnazione del licenziamento*, cit., 131; R. TISCINI, *Il procedimento per l’impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale*, cit., 105 s.

¹⁹ In proposito si veda la ricostruzione di E. FANESI, *Sorte delle domande formulate con il c.d. Rito Fornero non fondate sugli identici fatti costitutivi: inammissibilità o mutamento del rito*, in *Judicium*, 4 ss.

venuta la Sezione lavoro della Corte di cassazione con due successive pronunce. Secondo la prima pronuncia⁽²⁰⁾ la domanda di cui all'art. 8 della l. 604/1966 era improponibile ai sensi dell'art. 1, comma 48 della l. 92/2012 perché tale domanda si baserebbe su “fatti costitutivi” diversi da quelli fondanti la domanda di reintegra ex art. 18 Stat. lav., specificatamente per quanto attiene al numero dei dipendenti del datore di lavoro nonché alla natura delle imprese datrici di lavoro. Una seconda pronuncia⁽²¹⁾, al contrario, aveva ritenuto la domanda subordinata proponibile in quanto basata su identici fatti costitutivi, non rappresentando ad opinione della Corte il requisito dimensionale dell'impresa un fatto costitutivo dell'impugnazione del licenziamento; piuttosto, quest'ultimo e il giustificato motivo del licenziamento, costituirebbero fatti impeditivi del diritto soggettivo dedotto in giudizio, con conseguente onere della prova a carico del datore di lavoro⁽²²⁾.

Anche sulla sorte delle domande non rientranti nell'oggetto del procedimento non vi era concordia in dottrina e giurisprudenza. Da un lato, attendendosi alla lettera del comma 56, art. 1, si riteneva che solo in caso di domanda riconvenzionale non basata sugli stessi fatti costitutivi dovesse essere disposta la separazione e la prosecuzione con il rito corretto, mentre negli altri casi la domanda dovesse essere dichiarata inammissibile. Dall'altro, sulla base di un'interpretazione estensiva degli art. 426-427 c.p.c., si concludeva che in tutti i casi in cui le domande connesse dovessero essere trattate con un rito diverso, esse dovessero essere separate dalla domanda principale e, quindi, si proseguiva con il rito del lavoro; del resto, quest'ultimo rappresentava il modello di processo di lavoro a cognizione piena, una sorta di modello ordinario rispetto al procedimento speciale per l'impugnativa dei licenziamenti. Come ulteriore argomento a favore di questa tesi si spiegava che l'art. 1, comma 56 facendo riferimento alle domande riconvenzionali, non escludeva affatto la separazione delle altre domande non rientranti nel rito Fornero e la loro trattazione con il rito corretto⁽²³⁾.

Il problema è stato razionalizzato con l'ultima riforma: nella disciplina attuale non si limitano le domande connesse o riconvenzionali a quelle basate sugli iden-

²⁰ Cass., Sez. lav., 10 agosto 2015, n. 16662.

²¹ Cass., Sez. lav., 13 giugno 2016, n. 12094, in *Foro it.*, 2016, I, 2750 ss., con nota di D. DALFINO.

²² La Corte nella pronuncia menzionata alla nota precedente richiama sul punto Cass., Sez. un., 10 gennaio 2006, n. 141, in *Giur. it.*, 2006, 1661 ss.

²³ E. FANESI, *Sorte delle domande formulate con il c.d. Rito Fornero non fondate sugli identici fatti costitutivi: inammissibilità o mutamento del rito*, cit., 6 ss.

tici fatti costitutivi. Piuttosto, sono le esigenze di celerità prospettate dalle parti a determinare la trattazione congiunta o separata delle domande connesse.

Perciò, non è consentita la trattazione privilegiata secondo il disposto degli artt. 441-*bis* e 144-*quinquies* disp. att. c.p.c. delle impugnative di licenziamento proposte ai sensi dell'art. 8 della l. 604/1966, ma è consentito proporre la domanda di tutela obbligatoria in via subordinata, rispetto alla tutela reale. Al contrario, non c'è nessuna possibilità di proporre con tale rito la domanda di pagamento dell'indennità sostitutiva in via principale né subordinata, perché la scelta tra le due alternative previste dall'art. 18 deve essere fatta dal ricorrente fin da subito e comporta la trattazione con due riti differenti.

Nello spirito dell'art. 441-*bis*, quarto comma, sono le esigenze di celerità che devono guidare il giudice nella scelta di trattare congiuntamente o meno le cause connesse. Proprio questo spirito dovrebbe portare ad escludere l'applicazione dell'art. 103, comma 2 nella parte in cui prevede che la separazione delle cause connesse possa essere disposta su istanza di tutte le parti: l'applicazione della norma generale viene esclusa dalla norma speciale.

La seconda novità riguarda i poteri del giudice, che appaiono maggiormente irregimentati: il giudice seppur con i tempi contratti agisce nella cornice dell'udienza di discussione disciplinata dall'art. 420 c.p.c.; non assistiamo alla deformalizzazione dell'istruttoria con il riconoscimento di ampia discrezionalità nei tempi e modi della conduzione della stessa propria dell'abrogato procedimento.

Relativamente alla fase della trattazione, è da ritenere che sia applicabile anche nel processo del lavoro l'art. 127-*bis* c.p.c., il quale al comma primo prevede che la possibilità che il giudice disponga lo svolgimento dell'udienza, anche pubblica, mediante collegamenti audiovisivi a distanza, quando non è richiesta la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti, dal pubblico ministero e dagli ausiliari del giudice⁽²⁴⁾. il secondo comma di tale disposizione contempla anche la possibilità che l'udienza si svolga con modalità mista, ovvero alla presenza delle parti che ne hanno fatto richiesta e con modalità audiovisiva per le altre parti.

Per cui il giudice nel decreto che dispone l'udienza di discussione dovrebbe fissare anche l'eventuale modalità a distanza di svolgimento dell'udienza; alle parti sarebbe dato opporsi nella memoria di costituzione per il convenuto e per il terzo, in un atto a parte per il ricorrente. Lo svolgimento dell'udienza con le modalità

²⁴ Si veda in proposito: A.D. DE SANTIS, *I riflessi della riforma del processo civile del 2022 sul modello del processo del Lavoro*, cit., 706.

stabilite dall'art. 196-*duodecies* ne garantirà l'equivalenza ad un'udienza pubblica.

Più difficile è immaginare la sostituzione nella fase della trattazione del processo del lavoro, quindi anche del processo con termini abbreviati e/o udienze ravvicinate per l'impugnativa dei licenziamenti, di un'udienza con il deposito di note scritte, contenenti le sole istanze e conclusioni, sempre nella ricorrenza delle stesse condizioni di cui all'art. 127-*bis*, comma 1.

Diverse difficoltà di applicazione dell'art. 127-*ter* al rito del lavoro sono state rilevate.

In primo luogo, si è posto il problema della compatibilità della modalità di svolgimento della trattazione consistente nel deposito di note scritte in cancelleria con il disposto degli art. 420 e 128, che disegnano un'udienza di discussione tendenzialmente unica e pubblica a pena di nullità.

In secondo luogo, si è posto il problema della compatibilità di questa modalità della trattazione scritta con la tipica decisione della causa nel processo del lavoro, lettura in udienza dell'intera sentenza, dispositivo e motivazione, o del solo dispositivo, con deposito successivo della sentenza (art. 429 c.p.c.)⁽²⁵⁾.

Il legislatore ha cercato di risolvere questi problemi applicativi con il decreto correttivo, d.lgs. 31 ottobre 2024, n. 164.

In considerazione del dato esperienziale che l'udienza di discussione di cui all'art. 420, si snoda nella realtà in più udienze (una fase introduttiva, nella quale si esperisce il tentativo obbligatorio di conciliazione ai sensi del primo comma, una fase istruttoria e una fase decisoria, alle quali sono destinate due o più udienze), nella Relazione illustrativa⁽²⁶⁾ si spiega che le disposizioni di cui all'art. 127-*ter* troveranno applicazione nel segmento decisorio.

²⁵ A.D. DE SANTIS, *op. cit.*, ha ritenuto che la nuova formulazione dell'art. 430, secondo il quale “Quando la sentenza è depositata fuori udienza, il cancelliere ne dà immediata comunicazione alle parti”, abbia aperto uno spiraglio per l'affermazione della compatibilità tra l'art. 127-*ter* c.p.c. e il modello decisionale del rito del lavoro. A questa conclusione l'autore è arrivato, pur sottolineando come la Relazione illustrativa accompagnata al d.lgs. 149/2022 abbia chiarito benissimo che la modifica è dipesa dalla volontà di risolvere i problemi applicativi posti dalla precedente versione della norma; quindi, che tale modifica nulla abbia a che vedere con le questioni dell'udienza cartolare.

²⁶ Relazione illustrativa, Schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149, recante «attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata», 10.

Conseguentemente, si è risolta la questione dell'inconciliabilità pratica della fase decisoria svolta secondo l'art. 127-ter c.p.c. con le modalità tipiche di decisione nel rito del lavoro: è stato aggiunto un periodo all'ultimo comma dell'art. 127-ter c.p.c., in virtù del quale il provvedimento depositato entro il giorno successivo alla scadenza del termine si considera letto in udienza.

Oltre alla disposizione enunciata, il testo dell'art. 127-ter è stato modificato nel modo che si descrive di seguito.

Al primo comma è stato aggiunto il periodo: «L'udienza non può essere sostituita quando la presenza personale delle parti è prescritta dalla legge o disposta dal giudice», quindi l'udienza destinata all'interrogatorio libero delle parti e la loro conciliazione, non può essere sostituita dalla trattazione scritta. Seguendo la base del rito del lavoro questa fase non potrà mancare neanche nell'impugnativa dei licenziamenti. In tale contesto dovrebbero seguire anche l'eventuale rilievo d'ufficio di questioni e l'eccezionale modifica delle domande, eccezioni e conclusioni, conseguenti alle domande ed eccezioni del convenuto, e le eccezioni conseguenti a domande nuove.

Vi potrebbe essere l'eventualità in cui, dopo l'interrogatorio delle parti e l'eventuale rilievo d'ufficio di questioni o di istanze di autorizzazione alla modifica di domande, eccezioni o conclusioni già formulate, ove non sia necessaria l'assunzione di prove, il giudice disponga la trattazione scritta con memorie successive nell'ambito delle quali svolgere tali attività di modifica e per poi trarre le conclusioni; seguirebbe la decisione. L'art. 127-ter non esclude che lo scambio di memorie possa essere più di uno, se funzionale alla più rapida conclusione della causa. Né questa possibilità sarebbe contraria allo spirito della Relazione illustrativa, che parte dall'idea dello snodo della discussione in più udienze: nel procedimento in esame, la sostituzione dell'udienza di discussione con lo scambio di memorie potrebbe avere proprio lo scopo di contrarre i tempi di trattazione.

Al secondo comma, dopo il secondo periodo è stato inserito il seguente: «Nel caso previsto dall'articolo 128, se una delle parti si oppone il giudice revoca il provvedimento e fissa l'udienza pubblica»; al contempo, è stato modificato anche l'art. 128, dove al primo comma è stato aggiunto il seguente periodo: «Il giudice può altresì disporre la sostituzione dell'udienza ai sensi dell'articolo 127-ter, salvo che una delle parti si opponga». Perciò, con una "finzione" il legislatore ha equiparato l'udienza pubblica allo scambio di note scritte.

In buona sostanza, il giudice, ove lo ritenga conveniente dal punto di vista tempo-

rare, può disporre che la fase decisoria si svolga per iscritto; il termine concesso dal giudice per il deposito di note non può essere non inferiore a quindici giorni. Le parti possono opporsi nei cinque giorni successivi alla comunicazione del provvedimento del giudice alla trattazione scritta; la decisione del giudice sull'opposizione vi sarebbe nei successivi cinque giorni. In caso di opposizione congiunta delle parti, il giudice sarebbe tenuto a provvedere in conformità alla stessa. Se l'udienza deve essere pubblica, come lo è nel processo del lavoro, il giudice è obbligato a dare seguito alla richiesta anche in caso di opposizione di una sola delle parti. Se ricorrono particolari ragioni d'urgenza il giudice può abbreviare tali termini (art. 127-ter, comma 2).

L'art. 127-ter, comma 1 prevede anche la facoltà delle parti di chiedere congiuntamente la sostituzione dell'udienza con il deposito di note scritte; l'udienza sarà ovviamente, secondo quanto si è detto fin ora, quella dedicata alla discussione e la decisione. In tal caso il giudice provvederà in conformità all'istanza delle parti, ma è da ritenere che nel procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti *ex art. 441-bis* rimanga libero di abbreviare i termini valutando l'urgenza della decisione, data la particolarità della fattispecie processuale.

Le modalità della decisione sono quelle proprie del rito del lavoro: con sentenza soggetta ad appello e a ricorso in cassazione.

Le uniche particolarità dei due procedimenti di impugnazione riguardano la necessità di tenere conto delle medesime esigenze di celerità e di concentrazione del primo grado, quindi anche della necessità di assicurare una trattazione privilegiata rispetto a cause della medesima natura.

In conclusione, il legislatore sembra essersi reso conto dei problemi applicativi della normativa propria del rito "Fornero", traendone insegnamento. Le modifiche apportate al rito del lavoro utilizzato per l'impugnativa dei licenziamenti accompagnate da una domanda di reintegrazione nel posto di lavoro sono semplici; a maggior ragione dovrebbero essere di facile realizzazione. In più, si dovrebbe incidere sulla causa di stallo dei processi in molti affollati tribunali: il calendario delle udienze.

Rimane la disparità di trattamento tra l'impugnativa di licenziamenti che sono accompagnate dalla domanda di reintegrazione nel posto di lavoro e quelle che non lo sono, maggiormente evidente laddove non possono per legge essere accompagnate da una tale domanda.

4. IL RITO APPLICABILE AL LICENZIAMENTO DEL SOCIO DI COOPERATIVA ED AL LICENZIAMENTO DISCRIMINATORIO

Il secondo articolo introdotto nel nuovo capo I-bis è l'art. 441-ter, una norma che ha risolto il dubbio di quale debba essere giudice competente a conoscere due tipi di cause diverse: l'impugnativa del licenziamento del socio di cooperativa, accompagnato da questioni relative al rapporto associativo; l'impugnativa della cessazione del rapporto di lavoro come conseguenza dell'impugnazione della delibera dalla quale deriva l'esclusione del socio dalla cooperativa. In questi casi la competenza appartiene al giudice del lavoro⁽²⁷⁾.

Questa disposizione lascia il dubbio se sia applicabile a questo tipo di cause il disposto dell'art. 441-bis: per risolverlo è necessario fare un passo indietro.

La disposizione sembra accogliere la tesi delle Sezioni unite del 2017⁽²⁸⁾, secondo le quali in caso di licenziamento del socio di cooperativa determinante anche la cessazione del rapporto associativo, o viceversa di cessazione del rapporto associativo con contestale e conseguente scioglimento del rapporto di lavoro, si avrebbero comunque due differenti atti estintivi corrispondenti a due differenti rapporti giuridici, quindi corrispondenti a due differenti atti di impugnativa, seppur coordinati tra di loro⁽²⁹⁾.

²⁷ La disposizione ha superato il disposto dell'art. 5, comma 2, ultimo periodo della l. 142/2001, come modificato dall'art. 9 della l. 30/2003, secondo il quale: «Le controversie tra socio e cooperativa relative alla prestazione mutualistica sono di competenza del tribunale ordinario». Per approfondimenti si rinvia a R. RIVERSO, *Il licenziamento del socio di cooperativa nella Riforma Cartabia: più dubbi che soluzioni*, in *Il Lavoro della Giurisprudenza*, 2023, 800 ss., il quale ha evidenziato come nonostante questa disposizione non fossero del tutto sopiti i dubbi sulla competenza del giudice del lavoro per conoscere dell'interrotto rapporto lavorativo.

²⁸ Cass., Sez. un., 20 novembre 2017, n. 27436, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, II, 317 ss., con nota di S. Sardaro, *Le Sezioni Unite su esclusione e licenziamento del socio lavoratore di cooperativa: epilogo di una lunga saga?* nello stesso senso la più recente Cass., Sez. lav., 16 novembre 2021, n. 34721.

²⁹ R. RIVERSO, *op. cit.*, 803, ha concluso che si tratta non di due rapporti giuridici distinti ma di una fattispecie unica, basandosi anche sul disposto dell'art. 5, comma 2, primo periodo, della l. 142/2001 come modificato dall'art. 9 della l. 30/2003, secondo il quale «Il rapporto di lavoro si estingue con il recesso o l'esclusione del socio deliberati nel rispetto delle previsioni statutarie e in conformità con gli articoli 2526 e 2527 del codice civile». Ad opinione dell'autore non potrebbe esserci un licenziamento o cessazione del rapporto di lavoro senza la contestuale cessazione del rapporto associativo, pur se formalmente questo effetto potrebbe essere collegato a due atti distinti, la delibera di esclusione del socio dalla cooperativa ed il suo formale licenziamento. Perciò, a suo parere, l'art. 2, comma 1, rappresenterebbe un retaggio storico del sistema precedente alla riforma operata dalla l. 30/2003.

In questi casi l'esclusione della tutela di cui all'art. 18 St. lav., deriva direttamente dal disposto della l. 142/2001, art. 2 comma 1, secondo il quale: «Ai soci lavoratori di cooperativa con rapporto di lavoro subordinato si applica la legge 20 maggio 1970, n. 300, con esclusione dell'articolo 18 ogni volta che venga a cessare, col rapporto di lavoro, anche quello associativo ...».

Le Sezioni unite tracciano una precisa mappa della tutela disponibile per il socio di cooperativa: la tutela restitutoria, che consegue all'invalidazione della delibera, dalla quale deriva la ricostituzione sia del rapporto societario, sia dell'ulteriore rapporto di lavoro e che, quindi, ripete genesi e fisionomia dalla dinamica del rapporto sociale; la tutela risarcitoria, che consegue all'impugnativa del solo licenziamento illegittimo, senza la contestazione dell'esclusione dalla cooperativa. Quindi, la tutela reale sarebbe conseguenza non della reintegrazione nel posto ai sensi dell'art. 18 St. lav., ma dell'annullamento della delibera di esclusione dalla cooperativa⁽³⁰⁾.

Questo breve quadro che è stato tracciato ci consente di risolvere il dubbio se sia applicabile o meno in tale contesto l'art. 441-bis. Tale disposizione si riferisce alla domanda di reintegrazione nel posto di lavoro, ma non cita espressamente domande di reintegrazione nel posto di lavoro ai sensi dell'art. 18 St. lav. Perciò, sicuramente non potranno usufruire di tempi abbreviati le impugnative di licenziamenti illegittimi, ma non della delibera di esclusione dalla cooperativa, comportate solo un risarcimento del danno in caso di vittoria. Al contrario, si potrebbe sostenere l'applicazione estensiva dell'art. 441-bis al caso in cui sia impugnata la delibera di esclusione del socio dalla cooperativa, con ricostituzione del rapporto mutualistico e quindi del rapporto di lavoro, perché si arriva ad un risultato analogo a quello della reintegrazione nel posto di lavoro.

L'ultima disposizione del capo I-bis è l'art. 441-quater, che si occupa di coordinare l'esercizio dell'azione di impugnazione di licenziamenti discriminatori quando a disposizione dell'avente diritto vi sono due riti: il rito del lavoro ed un rito speciale, tendenzialmente accelerato, quale quello previsto dall'art. 28 del d.lgs. 150/2011. La norma specifica che la proposizione della domanda relativa alla nullità del licenziamento discriminatorio e alle sue conseguenze nell'una o nell'altra

³⁰ In senso differente Cass., Sez. lav., 23 gennaio 2015, n. 1259, ha ritenuto applicabile l'art. 18 St. lav., ai casi di licenziamento per motivi discriminatori, se la delibera di esclusione del socio è fondata esclusivamente sull'intervenuto licenziamento disciplinare, perché alla dichiarazione dell'illegittimità del licenziamento conseguirebbe la pari illegittimità della delibera di esclusione del socio.

forma, preclude la possibilità di agire successivamente in giudizio con rito diverso per quella stessa domanda.

È stato osservato⁽³¹⁾ come il legislatore abbia utilizzato un linguaggio improprio dovendosi parlare più che di «preclusione della possibilità di agire» di litispendenza; perciò, la preclusione alla proposizione della successiva azione, presupporrebbe l'identità soggettiva e oggettiva delle due azioni: ad esempio, tale non sarebbe l'azione dall'avente diritto e dal sindacato, che pur possa ottenere incidentalmente la medesima utilità, reintegrazione nel posto di lavoro.

Ai fini del nostro lavoro ci si deve chiedere se anche a queste cause sia applicabile l'art. 441-bis, quindi l'accelerazione dei termini e la trattazione privilegiata rispetto alle altre cause di lavoro. La risposta non può che essere positiva nel caso in cui l'impugnazione del licenziamento sia accompagnata da una domanda di reintegrazione nel posto di lavoro e non di pagamento di un'indennità sostitutiva.

ABSTRACT:

Con il d.lgs. 149/2022 il legislatore ha voluto riportare le controversie in materia di licenziamento al modello base del procedimento disciplinato dal libro II, titolo IV, capo I, il processo del lavoro. Si è agito con lievi ritocchi, essenzialmente sui termini e sull'organizzazione temporale del procedimento per velocizzarlo. La trattazione accelerata e privilegiata non è, tuttavia, prevista per tutte le controversie in materia di licenziamento. Il lavoro di razionalizzazione del nuovo capo I bis, del titolo IV, libro II, trae spunto anche dal confronto con l'abrogato "rito Fornero".

With Legislative Decree 149/2022 the legislator wanted to bring disputes regarding dismissal back to basic model of the procedure regulated by book II, title IV, chapter I, the labor process. Slight adjustments were made, essentially on the terms and temporal organization of the procedure to speed it up. Accelerated and privileged treatment is not, however, provided for all disputes relating to dismissal. The rationalization work of the new chapter I bis, of title IV, book II, also draws inspiration from the comparison with the repealed "Fornero rite".

³¹ A. CARRATA, *op. cit.*, 137; A.D. DE SANTIS, *op. cit.*, 711.

DARIO FARACE

(Professore associato di Diritto privato nell'Università di Roma "Tor Vergata")

INFORMAZIONE E CONSENSO

ALLE ATTIVITÀ DI RICERCA NEL NUOVO ART. 9 COD. DEONT. PSIC.*

Sommario: 1. Il novellato art. 9 del Codice deontologico 2. Obblighi di informazione: profili soggettivi 3. (*Segue*): la ricerca che coinvolga persone incapaci 4. Obblighi di informazione: profili oggettivi 5. Il consenso delle persone coinvolte 6. Consenso e inganno 7. Il consenso al trattamento dei dati personali

1. IL NOVELLATO ART. 9 DEL CODICE DEONTOLOGICO

Il Codice deontologico degli psicologi italiani è stato approvato nel 1998 e successivamente ha ricevuto varie modifiche. In particolare, nel 2023 il Codice è stato ampiamente novellato ed il testo modificato è entrato in vigore il 1° dicembre 2023⁽¹⁾.

Vari cambiamenti hanno interessato gli aspetti legati agli obblighi d'informazione e alle manifestazioni di consenso relativamente alle attività di ricerca. Non si tratta dell'unico caso in cui lo psicologo è tenuto ad acquisire un consenso prima di procedere a determinate attività. Il Codice deontologico contempla infatti varie ipotesi di consenso agli artt. 9, 12, 15, 24 e 31, in ambiti tra loro anche molto differenti e con regole diverse. Più che di consenso, al singolare, si dovrebbe quindi

* Il contributo ha superato la *double blind peer review*.

¹ Sul nuovo testo del Codice deontologico, consultabile nel sito internet del Consiglio dell'Ordine degli Psicologi alla pagina web <https://www.psy.it/la-professione-psicologica/codice-deontologico-degli-psicologi-italiani/codice-deontologico-vigente/>, v. la recentissima pubblicazione di C. PARMENTOLA-E. LEARDINI, *Il manuale deontologico degli psicologi*, Ed. 2024, Psiconline, 2024.

Sul Codice deontologico degli psicologi, anteriormente alle modifiche del 2023, v. per tutti E. CALVI-G. GULOTTA-E. LEARDINI, *Il nuovo codice deontologico degli psicologi*, Giuffrè, 2018; A. CORRADINI (a cura di), *Elementi di etica e deontologia per psicologi*, Carocci, 2019; P. STAMPA-A.M. GIANNINI (a cura di), *Psicologia, etica, diritto. Prospettive, criticità e problemi aperti*, Franco Angeli, 2019.

parlare di consensi, al plurale.

Il consenso alle attività di ricerca è disciplinato dall'art. 9 cod. deont., il cui testo⁽²⁾ nel 2023 è stato notevolmente modificato: gli originari quattro commi sono stati sostituiti dagli attuali sette. Inoltre, tutti gli articoli del Codice deontologico, nella versione originaria, erano privi di rubrica. Con le modifiche del 2023 il testo di ciascun articolo è preceduto da una rubrica. La rubrica dell'art. 9 è «*Consenso informato nella ricerca*».

Gli aspetti del consenso, da una parte, e delle informazioni, dall'altra, appaiono inscindibilmente legati. La formula «*consenso informato*» è da tempo entrata nel linguaggio normativo⁽³⁾. Tale espressione, con riferimento al tema cui sono dedicate queste pagine, indica chiaramente l'opzione di legare l'atto con cui la persona consente di sottoporsi ad una certa ricerca alla preventiva acquisizione di tutte le informazioni necessarie per prendere una decisione consapevole. L'obiettivo non è infatti di acquisire un consenso puramente formale o una mera sottoscrizione impressa in calce ad un modulo prestampato. Al contrario, l'ordinamento mira a coinvolgere pienamente gli interessati facendo in modo che essi ricevano e

² Il testo precedente alle modifiche del 2023 era il seguente: «*Nella sua attività di ricerca lo psicologo è tenuto ad informare adeguatamente i soggetti in essa coinvolti al fine di ottenerne il previo consenso informato, anche relativamente al nome, allo status scientifico e professionale del ricercatore ed alla sua eventuale istituzione di appartenenza. Egli deve altresì garantire a tali soggetti la piena libertà di concedere, di rifiutare ovvero di ritirare il consenso stesso.*

Nell'ipotesi in cui la natura della ricerca non consenta di informare preventivamente e correttamente i soggetti su taluni aspetti della ricerca stessa, lo psicologo ha l'obbligo di fornire comunque, alla fine della prova ovvero della raccolta dei dati, le informazioni dovute e di ottenere l'autorizzazione all'uso dei dati raccolti.

Per quanto concerne i soggetti che, per età o per altri motivi, non sono in grado di esprimere validamente il loro consenso, questo deve essere dato da chi ne ha la potestà genitoriale o la tutela, e, altresì, dai soggetti stessi, ove siano in grado di comprendere la natura della collaborazione richiesta.

Deve essere tutelato, in ogni caso, il diritto dei soggetti alla riservatezza, alla non riconoscibilità ed all'anonimato».

³ A mero titolo di esempio, si possono indicare qui la legge 22 dicembre 2017, n. 219 (*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*) e il Regolamento (UE) n. 536/2014 del 16 aprile 2014 (sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano e che abroga la direttiva 2001/20/CE), secondo il cui art. 2, par. 2, n. 21 per «*consenso informato*» si intende «*l'espressione libera e volontaria di un soggetto della propria disponibilità a partecipare a una determinata sperimentazione clinica, dopo essere stato informato di tutti gli aspetti della sperimentazione clinica rilevanti per la decisione del soggetto di partecipare oppure, nel caso dei minori e dei soggetti incapaci, l'autorizzazione o l'accordo dei rispettivi rappresentanti legalmente designati a includerli nella sperimentazione clinica*».

comprendano tutte le informazioni rilevanti⁴).

Il primo tema da affrontare riguarda gli obblighi di informazione, con particolare riferimento ai profili soggettivi.

2. OBBLIGHI DI INFORMAZIONE: PROFILI SOGGETTIVI

Il testo oggi in vigore dell'art. 9, comma 1, è il seguente: «*Nella loro attività di ricerca la psicologa e lo psicologo sono tenuti ad informare adeguatamente le persone in essa coinvolte rispetto agli scopi, alle procedure, ai metodi, ai tempi e ai rischi della stessa, nonché alle modalità di trattamento dei dati personali raccolti al fine di acquisirne il consenso*». Con riferimento ai profili soggettivi, rispetto alla precedente formulazione si segnalano due modifiche di natura formale.

⁴ Anche il Codice Etico per la Ricerca in Psicologia dell'A.I.P. (Associazione Italiana di Psicologia) si sofferma sul punto, disponendo all'art. 1.1. che «*Il consenso alla partecipazione deve essere informato; in assenza di una chiara, completa ed esauriente informativa il consenso non può essere definito tale, anche se questo viene esplicitamente manifestato dalla persona che partecipa*».

Le discipline normative dei casi in cui un professionista deve informare determinate persone prima di sottoporle a trattamenti, sperimentazioni, attività di ricerca, etc. si moltiplicano. A mero titolo di esempio, possiamo considerare le caratteristiche che devono avere le informazioni fornite in vista del consenso alle sperimentazioni cliniche. L'art. 29, par. 2, del citato Reg. (UE) n. 536/2014, dispone che «*Le informazioni fornite al soggetto o, qualora il soggetto non sia in grado di fornire un consenso informato, al suo rappresentante legalmente designato al fine di ottenere il suo consenso informato:*

- a) *consentono al soggetto o al suo rappresentante legalmente designato di comprendere:*
 - i) *la natura, gli obiettivi, i benefici, le implicazioni, i rischi e gli inconvenienti della sperimentazione clinica,*
 - ii) *i diritti e le garanzie riconosciuti al soggetto in relazione alla sua protezione, in particolare il suo diritto di rifiutarsi di partecipare e il diritto di ritirarsi dalla sperimentazione clinica in qualsiasi momento, senza alcun conseguente detrimento e senza dover fornire alcuna giustificazione,*
 - iii) *le condizioni in base alle quali è condotta la sperimentazione clinica, compresa la durata prevista della partecipazione dei soggetti alla sperimentazione clinica; e*
 - iv) *possibili trattamenti alternativi, comprese le misure di follow-up qualora la partecipazione del soggetto alla sperimentazione clinica sia sospesa,*
- b) *sono esaustive, concise, chiare, pertinenti e comprensibili ai non addetti ai lavori;*
- c) *sono fornite in occasione di un colloquio preliminare con un membro del gruppo di sperimentazione adeguatamente qualificato a norma del diritto dello Stato membro interessato;*
- d) *contengono informazioni sul sistema di risarcimento danni di cui all'articolo 76, paragrafo 1; e*
- e) *contengono il numero UE della sperimentazione nonché informazioni relative alla disponibilità dei risultati della sperimentazione clinica in conformità del paragrafo 6».*

Per quanto riguarda i titolari dell'obbligo di fornire le informazioni, il vecchio testo parlava soltanto di «*psicologo*», al maschile singolare, per riferirsi a ciascun componente della categoria professionale (c.d. maschile “neutro”, o “non marcato”). L'attuale testo ha inteso adeguare l'art. 9, e in generale l'intero Codice deontologico, alle istanze del c.d. linguaggio di genere⁵, per cui la precedente formulazione «*psicologo*» è stata sostituita dall'attuale «*la psicologa e lo psicologo*». Si tratta ovviamente di una modifica formale, che non muta la platea dei destinatari: il Codice deontologico era ed è vincolante «*per tutte le iscritte e tutti gli iscritti all'Albo*» (art. 1, comma 1, cod. deont. psic.), ossia «*[t]utte le psicologhe e tutti gli psicologi iscritti*», (art. 1, comma 2, cod. deont. psic.). Tale modifica forse non era necessaria, considerando che nel nostro linguaggio giuridico è comune l'uso del c.d. maschile “neutro” o “non marcato”⁶, impiegato anche nella legge

⁵ Con specifico riferimento alla riforma del Codice deontologico, cfr. C. PARMENTOLA-E. LEARDINI, *Il manuale deontologico degli psicologi*, cit., p. 24: «L'adeguamento di genere è sempre questione controversa tra forma e sostanza, ma è prevalsa 'ideologicamente' la sua assunzione nel Codice, sia perché il Codice deve essere permeabile ai 'dibattiti del mondo' (vertice sociale della Deontologia), sia perché i numeri della comunità professionale degli psicologi la rendono particolarmente sensibile al tema. La percentuale di psicologhe è, infatti, dell'84% e sale addirittura al 92% nella fascia di età sotto i 29 anni: sarebbe stato, quindi, particolarmente 'antiestetico' in questo caso 'rivolgersi al maschile'». In termini più generali, v. A. SABATINI, con la collaborazione di M. Mariani e la partecipazione alla ricerca di E. Billi e A. Santangelo, *Il sessismo nella lingua italiana*, Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, 1993, p. 104: «Evitare di usare sempre ed unicamente il maschile neutro parlando di popoli, categorie, gruppi ecc.», per cui, tra gli esempi riportati, in luogo di «I bambini, i ragazzi» la raccomandazione è di scegliere «Le bambine e i bambini», «i ragazzi e le ragazze», e così via.

⁶ Cfr. F. BAMBI, *La prospettiva della lingua giuridica*, in M.P. MONACO (a cura di), *La lingua italiana in una prospettiva di genere. Atti del Seminario online promosso dagli Atenei di Firenze e Udine con il patrocinio dell'Accademia della Crusca (1° marzo 2022)*, Firenze University Press, 2023, p. 40: «In una lingua come la nostra che ha due generi grammaticali, il maschile e il femminile, continuo a pensare che lo strumento migliore per cui si sentano rappresentati tutti i generi e gli orientamenti continui a essere il maschile plurale come genere grammaticale non marcato, purché si abbia la consapevolezza di quello che effettivamente è: un modo di includere e non di prevaricare. Al quale dovrebbe essere aggiunto l'uso sempre più esteso dei nomi delle professioni declinati al femminile secondo le buone regole di grammatica (ingegnere > ingegnera, il presidente > la presidente...); M. BIFFI, *Lingua di genere, inclusione, lingua pubblica: spunti di riflessione in punta di lingue e di parole*, in M.P. MONACO (a cura di), *La lingua italiana in una prospettiva di genere. Atti del Seminario online promosso dagli Atenei di Firenze e Udine con il patrocinio dell'Accademia della Crusca (1° marzo 2022)*, cit., p. 34: «Il maschile non marcato è già una strategia inclusiva, che la lingua italiana ha costruito in dieci secoli: affonda le sue radici in strutture linguistiche in cui non aveva nemmeno connotazione di genere; è maschile per l'italiano perché è nato e si è sviluppato in un certo contesto, e il contesto per fortuna è cambiato. È su questo che bisogna lavorare, cercando di capire e far capire che il maschile non marcato grammaticale non deve offendere nessuno: è non marcato, sovraesteso, anche “persona”, che svolge la stessa identica

18 febbraio 1989, n. 56 (*Ordinamento della professione di psicologo*)⁽⁷⁾.

Con riferimento ai titolari del diritto di ricevere le opportune informazioni, il Codice deontologico ha apportato un'altra innovazione, sempre di natura formale. L'espressione «*soggetti*», precedentemente impiegata, è stata infatti sostituita con l'attuale formulazione «*persone*». Nel vecchio testo del Codice deontologico il termine «*soggetti*» ricorreva con una certa frequenza; soprattutto nell'art. 9, dove – tra tutti – tale formulazione era maggiormente utilizzata. Oggi i «*soggetti*» non compaiono più, nell'art. 9 come nell'intero Codice deontologico: al loro posto troviamo le «*persone*», e in questa sostituzione possiamo scorgere l'eco di un processo che da decenni segna l'ordinamento giuridico⁽⁸⁾.

funzione al femminile».

⁷ Il cui art. 3, commi 2 e 3, dispone che «*Agli psicoterapeuti non medici è vietato ogni intervento di competenza esclusiva della professione medica. Previo consenso del paziente, lo psicoterapeuta e il medico curante sono tenuti alla reciproca informazione*», mentre all'art. 5 si legge che «*Gli iscritti all'albo costituiscono l'ordine degli psicologi*».

L'adesione al linguaggio di genere non risulta usualmente accolta nei Codici deontologici, come dimostrano, ad esempio, il Codice di deontologia medica (si legge nell'art. 1, comma 1: «*Il Codice di deontologia medica – di seguito indicato con il termine “Codice” – identifica le regole, ispirate ai principi di etica medica, che disciplinano l'esercizio professionale del medico chirurgo e dell'odontoiatra – di seguito indicati con il termine “medico” – iscritti ai rispettivi Albi professionali*»), il Codice deontologico delle professioni infermieristiche (secondo il cui art. 1 «*L'Infermiere è il professionista sanitario, iscritto all'Ordine delle Professioni Infermieristiche, che agisce in modo consapevole, autonomo e responsabile. È sostenuto da un insieme di valori e di saperi scientifici. Si pone come agente attivo nel contesto sociale a cui appartiene e in cui esercita, promuovendo la cultura del prendersi cura e della sicurezza*»), o, per uscire dall'ambito sanitario, il Codice deontologico forense (il cui art. 1, rubricato *L'Avvocato*, dispone al comma 1 che «*L'avvocato tutela, in ogni sede, il diritto alla libertà, l'invulnerabilità e l'effettività della difesa, assicurando, nel processo, la regolarità del giudizio e del contraddittorio*») e il Codice deontologico degli architetti, pianificatori, paesaggisti, conservatori, architetti iunior e pianificatori iunior italiani (in base al cui art. 1, comma 1, «*Il presente Codice si applica agli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti, Conservatori, Architetti iunior e Pianificatori iunior, indicati per brevità nel presente Codice “Professionista” o “Professionisti”, iscritti nelle rispettive sezioni e settori dell'Albo, ferme restando le competenze professionali previste dalle vigenti disposizioni di legge ed ogni altra normativa vigente che individua una specifica figura professionale*»).

⁸ E. VIVALDI, *Disabilità, autonomia, diritti. Alcune riflessioni a tre anni dall'approvazione della legge n. 112/2016*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2019, 2 aprile 2019, pp. 1-2: «il modello implicitamente assunto a livello giuridico è stato per molti decenni quello antropologico liberale, di origine cartesiana, che individua come centro di imputazione un soggetto autonomo, razionale, indipendente, capace di agire e di compiere, dunque, atti giuridicamente rilevanti senza il coinvolgimento di soggetti terzi. Un modello che, nel tempo, ha mostrato i suoi limiti – si pensi alla sfida rappresentata dalla regolazione, tra le altre, delle problematiche connesse alla disabilità mentale – e dal quale ha preso avvio il processo di ripensamento del concetto stesso di *soggetto* a favore di quello di *persona*, maggiormente in grado di

Il nostro ordinamento è infatti ispirato al principio personalista⁽⁹⁾, ossia si prefigge come obiettivo primario la tutela, la valorizzazione, la promozione e la realizzazione della persona umana⁽¹⁰⁾. Il termine «*persona*», a un tempo, richiama l'importanza e la centralità dell'essere umano, considerato anche nella concretezza dei suoi bisogni, rispetto alla più astratta espressione «*soggetto*»⁽¹¹⁾. Il mutamento

mettere in evidenza le diversità, le peculiarità, i bisogni dei singoli» (c.vi nel testo).

⁹ Cfr. per tutti P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV ed. riscr. e ampl., vol. II, *Fonti e interpretazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 160-161: «Il principio di tutela della persona, quale supremo principio costituzionale, fonda la legittimità dell'ordinamento e la sovranità dello Stato. Il principio personalista – rinvenibile in una pluralità di fonti costituzionali, europee e internazionali – è principio di primaria rilevanza normativa; è cardine del sistema ordinamentale, ne costituisce l'anima, ne garantisce l'unitarietà. Esso tendenzialmente preminente e assoluto, ma storicamente condizionato e necessariamente flessibile, oltre al ruolo di limite, di barriera alle discriminazioni di vario genere, svolge soprattutto quello di promozione della persona, secondo il massimo consentito dalle circostanze culturali ed economiche che, là dove queste siano ostative, deve pur contribuire ragionevolmente a modificare», nonché D. CASTELLANO, *Il "concetto" di persona umana negli atti dell'Assemblea costituente e l'impossibile fondazione del politico*, in *Dir. e soc.*, 1994, p. p. 631; A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi.it*, n. 17/2013, p. 3: «il c.d. "principio personalista" – com'è usualmente chiamato – in realtà non è un "principio" al pari degli altri che pure sono a fondamento dell'ordine repubblicano; semmai, è il principio, come ciò che sta appunto all'inizio e, a un tempo, alla fine del percorso costituzionale che con esso si apre e in esso circolarmente si chiude, perfezionandosi e da se medesimo giustificandosi»; D. TEGA, *Sub Articolo 2*, in F. CLEMENTI-L. CUOCOLO-F. ROSA-G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Vol. I (Artt. 1-54), Il Mulino, 2018, p. 23.

¹⁰ Tra i riferimenti filosofici, v. per tutti E. MOUNIER, *Révolution personaliste et communautaire*, Fernand Aubier, 1935, ed. it. *Rivoluzione personalista e comunitaria*, Edizioni di Comunità, 1955. Si legge in P. PERLINGIERI-P. FEMIA, *Personalismo e solidarismo costituzionali*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, XII ed., Edizioni Scientifiche Italiane, 2024, p. 53, che «Nella storia del pensiero il personalismo nasce come dottrina di ispirazione cristiana in confronto critico con l'esistenzialismo e il marxismo: la persona è totalità e indipendenza; ha dignità perché in relazione diretta con l'assoluto nel quale soltanto ha compimento (...). La 'persona' – intesa come connessione essenziale in ciascun individuo della stima di sé, della cura dell'altro e dell'aspirazione a vivere in istituzioni giuste – è oggi il punto di confluenza di una pluralità di culture che riconoscono in questo termine il proprio riferimento di valore. Si tratta non di un compromesso tra culture, ma del riconoscimento dialogico di un principio comune ad ogni ricerca ed affermazione di valori. Tale è la scelta della Costituzione italiana (...). Il principio di tutela della persona è il supremo principio costituzionale, fonda la legittimità dell'ordinamento e la sovranità dello Stato».

¹¹ In argomento, v. per tutti quanto scrivono L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, pp. 1135-1136: «La crescente attenzione del diritto contemporaneo per la persona umana nella sua realtà globale e in tutti i suoi valori si riflette in una tendenza delle strutture e dei contenuti normativi a svilupparsi a livelli più bassi di astrazione, cioè ad articolarsi in discipline e strumentazioni più specializzate, allo scopo di ottenere una maggiore aderenza alle esigenze vitali dell'uomo nelle diverse fasi di età e nei ruoli diversi in cui viene a trovarsi nel corso della

di terminologia appare quindi pienamente in linea con il sistema ordinamentale⁽¹²⁾.

sua vicenda su questa terra. Il sistema giuridico classico (legato all'ideologia individualistica) è fondato su un concetto formale-astratto di persona, che la riduce al concetto di soggetto di diritti (a sua volta ridotto dalla teoria pura del diritto al concetto, vuoto di contenuto, di centro di imputazioni giuridiche): un attributo della persona, la capacità giuridica, viene isolato con un procedimento di astrazione ideatrice e rappresentato come un'unità intellettuale. La nuova antropologia della persona nel diritto, sottesa all'ordinamento giuridico dello Stato sociale contemporaneo e orientata dagli schemi del diritto naturale, determina un concetto di persona radicato nel riconoscimento che la personalità non è mera soggettività, semplice essere ontologico, ma è anche una struttura di valore, un essere assiologico. Questa determinazione, che nasce dai valori e attinge l'uomo, oltre che nella sua razionalità, nella sua esistenza empirica, è un *novum* categoriale, in quanto introduce un concetto "concreto" di persona, rivolto non più a una qualità (la capacità di diritti), ma allo stesso oggetto nella totalità dei suoi elementi costitutivi, e quindi anzitutto nella sua dimensione vitale. Tale concetto, permeato dal valore della "dignità umana" e termine di riferimento dei diritti fondamentali garantiti dalla costituzione, porta ad emergere nella sfera della giuridicità problemi di tutela della vita materiale e spirituale che nella visuale del concetto astratto rimangono in ombra, quali i problemi di promozione del "pieno sviluppo della persona umana" (art. 3, comma 2°, cost.); G. OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 829: «I termini "soggetto" e "persona" sono infatti frequentemente usati in senso giuridicamente equivalente (...). La distinzione, una distinzione, ha in realtà ragion d'essere, storicamente e sistematicamente. All'origine, che è quanto dire per il diritto romano, "soggetto" (...) indica la soggezione all'altrui potere, mentre "persona" indica in sostanza la realtà dell'uomo che (...) "dà ordine al sistema giuridico" (...). Ma la distinzione resta, se "persona" è riferibile a una realtà umana che preesiste, anche giuridicamente, al diritto positivo e a causa della quale il diritto è costituito (...). Ascesa di questa realtà rispetto alla soggettività dovrebbe allora significare maggiore riconoscimento, e maggiore incidenza sul sistema, della sua preesistenza, anche giuridica, al diritto positivo»; P. STANZIONE, *Dal soggetto alle persone*, in *Iustitia*, 2005, p. 261: «l'attenzione è rivolta all'*homme situé*, alla persona radicata nel tempo e nello spazio in cui vive, con i bisogni, le esigenze, le aspirazioni che manifesta».

¹² Ad esempio, l'art. 1 della legge 22 dicembre 2017, n. 219, nel disciplinare il consenso informato ai trattamenti sanitari, parla di persona, e non di soggetto: «*La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge. (...) Ogni persona ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi (...). Il consenso informato, acquisito nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente, è documentato in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare (...). Ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, con le stesse forme di cui al comma 4, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso (...)*».

Nella sostanza, non muta però la titolarità del diritto all'informazione, sempre spettante a tutti coloro che sono invitati a partecipare alla ricerca.

3. (SEGUE): LA RICERCA CHE COINVOLGA PERSONE INCAPACI

Qualora la ricerca coinvolga «*persone che, per età o per altri motivi, non sono in grado di esprimere validamente il loro consenso*» (art. 9, comma 5), il nuovo testo del Codice deontologico ha portato una nuova, e apprezzabile, modifica. L'art. 9, nella formulazione originaria, non regolava le informazioni da fornire alle persone incapaci. Si limitava a disporre, al comma 3, che le persone incapaci, se erano in grado di comprendere la natura della collaborazione richiesta, dovevano anche esprimere il loro consenso alla medesima, in aggiunta a quello prestato dal loro rappresentante (genitori/tutore)⁽¹³⁾.

L'attuale art. 9, comma 6, dispone che «*È altresì richiesto l'assenso delle persone stesse, ove siano in grado di comprendere la natura dei contenuti delle attività in cui saranno coinvolte e della collaborazione richiesta, in relazione alla loro età e al loro grado di maturità nel pieno rispetto della loro dignità*». Ciò significa che, in luogo della precedente dicotomia standardizzata tra informazioni da non fornire affatto ovvero da fornire senza ulteriori specificazioni, ora l'art. 9 prevede al comma 6 una situazione diversificata e proporzionata all'età e al grado di maturità delle persone coinvolte. Lo psicologo ricercatore dovrà, di volta in volta, misurare le informazioni da comunicare in relazione alle specifiche caratteristiche dei destinatari, da valutare caso per caso. Anche le modalità di comunicazione dovranno essere adeguate alle esigenze concrete dei destinatari. Supponiamo che venga svolta una ricerca su minorenni iscritti alla scuola secondaria, di I e di II grado: altro è coinvolgere un allievo di 11 anni, altro è parlare con uno di 17.

Questa innovazione del Codice deontologico appare pienamente in linea con i principi accolti nel nostro ordinamento, secondo i quali alle persone legalmente incapaci è comunque riconosciuto il diritto di essere informati, ascoltati e coinvolti nelle questioni che li riguardano, in considerazione della loro capacità di discernimento e con le modalità più opportune⁽¹⁴⁾.

¹³ V. *supra*, nt. n. 2.

¹⁴ A mero titolo di esempio, tra le varie disposizioni, si possono citare l'art. 315 *bis*, comma 3, cod. civ., secondo cui «*Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di*

4. OBBLIGHI DI INFORMAZIONE: PROFILI OGGETTIVI

Una modifica più sostanziale riguarda i profili oggettivi relativi agli obblighi di informazione. Il vecchio testo dell'art. 9, comma 1, era più scarno: parlava di un "consenso informato", ma senza specificare puntualmente quali informazioni lo psicologo era tenuto a fornire sull'oggetto della ricerca. Si trattava di un obbligo di informazione che riguardava più i dati del ricercatore (nome, status scientifico e professionale, eventuale istituzione di appartenenza) che gli elementi della ricerca.

L'attuale formulazione è molto più dettagliata. L'art. 9 al comma 1 specifica i profili "oggettivi" dell'informazione, ossia quelli legati alla ricerca. In particolare, lo psicologo deve informare «*adeguatamente*» le persone che intende coinvolgere relativamente agli scopi, alle procedure, ai metodi, ai tempi e ai rischi della ricerca. Al comma 2 dell'art. 9 trovano posto le informazioni di natura "soggettiva", relative al ricercatore: «*Sono altresì tenuti a fornire adeguate informazioni anche relativamente al nome, allo status scientifico e professionale della ricercatrice e del ricercatore ed alla loro istituzione di appartenenza*».

Queste disposizioni devono essere lette insieme al comma 4 dell'art. 9, secondo cui «*Nell'ipotesi in cui la natura della ricerca non consenta di informare preventivamente, correttamente e completamente le persone partecipanti su alcuni aspetti della ricerca stessa, la psicologa e lo psicologo hanno l'obbligo di fornire, alla fine dell'attività sperimentale e/o di ricerca, le informazioni dovute e di acquisire*

discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano», l'art. 3 della Convenzione di Strasburgo del 1996 sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, ratificata dall'Italia con la legge 20 marzo 2003, n. 77 («*Art. 3 - Droit d'être informé et d'exprimer son opinion dans les procédures. - «Un enfant qui est considéré par le droit interne comme ayant un discernement suffisant, dans les procédures l'intéressant devant une autorité judiciaire, se voit conférer les droits suivants, dont il peut lui-même demander à bénéficier: a) recevoir toute information pertinente; b) être consulté et exprimer son opinion; c) être informé des conséquences éventuelles de la mise en pratique de son opinion et des conséquences éventuelles de toute décision*») e l'art. 21 della Convenzione di New York del 2006 sui diritti delle persone con disabilità, ratificata dall'Italia con la legge 3 marzo 2009, in cui si legge che «*States Parties shall take all appropriate measures to ensure that persons with disabilities can exercise the right of freedom of expression and opinion, including the freedom of seek, receive and impart information and ideas on an equal basis with others and through all forms of communication of their choice [...]*».

l'autorizzazione all'uso del materiale e dei dati raccolti». Tale comma è molto simile al testo originario dell'art. 9, comma 2. Al di là delle modifiche formali, si deve osservare che la disposizione in esame ha una chiave di lettura implicita, “in negativo”, ed una esplicita, “in positivo”.

Sotto il primo profilo, la norma permette allo sperimentatore/ricercatore di differire l'adempimento dell'obbligo informativo ad un momento successivo solo quando, per la natura della ricerca, non sia possibile farlo preventivamente, correttamente e completamente. Viene così implicitamente chiarito il significato dell'avverbio «*adeguatamente*» presente nel comma 1, come anche dell'aggettivo «*adeguate*» presente nel comma 2. I tre avverbi riportati nel comma 4 indicano che l'informazione può considerarsi adeguata quando è, contemporaneamente, preventiva, corretta e completa. Pertanto, deve precedere la ricerca per la quale si richiede il consenso, deve essere trasparente e priva di ambiguità e deve contenere tutti degli elementi necessari per essere esaustiva. Si può osservare che l'inserimento dell'avverbio «*completamente*», non presente nella formulazione originaria dell'art. 9, comma 2, costituisce forse l'innovazione più importante dell'attuale comma 4. Il complesso di tutti questi requisiti che devono qualificare l'informazione si pone in linea con le più recenti prescrizioni normative in tema di consenso informato. È opportuno richiamare anche l'art. 4, comma 1, cod. deont. psic., in cui si legge che «*La psicologa e lo psicologo, nella fase iniziale del rapporto professionale, forniscono all'individuo, al gruppo, all'istituzione o alla comunità, siano essi utenti o committenti, informazioni adeguate e comprensibili circa le proprie prestazioni, le finalità e le modalità delle stesse*».

Sulla completezza delle informazioni da fornire e sul loro contenuto, giova richiamare quanto prescritto dai Codici etici. In particolare, il Codice Etico per la ricerca in Psicologia dell'A.I.P. (Associazione Italiana di Psicologia)⁽¹⁵⁾ e il Codi-

¹⁵ Nel cui art. 1.2. si legge che «*La persona che partecipa alla ricerca deve essere esplicitamente informata che è libera di ritirarsi in ogni momento senza dover dare alcuna giustificazione e che il rifiuto a partecipare o la decisione di ritirarsi non comportano alcun pregiudizio*». Secondo l'art. 1.4 «*Il foglio informativo per la partecipazione alla ricerca deve riportare: (a) la descrizione della ricerca (breve esposizione degli obiettivi e delle procedure con esauriente anticipazione degli eventuali rischi e delle azioni previste per prevenirli e affrontarli, nonché dei benefici per l'individuo e/o per la collettività); (b) le modalità di restituzione dei risultati; (c) il diritto di rifiutare o interrompere la partecipazione; (d) le misure previste per tutelare l'anonimato; (e) gli elementi identificativi della persona responsabile della ricerca (nominativo, status scientifico e professionale, istituzione di appartenenza) e delle eventuali ulteriori persone a cui è possibile rivolgersi per chiedere chiarimenti e informazioni anche dopo la conclusione della ricerca; (f) la fonte di finanziamento e/o l'eventuale presenza di committenze esterne;*

ce etico per la ricerca psicologica della Fondazione della Professione Psicologica “Adriano Ossicini”⁽¹⁶⁾ contengono puntuali elenchi di informazioni che devono essere fornite.

Il Codice deontologico non impone il rispetto di particolari forme per fornire le necessarie informazioni. I Codici etici, invece, prescrivono l’adozione della forma scritta, «eventualmente» sostituibile dalla modalità orale o da altri strumenti più adeguati a casi specifici⁽¹⁷⁾.

5. IL CONSENSO DELLE PERSONE COINVOLTE

All’interno dell’art. 9, possiamo distinguere il consenso che lo psicologo deve richiedere alle persone legalmente capaci, l’assenso relativo alle persone incapaci di agire e il consenso al trattamento dei dati personali.

(g) la possibilità, se prevista, che i dati, resi completamente anonimi, siano resi disponibili per ulteriori ricerche, anche con finalità diverse rispetto alla ricerca originale, sotto la responsabilità della persona che coordina la ricerca. È inoltre utile indicare anche gli elementi identificativi della persona garante, esterna al gruppo di ricerca, a cui rivolgersi in caso di problemi».

¹⁶ Nel cui art. 5 si legge che «Le persone partecipanti sono chiaramente informate che il consenso alla partecipazione alla ricerca può essere rilasciato, rifiutato o ritirato in qualsiasi momento; ad esse è garantita la più ampia libertà decisionale e concesso tutto il tempo necessario per riflettere, avanzare dubbi e chiedere dei chiarimenti. La persona che partecipa alla ricerca deve essere esplicitamente informata che è libera di ritirarsi in ogni momento senza dover dare alcuna giustificazione e che il rifiuto a partecipare o la decisione di ritirarsi non comportano alcun pregiudizio (...). Il modulo del consenso informato o, in caso di trasmissione orale, i contenuti di tale trasmissione devono riportare: (a) la descrizione della ricerca; (b) le modalità di restituzione dei risultati; (c) il diritto di rifiutare o interrompere la partecipazione; (d) le misure previste per tutelare l’anonimato; (e) gli elementi identificativi della persona responsabile della ricerca (nominativo, status scientifico e professionale, istituzione di appartenenza) e delle eventuali ulteriori persone a cui è possibile rivolgersi per chiedere chiarimenti e informazioni anche dopo la conclusione della ricerca; (f) la possibilità, se prevista, che i dati, resi completamente anonimi, siano resi disponibili per ulteriori ricerche, anche con finalità diverse rispetto alla ricerca originale, sotto la responsabilità della persona che coordina la ricerca. È inoltre utile indicare anche gli elementi identificativi della persona garante, esterna al gruppo di ricerca, a cui rivolgersi in caso di problemi».

¹⁷ L’art. 1.3. cod. et. ric. A.I.P. dispone che «Le informazioni sono date in forma scritta ed eventualmente anche oralmente, in modo non ambiguo, esauriente, comprensibile e adeguato all’età, al grado di istruzione e alle competenze cognitive delle persone partecipanti (...)». Nell’art. 5 cod. et. ric. Fond. Ossicini si legge che «Le informazioni sono date in forma scritta ed eventualmente anche oralmente o attraverso strumenti di videoregistrazione, in modo non ambiguo, esauriente, comprensibile e adeguato all’età, al grado di istruzione e alle competenze cognitive delle persone partecipanti».

Dopo aver «*adeguatamente*» informato le persone coinvolte, il ricercatore deve chiedere loro il consenso a partecipare alla ricerca. Tale consenso era (prima delle modifiche all'art. 9 cod. deont. psic.) e tuttora è un requisito necessario per poter procedere con l'attività di ricerca.

L'art. 9 precisa al comma 3 che gli psicologi devono «*garantire alle persone partecipanti alla ricerca la piena libertà di concedere, di rifiutare ovvero di ritirare il consenso stesso*». Il consenso, oltre che «*informato*», deve essere libero, spontaneo e revocabile. Giova ricordare che la libertà del consenso alla ricerca è particolarmente tutelata dal cod. et. ric. A.I.P. in presenza di soggetti vulnerabili o comunque condizionabili⁽¹⁸⁾.

Inoltre, l'art. 9 dispone al comma 5 che «*Per quanto concerne le persone che, per età o per altri motivi, non sono in grado di esprimere validamente il loro consenso, questo deve essere dato da coloro che esercitano la responsabilità genitoriale o la tutela*». Innanzitutto, dal punto di vista formale, il nuovo testo dell'art. 9 si è adeguato alla riforma della filiazione, per cui non parla più di «*potestà genitoriale*», ma di «*responsabilità genitoriale*»⁽¹⁹⁾.

L'art. 9, comma 5, cod. deont. psic. si occupa delle «*persone che, per età o per altri motivi, non sono in grado di esprimere validamente il loro consenso*». Lo psicologo che intenda coinvolgere tali persone, non potendo richiedere il consenso direttamente a loro, per procedere con l'attività di ricerca deve acquisirlo da chi esercita la responsabilità genitoriale o la tutela.

¹⁸ Si riporta qui il testo dell'art. 1.6 - «*La libertà di partecipare alla ricerca è particolarmente tutelata quando sono coinvolte persone vulnerabili (minori; persone istituzionalizzate, ospedalizzate o detenute; gruppi a rischio di stigma o discriminazione sociale) e nel caso di relazione asimmetrica fra chi partecipa e chi effettua la ricerca (studente/docente; cliente/terapeuta). In quest'ultimo caso è necessario che la distinzione tra attività di ricerca e pratica professionale o didattica sia chiaramente esplicitata per prevenire malintesi e infondate aspettative*» - e dell'art. 1.7 - «*Chi svolge attività di ricerca in psicologia evita che le relazioni personali derivanti da altri ruoli (docente, clinico, ecc.) possano minare l'obiettività delle decisioni o dar luogo a forme indirette di coercizione*». Cfr. C. PARMENTOLA-E. LEARDINI, *Il manuale deontologico degli psicologi*, cit., pp. 153-154: «Il Codice deontologico contribuisce ad un'identificazione professionale basata sull'individuazione di modalità di comportamento corretto e sul riconoscimento della personalità del soggetto destinatario di tale comportamento anche alla luce dei suoi diritti. Vi è, nel Codice, una tensione costante e diretta a tutelare tale soggetto a maggior ragione in quei contesti ove egli è maggiormente esposto al rischio di vedere, in tutto o in parte, limitata la possibilità di esprimere una propria piena e consapevole adesione».

¹⁹ Il d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 (*Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*) ha sostituito la formula «*potestà genitoriale*» con «*responsabilità genitoriale*».

In base all'art. 9, comma 6, cod. deont. psic., ove tali persone siano in grado di comprendere la natura dei contenuti delle attività in cui saranno coinvolti e della collaborazione richiesta, il ricercatore deve anche chiedere il loro assenso. Il vecchio testo dell'art. 9 disponeva invece che occorreva domandare il consenso anche ai «*soggetti (...) in grado di comprendere la natura della collaborazione richiesta*».

L'attuale formulazione appare preferibile. È senz'altro corretto coinvolgere direttamente le persone interessate, per quanto lo permetta la loro capacità di autodeterminazione⁽²⁰⁾. Tuttavia, come è noto, da un punto di vista giuridico consenso e assenso non sono termini equivalenti. Il consenso evoca infatti il formarsi e l'incontrarsi di due volontà, manifestate dalle parti in ordine alla costituzione del loro rapporto⁽²¹⁾. L'assenso, a differenza del consenso, è definito in dottrina come

²⁰ Cfr. E. CIUFFO, *Codice Deontologico e metodologia dell'intervento psicologico-clinico con adolescenti*, in P.STAMPA-A.M. GIANNINI (a cura di), *Psicologia, etica, diritto. Prospettive, criticità e problemi aperti*, cit., p. 100: «i minorenni sono soggetti caratterizzati da una limitata capacità di autodeterminazione, in quanto giuridicamente e psicologicamente dipendenti dalla funzione di tutela che esercita su di loro chi se ne prende cura». Di un "consenso psicologico" che è possibile raggiungere anche con minorenni discorre A. GAMBA, *Aspetti psicologici*, in E. CECCARELLI-A. GAMBA, *Il consenso informato e i minorenni*, in A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Il consenso informato. Tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*, Raffaello Cortina, 1996, pp. 146-147: «Parlare del consenso informato da un punto di vista psicologico significa riformulare un concetto, che si colloca in un terreno etico e giuridico a partire da un individuo informato e in grado di decidere, per analizzarlo nella concretezza delle dinamiche cognitive e affettive che hanno luogo nell'esperienza reale in cui si svolge il percorso "relazioni interpersonali/informazioni/consapevolezza/scelte. Certo non si può parlare propriamente di "consenso informato" di bambini nella sua accezione giuridica, ma da una prospettiva psicologica non si può eludere la necessità di confrontarsi con il problema del "cosa dire", "come spiegare", "come trovare un accordo su ciò che è proposto" anche con un bambino, in modo diretto e personale, per quanto egli sia ancora sottoposto alla potestà di un adulto. Si può così pensare a un consenso psicologico da raggiungere».

²¹ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile. 2.1. La famiglia*, VII ed., Giuffrè Francis Lefebvre, 2023, p. 548: «Il consenso è (...) l'espressione della volontà manifestata dalle parti stesse in ordine alla costituzione del loro rapporto»; G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Giuffrè, 2012, pp. 256-257: «Nel rapporto medico-paziente psichiatrico (...), non sembra potersi delineare il rapporto paritario che il codice deontologico e la dottrina medico-legale vorrebbero, quale ineludibile premessa di ogni rapporto medico-paziente che sia giuridicamente valido. Nei casi in cui il processo attivo del paziente è difficoltoso, la dottrina psichiatrica ritiene sia più corretto parlare di un "assenso" al trattamento, in quanto il paziente non si oppone esplicitamente alle terapie prospettate, ma, al tempo stesso, non partecipa con un'adesione che possa definirsi "attiva". Si prospetta, quindi, una condizione terapeutica nella quale è prevalente l'aspetto di dipendenza, che attraverso l'informazione e la comunicazione si cerca di superare. Il consenso è, invece, da intendere come incontro di volontà, partecipazione e comunione di intenti (...)».

In ambito psichiatrico-psicoterapeutico, cfr. G. VELLA-A. SIRACUSANO, *Il Consenso Informato in Psi-*

un'autorizzazione privata conferita da soggetti nella cui sfera giuridica si produrranno gli effetti di un rapporto al quale sono estranei⁽²²⁾.

Secondo l'art. 9 cod. deont. psic. l'assenso parrebbe venire in rilievo come atto di volontaria adesione al programma definito dal ricercatore, e per il quale chi esercita la responsabilità genitoriale o la tutela abbia manifestato il consenso informato.

coterapia, in G. VELLA-A. SIRACUSANO (a cura di), *Il consenso informato in psichiatria*, Il Pensiero Scientifico Editore, 1996, pp. 95-96: «Sembra dunque utile e necessario operare una prima distinzione, nell'agire psichiatrico-psicoterapico, tra assenso e consenso. Pur avendo il termine assenso una sua forte tradizione filosofica e una sua complessità concettuale, esso può essere da noi utilizzato, in modo riduttivo, per riferirsi ad una prima modalità di adesione alla psicoterapia da parte del paziente basata più su un ragionamento di tipo razionalistico. Il paziente, sulla base di ciò che gli viene detto, semplicemente, aderisce alla psicoterapia, decide di fare una psicoterapia, mantenendo dubbi e dissensi, potenziali o attuali ma non esplicitati (...). Per *consenso* alla psicoterapia dobbiamo intendere un *processo in divenire* in cui *con-sentire vuol dire essere-(d'accordo)-con, un sentire-con*, sia su un piano intellettuale che affettivo (...). Sul consenso del paziente psichiatrico, scrive U. FORNARI, *Quale "consenso informato" in psichiatria*, in U. FORNARI (a cura di), *Il consenso informato in psichiatria*, Centro scientifico editore, 1997, p. 8: «*Il consenso (...) deve essere tenuto ben distinto dall'assenso*. Nel suo significato di benessere, di permesso, l'assenso soddisfa esigenze formali e non sostanziali, di accesso immediato alla persona del paziente in contesti in cui è indispensabile intervenire o in cui da altri l'intervento dello psichiatra è ritenuto urgente, imperioso e non delegabile. Il consenso è invece da intendere come incontro di volontà, partecipazione, comunione di intenti, il cui obiettivo è la costruzione di quell'alleanza terapeutica sulla quale articolare il progetto di cura» (c.vi dell'A.); G. INVERNIZZI-C. BRESSI, *Consenso Informato, Interventi Psichiatrici e Famiglia*, in G. VELLA-A. SIRACUSANO (a cura di), *Il consenso informato in psichiatria*, cit., p. 105: «Nella ricerca con finalità terapeutiche non vi sono particolari problemi circa l'obbligo di ottenere un consenso libero e completo da parte dei pazienti (...). Nell'individuo non capace di comprendere il reale significato del progetto, è indispensabile avere il consenso del legale rappresentante, ma bisogna fare di tutto per ottenere l'attiva partecipazione del paziente stesso o per lo meno l'accettazione, anche non del tutto convinta, della terapia».

In ambito contrattuale, v. P. RESCIGNO, *Consenso, accordo, convenzione, patto (la terminologia legislativa nella materia dei contratti)*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, p. 6: «L'uso della parola "consenso" nelle norme ora assunte come emblematiche (sui vizi della volontà, sullo scioglimento per volontà delle parti, sui contratti con effetti reali) induce a ritenere che il legislatore le attribuisca un significato più ridotto rispetto all'accordo, e tuttavia la adoperi con particolare enfasi per indicare il formarsi di ciascuna volontà ed il loro incontro (...).».

²² Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile. 2.1. La famiglia*, cit., p. 548. In ambito contrattuale, scrive M. BARELA, *Accordo, consenso e assenso (brevi note nella prospettiva della crisi del contratto)*, in *Riv. dir. priv.*, 2018, pp. 233-234: l'assenso, «pur implicando una volontà (...), non risulta idoneo a disporre autonomamente per l'avvenire, assomigliando ad un *aderire* piuttosto che ad un *conformare*» (c.vi dell'A.).

6. CONSENSO E INGANNO

Per quanto riguarda la seconda chiave di lettura, l'art. 9, comma 4, accenna alle ipotesi in cui la natura della ricerca non consente di rivelarne prima tutti gli elementi.

Nell'ambito della ricerca psicologica la tecnica dell'inganno risulta presente ma assai controversa⁽²³⁾. Molto in generale, con tale espressione si allude ai fenomeni in cui deliberatamente il ricercatore omette di dare determinate informazioni ovvero ne fornisce di false o fuorvianti, per coinvolgere qualcuno in una ricerca alla quale, senza inganno, non parteciperebbe ovvero per non influenzare il suo comportamento ed ottenere risultati oggettivi e quindi scientificamente validi⁽²⁴⁾.

²³ Cfr. per tutti N. GAJ-G. LO DICO, *L'etica professionale nell'ambito della ricerca in psicologia*, in A. CORRADINI (a cura di), *Elementi di etica e deontologia per psicologi*, cit., p. 107: «in primo luogo, l'utilizzo dell'inganno è una caratteristica peculiare della ricerca in ambito psicologico; in secondo luogo, si tratta di uno dei temi più controversi da un punto di vista sia etico sia metodologico»; R. HERTWIG-A. ORTMANN, *Deception in Experiments: Revisiting the Arguments in Its Defense*, in *Ethics & Behavior*, 18:1, p. 59: «*In psychology, deception is commonly used to increase experimental control*»; H.C. KELMAN, *Human use of human subjects. The problem of deception in social psychological experiments*, in *Psychological Bulletin*, Vol. 67, No. 1, January, 1967, p. 2: «*The use of deception has become more and more extensive, and it is now a commonplace and almost standard feature of social psychological experiments*».

²⁴ V. per tutti D. BAUMRIND, *Research Using Intentional Deception. Ethical issues revisited*, in *American Psychologist*, february 1985, Vol. 40, No. 2, p. 165: «*By intentional deception I mean withholding information in order to obtain participation that the participant might otherwise decline, using deceptive instructions and confederate manipulations in laboratory research, and employing concealment and staged manipulations in field settings*»; M.H. BOYNTON-D.B. PORTNOY-B.T. JOHNSON, *Exploring the Ethics and Psychological Impact of Deception in Psychological Research*, in *IRB: Ethics & human research*, march-april 2013, p. 7: «*Although often regarded as a single construct, in practice deception in research encompasses a variety of methodologies. Indirect deception occurs when participants agree to postpone full disclosure of the true purpose of the research or when the goals of the study are not conveyed in their totality to the participant. This methodology has few, if any, ill effects. Much of the debate surrounding the potential harm of deception focuses on direct deception—deliberate misinformation provided to participants about some essential component of the study's procedure, including deceptive study descriptions or instructions, staged manipulations, false feedback, or the use of confederates*»; N. GAJ-G. LO DICO, *L'etica professionale nell'ambito della ricerca in psicologia*, cit., p. 111-112: «*In generale, nella ricerca psicologica sono ravvisabili cinque tipologie di inganno (...): 1. fornire una descrizione inaccurata, incompleta o palesemente falsa degli scopi della ricerca all'inizio di essa (dunque anche nella presentazione del consenso informato); 2. utilizzare strumenti o procedure fraudolente ovvero differenti da quelle dichiarate o presentate ai soggetti all'inizio della ricerca; 3. inserire nel disegno sperimentale comportamenti o atteggiamenti fuorvianti da parte del ricercatore o dei suoi eventuali complici; 4. ricorrere a "procedure nascoste o coperte" come l'osservazione attraverso uno specchio*

Prevedere e mantenere una tale disposizione nell'art. 9 implica che la tecnica dell'inganno continua a risultare ammissibile, ad onta dei delicati problemi che pone dal punto di vista etico⁽²⁵⁾. Si deve rilevare che la tecnica dell'inganno riceve una disciplina più analitica nei Codici etici, come il Codice Etico per la ricerca in Psicologia dell'A.I.P. (Associazione Italiana di Psicologia)⁽²⁶⁾ e il Codice etico per la ricerca psicologica della Fondazione della Professione Psicologica "Adriano Ossicini"⁽²⁷⁾. In tali Codici etici la tecnica dell'inganno risulta ammessa, ma in

unidirezionale o una telecamera nascosta all'insaputa dei soggetti; 5. condurre un'intera ricerca "sotto copertura", ad esempio compiendo delle osservazioni in luoghi pubblici senza mai dichiararsi ai soggetti osservati»; J.J. SHAUGHNESSY-E.B. ZECHMEISTER-J.S. ZECHMEISTER, Metodologia della ricerca in psicologia, II ed. ital. a cura di G. Amoretti e C. Chiorri, McGraw-Hill, 2020, p. 98, ove si considera inganno «sia l'omissione di informazioni sia una comunicazione intenzionalmente fuorviante su un aspetto di una ricerca».

²⁵ Tanto da non essere accolta da parte della letteratura scientifica, che non ammette tecniche intenzionalmente ingannevoli: cfr. D. BAUMRIND, *Research Using Intentional Deception. Ethical issues revisited*, cit., pp. 165 ss. Si legge a p. 165 che «*In a series of articles (...) I argue that the use of intentional deception in the research setting is unethical, imprudent, and unwarranted scientifically*».

²⁶ Il cui art. 2 - *Uso dell'inganno nella ricerca* dispone che «*2.1 Qualora l'obiettivo scientifico lo richieda e non si possano usare metodi alternativi, la persona che partecipa ad una ricerca può essere tenuta all'oscuro o fuorviata su alcuni aspetti della ricerca. Di conseguenza il modulo informativo per la partecipazione alla ricerca può contenere informazioni parziali o false per non rivelare i veri scopi della ricerca. 2.2 Anche in caso di uso dell'inganno, i rischi al benessere psico-fisico delle persone partecipanti non possono mai essere taciuti ma sono sempre correttamente e completamente riportati. 2.3 Chi usa l'inganno in una ricerca informa esaurientemente ogni partecipante alla fine della sessione o, se necessario, al termine della raccolta dei dati e chiede il consenso all'uso dei dati raccolti, in sostituzione del consenso espresso in precedenza (che per definizione non è valido perché acquisito sulla base di informazioni incomplete e non corrette). 2.4 In assenza di un nuovo consenso scritto, i dati raccolti non possono essere utilizzati e devono essere definitivamente eliminati. 2.5 Il colloquio di chiarimento e di rassicurazione alla fine della prova (o della ricerca) non è limitato alla sola descrizione degli aspetti della ricerca su cui la persona partecipante è stata ingannata, ma si propone di ripristinare lo stato di umore e di autostima precedente alla partecipazione alla ricerca e di eliminare le eventuali idee sulla ricerca o sulla propria persona che si siano formate, per effetto della ricerca, in maniera scorretta*».

²⁷ Il cui art. 6 - *Casi particolari di acquisizione o rispetto del consenso informato* dispone che «*Qualora l'obiettivo scientifico lo richieda e non si possano usare metodi alternativi, la persona che partecipa ad una ricerca può essere tenuta all'oscuro o fuorviata su alcuni aspetti della ricerca. Di conseguenza il modulo informativo per la partecipazione alla ricerca può contenere informazioni parziali o false per non rivelare i veri scopi della ricerca. Anche in caso di uso dell'inganno, i rischi al benessere psico-fisico delle persone partecipanti non possono mai essere taciuti ma sono sempre correttamente e completamente riportati. Chi usa l'inganno in una ricerca informa esaurientemente ogni partecipante alla fine della sessione o, se necessario, al termine della raccolta dei dati e chiede il consenso all'uso dei dati raccolti, in sostituzione del consenso espresso in precedenza (che per definizione non è valido perché acquisito sulla base di informazioni incomplete e non corrette). In assenza di un nuovo consenso scritto,*

via residuale, qualora l'obiettivo scientifico lo richieda e non si possano impiegare metodi alternativi. In altre parole, l'inganno si configura come eccezione rispetto alla regola generale che impone di fornire preventivamente tutte le informazioni rilevanti e di acquisire il consenso delle persone coinvolte⁽²⁸⁾. L'inganno risulta ammissibile soltanto come *extrema ratio*⁽²⁹⁾, ove si possa dimostrare la mancanza di alternative praticabili⁽³⁰⁾.

Ad avviso di chi scrive, questo comma non può essere letto disgiuntamente dalla Premessa Etica che è stata inserita nel 2023, contenente quattro Principi Etici. Nel quarto principio etico, dedicato a «*Onestà e integrità, lealtà e trasparenza*», si legge infatti che «*Le psicologhe e gli psicologi operano affinché i loro interventi e le loro attività professionali siano sempre ispirati da onestà intellettuale, integrità professionale, lealtà umana. L'impegno alla trasparenza nel presentare il proprio ruolo e i propri metodi, ad esplicitare gli strumenti utilizzati e ad informare circa le prestazioni e gli interventi offerti è uno dei presupposti fondamentali del saper fare e del saper essere delle psicologhe e degli psicologi*». Poiché nella Premessa etica è specificato sia che i principi ivi contenuti sono «*fondamentali e imprescindibili*», sia che «*le psicologhe e gli psicologi si impegnano a rispettarli, ad ispirarsi ad essi ed a diffonderne la conoscenza*», il ricorso alla tecnica dell'inganno può essere ammissibile solo in assenza di possibili alternative.

In ogni caso, al termine della ricerca, il ricercatore deve fornire tutte le informazioni dovute. Si tratta del c.d. *debriefing*, che, non essendo preventivo ma successivo alla ricerca, deve anche mirare a evitare l'insorgere di frustrazioni o comunque effetti negativi sui partecipanti⁽³¹⁾. Rivelate, nel modo più appropriato, tutte le

i dati raccolti non possono essere utilizzati e devono essere definitivamente eliminati».

²⁸ Nella letteratura scientifica, v. per tutti D. BAUMRIND, *Research Using Intentional Deception. Ethical issues revisited*, cit., p. 165: «*If deceit is used to obtain consent, by definition it cannot be informed*».

²⁹ Cfr. N. GAJ-G. LO DICO, *L'etica professionale nell'ambito della ricerca in psicologia*, p. 116.

³⁰ V. per tutti E. CALVI-G. GULOTTA-E. LEARDINI, *Il nuovo codice deontologico degli psicologi*, cit., p. 80: «L'attività di ricerca in ambito psicologico (...) può rendere necessario che il soggetto esaminato non sia messo al corrente fin da subito di tutti gli aspetti della ricerca: in questo caso, occorre da un lato che la scelta effettuata dal ricercatore di "non dire tutto e subito" poggia su obiettive motivazioni ed esigenze scientificamente dimostrabili e, dall'altro, che alla fine dell'attività di ricerca entrambi i consensi, all'attività in sé e al trattamento dei dati personali raccolti, vengano prestati in maniera completa».

³¹ Cfr. per tutti A. GNISCI-A. PEDON, *Metodologia della ricerca psicologica*, II ed., Il Mulino, 2016, p. 99: «Il *debriefing* è la procedura attraverso la quale, alla fine dell'esperimento o in un incontro successivo all'esperimento, il ricercatore informa il soggetto sulla reale natura dell'esperimento e si mette a disposizione per chiarimenti o domande. Il ricercatore cerca di neutralizzare gli eventuali stati di disagio

necessarie informazioni, lo psicologo deve chiedere non il consenso alla ricerca, che è già avvenuta, ma l'autorizzazione all'uso del materiale e dei dati raccolti. Ove non acquisisca tale autorizzazione, dovrà astenersi dall'impiegare i risultati della ricerca.

7. IL CONSENSO AL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI

Il comma 1 dell'art. 9 cod. deont. psic., nella vecchia come nell'attuale formulazione, non contempla solo gli obblighi di informazione e il consenso relativi alla partecipazione alla ricerca. Riguarda infatti anche gli obblighi di informazione e il consenso al trattamento dei dati personali relativi a coloro che partecipano alla ricerca. Questi due consensi, alla partecipazione alla ricerca ed al trattamento dei dati, devono essere tenuti distinti, come sottolinea anche il cod. et. ric. A.I.P.⁽³²⁾. Il nostro ordinamento prevede un'ampia tutela dei dati personali relative alle persone fisiche⁽³³⁾. Appare pienamente condivisibile la scelta di mantenere una rilevanza anche sul piano deontologico degli aspetti relativi alla protezione dei dati

o le impressioni errate del soggetto, ripristinando in lui lo stato di benessere e di autostima eventualmente compromesso da qualche aspetto del trattamento sperimentale. Il *debriefing* è particolarmente importante nelle ricerche condotte con la tecnica dell'inganno»; J.J. SHAUGHNESSY-E.B. ZECHMEISTER-J.S. ZECHMEISTER, *Metodologia della ricerca in psicologia*, cit., pp. 101-102: «L'incontro, in cui non solo devono essere spiegati tutti gli aspetti della ricerca, che prima erano stati nascosti o modificati, ma in cui occorre anche ripristinare lo stato di umore e autostima del partecipante, dargli tutte le informazioni aggiuntive da lui richieste ed eliminare idee scorrette che si è eventualmente fatto, viene detto *debriefing* (...). Quando si usa l'inganno nella ricerca, il *debriefing* è indispensabile per spiegare ai partecipanti perché è stato necessario l'inganno, per ripristinare qualsiasi idea distorta che i partecipanti abbiano sviluppato relativamente alla loro partecipazione e per rimuovere qualsiasi effetto dannoso dell'inganno. Il *debriefing* ha anche lo scopo di formare i partecipanti alla ricerca scientifica (obiettivi, metodo, risultati) e di fare in modo che lascino il contesto di ricerca con sensazioni positive relativamente alla propria partecipazione» (enfasi nel testo).

³² Si legge nell'art. 1.3. cod. et. ric. A.I.P. che «I fogli informativi che descrivono la ricerca e il trattamento dei dati personali sono distinti dai moduli per l'acquisizione dei due tipi di consenso (alla partecipazione alla ricerca e al trattamento dei dati)».

³³ Tra le opere dedicate in generale all'argomento, v. per tutte E. BELISARIO-G.M. RICCIO-G. SCORZA (a cura di), *GDPR e Normativa Privacy. Commentario*, II ed., Wolters Kluwer, 2022; L. BOLOGNINI-E. PELINO (dir. da), *Codice della disciplina privacy*, Ed. 2024 riv. e ampl., Giuffrè Francis Lefebvre, 2024; V. CUFFARO-R. D'ORAZIO-V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Giappichelli, 2019; GIUSEL. FINOCCHIARO (dir. da), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Zanichelli, 2019.

personali: tale previsione è in armonia con il principio generale che pone a carico dello psicologo la tutela della persona. Questo aspetto è strettamente collegato con la responsabilità dello psicologo: si legge all'art. 3, comma 3, cod. deont. che «*La psicologa e lo psicologo sono consapevoli della responsabilità sociale derivante dal fatto che, nell'esercizio professionale, possono intervenire significativamente nella vita delle altre persone*».

Giova richiamare a tale riguardo anche i Principi Etici. In particolare, nel primo principio etico si legge che «*Le psicologhe e gli psicologi rispettano e promuovono i diritti fondamentali della dignità e del valore di tutte le persone (...)*». Nel terzo principio etico si legge che «*Le psicologhe e gli psicologi hanno la responsabilità professionale e scientifica verso le persone che a loro si rivolgono, verso la comunità e verso la società in cui lavorano e vivono (...)*». Una piena tutela della persona si realizza anche con riferimento alla protezione dei dati personali che ad essa si riferiscono, e ciò vale pure sotto l'aspetto della deontologia professionale.

ABSTRACT:

Il saggio approfondisce i profili relativi agli obblighi di informazione e al consenso alla ricerca nel novellato art. 9 del Codice deontologico degli psicologi.

The essay delves into the profiles of information obligations and research consent in the revised Article 9 of the Code of Ethics for Psychologists.

LOREDANA FERLUGA

(Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Messina)

DISABILITÀ TRA OBBLIGHI DI ASSUNZIONE E INCLUSIONE LAVORATIVA*

Sommario: 1. Il processo di integrazione dei lavoratori disabili: le fonti internazionali e comunitarie 2. L'accesso al lavoro nell'ordinamento italiano: dal collocamento «obbligatorio» a quello «mirato» 3. L'avviamento al lavoro dei lavoratori disabili 4. *Segue.* L'integrazione lavorativa dei disabili tramite convenzione 5. Le novità della legislazione più recente

1. IL PROCESSO DI INTEGRAZIONE DEI LAVORATORI DISABILI: LE FONTI INTERNAZIONALI E COMUNITARIE

Il riconoscimento di tutele specifiche per le persone disabili è stato faticoso, non è ancora concluso e vede coinvolti più ordinamenti (internazionale, comunitario, nazionale) che si integrano fra loro⁽¹⁾.

Sul fronte internazionale, l'inserimento lavorativo dei disabili è stato affrontato attraverso il ricorso a politiche attive d'inclusione sociale dirette a riconoscere alla persona disabile, in quanto cittadina a pieno titolo, il godimento di tutti i diritti⁽²⁾. Il riferimento è alla Dichiarazione dei diritti degli handicappati del 1975, al Programma di azione mondiale riguardante le persone disabili del 1982, seguito dieci anni dopo dalle Norme *standard* per la realizzazione delle pari opportunità dei disabili, e, da ultimo, alla Convenzione n. 61/107 delle Nazioni Unite del 2006, ratificata in Italia nel 2009 (legge 3 marzo 2009, n. 18), che afferma il diritto di potersi mantenere attraverso un lavoro liberamente scelto o accettato in un

* Il contributo ha superato la *double blind peer review*.

¹ G. M. FLICK, *Diritto e disabilità o "diritto alla disabilità"?* in *Federalismi.it*, n. 12/2013; M. NAVILLI, *I lavoratori disabili e il collocamento «mirato»*, in M. BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in M. PERSIANI e F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. VI, Padova, 2012, 275.

² G. LOY, *La disabilità nelle fonti internazionali*, in C. LA MACCHIA (a cura di), *Disabilità e lavoro*, Roma, 2009, 33 ss.

mercato del lavoro aperto, che favorisca l'inclusione e l'accessibilità alle persone con disabilità.

In ambito comunitario, le istituzioni si sono mosse in un campo più ampio di quello lavorativo⁽³⁾. Al primo Programma di azione sociale del 1974 hanno fatto seguito azioni della Comunità europea in materia di pari opportunità e di non discriminazione per i disabili, interventi di modifica dei Trattati istitutivi della Comunità europea e infine la nascita della Carta dei diritti fondamentali, con la quale si è posto l'obiettivo della emancipazione dei disabili garantendo loro, quali cittadini a pieno titolo, il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata, e riconoscendo il diritto, in quanto portatori di disabilità, di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità⁽⁴⁾.

Il programma comunitario è proseguito con diversi interventi specifici. Tra questi il più significativo è la direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000, che ha ad oggetto un quadro generale di tutela antidiscriminatoria in ambito lavorativo⁽⁵⁾. Si può ricordare poi un progetto strategico per una Europa senza barriere (2004-2010) e sulla base dell'impulso dato dall'Anno europeo delle persone con disabilità nel 2003 è stato istituito, al fine di migliorare l'integrazione economica e sociale, un piano d'azione pluriennale con l'obiettivo di realizzare azioni concrete in settori chiave.

Possiamo affermare che il quadro di azione europeo prosegue oggi sulla via delineata e mira a rispondere, insieme alle misure nazionali, ai diversi bisogni delle persone con disabilità e, al contempo, a portare maggiori benefici alla società e all'economia senza creare un onere eccessivo per le imprese⁽⁶⁾.

³ V. BONGIOVANNI, *La tutela dei disabili tra Carta di Nizza e Convenzione delle Nazioni Unite*, in *Fam. e dir.*, 2011, 310 e ss.

⁴ R. DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, in *Dir. relazioni ind.*, 2001, 335 e ss.

⁵ L. PIGNATARO, *Il principio di non discriminazione nelle fonti comunitarie primarie e la sua declinazione nella regolamentazione derivata (la direttiva 2000/78/CE e la direttiva 2000/43/CE)*, in F. CARINCI- A. PIZZOFRERATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro, Commentario*, IX, UTET, Torino, 2010, 401 ss.

⁶ Con riferimento al collocamento delle persone con disabilità in Austria, Francia, Germania, Gran Bretagna, Spagna, Stati Uniti, oltre che in Italia, v. C. LA MACCHIA (a cura di), *Disabilità e lavoro*, cit., 55 ss.

2. L'ACCESSO AL LAVORO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO: DAL COLLOCAMENTO «OBBLIGATORIO» A QUELLO «MIRATO»

Nel nostro Paese l'accesso al lavoro dei soggetti disabili ha rappresentato uno dei temi più controversi del processo di riforma del mercato del lavoro per la difficoltà di trovare un punto di equilibrio tra le aspirazioni dei disabili all'occupazione e la resistenza degli imprenditori verso un sistema di collocamento «obbligatorio»⁽⁷⁾, in cui erano costretti ad assumere lavoratori con requisiti professionali non adeguati rispetto al contesto lavorativo⁽⁸⁾.

L'intervento normativo che ha disciplinato la materia fino quasi ai nostri giorni (legge 2 aprile 1968, n. 482) in realtà non ha contribuito al raggiungimento dell'obiettivo dell'integrazione sociale e lavorativa dei disabili senza costi per i datori di lavoro.

La legge del 1968 prevedeva importanti principi, ma il sistema era fondato prevalentemente sull'assistenzialismo e richiedeva quindi di essere superato⁽⁹⁾. Tuttavia non si è proceduto ad una revisione organica della materia fino al 1999, quando il legislatore è intervenuto con la legge n. 68, nella quale le aspirazioni dei datori e dei lavoratori hanno trovato sintesi con il concetto di «collocamento mirato».

È questo il punto rilevante della nuova disciplina tutt'ora vigente: il passaggio dal «collocamento obbligatorio» al «collocamento mirato»⁽¹⁰⁾. Si tratta di un mutamento sostanziale, perché da un modello affittivo-sanzionatorio si è passati ad un «insieme di strumenti tecnici e di supporto che permettono di valutare adeguatamente le persone con disabilità nelle loro capacità lavorative e di inserirle nel posto più adatto, attraverso analisi di posti di lavoro, forme di sostegno, azioni positive e soluzioni ai problemi connessi con gli ambienti, gli strumenti e le relazioni interpersonali sui luoghi di lavoro e di relazione» (art. 2, legge 12 marzo 1999, n. 68)⁽¹¹⁾.

Nella nuova disciplina rimane l'obbligo di assunzione ma allo stesso tempo si af-

⁷ A. BELLAVISTA, voce *Assunzione obbligatoria*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1997, 161 ss.

⁸ D. GAROFALO, *Disabili (lavoro dei)*, in *Dig. comm.*, Agg., vol. V, Torino, 2009, 759 ss.; I. MENICHINI, voce *Disabilità*, in *www.treccani.it*, 2003.

⁹ A. RICCARDI, *L'inserimento del lavoratore disabile nell'organizzazione datoriale. L'evoluzione dei modelli di tutela*, in *Argomenti dir. lav.*, 2022, 682 ss.

¹⁰ E. GRAGNOLI, *Il collocamento obbligatorio e le politiche attive*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, 523 ss.

¹¹ M. CINELLI- P. SANDULLI (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili. Commentario alla legge n. 68 del 1999*, Torino, 2000.

fiancano strumenti volti a promuovere e incentivarne l'adempimento: si introduce la richiesta nominativa a fianco di quella numerica, che rimane in forma ridotta; si rivisitano le quote d'obbligo a carico delle imprese; viene allargata la platea dei soggetti tenuti all'applicazione della disciplina e viene consacrato il meccanismo delle convenzioni di inserimento mirato, di cui dirò a breve. Nell'ambito poi della delega generalizzata di competenze alle regioni in materia di collocamento dei disabili, un ruolo fondamentale viene attribuito al Fondo regionale per l'occupazione dei disabili destinato al finanziamento dei programmi regionali di inserimento lavorativo e dei relativi servizi⁽¹²⁾.

In sostanza, la nuova legge delinea, almeno sulla carta, un modello idoneo sia a soddisfare i problemi delle aziende in relazione all'inserimento lavorativo dei disabili sia a rappresentare mezzo efficace per realizzare una integrazione lavorativa effettiva⁽¹³⁾. Eppure, essa è accusata di nascere già obsoleta anche a causa del mantenimento dei limiti alla possibilità di assumere con richiesta nominativa⁽¹⁴⁾.

3. L'AVVIAMENTO AL LAVORO DEI LAVORATORI DISABILI

Con riferimento alle modalità di avviamento al lavoro, la legge del 1999, rispetto al passato quando non erano richieste, prima dell'avviamento al lavoro, verifiche delle effettive capacità ed attitudini lavorative del disabile e non erano previsti strumenti di formazione e qualificazione professionale, segna una inversione di tendenza che riguarda innanzitutto l'accertamento delle condizioni di disabilità, effettuato dalle Commissioni di cui alla legge 5 febbraio 1992, n. 104.

Ad orientare il collocamento mirato è la capacità complessiva individuale residua, nel senso che la riduzione della capacità lavorativa è titolo per l'accesso al sistema di tutele apprestato per i lavoratori disabili, e l'accertamento della condizione di disabilità si fonda sull'esame della persona nella sua globalità e si conclude nella valutazione delle capacità residue⁽¹⁵⁾. Ma non solo. A quest'ultima valutazione si

¹² A. RICCARDI, *Disabili e lavoro*, Bari, 2018.

¹³ A. MARESCA, *Rapporto di lavoro dei disabili e assetto dell'impresa*, in *Argomenti dir. lav.*, 1999, 659 ss.

¹⁴ M. BIAGI, *Disabili e diritto del lavoro*, in *Guida lav.*, 1999, IX, 13; D. GAROFALO, *Disabili (lavoro dei)*, cit., 759.

¹⁵ M. NAVILLI, *I lavoratori disabili e il collocamento «mirato»*, cit., 316.

affianca la definizione di eventuali forme di sostegno e strumenti necessari per l'inserimento lavorativo. In sostanza, la legge guarda al recupero della disabilità, attraverso la formazione e la riqualificazione professionale che permeano il sistema, quali strumenti essenziali per assicurare il diritto al lavoro dei soggetti tutelati dal momento precedente all'inserimento lavorativo e durante il corso del rapporto di lavoro⁽¹⁶⁾.

Come concretamente? Per esempio, riconoscendo alle Regioni la possibilità di autorizzare lo svolgimento delle attività di riqualificazione presso la stessa azienda che effettua l'assunzione oppure prevedendo la formazione contemporanea all'assunzione nelle diverse tipologie di convenzione, nonché nel corso del rapporto di lavoro in caso di aggravamento delle condizioni di salute del disabile o a seguito di variazioni nell'organizzazione del lavoro⁽¹⁷⁾.

Il collocamento mirato presuppone un rapporto di collaborazione tra gli uffici pubblici competenti e i datori di lavoro obbligati⁽¹⁸⁾. I primi, oltre a redigere un elenco con una unica graduatoria dei disabili disoccupati, sono tenuti ad annotare le capacità lavorative, le abilità, le competenze, oltre alla natura e al grado di menomazione, e ad analizzare le caratteristiche dei posti da assegnare ai lavoratori disabili. I datori di lavoro devono assolvere alcuni adempimenti, quali l'invio periodico e telematico agli uffici di collocamento di un prospetto informativo dal quale risultino il numero complessivo dei lavoratori dipendenti, il numero e i nominativi dei lavoratori computabili nella quota di riserva, i posti di lavoro e le mansioni disponibili per i lavoratori disabili. In un momento successivo, il datore presenterà agli uffici competenti la richiesta di assunzione, anche se in realtà il prospetto informativo può valere anche come richiesta di avviamento.

Il datore deve avere chiaro il posto di lavoro da occupare e gli uffici competenti devono far corrispondere alle richieste d'invio un lavoratore con uno stato di minorazioni-capacità professionali idonee a quel tipo preciso di mansioni. Solo davanti all'impossibilità di avviare lavoratori con la qualifica richiesta, gli uffici potranno inviare prestatori in possesso di qualifiche simili, secondo l'ordine di graduatoria e previo addestramento. Ove, invece, mancassero anche iscritti con

¹⁶ D. GAROFALO, *Disabili (lavoro dei)*, cit., 759.

¹⁷ A. GARILLI, *Limiti al potere del datore di lavoro nell'assegnazione delle mansioni*, in C. LA MACCHIA (a cura di), *Disabilità e lavoro*, cit., 283 ss.

¹⁸ A. DI STASI, *Il diritto al lavoro dei disabili e le aspettative tradite del "collocamento mirato"*, in *Argomenti dir. lav.*, 2013, 900 ss.

qualifiche simili, sarà considerata legittima la scopertura del posto in attesa di un avviamento conforme alla richiesta.

Per quanto riguarda la scelta del datore sulle modalità di assunzione, accanto alla chiamata numerica, si ricorda l'estensione della facoltà di chiamata nominativa, che dà al datore di lavoro la possibilità di scegliere il lavoratore da inserire nell'organizzazione aziendale. Le richieste sono nominative per le assunzioni cui sono tenuti i datori che occupano da 15 a 35 dipendenti, nonché i partiti politici, le organizzazioni sindacali e sociali e gli enti da essi promossi. Chiamata numerica e nominativa coesistono, destinando alla seconda una percentuale del 50% e del 60% rispettivamente per i datori che hanno alle proprie dipendenze meno o più di 50 lavoratori (art. 7, legge n. 68/1999).

4. (SEGUE). L'INTEGRAZIONE LAVORATIVA DEI DISABILI TRAMITE CONVENZIONE

A queste modalità di assunzione la legge ne affianca una alternativa, che dà la possibilità di concordare i tempi e le modalità delle assunzioni che il datore si impegna ad effettuare, anche in deroga alle previsioni legali. La legge cioè propone, recuperandolo da precedenti esperienze normative (legge 28 febbraio 1987, n. 56), uno strumento flessibile che è quello di ricorrere a convenzioni idonee a promuovere l'inserimento o l'integrazione lavorativa, con un migliore adattamento tra le diverse situazioni e condizioni della persona con disabilità e le esigenze dell'organizzazione⁽¹⁹⁾.

Sono previste tre distinte tipologie di convenzioni, tutte caratterizzate dalla circostanza che la procedura di avviamento al lavoro non è soggetta all'obbligo della richiesta numerica: l'una per l'inserimento e l'integrazione lavorativa (art. 11); la seconda per l'inserimento lavorativo temporaneo con finalità formative (art. 12) e l'ultima per il conferimento di commesse a determinati soggetti (cooperative sociali e loro consorzi, imprese sociali, datori di lavoro non soggetti all'obbligo di assunzione *ex art. 3* della medesima legge) per l'assunzione di persone disabili con particolari caratteristiche e difficoltà di inserimento nel ciclo lavorativo ordinario (art. 12-*bis*)⁽²⁰⁾.

¹⁹ D. GAROFALO, *L'inserimento e l'integrazione lavorativa dei disabili tramite convenzione*, in *Riv. dir. sicur. soc.*, 2010, 231 ss.

²⁰ C. CORBO, *Le convenzioni per il diritto al lavoro dei disabili: natura, struttura, funzioni e strumenti*

Con riferimento alla prima tipologia (convenzioni per l'inserimento e l'integrazione lavorativa), la legge prevede che, specie in relazione a disabili caratterizzati da particolari difficoltà di inserimento lavorativo, il datore possa stipulare una convenzione nella quale concordare tempi e modalità di assunzione, tirocini di inserimento, assunzioni a termine o assunzioni con prova più lunga di quella prevista dal contratto collettivo. Nell'ottica della flessibilità, è prevista anche la possibilità di assumere con contratto di apprendistato lavoratori che non hanno il requisito anagrafico per tale tipologia contrattuale.

È importante questa tipologia di convenzioni in quanto, con riferimento alla platea dei possibili beneficiari, dal momento che il legislatore utilizza una espressione generica, che lascia ampia discrezionalità nella individuazione dei disabili coinvolti, ne consegue la possibilità di riconoscere in tale fattispecie uno strumento per l'inserimento lavorativo anche dei disabili psichici, per i quali questa tipologia di convenzioni è l'unica modalità di avviamento al lavoro⁽²¹⁾. Probabilmente la scelta del legislatore risponde alla *ratio* di individuare un percorso di inserimento personalizzato adatto alle esigenze soggettive del disabile⁽²²⁾.

A questa tipologia di convenzione si riconducono diversi sottotipi (accordi diretti a favorire l'inserimento lavorativo del disabile aventi ad oggetto un programma concordato fra datore e servizio competente, accordi per l'integrazione lavorativa di soggetti disabili con particolari caratteristiche e difficoltà di inserimento nel ciclo lavorativo ordinario, convenzioni di inserimento mirato), tra i quali particolare rilevanza rivestono le convenzioni di inserimento mirato, dove viene coinvolto il cd. terzo settore, quindi cooperative sociali, consorzi, organizzazioni di volontariato o altri soggetti pubblici e privati idonei a contribuire alla realizzazione dei fini della legge⁽²³⁾.

È evidente infine che in caso di violazione di quanto concordato in convenzione rivive l'originario obbligo e le conseguenti sanzioni.

Alla tipologia di convenzione per l'inserimento e l'integrazione lavorativa il legislatore affianca – come accennato – altri due strumenti, accomunati tra loro dalla partecipazione di tre distinti soggetti. Con riferimento alle convenzioni per

di tutela, in *Argomenti dir. lav.*, 2009, 387 ss.

²¹ Cass. civ., Sez. lav., 22 luglio 2013 n. 17785.

²² M. NAVILLI, *I lavoratori disabili e il collocamento «mirato»*, cit., 325.

²³ A. TURSI, *Le nuove convenzioni per l'inserimento lavorativo dei disabili e dei soggetti svantaggiati tramite cooperative sociali, due anni dopo*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2006, 73 ss.

l'inserimento lavorativo temporaneo con finalità formative (art. 12), il legislatore prevede l'assunzione a tempo indeterminato del disabile da parte del datore di lavoro, ma con temporaneo distacco del lavoratore presso cooperative sociali, imprese sociali, liberi professionisti disabili, nonché datori di lavoro non soggetti all'obbligo di assunzione. Si tratta di un distacco temporaneo con il conseguente rientro in azienda alla scadenza della convenzione; a seguito del distacco il datore di lavoro obbligato deve procedere in favore del soggetto ospitante all'affidamento di commesse che garantiscano la copertura dei costi sopportati in relazione al disabile. La legge prevede una serie di condizioni che devono sussistere per la stipula di questa tipologia di convenzioni (per es. la durata massima di 12 mesi, prorogabile una sola volta per ulteriori 12)⁽²⁴⁾.

Allo stesso modo sono coinvolti tre distinti soggetti (datori, uffici competenti e terzo settore) nell'ultima tipologia di convenzioni – per il conferimento di commesse a determinati soggetti (cooperative sociali e loro consorzi, imprese sociali, datori di lavoro non soggetti all'obbligo di assunzione *ex art. 3* della medesima legge) per l'assunzione di persone disabili con particolari caratteristiche e difficoltà di inserimento nel ciclo lavorativo ordinario. In questo caso, diversamente dall'ipotesi precedente, non si verifica un distacco del disabile, ma si prevede l'assunzione del disabile direttamente da parte del soggetto ospitante e quindi non del datore di lavoro legalmente obbligato, il quale assumerà il disabile solo alla scadenza della convenzione di durata non inferiore a tre anni, prorogabile per un periodo non inferiore a due anni. Anche in questo caso il datore obbligato deve fornire commesse al soggetto ospitante, che deve appartenere alle stesse categorie previste per la precedente tipologia di convenzione, ma con esclusione dei liberi professionisti disabili. Anche in questo caso la legge disciplina le condizioni di ammissibilità della convenzione circoscrivendola a disabili con particolari caratteristiche e difficoltà di inserimento nel ciclo lavorativo ordinario e a non più del 10% della quota d'obbligo per i datori che occupano più di 50 dipendenti. Anche in questo caso la violazione della convenzione fa rivivere l'obbligo originario e il conseguente apparato sanzionatorio⁽²⁵⁾.

²⁴ C. CORBO, *Le convenzioni per il diritto al lavoro dei disabili: natura, struttura, funzioni e strumenti di tutela*, cit., 389.

²⁵ L. NOGLER, *Cooperative sociali e inserimento lavorativo dei lavoratori svantaggiati*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, 2004, 192.

5. LE NOVITÀ DELLA LEGISLAZIONE PIÙ RECENTE

In questo quadro il legislatore, nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)⁽²⁶⁾, è recentemente intervenuto con la legge delega 22 dicembre 2021, n. 227, che, attraverso più decreti legislativi di attuazione⁽²⁷⁾, ha l'obiettivo di riordinare e semplificare le disposizioni in materia di disabilità in conformità con gli *standard* sovranazionali⁽²⁸⁾. Il più recente è il d.lgs. 3 maggio 2024, n. 62, che riguarda la definizione della condizione di disabilità e la procedura per determinare tale condizione ed introduce per la prima volta nel nostro ordinamento la nozione di accomodamento ragionevole⁽²⁹⁾.

In proposito segnalo alcuni importanti profili di novità della recente normativa. Innanzitutto, la legge delega n. 227/2021 promuove l'introduzione di una nuova nozione di disabilità in linea con la Convenzione della Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità e con il diritto dell'Unione. Sotto tale profilo, il legislatore lascia intendere il superamento del tradizionale approccio medico-legale verso un modello bio-psico-sociale, che rende il nostro ordinamento coerente con gli *standard* sovranazionali. Viene abbandonato il concetto di *handicap* e viene ridefinito il concetto di disabilità, che non si considera più come una caratteristica intrinseca dell'individuo, ma come il risultato dell'interazione tra la persona e l'ambiente circostante. In particolare, il d.lgs. n. 62/2024 (art. 3), che modifica l'art. 3, legge n. 104/1992, riproduce fedelmente la definizione di disabilità contenuta nella ricordata Convenzione – circostanza che deve essere valutata positivamente sia perché in linea con gli *standard* internazionali sia in quanto indice del fatto che l'ordinamento adotta una unica definizione di disabilità accertata con

²⁶ M. GAMBACCIANI, *Diritti sindacali partecipativi e «dovere» di contrarre*, Torino, 2023, 51 s.; D. GAROFALO, *Gli interventi sul mercato del lavoro nel prisma del PNRR*, in *Dir. relazioni ind.*, 2022, 114 ss.

²⁷ V. d.lgs. 13 dicembre 2023, n. 222, disposizioni in materia di riqualificazione dei servizi pubblici per l'inclusione e l'accessibilità, in attuazione dell'articolo 2, comma 2, lettera e), della legge 22 dicembre 2021, n. 227; d.lgs. 5 febbraio 2024, n. 20, istituzione dell'Autorità Garante nazionale dei diritti delle persone con disabilità, in attuazione della delega conferita al Governo; d.lgs. 3 maggio 2024, n. 62, riguardante la definizione della condizione di disabilità, della valutazione di base, di accomodamento ragionevole, della valutazione multidimensionale per l'elaborazione e attuazione del progetto di vita individuale personalizzato e partecipato.

²⁸ M. DE FALCO, *Ragionando attorno alla legge delega in materia di disabilità: una prospettiva giuslavoristica*, in *Resp. civ. e prev.*, 2022, 1738 ss.

²⁹ Il d.lgs. n. 62/2024 è entrato in vigore il 30 giugno 2024.

un'unica procedura – riferendosi alla «persona con disabilità» come colei che presenta «durature compromissioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che, in interazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione nei diversi contesti di vita su base di uguaglianza con gli altri, accertate all'esito della valutazione di base».

In secondo luogo, per quanto riguarda le modalità dell'accertamento della condizione di disabilità la legge prevede che la condizione di disabilità sia accertata in due fasi. La prima consiste in una valutazione di base, che verifica la condizione di disabilità ed accerta le «necessità di sostegno» del soggetto disabile. Alla persona con disabilità è ora riconosciuto il diritto alle prestazioni stabilite in suo favore in relazione alla necessità di sostegno o di sostegno intensivo, e non più in relazione alla natura e alla consistenza della minorazione, individuata all'esito della valutazione di base, anche con riferimento alla capacità complessiva individuale residua e all'efficacia delle terapie. La seconda fase consiste in una valutazione multidimensionale, eseguita secondo la concezione bio-psico-sociale, che mira ad individuare le barriere sociali derivanti dalla condizione di disabilità dell'interessato, inizia su istanza del richiedente ed è necessaria per sviluppare un Piano di Vita Individualizzato, Personalizzato e Partecipativo. Quest'ultimo mira a identificare gli strumenti, le risorse e le competenze necessarie per realizzare gli obiettivi di vita e le aspettative dell'interessato e per determinare gli accomodamenti ragionevoli necessari a favorire la partecipazione della persona con disabilità nei diversi ambiti della vita, «compresi quelli lavorativi»⁽³⁰⁾. Emerge che anche sotto il profilo dell'accertamento della condizione di disabilità il legislatore lascia emergere il passaggio verso un modello sociale; e ciò sia nella valutazione di base, che utilizza quale parametro generale per l'accertamento della disabilità la Classificazione internazionale del funzionamento, della disabilità e della salute, che, descrivendo lo stato di salute degli individui in relazione ai loro ambiti esistenziali (sociale, familiare, lavorativo) al fine di cogliere le difficoltà che nel contesto socio-culturale di riferimento possono causare disabilità, tiene in definitiva in considerazione i fattori ambientali, sia, in misura più spiccata, nella valutazione multidimensionale, che valuta come la condizione specifica dell'individuo si relazioni nell'ambiente concreto tenendo in considerazione gli aspetti ambientali

³⁰ R. SANTUCCI - P. DE PETRIS - F. PACIFICO, *Persone con disabilità tra inserimento lavorativo e "accomodamento ragionevole"*, in *Passaggi cost.*, 2023, I, spec. paragr. 4; M. GAMBACCIANI, *Diritti sindacali partecipativi e «dovere» di contrarre*, cit., 47 ss.

tipici dei contesti in cui lo stesso individuo vive⁽³¹⁾.

Qualche osservazione, infine, merita la nozione di ragionevole accomodamento (art. 5-*bis*, legge n. 104/1992, introdotto dall'art. 17, d.lgs. n. 62/2024), che spetta all'individuo a cui sia stata riconosciuta una disabilità con il procedimento di valutazione di base, nei casi in cui l'applicazione delle disposizioni di legge non garantisca allo stesso «il godimento e l'effettivo e tempestivo esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali». In tal senso l'accomodamento ragionevole, «individua le misure e gli adattamenti necessari, pertinenti, appropriati e adeguati, che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo al soggetto obbligato». In proposito, mi limito ad osservare che, se la seconda fase della procedura – come accennato – può essere attivata anche per il riconoscimento di ragionevoli accomodamenti sul luogo di lavoro, è probabile che nella maggior parte dei casi tali accomodamenti siano progettati senza il coinvolgimento dell'eventuale datore di lavoro che, nel caso concreto, potrebbe non essere stato ancora individuato. Resta inoltre il dubbio se quest'ultimo, in sede di assunzione o di esecuzione del rapporto, sia vincolato a seguire le indicazioni del progetto personalizzato o se debba semplicemente tenerne conto, con la possibilità di proporre altri eventuali accomodamenti ragionevoli che ritiene compatibili con la posizione del lavoratore⁽³²⁾. Sembra in realtà che i promotori della riforma, sebbene sia ancora troppo presto per giudicarne il reale impatto, non abbiano dedicato la giusta attenzione alla vulnerabilità occupazionale delle persone con disabilità. Gli spazi di manovra aperti dal d.lgs. n. 62/2024 – la riforma andrà a regime su tutto il territorio nazionale dal 1° gennaio 2026, mentre alcune norme si applicheranno in via sperimentale su un campione di territori dal 1° gennaio 2025 – devono pertanto essere sfruttati in misura maggiore per razionalizzare i canali dell'inserimento lavorativo delle persone disabili con l'auspicio che gli sforzi finora compiuti non restino vani: se è vero che l'inclusione delle persone disabili rappresenta la promessa di una società migliore e di un mercato del lavoro più equo e sostenibile, è necessario costruire un impianto normativo che consenta di vincere la sfida delle differenze.

³¹ M.A. LEONARDI, *Reasonable Accommodation for Workers with Disabilities: Analysis of the New Italian Definition within the Multi-level Legal System a comparison of Definitions in the Multi-level Legal System*, in corso di pubblicazione in *Diritti, Lavori, Mercati International*, n. 1/2024.

³² J.D. ABRIL, S. BRAY CHOUPEY, M.A. LEONARDI, G. ZAMPIERI, *Reasonable Accommodation and Disability: a Comparative Analysis*, in *Dir. sicurezza sul lav.*, 2024, 18 ss.

ABSTRACT

Il saggio esamina, in chiave storico-evolutiva, il tema delle tutele predisposte dall'ordinamento per i lavoratori disabili, dove l'accesso al lavoro delle persone con disabilità rappresenta uno degli aspetti più controversi del processo di riforma del mercato del lavoro. In particolare, l'A., dopo un *excursus* che si snoda dalle fonti internazionali e comunitarie alla legge nazionale sul collocamento mirato, soffermandosi sull'integrazione lavorativa dei disabili tramite lo strumento convenzionale, analizza alcune delle novità introdotte dalla legislazione più recente, evidenziando come gli spazi di manovra aperti da quest'ultima devono essere sfruttati in misura maggiore per razionalizzare i canali dell'inserimento lavorativo delle persone disabili.

The essay examines, from a historical-evolutionary perspective, the issue of protections provided by the legal system for disabled workers, where access to work for people with disabilities represents one of the most controversial aspects of the labor market reform process. In particular, the author, after an excursus ranging from international and community sources to the national law on targeted employment, focusing on the work integration of disabled people through conventional tools, analyzes some of the innovations introduced by the most recent legislation, highlighting how the spaces for maneuver opened up by the latter must be used to a greater extent to rationalize the channels for the employment of disabled people.

NADIA GIMELLI

(Ricercatrice di Diritto pubblico nell'Università di Roma "Tor Vergata")

IL RICONOSCIMENTO DEI FIGLI NATI DA MATERNITÀ SURROGATA TRA PROSPETTIVA EUROPEA E DIRITTO ITALIANO*

Sommario: 1. La legge n. 40 del 2004 ed il divieto di maternità surrogata 2. Prospettiva interna del “nuovo” *status filiationis* 3. Prospettiva europea tra superiore interesse del minore e discrezionalità interna 4. Osservazioni conclusive

1. LA LEGGE N. 40 DEL 2004 ED IL DIVIETO DI MATERNITÀ SURROGATA

«*Mater certa est, pater numquam*» affermava una antica massima latina e, con buona pace di quanti si sono adoperati per superare questa disparità naturale con lo studio dei gruppi sanguigni, fino a poco tempo fa era così.

Oggi, dopo i progressi della fecondazione medicalmente assistita, non lo è più, ma l'equiparazione non è avvenuta in positivo, a livello di certezza, ma in negativo, nel senso che attualmente neppure la madre è assolutamente certa.

Sappiamo bene come la scienza medica, grazie agli studi compiuti, sia capace, allora come oggi, di condizionare profondamente i destini dell'uomo.

In questi ultimi anni, le nuove tecnologie hanno, infatti, dedicato una particolare attenzione ai problemi legati all'infertilità ed alla sterilità della coppia per dare concretezza al loro desiderio di genitorialità.

È cosa ampiamente nota come in Italia la materia sia stata fatta oggetto di disciplina in netto ritardo rispetto agli altri paesi europei; così, dopo un lungo periodo, in cui l'applicazione delle tecniche di fecondazione assistita è stata lasciata ad autoregolamentazione⁽¹⁾ e successivamente affidata a circolari ed ordinanze mini-

* Il contributo ha superato la *double blind peer review*.

¹ Il Codice deontologico dell'Ordine professionale dei Medici dell'anno 2006, in particolare vietava all'art. 44 al medico «nell'interesse del bene del nascituro» di attuare: forme di maternità surrogata; forme di fecondazione assistita al di fuori di coppie eterosessuali stabili; forme di fecondazione assistita

steriali⁽²⁾, l'intervento del Parlamento si è concretizzato con l'approvazione della legge del 19 febbraio del 2004, n. 40, rubricata «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita».

La disciplina delineata dal legislatore non è rimasta immutata e, nei vent'anni trascorsi dalla sua approvazione, vari sono stati gli interventi giurisprudenziali volti a rimuovere quelle che apparivano sostanzialmente come distonie, interne o esterne, della normativa; inalterate sono rimaste, però, le coordinate di fondo⁽³⁾.

in donne in menopausa non precoce; forme di fecondazione assistita dopo la morte del padre. Erano vietate, inoltre, secondo tale codice, ogni pratica di fecondazione assistita ispirata a pregiudizi razziali, non era consentita alcuna selezione di gameti ed era bandito ogni sfruttamento commerciale, pubblicitario, industriale di gameti, embrioni o feti, nonché la produzione di embrioni ai soli fini di ricerca. Del tutto illecite erano le pratiche di fecondazione assistita in studi, ambulatori e strutture sanitarie prive di idonei requisiti. Il medico che violava le menzionate regole veniva sottoposto a procedimento disciplinare da parte dell'Ordine.

² Si vedano in particolare la circolare ministeriale del 1985 adottata dal Ministro della sanità Degan, che autorizzava nei centri pubblici la sola fecondazione omologa per le coppie sposate, mentre vietava la fecondazione eterologa; la circolare n. 19 del 27 aprile 1987, adottata dal Ministro Donat Cattin, sulle «misure di prevenzione della trasmissione di HIV e altri agenti patogeni attraverso seme umano impiegato per la Fecondazione artificiale», sostituita in seguito dalla circolare n. 17 del 10 Aprile 1992 del Ministro De Lorenzo sulle «misure di prevenzione della trasmissione di Hiv e di altri agenti patogeni nella donazione di liquido seminale impiegato per la fecondazione assistita umana e nella donazione d'organo, di tessuti e di midollo osseo». L'ordinanza del Ministro della Sanità del 5 Marzo 1997, vietava ogni forma di remunerazione nella cessione di gameti, embrioni o, comunque, di materiale genetico, facendo obbligo ai centri pubblici e privati, che praticano procreazione assistita, di comunicare al Ministero una serie di notizie (responsabile del centro, tipi di attività espletata, la denominazione del centro o istituto, il relativo indirizzo, i recapiti telefonici e telefax, nonché le generalità del responsabile del centro e del responsabile del trattamento e il tipo di attività espletata) l'inosservanza di questi obblighi veniva sanzionata con il divieto di praticare ogni tecnica di procreazione assistita.

L'ordinanza emessa dal Ministro della Salute Sirchia, del 18 dicembre 2002, vietava l'esportazione di embrioni e gameti all'estero e, del 21 dicembre 2002, prorogava il divieto di pratiche di clonazione umana.

³ È stata infatti la Corte costituzionale che con le sue decisioni ha contribuito a ridisegnare il volto della legge sulla procreazione medicalmente assistita concretizzando il potere di concepire un figlio sia nei confronti di una coppia eterosessuale cui sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità assolute ed irreversibili, sia nei confronti delle coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili. In particolare, con la sentenza n. 162 del 2014 è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa medicalmente assistita. Si è osservato in particolare come la Costituzione non ponga una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli; tuttavia, il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, che si realizza attraverso l'istituto dell'adozione, vale a dire indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali. Nella decisione viene inoltre sottolineata la possibilità di limitare la libertà di diventare genitori e di formare una famiglia, ma precisando

A questo proposito bisogna necessariamente evidenziare come la Corte costituzionale non abbia mai posto in dubbio la scelta fatta in sede legislativa, vale a dire quella di riprodurre il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una

che tali limiti non possono consistere in un divieto assoluto, a meno che lo stesso non sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale. In questa stessa sentenza, la Corte costituzionale ha invece ritenuto legittimo il divieto, previsto dall'art. 12, comma 6, della legge in questione, del ricorso alla maternità surrogata.

Per un'analisi v. A. D'ALOIA, *Quel che resta della legge 40*, in *Biolaw Journal*, 2014, II, 1 ss.; M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *Biolaw Journal*, 2014, II, 13 ss.; I. RIVERA, *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto: il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità*, in *Biolaw Journal*, 2014, II, 37 ss.; C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e corti*, in *Biolaw Journal*, 2014, II, 67 ss.; S. AGOSTA, *L'anabasi (tra alterne fortune) della fecondazione eterologa a dieci anni dalla l. N. 40/2004*, in *Biolaw Journal*, 2014, II, 89 ss.; G. CAPIZZI, *Questioni vecchie e nuove su status filiationis e pma. Breve cronistoria*, in *Biolaw Journal*, 2014, II, 111 ss.; M. CASINI-C. CASINI, *Il dibattito sulla pma eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'"adozione per la nascita"*, in *Biolaw Journal*, 2014, II, 135 ss.; B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in italia dopo la legge 40/2004*, in *Biolaw Journal*, 2014, II, 157 ss.; M. CITTÀ, *Mamma, ho perso la cicogna! (dialogo intorno all'inesistente diritto contro l'esistenza)*, in *Biolaw Journal*, 2014, II, 185 ss. In tal senso, pure A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *forumcostituzionale.it*, 11 giugno 2014; G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di corte cost., sent. N. 162/2014)*, in *Biolaw Journal*, 2014, II. Sul punto, v. ancora G. D'AMICO, *La corte e il peccato di ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in *forumcostituzionale.it*, 5 marzo 2015; A. RUGGERI, *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte Edu*, in *forumcostituzionale.it*, 14 giugno 2014; S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in *forumcostituzionale.it*, 16 giugno 2014; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in *forumcostituzionale.it*, 5 marzo 2015. In oggetto, pure F. GIRELLI, *Bastano le garanzie interne per dichiarare l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*, in questa Rivista, 2014, III, 599 ss.; F. PERRINI, *La legge 40/2004: la sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale e i principali orientamenti della corte europea dei diritti dell'uomo*, ivi, 603 ss. Nonché C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della corte*, in *confronticostituzionali.eu*; M.G. RODOMONTE, *È un diritto avere un figlio?*, ivi; V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la pma di tipo eterologo*, in *dirittifondamentali.it*; A. CIERVO, *Una questione privata (e di diritto interno). La consulta dichiara incostituzionale il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, in *diritti-cedu.unipg.it*; V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in *penalecontemporaneo.it*; L. VIOLINI, *La corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, in *Rivista Aic*, 2014, II.

figura materna e di una paterna⁽⁴⁾ e di vietare la surrogazione di maternità⁽⁵⁾.

Una pratica procreativa quest'ultima, alla base del cui divieto, penalmente sanzionato, è stata posta la necessità di difendere la dignità della donna ed impedire una grave compromissione delle relazioni umane che con essa si verrebbero a formare⁽⁶⁾.

A sottolineare l'invalidità di tale limite ha provveduto la Corte di Cassazione, la quale, chiamata a pronunciarsi a Sezioni Unite, con una importante decisione, dell'8 maggio 2019, n. 12193, ha ritenuto il divieto previsto dall'art. 12, comma 6, della citata n. 40/2004, qualificabile come principio di ordine pubblico e come tale ostativo al riconoscimento dell'efficacia del provvedimento straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata e il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana⁽⁷⁾.

⁴ Cfr. la pronuncia del 23 ottobre 2019, n. 221, con la quale la Corte costituzionale ha ritenuto pienamente legittimo il divieto di procreazione assistita per le coppie omosessuali. La questione prende avvio da due ordinanze di legittimità sollevate dal Tribunale di Pordenone e dal Tribunale di Bolzano, che la Corte ritiene necessario riunire nel giudizio, per essere i giudici rimettenti investiti di una questione analoga, proposta in entrambi i casi con ricorso, ex art. 700 del codice di procedura civile, da una coppia di donne, parti di una unione civile, inteso a superare il diniego opposto da un'azienda sanitaria alla loro richiesta di accesso alla p.m.a. L'unica differenza risiede nel fatto che nella seconda fattispecie le donne ricorrenti sono affette entrambe da patologie riproduttive per cui l'una può produrre ovociti, ma non è in grado di sostenere una gravidanza, mentre l'altra, non è in grado di produrre gli ovociti, ma può sostenere una gravidanza. Cfr. I. BARONE, *La Legge n. 40 del 2004 al vaglio della Corte costituzionale per l'accesso alla PMA da parte di una coppia formata da due donne*, in *Fam. e dir.*, 2018, XII, 1097-1111; S. STEFANELLI, *Omoaffettività femminile ed esclusione dalle tecniche di PMA*, in *Ilfamiliarista.it*, 2018.

⁵ L'art. 12, comma 6, della citata legge n. 40/2004 dispone che «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

⁶ Per la Corte costituzionale la maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane» (sentenza n. 272/2017). Cfr. la sentenza della Corte cost. 18 dicembre del 2017, n. 272. Rileva A. MORACE PINELLI, *Le persistenti ragioni del divieto di maternità surrogata e il problema della tutela di colui che nasce dalla pratica illecita. In attesa della pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Fam. e dir.*, 2022, XII, 1179, che «indipendentemente dal carattere oneroso o gratuito/solidale della singola pratica procreativa, si assiste ad una inammissibile oggettivazione/mercificazione del corpo della donna, strumentalizzato per appagare il desiderio di genitorialità dei committenti, e alla reificazione del minore, gestito alla stregua di un bene, il cui destino è segnato dalle clausole di un atto d'autonomia privata: il contratto di maternità surrogata. È, dunque, lesa anche la dignità del nascituro».

⁷ La vicenda trae origine dal ricorso presentato da una coppia di uomini unita in matrimonio in Canada, divenuti genitori di due minori mediante procreazione medicalmente assistita e surrogazione di maternità, a seguito del reperimento di una donatrice di ovociti e di un'altra donna disposta a sostenere la

C'era però da aspettarsi che la montagna si trasformasse in un vulcano. E così è stato.

Il divieto alla pratica della surrogazione di maternità (o anche gestazione per altri), non ha sortito l'effetto sperato.

Le opportunità offerte dagli Stati che, diversamente del nostro, ammettono tale tecnica di procreazione ha dato luogo, al contrario, non solo al fenomeno del c.d. "turismo procreativo", ma ha costretto il nostro ordinamento a fare i conti con le sempre più numerose richieste di trascrizione degli atti di nascita al fine di adottare una soluzione giuridica che potesse garantire la continuità dello *status* familiare dei minori nati nei confronti del c.d. genitore d'intenzione non biologico, cittadino italiano, soprattutto quando l'atto di minore è stato rettificato all'estero con il riconoscimento della doppia maternità o paternità.

gravidanza, al fine di ordinare la trascrizione negli atti di nascita da parte dell'ufficiale di stato civile del Comune di Trento. Il primo provvedimento giudiziale, con cui il Giudice canadese aveva riconosciuto che la gestante non era genitrice dei minori e che l'unico genitore era il genitore biologico, era regolarmente trascritto in Italia; oggetto qui di impugnazione è la successiva statuizione della Corte di Appello di Trento che ordina la trascrizione del provvedimento della *Superior Court of Justice* dell'Ontario (Canada), con cui era stata riconosciuta la cogenitorialità del genitore d'intenzione. Per il testo della sentenza cfr. in *Foro it.*, 2019, 6, I, 1951, con nota di G. CASABURI; *ivi*, 12, I, 4027, con nota di G. LUCIOLI. Sulla pronuncia cfr., *inter alia*, G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Luci e ombre nella recente pronuncia delle Sezioni Unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, II, 337 ss.; G. RECINTO, *La decisione delle Sezioni unite in materia di c.d. maternità surrogata: non tutto può e deve essere "filiazione"*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, II, 347 ss.; A. VALONGO, *Gestazione per altri e ordine pubblico internazionale - la c.d. "filiazione omogenitoriale" al vaglio delle Sezioni unite della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2020, III, 543; M. BIANCA, *La tanto attesa decisione delle sezioni unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore*, in *Famiglia*, 2019, 369 ss.; U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, IV, 737; G. FERRANDO, *I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, IV, 815; della stessa A., *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, in *Fam. dir.*, 2019, VII, 653; M. WINKLER, *Le Sezioni unite sullo statuto giuridico dei bambini nati all'estero da gestazione per altri: punto di arrivo o punto di partenza?*, in *Corr. giur.*, 2019, X, 1198; M. DOGLIOTTI, *Le Sezioni unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, in *Fam. e dir.*, 2019, VII, 653; V.F. PARUZZO, *"Status filiationis" e assenza di legame genetico. La Corte d'Appello di Trento riconosce la validità del certificato di nascita di due gemelli nati in seguito al ricorso alla maternità surrogata da parte di due uomini*, in *Oss. cost.*, 2017, II, 14 s.

2. PROSPETTIVA INTERNA DEL “NUOVO” *STATUS FILIATIONIS*

È cosa nota come, sin dall’inizio, il riconoscimento della filiazione per le coppie omosessuali all’interno della compagine statale non presentasse un quadro giuridico ben definito.

Mutevole è stato lo scenario che l’interprete si è trovato di volta in volta ad affrontare soprattutto a causa dell’effetto deflagrante che la pratica della maternità surrogata ha sull’istituto della filiazione; non solo, infatti, è stato possibile scindere la riproduzione dalla sessualità, ma addirittura si è arrivati a dissociare la genitorialità genetica, riscontrabile per uno o entrambi i committenti o donatori di gameti, dalla genitorialità uterina della gestante, che mette a disposizione il proprio utero per portare a termine la gravidanza, con gravi ripercussioni sul riconoscimento in capo a chi dovrebbe configurarsi la genitorialità giuridica.

Il problema della configurazione normativa del rapporto tra il minore ed il genitore intenzionale è stato di difficile soluzione e, per quanto in principio non sia stato facile individuare un filo rosso nella giurisprudenza in materia, può osservarsi come quest’ultima sia riuscita a contemperare la prospettiva della “nuova” filiazione, inserendole nelle pieghe di un istituto, quello dell’adozione speciale, che si è prestato, meglio di altri, a dare veste giuridica alla richiesta di un suo riconoscimento.

Ciò corrisponde all’interpretazione sempre più largamente estensiva del presupposto in base al quale può essere disposto l’istituto in parola previsto dall’art. 44, lett. d), legge n. 184/83⁽⁸⁾.

⁸ In particolare, l’impossibilità di procedere ad affidamento preadottivo è stato inteso dalla giurisprudenza, secondo un orientamento ormai consolidato, come impossibilità “di diritto” e non semplicemente “di fatto” al fine di consentire l’adozione anche nei casi in cui si registri la presenza di un soggetto, il genitore biologico, esercente la responsabilità genitoriale che ha cura del minore, ed impedisce pertanto di far accertare nei fatti lo stato di abbandono e/o disporre l’affidamento preadottivo; un forma di adozione c.d. mite che non comporta la decadenza automatica dalla responsabilità genitoriale e non è idonea a dar vita allo *status* di cui all’art. 315 c.c. Cfr. G. DE CRISTOFARO, *Le “unioni civili” fra coppie dello medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°-34° del comma 1 della legge 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal d. lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 121-122; L. LENTI, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 1711.

La soluzione a tale problematica, ritenuta pienamente conforme alla *ratio* della legge, che vede come principio guida il perseguimento del massimo benessere del bambino in ogni decisione che lo coinvolge, ha avuto inizio con la pronuncia del Tribunale per i minorenni di Roma, n. 299/2014, poi confermata da Cass. sent. n. 12962 del 2016. Per un approfondimento cfr. M. FARINA, *Adozione in casi particolari*,

In ambito europeo, come verrà analizzato successivamente più nel dettaglio, la Corte dei diritti dell'uomo, nel prendere atto dell'estrema problematicità e delicatezza a cui ciascuno Stato è tenuto a compiere nel difficile bilanciamento tra gli interessi del minore, ai quali non può darsi la prevalenza assoluta, pena la sua tirannia nei confronti di altre situazioni giuridiche riconosciute e protette in Costituzione, e la legittimità finalit  di disincentivare il ricorso a una pratica che l'ordinamento considera illegittima, ritiene necessario il riconoscimento del legame di filiazione con entrambi i componenti della coppia che se ne siano presi cura, pur lasciando alla discrezionalità di ciascuno di essi la scelta dei mezzi con cui pervenire a tale risultato, tra i quali si annovera anche il ricorso all'adozione del minore, «a condizione per  che le modalit  previste dal diritto interno garantiscano l'effettivit  e la celerit  della sua messa in opera, conformemente all'interesse superiore del bambino»⁹).

La Corte costituzionale, chiamata, com'era da immaginarsi, ad esaminare la legittimit  dello stato civile dei bambini nati attraverso la vietata pratica della maternit  surrogata, con una significativa sentenza, del 9 marzo 2021, n. 33, ritiene che il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da tale pratica debba spettare in prima battuta al legislatore, il quale

omogenitorialit  e superiore interesse del minore, in *Nuova giur. civ. com.*, nn. 7-8, 2016, 976 ss.; G. CURCIO-L. TROVATO, *L'utilizzo dell'art. 44, comma 1, lett. d) della legge n. 184/1983 nei casi di omogenitorialit : le ragioni del s *, in *Minori giustizia*, 2017, I, 153-159. In senso critico cfr. A. ARAGNO, *L'utilizzo dell'art. 44, comma 1, lett. d) della legge n. 184/1983 nei casi di omogenitorialit : le ragioni del no*, *ivi*, 146-152; G. FERRANDO, *Il problema dell'adozione del figlio del partner. Commento a prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 12962 del 2016*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, IX, 1213 ss.; S. STEFANELLI, *Adozione del figlio del partner nell'unione civile*, in *GenIUS*, 2016, II, 102; G. CASABURI, *L'adozione omogenitoriale e la Cassazione: il convitato di pietra (Nota a Cass. 22 giugno 2016, n. 12962)*, in *Foro it.*, 2016, 2342; M. GATTUSO-A. SCHILLACI, *Il dialogo fra le corti minorili in materia di stepchild adoption*, in *articolo29.it*, 2017; I. MASSA PINTO, *Unione omosessuale e adozione: chi decide*, in *Rivista AIC*, 2016, IV. Cos  anche Cass. n. 9373/2018 che ha cura di mettere in evidenza come l'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, comma 1, lett. d), l. 184/83, c.d. mite, risponde all'esigenza di assicurare il rispetto del preminente interesse del minore al fine di salvaguardare, in concreto, la continuit  affettiva e educativa dei legami in atto dello stesso con i soggetti che se ne prendono cura. Tuttavia, di recente, con Cass. n. 14007/2018, si   andato ben "oltre" l'assetto cos  predisposto, dichiarando l'efficacia nel nostro paese di provvedimenti stranieri di adozione piena in favore di coppie omosessuali. *Contra* E. BILOTTI, *L'adozione semplice del figlio del convivente (dello stesso sesso)*, in *Nuovo dir. civ.*, 2016, I, 100-137, per il quale sarebbe stata preferibile un'estensione, in sede legislativa e non interpretativa, dell'ambito di applicazione della regola dell'art. 44, comma 1, lett. b).

⁹ Cfr. il Parere consultivo emesso dalla Corte EDU il 10 aprile 2019, paragrafo 53 nonch  Corte EDU, sentenza 16 luglio 2020, *D. c. Francia*, paragrafo 51.

si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco consistenti, da un lato, nella titolarità dei doveri inscindibilmente legati all'esercizio di responsabilità genitoriali, ai quali non è pensabile che costoro possano *ad libitum* sottrarsi, e, dall'altro, non fornire incentivi anche solo indiretti a una pratica procreativa che dal nostro ordinamento è ritenuta lesiva dei diritti e della stessa dignità delle donne che, per conto di terzi, accettino di portare a termine la gravidanza.

Ciò posto, i giudici di legittimità ritengono di non poter far nulla se non arrestarsi e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità legislativa.

Nonostante l'intervento del Parlamento si riveli indifferibile per la complessità sistemica che la materia comporta, il legislatore ha continuato a farsi spettatore paziente delle dinamiche sociali, tant'è che in assenza di un suo intervento innovativo, ad essere interessate della questione sono ancora una volta le Sezioni Unite della Cassazione.

La questione ha riguardato principalmente gli effetti da attribuire alla citata sentenza n. 33 del 2002 della Corte costituzionale al fine di valutare se la decisione, nel riconoscere l'evidente divario della fattispecie sottoposta al suo giudizio da quella che il legislatore ha inteso regolare per mezzo dell'articolo 44, comma 1, lett. d), legge n. 184/1983, abbia determinato il superamento del diritto vivente rappresentato dalla fondamentale sentenza n. 12193 del 2019 delle stesse Sezioni Unite nonché un vuoto normativo colmabile in sede di valutazione del giudice attraverso una interpretazione adeguatrice, che metta a confronto l'interesse del minore a che vengano rispettati i suoi diritti fondamentali alla identità personale e alla vita familiare con la tutela della dignità della donna coinvolta nel processo procreativo mediante gestazione per altri, con la legittima aspirazione dello Stato a scoraggiare pratiche elusive del divieto di surrogazione di maternità⁽¹⁰⁾.

¹⁰ Il Tribunale di Milano, attraverso una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 8, legge n. 40/2004, è stata costretta a far cadere l'ago della bilancia in favore della trascrizione integrale dell'atto di nascita originario del minore, nato da maternità surrogata e formato all'estero, con indicazione di entrambi i padri quali suoi genitori, accogliendo una prospettiva che mal si giustifica in una logica costituzionale nonostante vi sia – come sottolineato in motivazione – l'interesse del minore che dalla sua nascita venga inserito nel nucleo familiare di coloro che di fatto sono i suoi genitori onde poter usufruire del diritto di essere «mantenuto, istruito, educato ed assistito moralmente» a norma dell'art. 147 c.c. nonché dei diritti che dalla filiazione derivano rispetto ai loro parenti, e ciò anche sotto il profilo successorio, dopo essersi fatta carico di verificare che i diritti della dignità della gestante non fossero stati lesi. Una decisione che lascia estremamente perplessi poiché il riconoscimento del diritto alla genitorialità ha come conseguenza evidente quella di cambiare i termini della filiazione e del rapporto tra i sessi risultando l'automaticità, a parere di chi scrive, incompatibile con la lettera e lo spirito della nostra

Ancora una volta le Sezioni Unite, con la pronuncia del 30 dicembre 2022, n. 38162, non fanno altro che ribadire la necessità, per la delicatezza degli interrogativi di ordine etico che questi ambiti pongono, che sia il legislatore a farsi carico di trarre le conseguenze sul piano normativo.

Si legge nel dispositivo che la riconosciuta insufficienza alla tutela giuridica degli interessi del minore a seguito del mancato riconoscimento, per contrasto con l'ordine pubblico, del provvedimento giudiziario straniero relativo al proprio *status* di figlio nei confronti del c.d. genitore d'intenzione non biologico, ad opera della sentenza della Corte costituzionale non ha avuto l'effetto di produrre alcun vuoto normativo né tantomeno determinare il superamento del diritto vivente rappresentato dalla menzionata sentenza del 2019.

I giudici, in particolare, sottolineano come, per quanto siano chiamati a concretizzare in sede interpretativa la portata della clausola generale dell'ordine pubblico internazionale, non possono assumere un ruolo sostitutivo del legislatore.

La Corte sviluppa poi il suo percorso argomentativo impartendo, se mai ce ne fosse stato bisogno, una lezione di teoria generale per ricordare che la giurisprudenza non è fonte del diritto e come non sia suo compito arricchire di significato la genitorialità, il cui contenuto è ricavabile tanto dalla Costituzione che dalla normativa di rango primario nella quale è dato rinvenire le fondamentali e consolidate opzioni adottate in sede legislativa.

La soluzione dell'adozione particolare si profila, ad avviso della Corte, come uno strumento potenzialmente adeguato al fine di assicurare al minore nato da maternità surrogata la tutela giuridica del suo rapporto di filiazione con il genitore d'intenzione.

La valorizzazione di tale istituto si giustifica alla luce della pronuncia di legittimità costituzionale del 24 febbraio 2022, n. 79, che ha mitigato una delle criticità che erano state sollevate nei suoi confronti facendo venir meno un ostacolo all'effettività della tutela da lui offerta: anche l'adozione del minore in casi particolari produce ora effetti pieni e fa nascere relazioni di parentela con i familiari dell'adottante.

Ad avviso dei giudici, per le potenzialità che sono racchiuse nell'interpretazione conforme, risulterebbe superabile anche la questione del dissenso all'adozione

Costituzione. Cfr. Trib. Milano, sez. VIII, del 23 settembre del 2021, in *Ilfamiliarista.it*, 2022, con nota di I. PARISI, *Minore nato all'estero da GPA: il Tribunale di Milano dice sì al riconoscimento della doppia paternità con trascrizione integrale dell'atto di nascita*.

manifestato dal genitore biologico, senza necessità di sollevare una questione di legittimità costituzionale: la costituzione del legame di filiazione potrebbe essere impedito solo qualora il progetto genitoriale sia stato negato in radice o in caso di mancata esistenza di quel rapporto costante di affetto e di cura del minore⁽¹¹⁾.

La sentenza propone poi ulteriori riflessioni.

Il Collegio ha, infatti, cura di rilevare come sia erronea la convinzione di realizzare il miglior interesse del minore attraverso l'automatico riconoscimento del rapporto di filiazione del nato da maternità surrogata, essendo più funzionale, al contrario, ad attuare l'aspirazione degli adulti ad avere un figlio a tutti i costi. Una pretesa questa che non ha diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento.

L'unico caso in cui il consenso è integralmente sostitutivo della mancanza di discendenza genetica è la fecondazione eterologa, fattispecie ben diversa e distinta dalla surrogazione di maternità.

Nelle affermazioni della Corte alla riflessione politica di carattere fondamentale s'intreccia quella avente carattere più pratico che si preoccupa di giustificare l'esclusione alla trascrivibilità automatica del provvedimento giudiziario straniero spiegando come il suo rifiuto non deve essere inteso come la volontà di cancellare, né tanto meno voltare le spalle al nato, che non è mai un disvalore.

Secondo il Collegio l'adozione in casi particolari, non affievolisce l'interesse del minore, anzi rappresenta l'istituto che consente di dare veste giuridica al rapporto con la persona, che, privo di legame biologico e pur componendo la coppia, non viene considerato genitore secondo l'ordinamento italiano.

3. PROSPETTIVA EUROPEA TRA SUPERIORE INTERESSE DEL MINORE E DISCREZIONALITÀ INTERNA

Quanto sin sopra analizzato è il punto di vista della nostra giurisprudenza, che non è mancato di essere sottoposto a controllo da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, con due recenti pronunce, ha messo piede a casa nostra per valutare la legittimità o meno del rifiuto di trascrivere nei registri dello stato civile i figli nati all'estero da maternità surrogata.

¹¹ Sugli indicatori considerati significativi per valutare il mancato consenso all'adozione speciale in caso di coppia omoaffettiva si è espressa di recente la Cass. civ., sez. I, 12 febbraio 2024, n. 3769.

Nel caso *Bonzano e altri c. Italia*, del 22 giugno 2023⁽¹²⁾, la Corte EDU è stata chiamata a pronunciarsi sul rifiuto, da parte delle autorità italiane, di trascrivere nei registri di stato civile, gli atti di nascita americani di bambini legalmente concepiti negli Stati Uniti tramite gestazione per altri e i cui genitori intenzionali (tre coppie omosessuali) sono italiani.

Nel dichiarare inammissibili i ricorsi presentati, i giudici europei non si discostano dalla strada segnata⁽¹³⁾.

Il percorso argomentativo, di poche pagine in verità, è quello indicato nelle precedenti sentenze nelle quali viene affermata l'importanza del rispetto della vita privata del minore e la possibilità per lui di ottenere il riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore d'intenzione nell'ordinamento nazionale di riferimento. La Corte Edu nel riconoscere l'indubbia ingerenza nell'esercizio da parte dei ricorrenti del loro diritto al rispetto della vita privata e familiare, ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, ritiene però che lo Stato italiano non abbia oltrepassato l'ampio margine di apprezzamento di cui disponeva in materia di attuazione dei mezzi che permettono di stabilire o di riconoscere l'affiliazione. E questo perché, si legge nella sentenza, il problema avrebbe potuto essere risolto anzitutto attraverso la richiesta di trascrizione parziale dell'atto di nascita nei confronti del genitore biologico, che nel caso di specie, non è avvenuta, e successivamente attraverso la richiesta di adozione in casi particolari, *ex art. 44, comma 1, lett. d)*, legge n. 184/1983, da parte del padre intenzionale.

Nella disamina del sistema giuridico italiano attraverso l'evoluzione recente della giurisprudenza costituzionale, i giudici europei ravvisano la validità dello strumento alternativo offerto per attribuire rilievo al rapporto genitoriale a un minore nato all'estero mediante surrogazione di maternità e un soggetto che non abbia con lo stesso alcun rapporto biologico.

¹² Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 22 giugno 2023, ricorso n. 10810/20, causa *Bonzano e altri c. Italia*.

¹³ Cfr. il punto 10 della decisione in cui «La Corte ritiene che le circostanze delle cause esaminate congiuntamente in questo caso siano simili a quelle della causa D.B. e altri c. Svizzera (nn. 58817/15 e 58252/15, §§ 76-83, 22 novembre 2022), e constata che i principi elaborati, da un lato, nelle cause *Mennesson* (sopra citata) e *Labassee c. Francia* (n. 65941/11, 26 giugno 2014), e, dall'altro, nel parere consultivo relativo al riconoscimento nel diritto interno di un rapporto di filiazione tra un bambino nato da una gestazione per altri praticata all'estero e la madre intenzionale [GC] (domanda n. P16-2018-001, Corte di cassazione francese, 10 aprile 2019), e infine nella causa D c. Francia (n. 11288/18, 16 luglio 2020), possono applicarsi al caso di specie, e più precisamente alla questione del rapporto di filiazione tra i padri intenzionali e i bambini».

Con la decisione *C. contro Italia*, del 31 agosto 2023, il quadro giuridico resta invariato⁽¹⁴⁾.

Il ricorso, presentato da una coppia eterosessuale italiana, ha ad oggetto la richiesta di trascrizione nel registro dello stato civile dell'atto di nascita ucraino di una bambina nata da maternità surrogata.

Anche qui la questione delle modalità previste dal diritto interno per il riconoscimento dell'atto di nascita regolarmente formato all'estero costituisce aspetto dirimente della tematica.

Gli Stati, come la stessa Corte ha più volte ribadito nelle proprie pronunce, a fronte del ventaglio delle possibili opzioni, godono di un'ampia e libera facoltà di scelta circa i mezzi di cui avvalersi per permettere il riconoscimento del legame esistente tra un figlio e un genitore intenzionale; dalla lettura della sentenza emerge, tuttavia, come la valorizzazione dell'identità del minore vada compresa nel contesto della filiazione in uno spazio in funzione di fattori specifici che impongono di applicare, in tutti i procedimenti che coinvolgono i minori, il principio dell'urgenza al fine di fornire una rapida risposta e tutelare il loro interesse superiore, e l'obbligo per i giudici nazionali di prestare, nelle cause che riguardano il diritto di famiglia, una diligenza eccezionale, per evitare di far ricadere delle conseguenze dannose sui rapporti familiari.

L'interesse superiore del minore resta pur sempre centrale nelle argomentazioni dei giudici europei, che espressamente ritengono debba essere perseguito, in primo luogo, nei confronti del genitore biologico, garantendo il riconoscimento del legame di filiazione in modo da evitare che il bambino sia mantenuto a lungo nell'incertezza giuridica.

Ad incidere notevolmente sulla valutazione della Corte è il fatto che le autorità italiane, per un eccessivo formalismo legato a motivi procedurali, non abbiano esaminato la richiesta di trascrizione parziale per il riconoscimento del legame di filiazione tra il minore ed il suo padre biologico, e siano venute meno, per tale motivo, all'obbligo positivo di garantire il diritto della minore al rispetto della sua vita privata ai sensi dell'art. 8 della Convenzione.

Più attenta si mostra la Corte quando è chiamata a valutare la violazione dell'art. 8 della Convenzione in ragione del rifiuto alla trascrizione dell'atto di nascita nei confronti della madre intenzionale.

¹⁴ *Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 31 agosto 2023, ricorso n. 47196/21, causa C c. Italia.*

La Corte, nell'applicare i principi elaborati in materia, osserva che, se la legge italiana non ne permette la trascrizione, l'impossibilità non è però generale e assoluta: alla negata automaticità, che si vorrebbe, prevede un'alternativa garantendo la possibilità di riconoscere giuridicamente il bambino attraverso l'adozione.

Alla luce delle suesposte considerazioni e, a differenza della precedente richiesta, la Corte ritiene che non vi sia stata alcuna violazione.

4. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Ora, in conclusione, non si può fare a meno di notare come l'appello al diritto della Corte costituzionale da una parte e la riluttanza del legislatore dall'altra a rispondere a tali questioni, costituisce un problema che merita certamente qualche riflessione.

Il vero problema della maternità surrogata è il legame biologico che essa realizza con uno dei genitori e che nessun ordinamento per quanto sovrano potrà mai ignorare di riconoscere⁽¹⁵⁾.

Se il senso della Costituzione italiana è quello di essere struttura di protezione e promozione della persona umana, non resta che auspicare, in accordo con quanto espresso nel documento del Dicastero per la Dottrina della Fede «*Dignitas infinita*» della Santa Sede, «un impegno della Comunità internazionale per proibire a livello universale tale pratica»⁽¹⁶⁾ affinché il bambino sia sempre considerato

¹⁵ Afferma opportunamente A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *Rivista AIC*, 2012, I, 3, come «Agganciare la filiazione al dato biologico secondo la natura e la normalità dei casi, trattandola come una relazione non disponibile da parte del soggetto adulto e irreversibile nella sua oggettività, cioè non revocabile su base volontaria, è coerente con il principio del superiore interesse del figlio, accolto in molti ordinamenti e nelle Carte internazionali dei diritti e quindi costituisce un superamento inequivoco di quella concezione proprietaria (o possessoria) della filiazione che sotto mentite spoglie, veicolata dalla concezione volontaristica, riaffiora nella modernità».

¹⁶ Nel documento, approvato da Papa Francesco lo scorso 25 marzo e pubblicato l'8 aprile, redatto in sette lingue, si legge in particolare al punto n. 48 che «La Chiesa, altresì, prende posizione contro la pratica della maternità surrogata, attraverso la quale il bambino, immensamente degno, diventa un mero oggetto. A questo proposito, le parole di papa Francesco sono di una chiarezza unica: «la via della pace esige il rispetto della vita, di ogni vita umana, a partire da quella del nascituro nel grembo della madre, che non può essere soppressa, né diventare oggetto di mercimonio. Al riguardo, ritengo deprecabile la pratica della cosiddetta maternità surrogata, che lede gravemente la dignità della donna e del figlio. Essa è fondata sullo sfruttamento di una situazione di necessità materiale della madre. Un bambino è sempre

soggetto e mai oggetto di diritto perché, se esiste la libertà ad essere genitori, non è pensabile una pretesa “alla genitorialità” comprensiva sia di un diritto ad avere ad ogni costo un figlio⁽¹⁷⁾ che di un diritto ad adottarlo⁽¹⁸⁾.

un dono e mai l’oggetto di un contratto. Auspicio, pertanto, un impegno della Comunità internazionale per proibire a livello universale tale pratica”».

49. «La pratica della maternità surrogata viola, innanzitutto, la dignità del bambino. Ogni bambino, infatti, dal momento del concepimento, della nascita e poi nella crescita come ragazzo o ragazza, diventando adulto, possiede infatti una dignità intangibile che si esprime chiaramente, benché in modo singolare e differenziato, in ogni fase della sua vita. Il bambino ha perciò il diritto, in virtù della sua inalienabile dignità, di avere un’origine pienamente umana e non artificialmente indotta, e di ricevere il dono di una vita che manifesti, nello stesso tempo, la dignità di chi dona e di chi riceve. Il riconoscimento della dignità della persona umana comporta, inoltre, anche quello della dignità dell’unione coniugale e della procreazione umana in tutte le loro dimensioni. In questa direzione, il legittimo desiderio di avere un figlio non può essere trasformato in un “diritto al figlio” che non rispetta la dignità del figlio stesso come destinatario del dono gratuito della vita».

50. «La pratica della maternità surrogata viola, nel medesimo tempo, la dignità della donna stessa che ad essa è costretta o decide liberamente di assoggettarvisi. Con tale pratica, la donna si distacca del figlio che cresce in lei e diventa un semplice mezzo asservito al guadagno o al desiderio arbitrario di altri. Questo contrasta in ogni modo con la dignità fondamentale di ogni essere umano e il suo diritto di venire sempre riconosciuto per se stesso e mai come strumento per altro». Il testo integrale è consultabile all’indirizzo <https://press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2024/04/08/0284/00588.pdf>.

¹⁷ Scrive D. FARACE, *La procreazione medicalmente assistita: spunti dalla dottrina sociale della Chiesa*, in *Archivio Storico e Giuridico Sardo di Sassari*, 2019, I, 97-98, come «si dovrebbe maggiormente parlare di “diritto al figlio” con riferimento al compito di rimuovere «gli ostacoli di ordine economico e sociale», ex art. 3, comma 2, della nostra Costituzione, che limitano di fatto la libertà e l’uguaglianza dei cittadini e impediscono il pieno sviluppo della persona umana. L’art. 3 Cost. non menziona ostacoli di ordine fisico e naturale: i quali meritano probabilmente considerazioni più delicate e approfondite». A questo proposito, appare utile evidenziare come i giudici, nel discutere sul perimetro applicativo della legge n. 40/2004, messa nuovamente al loro vaglio, con la citata pronuncia del 23 ottobre 2019 n. 221, hanno, in particolare, negato la possibilità di configurare un diritto “alla genitorialità” comprensivo del diritto a procreare con metodi diversi da quello naturale.

¹⁸ Sottolinea A. MORACE PINELLI, *Le persistenti ragioni del divieto di maternità surrogata e il problema della tutela di colui che nasce dalla pratica illecita. In attesa della pronuncia delle Sezioni Unite*, cit., 1178-1179, l’inesistenza di un diritto dell’individuo ad avere figli e, più segnatamente, di un diritto ad adottare, poiché si svilisce la posizione e la dignità del figlio, che vede ridotta la sua persona ad oggetto di un diritto altrui. L’A. ha, inoltre, cura di precisare come l’interesse giuridicamente rilevante ad adottare «può essere soddisfatto solo se e in quanto sia adeguatamente realizzato il diritto del minore ad essere adottato» e conclude affermando come “non vi è spazio per un contratto, quale è quello di maternità surrogata, che instaura sulla vita del bambino (e della gestante) un potere privato di controllo esercitato dalla coppia committente».

ABSTRACT:

L'articolo si propone di analizzare il problema relativo al riconoscimento in Italia dei figli nati attraverso la vietata pratica della maternità surrogata.

Le sempre più numerose richieste di trascrizione degli atti di nascita hanno costretto il nostro ordinamento a adottare una soluzione giuridica che potesse garantire la continuità dello *status* familiare dei minori nati nei confronti del c.d. genitore d'intenzione non biologico, cittadino italiano, soprattutto quando l'atto di minore è stato rettificato all'estero con il riconoscimento della doppia maternità o paternità.

La questione viene analizzata sia dal punto di vista della giurisprudenza di merito, che ha fatto ricorso all'istituto dell'adozione speciale per dare veste giuridica alla richiesta di una configurazione normativa di tale rapporto, che di legittimità.

In ambito europeo, la Corte dei diritti dell'uomo lascia alla discrezionalità di ciascuno Stato la scelta dei mezzi con cui pervenire a tale risultato e valuta con due recenti pronunce, *Bonzano e altri c. Italia*, del 22 giugno 2023, e *C. contro Italia*, del 31 agosto 2023, l'adozione del minore da parte del genitore intenzionale una valida alternativa alla negata automaticità della trascrizione degli atti di nascita nei registri italiani dello stato civile.

The article aims to analyze the problem relating to the recognition in Italy of children born through the prohibited practice of surrogacy.

The increasingly numerous requests for transcription of birth certificates have forced our system to adopt a legal solution that could guarantee the continuity of the family status of minors born in relation to the so-called parent of non-biological intention, Italian citizen, especially when the minor's act has been rectified abroad with the recognition of double maternity or paternity.

The issue is analyzed both from the point of view of the relevant jurisprudence, which has resorted to the institution of special adoption to give legal form to the request for a regulatory configuration of this relationship, and of legitimacy.

In the European context, the Court of Human Rights leaves the choice of the

means by which to achieve this result to the discretion of each State and evaluates with two recent rulings, Bonzano and others v. Italy, of 22 June 2023, and C. v. Italy, of 31 August 2023, the adoption of the minor by the intended parent is a valid alternative to the denied automaticity of the transcription of birth certificates in the Italian civil status registers.

MARIA ALORIS PILATO
(Mediatore civile e commerciale)

**LA RIFORMA CARTABIA:
L'EFFICACIA E L'EFFICIENZA DELLA RISPOSTA DI GIUSTIZIA CONSENSUALE***

Sommario: 1. L'interesse internazionale per la soluzione negoziata dei conflitti 2. La riforma Cartabia: sistema integrato di giustizia 3. Il mediatore: competenze specialistiche giuridiche e relazionali funzionali al raggiungimento della soluzione conciliativa 4. L'avvio e l'epilogo della mediazione 5. Il primo incontro programmatico e l'effettivo confronto delle parti sulle loro criticità conflittuali 6. La costruzione della soluzione idonea alla risoluzione del conflitto: partecipazione delle parti e mediazione telematica 7. I vantaggi della procedura stragiudiziale di risoluzione delle controversie

1. L'INTERESSE INTERNAZIONALE PER LA SOLUZIONE NEGOZIATA DEI CONFLITTI

L'interesse per la soluzione negoziata dei conflitti ha formato oggetto di innumerevoli iniziative normative sia a livello nazionale che internazionale.

La necessità di individuare strumenti alternativi al ricorso alla giustizia ordinaria e caratterizzati da procedure snelle e costi accessibili ha richiesto un'armonizzazione a livello europeo delle discipline vigenti in materia attraverso l'individuazione di obiettivi comuni e condivisi a livello politico.

L'ampio dibattito sviluppatosi in materia di risoluzione alternativa delle controversie ha trovato concretezza nella pubblicazione di un "Libro Verde".

L'unione Europea, al fine di garantire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, promuove i mezzi alternativi di risoluzione delle controversie nella consapevolezza che il processo giurisdizionale non sia l'unico strumento nella disponibilità delle parti per ottenere giustizia e che la creazione di uno "spazio giudiziario europeo" non possa prescindere dall'adozione di misure comuni tendenti a rendere maggiormente efficienti le procedure *stricto sensu* giudiziarie⁽¹⁾.

* Il contributo ha superato la *double blind peer review*.

Quanto detto, risulta essere un tema fondamentale, in considerazione del fatto che, in taluni casi, la durata del processo civile dinanzi al giudice statale ha assunto dimensioni patologiche esitanti in un sostanziale diniego di giustizia⁽²⁾.

Il Libro verde ha offerto, per quanto detto, un'occasione per sensibilizzare un più vasto pubblico possibile al fenomeno dell'ADR, la cui necessità di sviluppo risiede nella difficoltà di accesso alla giustizia.

Le controversie sottoposte agli organi giurisdizionali, infatti si moltiplicano, le procedure tendono ad allungarsi e i costi procedurali ad aumentare. A quanto detto, si aggiunge che la quantità, la complessità e la natura tecnica dei testi legislativi contribuiscono a rendere più difficile la risposta al bisogno di giustizia.

Conseguentemente, gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie si configurano come valide strategie garantiste dell'accesso alla giustizia e del diritto al ricorso effettivo alla stessa.

L'accesso alla giustizia è un diritto fondamentale cristallizzato dall'art. 6 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, alla cui necessità gli Stati membri devono necessariamente rispondere mediante procedimenti giudiziari rapidi e poco costosi, oltre che modernizzando il sistema giudiziario mediante la semplificazione degli atti introduttivi del procedimento o la previsione della possibilità di introdurre una domanda di giustizia per via elettronica⁽³⁾.

Il diritto ad un ricorso effettivo alla giustizia è stato elevato, invece, dalla Corte di giustizia al rango di principio generale di diritto comunitario ed è stato, peraltro, sancito dall'art. 47 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

2. LA RIFORMA CARTABIA: SISTEMA INTEGRATO DI GIUSTIZIA

¹ Art. 81, § 2, lett. g), TFUE.

² Emblematico, in tal senso, il Considerando 5, Dir. 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla mediazione civile e commerciale, per il quale «L'obiettivo di garantire un migliore accesso alla giustizia, come parte della politica dell'Unione europea di istituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, dovrebbe comprendere l'accesso ai metodi giudiziari ed extragiudiziali di risoluzione delle controversie».

³ Queste informazioni provengono dalle risposte degli Stati membri ad un questionario che la Commissione ha inviato nel settembre 2000 sulle procedure giudiziarie applicabili alle domande di lieve entità.

Uno dei capisaldi della riforma Cartabia è l'implementazione dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie.

Detto potenziamento, è inerente alla necessità di ridurre i tempi dei processi e di realizzare un'amministrazione della giustizia efficiente.

La relazione redatta dalla commissione Luiso sottolineava l'importanza dell'accordo negoziale, quale "strumento e metodo di risoluzione delle controversie".

I principi della riforma sottolineano la necessità di intervenire sulla complementarietà e sulla coesistenza della via giudiziale e stragiudiziale, con lo scopo di «ampliare la risposta di giustizia a beneficio degli interessati e della società intera»⁽⁴⁾. Trattasi di due percorsi alternativi e complementari che non operano su piani diversi, ma in modo integrato, ai fini dell'efficiente amministrazione della giustizia e della tutela dei diritti⁽⁵⁾.

La riforma della giustizia civile assegna, dunque, un ruolo significativo alla gestione negoziale delle liti, mediante interventi mirati e adeguati, al fine di essere utilmente praticata e socialmente riconosciuta nei suoi intrinseci valori.

L'auspicio di detta riforma è che la tutela giurisdizionale debba essere ricondotta nell'ambito delle scelte inevitabili.

Gli obiettivi di efficacia ed efficienza del sistema giustizia comportano che debba essere promossa e incentivata l'autonomia con interventi adeguati, al fine di creare un «sistema integrato di giustizia»⁽⁶⁾.

Quanto detto, richiede una profonda innovazione culturale, oltre che una formazione universitaria e professionale, adeguata alla necessità ed urgenza di cambiamento.

La riforma *de quo* potenzia e ristruttura i percorsi di formazione per mediatori e formatori, mira ad accrescere la qualità e la trasparenza delle attività degli organismi di mediazione e degli enti di formazione, oltre che ad ampliare i controlli ministeriali, con l'introduzione di limiti quantitativi e qualitativi rafforzati per

⁴ Cass., n. 3452/2024, in *mondoadr.it*. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione confermano il *favor* per la mediazione e, quindi, l'importanza strategica di questa.

⁵ F.P. LUISO, *Diritto processuale civile, I principi generali*, Milano, 2020, 4; per un discorso più generale, con specificazioni importanti e approccio problematico, si v. inoltre ID., *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in questa *Rivista*, 2004, 1201 ss., spec. 1216-1219.

⁶ Per tutti, M. TARUFFO, *Considerazioni sparse su mediazione e diritti*, in *Ars interpretandi*, 2004, 97-112; se si vuole, C. GAMBA, *Emersione del conflitto e criterio di rilevanza nel ragionamento giuridico. Processo e mediazione a confronto*, *ivi*, 2010, 149 ss.

l'accreditamento degli stessi.

Detta opera di rafforzamento è caratterizzata, altresì, da incentivi per il giudicante dal punto di vista della valutazione di professionalità dello stesso, nonché per l'avvocato, con riguardo al compenso professionale a lui spettante.⁽⁷⁾

In merito a detto ultimo aspetto, inoltre, con decreto del Ministro della giustizia, adottato di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze sono stabiliti gli importi a titolo di onorario e spese spettanti all'avvocato per le procedure che siano state ammesse al patrocinio a spese dello Stato.

Nello specifico, ai sensi dell'art. 5-*quinquies* del testo coordinato alla "riforma Cartabia 2022" del decreto legislativo n. 28 del 2010 in materia di mediazione, il magistrato cura la propria formazione e il proprio aggiornamento in materia di mediazione con la frequentazione di seminari e corsi, organizzati dalla Scuola superiore della magistratura, anche attraverso le strutture didattiche di formazione decentrata.

Ai fini della valutazione di cui all'articolo 11 del decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160, la frequentazione di seminari e corsi di cui al comma 1 dell'art. 5-*quinquies* del testo coordinato alla "riforma Cartabia 2022" del decreto legislativo n. 28 del 2010 in materia di mediazione, il numero e la qualità degli affari definiti con ordinanza di mediazione o mediante accordi conciliativi costituiscono, rispettivamente, indicatori di impegno, capacità e laboriosità del magistrato.

⁷ Cass. civ., 29 marzo 2024 n. 8576, in *101mediatori.it*. La vicenda trae origine dal ricorso proposto, ex art. 702-*bis* c.p.c. e art. 14, d.lgs. n. 150/2011, da un avvocato nei confronti dei propri clienti per il pagamento dei compensi professionali per l'attività difensiva svolta in un giudizio civile conclusosi con la conciliazione tra le parti. Il Tribunale di Torino, nella contumacia dei clienti, aveva accolto la domanda dell'avvocato e aveva liquidato il compenso nella misura del 25% di quanto sarebbe spettato per la fase decisionale. Avverso tale sentenza l'avvocato proponeva ricorso per Cassazione. Con l'unico motivo deduceva, ai sensi dell'art. 360 comma 1, n. 3 c.p.c., la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 4, comma 6 del d.m. 55/2014, per avere il Tribunale determinato l'importo del compenso professionale per la fase di conciliazione nella misura del 25% di quanto previsto per tale fase, anziché nella misura del 25% di quanto altrimenti liquidabile per la fase decisionale. Secondo il ricorrente, la norma censurata dovrebbe essere interpretata nel senso di riconoscere all'avvocato sia il compenso per la fase decisionale non svoltasi, sia, in aggiunta, un aumento del 25% di esso. Il motivo è stato ritenuto fondato. Seguendo l'orientamento consolidato (da ultimo Cass. civ., Sez. II, 10 agosto 2023 n. 24462), la Corte ha affermato che le attività svolte in fase di conciliazione conclusa positivamente vanno remunerate considerando il compenso per la fase decisoria, cui va aggiunto l'aumento di un quarto (si precisa che si tratta di un quarto "secco", dopo l'entrata in vigore del d.m. n. 147 del 2022, che ha modificato il d.m. n. 55 del 2014). Tale interpretazione si spiega alla luce del *favor* normativo verso la definizione conciliativa delle controversie. La sentenza viene dunque cassata con rinvio.

È prevista, altresì, la possibilità che il capo dell'ufficio giudiziario possa promuovere, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, progetti di collaborazione con università, ordini degli avvocati, organismi di mediazione, enti di formazione e altri enti e associazioni professionali e di categoria, nel rispetto della reciproca autonomia, per favorire il ricorso alla mediazione demandata e la formazione in materia di mediazione.

Costituiscono modalità concrete di incentivazione dello strumento conciliativo, la razionalizzazione della disciplina complessiva delle ADR, oltre che l'ampliamento dell'ambito di applicazione del procedimento di mediazione alle seguenti materie e precisamente: associazione in partecipazione, consorzio, franchising, opera, rete, somministrazione, società di persone, subfornitura.

Elemento di rilievo, oltre che indicativo di ritrovata attenzione nei confronti dell'istituto giuridico della mediazione, è costituito dal rafforzamento della mediazione delegata dal giudice.

Sul punto, l'art. 5-*quater* del testo coordinato alla "riforma Cartabia 2022" del decreto legislativo n. 28 del 2010 in materia di mediazione, stabilisce che il giudice, anche in sede di giudizio di appello, fino al momento della precisazione delle conclusioni, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione, il comportamento delle parti e ogni altra circostanza, può disporre, con ordinanza motivata, l'esperimento di un procedimento di mediazione.

Si precisa, inoltre, che la mediazione demandata dal giudice è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, anche in appello⁽⁸⁾.

Al fine di incentivare la partecipazione della pubblica amministrazione al procedimento di mediazione, ai sensi dell'art. 11-*bis* del testo coordinato alla "riforma Cartabia 2022" del decreto legislativo n. 28 del 2010 in materia di mediazione, è stato previsto che ai rappresentanti delle amministrazioni pubbliche, di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che sottoscrivo-

⁸ Trib. Potenza, Sez. I, 29 settembre 2023 n. 1214, in *De jure*. In appello la mediazione è condizione di procedibilità solo se disposta dal giudice del gravame. Il mancato esperimento della mediazione obbligatoria deve essere eccepito dal convenuto a pena di decadenza, o rilevato dal giudice, non oltre la prima udienza. In mancanza di tempestiva eccezione o rilievo d'ufficio, il giudice di secondo grado può disporre la mediazione, ma non vi è obbligato, neanche nelle materie indicate dall'art. 5, comma 1-*bis* del d.lgs. n. 28/2010, posto che in grado d'appello l'esperimento della mediazione è condizione di procedibilità della domanda solo quando è disposta discrezionalmente dal giudice ai sensi dell'art. 5, comma 2 (così Corte App. Genova, Sez. III, 1° agosto 2023 n. 938).

no un accordo di conciliazione si applichi l'articolo 1, comma 01.bis della legge 14 gennaio 1994, n. 20.

La responsabilità contabile dei rappresentanti delle amministrazioni pubbliche che concludono un accordo di conciliazione è, infatti, limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o colpa grave, consistite nella negligenza inescusabile derivante dalla grave violazione della legge o dal travisamento dei fatti.

La finalità di detta modifica è quella di circoscrivere la responsabilità erariale dei rappresentanti delle pubbliche amministrazioni, che ravvisano l'opportunità economica di conciliare durante la mediazione, ai casi di colpa particolarmente grave. L'effetto, nelle intenzioni del legislatore, è quello di sottrarre al giudice contabile la valutazione delle scelte discrezionali del funzionario pubblico – purché queste non siano irragionevoli e irrazionali – che lo abbiano indotto a conciliare una controversia con una transazione palesemente vantaggiosa.

La riforma Cartabia ha, altresì, valorizzato la partecipazione personale delle parti in conflitto nell'ambito della procedura di mediazione ed ha conferito rilievo al primo incontro programmatico che, precedentemente, aveva assunto contorni ambigui e squisitamente burocratici⁽⁹⁾.

Ai sensi dell'art. 8, comma 4 e 6 del testo coordinato alla riforma Cartabia del decreto legislativo n. 28/2010 le parti, infatti, devono partecipare personalmente alla procedura di mediazione ed in presenza di giustificati motivi, possono delegare un rappresentante a conoscenza dei fatti e munito dei poteri necessari per la composizione della controversia⁽¹⁰⁾.

I soggetti diversi dalle persone fisiche devono partecipare alla procedura di mediazione avvalendosi di rappresentanti o delegati a conoscenza dei fatti e muniti dei poteri necessari per la composizione della controversia.

Il mediatore, in considerazione di detta eventualità, deve chiedere alle parti di dichiarare i poteri di rappresentanza e darne atto a verbale⁽¹¹⁾.

⁹ Sul primo incontro di mediazione e sui problemi dallo stesso generati, senza pretesa di completezza, cfr. D. DALFINO, "Primo incontro", *comparizione personale delle parti, effettività della mediazione*, in *Foro it.*, 2019, 1, c. 3259 ss.; A. ZANELLO, *Il primo incontro di mediazione: una mera formalità di carattere notarile o uno snodo sostanziale decisivo per la definizione della controversia?*, in *Foro it.*, 2017, 1, c. 1095 ss.; RAITI, *Primo incontro in mediazione e condizione di procedibilità della domanda ai sensi del novellato art. 5, comma 2-bis, d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 562 ss.

¹⁰ Trib. Pesaro, n. 110/2024 in *mondoadr.it*. La condizione di procedibilità si realizza solo se la rappresentanza in mediazione viene conferita con procura speciale.

¹¹ Trib. Firenze, n. 316/2024 in *De jure*. Improcedibile la domanda giudiziale se al tentativo di conci-

3. IL MEDIATORE: COMPETENZE SPECIALISTICHE GIURIDICHE E RELAZIONALI FUNZIONALI AL RAGGIUNGIMENTO DELLA SOLUZIONE CONCILIATIVA

Il sistema delle *Alternative Dispute Resolution* in Italia appare assai articolato, stante la coesistenza di ADR a carattere generale, di settore, volontarie, rispondenti a finalità di definizione o composizione bonaria della lite con risparmio di tempi e costi, oltre che di procedure obbligatorie, il cui esperimento costituisce condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria.

Il d.lgs. 28/2010, in attuazione della Direttiva 2008/52/CE, ha affidato alla mediazione un ruolo centrale nel sistema degli strumenti di risoluzione delle controversie valorizzando, altresì, i rimedi alternativi alla giustizia statale⁽¹²⁾.

La normativa sulla mediazione ha, per quanto detto, costretto studiosi e operatori giudiziari a rapportarsi con la crisi della giustizia tenendo in considerazione una nuova visione della realtà.

La gestione della mediazione è affidata ad organismi istituiti presso enti pubblici o privati aventi garanzie di serietà ed efficienza sotto la vigilanza del Ministero della Giustizia e iscritti in un apposito Registro.

In ogni organismo operano i mediatori, la cui professionalità e competenza è garantita da una formazione mirata di base, oggetto di aggiornamento periodico⁽¹³⁾.

liazione la parte delega un rappresentante tramite il rilascio di una procura "immotivata", ossia priva dei "giustificati motivi" richiesti dalla legge.

¹² Il d.lgs. n. 28/2010 è stato emanato dal Governo sulla base della delega conferita dall'art. 60 della l. 18 giugno 2009, n. 69, recante "*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*". In generale, sulla mediazione civile e commerciale v. da ultimo D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, in *Comm. cod. proc. civ.* a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 2016.

¹³ Il decreto ministeriale 150/2023 ha previsto ai sensi dell'art. 23 per ciascun mediatore che ha conseguito la laurea magistrale o a ciclo unico in giurisprudenza, ai fini dell'inserimento in uno degli elenchi di cui all'articolo 3, commi 3, lettere a), b) e c), 6 e 7 del decreto in questione, lo svolgimento e il superamento della prova finale di un corso di formazione riservato a un numero massimo di quaranta partecipanti di durata non inferiore a ottanta ore, oltre allo svolgimento di un tirocinio mediante partecipazione, con affiancamento al mediatore, in non meno di dieci mediazioni con adesione della parte invitata.

Il corso di cui al comma 1 dell'art. 23 summenzionato, è composto da moduli teorici e pratici, prevede una prova finale di valutazione di durata non inferiore a quattro ore, da svolgersi in presenza, comprensiva di verifiche su entrambi i moduli, e una prova pratica comprendente la simulazione di una proposta del mediatore.

Per ciascun mediatore che ha conseguito la laurea magistrale o a ciclo unico in materia diversa da quella indicata dal comma 1 dell'art. 23 del decreto ministeriale 150/2023 e per ciascun mediatore iscritto a un ordine o collegio professionale che ha conseguito la laurea triennale, ai fini dell'inserimento in uno o più elenchi di cui all'articolo 3, commi 3, lett. a), b) e c), 6 e 7 del sopraindicato decreto, il richiedente documenta, oltre allo svolgimento del percorso di formazione indicato dai commi da 1 a 5, lo svolgimento del corso di approfondimento giuridico previsto dal comma 7 del medesimo articolo⁽¹⁴⁾.

L'art. 24 del suddetto decreto ministeriale prevede, altresì, la formazione continua dei mediatori⁽¹⁵⁾.

I moduli teorici del corso di cui al comma 1 hanno durata non inferiore a quaranta ore, si svolgono in presenza o mediante collegamento audiovisivo in modalità sincrona per i tre quarti del predetto monte orario, e hanno ad oggetto: a) l'introduzione storica, filosofica, antropologica e sociologica del conflitto e dei diversi modelli teorici e metodologici di gestione del conflitto; b) la teoria della comunicazione e dei profili cognitivi e decisionali; c) l'evoluzione della cultura nazionale e internazionale della soluzione stragiudiziale dei conflitti; d) la normativa nazionale, europea e internazionale in materia di mediazione e di mediazione demandata dal giudice; e) la validità e l'efficacia delle clausole contrattuali di mediazione; f) la forma, il contenuto e gli effetti della domanda di mediazione e dell'accordo di conciliazione e la sua trascrivibilità; g) i compiti e le responsabilità del mediatore anche per la redazione dei verbali e per la formulazione della proposta conciliativa. I moduli pratici del corso di cui al comma , hanno durata non inferiore a quaranta ore, si svolgono in presenza, mediante laboratori e sessioni simulate, e hanno ad oggetto: a) le fasi della procedura di mediazione anche telematica; b) il rapporto tra mediatore e organismo di mediazione; c) le metodologie delle procedure di gestione consensuale delle liti e di interazione comunicativa; d) le attività finalizzate alla acquisizione di informazioni e di eventuali valutazioni tecniche nel procedimento di mediazione e i rapporti con il consulente legale; e) le tecniche di redazione dei verbali e di formulazione della proposta conciliativa. Oltre a quanto stabilito dal comma 4, i moduli pratici possono prevedere la partecipazione a incontri di mediazione. A tal fine l'ente di formazione stipula apposito accordo con uno o più organismi di mediazione nel rispetto dell'articolo 9 del decreto legislativo. Per ciascun mediatore che ha conseguito la laurea magistrale o a ciclo unico in materia diversa da quella indicata dal comma 1, e per ciascun mediatore iscritto a un ordine o collegio professionale che ha conseguito la laurea triennale, ai fini dell'inserimento in uno o più elenchi di cui all'articolo 3, commi 3, lettere a), b) e c), 6 e 7, il richiedente documenta, oltre allo svolgimento del percorso di formazione indicato dai commi da 1 a 5, lo svolgimento del corso di approfondimento giuridico previsto dal comma 7.

¹⁴ Il corso di approfondimento giuridico, di durata non inferiore a quattordici ore, è tenuto da formatori teorici, prevede una prova finale, scritta e orale, di durata non inferiore a due ore e ha ad oggetto le nozioni e gli istituti di base di diritto sostanziale e processuale civile necessari per la comprensione della normativa in materia di mediazione e per il corretto svolgimento dell'attività di mediatore. Gli avvocati iscritti all'albo sono esonerati dal modulo di formazione teorica previsto dal comma 3, lett. d) per la parte relativa alla normativa nazionale e alla mediazione demandata.

¹⁵ L'organismo, nel termine previsto dall'articolo 15, comma 1 del d.m. n. 150/2023, attesta per ciascun

I mediatori devono essere in possesso di una specifica professionalità basata non soltanto su competenze specialistiche giuridiche, ma anche relazionali che siano funzionali alla negoziazione e al raggiungimento della soluzione conciliativa.

Nel contesto italiano la giurisdizione statale ha sempre rappresentato la sede primaria e privilegiata per la tutela dei diritti.

Il giudice è da sempre stato, infatti, la risposta alla domanda di giustizia.

La mediazione rappresenta, quindi, un cambiamento culturale ed in particolar modo in riferimento alla previsione della stessa quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale in merito a materie specificatamente tipizzate dal legislatore e ad oggi ampliate.

4. L'AVVIO E L'EPILOGO DELLA MEDIAZIONE

Conseguentemente alla riforma Cartabia, innumerevoli sono stati i correttivi introdotti nella disciplina in materia di mediazione civile e commerciale, al fine di agevolare l'operatività di un sistema integrato di giustizia improntato sulla complementarità e coesistenza del percorso giudiziale e stragiudiziale, nel tentativo di rendere maggiormente efficiente la risposta di giustizia.

mediatore la partecipazione a corsi di formazione sulle materie indicate dall'articolo 23, comma 3 del medesimo decreto, riservati a un numero massimo di quaranta mediatori, articolati in moduli da svolgersi in presenza o mediante collegamento audiovisivo in modalità sincrona, comprendenti attività laboratoriali, queste ultime da svolgersi in presenza. L'organismo attesta, per ciascun mediatore, la frequenza dei corsi di cui al comma 1 dell'art. 24 del d.m. n. 150/2023, per non meno di diciotto ore nel biennio. L'art. 25 del decreto 150/2023 prevede, inoltre, ai fini dell'inserimento nell'elenco di cui all'articolo 3, commi 3, lettere b) e c), 6 e 7, che ciascun mediatore, oltre allo svolgimento del percorso formativo previsto dall'articolo 23, partecipi a corsi, riservati a non più di quaranta partecipanti, di durata non inferiore a dieci ore, articolati in moduli teorici da svolgersi in presenza o mediante collegamento audiovisivo in modalità sincrona per non più di tre quarti del monte orario complessivo, e per la restante parte in moduli pratici da svolgersi in presenza. All'esito del corso è prevista una prova finale di valutazione. In particolare, i moduli teorici destinati alla formazione dei mediatori esperti nella materia internazionale, liti transfrontaliere e nella materia dei rapporti di consumo hanno ad oggetto: a) la disciplina nazionale e sovranazionale della tutela del consumatore; b) la tutela giudiziale, stragiudiziale, consensuale e paritetica del consumatore; c) i diritti e le tutele in materia di liti transfrontaliere.

Ai fini della conferma dell'inserimento nell'elenco di cui all'articolo 3, commi 3, lettere b) e c), 6 e 7, l'organismo, nel termine previsto dall'articolo 15, comma 1 del decreto ministeriale in oggetto, attesta per ciascun mediatore esperto la partecipazione a corsi di formazione nelle materie indicate dal comma 2 dell'art. 25 del decreto 150/2023, per non meno di quattro ore nel biennio articolati in moduli da svolgersi in presenza o mediante collegamento audiovisivo in modalità sincrona.

Il responsabile dell'organismo, all'atto della presentazione della domanda di mediazione, designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti.

Detto incontro deve tenersi non prima di venti e non oltre quaranta giorni dal deposito della domanda, salvo diversa concorde indicazione delle parti.

È cura dell'organismo comunicare alle parti con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione la domanda di mediazione, la designazione del mediatore, la sede e l'orario dell'incontro, le modalità di svolgimento della procedura, e la data del primo incontro e ogni altra informazione utile⁽¹⁶⁾.

L'organismo nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, può nominare uno o più mediatori ausiliari.

Dal momento in cui la comunicazione di avvio della procedura conciliativa perviene a conoscenza delle parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale e impedisce la decadenza per una sola volta.

Il procedimento si svolge senza formalità presso la sede dell'organismo di mediazione o nel luogo indicato dal regolamento di procedura dell'organismo.

Il decreto ministeriale in discussione ha effettuato delle precisazioni in ordine all'avvio e all'adesione alla procedura di mediazione, eliminando pregressi dubbi interpretativi in merito alle parti onerate ad adempiere all'obbligo di legge previsto.

L'art. 5-bis del decreto ministeriale 150/2010 ha esplicitamente previsto, infatti, che quando l'azione di cui all'articolo 5, comma 1, è stata introdotta con ricorso per decreto ingiuntivo, nel procedimento di opposizione, l'onere di presentare la domanda di mediazione grava sulla parte che ha proposto ricorso per decreto ingiuntivo⁽¹⁷⁾.

¹⁶ Corte App. Napoli, n. 586/2024 in *mondoadr.it*. L'invito alla procedura di mediazione disposta quando il giudizio è già pendente può essere trasmesso anche ed esclusivamente al procuratore costituito presso il quale la parte ha eletto il proprio domicilio.

¹⁷ Trib. Avellino, n. 177/2024, in *mondoadr.it*. Nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo, è il creditore opposto a dover esperire il tentativo obbligatorio di conciliazione pena l'improcedibilità del ricorso. Detta sentenza si uniforma al principio espresso dalle Sezioni Unite della Cassazione; Corte App. Napoli, Sez. III, 3 ottobre 2023 n. 4133, in *De jure*. L'onere di promuovere la procedura di mediazione grava su parte opposta. Nelle controversie soggette a mediazione obbligatoria ai sensi dell'art. 5, comma 1-bis del d.lgs. n. 28/2010, i cui giudizi vengano introdotti con un decreto ingiuntivo, una volta instaurato il relativo giudizio di opposizione e decise le istanze di concessione o sospensione della provvisoria esecuzione del decreto, l'onere di promuovere la procedura di mediazione è a carico della parte opposta; ne consegue che, ove essa non si attivi, alla pronuncia di improcedibilità di cui al citato comma 1-bis,

Il giudice alla prima udienza provvede sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione se formulate e, accertato il mancato esperimento del tentativo obbligatorio di mediazione, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 del testo coordinato alla "riforma Cartabia 2022" del decreto legislativo n. 28/2010 in materia di mediazione.

A tale udienza, se la mediazione non è stata esperita, dichiara l'improcedibilità della domanda giudiziale proposta con il ricorso per decreto ingiuntivo, revoca il decreto opposto e provvede sulle spese.

L'art. 5-ter del decreto ministeriale 150/2023 ha previsto, inoltre, la legittimazione dell'amministratore di condominio ad attivare un procedimento di mediazione, ad aderirvi e a parteciparvi⁽¹⁸⁾.

Il verbale contenente l'accordo di conciliazione o la proposta conciliativa del mediatore sono sottoposti all'approvazione dell'assemblea condominiale, la quale delibera entro il termine fissato nell'accordo o nella proposta con le maggioranze previste dall'articolo 1136 del Codice civile.

In caso di mancata approvazione entro tale termine la conciliazione si intende non conclusa⁽¹⁹⁾.

Le parti partecipano personalmente alla procedura di mediazione, salva la possibilità, in presenza di giustificati motivi, di delegare un rappresentante a conoscenza dei fatti e munito dei poteri necessari per la composizione della controversia.

I soggetti diversi dalle persone fisiche partecipano alla procedura di mediazione avvalendosi di rappresentanti o delegati a conoscenza dei fatti e muniti dei poteri necessari per la composizione della controversia.

Nei casi previsti dall'articolo 5, comma 1 del testo coordinato alla "riforma Cartabia 2022" del decreto legislativo n. 28/2010 e quando la mediazione è demandata

conseguirà la revoca del decreto ingiuntivo.

¹⁸ Trib. Rieti, n. 583/2023, in *mondoadr.it*. Nel giudizio di impugnazione di una delibera condominiale, il termine decadenziale di 30 giorni stabilito dall'art. 1137, comma 2, c.c., deve ritenersi interrotto dalla comunicazione di convocazione innanzi all'organismo di mediazione e lo stesso riprende nuovamente a decorrere, per ulteriori trenta giorni, dal deposito del verbale di mediazione presso la segreteria dell'organismo.

¹⁹ Trib. Roma, n. 3910/2024, in *mondoadr.it*. L'istanza di mediazione presentata per risolvere in via stragiudiziale una controversia in materia condominiale, non può essere generica. Nel caso di specie un condomino ha impugnato una delibera condominiale, ma non ha indicato nell'istanza di mediazione le ragioni per le quali l'ha impugnata e cosa vuole ottenere ossia la nullità o l'annullabilità della delibera. Un'istanza priva della indicazione della *causa petendi* e del *petitum* non può ritenersi valida e quindi non soddisfa la condizione di procedibilità della domanda.

dal giudice è previsto che le parti siano assistite dai rispettivi avvocati.

5. IL PRIMO INCONTRO PROGRAMMATICO E L'EFFETTIVO CONFRONTO DELLE PARTI SULLE LORO CRITICITÀ CONFLITTUALI

Antecedentemente alla riforma Cartabia, il primo incontro programmatico era un “incontro filtro” in cui le parti avevano la possibilità di dichiarare se entrare o meno nel merito della controversia.

Sovente, queste, preferendo esimersi dalla possibilità di esperire effettivamente il procedimento conciliativo, inevitabilmente elidevano la dignità dell'istituto giuridico della mediazione e le sue opportunità.

La riforma ha, invece, conferito rilievo e dignità all'istituto giuridico della mediazione civile e commerciale, prevedendo che le parti debbano già confrontarsi nel merito della controversia in essere in modo effettivo.

Durante il primo incontro, il mediatore espone la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, e si adopera affinché le parti raggiungano un accordo di conciliazione⁽²⁰⁾.

Le parti e gli avvocati che le assistono cooperano in buona fede e lealmente al fine di realizzare un effettivo confronto sulle questioni controverse⁽²¹⁾.

A seguito del primo incontro svoltosi in modo effettivo, le parti, rese maggiormente consapevoli della potenzialità del percorso alternativo *in itinere*, potranno decidere se proseguire volontariamente con ulteriori incontri di mediazione.

Detto intervento ha consentito di uscire dall'ambiguità del primo incontro “neutro”, che ha per anni ridotto la mediazione ad un mero adempimento burocratico. Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al primo incontro del pro-

²⁰ Trib. Gorizia, n. 35/2023, in mondoadr.it. Qualora una controversia sia soggetta alla procedura della negoziazione assistita, se al suo posto viene esperita la procedura di mediazione, questa, soddisfa comunque la condizione di procedibilità della domanda. In sede di mediazione, infatti, la presenza del mediatore, soggetto terzo ed imparziale, fornisce senza dubbio maggiori garanzie alle parti, visto che in negoziazione lo stesso ruolo deve essere svolto dagli avvocati delle parti stesse.

²¹ È stata prevista un'indennità calmierata sulla base del valore della controversia per lo svolgimento del primo incontro programmatico. Ai sensi dell'art. 17 del citato testo coordinato alla “riforma Cartabia 2022” del decreto legislativo n. 28 del 2010 in materia di mediazione, ciascuna parte, infatti, al momento della presentazione della domanda di mediazione o al momento dell'adesione, corrisponde all'organismo, oltre alle spese documentate, un importo a titolo di indennità comprendente le spese di avvio e le spese di mediazione per lo svolgimento del primo incontro.

cedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile⁽²²⁾; quando infine la mediazione costituisce condizione di procedibilità, il giudice condanna la parte costituita che non ha partecipato al primo incontro senza giustificato motivo al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al doppio del contributo unificato dovuto per il giudizio.

Nei casi di cui al comma 2, dell'art. 12-*bis* del testo coordinato alla "riforma Cartabia 2022" del decreto legislativo n. 28 del 2010 in materia di mediazione con il provvedimento che definisce il giudizio, il giudice, se richiesto, può, altresì, condannare la parte soccombente, che non ha partecipato alla mediazione, al pagamento in favore della controparte di una somma equitativamente determinata in misura non superiore nel massimo alle spese del giudizio maturate dopo la conclusione del procedimento di mediazione.

Quando provvede ai sensi del comma 2 di cui sopra, il giudice trasmette copia del provvedimento adottato nei confronti di una delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, al pubblico ministero presso la sezione giurisdizionale della Corte dei conti, e copia del provvedimento adottato nei confronti di uno dei soggetti vigilati all'autorità di vigilanza competente.

L'esito del primo incontro programmatico consiste nella redazione a cura del me-

²² Trib. Termini Imerese, 7 aprile 2023 n. 412, in *De jure*. Il Tribunale di Termini Imerese, rilevata l'assenza ingiustificata della parte opponente, ha applicato rigorosamente le sanzioni previste dal d.lgs. n. 28/2010 per la mancata partecipazione alla mediazione, condannando parte opponente al versamento di una somma pari al contributo unificato dovuti per il giudizio (ed in tal modo facendo applicazione dell'orientamento consolidato della giurisprudenza; così Trib. Roma, Sez. XIII, 29 maggio 2017 n. 11023). Inoltre, data la radicale e insanabile assenza di un giustificato motivo per la mancata partecipazione al procedimento di mediazione, in forza del combinato disposto degli art. 8, comma 4-*bis*, del d.lgs. 28/2010 e art. 116 c.p.c., ha rigettato l'opposizione proposta avverso il decreto ingiuntivo. In dottrina, cfr. E. BENIGNI, *La condizione di procedibilità nella mediazione disposta d'ufficio dal giudice*, in *Giur. it.*, 2015, 643 ss.; M. BOVE, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, in *Società*, 2010, 759 ss., spec. 764; ID., *Le sanzioni per la mancata cooperazione in mediazione*, in *judicium.it*, 2014; D. DALFINO, "Primo incontro", cit. c. 3261. D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, cit., 84 ss.; LONERO, *Profili fiscali nella mediazione delle controversie civili e commerciali*, in AA.Vv., *ADR e mediazione*, a cura di CORRADINO e STICCHI DAMIANI, Torino, 2012, 129; F.P. LUISO, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Torino, 2018, 182 ss.; RAITI, *Primo incontro in mediazione e condizione di procedibilità della domanda*, cit., 565; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale. Composizione della lite e processo nel d.lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011.

diatore di un verbale sottoscritto da tutti i partecipanti al procedimento.

Il mediatore può avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali; in tal caso le parti possono convenire, al momento della nomina dell'esperto, la producibilità in giudizio della relazione di questo, anche in deroga all'articolo 9 del testo coordinato alla "riforma Cartabia 2022" del decreto legislativo n. 28/2010. La relazione è valutata ai sensi dell'articolo 116, comma primo, del Codice di procedura civile.

Se è raggiunto un accordo di conciliazione, il mediatore forma processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo. Quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore ne dà atto nel verbale e può formulare una proposta di conciliazione da allegare al verbale.

A richiesta congiunta di tutte le parti del procedimento, il mediatore formula una proposta di conciliazione e prima della formulazione della proposta, informa le parti delle possibili conseguenze di cui all'articolo 13 del testo coordinato alla "riforma Cartabia 2022" del decreto legislativo n. 28/2010 in materia di mediazione. La proposta di conciliazione è comunicata alle parti per iscritto.

Le parti fanno pervenire al mediatore, per iscritto ed entro sette giorni dalla comunicazione o nel maggior termine indicato dal mediatore, l'accettazione o il rifiuto della proposta.

In mancanza di risposta nel termine indicato, la proposta si ha per rifiutata.

La proposta, salvo diverso accordo delle parti, non può contenere alcun riferimento alle dichiarazioni rese o alle informazioni acquisite nel corso del procedimento. L'art. 13 del testo coordinato alla "riforma Cartabia 2022" del decreto legislativo n. 28/2010 in materia di mediazione prevede le spese processuali in caso di rifiuto della proposta di conciliazione.

Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto.

Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96, commi primo, secondo e terzo, del Codice di procedura civile.

Le disposizioni di cui al comma 1 dell'art. 13 in questione si applicano, altresì,

alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto.

Quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto; egli deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente.

L'accordo di conciliazione contiene l'indicazione del valore della controversia. Il verbale conclusivo della mediazione, contenente l'eventuale accordo, è sottoscritto dalle parti, dai loro avvocati e dagli altri partecipanti alla procedura nonché dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere e, senza indugio, ne cura il deposito presso la segreteria dell'organismo.

Il mediatore nel verbale dà atto della presenza di coloro che hanno partecipato agli incontri e delle parti che, pur regolarmente invitate, erano assenti⁽²³⁾.

Il verbale contenente l'eventuale accordo di conciliazione è redatto in formato digitale o, se in formato analogico, in tanti originali quante sono le parti che partecipano alla mediazione, oltre ad un originale per il deposito presso l'organismo. L'organismo deve rilasciare copia alle parti che lo richiedono del verbale contenente l'eventuale accordo depositato presso la segreteria.

Questi ha, altresì, l'obbligo di conservare copia degli atti dei procedimenti trattati per almeno un triennio dalla data della loro conclusione.

Se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'articolo 2643 del Codice civile, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione dell'accordo di conciliazione deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

Detta disposizione ha lo scopo di corredare il verbale delle peculiarità che lo rendono idoneo alla trascrizione.

L'utilità di ammettere la trascrivibilità del verbale di accordo consente di ricono-

²³ Trib. Bologna, n. 2454/2023, in *mondoadr.it*. La sanzione pecuniaria prevista dal decreto legislativo n. 28/2010 in caso di mancata partecipazione della parte al procedimento di mediazione, in assenza di una giustificazione, è prevista a tutela del principio primario della necessaria presenza della parte alla conciliazione. La sua applicazione non è condizionata dalle ragioni di merito e neppure dalla convinzione di non risultare soccombente in giudizio.

scere un'importante garanzia al risultato conciliativo, avvicinando esso stesso alle corrispondenti garanzie di una sentenza o più in generale di un atto aggiudicativo⁽²⁴⁾.

Ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite dagli avvocati, l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati, anche con le modalità di cui all'articolo 8-bis del testo coordinato alla "riforma Cartabia 2022" del decreto legislativo n. 28/2010 in materia di mediazione, costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

L'accordo di cui al periodo precedente deve essere integralmente trascritto nel precetto ai sensi dell'articolo 480, secondo comma, del Codice di procedura civile. In tutti gli altri casi l'accordo allegato al verbale è omologato, su istanza di parte, con decreto del presidente del tribunale, previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e di ordine pubblico.

Nelle controversie transfrontaliere di cui all'articolo 2 della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, il verbale è omologato dal presidente del tribunale nel cui circondario l'accordo deve avere esecuzione.

Con l'omologazione l'accordo costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale⁽²⁵⁾.

6. LA COSTRUZIONE DELLA SOLUZIONE IDONEA ALLA RISOLUZIONE DEL CONFLITTO: PARTECIPAZIONE PERSONALE DELLE PARTI E MEDIAZIONE TELEMATICA

La procedura di mediazione è uno strumento idoneo ad identificare i reali interessi delle parti in funzione del raggiungimento dell'accordo amichevole, oltre che un

²⁴ Il tutto a vantaggio della conformità a Costituzione del sistema conciliativo, soprattutto quando imposto come obbligatorio.

²⁵ Corte Giust. Trib. II grado Toscana, Sez. II - Firenze, 18 novembre 2022 n. 1322, in *De jure*. Efficacia dell'accordo di mediazione. L'efficacia di titolo esecutivo dell'accordo raggiunto in sede di mediazione non è certamente caratteristica esclusiva degli atti del giudizio, ma è comune ad altri atti perfezionati al di fuori del giudizio, mentre gli effetti della domanda di mediazione sulla decadenza e la prescrizione si spiegano agevolmente con la necessità di evitare che un istituto stragiudiziale avente scopo deflattivo del giudizio, come la mediazione, possa incidere negativamente su chi ne usufruisce.

contesto avente la finalità di mettere le parti nella condizione di oltrepassare il livello formale rappresentato dai limiti della domanda giudiziale, dando spazio ad un più ampio lavoro sugli interessi che sono solo apparentemente sullo sfondo della domanda.

La costruzione della soluzione idonea alla risoluzione del conflitto avviene in modo “conversazionale”, nonché valorizzante quegli aspetti che, pur essendo esclusi dalla norma giuridica da applicare al caso concreto, risultano comunque rilevanti per le parti⁽²⁶⁾.

Il mediatore deve focalizzare la propria attenzione, infatti, sugli interessi, piuttosto che sulle posizioni delle parti riformulando il conflitto in termini cooperativi⁽²⁷⁾.

In sintesi, l'apertura verso i reali interessi delle parti, nonché l'emersione della più ampia articolazione del conflitto pongono le basi per la costruzione di soluzioni più flessibili del contrasto in essere, tendenti alla pacificazione e alla risoluzione definitiva dello stesso.

A tal fine, fondamentale è la partecipazione personale della parte, salva la possibilità, come detto sopra, di delega limitata ai casi di impossibilità alla comparizione personale e su procura speciale sostanziale affidata ad un soggetto che deve essere a conoscenza dei fatti e degli interessi della parte.⁽²⁸⁾

Gli incontri conciliativi si possono svolgere, ai sensi dell'art. 8-bis, comma 2 del Testo coordinato citato, con collegamento audiovisivo da remoto con sistemi che assicurino la contestuale, effettiva e reciproca udibilità e visibilità delle persone collegate⁽²⁹⁾.

Il mediatore, a conclusione della mediazione, deve formare un unico documento

²⁶ Da considerare, su questi profili, le osservazioni di F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, 418-419 e di C. MENKEL-MEADOW, *Pursuing Settlement in an Adversary Culture: A Tale of Innovation Co-Opted or “The Law of ADR”*, 19 Fla. St. UL Rev. 1, 1991, ove si afferma che i risultati ottenuti con gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, oltre a dare una risposta agli interessi e ai bisogni delle parti, sono *fairer, more sensitive to the complex needs of the parties, and more likely to be followed*.

²⁷ S. CASTELLI, *La mediazione. Teorie e tecniche*, Milano, 1996, 52, 60.

²⁸ Trib. Monza, Sez. I, 18 aprile 2018, in *De jure*. Le parti devono partecipare a tutti gli incontri che il mediatore riterrà opportuno espletare per un auspicabile superamento del conflitto; M. GRADI, *La partecipazione delle parti al procedimento di mediazione*, in questa *Rivista*, 2, 2023.

²⁹ Trib. Taranto, n. 791/2023, in *mondoadr.it*. Va accolta l'eccezione di improcedibilità nell'opposizione a decreto ingiuntivo per il mancato esperimento del tentativo obbligatorio di mediazione, laddove la stessa sia svolta telematicamente presso un organismo privo di sede nel luogo del giudice territorialmente competente.

informatico, in formato nativo digitale, contenente il verbale e l'eventuale accordo e lo invia alle parti per la sottoscrizione mediante firma digitale o altro tipo di firma elettronica qualificata.

Il documento elettronico, nei casi di cui all'art. 5, comma 1 del testo coordinato alla "riforma Cartabia 2022" del decreto legislativo n. 28 del 2010 in materia di mediazione e quando la mediazione è demandata, è inviato anche agli avvocati che lo sottoscrivono con le stesse modalità.

Detto documento informatico sottoscritto sarà successivamente inviato al mediatore che lo firmerà digitalmente e lo trasmetterà alle parti, agli avvocati, ove nominati, e alla segreteria dell'organismo.

7. I VANTAGGI DELLA PROCEDURA STRAGIUDIZIALE DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE

Il percorso agevolante la procedura stragiudiziale di risoluzione delle controversie ha previsto, altresì, che tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione siano esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura.

Il verbale contenente l'accordo di conciliazione è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di centomila euro, altrimenti l'imposta è dovuta per la parte eccedente.

Alle parti è riconosciuto, altresì, quando è raggiunto l'accordo di conciliazione, un credito d'imposta commisurato all'indennità corrisposta ai sensi dell'articolo 17, commi 3 e 4 del testo coordinato alla "riforma Cartabia 2022" del decreto legislativo n. 28 del 2010 in materia di mediazione, fino a concorrenza di euro seicento.

Nei casi di cui all'articolo 5, comma 1 del testo coordinato alla "riforma Cartabia 2022" del decreto legislativo n. 28 del 2010 in materia di mediazione, e quando la mediazione è demandata dal giudice, alle parti è altresì riconosciuto un credito d'imposta commisurato al compenso corrisposto al proprio avvocato per l'assistenza nella procedura di mediazione, nei limiti previsti dai parametri forensi e fino a concorrenza di euro seicento³⁰.

³⁰ I crediti d'imposta previsti dal comma 1 dell'art. 20 del testo coordinato alla "riforma Cartabia 2022" del decreto legislativo n. 28 del 2010 in materia di mediazione sono utilizzabili dalla parte nel limite complessivo di euro seicento per procedura e fino ad un importo massimo annuale di euro duemilaquat-

L'impegno proprio della riforma Cartabia, volto a migliorare l'amministrazione della giustizia e tendente all'equiparazione tra l'istituto della mediazione e il processo non deve, tuttavia, far perdere di vista la profonda distinzione strutturale degli stessi.

La ritualità propria del processo, infatti, è connaturata al suo essere strumento di tutela dei diritti e non solo un metodo di composizione dei conflitti, come nel caso dell'istituto giuridico della mediazione civile e commerciale, caratterizzato, invece, da informalità.

La nostra società è in preda a dissesti e a disordini che mettono in discussione le sue fondamenta e che devono necessariamente essere fronteggiati assecondando un percorso di consapevolezza.

La gestione delle relazioni, infatti, implica, inevitabilmente, quella dei conflitti. Gli altri individui divengono, in considerazione di detta nuova consapevolezza interattiva, non soltanto soggetti con i quali passivamente coesistere pacificamente senza alcuna volontà di oppressione o danneggiamento, ma un'esperienza del proprio percorso evolutivo agevolante la coesione.

Sentire il bisogno di andare oltre, di essere più esigenti nell'analisi delle relazioni con gli altri mediante la condivisione dei valori, dei progetti e degli obiettivi a lungo termine è, infatti, fondamentale per il benessere individuale e collettivo.

Oltrepassare il conflitto ed interrogarsi sulle cause dello stesso è principio ispiratore dell'istituto della mediazione civile e commerciale, il quale opera con l'intento di agevolare la pacificazione sociale.

La procedura di mediazione è destinata ad un epilogo che si differenzia enormemente da quello del sistema giurisdizionale nonché, genericamente, dagli altri modelli "eteronomi" di soluzione del contenzioso assecondanti la logica avversariale⁽³¹⁾.

trocento per le persone fisiche e di euro ventiquattromila per le persone giuridiche. In caso di insuccesso della mediazione i crediti d'imposta sono ridotti della metà.

È riconosciuto un ulteriore credito d'imposta commisurato al contributo unificato versato dalla parte del giudizio estinto a seguito della conclusione di un accordo di conciliazione, nel limite dell'importo versato e fino a concorrenza di euro cinquecentodiciotto. Agli organismi di mediazione è, inoltre, riconosciuto un credito d'imposta commisurato all'indennità non esigibile dalla parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato ai sensi dell'articolo 15-*septies*, comma 2 del testo coordinato alla "riforma Cartabia 2022" del decreto legislativo n. 28 del 2010 in materia di mediazione, fino a un importo massimo annuale di euro ventiquattromila.

³¹ Ampia è la letteratura che si è occupata del tema. Per tutti, cfr. F.P. LUISO, *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia?*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 325 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*,

Il principio ispiratore della conciliazione è la consensualità.

Si disegnano, infatti, i tratti evidenti di una nuova concezione di giustizia consensuale basata sull'autodeterminazione e sull'importanza delle relazioni umane.

La realtà nella quale viviamo deve necessariamente essere intesa come un tessuto inestricabile privo di certezze definitive nel quale convivono elementi contraddittori e complessi che amplificano l'urgenza di coesione sociale.

L'imperante e pericoloso individualismo sussistente può essere scardinato solo mediante la riscoperta della propria autenticità e l'acquisizione della consapevolezza di sé stessi e delle proprie emozioni.

Quanto detto, costituisce la possibile soluzione al dilagante distacco tra uomo e uomo che preclude le relazioni e distrugge ogni anche solo ipotetico tentativo di valorizzare la dimensione socio-emotiva individuale e collettiva.

Questa, infatti, è fondamentale per la costruzione del proprio essere individuo e per la coesione sociale.

L'uomo diviene, pertanto, volatile, consumista ed elemosinante il senso delle cose. Quanto detto, richiede la necessità di sviluppare una nuova cultura delle relazioni, oltre che un inedito approccio alla diffusa conflittualità.

La mediazione costituisce un cambiamento culturale ed un ripensarsi, oltre che un ripensare al proprio essere al mondo assecondando la dinamica dialogica e la fiducia nelle proprie naturali capacità di negoziazione e resilienza.

ABSTRACT

Il presente lavoro analizza criticamente l'istituto della mediazione civile e commerciale, anche alla luce della recente riforma Cartabia, quale fenomeno giuridico e di evoluzione culturale e sociale, enfatizzando il ruolo della giustizia consensuale.

This work critically analyzes the institution of civil and commercial mediation, also considering the recent Cartabia reform, as a legal phenomenon and of cultural and social evolution, emphasizing the role of consensual justice.

cit., 13; ID., *Diritto processuale civile*, cit., 27 ss. Per una ricostruzione delle differenze tra mediazione e tutela giurisdizionale, alla luce del d.lgs. n. 28/2010, sia consentito rinviare a R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., *passim*.

DINO TARQUINI

(Magistrato ordinario e dottore di ricerca in Diritto amministrativo, Università degli Studi dell'Aquila)

**AUTORIZZAZIONE PAESAGGISTICA
E SILENZIO ASSENSO FRA PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI:
QUESTIONI PROBLEMATICHE AL CROCEVIA DI VALORI COSTITUZIONALI***

Sommario: 1. Inquadramento dell'istituto e questioni problematiche 2. I rapporti con l'art. 17-*bis* l. n. 241/1990: l'orientamento favorevole e l'indirizzo contrario all'applicabilità del silenzio assenso fra pubbliche amministrazioni 3. Il problema del parere soprintenziale tardivo 4. Ipotesi ricostruttiva 5. Spunti sistematici

1. INQUADRAMENTO DELL'ISTITUTO E QUESTIONI PROBLEMATICHE

La tutela del bene paesaggio passa attraverso distinti e complementari momenti di rilievo giuridico. Da una parte vi è il momento statico, caratterizzato da un potere amministrativo di individuazione dell'oggetto da tutelare, con conseguente imposizione di un vincolo. Al cospetto di tale situazione giuridica soggettiva di titolarità dell'amministrazione si pone di regola un interesse legittimo oppositivo, volto a conservare l'utilità già posseduta⁽¹⁾. Dall'altra parte vi è il momento dinamico, connotato da un potere gestorio dell'oggetto di interesse paesaggistico, che si esplica in via principale nell'attività autorizzatoria. In tal caso, a fronte della potestà dell'amministrazione si colloca un interesse legittimo pretensivo, teso al conseguimento del vantaggio consistente nella rimozione del limite posto nell'in-

* Il contributo ha superato la *double blind peer review*.

¹ Sebbene questo sia il caso classico di rapporto amministrativo in materia, occorre dar conto di una maggiore complessità possibile. Infatti, ben possono essere presenti anche interessi volti a conseguire la tutela paesaggistica, e non ad opporsi ad essa. Si pensi agli interessi diffusi e adespoti, che divengono interessi collettivi tutelabili nel momento in cui si subiettivizzano in capo ad enti esponenziali rappresentativi, secondo i noti criteri giurisprudenziali.

teresse pubblico all'esercizio della pretesa⁽²⁾. Il coordinamento fra le due dimensioni amministrative menzionate avviene assumendo la risultanza del momento statico quale parametro del momento dinamico. Ne deriva appunto che il potere autorizzatorio necessita di guardare al vincolo imposto a monte per assicurare una legittima gestione.

Il profilo dinamico, che concerne in prevalenza appunto l'autorizzazione paesaggistica, è stato a lungo sotto la lente di ingrandimento del legislatore⁽³⁾. Allo

² In ordine alla tutela del paesaggio, con riferimento anche ai differenti momenti, statici e dinamici, citati, si vedano, in particolare, M. BOMBARDELLI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedurali*, in *Urb. e appalti*, 2016, VII, 758 ss.; P. CARPENTIERI, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche non riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo*, Relazione al convegno del primo aprile 2022 "Questioni controverse di diritto amministrativo. Un dialogo tra Accademia e Giurisprudenza", in www.giustizia-amministrativa.it; A. CONTIERI, *Il silenzio assenso tra le amministrazioni secondo l'art. 17 bis della l. n. 241/1990: la resistibile ascesa della semplificazione meramente temporale*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, 1173 ss.; F. DE LEONARDIS, *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17 bis introdotto dalla cd. riforma madia*, in *federalismi.it*, 21 ottobre 2015; G. MARI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e tra amministrazioni e gestori di beni o servizi pubblici*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017, 853 ss.; ID., *La rilevanza della disciplina del silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche nei procedimenti relativi ai titoli abilitativi: il ruolo dello sportello unico dell'edilizia. Considerazioni a margine di una recente circolare del m.i.b.a.c.t.*, in *questa Rivista*, 2016, III, 61 ss.; F. MARTINES, *La "non decisione" sugli interessi pubblici sensibili: il silenzio assenso fra amministrazioni pubbliche introdotto dall'art. 17 bis della l. 241/1990*, in *Dir. amm.*, 2018, III, 747 ss.; P. MARZARO, *Il coordinamento orizzontale tra amministrazioni: l'art. 17-bis della l. n. 241 del 1990, dopo l'intervento del Consiglio di Stato. Rilevanza dell'istituto nella co-gestione dell'interesse paesaggistico e rapporti con la conferenza di servizi*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, II, 10 ss.; ID., *Silenzio assenso tra Amministrazioni: dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento 'orizzontale' all'interno della 'nuova amministrazione' disegnata dal Consiglio di Stato*, in *federalismi.it*, 5 ottobre 2016; ID., *Coordinamento tra Amministrazioni e silenzio-assenso*, in *Giustamm.it*, 2016, V; ID., *Certezze e incertezze sul silenzio assenso tra amministrazioni*, *ibidem*, 2015, XII; M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e inesauribilità del potere*, Intervento al convegno dell'1 aprile 2022 "Questioni controverse di diritto amministrativo. Un dialogo tra Accademia e Giurisprudenza", in www.giustizia-amministrativa.it; ID., *Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio assenso e autotutela*; ID., *Postilla all'editoriale "Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio assenso e autotutela"*, in *federalismi.it*, 16 settembre e 28 ottobre 2015; E. SCOTTI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 566 ss.; V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, 1640 ss.

³ Il principale formante normativo che si è occupato prima del Codice vigente della materia è costituito dalla legge n. 1497/1939. In base a tale disciplina la competenza amministrativa in materia paesaggistica, sotto l'aspetto dinamico, spettava all'ente locale. Nondimeno, la Soprintendenza era titolare del potere di annullamento dell'atto di gestione per illegittimità, nonché, in ipotesi di vizio della motivazione, del

stato attuale è vigente il Codice dei beni culturali e del paesaggio, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, che divide gli interventi urbanistico-edilizi in base al criterio dell'alterazione dell'oggetto di tutela, così tracciando l'ampio perimetro di operatività dell'autorizzazione paesaggistica.

In particolare, l'art. 146 prescrive che sulla domanda di autorizzazione si esprime la Regione o l'ente dalla medesima delegato, in seguito all'acquisizione del parere vincolante della Soprintendenza, da rendere entro il termine di quarantacinque giorni decorrenti dalla ricezione degli atti. Parimenti da quest'ultimo momento inizia il decorso di un ulteriore termine di sessanta giorni, la cui scadenza consente all'amministrazione procedente di pronunciarsi comunque sull'istanza. La norma pertanto configura il provvedimento autorizzatorio alla stregua di un atto autonomo e presupposto in relazione ai vari titoli abilitativi all'intervento urbanistico-edilizio. Si precisa peraltro che, salvo eccezioni di stretta interpretazione, non è possibile la sanatoria, per mezzo di una inversione procedimentale che anteponga i permessi per gli interventi citati all'autorizzazione in discorso⁽⁴⁾.

Nella struttura del procedimento appare quindi centrale il giudizio paesaggistico, secondo l'indirizzo prevalente dalla natura tecnico-discrezionale, di competenza della Soprintendenza. Si tratta difatti di un atto sostanzialmente decisorio, quantunque rivesta la forma di parere, atteso che il legislatore parla espressamente di vincolatività. Ne deriva, secondo l'impostazione maggioritaria e preferibile, l'immediata impugnabilità dello stesso, stante la sua lesività e, di risulta, la sussistenza della condizione dell'azione dell'interesse al ricorso.

Muovendo da tali punti fermi che appaiono tendenzialmente pacifici, tesi ad un sommario inquadramento generale dell'istituto dell'autorizzazione paesaggistica, occorre entrare nel vivo delle questioni problematiche che si sono poste all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza. Nello specifico, sono sorti due signifi-

potere di entrare nel merito della vicenda. Si precisa che il paesaggio, per consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale, rientra nell'ambito della tutela dell'ambiente, per cui, ai fini del riparto delle competenze legislative, si tratta di una potestà esclusiva statale. Si rinvia sul punto a Corte cost., 30 marzo 2018, n. 66, Corte cost., 12 agosto 2018, n. 189, Cons. Stato, Sez. IV, 21 marzo 2019, n. 1874.

⁴ Si veda, in particolare, l'art. 167, comma 4, Codice dei beni culturali e del paesaggio. Anche in relazione al procedimento di sanatoria disciplinato dalle norme richiamate si sono posti nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale questioni problematiche similari a quelle affrontate nel presente studio. In particolare, si registra un contrasto sulla natura giuridica e sulla portata effettuale dell'atto consultivo rilasciato dopo lo spirare dei termini fissati dal legislatore.

cativi contrasti⁵). Il primo è nato in merito all'applicabilità dell'art. 17-bis, l. n. 7 agosto 1990, n. 241 alla relazione che intercorre fra l'ente territoriale competente al rilascio del provvedimento autorizzatorio e la Soprintendenza, titolare del potere consultivo sostanzialmente decisorio. Il secondo attiene al ruolo da attribuire, in termini di natura giuridica e relativa portata effettuale, al parere soprintendizio tardivo⁶).

2. I RAPPORTI CON L'ART. 17-BIS L. N. 241 /1990: L'ORIENTAMENTO FAVOREVOLE E L'INDIRIZZO CONTRARIO ALL'APPLICABILITÀ DEL SILENZIO ASSENSO FRA PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

Partendo dalla prima questione problematica menzionata, si rinvengono, sempli-

⁵ *Ex multis*, si vedano G. GUZZO, *Il controverso rapporto tra l'art. 17 bis l. n. 241/1990 e la procedura di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica: evoluzione giurisprudenziale e rilievi critici*, in www.lexitalia.it, 2022, 1 ss.; G. COCOZZA, *Silenzi e dissensi tra le pubbliche amministrazioni: il caso delle autorizzazioni paesaggistiche*, in www.amministrazioneincammino.it, 2022, 1 ss.; F. SCALIA, *La controversa relazione tra il silenzio endoprocedimentale ed autorizzazione paesaggistica*; in *Riv. giur. edilizia*, 2024, II, 125 ss.; P. CARPENTIERI, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Riv. giur. edilizia*, 2022, 77; P. CARPENTIERI, *La tutela dei beni culturali, paesaggistici e ambientali nelle riforme della l. n. 124 del 2015*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2016, III, 53; MARTINA SINISI, in *Riv. giur. edilizia*, 2017, IV, 235 osserva che «il quadro» normativo «di riferimento ancora una volta» risulta «fonte di perplessità e di non sempre facile applicazione pratica, demandando la definizione degli aspetti critici all'interpretazione giurisprudenziale [...] pur essendo apprezzabile lo sforzo di semplificazione di un ambito complesso».

⁶ Sul silenzio assenso in generale, tra i molti, si vedano F.G. COCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971; G. FALZEA, *Alcune figure di comportamento omissivo della pubblica amministrazione*, Milano, 2004; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, II ed., Milano, 2003, 894 ss.; V. PARISIO, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006; E. SCOTTI, *Silenzio assenso*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016; R. CAPONIGRO, *I comportamenti taciti della p.a.*, in C. CONTESSA, R. GRECO (a cura di), *L'attività amministrativa e le sue regole (a trent'anni dalla l. n. 241/1990)*, Piacenza, 2020; M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *federalismi.it.*, 2020, X; per una vasta ricostruzione dei più recenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, si veda, in particolare, G. PALLIGGIANO, *L'inerzia (significativa e non significativa) della P.A. alla luce del decreto semplificazioni, contenuto nel Libro della Giustizia Amministrativa*, Torino, 2021, curato dall'Ufficio studi massimario e formazione della Giustizia amministrativa, 278 ss.

ficando, due macro-orientamenti contrastanti⁽⁷⁾. Un indirizzo interpretativo, invero, afferma che al procedimento delineato dall'art. 146, d.lgs. n. 42/2004 si applichi l'art. 17 *bis*, l. n. 241 /1990. Gli argomenti impiegati al fine di sostenere la tesi in parola sono i seguenti⁽⁸⁾.

In primo luogo, si qualifica la decisione in ordine all'autorizzazione paesaggistica come pluristrutturata. La manifestazione provvedimento finale sarebbe il frutto del concorso di due volontà amministrative, l'una di spettanza della Regione o dell'ente delegato, l'altra di pertinenza della Soprintendenza. Si tratterebbe, quindi, di una ipotesi di co-gestione, in conformità al dato sistematico che caratterizza

⁷ In dottrina, per l'applicabilità dell'art. 17-*bis* al procedimento di autorizzazione paesaggistica ex art. 146, d.lgs. n. 42/2004, V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1640 ss.; P. CARPENTIERI, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., 14 ss.; P. Marzaro, *Il coordinamento orizzontale tra amministrazioni: l'art. 17-bis della l. n. 241 del 1990, dopo l'intervento del Consiglio di Stato. Rilevanza dell'istituto nella co-gestione dell'interesse paesaggistico e rapporti con la conferenza di servizi*, cit.; M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e inesauribilità del potere*, cit., 16 s. Nega, invece, che l'art. 17-*bis* possa trovare applicazione al procedimento di autorizzazione paesaggistica C. GUACCI, *La valutazione di compatibilità paesaggistica*, Torino, 2023, 250 ss.

⁸ In particolare, si veda Cons. Stato, Sez. VI, 14 luglio 2020, n. 4559, secondo cui «la formulazione testuale del comma 3 dell'art. 17-*bis*, l.n. 241 del 1990 consente di accogliere la tesi favorevole all'applicabilità del meccanismo di semplificazione anche ai procedimenti di competenza di Amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili, ivi compresi i beni culturali e la salute dei cittadini. Sul punto la formulazione letterale del comma 3 è chiara e non lascia spazio a dubbi interpretativi: le Amministrazioni preposte alla tutela degli interessi sensibili beneficiano di un termine diverso (quello previsto dalla normativa di settore o, in mancanza, del termine di novanta giorni), scaduto il quale sono, tuttavia, sottoposte alla regola generale del silenzio assenso». Sulla medesima lunghezza d'onda, si vedano Cons. Stato, Sez. V, 14 gennaio 2022, n. 255; Cons. Stato, Sez. VI, 1 ottobre 2019, n. 6556, in cui, con riferimento alla fattispecie concreta, si afferma che «correttamente il parere obbligatorio della Soprintendenza è stato acquisito per *silentium*, ai sensi dell'art. 17-*bis* della legge n. 241 del 1990, il cui comma 3 espressamente stabilisce che le disposizioni in tema di silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche si applicano anche “ai casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale [...]” – e quindi anche ai procedimenti di accertamento della compatibilità paesaggistica di cui all'art. 167, comma 4, del d.lgs. n. 42 del 2004 –, precisando altresì che: “In tali casi, ove disposizioni di legge o i provvedimenti di cui all'articolo 2 non prevedano un termine diverso, il termine entro il quale le amministrazioni competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta è di novanta giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell'amministrazione procedente. Decorso i suddetti termini senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito”». Inoltre, l'applicazione del silenzio assenso orizzontale al parere paesaggistico è stata espressamente affermata anche dal Ministero dei Beni culturali con le circolari 10 novembre 2015, prot. n. 27158 e 20 luglio 2016, prot. 21892.

la materia⁽⁹⁾.

In secondo luogo, si valorizza l'ampiezza dell'ambito oggettivo di operatività della norma di cui all'art. 17 *bis* in esame. L'estensione del perimetro applicativo del silenzio assenso fra pubbliche amministrazioni è stata rimarcata, si sottolinea, da un importante parere del Consiglio di Stato, che ha fatto propria una esegesi a maglie sensibilmente larghe sia sotto il profilo soggettivo che sotto quello oggettivo⁽¹⁰⁾.

Inoltre, viene rammentato come la novella di cui al d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni in l. 11 settembre 2020, n. 120, esattamente in un'ottica di semplificazione, abbia sancito nell'art. 2, comma 8-*bis*, della legge generale sul procedimento amministrativo l'inefficacia del provvedimento adottato in seguito alla formazione dell'atto tacito di assenso⁽¹¹⁾. Anche tale disposizione si annovera-

⁹ Cons. Stato, 2 ottobre 2023, n. 8610, ove si rammenta che «nella fattispecie di cui all'art. 17-*bis*, come è stato icasticamente rilevato, si configura una decisione “a doppia chiave” e dunque – un'ipotesi di cogestione della funzione (c.d. decisione pluristrutturata)», nonché si specifica come «l'art. 17-*bis*» si applichi «ai procedimenti con fase decisoria pluristrutturata e pertanto “anche ai pareri vincolanti, e non, invece, a quelli puramente consultivi (non vincolanti) che rimangono assoggettati alla diversa disciplina di cui agli artt. 16 e 17 della legge n. 241 del 1990”».

¹⁰ Cons. Stato, comm. spec., 23 giugno 2016, n. 1640, in cui si ricorda, valorizzando il tenore letterale della disposizione oggetto di parere al fine di predicarne la latitudine applicativa, come «l'art. 17 *bis* l. n. 241/1990 disponga al primo comma che “nei casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni pubbliche e di gestori di beni o servizi pubblici, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di altre amministrazioni pubbliche, le amministrazioni o i gestori competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta entro trenta giorni dal ricevimento dello schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione da parte dell'amministrazione precedente”; specifichi al secondo comma che “decorsi i termini di cui al comma 1 senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito”; prescriva, al terzo comma, che “le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano anche ai casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico- territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza delle amministrazioni pubbliche [...] in tali casi, ove disposizioni di legge o i provvedimenti di cui all'articolo 2 non prevedano un termine diverso, il termine entro il quale le amministrazioni competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta è di novanta giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell'amministrazione precedente”, e puntualizzi che pur in questa eventualità “decorsi i suddetti termini senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito”».

¹¹ Dispone l'art. 2, comma 8-*bis*, l.p.a.: «Le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui» all'art. «17 *bis*, commi 1 e 3 [...] adottati dopo la scadenza dei termini ivi previsti, sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-*nonies*, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni».

rebbe nell'alveo delle norme ispirate alla medesima logica dell'art. 17-*bis*, e come quest'ultimo si fregherebbe di un campo applicativo generale, inclusivo dunque del procedimento di autorizzazione paesaggistica⁽¹²⁾.

Per converso, un indirizzo nega l'applicabilità del silenzio assenso fra pubbliche amministrazioni introdotto dalla "riforma Madia" nel corpo della legge n. 241/1990 alla fattispecie di cui all'art. 146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio. Si registrano differenti impostazioni per giungere al medesimo risultato negativo.

Un primo sub-orientamento inquadra la vicenda di settore in un rapporto amministrativo verticale. Si sostiene che si verta su una decisione monostrutturata, in cui il potere provvedimentale autorizzatorio è esclusivamente nelle mani della Soprintendenza, dovendo l'ente territoriale recepire il contenuto della pronuncia di quest'ultima. Il legislatore qualifica espressamente il parere come vincolante, per cui il ruolo della Regione o dell'ente delegato degrada, seguendo questa ricostruzione, a quello di mero "passacarte", atteso che si tratterebbe solo di ricevere l'istanza e trasmetterla al titolare della potestà decisoria. Se si sposa la tesi che intende la funzione dell'esponente delle comunità territoriali come meramente formale, allora viene meno il carattere condiviso della gestione dell'interesse

¹² Cons. Stato, sez. VI, 2 ottobre 2023, n. 8610, secondo cui «il definitivo superamento dell'indirizzo interpretativo contrario all'applicazione del silenzio assenso orizzontale al parere paesaggistico, a ben vedere, è stato formalmente sancito dalla recente modifica apportata all'articolo 2 della legge n. 241 del 1990 dall'articolo 12, comma 1, lett. a), n. 2), del decreto-legge n. 76 del 2020, che ha introdotto il nuovo comma 8-*bis* [...]. La lettera di tale disposizione, riferendosi espressamente alle fattispecie del silenzio maturato nel corso di una conferenza di servizi ex art. 14-*bis* e nell'ambito dell'istituto di cui all'art. 17-*bis*, è inequivocabile nell'affermare il principio (che non ammette eccezioni) secondo cui le determinazioni tardive sono irrilevanti in quanto prive di effetti nei confronti dell'autorità competente, e non soltanto privi di carattere vincolante. Da ciò discende che non c'è più spazio, alla luce del *novum* normativo in disamina, per tentare la strada della sopravvivenza del c.d. silenzio-devolutivo, stante la formulazione volutamente onnicomprensiva della nuova norma. Come già ricordato, il testo della legge, specie quando formulata, come nel caso in esame, mediante la c.d. tecnica per fattispecie analitica, fornisce la misura della discrezionalità giudiziaria e costituisce un limite insuperabile rispetto a opzioni interpretative che ne disattendano ogni possibile risultato riconducibile al suo potenziale campo semantico (così come delimitato dalla disposizione), per giungere ad esiti con esso radicalmente incompatibili [...]. Sul piano dell'*intentio legis*, la previsione è, peraltro, espressione della volontà politico-legislativa di superare le discussioni, registratesi nel previgente quadro normativo, in ordine al vizio che affliggeva il provvedimento tardivo [...]. Sotto il profilo teleologico, infine, la locuzione utilizzata dal legislatore mira a chiarire definitivamente che l'organo che si pronuncia tardivamente ha perso il potere di decidere: dunque il suo atto, adottato in carenza di potere relativamente ad uno specifico progetto, è privo di effetti nell'ordinamento amministrativo».

paesaggistico. Pertanto, il rapporto amministrativo rilevante intercorrerebbe fra privato e Soprintendenza. Ne conseguirebbe che, se si prevedesse la colorazione dell'inerzia soprintendenzia in termini di assenso *per silentium*, risulterebbe beneficiario di tale silenzio significativo direttamente il privato. Un tale risultato, si osserva, non sarebbe ammesso dal modello generale configurato dall'art. 20 della legge sul procedimento, poiché in caso di rapporto verticale fra soggetto pubblico e privato la mancata cura in concreto dell'interesse sensibile paesaggistico non potrebbe essere sopperita dalla presa in carico del medesimo valore da parte di un'altra amministrazione, in assenza di relazioni orizzontali fra più enti. La deficienza della tutela del bene paesaggio sarebbe definitiva, difettando l'attività dell'unica amministrazione coinvolta nella vicenda che avrebbe potuto curarsene. Stante la presa di posizione espressa del legislatore nella legge n. 241/1990, che contempla il paesaggio fra le eccezioni che ostano all'operatività generale del silenzio assenso verticale, si dovrebbe concludere per l'impossibilità di qualificare l'inerzia della Soprintendenza come silenzio assenso, fermo restando che, trattandosi di decisione monostrutturata, si sarebbe al di fuori dell'ambito oggettivo dell'art. 17-bis, che si occupa di fattispecie decisorie pluristrutturate¹³.

Un secondo sub-orientamento esclude l'applicabilità dell'art. 17-bis poiché tale norma disciplinerebbe esclusivamente le relazioni che intercorrono fra l'amministrazione che procede e gli enti vocati a rilasciare assensi, comunque denominati. Nel caso di specie, invece, gli aspetti del momento dinamico gestorio oggetto di

¹³ Cons. Stato, Sez. IV, 7 aprile 2022, n. 2584, sostiene che «l'inapplicabilità nella specie dell'art. 17-bis l. n. 241 del 1990 consegue al fatto che il rapporto amministrativo è di carattere “verticale”, non “orizzontale”, in quanto sostanzialmente intercorrente fra il privato e la Soprintendenza, non fra il Comune e la Soprintendenza. [...] Elemento centrale è rappresentato dal fatto che il procedimento è ad istanza di parte: pertanto, la fase istruttoria, benché formalmente curata dall'Amministrazione comunale, pertiene comunque allo scrutinio dell'istanza di un privato, sì che siffatta originaria e costitutiva dimensione “verticale” pervade e connota ab interno tutta la dinamica procedimentale; non rileva, in senso contrario, rilevare che – per il tramite del parere della Soprintendenza – vi è una sostanziale cogestione del vincolo da parte dello Stato, poiché ciò che importa è la disciplina introdotta dal legislatore sull'articolazione formale del procedimento conseguente all'istanza del privato. [...] Ne consegue, inoltre, che è inconfigurabile la valenza provvedimentale del silenzio soprintendentizio, ai sensi dell'art. 20, comma 4, l. n. 241 del 1990, trattandosi di un parere in senso tecnico»; Cons. Stato, Sez. IV, 27 luglio 2020, n. 4765, afferma che «nei casi in cui un'Amministrazione ha un ruolo meramente formale (raccolge e trasmette l'istanza all'Amministrazione unica decidente), la decisione risulta monostrutturata. In questo caso, infatti, come osserva la richiesta di parere, non essendoci un'amministrazione co-decidente, il vero beneficiario del silenzio assenso sarebbe il privato, avendosi, quindi, un'ipotesi silenzio assenso nei rapporti (non endoprocedimentali, ma) con i privati».

condivisione fra amministrazioni non afferirebbero solamente ad attività decisorie, quanto piuttosto anche a profili strettamente istruttori. Si sarebbe pertanto fuori dal perimetro di applicazione del silenzio assenso fra pubbliche amministrazioni. Si aggiunge pure che né la «proposta di provvedimento» della Regione o dell'ente delegato, riguardata in sostanza quale mera iniziativa, né il parere soprintenziale, quale atto meramente consultivo, integrerebbero la categoria di «schema di provvedimento» contemplata dall'art. 17-*bis*⁽¹⁴⁾.

Un terzo sub-orientamento giunge ad escludere la riconducibilità della fattispecie in esame al silenzio assenso fra pubbliche amministrazioni valorizzando la specialità della normativa in discorso. Segnatamente, si sostiene che, pur potendosi applicare su un piano astratto l'art. 17-*bis* a dei sub-procedimenti, in materia di autorizzazione paesaggistica il legislatore avrebbe costruito un *iter* speciale

¹⁴ Si veda Cons. Stato, Sez. IV, 27 luglio 2020, n. 4765, secondo cui «il parere del Soprintendente, pur configurandosi come una determinazione partecipe della funzione decisoria (nel senso che essa determina il contenuto del provvedimento finale, in ragione della sua natura vincolante, nei casi previsti dal comma 5 dell'art. 146), non può però essere assimilato allo “schema di provvedimento”, cui l'art. 17 bis, comma 1, della legge n. 241 del 1990 ha attribuito decisivo rilievo [...]. Affinché tale comma 1 possa trovare applicazione, occorre dunque che vi sia uno “schema di provvedimento” della “amministrazione procedente”, seguito dal decorso di trenta giorni, in assenza dell'assenso, del concerto o del nulla osta di competenza di un'altra amministrazione. Di certo, la “proposta di provvedimento” – trasmessa dalla Regione (o dall'ente locale subdelegato) alla Soprintendenza ai sensi dell'art. 146, comma 7 – non può essere assimilata allo “schema di provvedimento”, così come lo stesso parere della Soprintendenza, per la sua natura di atto consultivo espressamente conferita dal legislatore, non costituisce uno “schema di provvedimento”. In sostanza, l'art. 146 del codice n. 42 del 2004 ha previsto che l'atto conclusivo del procedimento (l'autorizzazione paesaggistica ovvero il diniego di essa) rimanga un “provvedimento monostrutturato”, riferibile alla autorità che emana l'atto finale (tanto che più volte questo Consiglio ha rilevato come lo stesso parere vincolante non sia immediatamente impugnabile: sez. VI, 8 gennaio 2020, n. 129; sez. VI, 18 settembre 2017, n. 4369; sez. VI, 12 settembre 2017, n. 4315; sez. VI, 18 luglio 2017, n. 352). Ne consegue che il decorso del tempo, nelle fasi del procedimento previsto dall'art. 146 del codice n. 42 del 2004, non comporta l'applicazione delle disposizioni contenute nell'art. 17 bis della legge n. 241 del 1990»; Cons. Stato, Sez. VI, 29 marzo 2021, n. 2640, per il quale non si applica «il meccanismo del silenzio-assenso tra amministrazioni di cui all'articolo 17-*bis* della legge n. 241/1990. Quest'ultimo [...] vale esclusivamente nei rapporti fra l'amministrazione “procedente” e quelle chiamate a rendere “assensi, concerti o nulla osta”, e non anche nel rapporto “interno” fra le amministrazioni chiamate a co-gestire l'istruttoria e la decisione in ordine al rilascio di tali assensi (nel caso di specie, Regione Sardegna e Soprintendenza)». L'orientamento descritto presta il fianco all'obiezione per cui, al fine di negare la configurabilità nel caso di specie di uno «schema di provvedimento» secondo i crismi dell'art. 17-*bis*, da una parte mostra un approccio sostanzialistico, leggendo la proposta proveniente dalla Regione o dall'ente delegato come un atto di iniziativa procedimentale, dall'altra parte fa proprio un approccio formalistico, inquadrando il parere soprintenziale nell'ambito dei meri atti consultivi, senza adeguatamente considerarne la natura materialmente decisoria.

derogatorio. Difatti, in caso di inerzia della Soprintendenza, l'amministrazione precedente sarebbe tenuta sì a provvedere, ma in seguito al decorso del termine di sessanta giorni, divergente rispetto al termine di quarantacinque giorni assegnato all'ente statale per rendere il parere, e non necessariamente in conformità a quest'ultimo, presupponendo così la mancata formazione di un atto tacito di assenso. Si verterebbe su un'ipotesi di silenzio devolutivo o abilitante, a seconda delle differenti qualificazioni teoriche⁽¹⁵⁾. La Regione o l'ente delegato, quindi, in sede di decisione finale, potrebbe anche modificare l'atto inviato per il parere, ma dovrebbe coerentemente procedere, in una tale evenienza, ad una nuova sottoposizione del provvedimento, come emendato, al giudizio consultivo della Soprintendenza⁽¹⁶⁾.

¹⁵ Sul silenzio abilitante si veda, F. SCALIA, *La controversa relazione tra il silenzio endoprocedimentale ed autorizzazione paesaggistica*, cit., 125, secondo cui «se si guarda alle figure di silenzio — diverse dal silenzio significativo assenso/diniego — contemplate dal capo quarto della legge generale sul procedimento amministrativo — dedicato alla semplificazione amministrativa —, è forse più appropriato definire l'inerzia del Soprintendente silenzio “abilitante” — ovvero il meccanismo di semplificazione previsto dall'art. 16, comma 2, per l'acquisizione dei pareri — onde tenerlo distinto dal silenzio “devolutivo”, previsto dall'art. 17 per le valutazioni tecniche».

¹⁶ Cons. Stato, Sez. VI, 24 maggio 2022, n. 4098; Cons. Stato, 29 marzo 2021, n. 2640, secondo cui «con riguardo al procedimento di autorizzazione paesaggistica non v'è dubbio che, alla stregua del ricordato articolo 146 del d.lgs. n. 42/2004, il potere autorizzatorio appartiene in prima battuta alla Regione, spettando alla Soprintendenza un parere sulla proposta di provvedimento sottopostale dall'Amministrazione competente. Tale parere, sebbene vincolante, in via ordinaria cessa di esserlo se reso tardivamente e per di più può essere pretermesso in caso di sua mancata espressione, secondo quanto previsto dal comma 9 dell'articolo 146, come modificato dal d.l. 12 settembre 2014, n. 133», nonché «a seguito del decorso del termine per l'espressione del parere vincolante (*rectius*: conforme) da parte della Soprintendenza, l'organo statale non resti in assoluto privato della possibilità di rendere un parere; tuttavia il parere in tal modo espresso perderà il proprio valore vincolante e dovrà essere autonomamente e motivatamente valutato dall'amministrazione preposta al rilascio del titolo. Ne consegue, pertanto, che se nel corso di una prima fase (che si esaurisce con il decorso del termine di legge), l'organo statale può, nella pienezza dei suoi poteri di cogestione del vincolo, emanare un parere vincolante dal quale l'amministrazione deputata all'adozione dell'autorizzazione finale non potrà discostarsi (comma 8), successivamente l'amministrazione precedente “provvede sulla domanda di autorizzazione” (comma 9), essendo pertanto legittimata all'adozione dell'autorizzazione prescindendo in radice dal parere della Soprintendenza»; TAR, Campania, Salerno, Sez. II, 2 novembre 2022, n. 2896.

3. IL PROBLEMA DEL PARERE SOPRINTENDIZIO TARDIVO

La seconda questione problematica che si è posta nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale concerne, come anticipato, la natura giuridica e la conseguente portata effettuale del parere rilasciato tardivamente dalla Soprintendenza.

Un primo orientamento, muovendo dalla qualificazione del silenzio di quest'ultima quale assenso, ritiene con coerenza che l'atto consultivo reso fuori termine sia inefficace, alla luce della sopra menzionata disposizione dell'art. 2, comma 8-bis, l. n. 241/1990. Si tratterebbe, quanto a natura giuridica, di una patologia attizia particolarmente grave, tanto da comportare l'assenza sin dall'inizio di produzione di effetti, così da far assurgere l'inefficacia a categoria originaria e non meramente conseguente ad una diversa colorazione dell'atto⁽¹⁷⁾.

Un secondo orientamento, principiando dalla contrarietà a qualificare l'inerzia soprintendizia come giuridicamente significativa, nega che il parere tardivo debba esser considerato inefficace. Si giunge alla predetta conclusione seguendo itinerari ermeneutici diversi.

Un indirizzo sostiene che il termine posto dal legislatore per il rilascio del parere sia perentorio, pur non vertendosi in una ipotesi di silenzio assenso. Ne conseguirebbe l'esaurimento della potestà amministrativa, con impossibilità di esercizio tardivo del potere consultivo⁽¹⁸⁾.

Un altro indirizzo, sulla scorta del carattere di silenzio inadempimento dell'inerzia soprintendizia, appresta al privato il rimedio della relativa azione, volta ad ottenere una pronuncia giudiziale di condanna a provvedere, in conformità al preesistente obbligo di conclusione dello specifico procedimento. Ne deriverebbero le conseguenze tipiche del ricorso avverso il silenzio non significativo, ivi inclusa la possibilità di nomina di un commissario *ad acta*, quale ausiliario del giudi-

¹⁷ In ordine all'inquadramento teorico dell'inefficacia prevista dalla novella del decreto c.d. "semplificazione" del 2020, si veda M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020, III, in www.forumcostituzionale.it.

¹⁸ L'orientamento riportato si presta all'obiezione per cui la stessa lettera della disposizione prevede che la Regione o l'ente delegato, di regola il Comune, può provvedere comunque, nonostante l'inerzia della Soprintendenza, solo in seguito al decorso di sessanta giorni, individuando un termine difforme rispetto ai quarantacinque giorni contemplati per il rilascio del parere. Si veda Cons. Stato, Sez. VI, 15 marzo 2013, n. 1561, per cui «il parere della Soprintendenza» è caratterizzato dal «carattere perentorio del termine entro il quale» va «espresso», di talché l'atto consultivo tardivo è «da considerarsi privo dell'efficacia attribuitagli dalla legge e cioè privo di valenza obbligatoria e vincolante».

ce che può dare attuazione alla sentenza senza dover seguire le puntuali forme dell'ottemperanza¹⁹). Secondo questa ricostruzione, dunque, la natura giuridica del parere tardivo non muterebbe, poiché l'atto consultivo resterebbe, pur dopo lo spirare del termine per il suo rilascio, obbligatorio nell'*an* e vincolante nel *quid*⁽²⁰⁾. Un ultimo indirizzo nega la consumazione del potere consultivo, affermando che la Soprintendenza potrebbe rendere il parere tardivamente. Tuttavia, il decorso del termine inciderebbe sulla natura giuridica e sulla conseguente portata effettuale dell'atto consultivo, trasformandolo da vincolante in non vincolante. Pertanto, l'amministrazione procedente potrebbe discostarsi dal parere, motivando adeguatamente la difforme volizione.

4. IPOTESI RICOSTRUTTIVA

Sommariamente tratteggiati i vari orientamenti sulle questioni problematiche, possono essere tratte delle conclusioni. Sembra sia da preferirsi l'impostazione che vede nel procedimento di autorizzazione paesaggistica un *iter* speciale rispetto al paradigma generale di cui all'art. 17-*bis*, con qualificazione del parere tardivo come atto non più vincolante.

¹⁹ Sul ruolo del giudizio di ottemperanza e sulla natura giuridica del commissario *ad acta* si veda Cons. Stato, Ad. Plen., 25 maggio 2021, n. 8.

²⁰ Cons. Stato, Sez. IV, 7 aprile 2022, n. 2584, secondo cui «l'inapplicabilità nella specie dell'art. 17-*bis* l. n. 241 del 1990 consegue al fatto che il rapporto amministrativo è di carattere "verticale", non "orizzontale", in quanto sostanzialmente intercorrente fra il privato e la Soprintendenza, non fra il Comune e la Soprintendenza [...]. Elemento centrale è rappresentato dal fatto che il procedimento è ad istanza di parte: pertanto, la fase istruttoria, benché formalmente curata dall'Amministrazione comunale, pertiene comunque allo scrutinio dell'istanza di un privato, sì che siffatta originaria e costitutiva dimensione "verticale" pervade e connota ab interno tutta la dinamica procedimentale; non rileva, in senso contrario, rilevare che – per il tramite del parere della Soprintendenza – vi è una sostanziale cogestione del vincolo da parte dello Stato, poiché ciò che importa è la disciplina introdotta dal legislatore sull'articolazione formale del procedimento conseguente all'istanza del privato [...]. Ne consegue, inoltre, che è inconfigurabile la valenza provvedimentale del silenzio soprintendentizio, ai sensi dell'art. 20, comma 4, l. n. 241 del 1990, trattandosi di un parere in senso tecnico [...]. Sul punto, si formula integrale richiamo alle sentenze di questa Sezione n. 2640 del 29 marzo 2021 e n. 4765 del 27 luglio 2020». L'orientamento in esame, qualificando l'inerzia della Soprintendenza come silenzio non significativo e, quindi, ammettendo la possibilità di un atto consultivo tardivo dalla medesima natura giuridica e portata effettuale, pare violare il principio di eguaglianza-ragionevolezza, desumibile sin dall'art. 3 Cost. Infatti, si trattano in modo eguale fattispecie difformi, quali il rilascio tempestivo e l'adozione tardiva del parere, in un contesto normativo che mostra di voler differenziarne il regime.

Si verte su un sub-procedimento autonomo che si innesta su un agire principale volto ad amministrare un'opera o un progetto, in cui si rinviene una struttura della decisione pluralistica. La co-gestione del bene paesaggio, d'altronde, rappresenta una costante della materia, caratterizzata per una condivisione di funzioni fra Stato ed autonomie territoriali, nelle loro varie espressioni. La competenza a procedere, pur spettando alla Regione, come più volte ricordato, può infatti essere delegata anche ad enti locali o a forme associative fra gli stessi. Pertanto, si registra un rapporto orizzontale fra amministrazioni parimenti deputate a concorrere nel decidere. Non possono essere accolte quindi le teorie che vedono nel caso di specie una decisione monostrutturata. Depongono in senso contrario sia la lettera delle disposizioni, che con chiarezza tracciano una comunanza funzionale, sia l'interpretazione sistematica citata, imperniata sul coinvolgimento dei vari livelli di governo nel momento dinamico di gestione del bene paesaggio⁽²¹⁾.

Si rientra, allora, nell'ambito applicativo dell'art. 17-*bis*, che si occupa precipuamente del silenzio fra amministrazioni chiamate entrambe⁽²²⁾ a decidere. Né può essere usato come argomento contrario il rilievo per cui l'iniziativa che dà avvio al procedimento è assunta dal privato. L'indirizzo che afferma che esulino dal perimetro dell'art. 17-*bis* le ipotesi di agire amministrativo ad istanza di parte, infatti, va respinto. Il silenzio assenso fra pubbliche amministrazioni si forma in ogni fattispecie di decisione pluristrutturata, sia qualora il procedimento abbia avvio su istanza di parte che ove esso inizi d'ufficio. Diverso è invece il caso di silenzio

²¹ P. CARPENTIERI, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., 14-20, il quale parla del «principio della compartecipazione necessaria tra Stato e autonomie territoriali che connota tutta la materia paesaggistica (nella Parte III del codice del 2004). Questo principio, oltre che evincibile dal tessuto normativo vigente, è frutto di una dialettica — giuridica e politica — tra Stato e Regioni (e Comuni) che si è sviluppata a partire dagli anni '70-'80 del secolo scorso, ha avuto il suo culmine nell'accordo Stato-Regioni del 2001 (20) e, quindi, ha trovato il suo precipitato normativo nel codice del 2004, che ha cristallizzato un punto di intesa, di equilibrio, tra lo Stato e le autonomie territoriali (tenuto conto anche della Convenzione europea del paesaggio, fatta a Firenze il 20 ottobre 2000 e ratificata dall'Italia con l. 9 gennaio 2006 n. 14). [...] Tutti e tre gli stadi, le fasi fondamentali nelle quali si articola la materia della tutela e valorizzazione del paesaggio — individuazione (ossia dichiarazione dell'importante interesse pubblico paesaggistico), pianificazione, gestione e controllo — è compartecipata tra lo Stato, le Regioni e gli enti locali. [...] È in questo terreno che affonda le sue radici la natura co-decisoria del parere vincolante, peraltro ritenuta condivisibilmente dalla [...] prevalente giurisprudenza».

²² Se si tratta di una decisione pluristrutturata che coinvolge più di due amministrazioni, secondo l'orientamento preferibile, trova applicazione l'istituto della conferenza di servizi decisoria. Si veda in proposito, tra l'altro, Cons. Stato, comm. spec., 23 giugno 2016, n. 1640.

assenso verticale, disciplinato dall'art. 20 della medesima legge n. 241, in cui il beneficiario della qualificazione dell'inerzia in termini di atto tacito favorevole risulta essere immediatamente il consociato. Dunque, mentre quando il rapporto è verticale, fra privato e soggetto pubblico, il silenzio significativo spiega effetti diretti verso l'esterno, nel momento in cui la relazione è orizzontale, fra due amministrazioni, anche nell'eventualità che ambedue siano titolari della potestà decisoria, non si hanno effetti immediati verso l'esterno, trattandosi di un'inerzia qualificata dal rilievo endoprocedimentale. La differenza sostanziale consiste nel fatto che in presenza di due gestori della cosa pubblica, in caso di inerzia dell'amministrazione istituzionalmente preposta alla cura dell'interesse sensibile, il medesimo è tutelato, in via subordinata, dal secondo ente; al contrario, allorché il privato si relazioni con un solo soggetto pubblico, l'omissione di quest'ultimo non appare recuperabile su altri piani⁽²³⁾.

Non è conferente, peraltro, neanche l'argomento che fa leva sull'asserita idiosincrasia fra lo «schema di provvedimento» richiesto dall'art. 17-bis e la proposta che l'ente territoriale invia alla Soprintendenza. Assumendo come oggetto di studio il solo sub-procedimento di autorizzazione paesaggistica, con esclusione dell'*iter* principale teso al rilascio del titolo abilitativo all'intervento urbanistico-edilizio, si può ben inquadrare la proposta in parola nella categoria che postula l'applicabilità del silenzio assenso fra amministrazioni pubbliche, trattandosi di un provvedimento *in nuce* che assumerà portata decisoria in ordine alla rimozione del limite, posto a garanzia del paesaggio, all'esercizio della pretesa vantata. Se su un terreno astratto, orbene, il sub-procedimento di autorizzazione paesag-

²³ Si veda Cons. Stato, Sez. VI, 24 maggio 2022, n. 4098, secondo cui non può rilevare «in senso opposto alla applicabilità dell'art. 17 bis, la circostanza che il procedimento “principale” sia avviato ad istanza di un privato, perché il silenzio assenso di che trattasi [...] non ha valore provvedimentale e non sostituisce l'autorizzazione paesaggistica espressa, che, ove non adottata tempestivamente, legittima il privato a ricorrere ai poteri sostitutivi, a conferma del fatto che l'autorizzazione paesaggistica non può mai formarsi *per silentium*». In merito all'estensione oggettiva dell'ambito dell'istituto di cui all'art. 17-bis si rinvia a Cons. Stato, comm. spec., 23 giugno 2016, n. 1640. Si veda inoltre Cons. Stato, n. 4098/2022, secondo cui «in definitiva, il silenzio assenso disciplinato dall'art. 17 bis ha natura endoprocedimentale, avendo valenza solo all'interno di un procedimento pendente, destinato a chiudersi con un provvedimento avente efficacia esterna, di competenza dell'amministrazione precedente. Proprio per questa ragione esso differisce rispetto al silenzio assenso disciplinato dal successivo art. 20, che invece ha natura provvedimentale e disciplina direttamente e “verticalmente” i rapporti tra amministrazione precedente e privato richiedente».

gistica è iscrivibile nel quadro di operatività dell'art. 17-*bis*⁽²⁴⁾ in una prospettiva concreta, che tenga conto dell'effettiva modulazione normativa dell'istituto di settore, emerge come si discorra di una fattispecie speciale, che, in quanto tale, deroga alla disciplina generale introdotta dalla riforma Madia nella legge n. 241⁽²⁵⁾. Innanzitutto, risulta dirimente il tenore letterale della disposizione. Il legislatore, mentre per l'ipotesi in cui la Soprintendenza si pronunci entro i termini prevede che l'ente territoriale debba conformarsi al parere tempestivo, nel caso in cui l'at-

²⁴ Si veda Cons. Stato, n. 4098/2022, secondo cui in astratto «si potrebbe ammettere che nell'ambito del sub-procedimento avente ad oggetto l'espressione dell'autorizzazione paesaggistica possa formarsi un silenzio assenso ai sensi dell'art. 17 bis, il quale avrà effetto solo nei confronti dell'autorità preposta alla tutela del vincolo, alla quale spetta l'adozione del provvedimento finale, espresso».

²⁵ La stratificazione delle disposizioni in raffronto, nella legge generale sul procedimento amministrativo e nella disciplina di settore, è consistente. Si pensi, per fornire un dato icastico, che l'art. 146 del codice dei beni culturali e del paesaggio, risalente al 2004, è stato emendato, dalla sua entrata in vigore, ben sette volte. È utile rammentarlo per segnalare la complessità, che connota l'intero diritto amministrativo, del coordinare le regole generali e dunque trasversali ai vari settori con gli statuti di parte speciale. Anche a causa di questa complessità il legislatore si è spinto a più riprese ad intervenire sulle varie disposizioni, nel tentativo di garantire un costante coordinamento fra i due ordini di discipline. Ogni qual volta si modifichi, infatti, un istituto della legge n. 241, si pone il tema dell'effetto di tale novella sugli istituti di parte speciale, e viceversa. In seguito all'inserimento dell'art. 17-*bis* nella legge n. 241/1990 si è posta appunto la questione del rapporto tra tale disposizione e l'art. 146 del codice del 2004. Ebbene, la specialità del procedimento di settore emerge alla luce dei criteri di risoluzione delle antinomie, in forza della presenza di elementi specializzanti, di specificazione o di aggiunta, rispetto alla norma generale di cui alla legge n. 241. Va rammentato infatti che le norme speciali resistono al sopravvenire di nuove norme generali. In questi casi il criterio cronologico non opera, cedendo in favore, appunto, del criterio di specialità, giacché la legge generale posteriore non deroga la previa legge speciale. Si rinvia a F. SCALIA, *La controversa relazione tra il silenzio endoprocedimentale ed autorizzazione paesaggistica*, cit., 125, il quale afferma che «l'art. 17-bis l.p.a. e l'art. 146 del Codice dei beni culturali e paesaggistici prevedono due distinti meccanismi di semplificazione. Il rapporto tra le fattispecie delle due norme è di genere/specie: l'art. 17-bis disciplina in generale il procedimento di formazione di una decisione bi-strutturata, alla quale partecipi, oltre la procedente, una sola altra amministrazione, stabilendo con finalità di semplificazione i termini perentori di intervento di questa e le conseguenze della sua inerzia; l'art. 146 disciplina uno speciale procedimento di formazione di una decisione bi-strutturata, stabilendo anch'esso termini perentori di intervento dell'amministrazione interpellata, ma risolvendo diversamente il tema dell'inerzia di quest'ultima. La seconda norma è speciale perché dispone — per una fattispecie inclusa nel campo di applicazione di una norma generale — una conseguenza giuridica incompatibile con quella disposta dalla norma generale», nonché accosta al caso in esame, «per evidenti analogie, la decisione Cons. Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2016 n. 17, che, in ragione del principio di specialità, ha ritenuto non abrogata tacitamente dall'art. 20, comma 4, l.p.a., la previsione dell'art. 13 (Nulla osta), comma 1 (e 4) l. 6 dicembre 1991 n. 394 (Legge quadro sulle aree protette) secondo cui “decorso inutilmente” il termine di sessanta giorni dalla richiesta di nulla osta per concessioni o autorizzazioni relative a interventi “il nulla osta si intende rilasciato”».

to consultivo intervenga tardivamente prescrive che la Regione o l'ente delegato «provveda comunque», senza porre il vincolo di conformazione al giudizio paesaggistico soprintendizio. La chiara distonia fra le due disposizioni non può che determinare anche una divergenza in punto di regime giuridico. Pertanto, il parere mantiene la propria natura vincolante solo qualora esso sia tempestivo. Al contrario, quando l'atto consultivo è tardivo, esso perde il carattere vincolante.

Va specificato, ad ogni modo, che il provvedimento finale anche nel caso di inerzia della Soprintendenza deve rispecchiare la proposta iniziale inviata all'ente statale. Difatti, in caso contrario, il provvedimento sarebbe viziato nella forma poiché adottato su una proposta non previamente sottoposta al parere soprintendizio. Nell'eventualità di una modifica da parte della Regione o dell'ente delegato sarebbe doveroso un nuovo invio per un ulteriore parere⁽²⁶⁾.

In definitiva, non vi sono notevoli differenze fra il procedimento speciale di settore ed il modello generale di cui all'art. 17-*bis*⁽²⁷⁾.

²⁶ Sul punto, si veda Con. Stato, n. 4098/2022, secondo cui «è evidente che il provvedimento finale anche in tal caso deve rispecchiare la proposta originaria trasmessa alla Soprintendenza: diversamente il provvedimento adottato risulterebbe illegittimo in quanto emesso su una proposta non precedentemente sottoposta al parere della Soprintendenza (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 5799 dell'11 dicembre 2017); l'amministrazione procedente, tuttavia, non essendosi formato un silenzio assenso da parte della Soprintendenza, potrebbe avere un ripensamento e quindi potrebbe decidere di riformulare la proposta originaria, senza perciò incorrere in un provvedimento in autotutela, non essendosi ancora formato un provvedimento definitivo».

²⁷ Per l'approccio sostanzialistico comparativo menzionato si veda Cons. Stato, n. 4098/2022, secondo cui «d'altro canto si deve evidenziare che la disciplina del rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, disegnata dall'art. 146 del D. L.vo 42/2004, per vari aspetti rispecchia quella del silenzio assenso ex art. 17 bis. In particolare: (i) la Soprintendenza è chiamata ad esprimersi su una proposta di parere formulata dalla regione, o dall'ente da essa delegato: è vero che questo parere ha ad oggetto solo la compatibilità paesaggistica dell'opera o del progetto, e che per tale ragione la suddetta proposta non è equiparabile allo schema del provvedimento che sarà rilasciato dall'amministrazione competente ad autorizzare il progetto o l'opera; tuttavia nell'ambito del sub-procedimento finalizzato al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, la proposta che viene trasmessa dalla regione alla Soprintendenza rappresenta lo schema del provvedimento che decide sulla istanza di rilascio di autorizzazione paesaggistica; (ii) inoltre, il parere della Soprintendenza ha natura obbligatoria e vincolante, e ciò denuncia la natura pluristrutturata della autorizzazione paesaggistica, e la condivisione del potere decisorio in materia tra la regione e la Soprintendenza, che costituisce un tratto essenziale dei procedimenti nell'ambito dei quali può formarsi il silenzio assenso disciplinato dall'art. 17 bis». Nell'ambito della ricostruzione che sposa la tesi della specialità del procedimento di autorizzazione paesaggistica, si veda, in particolare, F. SCALIA, *La controversa relazione tra il silenzio endoprocedimentale ed autorizzazione paesaggistica*, cit., 125, secondo cui si tratta di «uno speciale meccanismo di superamento dell'inerzia della Soprintendenza» che impone «ad essa di esprimere il proprio parere vincolante entro quarantacinque giorni dalla proposta di provve-

5. SPUNTI SISTEMATICI

Proseguendo, in una prospettiva sistematica, si nota come la disciplina in esame rappresenti un delicato punto di equilibrio fra confliggenti valori dal rilievo costituzionale e sopranazionale. La costruzione di un meccanismo *sui generis* che pur non abbracciando puntualmente la tecnica del silenzio assenso comunque si avvicini nella sostanza ad essa testimonia l'esigenza avvertita dal legislatore di contemperare molteplici interessi fondamentali⁽²⁸⁾.

Quanto alle istanze sopranazionali, in particolare, va ricordato come il diritto eurounitario avverta l'esigenza di impedire che l'inerzia della pubblica amministrazione ridondi in danno del privato. Ciò è dimostrato dalla generalizzazione del «principio di tacita autorizzazione», posto dalla direttiva **2006/123/CE**, c.d. Bolkestein, in materia di servizi nel mercato interno⁽²⁹⁾.

dimento e» abilita «l'amministrazione precedente — decorso inutilmente il termine di sessanta giorni — a provvedere prescindendo dal suo parere». Si specifica che «la ragione dell'inapplicabilità dell'art. 17-bis, l. n. 241/1990, al procedimento disciplinato dall'art. 146 del Codice» risiede «tutta — e solo — nel carattere speciale di tale disciplina, come tale non incisa dalla norma generale introdotta dalla riforma Madia, e ciò per il principio espresso dal brocardo: *lex specialis derogat generali*. [...] se si guarda alle figure di silenzio — diverse dal silenzio significativo assenso/diniego — contemplate dal capo quarto della legge generale sul procedimento amministrativo — dedicato alla semplificazione amministrativa —, è forse più appropriato definire l'inerzia del Soprintendente silenzio “abilitante” — ovvero il meccanismo di semplificazione previsto dall'art. 16, comma 2, per l'acquisizione dei pareri — onde tenerlo distinto dal silenzio “devolutivo”, previsto dall'art. 17 per le valutazioni tecniche. [...] Il meccanismo di semplificazione disciplinato dall'art. 146, comma 8, rappresentando [...] il punto di equilibrio e mediazione tra il principio di necessaria cogestione del vincolo, che pervade l'intero Codice, e le esigenze di semplificazione, è espressivo del bilanciamento operato dal legislatore tra principi diversi e, come tale, non derogabile tacitamente. [...] È da ritenere, quindi, che, per il principio di specialità, l'art. 17-bis della l.p.a. non abbia abrogato tacitamente l'art. 146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio nella parte in cui riconnette un effetto abilitante all'inerzia della Soprintendenza».

²⁸ Si rinvia in generale a N. PIGNATELLI, *L'autorizzazione paesaggistica: il procedimento amministrativo come sede di attuazione dei valori costituzionali*, in *federalismi.it*, 2023.

²⁹ Anche il diritto unionale, comunque, pur sancendo nella direttiva c.d. Bolkestein il principio di “tacita autorizzazione” al fine di semplificare i procedimenti amministrativi indispensabili per motivi imperativi di interesse generale, prevede che in caso di determinati interessi qualificati sia necessario un provvedimento esplicito, non essendo sufficiente un comportamento legalmente tipizzato. L'ultimo comma dell'art. 17-*bis* si fa carico di ciò contemplando tra le deroghe al silenzio assenso fra pubbliche amministrazioni le ipotesi in cui il diritto eurounitario imponga un provvedimento esplicito.

A fondamento della logica semplificatoria sottesa alle manifestazioni *per silentium*, poi, sono stati scorti anche indici costituzionali. L'art. 97 Cost., segnatamente, nel prevedere il principio del buon andamento dell'azione amministrativa, riguardato in un'ottica contemporanea, richiede che non vi siano pregiudizi che possano ricadere sui cittadini e sugli operatori economici a fronte delle omissioni dei soggetti pubblici, in conformità al principio personalistico latamente declinato, avente base giuridica nell'art. 2 della Carta fondamentale³⁰. Peraltro, deve ritenersi che riposi sempre in seno all'art. 97 Cost. anche il principio di trasparenza, che impone alle amministrazioni di non tenere comportamenti opachi, quali la mancata presa di posizione in termini espliciti in un procedimento. Il silenzio assenso, orizzontale o verticale che sia, stigmatizza tali contegni che menomano l'immagine della pubblica amministrazione come casa di vetro, nonché della democrazia quale «regime del potere visibile», secondo la nota formula di Norberto Bobbio³¹.

Si tratta, ad ogni modo, di una soluzione non costituzionalmente vincolata, quanto

³⁰ Si rinvia per approfondimenti a Cons. Stato, parere del 2016, n. 1640, che parla di «“primato dei diritti” della persona, dell'impresa e dell'operatore economico rispetto a qualsiasi forma di mero dirigismo burocratico». Si aggiunge che «soccorre [...] anche la qualificazione, desumibile dalla stessa giurisprudenza costituzionale, dell'attività amministrativa come “prestazione” diretta a soddisfare diritti civili e sociali (art. 117, secondo comma, lett. m) Cost.), il cui livello essenziale può essere unitariamente predeterminato dallo Stato mediante la previsione di adeguati meccanismi di semplificazione. Nella logica del ‘primato dei diritti’, i meccanismi di semplificazione dell'azione amministrativa non vanno visti come una forma di sacrificio dell'interesse pubblico, ma al contrario come strumenti funzionali ad assicurare una cura efficace, tempestiva e pronta dello stesso, con il minore onere possibile per la collettività e per i singoli privati. Essi trovano, quindi, un fondamento nel principio del buon andamento dell'azione amministrativa, che postula anche l'efficienza e la tempestività di quest'ultima»; F. CAPORALE, *Le modifiche alla legge sul procedimento amministrativo*, in *Giornale dir. amm.*, 2021, VI, 772-778, rammenta, con riferimento a recenti novelle normative, anche riguardanti l'istituto del silenzio assenso, ma con considerazioni che ben possono essere impiegate su un piano generale, in termini di tendenza del sistema, come l'intenzione del legislatore sia di rafforzare il bene giuridico della certezza dei mercati, per favorire il rilancio dell'economia.

³¹ Cons. Stato, parere del 2016, n. 1640, parla del «principio di trasparenza (anch'esso desumibile dall'art. 97 Cost.) [...] come principio generale l'intera attività amministrativa». Si richiama «il parere reso da questo Consiglio di Stato sul cd. decreto trasparenza (24 febbraio 2016, n. 515) nella parte in cui – in relazione all'accesso civico (il “FOIA” -Freedom of information act) – effettua un attento parallelismo tra il silenzio-rigetto nell'accesso (stigmatizzato) e il silenzio accoglimento (considerato invece come utile strumento di semplificazione), pur tenendo conto della differenza dei rapporti tra PA e privato e quelli “orizzontali” tra amministrazioni»; per la formula citata, si veda N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1995, 86.

piuttosto solo costituzionalmente consentita. Il silenzio assenso non costituisce per il legislatore una rima obbligata, ma più semplicemente una mera rima adeguata. Il biasimo normativo dell'inerzia dell'amministrazione, difatti, può assumere diverse forme costituzionalmente legittime.

Pertanto, il riconosciuto fondamento costituzionale ed eurounitario dell'istituto del silenzio assenso fra pubbliche amministrazioni non deve condurre ad oblitare la responsabilità, anche intesa come *accountability*⁽³²⁾, dell'amministrazione chiamata, in ossequio al principio di legalità, a pronunciarsi, a maggior ragione se in ordine ad interessi sensibili, come il paesaggio. Il soggetto pubblico deputato alla cura in concreto di valori fondamentali è tenuto in via ordinaria ad esprimersi in modo esplicito in seguito ad un rigoroso vaglio dell'intero quadro all'interno del quale agisce, sottoponendo a scrutinio i plurimi poli innervati di interessi che si presentano. La normale complessità dell'oggetto dell'azione amministrativa conduce quindi a ritenere che il *first best* resti l'adozione di un provvedimento non fittizio adeguatamente motivato all'esito di una completa istruttoria.

In tale direzione, in effetti, in materia di autorizzazione paesaggistica, non sembra si possa ritenere pacifica la qualificazione della potestà gestoria in termini di "mera" discrezionalità tecnica⁽³³⁾, almeno nel caso in cui essa sia intesa in senso

³² Sull'*accountability* dell'amministrazione pubblica si rinvia a F.P. CESARE, *Indirizzo, controllo ed accountability nella pubblica amministrazione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, III, 803–812.

³³ In giurisprudenza, si veda, in particolare, Cons. Stato, 29 marzo 2021, n. 2640, secondo cui «alla funzione di tutela del paesaggio [...] è estranea ogni forma di attenuazione determinata dal bilanciamento o dalla comparazione con altri interessi, ancorché pubblici, che di volta in volta possono venire in considerazione, essendo esso atto strettamente espressivo di discrezionalità tecnica [...] Questa regola essenziale di tecnicità e di concretezza, per cui il giudizio di compatibilità dev'essere, appunto, "tecnico" e "proprio" del caso concreto, applica il principio fondamentale dell'articolo 9 della Costituzione, il quale consente di fare eccezione anche a regole di semplificazione a effetti sostanziali altrimenti praticabili. Anche laddove, cioè, il legislatore abbia scelto una speciale concentrazione procedimentale, come quella che si attua con il sistema della conferenza dei servizi, essa non comporta comunque un'attenuazione della rilevanza della tutela paesaggistica perché questa si fonda su un espresso principio fondamentale costituzionale (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2020, n. 1486; Id., sez. VI, 23 maggio 2012, n. 3039; Id., 15 gennaio 2013, n. 220)». In dottrina, richiamando anche la medesima giurisprudenza, si veda N. PIGNATELLI, *L'autorizzazione paesaggistica: il procedimento amministrativo come sede di attuazione dei valori costituzionali*, cit., il quale ricorda che «la giurisprudenza amministrativa prevalente ha ricondotto l'istituto dell'autorizzazione paesaggistica al modello della discrezionalità tecnica, nel quale l'intervento proposto "va messo in relazione con i valori protetti ai fini della valutazione tecnica della compatibilità fra l'intervento medesimo e il tutelato interesse pubblico paesaggistico" [...] il giudizio, infatti, "è connotato da un'ampia discrezionalità tecnico-valutativa, poiché implica l'applicazione di cognizioni tecniche specialistiche proprie di settori scientifici disciplinari della storia, dell'arte e dell'ar-

particolarmente stretto. Sebbene l'orientamento prevalente si esprima in tal senso, non può trascurarsi come vi sia chi⁽³⁴⁾ sottolinea che lo schermo che si palesa innanzi all'amministrazione nelle fattispecie in disamina appaia più complesso di quanto non sembri muovendo dall'impostazione che, anche facendo leva sulla lettera della disposizione, prende in considerazione solo il bene paesaggio. Si è acutamente osservato che il procedimento amministrativo di autorizzazione paesaggistica tende a non risentire di un solo valore costituzionale, dal momento che, secondo il prezioso insegnamento della Consulta, nessun diritto, e quindi anche nessun bene giuridico, può divenire tiranno, imponendo una assolutizzazione assiologica in danno degli ulteriori interessi di pari rango. Sembra dunque che non possano essere pretermessi, con una collocazione fuori dello schermo valutativo dell'amministrazione, valori quali la protezione della salute, il governo del territorio, l'ambiente ed altri ancora in base alle emergenze delle circostanze del caso concreto. La ponderazione effettuata in sede procedimentale dovrebbe includere anche tali aspetti⁽³⁵⁾.

chitettura, caratterizzati da ampi margini di opinabilità”».

³⁴ N. PIGNATELLI, *L'autorizzazione paesaggistica: il procedimento amministrativo come sede di attuazione dei valori costituzionali*, cit., il quale sostiene che «dall'analisi del diritto vivente e del concreto atteggiarsi del procedimento autorizzatorio emerge quindi in modo evidente una difficoltà sistemica alla separazione di funzioni e di valori, in altri termini una difficoltà strutturale della sede procedimentale paesaggistica a rimanere impermeabile alle pressioni e all'innesto di altri valori costituzionali; la resistenza al bilanciamento, congegnata a monte dal legislatore, sembra cedere innanzi al concreto esercizio del potere insistente su una certa porzione di territorio, essa stessa palco di interazioni tra dimensioni connesse (paesaggio, ambiente, governo del territorio, tutela della salute). In questa prospettiva la stessa recente costituzionalizzazione, sotto il profilo anche valoriale della tutela dell'ambiente, contribuisce all'affievolimento della suddetta resistenza e quindi ad alimentare la costante tensione tra paesaggio e altri valori costituzionali».

³⁵ Si vedano sul punto, tra gli altri, Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167 – secondo cui «negli ordinamenti democratici e pluralisti si richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. Così come per i “diritti” (sentenza della Corte cost. n. 85 del 2013), anche per gli “interessi” di rango costituzionale (vieppiù quando assegnati alla cura di corpi amministrativi diversi) va ribadito che a nessuno di essi la Costituzione garantisce una prevalenza assoluta sugli altri. La loro tutela deve essere “sistemica” e perseguita in un rapporto di integrazione reciproca. La primarietà di valori come la tutela del patrimonio culturale o dell'ambiente implica che gli stessi non possano essere interamente sacrificati al cospetto di altri interessi (ancorché costituzionalmente tutelati) e che di essi si tenga necessariamente conto nei complessi processi decisionali pubblici, ma non ne legittima una concezione “totalizzante” come fossero posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, necessariamente mobile e dinamico, deve essere ricercato - dal legislatore nella statuizione delle norme, dall'Amministrazione in sede procedimentale, e dal giudice in sede di controllo - secondo principi di proporzionalità e di ragionevolezza»;

Secondo tale indirizzo, ne deriverebbe, pur senza obliterare il pacifico profilo tecnico-specialistico presente, l'inquadramento della fattispecie nell'ambito della discrezionalità mista. Seguendo questa ascrizione, in seguito all'esaurimento della contestualizzazione del concetto giuridico indeterminato, operazione da posizionare sul piano logico nella fase istruttoria, si aprirebbe una successiva dimensione di merito, in cui l'amministrazione, alla luce delle risultanze dello scrutinio tecnico compiuto alla stregua del parametro delle scienze opinabili, effettuerebbe un bilanciamento fra i molteplici interessi, pubblici e privati, coinvolti nella vicenda concreta.

Se si accogliesse questa impostazione, muterebbe, di conseguenza, anche il sindacato giurisdizionale. Il giudice amministrativo potrebbe vagliare intrinsecamente solo il momento tecnico, se del caso valendosi di una verifica o di una consulenza tecnica d'ufficio al fine di indossare "gli occhiali dell'esperto", garantendo così l'effettività della tutela. Al contrario, lo scrutinio sul momento puramente discrezionale non potrebbe spingersi fino alla sostituzione nell'attività di ponderazione degli interessi, riservata all'amministrazione in virtù del principio di separazione dei poteri. In ordine a questo segmento valutativo il sindacato giurisdizionale dovrebbe quindi basarsi sulla ricerca di eventuali figure sintomatiche di eccesso di potere, o di violazioni di principi e clausole generali, quali la proporzionalità, la ragionevolezza, la buona fede oggettiva e la correttezza³⁶.

A prescindere dalla categorizzazione del potere autorizzatorio in analisi, comunque, la dottrina che sottolinea l'importanza di non escludere rilevanti interessi di alto rango dal quadro della valutazione amministrativa, consente di rammentare

Cons. Stato, Sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610, ove si afferma che «l'ambiente, la salute umana e il patrimonio culturale sono per pacifica giurisprudenza costituzionale, amministrativa, penale e civile, nonché in virtù di espressa previsione costituzionale e di legge ordinaria, valori, o interessi pubblici, primari. Tuttavia, tale qualificazione non legittima un primato astratto, assoluto e incondizionato in un'ipotetica scala gerarchica. In tale rinnovata prospettiva ermeneutica, nessun valore o diritto può prevalere in modo radicale e occorre invece individuare un punto di equilibrio che, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza».

³⁶ Si consenta di rinviare sul punto a D. TARQUINI, *Regola ed eccezione nella patologia del provvedimento amministrativo: la dialettica tra funzione e rapporto*, in *Dir. econ.*, 2022, 369; in generale, si vedano, tra gli altri, S. TORRICELLI, *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, cit.; F.M. NICOSIA, *Potere pubblico e interessi privati tra vincoli dell'amministrazione e tutela giurisdizionale. Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa «non discrezionale»*, vol. 1, Napoli, 1991; A. CAUDURO, *Eccesso di potere e abuso del diritto nella pubblica amministrazione*, cit.; M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2023, 53 ss.

come il procedimento costituisca una sede privilegiata di attuazione dei valori costituzionali. La risalente logica del diritto amministrativo visto come diritto costituzionale in azione ed in concreto, d'altronde, è tornata in auge grazie ai processi che si sono palesati negli ultimi anni, quantunque di segno opposto. Da una parte le istanze di liberalizzazione e semplificazione, promosse soprattutto dal fenomeno della globalizzazione, hanno segnato un arretramento quantitativo dell'amministrazione, che, ciò nonostante, ha mantenuto un ruolo cruciale proprio dove si annidano interessi fondamentali, così nobilitando la propria attività, qualitativamente potenziata. Dall'altra parte, invece, i recenti fenomeni di rilievo geopolitico, quali la crisi pandemica ed i conflitti bellici, hanno determinato una rinnovata espansione dell'amministrazione, in particolar modo in settori in cui la cifra caratterizzante dell'agire non può che essere la discrezionalità, quale strumento di governo della complessità valoriale. In definitiva, anche il procedimento di autorizzazione paesaggistica, letto come sede di concretizzazione di valori fondamentali, depone a favore di un rafforzamento dell'idea di un'amministrazione costituzionalmente orientata, come sembra richiedere il dato storico⁽³⁷⁾.

Nondimeno, in un'ottica *de iure condendo*, meritano di essere svolte le seguenti considerazioni. Proprio la consapevolezza che l'agire amministrativo, in un'ottica etero-referenziale, è ispirato al principio di funzionalità ordinamentale, secondo cui l'amministrazione è chiamata a servire, in primo luogo, gli interessi fondamentali per l'ordinamento consacrati nella Carta costituzionale, comporta che vi sia una più nitida distinzione fra ciò che merita di essere sottoposto a gestione pubblicistica e ciò che, al contrario, non necessita di un tale governo⁽³⁸⁾. Il legisla-

³⁷ Sia consentito rinviare a D. TARQUINI, *Regola ed eccezione nella patologia del provvedimento amministrativo: la dialettica tra funzione e rapporto*, cit., 369 ss.; in particolare, si vedano M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 47 ss., il quale rammenta «l'espressione di Fritz Wener» secondo cui il diritto amministrativo andrebbe inteso come «diritto costituzionale reso concreto», e l'affermazione di Otto Mayer «il diritto costituzionale passa, il diritto amministrativo resta»; S. ROSE-ACKERMAN-P.L. LINDSETH, *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar Publishing, 2017, 60 ss., ove si discorre «on the constitutional character of administrative law» e si osserva come «the two fields», ovvero il diritto costituzionale ed il diritto amministrativo, «are, of course, intimately related, and share an overarching purpose of managing the relationship between state and citizen, with an emphasis on protection of the latter in democratic states»; per un'analisi che valorizza il ruolo dell'amministrazione come mezzo indispensabile per l'attuazione del programma costituzionale, si rinvia a F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, Torino, 2011.

³⁸ P. CARPENTIERI, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, cit., 77.

tore dovrebbe auspicabilmente farsi carico di un'opera chiarificatrice che tragga le conseguenze dalla discriminazione citata. Ove si rinvenga un interesse fondamentale andrebbe garantito il buon andamento dell'amministrazione attraverso un procedimento completo, che eviti di impiegare l'*escamotage* del silenzio assenso o di simili speciali congegni per "sanzionare" la *mala gestio* imputabile al soggetto pubblico, scaricando sul bene collettivo le pregiudizievoli riverberazioni. Invero, in tal modo si corre il rischio che, a fronte di una "colpa" dello Stato-persona, si commini una sanzione allo Stato-comunità. Per sventare che l'inerzia amministrativa si riversi sul privato "agente", in quanto tale meritevole di tutela, si sacrifica la collettività, il cui interesse non è stato tempestivamente curato dal proprio ente esponenziale. Andrebbe scongiurato, in queste fattispecie caratterizzate da interessi fondamentali, il possedere una visione incompleta, parziale, che non tenga in debito conto la più volte richiamata multipolarità del quadro regolato⁽³⁹⁾. D'altronde, vi è chi si è spinto a sostenere con nettezza che, se il legislatore ritiene un valore non così importante da meritare un *iter* amministrativo necessariamente completo, senza possibili semplificazioni quali l'accoglimento tacito dell'istanza, dovrebbe più opportunamente intervenire già su un piano astratto con una liberalizzazione della materia, senza scaricare sugli enti pubblici la responsabilità di una sorta di "liberalizzazione di fatto". Si amplierebbe in tal modo lo spazio di rilievo tendenzialmente privatistico, accordando maggior fiducia ai consociati, fermo il potere di intervento successivo dell'amministrazione. Lo strumento della segnalazione certificata di inizio attività, in quest'ottica, andrebbe valorizzato per assorbire tutto ciò che si colloca al di fuori della sfera di interessi fondamentali di rilievo essenzialmente pubblicistico⁽⁴⁰⁾.

³⁹ P. CARPENTIERI, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, cit., 77, il quale ricorda che il «silenzio-assenso «scarica sul bene comune e sull'interesse generale la sanzione per l'inefficienza dell'amministrazione». Si vedano per la critica all'istituto del silenzio assenso in generale anche P. CARPENTIERI, *La razionalità complessa dell'azione amministrativa come ragione della sua irriducibilità al diritto privato*, in *Foro amm. TAR*, 2005, VII-VIII, 2652 ss., nonché ID., *Le riforme del diritto amministrativo nella l. n. 124/2015 e nelle sue attuazioni*, Relazione del Convegno svoltosi a Gaeta il 14 e il 15 ottobre 2016, poi pubblicata in *Riv. giur. urb.*, 2016, III, 40 ss.

⁴⁰ P. CARPENTIERI, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, cit., che individua «tre grandi aree nelle quali è possibile suddividere, dal punto di vista del diritto amministrativo e della funzione pubblica, l'attività umana giuridicamente rilevante: l'area di rilevanza (giuridica) esclusivamente privatistica, per la quale nessun controllo pubblico è richiesto e ammesso (se non quelli del diritto civile

In conclusione, in questa prospettiva, andrebbe auspicata, nell'ambito delle materie di interesse amministrativo, una generale *summa divisio* fra oggetti di rilevanza squisitamente pubblicistica ed oggetti di rilevanza promiscua privatistico-pubblicistica, sottoponendo i primi all'egida dell'attività amministrativa tradizionale, che deve sfociare in provvedimenti espliciti, ed i secondi al regime della scia. Il criterio ispiratore per effettuare tale distinzione andrebbe rinvenuto nel classico «principio del danno» del filosofo John Stuart Mill, per il quale, in estrema sintesi, dovrebbero essere eliminati i controlli pubblicistici su tutte quelle attività che non possono di norma arrecare pregiudizio a terzi, mentre andrebbe garantito con effettività il controllo amministrativo delle azioni che in potenza cagionano consistenti danni alla collettività, con specifico riferimento alla incidenza negativa sui beni di rilievo fondamentale, tra i quali salute, sicurezza pubblica, patrimonio culturale, ambiente e paesaggio⁽⁴¹⁾.

e del diritto penale); l'area, intermedia, di solo parziale rilevanza pubblicistica, nella quale il bisogno di controllo pubblico può essere soddisfatto ex post e a campione (come accade, del resto, in tutti i casi di attività amministrativa interamente vincolata: è l'area della c.i.l.a., della d.i.a., della s.c.i.a., delle autocertificazioni); l'area dei beni-interessi-valori a forte connotazione di rilevanza pubblicistica, per i quali i controlli amministrativi preventivi (nello schema degli artt. 41 e 42 Cost.) sono — invece — indefettibili e devono essere reali ed effettivi», nonché afferma che «la vera semplificazione, dunque, non è il silenzio-assenso, ossia tenere in piedi, ma solo per forma, il sistema dei controlli preventivi, svuotandoli però di sostanza e rendendoli “finti” (ossia facendo finta di controllare), ma consiste nella netta e coraggiosa restituzione al diritto privato, all'area delle libertà e dell'irrilevanza pubblicistica, oppure all'area della denuncia (privata) di inizio dell'attività e dell'autocertificazione, tutte quelle attività che, oggettivamente, secondo il principio del danno, non presentano un diretto interesse generale/pubblico (o lo presentano solo a livello macro, di come funziona il sistema, ma non a livello micro, del singolo intervento e della singola pretesa individuale o affare amministrativo)». In merito ai tratti fondamentali qualificanti la segnalazione certificata di inizio attività, nonché gli istituti alla medesima antesignani, si rinvia in generale a W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino, 2008; W. GIULIETTI, *Dichiarazione di inizio attività*, in N. PAOLANTONIO-A. POLICE-A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione, saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2006, 368 ss., in cui, in particolare, si afferma, per sottolineare come il modello della dia o della scia non lasci l'interesse pubblico sguarnito di tutela, che non è possibile «riconduurre le fattispecie» in parola «ad un fenomeno di vera e propria liberalizzazione, a meno di una precisazione del termine tale da escludere qualsiasi riferimento ad una deregolamentazione dell'attività. [...] permane, infatti, un regime amministrativo, inteso in termini di soggezione a regole poste a tutela del pubblico interesse, tanto in riferimento all'accesso, che allo svolgimento delle attività interessate dalla norma. [...] la legittimazione all'esercizio delle attività [...] è fatta derivare per tramite di una speciale procedura [...] in cui ha una preminente rilevanza pubblicistica la garanzia della conformità dell'attività stessa alle regole che ne disciplinano l'esercizio».

⁴¹ P. CARPENTIERI, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione*

ABSTRACT

Il contributo esamina il procedimento di autorizzazione paesaggistica, con specifico riferimento alle principali questioni problematiche sorte in materia. In particolare, dopo aver passato in rassegna gli orientamenti contrastanti, si formula un'ipotesi ricostruttiva in ordine ai rapporti fra la disciplina generale del silenzio assenso fra pubbliche amministrazioni e l'*iter* di settore, giungendo ad inquadrare quest'ultimo in termini di specialità. Nondimeno, si osserva come, anche in relazione al regime del parere soprintendenziale tardivo, lo statuto delineato non si discosti sensibilmente, nella sostanza, dal modello della legge sul procedimento amministrativo. Si conclude con lo sviluppo di talune riflessioni sistematiche in merito alla relazione fra liberalizzazione e semplificazione, auspicando un ampliamento del perimetro della segnalazione certificata di inizio attività ove non si rinvenivano valori di rilievo strettamente pubblicistico, fermo il tradizionale agire amministrativo, per mezzo di provvedimenti espliciti, in caso contrario.

The paper examines the landscape authorization procedure, with specific reference to the main problematic issues that have arisen on the subject. In particular, after reviewing the contrasting orientations, a reconstructive hypothesis is formulated with regard to the relations between the general discipline of silence of consent between public administrations and the sectoral procedure, arriving at framing the latter in terms of specialty. Nonetheless, it is noted how, even in relation to the late Superintendence opinion regime, the outlined statute does not deviate significantly in substance from the model of the Administrative Procedure Act. It concludes with the development of some systematic reflections on the relationship between liberalization and simplification, hoping for a broadening of the perimeter of the certified report of commencement of activities where values of predominantly publicist importance are not found, without prejudice to traditional administrative action, by means of explicit measures, otherwise.

paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?, cit., 77; J. STUART MILL, *On liberty*, 1859, trad. it. di S. MAGISTRETTI, *Il Saggiatore*, Milano, 2009.

NOTE A SENTENZA

**Cass. pen., Sez. un.,
18 gennaio 2024, n. 16153**

PRESIDENTE CASSANO – RELATORE ANDREAZZA

Manifestazioni fasciste – reati d’opinione - art. 5 l. 20 giugno 1952, n. 645 (c.d. legge Scelba) – art. 2, comma 1, d.l. n. 122 del 26 aprile 1993 (c.d. legge Mancino) – concorso di reati

La condotta, tenuta nel corso di una pubblica riunione, consistente nella risposta “chiamata del presente” e nel cosiddetto “saluto romano” integra il delitto previsto dall’art. 5 l. 20 giugno 1952, n. 645, ove, avuto riguardo alle circostanze del caso, sia idonea a generare il concreto pericolo di riorganizzazione del disciolto partito fascista, vietata dalla XII disp. trans. fin. Cost.; tale condotta può integrare anche il delitto, di pericolo presunto, previsto dall’art. 2, comma 1, d.l. n. 122 del 26 aprile 1993, conv. dalla l. 25 giugno 1993, n. 205, ove, tenuto conto del significativo contesto fattuale complessivo, la stessa sia espressiva di manifestazione propria o usuale delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all’art. 604-bis, comma 2, c.p. (già art. 3 l. 13 ottobre 1975, n. 654). (Massima non ufficiale)

DALLA MOTIVAZIONE:

[omissis]

2. È necessario, preliminarmente, ai fini della stessa comprensione del riepilogo degli itinerari argomentativi delle pronunce delle sezioni semplici che hanno animato il contrasto giurisprudenziale, dare conto dello sfondo normativo sul quale quest’ultimo si è dipanato e racchiuso, essenzialmente, tra le due norme già indicate nella ordinanza di rimessione.

Il primo versante normativo è costituito dal già citato art. 5 legge 20 giugno 1952, n. 645 (cd. Legge “Scelba”) che, subentrato al precedente storico rappresentato dalla legge 3 dicembre 1947, n. 1546, e modificato sul punto dall’art. 11 legge 22 maggio 1975 n. 152, sanziona, sotto il nome di “Manifestazioni fasciste”, “chiunque, partecipando a pubbliche riunioni, compie manifestazioni usuali del disciolto partito fascista ovvero di organizzazioni naziste” (in particolare, rispetto alla originaria versione, il sintagma “a pubbliche riunioni” è subentrato all’avverbio “pubblicamente” e quello di “ovvero di organizzazioni naziste” è stato semplicemente aggiunto dalla legge n. 152 del 1975). Tale norma è chiaramente diretta a predisporre una tutela anticipata del bene giuridico protetto, sanzionando condot-

te prodromiche alla ricostituzione del partito fascista e, allo stesso tempo, di “inoculazione”, anche subdola, della ideologia fascista, sia pure solo attraverso manifestazioni, gestuali o simboliche. Essa ha composto, insieme alle restanti disposizioni introdotte dalla medesima legge, tra cui vanno significativamente ricordate l’art. 1, norma definitoria della nozione di “riorganizzazione del disciolto partito fascista” (modificato dall’art. 7, legge 22 maggio 1975, n. 152), e l’art. 4, sanzionante la “apologia del fascismo”, il “meccanismo” normativo con cui la Repubblica Italiana ha appositamente “dato corpo” alla XII disposizione transitoria e finale della Costituzione, che vieta “la riorganizzazione sotto qualsiasi forma del disciolto partito fascista”.

Il secondo polo normativo è dato dall’art. 2 d.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, che, rubricato sotto il titolo “Disposizioni di prevenzione”, sanziona, al comma 1, “chiunque, in pubbliche riunioni, compie manifestazioni esteriori od ostenti emblemi o simboli propri od usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all’articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654”, in tal modo, pertanto, ricollegandosi alla norma che, abrogata dal D.Lgs. 1 marzo 2018, n. 21 e trasfusa, senza varia-

zioni, nell’art. 604-*bis*, secondo comma, primo periodo, cod. pen., intitolato “Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa”, vietava e continua dunque a vietare “ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l’incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi ...”.

L’art. 2 legge n. 205 del 1993, ispirato alla necessità di innovare il tessuto della legge 13 ottobre 1975 n. 654 (c.d. “legge Reale”) con cui, in precedenza, si era data esecuzione alla Convenzione di New York del 7 marzo 1966 contro la discriminazione razziale, è quindi insorto nel panorama normativo a lunga distanza di tempo dall’art. 5 legge n. 645 del 1952 e, sia pure specularmente “ricalcato”, anch’esso, sul compimento, sempre in pubbliche riunioni, di manifestazioni esteriori o sull’ostentazione di simboli, se ne differenzia significativamente per il contenuto, da riportare, attraverso la “mediazione” normativa del collegamento alle organizzazioni e ai gruppi di cui all’art. 3 legge n. 654 del 1975, alla evocazione delle idee di discriminazione o di violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi proprie, appunto, di dette entità.

3. È tra le predette coordinate normati-

ve che, dunque, si è formata, nella giurisprudenza della Corte, la divergenza di orientamenti, segnalata dalla ordinanza di rimessione, in ordine alla individuazione della norma di diritto penale sostanziale cui riportare, specificamente, la condotta del “saluto romano”, il più delle volte (o usualmente) effettuata in risposta alla “chiamata del presente” (secondo un rituale di cui più oltre si dirà) tenuta nel corso di una pubblica manifestazione giacché, appunto, alcune pronunce hanno optato per la configurabilità del reato di cui all’art. 5, legge 20 giugno 1952, n. 645, mentre altre hanno invece ritenuto di dovervi ravvisare la fattispecie di cui all’art. 2 d.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205.

[omissis]

6.1. Non può esservi dubbio, in primo luogo, che entrambe le norme coincidano quanto alla condotta materiale che, in entrambi i casi, consiste nel compimento di manifestazioni tenute partecipando a pubbliche riunioni, solo distinguendosi in virtù del diverso contenuto delle stesse, individuate, nell’art. 5 cit., in quelle usuali del “disciolto partito fascista” di cui, evidentemente, alla XII disp. trans, fin. Cost., e, nell’art. 2 cit., in forza del richiamo all’art. 3, legge n.

654 del 1975, in quelle proprie od usuali dei “movimenti, gruppi, associazioni aventi tra i propri scopi l’incitamento alla discriminazione o alla violenza ...”. Sicché, ad un nucleo comune, rappresentato, appunto, dal compimento di manifestazioni durante pubbliche riunioni, si affianca un elemento di sicura differenziazione dato dalle diverse entità cui rapportare le esibizioni tenute.

6.2. Diverso è, del resto, anche il bene giuridico tutelato.

6.2.1. Quanto al reato di cui all’art. 5 cit., caratterizzato, come si vedrà subito oltre, quale reato “di pericolo concreto”, il bene giuridico leso dalle condotte, qualificate dalla dottrina come di “esibizionismo fascista”, non può non essere strettamente correlato alla stessa ragione storica e “costituzionale” posta a fondamento della introduzione della norma, contenuta in una legge significativamente intitolata “norme di attuazione della XII disposizione transitoria e finale (comma primo) della Costituzione”, ovvero di quella disposizione che vieta la “riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista”. Di qui, dunque, la necessaria conseguenza, scolpita nelle pronunce della Corte, per cui il bene giuridico deve essere identificato nell’ “ordinamento democratico” (Sez. 1, n. 36162

del 18/04/2019, Alberga, 277526 - 01; Sez. 1, n. 11038 del 02/03/2016, dep. 2017, Goglio, Rv. 269753 - 01; Sez. 1, n. 37577 del 25/03/2014, Bonazza, Rv. 259826 - 01) o, meglio ancora, “costituzionale”, cui viene apprestata una tutela anticipata in relazione a manifestazioni che, in connessione con la natura pubblica delle stesse, espressamente richiesta dalla norma, possono essere tali da indurre alla ricostituzione di un partito che, per la sua ideologia antidemocratica, e per espressa previsione appena sopra richiamata, contenute nella stessa Carta del 1948 (XII, disp. trans, fin. Cost.), è contraria all’assetto costituzionale.

7. Tanto osservato, dunque, in ordine alla struttura delle due norme, non vi è dubbio che le stesse non possano essere poste tra loro in rapporto di specialità *ex art. 15 cod. pen.*, secondo cui “quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito”.

Se, per tradizionale definizione, si è uniformemente intesa come norma speciale “quella che contiene tutti gli elementi costitutivi della norma generale e che presenta uno o più requisiti propri e caratteristici, che hanno appunto fun-

zione specializzante, sicché l’ipotesi di cui alla norma speciale, qualora la stessa mancasse, ricadrebbe nell’ambito operativo della norma generale” (Sez. U, n. 1235 del 28/10/2010, dep. 2011, Giordano, Rv. 248864-01), variegati sono stati, ciononostante, nel tempo, i criteri valorizzati dalla giurisprudenza per effettuare la preliminare operazione di raffronto tra le norme onde ricavare, o meno, appunto, la “ricomprensione” di una nell’altra: se in alcune pronunce si è fatto talora riferimento alla necessità di guardare alla identità del bene giuridico tutelato (Sez. U, n. 9568 del 21/04/1995, La Spina, Rv. 202011-01), in altre si è venuta via via sempre più affermando la necessità di avere riguardo al confronto tra fattispecie astratte.

Di qui, progressivamente, gli approdi, da considerare ormai stabilizzati e reiteratamente espressi dalle Sezioni Unite, secondo cui il criterio di specialità è da intendersi in senso logico formale: il presupposto della convergenza di norme, necessario perché risulti applicabile la regola relativa alla individuazione della disposizione prevalente, può ritenersi integrato “solo in presenza di un rapporto di continenza tra le stesse alla cui verifica deve procedersi attraverso il confronto strutturale tra le fattispecie astratte rispettivamente configurate mediante la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definire le

fattispecie stesse” (Sez. U, n. 1235 del 28/10/2010, dep. 2011, Giordano, cit.; Sez. 5, n. 2121 del 17/11/2023, Sioli, Rv. 285843 - 01; Sez. 1, n. 12340 del 15/11/2022, dep. 2023, Baldassarre, Rv. 284504 - 01).

Si è, invece, escluso il criterio della specialità in concreto “non avendo senso far dipendere da un fatto concreto l’instaurarsi di un rapporto di genere a specie tra due norme sicché non rileva né la omogeneità dei beni giuridici tutelati dalle diverse fattispecie incriminatrici né il loro contingente convergere sul medesimo avvenimento concreto” (da ultimo, Sez. 5, n. 35591 del 20/06/2017, Fagioli, non mass, sul punto); la specialità, cioè, “è una relazione tra norme astratte non già tra fatti concreti e norme e dunque o esiste già in astratto o non esiste neppure in concreto” (Sez. U, n. 1963 del 28/10/2010, dep. 2011, De Lorenzo, non mass, sul punto).

7.1. Nella specie, allora, è lo stesso raffronto tra le due disposizioni, *in nuce* anticipato sopra *sub* par. 6.1., a rivelare l’impossibilità di affermare che una delle due norme sia unilateralmente speciale rispetto all’altra. Al nucleo comune di “manifestazioni tenute in pubbliche riunioni”, si aggiunge, in ognuna di esse, l’elemento differenziante del loro contenuto, rilevante già sul piano astratto giacché, se nell’art. 5 cit. le ma-

nifestazioni devono essere quelle “usuali del disciolto partito fascista ovvero di organizzazioni naziste”, nell’art. 2 cit. le manifestazioni sono quelle esteriori, proprie ed usuali “delle organizzazioni, movimenti o gruppi di cui all’articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654”. Sicché, atteso l’inequivocabile diverso significato di tali manifestazioni, discendente dalla stessa “diversità genetica” degli enti, appare, semmai, ricorrere tra le norme in oggetto un rapporto di “specialità bilaterale” che, tuttavia, per quanto già osservato, deve ritenersi estraneo alla previsione dell’art. 15 cod. pen., unicamente espressivo della specialità “unilaterale”.

Significativo è poi che, solo con riguardo al reato di propaganda per motivi di discriminazione razziale di cui all’art. 604-*bis* cod. pen., già contemplato dall’art. 3, legge n. 654 del 1975, il legislatore abbia espressamente posto un rapporto di “sussidiarietà espressa” rappresentato dalla clausola di riserva (“salvo che il fatto costituisca più grave reato”) posta nell’*incipit* della disposizione.

Sono quindi da condividere, oltre agli approdi sul punto della più recente dottrina, le conclusioni cui sono pervenute Sez. 1, Scordo, cit., e Sez. 1, Armetta, cit., entrambe giunte ad escludere il rapporto di specialità *ex art.* 15 cit. tra le due previsioni.

Non può invece convenirsi con il diverso epilogo adottato da Sez. 1, Buzzi, cit., fondato sul fatto che le norme sarebbero “del tutto sovrapponibili” e che la selezione tra norma generale e norma speciale dovrebbe operare a livello di concretezza del pericolo.

Mentre infatti il primo profilo sembra contrastato dal dato testuale delle norme, il secondo pare introdurre un criterio selettivo estraneo, per quanto detto, al corretto metodo di raffronto tra fattispecie astratte, dal quale, come infatti condivisibilmente rilevato da Sez. 1, Scordo, cit., deve essere escluso il profilo della punibilità.

8. L'assenza di un rapporto di specialità, che “svincola” pertanto l'interprete da quella che sarebbe, altrimenti, l'automatica conseguenza di fare capo sempre e solo alla norma “speciale”, comporta che debba dunque guardarsi al significato del rituale del “saluto romano” al fine di configurarne l'inquadramento giuridico nelle “manifestazioni” di cui all'art. 5 cit. ovvero in quelle dell'art. 2 cit., o, eventualmente, e a determinate condizioni, in entrambe.

Ciò posto, non può sussistere dubbio circa la “fisiologica” riconducibilità del rituale della “chiamata del presente” e del “saluto romano” (ovvero il protendere il braccio destro tenendolo teso e con il palmo rivolto verso il basso)

all'interno, anzitutto, della fattispecie di reato dell'art. 5 cit.: pare sufficiente, sul punto, fare riferimento a quanto era previsto dagli artt. 3 e 9 del regolamento del partito nazionale fascista per desumerne l'inequivocabile significato di evocazione e celebrazione dell'ideologia del partito fascista e del regime conseguentemente instaurato.

Se tale rituale è, in altri termini, immediatamente e notoriamente idoneo ad evocare, anzitutto, la “liturgia” delle adunanze fasciste, è la consumazione del reato di cui all'art. 5 cit. ad essere innanzitutto realizzata.

Di qui, dunque, l'inevitabile incongruenza in cui le sentenze del secondo indirizzo incorrono (v. le già citate Sez. 1, n. 20450 del 08/03/2016, De Sabbata ed altri, non mass., e Sez. 1, n. 25184 del 04/03/2009, Saccardi, Rv. 243792-01), allorquando, pur precisando che la condotta censurata rimanda all'ideologia fascista, contraddittoriamente escludono che si abbia integrazione del reato di cui all'art. 5 cit. che, invece, proprio le manifestazioni di tipo fascista vuole sanzionare.

Deve dunque concludersi nel senso che la “naturale” identificazione tra saluto romano da una parte e disciolto partito fascista dall'altro, per le ragioni già illustrate, è da sola sufficiente ad integrare sul piano oggettivo, sempre e comunque, il reato di cui all'art. 5.

8.1. Come già detto, peraltro, l'integrazione del reato in oggetto richiederà che il giudice accerti in concreto, alla stregua di una valutazione da effettuarsi complessivamente, la sussistenza degli elementi di fatto (esemplificativamente, tra gli altri, il contesto ambientale, la eventuale valenza simbolica del luogo di verifica, il grado di immediata, o meno, ricollegabilità dello stesso contesto al periodo storico in oggetto e alla sua simbologia, il numero dei partecipanti, la ripetizione insistita dei gesti, ecc.) idonei a dare concretezza al pericolo di "emulazione" insito nel reato secondo i principi enunciati dalla Corte costituzionale.

Va peraltro escluso che, di contro, come sostenuto dalle difese dei ricorrenti, la caratteristica "commemorativa" della riunione possa rappresentare fattore di neutralizzazione degli altri elementi e, quindi, di "automatica" insussistenza del reato, attesi il dolo generico caratterizzante la fattispecie e la irrilevanza dei motivi della condotta.

9. Assodata, dunque, per le ragioni esposte, la "naturale" riconducibilità del rituale in oggetto, praticato in riunioni di carattere pubblico, al reato di cui all'art. 5 cit., non si può tuttavia neppure escludere che lo stesso possa integrare anche, a fronte di determina-

ti presupposti, il reato di cui all'art. 2 cit.; e ciò, precipuamente, attesa la possibilità di considerare una tale condotta come evocativa, sempre in ragione del dato storico-sociale e del dato normativo ricavabile dall'art. 1, legge 20 giugno 1952, n. 645 (per cui "si ha riorganizzazione del disciolto partito fascista quando una associazione, un movimento o comunque un gruppo di persone non inferiore a cinque persegue finalità antidemocratiche proprie del partito fascista ... svolgendo propaganda razzista"), anche di ideologie discriminatorie e razziali.

Va precisato però che il fatto che tale rituale, in quanto proprio del regime fascista, evochi anche, per quanto appena detto, le idee di tipo razziale o discriminatorio ad esso connesse, non è, di per sé solo idoneo ad integrare anche il reato di cui all'art. 2 cit., attesa la inequivoca struttura della norma che, come visto, sanziona non le manifestazioni di tipo razziale o discriminatorio tout court, bensì le manifestazioni proprie od usuali delle "organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi dell'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654".

Appare, in altri termini, innegabile come il legislatore non abbia sanzionato direttamente le manifestazioni esteriori espressive di incitamento alla discriminazione o alla violenza per mo-

tivi razziali, etnici, nazionali o religiosi esigendo, invece, che tali manifestazioni siano quelle proprie od usuali dei gruppi che tale incitamento pongono in essere.

È per questa ragione, che, in linea con la condivisibile preoccupazione di non travalicare il principio di legalità e di tassatività nell'interpretazione della norma, Sez. 1, Scordo, cit., ha richiesto che tali gruppi siano individuati dal giudice e che solo la previa individuazione degli stessi consenta di ritenere applicabile l'art. 2, comma 1, cit.

Ora, se, da un lato, tali associazioni, movimenti o gruppi, in quanto necessariamente espressivi della stessa ragione della natura presunta del pericolo, devono inevitabilmente essere operanti nell'attualità (sotto tale profilo, dunque, non potendosi condividere l'impostazione di Sez. 1, Buzzi, cit.), dall'altro, non è neppure necessario, però, come pare paventare l'Avvocato generale nelle proprie note di udienza, un loro inquadramento in entità espressamente operanti sotto un nome, ovvero dotate di uno statuto, ovvero ancora articolate, al loro interno, attraverso ripartizioni di incarichi e mansioni, ben potendo trattarsi anche di aggregazioni di natura estemporanea, come desumibile dal tenore letterale della norma.

Proprio l'ampio "spettro" delle denominazioni utilizzate dal legislatore all'art.

3 cit. (oggi art. 604-bis cit.) e l'eterogeneità delle stesse, racchiuse tra enti più strutturati da una parte (le "organizzazioni" e "associazioni") e agglomerati ben più fluidi dall'altra (i "gruppi" e i "movimenti"), appare ostare ad una rigida e formale schematizzazione dell'"ente" di riferimento, sicché non appare necessaria, sulla base dello stesso dato normativo, una dimostrazione dei tempi e dei modi della costituzione di tali agglomerati, del resto incompatibile con la *ratio* della norma e la natura presunta del pericolo che caratterizza, come detto, il reato.

Non può dunque escludersi che la operatività di tali aggregazioni sia dimostrata proprio dalla condotta "collettiva" posta in essere senza che, dunque, sia necessario che, al fine di rispettare il principio di tassatività, su cui ha fatto leva Sez. 1, Scordo, cit., il gruppo o la organizzazione in oggetto vadano identificati come previamente sorti rispetto alla manifestazione; gli scopi de "l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi", richiesti dall'art. 3 cit., ben potrebbero, infatti, emergere dallo stesso contenuto della manifestazione di cui all'art. 2 cit., concretamente rappresentativa di essi.

9.1. In secondo luogo, affinché il rituale espresso nelle manifestazioni di cui

all'art. 5 legge cit. possa integrare anche il reato di cui all'art. 2 legge cit., occorrerà che ad esso si accompagnino elementi, relativi al contesto complessivo in cui lo stesso sia tenuto, idonei ad attribuirgli non la sola funzione semplicemente evocativa del disciolto partito fascista - e, dunque, ove ricorrente il pericolo concreto richiesto, incitativa della sua ricostituzione - ma anche, a fronte del contesto materiale o dell'ambito nel quale la manifestazione ha luogo, il significato discriminatorio tipizzante il reato di cui all'art. 2 cit. Sotto tale profilo, dunque, altro sarebbe che il gesto sia effettuato nello stretto ambito di un contesto chiaramente connotato (per le modalità e le finalità della riunione nonché per i simboli impiegati) dal riferimento a fatti direttamente o indirettamente ricollegabili all'ideologia fascista, altro, invece, sarebbe il medesimo gesto ove tenuto in ambiti di tipo diverso, nei quali il ricorso a tale rituale costituisca "lo strumento simbolico" di espressione delle idee di intolleranza e discriminazione proprie, nell'attualità, degli agglomerati considerati dall'art. 3 legge n. 654 del 1975.

In definitiva, mentre nel primo caso il rituale esibito sarebbe finalizzato ad esternare unicamente l'ideologia propria del disciolto partito fascista, nel secondo avrebbe anche la valenza, implicita, ma chiara, di esternazione delle

ideologie di cui alle entità individuate dall'art. 3 cit., nel segno di una contrapposizione ispirata ad idee chiaramente incompatibili con i principi costituzionali.

Sicché, ben può ritenersi che, in tali limiti, e in tali casi, il rituale del saluto romano possa integrare non il solo reato di cui all'art. 5 legge cit., bensì anche quello dell'art. 2 legge cit., ove di entrambe le fattispecie, naturalmente, ricorrano i rispettivi e differenti requisiti di pericolo già illustrati sopra.

10. Deve quindi, in definitiva, sulla base di quanto esposto, essere affermato il seguente principio di diritto:

"La condotta, tenuta nel corso di una pubblica riunione, consistente nella risposta alla 'chiamata del presente' e nel cosiddetto 'saluto romano' integra il delitto previsto dall'art. 5 legge 20 giugno 1952, n. 645, ove, avuto riguardo alle circostanze del caso, sia idonea ad attingere il concreto pericolo di riorganizzazione del disciolto partito fascista, vietata dalla XII disp. trans, fin. Cost; tale condotta può integrare anche il delitto, di pericolo presunto, previsto dall'art. 2, comma 1, d.l. n. 122 del 26 aprile 1993, convertito dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, ove, tenuto conto del significativo contesto fattuale complessivo, la stessa sia espressiva di manifestazione propria o usuale delle organizzazioni, associazioni, movimenti

o gruppi di cui all'art. 604-*bis*, secondo *[omissis]* comma, cod. pen. (già art. 3 legge 13 ottobre 1975, n. 654)".

GIUSEPPE TOSCANO

(Ricercatore di Diritto penale nell'università di Messina)

MANIFESTAZIONI FASCISTE E CONTESTI PERICOLOSI: I LIMITI ALLA RILEVANZA PENALE DEL "SALUTO ROMANO" DOPO L'INTERVENTO DELLE SEZIONI UNITE*

Sommario: 1. La vicenda processuale e l'ordinanza di rimessione 2. La decisione delle Sezioni unite 3. L'analisi della disciplina: l'art. 5 della legge Scelba tra valore culturale e debolezza strutturale 3.1. (*Segue*): la "fuga" della prassi verso l'art. 2 della legge Mancino 4. I rapporti tra le fattispecie: intersezioni e differenze 5. Riflessioni conclusive: la scarsa "capacità nomofilattica" della sentenza e l'esigenza di un diritto penale "credibile"

1. LA VICENDA PROCESSUALE E L'ORDINANZA DI RIMESSIONE

La decisione delle Sezioni unite in commento, che ha rapidamente guadagnato la ribalta mediatica per i suoi innegabili profili di interesse pubblico, sottende altresì delicatissime questioni di natura teorico-dogmatica, da tempo al centro del dibattito giuspenalistico; anzi, su questo secondo versante si può dire che gli spunti di riflessione offerti dalla sentenza siano addirittura sovrabbondanti per una nota di commento, considerato che essi travalicano i confini della vicenda concreta per investire il diverso piano dei *limiti* e del *senso* dell'intervento penale in simili contesti⁽¹⁾.

* Il contributo ha superato la *double blind peer review*.

¹ Il tema oggetto della pronuncia in esame, pur nella sua specificità, si inserisce nel più ampio dibattito

I fatti che hanno portato alla pronuncia delle Sezioni unite, a causa del clamore che li ha accompagnati, risultano ampiamente noti e, pertanto, non necessitano di particolari approfondimenti, anche perché rappresentano l'ennesimo - e non ultimo⁽²⁾ - anello di una preoccupante catena di episodi di analogo tenore che periodicamente si ripetono. Basti dunque ricordare, in sintesi, che la sentenza in commento trae origine da una delle abituali "commemorazioni" pubbliche organizzate a Milano da organizzazioni di estrema destra, cui nell'occasione avevano partecipato circa milleduecento persone, ove i partecipanti – seguendo il consueto "cerimoniale" – rispondevano più volte alla chiamata del "presente" con il "saluto romano"⁽³⁾.

Se, dunque, i fatti sono chiari e di pubblico dominio, risulta invece necessaria maggiore cura nella ricostruzione della vicenda processuale in esame, i cui intricati sviluppi rappresentano un segno tangibile del caos normativo e interpretativo che regna sul tema.

Va quindi ricordato che, per l'episodio descritto, il Tribunale di Milano, con sen-

- risalente, ma quantomai attuale - relativo ai rapporti tra diritto penale e manifestazione del pensiero. Proprio in ragione della mole di studi dedicati all'argomento, ci limitiamo per ora a rinviare, per un primo inquadramento dei profili generali, ai lavori monografici più recenti, tra cui A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, Milano, 2020; L. GOISIS, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Napoli, 2019; C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008. Nella dottrina più risalente, ancora indispensabile C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972. L'argomento, per ragioni intuibili, ha altresì coinvolto e impegnato la dottrina costituzionalistica, i cui contributi offrono indispensabili chiavi di lettura anche in prospettiva penalistica. Si vedano, per ora, L. ALESIANI, *I reati di opinione. Una lettura in chiave costituzionale*, Milano, 2006; P. BARILE, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975; C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bologna, 2013; A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1988; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958; S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957.

² È sufficiente citare la fiaccolata di commemorazione di Sergio Ramelli tenutasi a Milano il 29 aprile 2024, cui hanno dato ampio risalto tutte le principali testate nazionali, nel corso della quale si è ripetuto il rito del "saluto romano" davanti alla targa dedicata al giovane militante del Fronte della Gioventù ucciso nel 1975.

³ È bene ricordare che alla voce *Appello Fascista*, contenuta nel *Dizionario di politica*, edito dal Partito Nazionale Fascista nel 1940, si afferma che il rito dell'appello o del presente «ha come significato simbolico quello di attestare la continuità spirituale oltre la loro vita fisica di coloro che hanno contribuito con la loro opera alla ricostruzione della vita italiana promossa dal Fascismo [...] La risposta "Presente", gridata ad una voce dai camerati, afferma, oltre il riconoscimento di tale apporto duraturo alla realtà storica della Nazione, la vitalità in tutti gli spiriti dei motivi ideali che hanno mosso all'azione e al sacrificio il camerata scomparso».

tenza del 23 dicembre 2020, assolveva gli imputati per il delitto di cui all’art. 2, comma 1, d.l. 26 aprile 1993, n. 122 (c.d. legge Mancino), perché “il fatto non costituisce reato”. Il giudice di prime cure, da un lato, riteneva integrata la condotta tipica del reato contestato, ma, dall’altro, rilevava la sussistenza di un *error iuris* inevitabile (art. 5 c.p.) generato dai precedenti analoghi conclusi con sentenze assolutorie che avrebbero convinto gli imputati della legittimità del proprio operato⁽⁴⁾.

La sussistenza dei presupposti applicativi dell’art. 5 c.p. veniva però esclusa dalla Corte d’appello di Milano, che, in riforma della decisione impugnata, condannava tutti gli imputati per il delitto contestato alla pena di mesi due di reclusione ed euro 200,00 di multa. La Corte territoriale, in particolare, ravvisava nel “saluto romano” e nella chiamata del “presente” delle manifestazioni esteriori del disciolto partito fascista riconducibili alle “organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all’articolo 3 della legge 13 ottobre 1975 n. 654” cui fa rinvio l’art. 2 della legge Mancino; precisamente, per i giudici di appello la pubblica ostentazione di tali gesti doveva considerarsi come «concretamente idonea alla propaganda e diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale ed etnico e sulla violenza e quindi alla compromissione della ordinata e pacifica convivenza civile».

Avverso questa pronuncia proponevano ricorso per cassazione tutti gli imputati attraverso i rispettivi difensori, i quali, in sintesi, lamentavano: l’erronea applicazione dell’art. 2 della legge Mancino, evidenziando la necessità, per includere il “saluto romano” all’interno di tale fattispecie, di individuare, nel tempo presente, un gruppo o un movimento attivo che abbia tra i propri scopi l’incitamento alla discriminazione e alla violenza per motivi razziali; in secondo luogo, veniva dedotta l’erronea qualificazione della condotta contestata che, a dire delle difese, avrebbe dovuto essere ricondotta nella cornice dell’art. 5, legge n. 645 del 1952 (c.d. legge Scelba), attesa la chiara pertinenza di tali manifestazioni al disciolto partito fascista. A tal proposito, veniva poi evidenziato come neppure tale reato sarebbe configurabile nel caso di specie, non ricorrendo il concreto pericolo di ricostitu-

⁴ Il giudice di prime cure aveva fatto riferimento a pronunce assolutorie occorse in relazione ad episodi analoghi sia da parte dello stesso Tribunale di Milano, sia della Corte di legittimità, le quali, tuttavia, avevano ritenuto applicabile in tali contesti la diversa fattispecie di cui all’art. 5 legge 20 giugno 1952, n. 645, escludendone la sussistenza in ragione della ravvisata assenza dell’elemento del “pericolo di ricostituzione di organizzazioni fasciste” che sarebbe all’uopo necessario.

zione del partito fascista, a tal fine ritenuto indispensabile sia dalla giurisprudenza costituzionale che di legittimità.

La prima sezione penale della Corte di cassazione, cui veniva assegnato il ricorso, riscontrando in giurisprudenza un contrasto interpretativo in ordine alla corretta qualificazione giuridica delle condotte contestate, decideva di rimettere la questione alle Sezioni unite.

In proposito, come viene ricordato nella ordinanza di rimessione, possono effettivamente ravvisarsi nella Corte di legittimità due diversi indirizzi interpretativi: secondo un primo approccio, seguito nei gradi di merito, il saluto fascista integrebbe il reato di cui all'art. 2 della legge Mancino, trattandosi di una manifestazione esteriore che costituisce rappresentazione tipica delle organizzazioni o dei gruppi inequivocabilmente diretti a favorire la diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico⁽⁵⁾; un diverso orientamento, invece, ravvisa nel "saluto romano" la violazione dell'art. 5 della legge Scelba, ma a condizione che la condotta sia idonea a determinare un pericolo concreto di ricostituzione di organizzazioni fasciste⁽⁶⁾.

Accanto a tale questione, l'ordinanza di rimessione sollevava due ulteriori dubbi interpretativi: anzitutto, l'inquadramento delle due fattispecie richiamate nell'ambito della categoria dei reati di pericolo concreto ovvero di pericolo astratto; in secondo luogo, richiedeva alle Sezioni unite una più puntuale ricostruzione della natura del rapporto tra le suddette fattispecie, in modo da comprendere se la contestuale integrazione dei relativi presupposti applicativi possa dar luogo a un concorso di norme apparente o reale.

2. LA DECISIONE DELLE SEZIONI UNITE

Le Sezioni unite della Corte di cassazione, all'esito della pubblica udienza del 18 gennaio 2024, con ampia e articolata motivazione hanno fornito soluzione ai

⁵ I precedenti richiamati sono Cass. pen., Sez. I, 27 marzo 2019 n. 21409, in *Giur. it.*, 2019, p. 1911 ss.; Cass. pen., Sez. I, 4 marzo 2009 n. 25184, in *Ced*, rv. 243792-01; Cass. pen., Sez. III, 10 luglio 2007 n. 37390, in *Riv. pen.*, 2009, 246 ss.

⁶ Si fa riferimento a Cass. pen., sez. V, 18 aprile 2019 n. 36162, in *Ced*, rv. 277526-01; Cass. pen., Sez. I, 7 marzo 2017 n. 11038, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1585 ss.; Cass. pen., Sez. I, 25 marzo 2014 n. 37577, in *Ced*, rv. 25982601.

quesiti posti nell’ordinanza di remissione.

Seguendo l’*iter* argomentativo “suggerito” dall’ordinanza della prima sezione, i giudici di legittimità hanno anzitutto operato una ricostruzione degli elementi essenziali delle due fattispecie prese in considerazione nei gradi di merito, per poi interrogarsi sui reciproci rapporti.

Viene quindi esaminato dapprima il delitto di cui all’art. 5 della legge Scelba, che punisce con la pena della reclusione sino a tre anni e con la multa «chiunque, partecipando a pubbliche riunioni, compie manifestazioni usuali del disciolto partito fascista ovvero di organizzazioni naziste». La stessa pena è prevista dall’art. 2 della legge Mancino nei confronti di «chiunque, in pubbliche riunioni, compia manifestazioni esteriori od ostenti emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all’articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654»⁽⁷⁾.

Si tratta, dunque, di due fattispecie che, oltre a prevedere il medesimo trattamento sanzionatorio, prefigurano già a prima lettura possibili momenti di interferenza vista la sostanziale assimilabilità delle condotte incriminate. Sotto tale profilo, risulta emblematica la vicenda *de qua*, visto che le manifestazioni “commemorative” come quelle di cui si discorre sembrerebbero astrattamente integrare i requisiti di entrambe le disposizioni. Non sorprende, pertanto, che il tema dell’inquadramento normativo (oltre che della rilevanza penale) delle manifestazioni di stampo fascista sia stato oggetto di un vivace contrasto giurisprudenziale, accompagnato peraltro da un dibattito dottrinale parimenti caratterizzato da una eterogeneità di posizioni⁽⁸⁾.

⁷ In seguito all’entrata in vigore del d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21 (c.d. “riserva di codice”) il rinvio deve intendersi riferito all’art. 604-*bis* c.p.

⁸ In dottrina si vedano P. CAROLI, *Commemorare i caduti della Repubblica Sociale Italiana con il saluto romano non costituisce reato*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1587 ss.; A. COSTANTINI, *Il saluto romano nel quadro dei crimini d’odio razziale: dimensione offensiva e rapporti con la libertà di espressione*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 216 ss.; L. DIOTALLEVI, *Sulla permanente “attualità” del reato di “manifestazioni fasciste” ex art. 5 “Legge Scelba”*, in *Giur. cost.*, 2014, 4801 ss.; M. GALLI, *Dalla Cassazione alcune indicazioni per individuare il discrimine tra il delitto di “esibizionismo razzista” (art. 2 comma 1 legge Mancino) e il delitto di “manifestazioni fasciste” (art. 5 legge Scelba)*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 giugno 2019; A. GALLUCCIO, *Il saluto fascista è reato? L’attuale panorama normativo e giurisprudenziale ricostruito dal Tribunale di Milano, in una sentenza di condanna*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 aprile 2019; A. NAPPI, *Manifestazioni fasciste: repressione, tolleranza o connivenza?*, in *Sist. pen.*, 22 gennaio 2024; A. NOCERA, *Manifestazioni fasciste e apologia del fascismo tra attualità e nuove prospettive incriminatrici*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 maggio 2018; D. NOTARO, *Neofascismo*

Secondo un primo orientamento, simili commemorazioni andrebbero annoverate all'interno della fattispecie di cui all'art. 5 della legge Scelba, che specificamente si rivolge a manifestazioni usuali del disciolto partito fascista⁹. Si sostiene in tale prospettiva che le due fattispecie richiamate presentino un diverso ambito applicativo: l'art. 5 della legge Scelba si riferirebbe a manifestazioni usuali o proprie e, dunque, evocative del disciolto partito nazionale fascista (cioè un'*organizzazione storica*), mentre l'art. 2 della legge Mancino si applicherebbe alle manifestazioni proprie o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi *attualmente operanti*¹⁰. Sicché, secondo tale impostazione, mentre la prima fattispecie richiederebbe l'accertamento di un pericolo concreto di ricostituzione del partito fascista, nella seconda il pericolo sarebbe presunto «in ragione della indefettibile correlazione con il “gruppo” che, ad oggi, effettui una reale attività di incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, “con primaria necessità di identificazione del ‘gruppo’ cui le condotte di proselitismo accedono”»¹¹.

Ne consegue che, laddove la contestazione si concentri unicamente su manifestazioni esteriori riconducibili a quelle tipiche del disciolto partito fascista, senza previa identificazione e connotazione del gruppo o della associazione attualmente esistente cui accedono le condotte, l'unica disposizione incriminatrice applicabile rimarrebbe quella dell'art. 5 della legge Scelba. La fattispecie di cui all'art. 2 della legge Mancino diverrebbe invece operante, in concorso con l'art. 5 cit., laddove sia contestualmente ravvisata l'esistenza di gruppi attuali che «utilizzino la medesima simbologia e ostentino in pubbliche riunioni le medesime manifestazioni del partito fascista, facendole proprie».

Un diverso indirizzo interpretativo, invece, ritiene che il “saluto romano” sia immediatamente riconducibile all'interno dell'art. 2 della legge Mancino, muovendo

e dintorni: la “resistenza” della dimensione offensiva del tipo criminoso, in *Legisl. pen.*, 21 gennaio 2020; D. PADRONE, *Configurabilità del reato di cui all'art. 5 L. N. 645/1952, in una pubblica manifestazione*, in *Cass. pen.*, 2014, 4107 ss.; L. RISICATO, *Manifestazioni fasciste e commemorazione “dinamica”: è reato*, in *Giur. it.*, 2023, 1919 ss.; EAD., *Il saluto fascista è reato “non tenue” incompatibile con la provocazione*, in *Giur. it.*, 2019, 1911 ss.; F. SPACCASASSI, *Le manifestazioni usuali del fascismo tra leggi “Scelba” e “Mancino”*, in *Questione giustizia*, 6 aprile 2022; A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 688 ss.

⁹ Le Sezioni unite richiamano, tra le altre, Cass. pen., Sez. I, 17 febbraio 2023 n. 12049, in *Giur. it.*, 2023, p. 1916 ss., con nota di L. RISICATO, *Manifestazioni fasciste e commemorazione “dinamica”: è reato*, cit., 1919 ss.

¹⁰ Tra queste si segnala Cass. pen., Sez. I, 12 ottobre 2021 n. 7904, in *Ced.*, rv. 282914-02.

¹¹ V. il punto 4 dei “Considerato in diritto”.

do dal dato – di per sé incontestabile - che si tratta di manifestazione «che rimanda all’ideologia fascista e ai valori politici di discriminazione razziale ed intolleranza»⁽¹²⁾. Si ricorda che tale fattispecie era stata introdotta per innovare la disciplina della legge 13 ottobre 1975, n. 654 (c.d. “legge Reale”), con la quale, in precedenza, era stata data esecuzione alla Convenzione di New York del 7 marzo 1966 contro la discriminazione razziale. Di conseguenza, si osserva che il “saluto romano” rappresenta «diretta espressione di un’ideologia discriminatoria, discendente *ipso iure* da quella fascista, e, per ciò solo, idonea ad inquadrare il fatto nel reato *ex art. 2 cit.* e, allo stesso tempo, tuttavia, a sottrarlo all’ambito di applicazione dell’art. 5, legge cit., per di più indipendentemente dalla necessità di un collegamento alle organizzazioni o ai gruppi indicati nel d.l. n. 122 del 1993»⁽¹³⁾.

Ricostruiti sommariamente i termini del contrasto giurisprudenziale, le Sezioni unite si soffermano su un’analisi dettagliata delle fattispecie in esame, con l’obiettivo di individuarne con maggiore chiarezza i tratti distintivi e poi soffermarsi sulla corretta qualificazione della condotta contestata agli imputati.

I giudici di legittimità riconoscono innanzitutto come entrambe le norme condividano un “nucleo comune” relativo alla condotta materiale «che, in entrambi i casi, consiste nel compimento di manifestazioni tenute partecipando a pubbliche riunioni»⁽¹⁴⁾, ma diverso sarebbe il loro contenuto evocativo e, di conseguenza, il bene giuridico tutelato.

Con riferimento all’art. 5 della legge Scelba, trattandosi di norma “ancillare” rispetto alla XII disposizione finale della Costituzione, il bene protetto viene identificato «nell’ordinamento democratico» [...] o meglio ancora, “costituzionale”, cui viene apprestata una tutela anticipata in relazione a manifestazioni che [...] possono essere tali da indurre alla ricostituzione di un partito che [...] è contrario all’assetto costituzionale»⁽¹⁵⁾. Si conferma, poi, in linea con la giurisprudenza costituzionale e di legittimità maggioritaria, la lettura di tale fattispecie quale reato di pericolo concreto, ritenendo punibili solo quelle manifestazioni che, per le circostanze di tempo e di luogo e per le loro obiettive caratteristiche, siano concretamente idonee a far sorgere il pericolo di ricostituzione del partito fascista⁽¹⁶⁾.

¹² Le Sezioni unite citano, tra le altre, Cass. pen., Sez. I, 4 marzo 2009 n. 25184, cit.

¹³ V. il punto 4 dei “Considerato in diritto”.

¹⁴ V. il punto 6.1. dei “Considerato in diritto”.

¹⁵ V. il punto 6.2.1. dei “Considerato in diritto”.

¹⁶ Si tratta di una lettura che, come vedremo meglio al § 3, è stata affermata dalla Corte costituzionale

Anche l'interpretazione dell'art. 2 della legge Mancino si colloca nel segno della continuità con la giurisprudenza maggioritaria, ribadendosi come tale fattispecie incrimini condotte morfologicamente simili a quelle dell'art. 5 della legge Scelba, ma che assumerebbero un diverso contenuto evocativo in ragione del loro collegamento con organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi attualmente operanti.

Ciò comporta, in primo luogo, lo spostamento dell'asse della tutela verso i beni fondamentali, costituzionalmente protetti dagli art. 2 e 3 Cost., della dignità ed eguaglianza della persona, secondo un'interpretazione che troverebbe oggi conferma nella collocazione sistematica dell'art. 604-*bis* c.p. cui rinvia tale disposizione (inserito, significativamente, in una nuova sezione del codice penale denominata "delitti contro l'eguaglianza"⁽¹⁷⁾). In secondo luogo, il collegamento attuale con tali «organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi» dimostrerebbe come la valutazione del pericolo sia stata «già fatta, *a priori*, dal legislatore, spettando invece al giudice, secondo il "meccanismo" di funzionamento proprio della presunzione, il compito di verificare, nell'analisi della fattispecie, elementi di fatto capaci di dimostrarne, in concreto, l'assenza»⁽¹⁸⁾. In particolare, le Sezioni unite fanno appello al principio, più volte ribadito dalla giurisprudenza costituzionale, secondo cui «il principio di offensività in concreto può, ed anzi deve, operare anche in rapporto alla figura del pericolo presunto»⁽¹⁹⁾, riconoscendo che «quanto meno ai fini della presente decisione, la distinzione tra un "pericolo concreto" ed un "pericolo astratto o presunto" finisca, a ben vedere, per divenire, nei fatti, evanescente».

Sulla base di tale ricostruzione, le Sezioni unite escludono la sussistenza di una

già con la sentenza 14 febbraio 1973, n. 15 e che ha poi trovato successive conferme nella stessa giurisprudenza costituzionale. Le Sezioni unite, nella medesima direzione, richiamano altresì la relazione tenuta davanti al Senato sulla l. n. 645 del 1952 dal Presidente del Consiglio De Gasperi, il quale aveva sottolineato che scopo della legge era quello di «garantire, con concreta efficacia, il Paese contro l'azione di associazioni o movimenti che perseguano, sotto qualsiasi forma, la riorganizzazione del disciolto partito fascista e di prevenire, perciò, la possibilità che risorgano movimenti politici che si sono addimostriati nefasti e deleteri per il Paese e contro i quali la Costituzione ha sancito un espresso divieto» (v. il punto 6.2.1. dei Considerato in diritto).

¹⁷ Sul tema dei delitti contro l'uguaglianza di veda il recente e accurato lavoro monografico di S. PRAN-
DI, *L'uguaglianza violata. Uno studio sull'atto discriminatorio nel sistema penale*, Torino, 2024.

¹⁸ V. il punto 6.2.1. dei "Considerato in diritto".

¹⁹ Viene in proposito richiamata la pronuncia della Corte Cost., 11 giugno 2008 n. 225 sul reato di possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli.

relazione di specialità *ex art.* 15 c.p. tra le fattispecie in questione, soprattutto nell’accezione logico-formale e unilaterale ormai sedimentatasi nella giurisprudenza di legittimità⁽²⁰⁾. Difatti, rilevata la diversità dei contesti e dei beni giuridici tutelati dalle due norme si afferma che tra le stesse si configura un rapporto di specialità bilaterale, come tale estraneo alla previsione dell’art. 15 c.p.

Da qui deriva l’affermazione del principio di diritto secondo cui la condotta di “saluto romano” tenuta durante una pubblica manifestazione «integra il delitto previsto dall’art. 5 legge 20 giugno 1952, n. 645, ove, avuto riguardo alle circostanze del caso, sia idonea ad attingere il concreto pericolo di riorganizzazione del disciolto partito fascista, vietata dalla XII disposizione finale della Costituzione; tale condotta può integrare anche il delitto, di pericolo presunto, previsto dall’art. 2, comma 1, d.l. n. 122 del 26 aprile 1993, convertito dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, ove, tenuto conto del significativo contesto fattuale complessivo, la stessa sia espressiva di manifestazione propria o usuale delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all’art. 604-*bis*, secondo comma, cod. pen. (già art. 3 legge 13 ottobre 1975, n. 654)»⁽²¹⁾.

3. L’ANALISI DELLA DISCIPLINA: L’ART. 5 DELLA LEGGE SCALBA TRA VALORE CULTURALE E DEBOLEZZA STRUTTURALE

Ricostruita sinteticamente la vicenda processuale in esame e richiamato il principio di diritto affermato dalle Sezioni unite, possiamo ora affrontare i problemi maggiormente controversi sottesi alla decisione *de qua*, in modo da saggiare la solidità dell’impianto logico-giuridico eretto dai giudici di legittimità. A tal fine, si procederà secondo le medesime cadenze argomentative seguite dalla Corte di cassazione, nella convinzione che l’articolazione complessiva della sentenza - a prescindere dalla sua idoneità a risolvere persuasivamente le questioni trattate - risulti lineare e metodologicamente ineccepibile.

Per tale ragione, al fine di indagare i profili di rilevanza penale delle condotte di

²⁰ Si ricordi che, alla luce di tale criterio, occorre operare un confronto strutturale tra le fattispecie astratte che passi attraverso una comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definirle. Si veda, per tutte, Cass. pen., Sez. un., 28 ottobre 2010 n. 1235, in *Foro it.*, 2011, II, 682, espressamente richiamata dalla pronuncia in commento.

²¹ V. il punto 10 dei “Considerato in diritto”.

“saluto romano” tenute nel corso di pubbliche manifestazioni, la nostra attenzione sarà innanzitutto concentrata sull’analisi delle fattispecie incriminatrici venute in evidenza, definendone con maggiore puntualità l’ambito e i presupposti applicativi, per poi interrogarci sui loro reciproci rapporti. Sarà quindi dapprima esaminata la fattispecie di cui all’art. 5 della legge Scelba, che dietro un’apparente omogeneità interpretativa nasconde in realtà le maggiori insidie esegetico-ricostruttive. Come osservato in precedenza, nella pronuncia *de qua*, il Supremo collegio, seguendo l’orientamento largamente maggioritario nella giurisprudenza costituzionale e di legittimità, ha interpretato detta fattispecie quale reato di pericolo concreto posto a tutela dell’ordinamento costituzionale.

Questa conclusione è legata anzitutto all’applicazione (*rectius*: “all’estensione”) alla fattispecie *de qua* dello “statuto” costituzionale tipico dei reati d’opinione. Come noto, la Consulta ha da tempo patrocinato una lettura di simili delitti in chiave di pericolo concreto, rigettando in questi termini le censure di legittimità nel tempo sollevate dai giudici *a quibus*⁽²²⁾. Secondo l’impostazione del giudice delle leggi, difatti, la concretezza del pericolo non solo rappresenterebbe un essenziale antidoto rispetto ad applicazioni eccessivamente formalistiche della norma penale che scivolino nella repressione della mera disobbedienza, ma con-

²² Un simile approccio fu inaugurato dalla Corte costituzionale negli anni Cinquanta in due sentenze che avevano ad oggetto proprio alcune disposizioni della legge Scelba. Ci riferiamo, in particolare, alle sentenze n. 1 del 1957 in materia di apologia del fascismo (art. 4 legge Scelba) e n. 74 del 1958, relativa proprio alla fattispecie di cui all’art. 5 cit. In quest’ultima pronuncia i giudici della Consulta escludono che potesse considerarsi punibile «qualunque parola o gesto, anche il più innocuo, che ricordi comunque il regime fascista e gli uomini che lo impersonarono ed esprima semplicemente il pensiero o il sentimento, eventualmente occasionale o transeunte, di un individuo, il quale indossi una camicia nera o intoni un canto o lanci un grido». Il giudice delle leggi osservò come «una simile interpretazione della norma non si può ritenere conforme alla intenzione del legislatore, il quale, dichiarando espressamente di voler impedire la riorganizzazione del disciolto partito fascista, ha inteso vietare e punire non già una qualunque manifestazione del pensiero, tutelata dall’art. 21 della Costituzione, bensì quelle manifestazioni usuali del disciolto partito che, come si è detto prima, possono determinare il pericolo che si è voluto evitare». Risulta poi indispensabile il richiamo alla nota pronuncia n. 65 del 1970 in materia di apologia di delitti (art. 414 c.p.), ove la Consulta rigettò la q.l.c. posta nei confronti di tale fattispecie limitando l’applicazione della stessa a quelle manifestazioni di pensiero che, per le loro modalità, integrino «comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti». La ricostruzione della fattispecie di cui all’art. 5 cit. quale reato di pericolo concreto era già stata affermata da Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 1958, in *Arch. pen.*, 1958, II, 294, cui fa espresso richiamo la citata sentenza della Corte Cost. n. 74/1958; con riferimento al reato di cui all’art. 414 c.p. la giurisprudenza del tempo tendeva invece a privilegiare il paradigma del pericolo astratto: v. Cass. pen., Sez. un., 18 gennaio 1958, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1960, 183 ss.

sentirebbe altresì di assicurare un corretto bilanciamento (o, se si vuole, un valido “compromesso”) tra l’istanza di “autoconservazione” del sistema e quella di tutela del “dissenso” propria di ogni ordinamento liberal-democratico⁽²³⁾.

Non meno decisiva, nella prospettiva delle Sezioni unite, è la considerazione che la norma in esame costituisce diretta derivazione della XII disp. fin. Cost.: ciò dimostrerebbe che con tale disposizione il legislatore ha inteso evitare non la mera adesione all’ideologia fascista, ma che, attraverso l’apologia e le manifestazioni proprie del disciolto partito, si realizzi il pericolo di un ritorno a qualsiasi forma di regime in contrasto con i principi e l’assetto democratico dello Stato⁽²⁴⁾.

²³ Si tratta di un tema che per molto tempo ha interrogato (e ancora interroga) la dottrina penalista e costituzionalista. Sul punto è ancora attualissimo il già citato lavoro di C. FIORE, *op. cit.* Una più recente disamina critica della giurisprudenza costituzionale sul tema si ritrova nei lavori monografici di A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., spec. 323 ss.; C. VISCONTI, *op. cit.*, spec. 4 ss. Riservano specifica attenzione al problema del bilanciamento in simili contesti anche E.M. AMBROSETTI, *Beni giuridici tutelati e struttura della fattispecie: aspetti problematici nella normativa penale contro la discriminazione razziale*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso*, Padova, 2006, 93 ss.; A. GAMBERINI, *I “pensieri leciti” della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, 671 ss.; M. PELISSERO, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Questione giustizia*, 4, 2015, 37 ss.; L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in AA.VV., *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006, 117 ss.; D. PULITANÒ, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l’ordine pubblico (art. 21 Cost.)*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 239 ss.; A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., 689 ss. Nella dottrina costituzionalista v., tra i tanti, A. DI GIOVINE, *La libertà di manifestazione del pensiero e i suoi limiti. Riflessioni sui reati di opinione*, Torino 1984, 75 ss.; A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3, 2013, 71 ss.

²⁴ Nella giurisprudenza di legittimità, il collegamento tra la legge Scelba e la XII disp. fin. Cost. veniva già evidenziato da Cass. pen., 5 marzo 1982, in *Cass. pen.*, 1983, 1652. Più di recente, v. Cass. pen., 7 marzo 2017, n. 11038, cit., 1585 ss., per la quale quello in esame è «reato di pericolo concreto che non sanziona le manifestazioni del pensiero e dell’ideologia fascista in sé, attese le libertà garantite dall’art. 21 Cost., ma soltanto ove le stesse possano determinare il pericolo di ricostituzione di organizzazioni fasciste, in relazione al momento ed all’ambiente in cui sono compiute». Non si trascuri che la XII disp. trans. Cost. rappresenta una norma c.d. di “rottura” che, rispondendo allo «scopo supremo di preservazione dei valori fondamentali inerenti al tipo proprio dell’ordinamento vigente», viene considerata idonea a giustificare deroghe alla libertà di associazione partitica garantita dagli artt. 18 e 49 Cost., nonché alla libertà di manifestazione del pensiero di cui all’art. 21 Cost.: così, la già citata sentenza della Corte cost., 14 febbraio 1973, n. 15. In dottrina, in senso adesivo, v. P. BARILE, U. DE SIERVO, voce *Sanzioni contro il fascismo ed il nazifascismo*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, 861 ss.; S. VINCIGUERRA, voce *Fascismo. III. Sanzioni contro il fascismo*, in *Enc. dir.*, XVI, 1967, 902 ss. Sul punto, più di recente,

Da qui deriva la conclusione secondo cui le manifestazioni usuali del disciolto partito fascista, laddove realizzate in un contesto meramente commemorativo, risultano punibili solo se, in relazione al momento e all'ambiente in cui sono compiute, comportano un pericolo concreto di ricostituzione del partito fascista. Sennonché, diviene agevole comprendere come una simile lettura, per quanto appaia ragionevole e rispettosa degli equilibri costituzionali, rischi di condurre la fattispecie *de qua* a una paralisi applicativa o, comunque, di ridurne significativamente i margini di impiego. Basti osservare che, una volta assunto quale referente assiologico un bene giuridico ad amplissimo spettro quale l'integrità delle istituzioni democratico-repubblicane⁽²⁵⁾, difficilmente potrà riscontrarsi nella singola condotta una concreta idoneità lesiva. Al cospetto di beni di una tale magnitudo (e dalla forte connotazione normativo-ideale)⁽²⁶⁾, si viene infatti a creare un'evidente sproporzione "di scala" tra la (gittata massima della) singola condotta e l'offesa richiesta, circostanza che sembra ostacolare un esito della valutazione in termini di concreta pericolosità della condotta⁽²⁷⁾.

Proprio per tale ragione, un sempre più nutrito filone dottrinale adotta una posi-

D. NOTARO, *op. cit.*, 1-2, che ricorda come il divieto di ricostituzione del partito fascista, rappresentando esecuzione dell'art. 17 del Trattato di Pace firmato a Parigi il 10 febbraio 1947, corrisponde anche a un obbligo internazionale vincolante per l'Italia ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost. Lo stesso A., nondimeno, specifica che la XII disp. fin. Cost. non impone l'impiego di sanzioni penali per assicurare il divieto di ricostituzione del partito fascista.

²⁵ Pare opportuno ricordare che, ai sensi dell'art. 1 della legge Scelba ("Riorganizzazione del partito fascista"), «Ai fini della XII disposizione transitoria e finale della Costituzione, si ha riorganizzazione del disciolto partito fascista quando una associazione, un movimento o comunque un gruppo di persone non inferiore a cinque persegue finalità antidemocratiche proprie del partito fascista, esaltando, minacciando o usando la violenza quale metodo di lotta politica o propugnando la soppressione delle libertà garantite dalla Costituzione o denigrando la democrazia, le sue istituzioni e i valori della Resistenza, o svolgendo propaganda razzista, ovvero rivolge la sua attività alla esaltazione di esponenti, principi, fatti e metodi propri del predetto partito o compie manifestazioni esteriori di carattere fascista». Sul bene giuridico protetto da tale fattispecie v., ancora, S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, 914, che parla in proposito di tutela della «sicurezza dell'ordine democratico costituzionale». Più di recente, detta interpretazione è stata avallata con riferimento all'art. 4 della medesima legge da Cass. pen., 1° aprile 2014 n. 40629, in *Ced*, rv. 260707.

²⁶ Quest'ultima, come segnala, A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 377, costituisce in verità una caratteristica strutturale delle offese reclamabili tramite lo strumento della parola.

²⁷ Tali profili vengono altresì messi in luce da D. NOTARO, *op. cit.*, 6, che in proposito richiama l'esempio dell'apologia di genocidio, ove il paradigma del pericolo concreto ha denunciato le medesime difficoltà applicative. In senso analogo M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000, 337.

zione critica rispetto alla lettura dell’art. 5 cit. quale reato di pericolo concreto e ne propone una rilettura in termini di pericolo astratto⁽²⁸⁾.

In detta prospettiva, viene ricordato che il giudizio di pericolosità in concreto deve essere svolto su basi prognostiche e, a tal fine, esso richiede la sussistenza di leggi di copertura che consentano al giudice di affermare che la situazione oggettiva innescata dalla condotta avrebbe verosimilmente determinato, in mancanza dell’insorgere di circostanze impeditive, la lesione del bene protetto⁽²⁹⁾. Ciò significa, in altri termini, che la configurazione del pericolo concreto richiede quale preconditione la possibilità di postulare un collegamento, pur potenziale, tra la condotta dell’agente e l’effetto eversivo dell’assetto istituzionale dello Stato⁽³⁰⁾.

Nelle situazioni *de quibus*, proprio in ragione della intrinseca inidoneità della singola condotta a generare in concreto un simile pericolo, tale preconditione viene a mancare. Mancano, difatti, leggi di copertura o regole esperienziali in grado di spiegare complicatissime relazioni di condizionamento psichico fra individui che si innestano peraltro nel contesto di macro-fenomeni storico-sociali⁽³¹⁾. Tutto ciò, in definitiva, fa sì che le scelte di criminalizzazione vengano di fatto affidate al (*rectius*: scaricate sul) giudice del caso concreto, che opererà secondo valutazioni altamente discrezionali e incontrollabili. Si spiegherebbero così i sempre mutevoli risultati cui giungono le pronunce che si sono occupate di episodi simili a quello

²⁸ Possono qui citarsi, tra i tanti, A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 377 ss.; A. PERDUCA, voce *Fascismo. II) Disposizioni penali sul fascismo*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, 5 ss.; L. RISICATO, *Manifestazioni fasciste e commemorazione “dinamica”: è reato*, cit., 1919 ss.; EAD., *Il saluto fascista è reato “non tenue” incompatibile con la provocazione*, cit., 1911 ss.; A. TESAURO, “*Le radici profonde non gelano*”: le manifestazioni fasciste al vaglio delle Sezioni Unite: tra storia e diritto, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4, 2023, 12 ss.; C. VISCONTI, *op. cit.*, 247. Già in questi termini S. BELLOMIA, *Manifestazioni fasciste e XII disposizione transitoria della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1973, 1670 ss.; M. SINISCALCO, *La XII disposizione transitoria della Costituzione e il divieto di manifestazioni fasciste*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1959, 166 ss.

²⁹ Sull’articolazione del giudizio di pericolosità in concreto (in particolare, per approfondimenti circa il momento, la base e il parametro del giudizio) fondamentale il rinvio a F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, II ed., Milano, 1994; G. GRASSO, *L’anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 702 ss.; M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, 225 ss. Nella manualistica si vedano, per tutti, G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, II ed., 2024, 136 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 561.

³⁰ M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, cit., 338.

³¹ V., ancora, D. NOTARO, *op. cit.*, 8.

oggetto della sentenza in esame⁽³²⁾.

Inoltre, si osserva che il ricorso al pericolo astratto, oltre che “necessitato” dalle peculiarità ontologiche del bene giuridico, sarebbe coerente con l’ideologia punitiva “precauzionista” e con l’“epistemologia del sospetto” che avrebbe animato le intenzioni del legislatore storico, il quale, attraverso tale incriminazione, avrebbe inteso prevenire anche i rischi potenziali di ricostituzione del partito fascista⁽³³⁾. Alla base di un simile approccio vi sarebbe dunque una preoccupazione di natura generalpreventiva, legata al fatto che le singole manifestazioni fasciste, laddove “liberalizzate”, potrebbero cumulativamente produrre effetti pericolosi nel lungo periodo.

I rilievi suddetti dimostrerebbero come il paradigma del pericolo concreto, sebbene presenti in tesi una maggiore sintonia col canone dell’offensività e col principio democratico-liberale della c.d. “astinenza epistemica”⁽³⁴⁾, risulta in tali contesti del tutto impraticabile e, pertanto, il ricorso al pericolo astratto sia qui non solo legittimo, ma necessario⁽³⁵⁾.

Nella medesima direzione, alcuni autori aggiungono poi considerazioni di natura sistematica, legate alla “germinazione dei reati di opinione”⁽³⁶⁾ a cui si sta assisten-

³² Si tratta, evidentemente, di un’incertezza che va ben oltre la fisiologica divergenza tra gli esiti di ciascun processo e che tradisce un vero e proprio caos normativo che incide sulla prevedibilità delle conseguenze legali delle proprie azioni. Il punto è evidenziato, in particolare, da M. PELISSERO, , *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, cit., 42; L. RISICATO, *Lo scivoloso*, cit., 1963. Emblematica la difformità di decisioni, dovuta proprio ad una diversa prognosi circa la concreta idoneità lesiva della condotta dei partecipanti, che si è verificata rispetto alla manifestazione commemorativa di stampo fascista – con “chiamata del presente” e “saluto romano” – tenutasi a Milano nel pomeriggio del 23 marzo 2014. In tal caso, il Tribunale di Milano ha, per i medesimi comportamenti, assolto gli imputati giudicati con rito ordinario (v. Trib. Milano, 20 febbraio 2019 n. 2488, in *Questione giustizia.*, 22 febbraio 2019) e condannato quanti avevano scelto il rito abbreviato (Cfr. Trib. Milano, 27 novembre 2018 n. 13843, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29 Aprile 2019, con nota di A. GALLUCCIO, *Il saluto fascista è reato? L’attuale panorama normativo e giurisprudenziale ricostruito dal Tribunale di Milano, in una sentenza di condanna*, cit.).

³³ Cfr. A. TESAURO, *op. cit.*, 12.

³⁴ Il riferimento è al principio, richiamato tra gli altri da C. VISCONTI, *op. cit.*, 15 ss., secondo cui «il nucleo essenziale del *free speech* riposa sulla necessità che lo stato osservi una rigorosa neutralità rispetto a tutte le opinioni che ambiscono ad alimentare il libero mercato delle idee».

³⁵ Sulla legittimità del ricorso al paradigma del pericolo astratto in presenza di beni collettivi che, per la loro particolare natura, possono subire un’offesa solo in presenza di condotte seriali, v. G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., 136 ss.

³⁶ L’espressione è di E. FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 1017.

do negli ultimi anni nelle diverse legislazioni europee sul versante del terrorismo, delle discriminazioni, ma anche su quello del c.d. diritto penale della memoria⁽³⁷⁾. Tale fenomeno, secondo detta prospettiva, dimostrerebbe la tendenza, anche a livello sovranazionale, a fare ricorso a simili incriminazioni per assicurare una tutela preventiva rispetto a valori ritenuti fondanti per l’ordinamento dal punto di vista storico e costituzionale⁽³⁸⁾.

Ad ogni modo, si può già anticipare che la questione relativa alla natura del pericolo richiesto dall’art. 5 della legge Scelba, nonostante la chiara presa di posizione delle Sezioni unite, sembra destinata a rimanere aperta.

Attualmente, l’unico dato incontrovertibile è la scarsissima applicazione che fin qui ha trovato tale fattispecie⁽³⁹⁾. Questo, da un lato, riflette le significative criticità che ne caratterizzano l’applicazione, ma, dall’altro lato, non pare comunque giustificare l’adozione di scelte abrogative. Esiste infatti un consenso trasversale circa la persistente necessità di mantenere in vigore l’art. 5 della legge Scelba, già solo per via della “sana” valenza simbolica e pedagogica che il divieto di manifestazioni fasciste di per sé assume e che, in tempi di crisi delle istituzioni democratiche, risulta sempre più irrinunciabile⁽⁴⁰⁾. Diverso è invece il tema dell’opportu-

³⁷ Nel nostro ordinamento, come è noto, in attuazione della Decisione Quadro dell’UE del 28 novembre 2008 riguardante la “lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale”, è stata introdotta la c.d. “aggravante del negazionismo” ad opera della l. 16 giugno 2016, n. 115. In argomento si veda E. FRONZA, *L’introduzione dell’aggravante di negazionismo. Note a margine della l. 115 del 16 giugno 2016*, in *Dir. pen. proc.*, 2, 2017, 155 ss.; G. PUGLISI, *A margine della c.d. ‘aggravante di negazionismo’: tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *www.penale-contemporaneo.it*, 15 luglio 2016.

³⁸ Per un approccio critico al tema v., nella nostra dottrina, M. DONINI, “Danno” e “offesa” nella cd. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1588 ss.

³⁹ F. SPACCASASSI, *op. cit.*, 1 osserva che, dalla data della sua approvazione fino al 2022, sono state circa 20 le sentenze della Cassazione che si sono occupate della legge n. 645 del 1952. Si ricorderà che, anche sul presupposto delle difficoltà applicative della legge Scelba, il 2 ottobre 2015, venne presentata la proposta di legge n. 3343, promossa dall’on. Fiano e altri, che prevedeva l’introduzione dell’articolo 293-bis del codice penale, relativo al reato di propaganda del regime fascista e nazifascista. Il disegno di legge fu approvato dalla Camera il 14 settembre 2017, ma suscitò numerose critiche riguardo all’introduzione di un nuovo reato di opinione che puniva la mera propaganda di partiti fascisti e nazionalsocialisti. V., tra i tanti, A. NOCERA, *op. cit.*, 21; D. PICCIONE, *L’antifascismo e i limiti alla manifestazione del pensiero tra difesa della Costituzione e diritto penale dell’emotività*, in *Giur. cost.*, 4/2017, 1941 ss.

⁴⁰ Cfr., tra i tanti, M. PELISSERO, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, cit., 37 ss.; D. PULITANÒ, *Legge penale, fascismo, pensiero ostile*, in *Riv. dir. dei media*, 10 marzo 2019 e, nella dottrina costituzionalista, F. LISENA, *Gesti anticostituzionali e anacronismi legislativi: il*

nità o necessità di intervenire con la sanzione detentiva rispetto a simili condotte, che si ripropone in modo rilevante rispetto alla fattispecie in esame ma che, in realtà, riguarda l'intera categoria dei reati d'opinione *lato sensu* intesi. Per questa ragione, ci soffermeremo su questo punto solo nella parte conclusiva delle nostre riflessioni⁽⁴¹⁾.

3.1. (SEGUE): LA “FUGA” DELLA PRASSI VERSO L’ART. 2 DELLA LEGGE MANCINO

Come evidenziato dalle Sezioni unite nella pronuncia in commento, un ampio filone giurisprudenziale, sia di merito⁽⁴²⁾ che di legittimità⁽⁴³⁾, ritiene applicabile nelle ipotesi *de quibus* l'art. 2 della legge Mancino.

Detta disposizione, come illustrato, incrimina condotte tenute nel contesto di pubbliche riunioni e si riferisce, da un lato, alle «manifestazioni esteriori proprie o usuali delle organizzazioni razziste», vale a dire tutte quelle espressioni verbali e/o comportamentali esclusive ovvero consuete di tali organizzazioni e, dall'altro, all'ostentazione di «emblemi o simboli propri o usuali» di quest'ultime, cioè l'esibizione di qualunque figura o segno distintivo delle stesse associazioni⁽⁴⁴⁾.

A differenza dell'analogia ipotesi della legge Scelba, rispetto a questa fattispecie si è consolidata in giurisprudenza una lettura – avallata dalle Sezioni unite in commento – quale ipotesi di pericolo astratto; pertanto, sarebbe sufficiente, ai fini della punibilità, la mera realizzazione della condotta conforme al modello legale⁽⁴⁵⁾.

divieto del c.d. saluto romano, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, dicembre 2014.

⁴¹ V., *infra*, § 5.

⁴² Si veda, tra le altre, Trib. Castrovillari, 6 aprile 2005, in *Giur. merito*, 2006, 2474, con nota critica di G. BIONDI, *È ancora attuale la norma che punisce le associazioni finalizzate alla riorganizzazione del disciolto partito fascista?*, *ivi*.

⁴³ V. *supra*, nota 5.

⁴⁴ Parla di «esibizionismo razzista» A. SPENA, *La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, in *Criminalia*, 2017, 588.

⁴⁵ Sui reati di pericolo astratto v., per tutti., M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, 1415 ss. Sul delitto in esame cfr. G.A. DE FRANCESCO, sub *Art. 2*, in *Commento al d.l. 24/4/1993, conv. con modif. dalla l. 25/6/1993, n. 205*, in *Legisl. pen.*, 1994, 174 ss.; S. DEL CORSO, sub *Art. 2*, in *Commento al d.l. 24/4/1993, conv. con modif. dalla l. 25/6/1993, n. 205*, in *Legisl. pen.*, 1994, 201 ss.; A. LUINI, *Misure urgenti in materia di discriminazione razziale religiosa ed etnica*, in *Riv. pen.*, 1993, 987 ss.; G. PAGLIARULO, *La tutela penale contro le discriminazioni razziali*, in *Arch. pen.*, 3/2014, 17 ss.; L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Crit. dir.*, 1994, 18-19.

Ne consegue che, non essendo richiesta un’attività concretizzatrice da parte del giudice, questa fattispecie risulta di più agevole applicazione rispetto all’ipotesi analoga prevista dalla legge Scelba.

È noto che il paradigma del pericolo astratto pone di per sé problemi di legittimità costituzionale legati alla sua dubbia compatibilità col principio di offensività, cui si aggiunge, nel caso di specie, il rischio di un’eccessiva compressione della libertà di manifestazione del pensiero⁽⁴⁶⁾. Per tale ragione, sebbene l’interpretazione in termini di pericolo astratto sembri più aderente al testo letterale della disposizione, essa pone comunque un robusto onere argomentativo per quanti la sostengano.

Tra gli argomenti più ricorrenti a favore di questa interpretazione troviamo il rinvio alle ragioni storiche che hanno portato all’introduzione di tali fattispecie nel nostro ordinamento, ma non mancano ulteriori motivazioni di carattere assiologico e sistematico.

Viene in proposito ricordato che la prima disciplina intervenuta direttamente per offrire tutela (anche penale) contro i fenomeni di discriminazione razziale è rappresentata dalla legge 13 ottobre 1975, n. 654 (c.d. legge Reale), con la quale è stata ratificata la Convenzione di New York del 1965. Su questa disciplina, già caratterizzata e ispirata da particolare rigore, è intervenuta la legge Mancino (d.l. 26 aprile 1993, n. 122, conv. con modif. dalla legge 25 giugno 1993, n. 205) che, in ragione dell’acuirsi dei fenomeni di razzismo e di una maggiore sensibilizzazione al problema da parte dell’opinione pubblica, ha introdotto nuove figure delittuose e inasprito la risposta sanzionatoria delle norme incriminatrici già vigenti⁽⁴⁷⁾. Tra le nuove norme incriminatrici previste dalla legge Mancino vi è proprio la fattispecie in esame, finalizzata a intervenire in via anticipata su situazioni che il

⁴⁶ Sui problemi di legittimità costituzionale e di praticabilità politico-criminale sollevati dai reati di pericolo astratto v., ancora, M. CATENACCI, *op. ult. cit.*, 1415 ss. e M. PARODI GIUSINO, *La condotta nei reati a tutela anticipata*, in *Indice pen.*, 1999, 699-700. Merita segnalare che nella giurisprudenza di legittimità «razzismo è nozione che indica le dottrine che postulano quale presupposto del divenire storico l’esistenza di razze superiori ed inferiori, le prime destinate al comando, le seconde alla sottomissione»: così Cass. pen., Sez. I, 30 settembre 1993, n. 196583, in *Cass. pen.*, 1995, 473.

⁴⁷ Tale finalità complessiva dell’intervento veniva già segnalata dai primi commentatori. V., tra i tanti, G. DE FRANCESCO, *loc. ult. cit.* La disciplina è stata poi ulteriormente modificata dal legislatore con la legge 24 febbraio 2006, n. 85, che, tuttavia, perlomeno dalla prospettiva del presente commento, non ha apportato correttivi di rilievo. Per una ricostruzione storico-sistematica della disciplina penale di contrasto alla discriminazione razziale v. G. PAGLIARULO, *La tutela penale contro le discriminazioni razziali*, cit., 1 ss.

legislatore considerava di per sé pericolose, a prescindere dalle circostanze del caso concreto.

Nella ricostruzione dei presupposti applicativi della disposizione *de qua*, viene poi valorizzata proprio la contestuale vigenza dell'art. 3 della legge n. 654 del 1975 (oggi art. 604-bis c.p.) e dell'art. 5 della legge Scelba e la sua tradizionale lettura quale reato di pericolo concreto. In tale prospettiva, si rileva che solo un'interpretazione della norma in questione in termini di pericolo astratto conferisce a questa un ambito di applicazione non coperto da altre incriminazioni⁽⁴⁸⁾. In questo senso si sostiene che, nella complessiva strategia di contrasto ai fenomeni di perturbazione ideologica della pubblica opinione, la legge Mancino costituisce un complemento alle fattispecie previste dalla legge Scelba⁽⁴⁹⁾. Pertanto, di fronte a manifestazioni commemorative legate ad organizzazioni attualmente operanti, ma che non generano un pericolo concreto di ricostituzione del partito fascista, potrà comunque trovare applicazione l'art. 2 della legge Mancino⁽⁵⁰⁾.

A tale rilievo si saldano considerazioni legate alla diversa oggettività giuridica dell'art. 2 cit., le cui condotte, anche perché tenute nel corso di pubbliche riunioni e collegate a organizzazioni attualmente operanti, vengono considerate «offensive del cosiddetto ordine pubblico in senso “materiale”, ovverosia della condizione di pacifica convivenza immune da disordine e violenza, che la legge penale legittimamente tutela essendo interessata a prevenire il disordine materiale che mette a repentaglio la pace esterna e la sicurezza fisica delle persone»⁽⁵¹⁾. Sempre nella prospettiva del pericolo astratto, si è di recente affermato che la norma *de qua* si

⁴⁸ V. S. DEL CORSO, sub *Art. 2*, cit., 203; C.D. LEOTTA, voce *Razzismo*, in *Dig. pen.*, Torino, 2008, 850 ss.

⁴⁹ V. Cass. pen., 7 maggio 1999 n. 7812, in *Riv. pen.*, 1999, 735.

⁵⁰ Così, proprio in relazione ai rapporti tra art. 2 della legge Mancino e art. 5 della legge Scelba, Cass. 4 giugno 2013 n. 39860, in www.giurisprudenzapenale.com.; Cass. pen., 10 luglio 2007 n. 37390, cit., 246 ss. In dottrina, in senso adesivo, D. NOTARO, *op. cit.*, 18 ss.

⁵¹ Sulla tutela penale dell'ordine pubblico nelle sue diverse declinazioni indispensabile il rinvio a G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano, 1988. Cfr. S. DEL CORSO, sub *Art. 2*, cit., 206, secondo cui i comportamenti previsti dal comma 1 di tale disposizione «meritano di essere sanzionati perché costituiscono, per l'appunto, il possibile detonatore di una esplosione incontrollabile di disordine materiale e di violenza». Nello stesso senso G. DE FRANCESCO, *op. ult. cit.*, 206, C.D. LEOTTA, voce *Razzismo*, cit., 850 ss. e, più di recente, M. GALLI, *Dalla Cassazione alcune indicazioni per individuare il discrimine tra il delitto di “esibizionismo razzista” (art. 2 co. 1 legge Mancino) e il delitto di «manifestazioni fasciste» (art. 5 legge Scelba)*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 giugno 2019.

rivolge alla tutela della pari dignità sociale (che non tollera distinzioni di razza), vale da dire un bene che non solo presenta «un assorbente statuto “metafisico-trascendente”», ma che – in ragione del suo valore – sarebbe in grado di imporsi in modo categorico sul concorrente diritto alla libertà di espressione: ciò avrebbe reso pressoché obbligato il ricorso al pericolo astratto⁽⁵²⁾.

Tuttavia, sul punto, al di là del merito, appare deludente la ricostruzione delle Sezioni unite, che – al netto di taluni richiami alla giurisprudenza precedente orientata nel medesimo senso – si limitano a motivare la scelta del ricorso al pericolo astratto sulla base del «diverso contenuto evocativo di dette manifestazioni» rispetto a quelle considerate dall’art. 5 della legge Scelba e per il loro collegamento con «organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi» attualmente operanti, circostanza che dimostrerebbe *ex se* l’esistenza di un pericolo⁽⁵³⁾.

Allo stesso modo, seguendo una prassi consolidata, l’affermazione di principio circa la classificazione di tale fattispecie tra i reati di pericolo astratto è seguita da valutazioni concrete che, per ammissione stessa delle Sezioni unite, rendono in questo contesto evanescente la distinzione tra pericolo astratto e pericolo concreto⁽⁵⁴⁾.

Ciò rappresenta un accorgimento di natura esegetica che mira apprezzabilmente a preservare il profilo offensivo del reato, anche se, già da tempo, autorevole dottrina ha evidenziato gli aspetti problematici della conversione in via interpretativa dei reati di pericolo astratto in reati di pericolo concreto, legati soprattutto alla ridefinizione assiologica della fattispecie e alla compromissione del valore della tipicità formale⁽⁵⁵⁾. Non potendo approfondire tale aspetto in questa sede, ci

⁵² L’argomento è richiamato da A. TESAURO, *op. cit.*, 4; ID., *La propaganda razzista tra tutela della dignità umana e danno ad altri*, in *Riv. trim. dir. pen. e proc.*, 2016, 961.

⁵³ V. il punto 6.2.4. dei Considerato in diritto. A tal proposito, nella pronuncia in esame viene precisato che gli organismi in questione possono essere costituiti anche da “aggregazioni di natura estemporanea”, la cui operatività potrebbe, quindi, essere “dimostrata proprio dalla condotta collettiva posta in essere”, senza che ricorra la necessità che siano “previamente sorti rispetto alla manifestazione”. Critico sul punto P. DUBOLINO, *La Cassazione a Sezioni unite sulle “manifestazioni fasciste”: novità, conferme e spunti di riflessione*, in *Il penalista*, 13 giugno 2024, secondo cui la norma incriminatrice richiederebbe necessariamente la previa esistenza degli organismi associativi ora previsti dall’art. 604-bis c.p., «non vedendosi come possa affermarsi la qualificabilità di un comportamento o di un segno distintivo come “proprio o usuale” di qualcuno se quel qualcuno non sia già venuto ad esistenza ed abbia reso visibili le proprie caratteristiche».

⁵⁴ V. *supra* § 2.

⁵⁵ Cfr., soprattutto, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novis. Dig. it.*, XIX, 1973, 81 ss. Rispetto

limitiamo a osservare che il “contesto” in cui si manifestano simili condotte rappresenta sicuramente un fattore cruciale nella valutazione della loro pericolosità e, pertanto, una sua considerazione in concreto, al di là delle esigenze legate al principio di offensività, non può certo ritenersi irragionevole⁽⁵⁶⁾. Al contempo, è parimenti evidente che una volta riconosciuta la necessità di una simile valutazione, sarebbe stato opportuno definire con maggiore precisione gli elementi che rendono “pericoloso” uno specifico contesto. Nelle motivazioni della Corte, sembra che tale giudizio si appiattisca sulla “attualità” delle organizzazioni, movimenti o gruppi di riferimento, mentre sarebbe stato probabilmente necessario offrire ulteriori criteri valutativi quali, per esempio, il numero di partecipi e/o simpatizzanti, il radicamento sul territorio, la loro struttura organizzativa e altri aspetti a tal fine pertinenti.

4. I RAPPORTI TRA LE FATTISPECIE: INTERSEZIONI E DIFFERENZE

Volendo sintetizzare le conclusioni delle Sezioni unite relative all’ambito di applicazione delle fattispecie esaminate, si può affermare che il principale *discrimen* viene individuato nel diverso contenuto (determinato dal contesto) delle manifestazioni da esse incriminate: l’art. 5 della legge Scelba si concentra specificamente su fenomeni di ispirazione fascista, mentre l’art. 2 della legge Mancino presenta un ambito applicativo più ampio, comprendendo qualsiasi forma di discriminazione e incitamento all’odio, ma richiede un collegamento con organizzazioni attualmente operanti.

Sulla base di tali indicazioni, possiamo ora provare a definire la natura del rapporto tra le fattispecie in questione, in modo da verificare se, in presenza di manifestazioni che integrano i presupposti di entrambe le incriminazioni, queste possano trovare contestuale applicazione o se, viceversa, il concorso vada risolto nella direzione dell’apparenza⁽⁵⁷⁾.

ai reati di istigazione v. G. DE VERO, voce *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, in *Dig. pen.*, VII, Torino, 1993, 283 ss.; ID., *Istigazione, libertà di espressione e tutela dell’ordine pubblico*, in *Arch. pen.*, 1976, 15.

⁵⁶ Emblematiche le già richiamate sentenze Cass. pen., 22 marzo 2023 (ud. 17 febbraio 2023) n. 12049, cit. e Cass. 27 marzo 2019 n. 21409, cit., con nota di L. RISICATO, *Il saluto fascista è reato “non tenue”*, cit., 1914 ss.

⁵⁷ Nell’abbondanza di studi sul tema, si segnalano i recenti lavori monografici di I. GIACONA, *Concorso*

Si è già osservato che, secondo le Sezioni unite in commento, il raffronto tra le due disposizioni non consente di ravvisare un rapporto di specialità unilaterale. Pertanto, seguendo l’approccio consolidato della giurisprudenza di legittimità, si ammette l’eventualità di un concorso formale laddove la condotta contestata integri i presupposti di entrambe le fattispecie. In particolare, per quanto riguarda il rituale della “chiamata del presente” e del “saluto romano” tenuto nel corso di pubbliche manifestazioni, la Suprema Corte afferma che questo andrà fisiologicamente ricondotto all’interno della fattispecie di cui all’art. 5 cit., a condizione che sia ravvisabile il pericolo concreto di ricostituzione del partito fascista. Tuttavia, non può escludersi la contestuale integrazione del reato di cui all’art. 2 cit., laddove si tratti di manifestazioni che hanno anche contenuti di incitamento all’odio e alla violenza, basate su motivi razziali, etnici, nazionali e religiosi⁽⁵⁸⁾.

La motivazione delle Sezioni unite, anche sotto tale profilo, presenta una sequenza logico-argomentativa ineccepibile: l’analisi delle disposizioni a confronto aveva dimostrato la presenza di un nucleo comune (la condotta materiale), ma una diversità del contesto nel quale il comportamento tipico trova realizzazione, sicché viene coerentemente esclusa la sussistenza di un rapporto di specialità di tipo formale-strutturale. In particolare, dato che non esiste una completa sovrapposizione tra le fattispecie in questione, ma piuttosto una loro intersezione normativa, si sostiene che l’applicazione di una norma non comporta necessariamente (ma solo eventualmente) l’integrazione anche dell’altra. Di conseguenza, tra le due norme si configura un rapporto di specialità bilaterale, che si considera estraneo alla previsione dell’art. 15 c.p.⁽⁵⁹⁾.

apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale, Torino, 2022; M. SCOLETTA, *Idem crimen. Dal “fatto” al “tipo” nel concorso apparente di norme penale*, Torino, 2023, *passim*, che si sofferma ampiamente sul concorso di norme e di reati, esaminati alla luce della dimensione costituzionale e prescrittiva del *ne bis in idem* sostanziale. Rimane comunque essenziale il rinvio a G. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980, 140 ss.; G. DELITALA, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, 104 ss.; R.A. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, 1971; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966; A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1959; A. PAGLIARO, voce *Concorso di reati*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 660 ss.; M. SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell’ordinamento penale italiano*, Milano, 1961. Nella manualistica v., per tutti, G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., 333 ss.

⁵⁸ V. i punti 7 e ss. dei Considerato in diritto. Nello stesso senso, Cass. pen., 12 ottobre 2021 n. 7904, cit.

⁵⁹ Sulla “specialità bilaterale” quale particolare ipotesi di interferenza normativa è indispensabile il richiamo a F. MANTOVANI, *op. cit.*, 230 ss., che considera detta relazione come precipitato strutturale

Risulta quindi respinto l'orientamento secondo cui il "saluto romano" integrerebbe di per sé il reato di cui all'art. 2 d.l. n. 122/1993. Si osserva, infatti, che questo rappresenta una «manifestazione esteriore che rimanda, per comune nozione storica, all'ideologia fascista e, quindi, a un'ideologia politica sicuramente non portatrice dei valori paritari e di non violenza ma, al contrario, fortemente discriminante ed intollerante; ad un regime totalitario che ha emanato, tra l'altro, leggi di discriminazione dei cittadini per motivi razziali»⁽⁶⁰⁾. Tale impostazione, ad avviso delle Sezioni unite, non tiene conto della differente connotazione degli organismi associativi ai quali fa riferimento la "legge Mancino", i quali, ispirati o meno all'ideologia fascista, devono comunque dimostrare la loro attuale esistenza.

Allo stesso modo, viene negata la ricostruzione dei rapporti tra le fattispecie in termini di specialità unilaterale, che anche di recente aveva trovato conferma in sede di legittimità⁽⁶¹⁾. Secondo tale approccio, fermo il comune substrato materiale delle condotte, tra le norme considerate si instaurerebbe un rapporto di specialità a «livello di concretezza del pericolo che, nel caso della legge Scelba, riguarda la ricostituzione del partito fascista, mentre, nel caso della legge n. 205 del 1993, abbraccia ogni concreto pericolo di diffusione di idee basate sulla discriminazione, l'odio razziale ecc., sicché, ove manchi il pericolo di ricostituzione del partito fascista, la pubblica manifestazione simbolica della ideologia fascista deve essere apprezzata quale violazione dell'art. 2 d.l. n. 122 del 1993»⁽⁶²⁾.

Questa impostazione conduce certamente ad esiti più appaganti sul piano sanzionatorio, scongiurandosi a monte la possibilità di un'applicazione congiunta – all'evidenza spropositata – di entrambe le fattispecie. Tuttavia, è necessario osservare che una simile ricostruzione non solo ignora le differenze contestuali segnalate, ma riduce a una mera funzione simbolica la fattispecie di cui all'art. 5 della legge Scelba, che nei termini descritti sarebbe relegata a fattispecie speciale

del principio del *ne bis in idem* e, come tale, rientrante nello schema dell'art. 15 c.p. Essenziale altresì il richiamo a G. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, cit., 51 ss., che perviene al medesimo risultato ma sostenendo che la specialità bilaterale integrerebbe i contorni tipici della "stessa materia" cui fa riferimento la citata disposizione.

⁶⁰ Così Cass. pen., sez. I, 4 marzo 2009 n. 25184, cit. Analogamente, Cass. pen., sez. I, 27 marzo 2009 n. 21409, cit.

⁶¹ Cfr. Cass. pen., 19 novembre 2021 n. 3806, in *Ced*, rv. 282500. Nella giurisprudenza di merito v. Trib. Milano, sent. 27 novembre 2018 (dep. 19 febbraio 2019), cit., annotata e condivisa sul punto da A. GALLUCCIO, *Il saluto fascista è reato? L'attuale panorama normativo e giurisprudenziale ricostruito dal Tribunale di Milano, in una sentenza di condanna*, cit.

⁶² *Ibidem*.

che sanziona comportamenti già punibili con la stessa pena prevista dalla norma generale.

Si può quindi affermare che la ricostruzione dei rapporti tra le norme in questione operata dalle Sezioni unite in commento, pur non potendosi considerare pienamente esaudiente per via del sovraccarico sanzionatorio che ne consegue, rappresenta probabilmente, *de iure condito*, una via obbligata.

Potrebbe poi ragionarsi sulle intollerabili angustie di un modello di risoluzione del concorso di norme basato unicamente sul principio di specialità inteso in senso formale e sulla necessità di ampliare i confini del concorso apparente, magari valorizzando gli effetti sistematici conseguenti al riconoscimento di valore precettivo al *ne bis in idem* sostanziale⁽⁶³⁾. A questo punto, però, il piano del ragionamento si sposterebbe verso una più generale critica del criterio formale-strutturale, qui non adeguatamente sviluppabile. Ci limitiamo pertanto ad osservare che tale criterio presenta il *merito* di estromettere dal giudizio variabili valutazioni di tipo valoriale e così consegnare la definizione del perimetro del concorso apparente al confronto tra le fattispecie legali astratte; al contempo, detto elemento rappresenta altresì il suo principale *limite*, posto che l’applicazione di un così rigido criterio può produrre – e il caso di specie lo dimostra – effetti del tutto irragionevoli⁽⁶⁴⁾.

5. RIFLESSIONI CONCLUSIVE: LA SCARSA “CAPACITÀ NOMOFILATTICA” DELLA SENTENZA E L’ESIGENZA DI UN DIRITTO PENALE “CREDIBILE”

La sentenza in commento conferma che la punizione del pensiero pericoloso, nelle sue diverse forme di manifestazione e diffusione, rappresenta un tema cruciale del nostro tempo e solleva questioni fondamentali in grado di interrogare la tenuta stessa dei principi democratici, richiedendo delicate e continue operazioni di bilanciamento tra la libertà di espressione e la protezione di altri beni giuridici di apicale rilevanza. Rispetto alla questione peculiare della rilevanza penale delle manifestazioni fasciste, peraltro, i problemi si acuiscono in ragione del clamore

⁶³ È questa la prospettiva nella quale si collocano i già citati studi monografici di I. GIACONA, *op. cit.*; M. SCOLETTA, *op. cit.*

⁶⁴ Simili distorsioni, sotto varie prospettive, sono anche evidenziate, tra i tanti, da C. SOTIS, *Il “fatto” nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, in *Indice pen.*, 2017, 464; A. VALLINI, *Tracce di ne bis in idem sostanziale lungo i percorsi disegnati della Corti*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 528.

mediatico che accompagna il dibattito su questi temi; questo, specie sul versante legislativo (ma anche giudiziario), rischia di condizionare negativamente la ricerca di soluzioni equilibrate e rispettose dei principi fondamentali del diritto penale. Date tali premesse, cui va aggiunta la presenza di una disciplina ancora confusa e per molti versi obsoleta, si comprende come il compito delle Sezioni unite si presentasse fin dall'inizio particolarmente ostico. Al netto di ciò, la sentenza annotata rimane comunque piuttosto deludente, soprattutto perché non riesce a offrire una soluzione univoca ai problemi sollevati, limitandosi a richiamare, senza un serio approfondimento critico, gli orientamenti già emersi nel dibattito giurisprudenziale.

Volendone ora riepilogare i punti principali, possiamo muovere dalla più spinosa tra le questioni sottoposte all'attenzione della Suprema corte, vale a dire l'esegesi dell'art. 5 della legge Scelba, di cui viene confermata la natura di reato di pericolo concreto.

Sono già state segnalate le vistose difficoltà applicative determinate da una simile impostazione, al punto che questa può considerarsi la causa principale della ineffettività della fattispecie e della "fuga" giurisprudenziale dalla stessa a vantaggio dell'art. 2 della legge Mancino⁽⁶⁵⁾. Si comprendono perciò i rilievi di quanti osservano come una simile lettura gravi il giudice di una prova diabolica e sia fonte di incertezza applicativa, vista la difficoltà di stabilire quando una manifestazione di stampo fascista abbia generato un concreto pericolo per le istituzioni democratiche.

Sebbene tali argomenti siano del tutto condivisibili, essi non paiono tuttavia autorizzare approcci alternativi che rischiano di comprimere eccessivamente la libertà di espressione e punire manifestazioni che, pur deprecabili, non sembrano meritevoli di sanzione penale⁽⁶⁶⁾. Ciò posto, ha probabilmente ragione chi osserva che «ci troviamo di fronte a due opzioni di fondo entrambe problematiche, e tali perché ciascuna contribuisce, per il suo verso, a mettere in evidenza quanto rischi di risultare puramente "ideologica" la pretesa di cogliere il possibile impatto lesivo delle forme indesiderate di discorso pubblico, mantenendo una piena neutralità valutativa circa i presupposti della punibilità»⁽⁶⁷⁾.

⁶⁵ V. *supra* § 3.1.

⁶⁶ Analogamente, C. BRUSCO, *Contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione e applicazione delle leggi di contrasto al neofascismo*, in *Questione giust.*, 14 maggio 2019.

⁶⁷ Così C. VISCONTI, *op. cit.*, 248.

Anche per questo motivo, ciò che può davvero contestarsi ai giudici di legittimità è la mancata individuazione di criteri precisi e rigorosi che orientino l’interprete nel valutare la concretezza del pericolo. Si tratta, evidentemente, di un *deficit* di determinatezza imputabile in prima istanza al legislatore, ma un contributo di maggiore chiarezza poteva essere offerto dalla Sezioni unite, che sotto questo profilo si sono semplicemente limitate a rimettere simile valutazione all’apprezzamento discrezionale del singolo giudice. Stabilire criteri chiari e oggettivi per l’accertamento del pericolo concreto, come la presenza di elementi specifici di contenuto e di contesto, avrebbe invece potuto aiutare a uniformare l’applicazione della legge.

È altresì condivisibile l’interpretazione dell’art. 2 della legge Mancino quale reato di pericolo (apparentemente) astratto, che non esclude la necessità di tenere conto del contesto fattuale complessivo in cui si esplica la condotta tipica. Tale accorgimento ermeneutico, pur non potendosi considerare pienamente rispettoso della tipicità formale, sembra evitare allo stato attuale il male peggiore, vale a dire la punizione di comportamenti del tutto inoffensivi.

Quanto ai rapporti tra le fattispecie, il riconoscimento di una relazione di specialità bilaterale tra i reati in esame rende il loro concorso formale pressoché inevitabile. Sebbene tale esito possa risultare insoddisfacente sotto il profilo delle conseguenze sanzionatorie, esso rappresenta una coerente applicazione del criterio formale-strutturale accolto dalla giurisprudenza in materia di concorso di norme. L’insieme di tali argomenti dimostra come, anche dopo l’intervento delle Sezioni unite, le “manifestazioni fasciste” continuino a palesare una rilevanza penale ostinatamente dubbia, legata alle libere valutazioni del singolo giudice in ordine alla pericolosità del contesto. Si perpetua così una situazione di intollerabile incertezza, che contrasta con le garanzie di “accessibilità” del precetto e, soprattutto, di “prevedibilità” delle conseguenze legali delle proprie azioni. Ciò è tangibilmente dimostrato dalla vicenda concreta, che in primo grado si era conclusa con l’assoluzione degli imputati in applicazione dell’art. 5 c.p. Anche per questa ragione, come si accennava, alla sentenza in commento può imputarsi, in definitiva, una scarsa capacità nomofilattica, risultando inidonea ad assicurare l’uniformità dell’interpretazione su questioni di notevole rilevanza.

Al di là di ciò, sia consentito osservare che i tempi appaiono maturi per una revisione della legge Scelba, che passi anzitutto da una definizione normativa più precisa dei presupposti per affermare la penale rilevanza di simili manifestazioni,

specificando i contesti e le modalità richieste ai fini dell'integrazione di tali fattispecie. Una formulazione chiara aiuterebbe a ridurre le ambiguità e le interpretazioni divergenti, permettendo alle autorità e ai cittadini di comprendere meglio i margini di rilevanza penale di simili condotte.

Non meno decisivo, poi, sarà ragionare sulla necessità del ricorso alla pena detentiva, cioè di una sanzione intrinsecamente de-socializzante nei confronti di un colpevole che avrebbe invece bisogno «di un contatto più ravvicinato con la dimensione socio-culturale da lui avversata»⁽⁶⁸⁾. La pena della reclusione, anche solo “minacciata”, rischia difatti di alimentare il risentimento e l'ostilità del condannato nei confronti delle istituzioni e della legge e per questa via radicalizzare ulteriormente le sue convinzioni. Le fattispecie incriminatrici come quelle qui esaminate, sotto tale profilo, costituiscono probabilmente il terreno migliore per l'applicazione di misure quali il lavoro di pubblica utilità, che andrebbe (quantomeno in quest'ambito) elevato al rango di pena principale (e non solo sostitutiva), vista la sua attitudine a facilitare il recupero del condannato ed evitare le conseguenze nefaste della (non necessaria) detenzione⁽⁶⁹⁾.

In alternativa ad un intervento sulle pene principali, che allo stato appare poco realistico, si potrebbe altresì considerare la previsione della sola pena pecuniaria. Quest'ultima, a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (c.d. riforma Cartabia), sembra aver acquisito maggiore razionalità ed efficacia in fase esecutiva. La nuova disciplina, infatti, prevede che, in caso di insolvenza, la pena pecuniaria si converta in semilibertà sostitutiva (artt. 660 c.p.p. e 102 l. 24 novembre 1981, n. 689), mentre la conversione in lavoro sostitutivo o detenzione domiciliare sostitutiva viene limitata ai casi in cui il mancato pagamento sia dovuto all'insolvibilità del condannato (artt. 660 c.p.p. e 103 l. 24 novembre 1981, n. 689).

In verità, si potrebbe ancor più a monte dubitare della necessità del ricorso al diritto penale, ma, allo stato attuale, come dimostra il periodico ripetersi di manifestazioni di questo tenore nei più disparati contesti, pare ancora essenziale mantenere un approccio proattivo nella protezione della democrazia, in cui la libertà di espressione e i diritti fondamentali non devono essere soltanto riconosciuti, ma

⁶⁸ Così G. PUGLISI, *La parola acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l'eguaglianza, tra aporie strutturali e alternative alla pena detentiva*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 1356.

⁶⁹ V., ancora, G. PUGLISI, *op. loc. ult. cit.* Sul tema cfr., altresì, F. BACCO, *Tra sentimenti ed eguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale*, Torino, 2018, 213 ss.

vanno attivamente difesi e tutelati, anche attraverso lo *ius puniendi*⁽⁷⁰⁾.

È chiaro che, come molti suggeriscono, occorrerebbe anche una promozione del confronto pubblico e l’implementazione di programmi di educazione civica finalizzati a sensibilizzare i cittadini sui valori democratici, che rappresentano un sempre valido antidoto per placare le pulsioni nostalgiche e i rigurgiti neofascisti⁽⁷¹⁾. Allo stesso tempo, è fondamentale non nutrire illusioni: sebbene queste misure possano dimostrarsi efficaci nel contribuire a contenere simili fenomeni e sia sempre utile incoraggiarle, esse non possono comunque considerarsi risolutive e, pertanto, non giustificano un esonero dal ricorso al diritto penale. Questo, purtroppo, rimane uno strumento ancora imprescindibile per affrontare adeguatamente le minacce alla democrazia provenienti dal discorso pubblico; ciò che risulta fondamentale evitare è che, in questo delicato compito, il diritto penale esibisca a propria volta contenuti illiberali.

È dunque essenziale garantire, specialmente in questi ambiti, un rigoroso rispetto dei limiti costituzionali dell’intervento punitivo, che qui passa anche attraverso una coraggiosa e impopolare rinuncia alla pena detentiva, in modo che le sanzioni previste e applicate siano realmente necessarie, proporzionate e orientate al recupero del reo: solo a queste condizioni il diritto penale può aspirare a essere un tutore credibile della (cultura della) libertà e della democrazia.

ABSTRACT:

Il lavoro analizza la recente pronuncia delle Sezioni unite sulla rilevanza penale del “saluto romano” tenuto nel corso di manifestazioni pubbliche di chiara impronta fascista. Nonostante la sentenza presenti un impianto argomentativo logico e lineare, essa non pare offrire risposte definitive ai quesiti formulati e si mostra perciò deludente sul piano della “capacità nomofilattica”. La valutazione circa la rilevanza penale di tali condotte, in definitiva, rimane infatti rimessa alla (libera) discrezionalità del singolo giudice, chiamato a operare, senza chiari indicatori, una problematica prognosi di pericolosità della condotta rispetto a beni giuridici ad ampio spettro e dalla forte connotazione normativo-ideale. Di conseguenza,

⁷⁰ Cfr., ancora, anche per i necessari riferimenti bibliografici, C. VISCONTI, *op. cit.*, 252 ss.

⁷¹ Tale necessità è richiamata da P. CAROLI, *Commemorare i caduti della Repubblica Sociale Italiana con il saluto romano non costituisce reato*, cit., 1587 ss.

anche dopo l'intervento del Supremo consesso nella sua massima composizione, il dibattito sulla rilevanza penale del saluto romano non pare destinato a sopirsi.

The paper analyses the recent judgement of the United Sections of the Corte di Cassazione on the criminal relevance of the 'Roman salute' during public manifestations of a clearly fascist nature. Although the judgement presents a logical and linear argumentative structure, it does not seem to offer definitive answers to the questions formulated. Ultimately, the assessment of the criminal relevance of such conduct is left to the (free) discretion of the individual judge, who is called upon to make, without clear indicators, a problematic prognosis of the dangerousness of the conduct with regard to wide-ranging legal goods with strong normative-ideal connotations. Consequently, even after the decision of the Supreme Court in its maximum composition, the debate on the criminal relevance of the Roman salute does not seem destined to abate.

RECENSIONI

CHIARA ALVISI

(Professore ordinario di Diritto privato nell'Università di Bologna)

RECENSIONE DEL VOLUME “LA COSTITUZIONE VIVENTE”, A CURA DI L. DELLI PRISCOLI, GIUFFRÉ, 2023*⁽¹⁾

Sommario: 1. Premessa 2. Costituzione e diritto civile 3. La teoria dell'interpretazione costituzionale del diritto privato 4. I mobili confini dell'autonomia privata nel sistema della legalità costituzionale 4.1. Personalismo, solidarismo, uguaglianza e famiglia 4.2. Personalismo, solidarismo, uguaglianza e atti di impresa 5. Principi costituzionali e ordine giuridico del mercato piattaformaizzato

1. PREMESSA

Il 13 maggio 2024, nella prestigiosa Accademia Peloritana dei Pericolanti dell'Università degli Studi di Messina, si è svolta la presentazione del volume intitolato “La Costituzione vivente”, curato dal consigliere di Cassazione Lorenzo Delli Priscoli, uscito per i tipi di Giuffré nel 2023, cui hanno contribuito numerosi magistrati delle corti superiori.

L'occasione del libro è stata la celebrazione del 75° anniversario dell'entrata in vigore della Costituzione della Repubblica italiana, la prima Carta fondamentale voluta dal popolo per la rifondazione democratica e repubblicana dell'ordinamento italiano, dopo i tempi bui delle leggi razziali del 1938, l'instaurazione dello Stato totalitario e la soppressione della Camera dei Deputati nel 1939, l'ingresso dell'Italia nel secondo conflitto bellico mondiale, dal quale uscì sconfitta e distrutta. Sicché la pubblicazione di quest'opera appare quantomai importante ed oppor-

* Contributo esaminato e approvato dalla Direzione.

¹ Questo articolo costituisce la rielaborazione approfondita della relazione svolta all'Università di Messina, il 13 maggio 2024, in occasione della presentazione del volume “La Costituzione vivente”, a cura di L. DELLI PRISCOLI, Giuffré ed., Milano, 2023, organizzata e promossa dalla Consigliera emerita della suprema Corte di cassazione, prof.ssa Mariaenza La Torre.

tuna nel presente momento storico, contrassegnato dalla crisi - bellico-pandemica - dell'ordine mondiale uscito dalla globalizzazione nonché dalla complessità sempre crescente di un ordinamento nazionale estesamente integrato dalle fonti europee e da fonti internazionali che, all'indomani della revisione costituzionale del 2001, si collocano in posizione gerarchicamente sovraordinata alla legge. Una riforma costituzionale che certamente «ha dischiuso un orizzonte sovranazionale più articolato nella tutela multilivello dei diritti fondamentali»⁽²⁾ ma ha anche complicato fino al caos l'attività ermeneutica dell'età della decodificazione. Nell'epoca postmoderna si aggiunge poi quella che è stata definita “l'autolegisla-zione” di “grandi entità private”, che imponendo sostanzialmente le loro regole agli individui e agli Stati, hanno innescato, specie sul mercato piattaformizzato, nuove forme di “tirannia per contratto”, dove l'autonomia privata viene utilizzata dalle multinazionali del web come strumento di “sottomissione sociale”⁽³⁾.

Il giudice costituzionale Giovanni Amoroso, nell'introduzione del volume, spiega il titolo “la Costituzione vivente” riferendosi non solo ai numerosi mutamenti intervenuti nella Costituzione per effetto della sua revisione parziale del 2001 e delle modifiche apportate successivamente da leggi costituzionali, ma anche con riferimento al suo «continuo divenire in ragione del costante apporto della giurisprudenza della Corte costituzionale», dal 1956 ad oggi, che il volume intende illustrare, non senza richiamare la felice espressione del compianto Presidente emerito della Consulta, prof. Paolo Grossi che, nel suo volume intitolato “*una Costituzione da vivere – breviario di valori per italiani di ogni età*”, pubblicato nel 2018 per i tipi del Mulino, dichiarava: la «Costituzione respira», poiché in essa «vivono i valori e si espandono, generando nuovi principi ordinanti e nuovi diritti».

All'idea della “costituzione che respira” corrisponde l'idea della Costituzione come “movimento”, espressa dal gius-privatista Pasquale Femia, per significare che «il valore costituzionale è valore prima costituente che costituzionale, ha una eccedenza comunicativa che nessuna norma può chiudere», sicché «ad una ragio-

² A partire dalle sentenze gemelle della Corte Cost., 24 ottobre 2007 n. 348 e 349, la Consulta ha affermato l'idoneità dei trattati internazionali, inclusa la Cedu, «a valere come parametro interposto nel giudizio di costituzionalità incidentale e principale, sicché gli eventuali contrasti con la normativa interna fanno sorgere questioni di legittimità costituzionale», come ricorda G. AMOROSO, nella Introduzione de *La Costituzione vivente*, a cura di L. DELLI PRISCOLI, Giuffrè ed., Milano, 2023, XIII.

³ Cfr. P. FEMIA, *Il civile senso dell'autonomia*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 25, I, 2019, spec. 3.

ne costituita, quella del testo scritto chiuso e sapienziale, si affiancherà sempre una ragione costituente, libera dai confini nazionali»⁽⁴⁾.

Queste felici immagini indicano che la Costituzione repubblicana opera quale spinta motrice dell'intero ordinamento giuridico quando non sia ridotta a mero confine o limite di validità delle norme di legge ordinaria e sia invece presa sul serio, quale fonte viva di principi e valori ordinanti, cioè di norme positive di diritto sostanziale, non meramente interpretative, che danno forma unitaria all'ordinamento giuridico e con esso allo Stato, tramite il lavoro incessante degli interpreti fedeli al metodo della legalità costituzionale.

2. COSTITUZIONE E DIRITTO CIVILE

La presentazione del volume “La Costituzione vivente” è avvenuta nel luogo in cui storicamente ebbe inizio la dogmatica che intraprese la rilettura del Codice civile e dei compiti culturali della dottrina gius-privatistica alla luce della Costituzione, intesa non solo come fondamento di legittimità dell'ordinamento e delle sue singole disposizioni ma anche come sorgente di “valori”⁽⁵⁾.

Una stagione iniziata grazie a Salvatore Pugliatti, cattedratico e rettore dell'Università di Messina, presidente della prestigiosa Accademia Peloritana dei Pericolanti, il quale fu tra i primi, nel 1949, “a porre il principio della massima attuazione della Costituzione” nel diritto civile⁽⁶⁾. Lo stesso Pugliatti firmò poi, nel 1951, il Manifesto “In difesa della Costituzione” con i civilisti della Scuola messinese Angelo Falzea e Ugo Natoli, che a sua volta, nel 1955, pubblicò la monografia intitolata “Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro” ed

⁴ Cfr. P. FEMIA, *op. cit.*, 6.

⁵ Lo ricorda M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 3, 840.

⁶ Così S. PUGLIATTI, *La retribuzione sufficiente e le norme della costituzione*, in *Riv. giur. del lavoro*, I (1949-50), 189-190: «Che la Carta costituzionale, nel suo complesso, sia di attuazione immediata, è talmente ovvio che neppure sarebbe il caso di parlarne. Tutte le leggi organiche, maturato il tempo dell'entrata in vigore, tendono alla immediata realizzazione di quella modificazione della realtà giuridica che ha spinto il legislatore a formularle. Tale impulso all'immediata ed integrale attuazione massimamente si avverte in relazione alla Carta costituzionale, che non solo si presenta come legge organica, ma è addirittura la legge fondamentale destinata a determinare le linee strutturali dello Stato». La svolta impressa dall'A. alla teoria dell'interpretazione del diritto civile è stata segnalata innanzitutto da P. PERLINGIERI, *Salvatore Pugliatti ed il “principio della massima attuazione della Costituzione”*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 4, 808 ss.

indicò nella difesa della persona «la direttiva fondamentale di svolgimento delle strutture dell'intero sistema»⁽⁷⁾.

La scuola gius-civilistica messinese percepì dunque per prima la direttiva di rinnovamento e di modernizzazione del diritto civile scaturente dalla Costituzione del 1948, anticipando la Corte costituzionale che, come ricorda il consigliere di Cassazione dott. Pierpaolo Gori, nel suo commento all'art. 2 Cost., fin dalla sua prima sentenza, la n. 1 del 14 giugno 1956, rigettò «la distinzione tra norme della Carta Costituzionale programmatiche e norme precettive di immediata attuazione, inaugurata dalla conservativa giurisprudenza delle Sezioni Unite penali della Corte di cassazione, ricomponendo così l'unità formale della Costituzione»⁽⁸⁾.

I gius-privatisti messinesi aprirono dunque la strada a quel progetto di ripensamento di metodi, problemi e categorie della scienza giuridica civilistica, alla luce dei principi e dei valori costituzionali, che trovò poi il suo approdo più compiuto nella “dottrina del diritto civil-costituzionale” fondata da Pietro Perlingieri, a partire dalla prolusione camerte del 1969⁽⁹⁾: una solida scuola scientifica che, nell'età della decodificazione, àncora alla Costituzione il nuovo ordine assiologico del diritto civile nella complessità del sistema delle fonti italo-europee.

La dottrina del diritto civil-costituzionale propone in definitiva di superare sia la “teoria della rilevanza solo interpretativa della Costituzione”⁽¹⁰⁾ che la “teoria dell'applicazione indiretta della Costituzione ai rapporti di diritto civile”⁽¹¹⁾. Il

⁷ Così ancora M. PENNASILICO, *op. cit.*, 843.

⁸ Cfr. P. GORI, *I diritti fondamentali. Art. 2 Cost.*, in *La Costituzione vivente*, a cura di L. DELLI PRISCOLI, Milano, 57 ss.

⁹ P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in ID., *Scuole tendenze metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, 3 ss. Ne riferisce estesamente ancora M. PENNASILICO, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰ Si tratta dell'orientamento dottrinale che negava l'applicazione diretta delle norme costituzionali al fatto concreto, in mancanza di una norma ordinaria direttamente applicabile, ricavando dalle norme costituzionali soltanto principi interpretativi. Su tale concezione si veda U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, I, *Introduzione*, Milano, 1955, 19.

¹¹ I sostenitori di tale teoria affermano che la norma costituzionale potrebbe disciplinare un rapporto di diritto civile soltanto mediante la contemporanea applicazione di una norma di legge ordinaria direttamente applicabile al caso concreto, sì che in sua assenza, la norma costituzionale non potrebbe operare da sola. Così la prevalente dottrina tedesca: C.W. CANARIS, *Diritti fondamentali e diritto privato*, 1984, in P. FEMIA (a cura di), *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti fra privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, collana *La cultura del diritto civile*, Napoli, 2018, 105 ss. e GÜNTHER DÜRIG, *Diritti fondamentali e giurisprudenza civile*, *ibidem*, 75 ss. Cfr. in tal senso anche P. RESCIGNO, *Per una rilettura del codice civile*, in *Giur. it.*, 1968, IV, 209 ss., che sostanzialmente negava l'applicabilità diretta

metodo del diritto civil-costituzionale professa invece l'applicazione diretta ai rapporti di diritto privato delle norme e dei principi costituzionali (da intendersi come norme di diritto sostanziale positivo, sia pure senza fattispecie), anche laddove manchi una norma di legge ordinaria direttamente applicabile. Precisa, inoltre, che la stessa applicazione c.d. indiretta della norma costituzionale, tramite disposizioni di legge ordinaria, sovente una clausola generale, è in realtà applicazione coordinata del principio costituzionale in concorso con una disposizione di legge ordinaria, secondo la tecnica del 'combinato disposto'⁽¹²⁾.

Nel commento all'art. 2 della Costituzione, nel volume "La Costituzione vivente", si legge che la Corte Costituzionale, fin dalla sentenza 9 luglio 1970 n. 122, riconobbe l'applicazione diretta degli articoli 2 e 3 della Costituzione, consentendo di «pervenire alla tutela di diritti fondamentali orizzontalmente, anche nei rapporti tra privati e tra privato 'debole' e 'potere privato'», riconoscendo altresì «che i principi costituzionali penetrano nell'ambito della società civile e diventano immanenti in tutto l'ordinamento giuridico, attenuando fortemente la tradizionale distinzione tra pubblico e privato»⁽¹³⁾.

Il "significato costituzionale" del diritto privato odierno è ben diverso da quello, giusnaturalistico ed illuministico, che attribuiva valore "costituzionale" ai codici civili del primo Ottocento. Questi erano percepiti come una sorta di "statuto dei cittadini", inteso a limitare "l'attività dello Stato nei loro confronti" poiché, regolando la proprietà ed il contratto, traducevano in norme minute i principi delle dichiarazioni settecentesche dei diritti dell'uomo⁽¹⁴⁾.

delle norme costituzionali nel diritto privato, optando piuttosto per la loro applicazione indiretta, mediata dalla legge ordinaria, incluse le clausole generali, aprendo così una via italiana alla c.d. *mittelbare Drittwirkung*.

¹² P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, 547 ss. Cfr. nella dottrina tedesca H.C. NIPPERDEY, *Diritti fondamentali e diritto privato*, in P. FEMIA (a cura di), *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti fra privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, op. cit., 55 ss.

¹³ Cfr. P. GORI, op. cit., 74.

¹⁴ Così M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, 391 afferma: «codesto significato "costituzionale" dei codici civili del primo '800 era «immanente» alle norme che codificavano la proprietà privata e il contratto, le quali «venivano, per così dire, a costituzionalizzare una certa concezione della vita economica, legata, com'è noto, all'idea liberistica (...) il *code civil*, regolando i modi di acquisto della proprietà, veniva in realtà a tradurre in norme minute i principi delle dichiarazioni settecentesche dei diritti dell'uomo», mentre «il contratto – diretto a regolare soprattutto la circolazione della proprietà» - costituiva «addirittura lo strumento più elevato per il raggiungimento della giustizia: *qui dit contractuel dit juste*, proclamava il filosofo».

Come è noto, la concezione settecentesca, “rivoluzionaria” e “liberistica”, del diritto privato entrò in crisi con l’avvento della produzione di massa, del lavoro automatizzato, della società dei consumi⁽¹⁵⁾, della rivalutazione delle formazioni intermedie ad opera delle idee filosofiche ottocentesche⁽¹⁶⁾, del progressivo intervento dello Stato nell’economia all’indomani della Prima guerra mondiale. Le descritte trasformazioni economiche e sociali causarono la progressiva assunzione da parte dello Stato della tutela dell’interesse dell’intera società e di certe categorie sociali deboli (consumatori e lavoratori), le quali non erano più in grado di tutelarsi, sul mercato, con gli strumenti del contratto e del diritto soggettivo, istituti che vennero quindi limitati dalla legge in funzione sociale⁽¹⁷⁾, risultandone la c.d. socializzazione del diritto privato. La prospettiva costituzionale coltivata dalla più attenta dottrina gius-civilistica ha tuttavia impedito l’avverarsi della profezia della pubblicistica della fine dell’Ottocento che, partendo dalla supremazia presupposta del diritto pubblico, considerava il diritto privato “destinato a diventare nient’altro che un capitolo del diritto amministrativo”⁽¹⁸⁾. Esso è invece diventato il diritto delle attività e degli strumenti comuni agli operatori pubblici e privati⁽¹⁹⁾, la cui idoneità al perseguimento di interessi collettivi e generali venne consacrata dalla costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà nel 2001⁽²⁰⁾. La Costituzione vivente ha quindi accompagnato l’evoluzione del diritto privato

¹⁵ Ben descritta da A. GRAMSCI, *Americanismo e fordismo*, a cura di F. PLATONE, Milano, 1949, 41 ss.

¹⁶ M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 401, rileva come «il criticismo kantiano, l’idealismo, il romanticismo e lo storicismo rivalutano il “gruppo”, la “società”, la “nazione”, lo “Stato” e a quest’ultimo finiscono con l’assegnare la funzione di equilibrare la “libertà” degli individui con la necessità». H. ARENDT, *Vita activa. La condizione umana*, Milano, XI ed., 2004, 21 e 25, denuncia il malinteso insito nell’equiparazione di sfera politica e sfera sociale, risalente alla traduzione in latino di espressioni greche e al loro adattamento al pensiero romano-cristiano, malinteso che si è ulteriormente aggravato nell’uso moderno e nella moderna concezione della società.

¹⁷ P. PERLINGIERI, *Mercato, Solidarietà e diritti umani*, 1994, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, 239 ss., spec. 257, osserva come la libertà economica e la concorrenza, «anche sul piano strettamente economico, non sono un fine ma un mezzo, una regola, per realizzare l’utilità sociale, l’effettiva partecipazione di tutti all’organizzazione economica e sociale del Paese e il pieno sviluppo della persona (art. 3, comma 2 Cost.) (...) valori e interessi non realizzabili partendo dal mercato e bisognosi, anzi, di essere difesi dall’espansione delle sue regole».

¹⁸ Così M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, 391, spec. 420.

¹⁹ Così F. GALGANO, *Pubblico e privato nell’organizzazione giuridica*, in *Contr. impr.*, 1985, 361.

²⁰ C. ALVISI, *Il principio costituzionale di sussidiarietà nella prospettiva del privatista*, in P. CAVALERI, E. LAMARQUE (a cura di), *L’attuazione del nuovo Titolo V, Parte Seconda, della Costituzione. Commento alla legge ‘La Loggia’ (Legge 5 giugno 2003, n. 131)*, Torino, 2004, 180 ss.

in diritto comune delle attività della vita sociale ed economica, di cui sono soggetti, nell'età contemporanea, più che gli individui le collettività organizzate, gli enti pubblici e privati, e soprattutto gli Stati e le società multinazionali. Il diritto privato socializzato ha contestualmente recuperato, grazie all'assiologia costituzionale, la centralità della persona nell'ordinamento giuridico, il cui valore, anche relazionale, non è sacrificabile alle superiori ragioni dello Stato, né della collettività né dell'economia⁽²¹⁾.

3. LA TEORIA DELL'INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALE DEL DIRITTO PRIVATO

L'applicazione diretta dei principi costituzionali ai rapporti di diritto civile affermata dalla Consulta ha aperto la strada ad una innovativa teoria dell'interpretazione (teleologica, sistematica ed assiologica)⁽²²⁾ del diritto privato.

Secondo la dottrina del diritto civil-costituzionale il compito dell'interprete, ed in generale della scienza giuridica, è innanzitutto quello di “*individuare, mediante un'impegnativa attività ermeneutica, nel mare magnum delle fonti e delle proposizioni legislative, quale sia la normativa vigente*”, cioè quella più adeguata e maggiormente compatibile con i valori in gioco nel caso concreto. L'interprete deve quindi operare l'armonizzazione delle singole norme con i principi fondamentali di rilevanza costituzionale (avvalendosi del principio gerarchico, della tecnica del bilanciamento fra i principi costituzionali) ovvero applicarli direttamente in mancanza di una norma di legge applicabile, infine confrontare la norma col problema concreto da regolare, che va compreso. Il compito dell'interprete è perciò quello di “rispettare e, con la propria azione, realizzare la legalità costituzionale”, producendo il passaggio dalla legge al diritto attraverso il lavoro ermeneutico⁽²³⁾.

²¹ P. PERLINGIERI, *Economia in bilico tra pubblico e privato: una formula in crisi?*, 1981, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, cit., 229 osserva: «nella Concezione costituzionale, quindi, non si riscontra l'esistenza di ragioni superiori dello Stato o dell'economia, quali valori da attuare. Il dato emergente è quello della realizzazione dei diritti fondamentali del cittadino al quale va funzionalizzata la struttura economica. Soluzioni totalitarie in campo economico si traducono sul piano politico nella caduta, se non nella perdita, della libertà del cittadino».

²² P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., Napoli, 2006, 555, che rifugge dalla tendenza «ad esaurire la legalità nel rispetto dei codici, ad attribuire a questi natura e funzione costituzionale, ad esaltare il meccanismo logico della sussunzione del fatto concreto in una ben precisata fattispecie astratta».

²³ Così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario*

Non diversamente, nel commento all’art. 2 Cost. nel libro *La Costituzione vivente*, l’Autore afferma che la «parte I della Costituzione», dedicata ai «principi fondamentali» e ai «diritti e doveri dei cittadini» costituisce «una vera e propria bussola» per il legislatore, ma anche per l’interprete, «in grado di orientare i rapporti tra Stato e soggetti privati come pure le relazioni orizzontali fra soggetti alla luce dei diritti dell’uomo al centro della scena internazionale»⁽²⁴⁾.

L’interpretazione della legge è a sua volta un processo conoscitivo “a due posti”, implica necessariamente la presenza di un testo giuridico e di un interprete, è finalizzata a rendere possibile la comprensione del testo, senza la quale non vi è diritto, ma rifugge dagli automatismi dell’interpretazione logico-testuale che si avvale solo del sillogismo e della sussunzione. Nel quadro della legalità costituzionale, l’interpretazione è sempre teleologica, sistematica ed assiologica⁽²⁵⁾, non si arresta alla chiarezza formale del testo, poiché la chiarezza è un prodotto, “un eventuale *posterius*, non un *prius* dell’interpretazione”, sicché il canone formalistico pre-costituzionale posto dall’art. 12 delle preleggi viene superato in virtù dell’interpretazione costituzionale del diritto privato⁽²⁶⁾.

Ne deriva una nuova concezione del diritto positivo, inteso come il prodotto della ricezione e della comprensione del testo normativo da parte di un destinatario che gli attribuisce un significato appropriato ad una determinata circostanza di fatto, utilizzando un processo logico-assiologico e sistematico, il quale deve essere quanto più possibile esplicito, affinché risulti «controllabile nel suo percorso in

delle fonti, cit., 572 e ss. il quale afferma che «i giuristi, se non sono copiatori o ripetitori, sono *auctores* che, attingendo al principio del diritto e lavorando intorno alle fonti del diritto, garantiscono l’adeguatezza di ciò che interpretano» ed attuano il passaggio dalla legge al diritto.

²⁴ Cfr. P. GORI, *op. cit.*, 57 ss., spec. 71.

²⁵ Così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 561, il quale nega che possa operarsi una separazione tra «la teoria dell’interpretazione delle leggi ordinarie, che sarebbe governata dall’art. 12 disp. prel. c.c., e la teoria dell’interpretazione delle norme costituzionali. Il canone sistematico esige che l’ordinamento sia interpretato nella sua unitarietà; mentre il canone assiologico comporta che i valori costituzionali, comunitari ed internazionali vivacizzino e rendano attuali singole norme o complessi di norme che non possono non essere lette e interpretate sempre, anche se apparentemente chiare. Necessità oggi dovuta agli obbligatori controlli, che l’interprete deve compiere, di legittimità costituzionale e di legittimità comunitaria di qualsiasi disposizione, recente o antica che sia, che si prospetta applicabile al caso concreto da parte del giudice (...)».

²⁶ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 557, 561, 580, pena l’incostituzionalità dell’art. 12 preleggi se i principi generali cui la norma fa riferimento dovessero intendersi come principi costituzionali.

termini di coerente adeguatezza, proporzionalità, ragionevolezza»⁽²⁷⁾.

A sua volta il compito del civilista è quello di estendere anche agli istituti civilistici e agli atti di autonomia privata il controllo diffuso di conformità ai principi e alle norme costituzionali, tramite il test contenutistico di liceità e di meritevolezza⁽²⁸⁾.

Il metodo della legalità costituzionale teorizzato da Pietro Perlingieri diventa una via praticabile per realizzare, in via interpretativa, l'unità dell'ordinamento giuridico, spettando all'interprete il compito di ricomporre le molteplici fonti ordinarie in coerenza costituzionale⁽²⁹⁾ e di rifuggire da una concezione policentrica del sistema nonché dalla frammentazione del sapere giuridico in una miriade di specializzazioni fra loro non comunicanti.

Si ricorda come Kelsen rilevasse⁽³⁰⁾ che quell'unità del legame sociale che chiamiamo Stato o si produce per via di identificazione con un capo o un'ideologia guida, dunque per via di sottomissione ad un comando (è il caso dei populismi, dei nazionalismi, delle religioni, delle più varie ideologie), oppure si produce per via di interpretazione costituzionale del diritto, quale prodotto della scienza giuridica che costruisce l'unità dell'ordinamento giuridico per via ermeneutica (un lavoro di pensiero che consente partecipazione e controllo diffusi, con metodo democratico).

²⁷ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 572. Cfr. anche p. 565 dove l'A. afferma: «il diritto è positivo se, ma anche soltanto se, esso è interpretato ed è positivo solo in quanto è interpretato: positività del diritto è la sua interpretabilità». La necessaria compresenza del testo e dell'interprete ai fini della "produzione del diritto" implica, da un lato, che l'interprete non si riduce a mero ripetitore del diritto o *bouche de la loi*: ciò evita la ricaduta del metodo della legalità costituzionale nel giusnaturalismo poiché la fonte del diritto resta umana, essendo persino dialogica, dovendo le sue ragioni e i suoi valori essere spiegati e risultare controllabili. Dall'altro, il testo non può essere scavalcato dall'interprete con un salto alla prassi, sicché il metodo della legalità costituzionale evita anche le derive del c.d. «giuspositivismo sociologico, secondo il quale l'oggetto dell'elaborazione della scienza giuridica è soltanto la regola di comportamento» prodotta non da un'autorità ma da «una prassi che si fa»: cfr. ancora P. PERLINGIERI, *op. cit.*, 566.

²⁸ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il giusto rimedio nel diritto civile*, in *Il giusto processo civile*, 1, 2011, 1, spec. 18: «infatti, il controllo di legittimità costituzionale non è soltanto accentrato ma è anche diffuso e l'ermeneutica del giudice comune non rappresenta operazione diversa da quella della Corte costituzionale».

²⁹ P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 32.

³⁰ H. KELSEN, *Il concetto di Stato e la psicologia sociale. Con particolare riguardo alla teoria delle masse di Freud*, trad. di G.B. CONTRI e C. MARZOTTO, nel volume di H. KELSEN, *La democrazia*, Bologna, 1981, 2-30.

4. I MOBILI CONFINI DELL’AUTONOMIA PRIVATA NEL SISTEMA DELLA LEGALITÀ COSTITUZIONALE

Nel sistema della legalità costituzionale cambia anche la categoria dell’autonomia privata, che non corrisponde più al dogma della volontà e neppure alla teoria normativa o dell’affidamento. L’atto di autonomia non si esaurisce nel voluto ma è innanzitutto atto di iniziativa privata, potere di iniziativa che trovando regolamentazione non solo nella volontà del soggetto ma anche in fonti eteronome conformate da principi costituzionali ed europei, affonda le proprie radici in principi costituzionali diversi, in funzione dei valori e degli interessi da realizzare⁽³¹⁾, non più solo individuali ma anche generali, nella nuova prospettiva aperta nel 2001 dal principio di sussidiarietà⁽³²⁾. L’autonomia privata ha quindi fondamenti e statuti variegati, per quanto assiologicamente unitari e coerenti.

Il fondamento degli atti di autonomia è l’art. 41 Cost. se si tratti di atti di imprese (con la precisazione che la nozione euro-unitaria di impresa assume ora un significato estesissimo, includendo qualsiasi professionista eserciti un’attività economica consistente nell’offrire beni o servizi su un dato mercato⁽³³⁾); è invece nell’art. 2 in concorso con gli articoli 13 e 32 Cost. se si tratti di atti esistenziali, negli articoli 2, 3 e 18 Cost. se si tratti di atti associativi, negli articoli 2, 29 e 30 Cost. se si tratti di atti di famiglia, negli articoli 1 e 35 Cost. se si tratti di atti di lavoro subordinato, nell’art. 38 Cost. se si tratti di atti di natura previdenziale⁽³⁴⁾.

4.1 PERSONALISMO, SOLIDARISMO, UGUAGLIANZA E FAMIGLIA

Leggendo le bellissime pagine che la consigliera emerita della Suprema Corte,

³¹ Così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, vol. IV, *Attività e responsabilità*, Napoli, 2020, 45.

³² Mi si consenta il rinvio a C. ALVISI, *Il principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale nella prospettiva del privatista*, cit., 180 ss.

³³ Cfr. L. DELLI PRISCOLI, *Autonomia contrattuale e mercato. Art. 41 cost.*, in ID. (a cura di), *La Costituzione vivente*, op. cit., 909, nt. 30 dove rinvia a CGUE 23.04.1991, C-41/90, Hofner & Ellser; CGUE 16.11.1995, C-244/94; CGCE 26.03.2009 C113/07; Cass. 31.01.2022, n. 2839; Cass. 10.06.2021 n. 16481, per cui anche un lavoratore autonomo va considerato impresa da un punto di vista euro-unitario.

³⁴ P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, cit., 433 ss.

prof.ssa La Torre, dedica nel volume ai diritti della famiglia apprendiamo come sia stata proprio la costituzione vivente, ancor prima della riforma legislativa del 1975, a produrre la modernizzazione del diritto di famiglia all'insegna dei principi costituzionali del pieno sviluppo della persona anche nella formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità e del principio dell'effettiva uguaglianza morale e giuridica fra coniugi nella sua tensione col valore, per lungo tempo percepito come antagonista, dell'unità familiare.

L'evoluzione della nozione di famiglia riconosciuta dalla Costituzione, da una concezione giusnaturalistica e collettivistica (quale cellula della società, o gruppo originario e preesistente) a quella autonomistica di formazione sociale, quale *genus* che ben può comprendere al suo interno non solo la *species* della società naturale fondata sul matrimonio ma anche altre famiglie, incluse quelle a fondamento omoaffettivo, cioè "formazioni sociali nelle quali gli individui" hanno diritto di riunirsi «per vedere valorizzata la propria personalità»⁽³⁵⁾, viene illustrata come il portato di un modello costituzionale reso elastico proprio dal suo inserimento in un quadro assiologico vivente, ampio e complesso, integrato dalle fonti internazionali ed europee (art. 16 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo 10.12.1948, artt. 9 e 33 Carta dei diritti fondamentali dell'UE).

Sicché, per quanto la Consulta abbia ritenuto insussistente l'illegittimità delle norme del codice civile che non consentono a persone dello stesso sesso di contrarre matrimonio⁽³⁶⁾, non ravvisandovi discriminazione costituzionalmente ingiustificabile⁽³⁷⁾, il principio personalistico inscritto nell'art. 2 Cost. e l'intervento della Corte eur. dir. uomo⁽³⁸⁾ hanno spinto il legislatore all'emanazione della Legge 20 maggio 2016, n. 76 recante *Regolamentazione delle unioni civili fra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*. L'illustre Autrice indica come la legge

³⁵ M.E. LA TORRE, *I diritti della famiglia, matrimonio e divorzio*, in L. DELLI PRISCOLI (a cura di), *La Costituzione vivente*, op. cit., 627, spec. 632.

³⁶ Corte Cost., n. 138/2010 e Corte Cost., n. 276/2010, Corte Cost., n. 4/2011 e Corte Cost., n. 170/2011.

³⁷ Riferendosi la nozione di matrimonio presupposta dall'art. 29 Cost a quella contenuta nel codice civile come unione di persone di sesso diverso. Ricorda l'Autrice che tuttavia la Cassazione (Cass. civ., Sez. I, 15 marzo 2012 n. 4184), pur a fronte del rigetto della richiesta di riconoscimento di un matrimonio omosessuale contratto all'estero, ha affermato che la diversità di sesso dei nubendi non è presupposto indispensabile del matrimonio sicché nulla osta a che il legislatore italiano legiferi in favore di tali formazioni familiari.

³⁸ Che ha condannato l'Italia (Corte eur. dir. uomo, 21 luglio 2015) per l'assenza di una legislazione sulle unioni fra persone dello stesso sesso, in violazione dell'art. 8 Cedu (diritto al rispetto della vita privata e familiare).

«dando seguito a sollecitazioni della corte costituzionale, ha da un lato tenuta distinta l’unione civile dal matrimonio, ma dall’altro ne ha stabilito una sostanziale assimilazione»: «le unioni civili, quali formazioni sociali fondate sull’art. 2 Cost., sono relazioni fondate su vincoli affettivi ed economici alle quali l’ordinamento riconosce uno status giuridico»⁽³⁹⁾.

Ci viene poi indicato come il principio personalistico-solidaristico sia stato posto dalla Suprema Corte⁽⁴⁰⁾ alla base della funzione compensativo-perequativa attribuita all’assegno di divorzio⁽⁴¹⁾. Mentre l’effettiva uguaglianza morale e giuridica dei coniugi ci viene rappresentata come punto di arrivo di un complesso percorso⁽⁴²⁾ di interpretazione evolutiva dell’art. 29 Cost. che, da un lato, ha portato la Consulta, a partire dagli anni Sessanta, anticipando la riforma del 1975, a dichiarare l’illegittimità delle norme del codice penale e civile che trattavano in modo asimmetrico l’infedeltà coniugale del marito e della moglie, diseguaglianza ritenuta dalla Consulta non più utile ma dannosa “alla concordia e all’unità della famiglia”⁽⁴³⁾. L’Autrice indica come la Corte costituzionale abbia visto il principio di uguaglianza come l’effettivo messaggio contenuto nell’art. 29 Cost. «rispetto al quale l’esigenza dell’unità familiare non si pone in posizione antitetica/frenante ma è puro limite/eccezione alla piena attuazione di quel principio» (p. 656)⁽⁴⁴⁾. E come sia ancora il principio di uguaglianza ad avere spinto anche di recente la Consulta, con la sentenza. n. 131/2022, a dichiarare illegittima l’attribuzione (*ex*

³⁹ M.E. LA TORRE, *op. cit.*, 638.

⁴⁰ Cass. civ., Sez. un., 11 luglio 2018 n. 18287 e Cass. civ., Sez. I, 8 settembre 2021 n. 24250.

⁴¹ Funzionale a realizzare un livello reddituale adeguato al contributo fornito nella vita familiare in concreto, in funzione del riconoscimento del ruolo e del contributo dell’ex coniuge economicamente più debole alla formazione del patrimonio della famiglia e a quello personale degli ex coniugi, tenendo conto anche delle prospettive professionali sacrificate: così M.E. LA TORRE, *op. cit.*, 643.

⁴² M.E. LA TORRE, *op. cit.*, 644.

⁴³ Ricorda l’A. che la Consulta, con la sentenza n. 126/1968, dichiarò l’illegittimità costituzionale del reato di adulterio, considerando che il diverso trattamento penale fra moglie e marito «lungi dall’essere utile è di grave nocimento alla concordia e all’unità della famiglia» e che pertanto la discriminazione sancita dal comma 1 dell’art. 559 c.p. non garantisce l’unità familiare ma un privilegio al marito, che viola il principio di parità. Stesse motivazioni per Corte Cost., n. 127/1968, che dichiarò incostituzionale l’art. 151, comma 2, c.c. sul trattamento asimmetrico dell’infedeltà coniugale («non sarebbe ragionevole ipotizzare che l’irrelevanza giuridica dell’infedeltà del marito contribuisca a conservare l’unità della famiglia»). Infine, la sentenza n. 147/1969 dichiarò illegittimità costituzionale degli artt. 559, comma 3 e 560 c.p.

⁴⁴ La riforma del diritto di famiglia del 1975 avvenne all’insegna dell’eguaglianza: cfr. M.E. LA TORRE, *op. cit.*, 656 e 657.

art. 262, comma 1, c.c., per violazione degli artt. 2, 3, 117.1 Cost e 8 e 14 Cedu) del solo cognome paterno ai figli, dando così rilievo anche al cognome della moglie, finora “invisibile”, come segno di identità della famiglia. Mentre viene sollecitato l’intervento del legislatore, la Corte costituzionale applica ancora una volta il principio di uguaglianza dei coniugi a garanzia dell’unità familiare messa in pericolo dalla diseguaglianza⁽⁴⁵⁾.

4.2 PERSONALISMO, SOLIDARISMO, UGUAGLIANZA E ATTI DI IMPRESA

Nel commento all’articolo 41 Cost., il curatore del volume “La Costituzione vivente”, Consigliere di Cassazione dott. Delli Priscoli, ricostruisce a sua volta i mobili confini dell’autonomia privata dell’impresa sul mercato, ricordando come la giurisprudenza del XX secolo, nel valutare positivamente la meritevolezza di tutela dei contratti atipici, abbia fatto riferimento soprattutto alle esigenze dell’impresa che trovano copertura costituzionale nella libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), che è libertà fondamentale, ma non assoluta né “involabile”, potendo essere limitata dal legislatore ordinario a fini di utilità sociale, fini ampliati dalla riforma costituzionale del 2022, dalla tutela della sicurezza, libertà, dignità umana alla tutela della salute e dell’ambiente.

Anche in questo caso, prima ancora dell’entrata in vigore della legge antitrust n. 287 del 1990, è stata la Corte costituzionale, con la sentenza n. 241 del 1990 ad affermare che «i principi di correttezza e buona fede nelle trattative e nella formazione ed esecuzione del contratto (artt. 1175, 1337, 1366, 1375 c.c.), le regole della correttezza professionale (art. 2598 n. 3 c.c.) ed i doveri correlati alla responsabilità extracontrattuale (art. 2043 c.c.) non costituiscono un argine sufficiente alla [protezione della] libertà di scelta del contraente e di determinazione del contenuto del contratto che nel vigente ordinamento caratterizzano l’autonomia contrattuale e non sono perciò idonei a sopperire all’alterazione dell’equilibrio tra le parti che consegue all’essere una di esse in posizione di supremazia». Tale situazione ostacola il programma di cui all’art. 3, comma 2, Cost., che deve essere attuato anche nei confronti dei poteri privati e richiede, tra l’altro, controlli

⁴⁵ La Corte Cost., n. 61 del 2006 dichiarò inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 143-bis c.c., 262, 299, comma 3, c.c. e artt. 33 e 34 d.P.R. 396/2000 (opzione a favore del cognome del marito).

sull'autonomia negoziale volti ad evitare discriminazioni arbitrarie.

Al principio costituzionale di uguaglianza sostanziale un'attenta dottrina civilistica aveva già ricollegato, fin dagli anni Sessanta, prima dell'avvento del diritto euro-unitario di tutela dei consumatori, la doverosità di un diritto contrattuale speciale, in deroga al codice civile, di maggior favore per i contraenti deboli nei rapporti contrattuali impari, sperequati con l'impresa standardizzata di massa⁽⁴⁶⁾. Sempre il curatore del volume, nel commento all'art. 41 Cost., rileva poi che nel XXI secolo «la Suprema Corte (...) accanto al criterio della rispondenza alle esigenze dell'impresa, ha individuato anche in un'adeguata tutela dei diritti fondamentali un criterio decisivo per il riconoscimento della meritevolezza del contratto» e della sua liceità, adottando la tutela della persona, delle sue libertà inviolabili, contenuta nell'art. 2 Cost., come parametro costituzionale di valutazione degli atti di autonomia privata⁽⁴⁷⁾.

Come è noto, l'applicazione diretta (anche in concorso con la clausola generale di buona fede contrattuale) del dovere di solidarietà costituzionale agli atti di autonomia privata dell'impresa ha portato la Suprema Corte di Cassazione ad affermare la riduzione d'ufficio della penale manifestamente eccessiva⁽⁴⁸⁾ e ad applicare “giusti rimedi” a fronte dell'esercizio abusivo dei diritti nascenti dal contratto (dal diritto di recesso, al diritto di voto negli organi sociali, all'erogazione abusiva del credito⁽⁴⁹⁾), fino a ravvisare nell'abusivo frazionamento del credito un caso di abuso del processo⁽⁵⁰⁾. La stessa Corte Cost., con la sentenza 24 ottobre 2013, n. 248 in tema di caparra manifestamente eccessiva, ne ha profilato la nullità per violazione dell'art. 2 Cost. «che entra direttamente nel contratto in combinato disposto con il canone della buona fede»⁽⁵¹⁾. A sua volta la suprema corte di Cassazione, con la sentenza 19 giugno 2009, n. 14343 ha dichiarato nulla la clausola di un contratto di locazione che, oltre al divieto di sublocazione, conteneva il «divieto di ospitalità non temporanea di persone estranee al nucleo familiare anagrafico, siccome confliggente proprio con l'adempimento dei doveri di solidarietà che si può manifestare attraverso l'ospitalità offerta per venire incontro alle altrui diffi-

⁴⁶ A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale. Profili preliminari*, Milano, 1971, 24 ss.

⁴⁷ Così L. DELLI PRISCOLI, *Autonomia contrattuale e mercato*, op. cit., 925.

⁴⁸ Cass. civ., 28 marzo 2008 n. 8071, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 1153.

⁴⁹ Cass. civ., 18 settembre 2009 n. 20106, 931 (nt. 86); Cass. civ., Sez. un., 15 novembre 2007 n. 23726.

⁵⁰ Vedi anche L. DELLI PRISCOLI, *I doveri di solidarietà*, op. cit., 85 ss.

⁵¹ V. anche Corte Cost., 2 aprile 2014 n. 77.

coltà, oltre che con la tutela dei rapporti sia all'interno della famiglia fondata sul matrimonio sia di una convivenza di fatto tutelata in quanto formazione sociale, o con l'esplicazione di rapporti di amicizia»⁽⁵²⁾.

La Suprema Corte di legittimità, anche di recente⁽⁵³⁾, ha applicato direttamente al contratto (nel caso di specie di ristorazione) anche l'art. 32 Cost., ricavandone obblighi di protezione a carico dell'impresa «in tutti i contratti in cui una delle parti affidi la propria persona all'altra: e dunque non solo nei contratti di speditività e di trasporto di persone, ma anche in quelli – ad esempio – di albergo, di spettacolo, di appalto (quando l'*opus* da realizzare avvenga in presenza del committente), di insegnamento di una pratica sportiva, di ristorazione».

Il consigliere Delli Priscoli conclude il suo commento dell'art. 41 Cost. osservando come «la contrattazione sul mercato (...) accanto ad interessi pubblici aventi una forte caratterizzazione collettiva (come il rispetto dell'ambiente e della concorrenza) mette in gioco anche il rispetto di diritti fondamentali del singolo, della persona umana (*in primis* il diritto alla salute, ma si pensi anche al diritto alla *privacy*, sempre più messo a repentaglio da contrattazione a distanza che richiedono necessariamente la raccolta di dati sensibili del consumatore)»⁽⁵⁴⁾.

⁵² Così L. DELLI PRISCOLI, *op. cit.*, 925, nt. 70.

⁵³ Cfr. Cass. civ., Sez. VI, 28 maggio 2020 n. 9997, giusta la quale «nel contratto di ristorazione (come in quello di albergo o di trasporto) il ristoratore ha l'obbligo di garantire l'incolumità fisica dell'avventore, quale effetto naturale del negozio, *ex art.* 1374 c.c. derivante dall'art. 32 cost. norma direttamente applicabile anche nei rapporti tra privati» (nella specie la Suprema Corte ha confermato la decisione di merito nella parte in cui ha configurato la responsabilità contrattuale del ristoratore per ustioni procurate ad un cliente da un cameriere che, dopo aver subito un urto, aveva rovesciato una pizza bollente sull'arto dell'avventore). Afferma in particolare la Corte che il predetto obbligo di protezione «discende dall'art. 32 Cost., norma direttamente applicabile (c.d. *Drittwirkung*) anche nei rapporti tra privati, e sussiste necessariamente in tutti i contratti in cui una delle parti affidi la propria persona all'altra: e dunque non solo nei contratti di speditività e di trasporto di personae, ma anche in quelli – ad esempio – di albergo, di spettacolo, di appalto (quando l'*opus* da realizzare avvenga in presenza del committente), di insegnamento di una pratica sportiva, di ristorazione».

⁵⁴ Cfr. L. DELLI PRISCOLI, *op. cit.*, 942. Lo stesso dicasi per l'evoluzione della teoria della responsabilità civile e l'affermazione della generale risarcibilità del danno non patrimoniale da lesione di diritti fondamentali della persona, senza il limite della riserva di legge correlata all'art. 185 c.p., derivante dall'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. fondata sul principio della *Drittwirkung* delle norme costituzionali che attengono a valori inviolabili della persona in quanto dotate di efficacia precettiva diretta non solo nei confronti dello Stato ma anche immediatamente efficaci nei rapporti privatistici (Cass. civ., Sez. III, 15 luglio 2005 n. 15022, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 1, 86 ss.; Cass. civ., 31 maggio 2003 n. 8827, in *Danno e resp.*, 2003, 819; Cass. civ., 31 maggio 2003 n. 8828). Si aggiunga la risarcibilità del danno endofamiliare a seguito dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2043

5. PRINCIPI COSTITUZIONALI E ORDINE GIURIDICO DEL MERCATO PIATTAFORMIZZATO⁽⁵⁵⁾

Con l’ingresso dell’assiologia costituzionale nel diritto civile vivente e nella sua scienza diventa compito primario degli interpreti ricostruire l’ordine giuridico del mercato intorno al “primato della persona” nel suo valore solidaristico-relazionale (art. 2 Cost.)⁽⁵⁶⁾, un valore che esige che sia protetta anche sul mercato piattaforma l’autonomia e la capacità degli individui di costruire legami sociali dignitosi, paritari, senza dei quali la personalità umana non può svolgersi. Si tratta, come si è detto, di un valore inviolabile⁽⁵⁷⁾ poiché è sottratto ad ogni possibilità di revisione costituzionale e ad ogni compromesso. Ne discende l’applicazione diretta del principio costituzionale di uguaglianza anche alla decisione politica del legislatore unionale non diversamente che agli atti di autonomia delle multinazionali del web, onde armonizzare il nuovo assetto dei mercati intermediati dalle piattaforme digitali in conformità ai valori costituzionali⁽⁵⁸⁾. In particolare, l’assiologia costituzionale offre strumenti ermeneutici indispensabili per ricondurre nell’ordine giuridico del mercato, ancorato al primato della persona, anche le attività d’impresa che impiegano le nuove tecnologie informatiche nei loro rapporti contrattuali con gli utenti delle piattaforme digitali, richiedendo, caso per caso, una valutazione della loro liceità e meritevolezza, sulla base di un bilanciamento assiologicamente orientato di interessi contrapposti. Non pare invece accettabile, né giustificabile nell’attuale quadro costituzionale, l’antica tesi che argomentava l’immunità degli atti di autonomia privata dal principio di uguaglianza in virtù di una sorta di antinomia logica fra il detto principio e la libertà contrattuale⁽⁵⁹⁾.

c.c.: cfr. M.E. LA TORRE, *op. cit.*, 679.

⁵⁵ Si consenta il rinvio sul tema a C. ALVISI, *Profilazione, discriminazione contrattuale e rimedi civili*, in *Annali della SISDiC*, n. 11/2024, in corso di pubblicazione.

⁵⁶ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 435, ove afferma: «la persona è inseparabile dalla solidarietà».

⁵⁷ Assistito, si è detto, da una “clausola di eternità”: così P. PERLINGIERI, *Mercato, Solidarietà, Diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 1, 290.

⁵⁸ P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, cit., 57; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 459; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, vol. II, *Fonti e interpretazione*, Napoli, 2020, 176-177.

⁵⁹ Così P. RESCIGNO, *Sul cosiddetto principio d’uguaglianza nel diritto privato*, in *Foro it.*, 1960, I, c.

L'urgenza di un approccio ermeneutico unitario, costituzionalmente orientato, al diritto eurounitario che disciplina l'uso delle tecnologie di intelligenza artificiale, come la profilazione automatizzata degli individui, per attività di organizzazione sociale che includono gli scambi sul mercato piattafornizzato, è evidente. Basti considerare che l'impiego di tali tecnologie rende oggi praticabili sia la pubblicità personalizzata - cioè una forma di comunicazione selettiva, non discorsiva, priva della struttura giuridico-relazionale dell'atto dichiarativo⁽⁶⁰⁾ che trovava sufficiente protezione nelle regole pubbliche e private di verità, correttezza e trasparenza della pubblicità massmediatica -, che la limitazione selettiva e discriminatoria dell'accesso al mercato di classi di persone, fino alla discriminazione perfetta dei prezzi, che gli economisti consideravano, fino a poco tempo fa, un'ipotesi solo teorica⁽⁶¹⁾.

662 ss.

⁶⁰ Autorevole dottrina definisce il rapporto giuridico non tanto come relazione tra soggetti, come tradizionalmente si afferma (cfr. ad esempio F. GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 2013, 19) quanto come relazione tra situazioni giuridiche soggettive: cfr. P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, cit., 79, spec. 80; P. STANZIONE, *Rapporto giuridico (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, 4, spec. 5. Tale definizione consente di ricomprendere anche quelle fattispecie (tra le quali si annovera anche la promessa al pubblico ex art. 1989 c.c.) in cui mancano due soggetti ma sono già individuati due interessi, quindi due situazioni soggettive (si tratta dei casi di rapporto giuridico uni-soggettivo).

Se consideriamo il messaggio pubblicitario come una dichiarazione, vediamo che nella pubblicità profilata diminuisce sensibilmente o scompare del tutto la possibilità di vaglio critico del ricevente a causa dell'estrema personalizzazione della comunicazione quanto all'emissione e al contenuto. La personalizzazione del messaggio può azzerare quella che Carnelutti definiva, nell'ambito della sua teoria della dichiarazione, l'attività ispettiva del ricevente, cioè la sua facoltà di ricevere e di interpretare il contenuto della dichiarazione, onde collaborare con l'emittente all'intesa linguistica. Osservava infatti il Maestro che «poiché l'evento della dichiarazione è destinato a compiersi nella mente altrui, la dichiarazione per raggiungere il suo effetto [far conoscere il pensiero altrui, far sapere, far fare] richiede un'attività del destinatario, la quale si qualifica come ispezione della dichiarazione»: cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Camerino, 1998, 280 ss. Nella «comunicazione artificiale», ed in particolare nella pubblicità profilata che ne costituisce un caso, nulla resta della relazione di comunicazione. Piuttosto che incrementare l'investimento di pensiero o creativo per convincere il destinatario ad «aprire dall'interno le porte della sua mente», l'inserzionista che si avvale della profilazione automatizzata preferisce annullare la distanza con il suo interlocutore, che diventa un *target*, «forzare dall'esterno le porte della mente» del suo destinatario, determinarne il comportamento senza il filtro della sua facoltà di giudizio, per via di comunione più che di comunicazione. Come osserva il filosofo francese E. SADIN, *Critica della ragione artificiale. Una difesa dell'umanità*, Roma, 2019, 52 e 67, «è in questa prospettiva che abbondano le *chatbot*, gli agenti conversazionali», che «sotto l'apparenza di conversazioni [intime] dai toni famigliari» cercano «di sostituire il senso con il segnale».

⁶¹ Cfr. anche su questi aspetti mi si consenta il rinvio a C. ALVISI, *Profilazione, discriminazione contrattuale e rimedi civilistici*, op. loc. ult. cit.

Occorre dunque chiedersi se l’attuale assetto degli scambi, intermediato dalle piattaforme digitali ed organizzato tramite la profilazione automatica degli individui, possa ancora considerarsi mercato, cioè uno spazio pubblico, libero in quanto giuridicamente ordinato. Occorre poi interpretare col metodo della legalità costituzionale i contenuti della decisione politica assunta dall’Unione europea con il Digital Service Package⁽⁶²⁾, col GDPR⁽⁶³⁾, con la direttiva omnibus⁽⁶⁴⁾, con l’aggiornamento della direttiva SMA⁽⁶⁵⁾ e col regolamento P2B⁽⁶⁶⁾ al dichiarato obiettivo di istituire il mercato piattaforma come un ordine della convivenza che appresti tutela non solo alla libertà di iniziativa economica delle imprese digitali ma anche alla libertà di scelta degli individui, a partire dal “primo aggancio”, al fine di armonizzare tale assetto normativo, per via ermeneutica, con gli irrinunciabili principi personalistici del nostro assetto costituzionale.

In particolare, il problema delle decisioni automatizzate, basate esclusivamente o prevalentemente sulla profilazione automatica degli individui tramite programmi di autoapprendimento in grado di processare enormi quantità di dati, non può più essere affrontato sulla base di un approccio puramente testuale e letterale all’art. 22 GDPR o alle nuove disposizioni di fonte euro-unitaria in materia di Intelligenza Artificiale. Occorre invece porsi seriamente il problema della compatibilità dell’impiego delle tecnologie computazionali a scopo economico, sociale, politico, con gli irrinunciabili valori personalistici che sono alla base del nostro assetto

⁶² Composto dal Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali) e dal Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali).

⁶³ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

⁶⁴ Direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell’Unione relative alla protezione dei consumatori.

⁶⁵ Direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi), in considerazione dell’evoluzione delle realtà del mercato.

⁶⁶ Regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online.

costituzionale, partendo dall'interpretazione costituzionalmente orientata della generale qualificazione di antigiuridicità delle decisioni automatizzate, inclusa la profilazione automatizzata degli individui che ne costituisce un caso, sancita in linea di principio dall'art. 22 GDPR. Occorre inoltre considerare l'applicazione di tale ultima norma in concorso con le fattispecie discriminatorie tipizzate dal sistema italo-europeo delle fonti, dovendo essere interpretate l'una e le altre quali veicoli di attuazione dello stesso valore costituzionale personalistico, di cui assicurano in concorso la tutela.

A differenza della DPD⁽⁶⁷⁾, il GDPR ha tipizzato il trattamento di profilazione definendolo, con formula ampia, come qualsiasi forma di trattamento «automatizzato di dati personali (...) per valutare determinati aspetti personali relativi ad una persona fisica, in particolare per (...) prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona». Secondo la definizione accolta dal GDPR, la profilazione è un'attività computazionale con finalità valutative e predittive⁽⁶⁸⁾, potendo essere utilizzata al fine di assumere decisioni ad effetto giuridico o altrimenti significative con riguardo agli individui, come le decisioni che presiedono alla distribuzione selettiva di pubblicità programmatica, alla personalizzazione delle offerte economiche e al rifiuto di contrattare con persone assegnate a determinati profili.

I profili elaborati con l'impiego delle intelligenze artificiali sono quindi “giudizi di valore” o di “disvalore” riferiti agli individui a scopo predittivo e decisionale.

⁶⁷ Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

⁶⁸ Cass. civ., Sez. VI-2, ord. 8 novembre 2021 n. 32411, in *Tecn. e dir.*, 2023, 1, 191 ss. con nota critica di F. ACCOTO, *Il confine tra profilazione online e condizioni generali di contratto*, 198 ss., ha confermato la decisione della corte territoriale, secondo cui la «predisposizione da parte della società [di autonoleggio] di offerte personalizzate rispetto alla tariffa ordinaria, sulla base di informazioni ulteriori e specifiche rilasciate dal cliente con la compilazione di una scheda, calcolate attraverso un algoritmo matematico» che «incrociava e analizzava i dati dei clienti, in modo da prevedere l'utilizzo che ciascuno avrebbe fatto dei veicoli e calcolare di conseguenza lo sconto» integrava una tipologia di trattamento che doveva essere preventivamente notificato al Garante [ai sensi del previgente art. 37, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 196 del 2003] in quanto riguardava «dati trattati con l'ausilio di strumenti elettronici volti a definire il profilo o la personalità dell'interessato, o ad analizzare abitudini o scelte di consumo, ovvero a monitorare l'utilizzo di servizi di comunicazione elettronica con esclusione dei trattamenti tecnicamente indispensabili per fornire i servizi medesimi agli utenti».

Tali giudizi vengono formulati in modo automatico, sulla base della ponderazione quantitativa e statistica di determinati attributi ontologici delle persone, incluse determinate condizioni psico-socio-economiche. La valutazione o “misurazione” statistico-quantitativa delle persone differisce radicalmente dal giudizio consistente nella valutazione giuridico-imputativa di azioni e comportamenti individuali. La valutazione normativa, cioè imputativa, dei comportamenti umani è la sola tipologia di decisione costituzionalmente compatibile con la dignità della persona, che è “libera personalità” in quanto è capace di autodeterminazione e di norme ed è irriducibile ai determinismi causali degli enti del mondo naturale ed animale⁽⁶⁹⁾. Ove un giudizio di (dis)valore a base statistico-quantitativa comportasse l’esclusione dell’individuo profilato dall’accesso al credito, ad assicurazioni sanitarie, ad offerte commerciali vantaggiose o altre restrizioni della sua libertà economica esso integrerebbe sempre una decisione automatizzata vietata dall’art. 22, § 1, GDPR e presuntivamente un abuso discriminatorio⁽⁷⁰⁾.

È dunque guardando alla Costituzione che il civilista non può esimersi dal ravvisare nella profilazione automatizzata una pratica presuntivamente sempre discriminatoria, anche quando non utilizzi particolari categorie di dati⁽⁷¹⁾. È una conclusione cui si perviene partendo dal significato del principio di eguaglianza sancito dall’art. 3 della Carta fondamentale. Il principio di uguaglianza formale,

⁶⁹ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (Vienna, 1934), Torino, 2000, 88, osserva «che l’uomo sia o abbia personalità giuridica non significa sostanzialmente altro che certe sue azioni od omissioni costituiscono in una o altra forma il contenuto di norme giuridiche». Laddove l’essenza del diritto è quella di connettere i fatti secondo il nesso di imputazione, esente da qualsiasi necessità naturalistica o causale. Conseguentemente «gli esseri umani sono liberi perché imputano la ricompensa, la penitenza o il castigo, come conseguenza, al comportamento umano come condizione», dunque liberi perché imputabili, non il contrario (p. 220).

⁷⁰ P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell’autonomia priva e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, 540, nt. 843, distingueva l’istituzione di classi logiche di individui (ad es. gli antipatici) dall’istituzione di classi assiologiche, che si fondano su differenziati giudizi di valore (ad es. gli stranieri o i protestanti, etc..), ed acutamente osservava che «la decisione di aggregare individui per una loro caratteristica rilevante deve essere controllata, come giudizio di valore, nella sua congruenza con l’intreccio dei valori costituzionali richiamati nella fattispecie».

⁷¹ Cfr. quanto osserva B. PARENZO, *Profilazione e discriminazione. Dal GDPR alla Proposta di Regolamento sull’IA*, in *Tecnologie e diritto*, 2023, 1, 105-134. Cfr. anche A.G. GRASSO, *GDPR Feasibility and algorithmic Non-Statutory Discrimination*, Napoli, 2023, 24: «in algorithmic era, in addition to proper discrimination, i.e. perpetrated against protected groups, we have new forms of unlawful automatic processing, which, although not covered by any specific rules, give rise to conduct prohibited under Article 22 GDPR, insofar as they are unreasonably, unjustifiably and “invisibly” exclude from the enjoyment of goods and services entire categories of individuals».

sancito dal primo comma dell'art. 3 Cost., indica che le differenze biologiche (sesso, razza, condizioni personali) e culturali (lingua, religione, opinioni politiche) degli individui – che sono un dato fattuale che va rispettato – non possono costituire un ostacolo alla «eguaglianza secondo il diritto», che è un giudizio di valore di pari dignità, il quale impone la «eguaglianza» dei diritti fondamentali, che devono essere garantiti a tutti «a fronte del potere (pubblico o privato)»⁽⁷²⁾. Sicché i divieti di discriminazione in ragione di quegli attributi «sono (non una mera specificazione dell'uguaglianza formale ma) un effettivo strumento di giustizia»⁽⁷³⁾.

Le carte dei diritti fondamentali, internazionali ed europee, integrano a loro volta con rango costituzionale il sistema italo-europeo delle fonti, estendendo il divieto di discriminazione anche con riferimento ad attributi quali le convinzioni personali, la nascita, la ricchezza, le condizioni sociali ed «ogni altra condizione»⁽⁷⁴⁾, rendendo aperto e non tassativo il catalogo dei c.d. fattori di rischio discriminazione⁽⁷⁵⁾.

⁷² Così P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, cit., 55 ss.

⁷³ Così ancora P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2013, 55 ss., «perché connettono dignità sociale di ciascuno, riconoscimento della diversità (la pretesa che la propria differenza sia rispettata, non discriminata, dalla collettività) e realizzazione di effettiva eguaglianza nella libera autodeterminazione». Ovviamente «[l]a Costituzione riconosce l'uguaglianza sia come divieto di discriminazione fondata su differenze biologiche o culturali sia come impegno dello Stato a rimuovere le condizioni che di fatto ostacolano lo sviluppo della persona».

⁷⁴ Una formula così ampia si ritrova nell'art. 2 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948) e nell'art. 14 - Divieto di discriminazione della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali – Cedu (1950) nonché nell'art. 3, comma 1, Cost. Indica il carattere aperto dell'elenco dei c.d. fattori di rischio anche la formulazione del divieto di discriminazione contenuta nell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza, cui l'art. 6, n. 1 TUE attribuisce lo stesso valore giuridico dei Trattati): «è vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità. L'età o l'orientamento sessuale. Nell'ambito di applicazione dei trattati e fatte salve le disposizioni specifiche in essi contenute, è vietata qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità».

⁷⁵ Se ne inferisce che il divieto di discriminazione e il principio di parità di trattamento dovranno considerarsi come principi generali, sia quando siano enunciati senza ulteriori specificazioni (art. 2 TUE), che quando vengano enunciati con riferimento ad un numero circoscritto di fattori di rischio (quali gli artt. 10, 18, 19 TFUE che menzionano il sesso, la razza, l'origine etnica, la religione, le convinzioni personali, la disabilità, l'età, l'orientamento sessuale; la direttiva 2000/43/CE del 29 giugno 2000, attuata dal d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215, che enuncia il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica; la direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000, attuata

La *Drittwirkung* della norma costituzionale⁽⁷⁶⁾, l’equiparazione dei soggetti pub-

dal d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, menzionando quali fattori di rischio la religione, le convinzioni personali, gli handicap, l’età, le tendenze sessuali; la direttiva 2004/113/CE del 13 dicembre 2004, recepita dal d.lgs. 6 novembre 2007, n. 196, che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l’accesso a beni e servizi e loro fornitura, nonché la direttiva 2006/54/CE del 5 luglio 2006, riguardante l’attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, attuata dal d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 5, che menzionano quale unico fattore di rischio il genere; la direttiva 2006/123/CE – c.d. direttiva servizi – che all’art. 20 contiene un divieto generale di discriminazione basata sulla nazionalità e il luogo di residenza; il d.lgs. 11 aprile 1998, n. 286 - T.U. immigrazione - che vieta la discriminazione, diretta o indiretta, per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, menzionando quali fattori di rischio la razza, il colore, l’ascendenza o l’origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose; la legge 25 giugno 1993, n. 205, conversione in legge con modificazioni del decreto legge 26 aprile 1993, n. 122, recante misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa - c.d. legge Mancino; lo statuto dei lavoratori, legge 20 maggio 1970, n. 300, che all’art. 15 vieta gli atti discriminatori indicando come fattori di rischio l’appartenenza sindacale, la partecipazione agli scioperi, le opinioni politiche, le convinzioni religiose, la razza, la lingua, il sesso, l’handicap, l’età, l’orientamento sessuale, le convinzioni personali.

⁷⁶ Cfr. sul punto G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto di discriminazione quale limite all’autonomia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 6, 1406, sub nt. 88, con ampia rassegna dottrinale. Con riferimento alla diretta applicabilità dei principi costituzionali nei rapporti inter-privati si vedano: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Napoli, 2020, 83 ss. e 543 ss.; ID., *Manuale di diritto civile*, cit., 32 ss.; P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004, 47 ss.; M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, cit., 840 ss.; A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale: profili preliminari*, Milano, 1971, 24 ss.: «la norma costituzionale e la garanzia in essa (...) rintracciabile» diventa «direttamente rilevante anche nei rapporti interindividuali», legittimando «un vero e proprio sindacato di costituzionalità espresso giudizialmente su atti di autonomia contrattuale così da impedire i sempre possibili abusi di un pericoloso prepotere privato nei confronti di contraenti operanti in situazione di inferiorità» (p. 25). Secondo P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell’autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, 495 ss. la violazione del principio di eguaglianza può incidere sulla qualificazione di invalidità del negozio sicché se l’autonomia privata «è potere di relazione», cioè libertà dell’individuo nella conformazione di relazioni umane, come tale fonte di diseguaglianza sostanziale (al pari della proprietà), l’eguaglianza ha la funzione di giustificare la legittimità di quel potere. Cfr. altresì P. FEMIA (a cura di), *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, in *La cultura del diritto civile, Studi della Società italiana degli studiosi del diritto civile*, Napoli, 2018, *passim*. Anche la giurisprudenza della Consulta indica che il controllo di liceità delle clausole contrattuali debba essere costituzionalmente orientato, con la conseguenza, ad esempio, che la nullità *ex art.* 1418 c.c. di una clausola contrattuale è rilevabile *ex officio* «per contrasto con il precetto dell’articolo 2 Cost., (per il profilo dell’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà) che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce vis normativa, «funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell’interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l’interesse proprio dell’obbligato»» (Corte Cost., ord. 13

blici e privati in termini di soggezione al divieto imperativo di discriminare operata dalla Corte di giustizia fin dalla sentenza 12 dicembre 1974 nella causa *B.N.O. Walrave*⁽⁷⁷⁾ nonché il riconoscimento del diritto a non essere discriminati quale diritto fondamentale azionabile anche verso i privati⁽⁷⁸⁾ hanno esteso ai rappor-

ottobre 2013 n. 248; in termini analoghi cfr. Corte Cost., ord. 26 marzo 2014 n. 77). Cfr. altresì Cass. civ., Sez. III, 19 giugno 2009 n. 14343, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 3, 992 ss., secondo cui il dettato delle norme che attengono ai valori inviolabili della persona umana «non si esaurisce in formule meramente programmatiche, ma è dotato d'un valore precettivo che le rende direttamente applicabili anche ai rapporti intersoggettivi».

⁷⁷ CGCE, 12 dicembre 1974, C-36/74, *B.N.O. Walrave, L. J. N. Koch c. Association Union Cycliste Internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie e Federacion Espanola Ciclismo*, in *Racc.* 1974, 1405 ss.; più recentemente hanno affermato l'applicabilità diretta del divieto di discriminazioni basate sulla cittadinanza, oltre che agli atti dell'autorità pubblica, anche alle norme di qualsiasi natura dirette a disciplinare collettivamente il lavoro subordinato, il lavoro autonomo e le prestazioni di servizi, CGUE 13 giugno 2019, C-22/18, *TopFit eV, D. Biffi c. Deutscher Leichtathletikverband eV*, in *Racc.* 2019, 497 ss.; CGUE 17 luglio 2008, C-94/07, *A. Raccanelli c. Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, in *Racc.* 2008, I, 5939 ss.; CGUE 11 dicembre 2007, C-438/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, in *Racc.* 2007, I, 10779 ss. In dottrina, si richiama L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2003, 185 ss., il quale ha osservato come la giurisprudenza della Corte di Giustizia, a partire dalla summenzionata decisione *B.N.O. Walrave*, abbia esteso l'ambito di applicazione del principio generale di uguaglianza e di non discriminazione anche ai rapporti contrattuali privati con lo stesso carattere di absolutezza ed inderogabilità espressamente riconosciuto al divieto di abuso di posizione dominante di cui all'art. 81 TCE [oggi art. 102 TFUE]. Il principio di uguaglianza è in tal senso parametro inderogabile del controllo di liceità e meritevolezza di qualsiasi rapporto giuridico purché questo – in considerazione del luogo in cui sorge o del luogo in cui spiega gli effetti – possa essere ricondotto al territorio dell'Unione.

⁷⁸ Riconosciuto dalla CGUE 12 dicembre 2000, C-442/00, *Angel Rodriguez Caballero*, in *Racc.* 2002, I, 11915 ss.; CGUE 22 novembre 2005, C-144/04, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, in *Racc.* 2005, I, 10013 ss.; CGUE, 19 gennaio 2010, C-555/07, *Seda Kükükdeveci*, in *Racc.* 2010, I, 356 ss.; CGUE 15 gennaio 2014, C-176/12, *Association de médiation sociale c. Union locale des syndicats CGT, Hichem Laboubi, Union départementale CGT des Bouches-du-Rhône, Confédération générale du travail (CGT)*, in *Racc.* 2014; CGUE 19 aprile 2016, C-441/14, *Dansk Industri (DI), per conto della Ajos A/S, c. Successione Karsten Eigil Rasmussen*, in *Racc.* 2016. In ambito domestico la qualificazione del diritto a non essere discriminati come “diritto assoluto” è stata affermata inizialmente da Cass. civ., Sez. un., 15 febbraio 2011 n. 3670, in *Foro it.*, 2011, 4, I, c. 1101 ss., e Cass. civ., Sez. un., 30 marzo 2011 n. 7186, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 4, II, 1095 ss. e, successivamente, anche da Cass. civ., Sez. III, 16 agosto 2023 n. 24686, in *De jure*; Cass. civ., Sez. un., 1° febbraio 2022 n. 3057, in *De jure*; Cass. civ., Sez. I, 15 febbraio 2021 n. 3842, in *De jure*; Corte App. Milano, Sez. lav., 6 settembre 2021 n. 730, in *De jure*; Corte App. Milano, Sez. lav., ord. 29 febbraio 2016, n. 3982, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, 534 ss., con nota di L. CALAFÀ, *Lavoro intermittente e discriminazione diretta in base all'età: prove di disapplicazione*, secondo cui «la violazione del principio generale dell'Unione europea di non discriminazione è specificazione di un principio di eguaglianza che esiste indipendentemente dalle direttive. Dalla natura

ti contrattuali fra privati l’ambito di operatività del principio costituzionale di uguaglianza, che sottende un giudizio di valore di pari dignità degli individui ed il conseguente divieto imperativo di discriminazione delle persone sulla base di attributi ontologici (biologici, culturali, sociali, patrimoniali e “di ogni altra condizione”), che costituisce dunque un limite “di utilità sociale” dell’autonomia contrattuale delle imprese e di chi opera sul mercato, a tutela della dignità degli individui umani.

Se l’autonomia privata è potere conformativo di rapporti giuridici, anche per via contrattuale, che l’ordinamento giuridico autorizza in capo ai privati, deve certamente ritenersi in essa ricompreso il potere di scegliere, distinguere e preferire. Si deve tuttavia considerare discriminatorio il trattamento differenziale e deteriore di individui nell’accesso a beni ed opportunità economiche ed esistenziali che non abbia una giustificazione costituzionalmente conforme⁽⁷⁹⁾.

L’ambito di applicazione del divieto di discriminazione contrattuale resterebbe comunque limitato alla sfera pubblica del mercato, benché non alle sole offerte al pubblico⁽⁸⁰⁾ né alla sola contrattazione seriale di massa, potendo trovare applicazione anche nelle negoziazioni individuali⁽⁸¹⁾, nonché nelle transazioni

precisa e incondizionata di tale principio discende la conseguenza che le specificazioni del principio stesso possono spiegare i propri effetti su tutti i consociati ed essere invocate dai privati verso lo Stato e dai privati verso altri privati». In tal senso anche G. CARAPEZZA FIGLIA, *op. cit.*, 1406; analogamente, in dottrina, sostengono la natura assoluta del diritto in questione anche M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007, XXXII; B. CHECCHINI, *Discriminazione contrattuale e dignità della persona*, Torino, 2019, 48-53; M. CIANCIMINO, *La discriminazione contrattuale: profili rilevanti per la tutela della persona. Note a margine di un recente dibattito dottrinale*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, 2, 707.

⁷⁹ Cfr. in tal senso P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell’autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, 503 ss. osserva che la parità di trattamento è solo un esito possibile dell’eguaglianza, che si determina quando non vi sia una giustificazione della disuguaglianza congruente con i valori dell’ordinamento. L’A. ritiene, in particolare, che l’esigenza di giustificazione dell’atto di autonomia privata diventi più intensa quando il negozio non costituisca un atto isolato ma si inserisca in un’attività economica, espressione di un potere organizzativo (p. 538) e sociale. In tale contesto, il controllo di liceità garantito dal principio di eguaglianza investe la funzione del singolo atto e l’effetto della complessiva attività della quale l’atto è mero frammento.

⁸⁰ Come invece ritenuto da D. MAFFEIS, *Il contratto nella società multietnica: è un atto illecito la determinazione di un prezzo doppio per i clienti extra-comunitari*, nota a Trib. Padova, 19 maggio 2005, in *Giur. it.*, 2006, 5, 949, spec. 951.

⁸¹ L’art. 55-ter, comma 2, d.lgs. 11 marzo 2006 n. 198 limita espressamente alla sfera pubblica il divieto di discriminazione fondato sul sesso nell’accesso a beni e servizi, precisando che esso «si applica a tutti

personalizzate a base algoritmica, mentre ne resterebbero esclusi i contratti *intuitu personae* che coinvolgono la sfera privata, personale e familiare⁽⁸²⁾.

Il divieto di discriminazione inteso come principio generale di rango costituzionale apre allora la strada al test di liceità e meritevolezza di atti e comportamenti negoziali escludenti o pregiudizievoli anche ove non ricorra un fattore di rischio tipizzato⁽⁸³⁾, a fortiori se essi costituiscano l'esito automatico di un assetto organizzativo della produzione e degli scambi sul mercato piattaforma.

Si è detto, in particolare, della discriminazione negoziale che essa consisterebbe «nel trattamento della controparte contrattuale diverso e peggiore rispetto al trattamento che alla stessa controparte contrattuale sarebbe stato riservato, secondo un giudizio ipotetico, se il consenso del contraente non fosse stato determinato, in via esclusiva, da una qualità personale», vale a dire da un attributo ontologico. Un attributo ontologico si risolve sempre in un preconetto, consistente «nel far derivare da una qualità reale della controparte – il sesso, l'etnia, la razza – una qualità ipotetica, ad esempio, il carattere sgradevole, le cattive abitudini, la scarsa affidabilità»⁽⁸⁴⁾.

Sembra allora che ogniqualvolta la profilazione interamente automatizzata costituisca la ragione esclusiva di atti e comportamenti che producono effetti giuridici

i soggetti, pubblici e privati, fornitori di beni e servizi che sono a disposizione del pubblico e che sono offerti al di fuori dell'area della vita privata e familiare e delle transazioni ivi effettuate». G. CARAPEZZA FIGLIA, *op. cit.*, 1404 osserva che «quanto più un contratto coinvolge la sfera personale dell'individuo (...), tanto più ridotto dev'essere il sindacato sulla libertà di scelta dell'altro contraente (...). Diversamente, di là da questi contesti, il divieto potrà applicarsi anche negli scambi individuali là dove l'effetto di disuguaglianza non sia giustificato da un interesse apprezzabile secondo l'ordinamento giuridico», potendo dunque «sussistere un illecito discriminatorio anche al di fuori dell'offerta al pubblico», al contrario di quanto affermato da altro orientamento dottrinale, senza con ciò rinnegare la tutela della libertà contrattuale.

⁸² G. CARAPEZZA FIGLIA, *op. cit.*, p. 1405 osserva che per «gli scambi eseguiti nell'area della vita privata e familiare il legislatore compie direttamente una ponderazione dei contrapposti interessi, facendo prevalere la libertà contrattuale».

⁸³ Di atipicità dell'illecito discriminatorio parla M. CIANCIMINO, *op. cit.*, 703; B. TROISI, *Profili civilistici del divieto di discriminazione*, in *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, collana *Atti - Società italiana degli Studiosi del Diritto civile, Atti del 1° Convegno Nazionale, 7-8-9 aprile 2005*, Napoli, 2006, 295, spec. 300 e 304, propone «un'interpretazione estensiva della clausola di non discriminazione, ricomprendendo in essa anche i motivi non espressamente indicati» ed una sua applicazione estesa «in qualunque settore del diritto civile».

⁸⁴ D. MAFFEIS, *Il divieto di discriminazione*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *I principi del diritto comunitario dei contratti*, *Acquis communautaire e diritto privato europeo*, Torino, 2009, 265 ss., spec. 268 e 269.

deteriori o incidono comunque sfavorevolmente sulle persone profilate, vale a dire di “decisioni” secondo la nozione contenuta nell’art. 22, § 1, GDPR, essa debba presumersi discriminatoria, salvo prova contraria⁽⁸⁵⁾, anche quando non si basi su particolari categorie di dati⁽⁸⁶⁾. La profilazione interamente automatizzata si risolve infatti nell’organizzazione degli individui in liste valutative, a scopo predittivo, al fine di attribuire loro, selettivamente, status differenziati e deteriori di accesso al mercato sulla base di caratteristiche personali misurate in termini statistici per inferirne una valutazione assiologica. Ciò risulta inconciliabile con la tutela della (eguale) dignità e libertà delle persone cui si collega l’uguale diritto di tutti di accedere al mercato e, almeno in linea di principio, alle medesime opportunità informative ed economiche. L’individuo profilato, in definitiva, viene fatto oggetto, da parte di un terzo (normalmente un privato che tratta, spesso all’insaputa dell’interessato, i suoi dati personali) di un giudizio di (dis)valore, che è già una decisione ai sensi dell’art. 22.1 GDPR⁽⁸⁷⁾, fondata non sulle azioni del soggetto

⁸⁵ Il soggetto passivo della discriminazione potrà avvalersi della presunzione semplice introdotta dall’art. 28, comma 4, d.lgs. 150 del 2011 giusta il quale «quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l’esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l’onere di provare l’insussistenza della discriminazione (...)». La profilazione interamente automatizzata costituisce un elemento di fatto dal quale presumere un comportamento discriminatorio dell’impresa, salvo che quest’ultima dimostri, con onere a suo carico, che determinati comportamenti (pre)contrattuali sono giustificati da un interesse legittimo e meritevole secondo l’ordinamento giuridico.

⁸⁶ Il WP29, nelle sue *Guidelines on automated individual decision-making and profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, cit., 5 ss. ha del pari affermato che «*profiling can perpetuate existing stereotypes and social segregation. It can also lock a person into a specific category and restrict them to their suggested preferences. This can undermine their freedom to choose, for example, certain product or services such as books, music or newsfeed. In some cases profiling can lead to inaccurate predictions. In other cases, it can lead to denial of services and goods and unjustified discrimination*».

⁸⁷ La Corte di giustizia dell’Unione europea, prima sezione, con la decisione 7.12.2023, C-634/21, OQ contro Land Hessen, con l’intervento di Schufa Holding AG, richiamando il considerando 71 GDPR, sottolinea «l’ampia portata della nozione di decisione» di cui all’art. 22.1 GDPR la quale «implica la valutazione di taluni aspetti personali di un interessato, di cui quest’ultimo dovrebbe avere il diritto di non essere oggetto». Ad integrare una “decisione” ex art. 22.1 GDPR basta la valutazione automatizzata di aspetti personali, un giudizio di valore, un pronostico, che potrebbe a sua volta motivare ulteriori decisioni o «misure» che producono «effetti giuridici» o che incidono «in modo analogo significativamente» sulla persona dell’interessato, quali ad esempio, “il rifiuto automatico di una domanda di credito online o pratiche di assunzione elettronica senza interventi umani» ed altresì lo score di solvibilità o di merito di credito di una persona consistente nel «risultato del calcolo [automatizzato] della solvibilità di una persona sotto forma di tasso di probabilità [basato su dati personali] relativo alla capacità di tale persona di onorare impegni di pagamento in futuro». Ebbene l’art. 22.1 pone un divieto di principio (punto 52)

classificato bensì – ontologicamente – su attributi statisticamente significativi, che

cui corrisponde il diritto di ogni persona a non essere sottoposta, salve le eccezioni e le cautele previste ai §§ 2 e 3 della norma, a giudizi di valore e/o pronostici, che sono già decisioni quando producono un effetto giuridico o incidono significativamente sulla persona, sulla sola base di un trattamento automatizzato, di una ponderazione statistica, di attributi o condizioni personali, ontologiche, in quanto il trattamento ontologico-quantitativo degli individui umani, a differenza del giudizio imputativo, ne pregiudica la dignità, che è il valore fondamentale tutelato dall'art. 2 Cost. In termini mi si consenta il rinvio a C. ALVISI, *Dati personali e diritti dei consumatori*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 714. In secondo luogo, l'art. 22, § 4 GDPR indica come indisponibile dal “consenso dell'interessato” il diritto di ogni persona a non essere sottoposta a giudizi di valore e/o pronostici ad effetto giuridico sulla base di un trattamento automatizzato, inclusa la profilazione, che usi le particolari categorie di dati di cui all'art. 9 GDPR. Tali categorie di dati corrispondono sostanzialmente ai “parametri dell'ineguaglianza” enunciati dall'art. 3 Cost., poi assunti come fattori di rischio tipizzati dalle leggi antidiscriminatorie che compongono lo statuto legale del mercato, i cui divieti imperativi non possono essere derogati neanche col consenso espresso dell'interessato (si tratta infatti dei «casi in cui il diritto dell'Unione o degli Stati membri dispone che l'interessato non possa revocare il divieto di cui al § 1», come recita l'art. 9, § 2, lett. a GDPR). Se invece fosse il legislatore nazionale ad autorizzare agenti privati o pubblici ad assumere “decisioni” esclusivamente fondate sulla profilazione degli individui basata su particolari categorie di dati, al dichiarato scopo di perseguire interessi generali, ai sensi dell'art. 9, § 2, lett. g) GDPR tale trattamento dovrebbe risultare necessario per la finalità di interesse pubblico che lo giustifica, ad essa proporzionato, rispettoso dell'essenza del diritto alla protezione dei dati, mentre dovrebbe prevedere misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali dell'interessato dovendosene altrimenti presumere la portata discriminatoria in violazione del principio costituzionale della pari dignità degli individui di fronte alla legge, oltre che l'infrazione al diritto europeo.

A sua volta l'art. 22, § 2, lett. b) GDPR consente di derogare al divieto di cui al § 1 nel caso in cui la decisione ad effetto giuridico, basata unicamente sul trattamento automatizzato di dati personali compresa la profilazione, «sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento» purché la legge nazionale preveda «misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato». A tal proposito la CGUE con la sentenza 7 dicembre 2023, C-634/21 cit., ha precisato che «alla luce del considerando 71 del RGDP, siffatte misure devono comprendere, in particolare, l'obbligo per il titolare del trattamento di utilizzare procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, di mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e impedire, tra l'altro, effetti discriminatori nei suoi confronti. Tali misure comprendono inoltre quantomeno il diritto dell'interessato di ottenere l'intervento umano, di esprimere la propria opinione, e di contestare la decisione adottata nei suoi confronti». In sintesi il legislatore nazionale può derogare al divieto di cui all'art. 22, § 1 nei limiti in cui rispetti non solo le condizioni stabilite dall'art. 22, § 2, lett. b), ma anche i requisiti stabiliti dagli articoli 5 e 6 GDPR come interpretati dalla giurisprudenza della Corte, non potendo in particolare stabilire «in modo definitivo il risultato della ponderazione dei diritti e degli interessi in gioco (v. in tal senso sentenza del 19 ottobre 2016, *Breyer*, C-582/14; EU:C:2016:779, punto 62)» (punto 70), pena la violazione dell'art. 22, § 1, GDPR da parte del legislatore nazionale.

dipendono molto spesso da cose che l’individuo non ha ancora fatto o, peggio, che hanno fatto altri⁽⁸⁸⁾.

Gli artt. 13 e 14 GDPR già prevedono a carico del titolare del trattamento l’obbligo di informare l’interessato della «esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione (...) e almeno in tali casi» di dare all’interessato «informazioni significative sulla logica utilizzata nonché [sul]l’importanza e [sul]le conseguenze previste di tale trattamento per l’interessato» (già previsto dagli artt. 13 e 14 GDPR)⁽⁸⁹⁾. Il DSA ha aggiunto l’obbligo precontrattuale della piattaforma che pratica la profilazione di comunicare all’interessato, nelle condizioni generali di contratto, i criteri della sua profilazione ed eventualmente i modi per modificarli (art. 26, § 1, DSA), sia con riferimento alla pubblicità, intesa dal DSA come ogni forma di propaganda, che persegua finalità commerciali o non commerciali, che con riferimento ai sistemi di raccomandazione⁽⁹⁰⁾ (art. 27, § 1, DSA e considerando 70)⁽⁹¹⁾⁻⁽⁹²⁾.

⁸⁸ S.B. SPENCER, *Privacy and Predictive analytics in E-Commerce*, in *New England Law Review*, vol. 49, 101, 2015, spec. 112: «*predictive models do not judge individuals based on their own actions. Instead, they judge individuals based on things they have not yet done, and even worse, on things that other people did*».

⁸⁹ G. D’IPPOLITO, *op. cit.*, 169, osserva come già il Garante *privacy*, nelle *Linee guida in materia di trattamento di dati personali per profilazione on line* - 19 marzo 2015, indicava come obbligati a rispettare il GDPR fossero «i fornitori di SSI ex art. 2 d.lgs. 70/2003 nonché tutti i soggetti che offrono ai propri utenti servizi online accessibili al pubblico tramite reti di comunicazione elettronica», mentre l’obbligo informativo sui *cookie* è imposto all’editore dall’art. 5 Direttiva 2002/58/CE.

⁹⁰ I quali, a loro volta, sfruttano metodi diversi: *trending*, *content based*, *collaborative filtering* o *metodi ibridi*.

⁹¹ I sistemi di raccomandazione sono definiti dall’art. 2, lett. s) del DSA come «sistemi interamente o parzialmente automatizzati che una piattaforma online utilizza per suggerire informazioni specifiche, tramite la propria interfaccia online, a destinatari del servizio o per mettere in ordine di priorità dette informazioni, anche quale risultato di una ricerca avviata dal destinatario del servizio o determinando in altro modo l’ordine relativo o l’importanza delle informazioni visualizzate». Sicché sembra vi rientrino anche il posizionamento in rete (*web positioning*) e più in generale i sistemi di *rating* e di *ranking*.

⁹² I sistemi di raccomandazione sono servizi informativi forniti contrattualmente all’utente della piattaforma. Più che veicolare informazioni sui prodotti o sui servizi classificati, essi veicolano informazioni sugli orientamenti del gruppo di appartenenza dell’utente profilato. Lo stesso dicasi per i suggerimenti specifici basati sul *collaborative filtering*. Tali sistemi funzionano, dunque, come strumenti di massificazione degli individui quando restano oscuri e non verificabili i criteri della classificazione: cfr. sul punto E. ESPOSITO, *Comunicazione artificiale: come gli algoritmi producono intelligenza sociale*, Milano, 2022, spec. 83 ss. Si richiama anche E. ESPOSITO, D. STARK, *What’s Observed in a Rating? Rankings as Orientation in the Face of Uncertainty*, in *Theory, Culture & Society*, 2019, vol. 36, 4, 3-26, i quali dimostrano che, in situazioni di incertezza, gli individui tendono a prendere decisioni «osservando gli altri

Inoltre, le vlop e i vlose devono offrire agli utenti opzioni di navigazione alternative, non basate sulla profilazione, che siano direttamente accessibili dall'interfaccia in cui sono presentate le raccomandazioni (art. 38 DSA).

Obblighi di informazione precontrattuale sulla profilazione e sui suoi parametri vengono quindi imposti sia ai professionisti che ai fornitori di mercati online dal codice del consumo novellato nell'aprile 2023 dall'attuazione della Direttiva (UE) 2019/2161 sia con riferimento alla personalizzazione dei prezzi [art. 49, comma 1, lett. e-bis) c. cons.]⁽⁹³⁾ che «in merito ai principali parametri che determinano la classificazione delle offerte presentate al consumatore come risultato della sua ricerca e all'importanza relativa di tali parametri rispetto ad altri parametri» (art. 49-bis, comma 2, c. cons.)⁽⁹⁴⁾.

Non sono previste espressamente sanzioni civilistiche per la violazione di questa congerie di obblighi di comportamento precontrattuale posti a carico di imprese ed intermediari digitali. Ne sono oggetto informazioni "rilevanti", per valutazione legale tipica ai sensi dell'art. 22, comma 5, c. cons., onde si presume che il consumatore medio ne abbia bisogno per prendere una decisione consapevole. Sicché la loro violazione integrerà un'omissione ingannevole ai sensi dell'art. 22, comma 1, c. cons., presumendosi *ex lege* che tale omissione induca o sia idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

che osservano» piuttosto che sulla base di osservazioni in prima persona. Il DSA, nel considerando 88, riconosce espressamente che i sistemi di raccomandazione, specie se adottati da vlop e vlose, possono agire da «catalizzatori di rischi sistemici», che sono identificati dal considerando 81 come effetti reali e prevedibili «sull'esercizio dei diritti fondamentali tutelati dalla Carta, inclusi tra gli altri la dignità umana, la libertà di espressione e di informazione, compresi la libertà e il pluralismo dei media, il diritto alla vita privata, la protezione dei dati, il diritto alla non discriminazione, i diritti del minore e la tutela dei consumatori». Si tratta inoltre di forme di comunicazione che, quando veicolata a pagamento dalla piattaforma o dal motore di ricerca, per la promozione della vendita di beni o di servizi, costituisce comunicazione commerciale, la quale deve essere chiaramente identificata come tale con idonei accorgimenti (ad esempio quelli suggeriti dalla *Digital Chart* dello IAP) diventando altrimenti pubblicità occulta.

⁹³ Obbliga il professionista ad informare il consumatore, prima che sia vincolato da un contratto a distanza negoziato fuori dai locali commerciali, in maniera chiara e comprensibile, se «il prezzo è stato personalizzato sulla base di un processo decisionale automatizzato, ferme le garanzie di cui all'art. 22 GDPR».

⁹⁴ Simmetrici obblighi di informazione precontrattuale sono dovuti agli *user* professionali dal fornitore di servizi di intermediazione online ai sensi del Regolamento (UE) 2019/1150 (P2B) con riferimento ai principali parametri che determinano il loro posizionamento sulla piattaforma benché non sia tenuto a rivelare loro gli algoritmi (art. 5, §§ 1 e 2).

A sua volta, l’art. 27, comma XV-bis, inserito nel c. cons. in attuazione della Direttiva (UE) 2019/2161 dispone che il consumatore leso da pratiche commerciali sleali possa avvalersi oltre che del *public enforcement* dell’AGCM e dei rimedi collettivi e di classe, anche di rimedi civilistici individuali “proporzionati ed effettivi” di cui menziona, a titolo esemplificativo, «il risarcimento del danno subito e, ove applicabile, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto (...)».

Questa disposizione   di interesse sistematico per l’interprete, in quanto fa espressamente «salvi ulteriori rimedi a disposizione dei consumatori», aprendo quindi la strada anche, se del caso, a rimedi demolitori del contratto o della clausola pregiudizievole che sia la risultante di una discriminazione algoritmica non preventivamente dichiarata.

Sembra dunque che col recepimento nell’ordinamento interno della direttiva omnibus trovi ulteriore conferma la tesi, gi  autorevolmente sostenuta da un’attenta dottrina alla luce dei fondamenti costituzionali dell’autonomia negoziale e del diritto europeo, dell’inesistenza nel nostro ordinamento di un principio generale che imponga di distinguere fra regole imperative di comportamento precontrattuale e regole imperative di validit  contrattuale quando si tratta di individuare in concreto la tutela da accordare al contraente debole pregiudicato dalla violazione di norme imperative poste a presidio delle libert  di autodeterminazione economica ed informativa del consumatore⁽⁹⁵⁾ e per questa via del mercato.

Certo, a causa della nuova configurazione “personalizzata” del mercato piattafornizzato, il consumatore profilato e discriminato non sa di esserlo, almeno finch  non venga adeguatamente informato in termini chiari e comprensibili, in merito allo «schema esecutivo in cui l’algoritmo si esprime» e in merito agli «elementi (...) considerati» ai fini della sua profilazione⁽⁹⁶⁾ o almeno finch  non intervenga l’Agcom ad accertare una violazione massiva delle regole informative poste dal DSA o il Garante *privacy* ad accertare un trattamento illecito di dati personali⁽⁹⁷⁾. Ci si chiede tuttavia se l’adempimento dei prescritti obblighi informativi e la raccolta di un valido consenso granulare degli interessati bastino a rendere in ogni

⁹⁵ Cfr. in tal senso G. PERLINGIERI, *L’inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validit  nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, 48 ss.

⁹⁶ Cfr. Cass. civ., Sez. I, 25 maggio 2021 n. 14381, in *Dir. inf.*, 2021, 6, 1005, con nota di F. BRAVO, *Rating reputazionale e trasparenza dell’algoritmo. Il caso «Metavaluate»*.

⁹⁷ Cui l’art. 82 GDPR ricollega la responsabilit  extracontrattuale del titolare e del responsabile del trattamento.

caso lecite e meritevoli pratiche di mercato potenzialmente discriminatorie o se il controllo di liceità e meritevolezza non debba comunque essere svolto ogni volta in concreto. E se dunque non spetti in definitiva all'interprete verificare, caso per caso, di là dal rispetto formale degli obblighi informativi sanciti dal diritto europeo, se il regolamento di interessi in concreto raggiunto, in esito ad una profilazione algoritmica, sia meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico ovvero non risulti antiggiuridicamente lesivo della dignità della persona sulla base dei criteri di profilazione e di decisione adottati e dichiarati in concreto.

