



# Sapienza Legal Papers

Quaderni degli alunni  
della Facoltà di Giurisprudenza

1

## Studi giuridici

Anno accademico 2012-2013

Parte seconda



Sapienza Legal Papers

Quaderni degli alunni della Facoltà di Giurisprudenza

---

1

---

# Studi giuridici

Anno accademico 2012-2013

Parte seconda

### **Comitato di Redazione**

Antonio Angelosanto - Elisa Arbia - Benedetta Bertolini - Nicola Cezzi  
Pietro De Corato

### **Comitato di Garanzia**

Cesare Pinelli - Pasquale Bronzo - Angelo Castaldo - Luca Di Donna  
Alberta Fabbriotti - Domenico Mezzacapo - Giovanna Montella  
Franco Vallocchia

### **Advisory Board**

Job Ballegoijen de Jong - Gabor Fellner - Sara Himilce Ramírez Aguilera  
Claire Teillard d'Eyry - Côme Wirz

### **Alla redazione hanno collaborato**

Antonio Angelosanto - Agnese Baldassarri - Cecilia Balsamo - Maria Teresa  
Basili - Benedetta Bertolini - Federico Caporale - Ernani Francesco  
Cerasaro - Nicola Cezzi - Carlo Esposito - Melania Farinelli - Emanuele  
Melillo - Benedetto Monteleone - Mauro Novelli - Alessandro Ottaviano  
Giulia Pagnozzi - Alessandro Palombo - Domenico Placanica - Teresa  
Portelli - Luca Amedeo Savoia - Domenico Torre - Veronica Varone - Giulia  
Venanzoni - Salvatore Vernuccio

### **Contatti**

email: [sapienzalegalpapers@uniroma1.it](mailto:sapienzalegalpapers@uniroma1.it)  
facebook: Sapienza Legal Papers  
website: [www.scienzeigiuridiche.uniroma1.it/attivita-editoriali](http://www.scienzeigiuridiche.uniroma1.it/attivita-editoriali)  
[www.ius-sapienza.org/drupaluni/facolta\\_/attivita-editoriali](http://www.ius-sapienza.org/drupaluni/facolta_/attivita-editoriali)

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI © Copyright 2013

ISBN 978-88-243-2284-3

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI NA - ITALIA

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

web site: [www.jovene.it](http://www.jovene.it) e-mail: [info@jovene.it](mailto:info@jovene.it)

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

## INDICE

- V *Nota di redazione*
- 1 Corruption in the Italian Public Administration
- 3 Introduction  
*Veronica Varone*
- 5 I. Corruption and simplification  
*Ernani Francesco Cerasaro - Giulia Pagnozzi*  
*Luca Amedeo Savoia - Domenico Torre*
- 11 II. Corruption and public contracts  
*Agnese Baldassarri - Maria Teresa Basili - Benedetto Monteleone*  
*Teresa Portelli - Salvatore Vernuccio*
- 15 III. Corruption and control  
*Carlo Esposito - Melania Farinelli - Emanuele Melillo*  
*Mauro Novelli - Alessandro Ottaviano - Domenico Placanica*
- 21 Polizze vita e fallimento: quali prospettive per la tutela dei creditori?  
*Giulia Venanzoni*
- 29 Pensare le alternative al processo: la diversione  
*Benedetta Bertolini*
- 37 Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela risarcitoria secondo Giuseppe Santoro Passarelli  
*Antonio Angelosanto*
- 45 Paul Craig - the Emerging Picture of EU Macro-Economic Regulation  
*Nicola Cezzi*
- 53 La funzione rieducativa della pena e il progetto «Libertà di studiare»  
*Cecilia Balsamo*
- 59 Così non va: istruzioni per sopravvivere nella giungla legislativa  
*Veronica Varone*
- 63 I programmi di studio all'estero della Facoltà di Giurisprudenza  
*Federico Caporale*



## NOTA DI REDAZIONE

Da oggi anche la Sapienza ha i suoi *Legal Papers*: uno spazio ritagliato tra le lezioni e le pagine dei manuali, una cittadella della creatività e della curiosità dei «piccoli». Una rassegna di scritti, contributi, riflessioni e ricerche che prendono vita all'interno della storica Facoltà di Giurisprudenza.

Il numero 0 ha avuto una portata significativa: ha permesso di aprire delle porte tra gli studenti, primi destinatari del progetto, conoscerne gli apprezzamenti, le proposte e le critiche; ha fatto mettere in contatto la neonata redazione con studenti di altre facoltà italiane, europee e non solo; ha dato modo ai suoi promotori di conoscere il mondo delle riviste giuridiche «*edited by students*» e delle *Law Reviews* nate oltreoceano e approdate anche nelle università del vecchio continente, di capire quali funzioni e obiettivi dovesse avere questo progetto editoriale; ha offerto la possibilità di creare un contatto con neolaureati e giovani dottorandi, favorendo una rete tra gli «*alumni*» della facoltà; ha dato l'opportunità di favorire un confronto continuo con i «grandi», professori e docenti che hanno offerto tempo, esperienza e conoscenze alla neonata iniziativa.

I suggerimenti e gli spunti di riflessione sono stati innumerevoli e provenienti da diverse direzioni. È per questo che i mesi che sono seguiti al numero 0 sono stati volti da una parte a raccogliere e riordinare le idee, dall'altra a tentare di concretizzarle: ogni raccolto, d'altro canto, ha bisogno di una sua semina, con i tempi e le cure necessarie.

Si è inaugurata così una fase 'costituente' del progetto. È stata formalizzata una procedura di collaborazione tramite l'individuazione di tre comitati. Sono stati accostati al *comitato di redazione*, preposto alla raccolta del materiale e alla animazione dei *Legal Papers*, due organi: un *comitato di garanzia*, composto da docenti che hanno accettato di dare il loro contributo all'iniziativa, offrendo

pareri e illuminando la strada intrapresa, nonché garantendo qualità dei contenuti e autonomia degli studenti nella formulazione di proposte e nella composizione degli articoli; un *advisory board*, composto da studenti di università straniere, conosciuti nell'ambito delle occasioni di studio all'estero offerte dalla facoltà, e con il fine di fornire un parere sugli articoli redatti in lingua straniera e attinenti a tematiche internazionali e comparatistiche.

Sono stati inoltre fortificati esternamente i *Legal Papers*, dotando le loro raccolte di tutte quelle tutele giuridiche che possano garantire autenticità e irripetibilità dei loro contenuti.

«Quaderni degli Alunni della Facoltà di Giurisprudenza», è l'agognato sottotitolo che soddisfa i patriottismi linguistici. Quaderni e non rivista; alunni e non studenti. Termini e nomi che richiamano concetti più profondi, quasi scolari, che ricordano luoghi dove l'esercizio continuo è volto all'umile imparare.

Da ultimo è stato formalizzato il programma di uscita dei *Legal Papers*, prevedendo due numeri diffusi sui siti internet della Facoltà e dei Dipartimenti (nelle relative sezioni dedicate alle attività editoriali), e un volume cartaceo al termine dell'anno, che racconterà tutti i contributi pubblicati nell'anno di riferimento.

L'attività di questi mesi è stata, dunque, finalizzata a dotare di solide basi un progetto che aspira a essere durevole e lungimirante nel tempo, che possa coinvolgere ed entusiasmare anche i più scettici e porre delle salde radici nella Facoltà. Solide basi anche riguardo alla funzione che esso debba svolgere in un'Università come la nostra che, per nome, storia e tradizione, è incline a coltivare il «sapere» più che «il saper fare»<sup>1</sup>. Per quanto l'Università oggi debba fornire anche gli utili strumenti per affrontare il mondo del lavoro, per far proprio l'uso della conoscenza nel mondo dell'applicazione e nello svolgimento delle funzioni sociali che il giurista è chiamato a svolgere, si è persuasi che solo la coltivazione del sapere e della conoscenza può contribuire a educare l'uomo e renderlo prima di tutto un *bonus civis* nei compiti e nelle responsabilità che la vita sociale porta ad assumersi, perché primo «compimento della scienza è l'amore operoso del bene». Questi *Papers* quindi, prima che rappresentare una vetrina della produzione scientifica di coloro che non ancora «grandi» non sono neanche più «piccoli», come laureati e dottorandi, vuole diventare una pa-

---

<sup>1</sup> N. IRTI, *La formazione del giurista nell'università del «saper fare»*, in *Rivista giuridica degli studenti dell'Università di Macerata*, 0, 2010, pp. 29-36.

lestra che stimoli il giovane studente delle scienze giuridiche a coltivare l'amore per il sapere e per la conoscenza, attraverso la ricerca, affinché il sapere non sia svilito in un commerciale «valore di scambio» ma riacquisti la sua essenza di «valore di consumo», come affermava Paul Valéry nel 1919.

Nel rispetto dei principi e criteri stabiliti nel «regolamento di collaborazione», si è dato, per questo, spazio *in primis* agli studenti del corso di laurea, che nell'elaborazione e nella ricerca prodromica ai loro scritti si sono confrontati con docenti nelle materie di riferimento e con i membri del comitato di garanzia.

Nel presente numero vengono pubblicati la relazione del gruppo di studio del corso di Diritto Amministrativo I, sul tema della corruzione nella Pubblica Amministrazione; un articolo in materia di diritto civile sul tema delle polizze vita e fallimenti; segue un estratto della ricerca sviluppata in occasione della tesi di laurea sul tema della *diversion* quale auspicabile fonte di ispirazione del sistema processualpenalistico. Nella prospettiva di dare testimonianza del fermento accademico della facoltà, vengono pubblicati un *report* sulla lezione del prof. Giuseppe Santoro Passarelli sul tema del licenziamento per giustificato motivo e tutela risarcitoria, tenuta all'Accademia dei Lincei nel maggio scorso in occasione del simposio dedicato alla riforma del diritto del lavoro; e un *report* sulla lezione del prof. Paul Craig (*University of Oxford*) tenuta in Facoltà nell'aprile scorso sul tema della regolazione macroeconomica nell'Unione Europea, nell'ambito delle attività del *Master di Global Regulation of Markets*. Raccogliendo una suggestione ricevuta in questi mesi, si è voluto dedicare uno spazio dei *Papers* ai risvolti pratici della vita dello studente di Giurisprudenza e alla sua formazione di cittadino e di tecnico: è quindi con una certa soddisfazione che si pubblicano da un lato un articolo relativo al diritto allo studio nelle carceri, nel contesto delle attività di volontariato dell'associazione «Libertà di Studiare», nata all'interno della Facoltà e cui aderiscono nostri studenti e professori, e dall'altro un articolo volto all'illustrazione dei programmi di studio all'estero organizzati nell'ambito delle relazioni internazionali della Facoltà. Si chiude il numero con l'inaugurazione di una rubrica dedicata alle inefficienze del legislatore italiano, una genuina provocazione e nel contempo uno stimolo al miglioramento.

Per concludere, citando gli illustri *ex* alunni della Sapienza e l'*ex* Rettore Guarini che hanno preso parte alla cerimonia della *Giornata del laureato eccellente della Sapienza*, «responsabilità so-

ziale» è la parola chiave dell'epoca in cui viviamo. Una responsabilità che si estrinseca in diverse sfaccettature. Nel mondo universitario, vuol dire non sottostimare le risorse umane di cui un'Università come la nostra dispone, e saper dare il giusto stimolo ai 'cervelli' che ne escono. Uno stimolo continuo e costante alla produzione, alla ricerca, alla voglia di apprendere e conoscere. Questo progetto, senza alcuna pretesa di esserlo già, potrebbe, nel suo piccolo, rappresentare una risposta a questa esigenza, e allo stesso tempo vivificare un legame di identità e appartenenza tra vecchi e nuovi studenti.

Da adesso in poi, il seguito dipenderà da chi vorrà avvicinarsi nell'animazione dei *Legal Papers*, assumendosi la responsabilità di portare avanti questo progetto ambizioso che ancora ha molta strada davanti a sé. La fase 'costituente' di questo progetto, insomma, è più che mai aperta.

Nell'invitare i suoi quindici lettori, di manzoniana memoria, alla partecipazione e alla collaborazione, la redazione non può non ringraziare tutti quei professori, dottori, studenti e amici che hanno dato il loro supporto, il loro consiglio, la loro critica, il loro tempo e il loro stimolo al miglioramento. È grazie a tutti loro che questa idea forse un po' incosciente sta prendendo forma e coscienza.

## CORRUPTION IN THE ITALIAN PUBLIC ADMINISTRATION

*The contributions contained in this paper represent the result of a team-work performed within the framework of the class of administrative law, taught by Professor Marco D'Alberti. Three groups of volunteer students worked together in order to analyse the problem of corruption in the Public Administration, under three different points of view. The first point of view was taken by the first class group and was aiming at understanding what are the relationships between corruption and (lack of) simplification of the legal systems. The second class group focused, instead, on the theme of corruption within the public contracts, in order to understand why this sector seems to be more exposed to this kind of risks, and at the same time trying to find out possible solutions to remove, or at least to reduce the problem. Finally the third class group focused on the connection between fight of corruption and administrative control systems. The research enlightened both perspectives of controls as a way of removing irregular situations on one side, and as means to prevent corruption altogether, on the other side.*



VERONICA VARONE\*

## INTRODUCTION

*Quello che, più di ogni altra cosa, rende speciale il diritto amministrativo è il suo collegamento costante con l'attualità. Non c'è codificazione che tenga: è la realtà in continua evoluzione, con le sue sempre nuove problematiche e le sue dinamiche complesse, a segnare il corso dello stesso.*

*Nasce da questa considerazione strutturale l'iniziativa del Professor Marco D'Alberti di dedicare una parte del corso a scandagliare un tema di interesse sociologico con la lente attenta e professionale del giurista (amministrativista, si intende). Si tratta di un'iniziativa già sperimentata negli anni scorsi, che è stata accolta dagli studenti con un coinvolgente entusiasmo e che per la prima volta ha vantato anche uno 'sponsor' d'eccezione, i Sapienza Legal Papers. La scelta del tema, visto il focus internazionale a cui ha fatto seguito, sebbene in ritardo, la legge n. 190 del 2012, quest'anno è caduta, in maniera pressoché spontanea, sul tema della corruzione.*

*Tre gruppi di studenti-volontari del corso di diritto amministrativo tenuto dal Professor D'Alberti sono stati così incaricati di analizzare il problema della portata dilagante della corruzione sotto tre differenti sfaccettature: la semplificazione normativa ed amministrativa, gli appalti e i controlli.*

*Per ciascuna delle tre aree tematiche, il compito del gruppo di studio era analizzare in che misura e con quali effetti la corruzione vi incidesse.*

*In particolare, il primo gruppo, composto dagli studenti Ernani Francesco Cerasaro, Giulia Pagnozzi, Luca Amedeo Savoia e Domenico Torre, si è concentrato, con un metodo pratico-comparato, sul-*

---

\* Dottoranda di ricerca in Diritto Amministrativo presso Sapienza - Università di Roma.

*l'esame dei rapporti tra la semplificazione (normativa ed amministrativa) e la corruzione, al fine di comprendere fino a che punto un sistema semplice, nelle norme e negli adempimenti amministrativi, possa contribuire ad evitare le infiltrazioni illecite. Il secondo gruppo, composto dagli studenti Agnese Baldassari, Maria Teresa Basili, Benedetto Monteleone, Teresa Portelli e Salvatore Vernuccio, ha studiato perché gli appalti siano il campo d'elezione dei tentativi di corruzione e come si potrebbe pensare di porre un argine a questo pericoloso binomio affidamento di contratti pubblici-corruttela.*

*Infine, il terzo gruppo, con gli studenti Carlo Esposito, Melania Farinelli, Emanuele Melillo, Mauro Novelli, Alessandro Ottaviano e Domenico Placanica, ha esaminato la delicata tematica dei controlli nella loro duplice chiave di lettura ovvero, da un lato strumento per scovare e reprimere la corruzione e, dall'altro, mezzo per prevenirla a monte.*

*I risultati delle ricerche scientifiche condotte dagli studenti sono stati discussi pubblicamente, alla presenza dei Professori Marco D'Alberti e Angelo Lalli, il giorno 15 aprile nell'aula 5 della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza. Delle relazioni si riportano in questa sede dei report, tradotti in inglese, affinché ne possano usufruire anche gli studenti che non hanno partecipato alla stesura degli stessi.*

*A questo punto, lascio la «parola» virtuale, dunque, agli scritti e, con essi, agli studenti. Posso solo anticipare, onorata di avere svolto il ruolo di supervisore dei lavori e, in questa sede, di introduzione agli stessi, che dal confronto dialettico, acceso e vivace, che ne è venuto fuori è emerso che, messe drasticamente da parte – per carenza di quella sana concretezza che fa bene al diritto – le tesi che si basano sull'etica e la morale, non c'è o, quantomeno non è stato ancora scoperto, un antidoto infallibile per sradicare la corruzione dalla nostra società.*

*Ci sono, però, dei semplici ma rilevanti accorgimenti per evitare che la piaga si allarghi a macchia d'olio. Questi 'accorgimenti' di prioritaria matrice legislativa, alcuni già introdotti, altri ancora da introdurre, hanno due denominatori comuni: la trasparenza e la managerialità della gestione della cosa pubblica. Sono due 'formule' nient'affatto magiche ma empiriche e sostanziali che potrebbero cambiare molte cose.*

*Buona lettura.*

ERNANI FRANCESCO CERASARO - GIULIA PAGNOZZI  
LUCA AMEDEO SAVOIA - DOMENICO TORRE\*

## I CORRUPTION AND SIMPLIFICATION

Nowadays numerous reports<sup>1</sup> highlight the serious impacts of (government) corruption, leading to a lowering of the level of assurance and efficiency of our Public Administration. These reports also focus on the social nature of the phenomenon, including both the reality of «bad-government» in the public sector (even in the absence of criminal implications) and those issues that are classified in various ways between the deflections of the market and the free competition in the private sector. It is an extended reality that requires a multiplicity of tools, among which we will examine the simplification.

The first necessity that is found in fighting against the proverbial inefficiency of the Public Administration is the introduction of elements of clarity and a systematic approach, through a proper process of law making. This means implementing appropriate interventions to affect the laws, not only on their quantity but also on their quality, so that all legal professionals can rapidly meet on sharper legal schemes. In this context, the above mentioned granting standards make the law making process slow and complex: as a result the legal framework is always a step behind the changing

---

\* *Studenti del Corso di Laurea in Giurisprudenza presso Sapienza - Università di Roma. Nella redazione di questo lavoro è stata consultata la dott.ssa Veronica Varone, dottoranda di ricerca in Diritto Amministrativo presso Sapienza - Università di Roma.*

<sup>1</sup> G.R.E.C.O., *Compliance Report on Italy*, Strasbourg, 2011: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round2/GrecoRC1&2\(2011\)1\\_Italy\\_En.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round2/GrecoRC1&2(2011)1_Italy_En.pdf); ASTRID, *Qualità della regolazione e riduzione degli oneri burocratici*, Roma, 2009: [http://www.astrid-online.it/rassegna/Rassegna-28/02-09-2009/NATALINI\\_Seminario-Astrid\\_09\\_07\\_09.pdf](http://www.astrid-online.it/rassegna/Rassegna-28/02-09-2009/NATALINI_Seminario-Astrid_09_07_09.pdf).

demands of society<sup>2</sup>. In recent years the government has moved into two different directions: on the one hand it has aimed at reducing the regulation, and on the other hand it has carried out the task of reorganizing the existing legislation.

These interventions, beyond the various methodological criticisms they have been subject to, find their main limitation in their very nature. Regulations are, in fact, acts having the force of law, and are, as such, forced to confront themselves with the multiplication of sources of law, and thus with an increasing number of standards produced by other supra-national and national regulators. This brings the problem to fit national regulations with other pre-existing laws and tend to frustrate the efforts to reach a systematic and clear legal framework.

Besides being used for the creation of rules, simplification is acquiring more space in administrative procedures, such as a tool to improve their efficiency. The fight against corruption is therefore not the final goal of simplification, on which it simply has a relative influence. Therefore, it is necessary to subject simplification to a specific investigation to determine what its impact on corruption is. This investigation must focus on the stage of the administrative procedure in which the discretionary power of the Public Administration is put in place. This is the critical timeframe in which the power granted to the Administration could be misused. This kind of approach leads to the identification of three types of simplifications of the procedure.

The first type at stake is a complete contradiction between the instrument of simplification and the fight against corruption. This includes all cases in which the Public Administration should identify the best choice from the options providing more extensive granting effects, eliminating any possible influence of private interests. The described cases are the ones in which the administration carries out the public function *strictu sensu*. In such situations, that grant anyway against the misuse of public power, simplification is not needed because the discretionary power is concentrated in special procedures, supported by complex regulations. The public procedures (D.lgs. n. 163/2006), or the recruitment competitions for public employment (D.lgs. n. 165/2001) may be placed in this category.

---

<sup>2</sup> S. ROSE-ACKERMAN, *Deregulation and Reregulation: Rhetoric and Reality*, in *Journal of Law and Politics*, 6, 1990, p. 287.

The second type is the one which is not able to locate corruption, but which has the advantage of speeding up the administrative procedure from the private citizen point of view, improving the quality of service in terms of efficiency. The Public Administration, in this case, has a public service function in which its discretionary power is not touched by simplification: in this way simplification seems to lose its instrumental connotation. In some of these cases, simplification means easy access to administrative documents, in accordance with the principles of publicity and transparency (the issue of private participation in the administrative procedure). Some examples are: *ex officio* acquisition of documents held by other public authorities (Art. 18 L. n. 241/1990), the electronic transmission of opinions (L. n. 241/1990, Art. 16), a certified e-mail address (L. n. 190/2012, Art. 1, co. 29) and finally the publication requirements (reintroduced *ex novo* by the recent D.lgs. n. 33/2013).

The third type of simplification, which stands in the middle between the previous two, sees the simplification as a proper and consistent means to fight against corruption but still in the need of a careful legislative discipline. In these cases it is not possible to draw a general discipline but only to analyze individual cases.

The simplifications of the disciplines on advisory activities and assessment techniques have a dual moment of discretion, respectively in the advisory body and within the asking body. This entails a double exposure to corruption, which cannot be eliminated by simplification (which is only used for some specific circumstances - i.e. when the procedure is blocked through the imposition of terms).

Theoretically the discretionary power should be expressed in an assessment of the interests involved. However, in the tacit approval scheme this is automatically realized when time expires as a tacit approval with all the effects and outcomes an explicit provision would have had. The discretionary power, usually a risk of misuse of powers, is not cancelled by the simplification but the potential briber is just substituted. In fact, in the past, the potential briber was the one who had an interest misusing the public power at its own interest. After the introduction of the tacit approval scheme, potential corruptors are the third parties whose interests would be negatively affected by the tacit adoption of the instance, therefore they tend to interfere to get an explicit rejection.

The most problematic example is the so-called Italian institute of *Segnalazione Certificata di Inizio Attività* (SCIA - certified report of new activities) which after various proceedings was explicitly placed outside the administrative procedure by law. The great impact of such an institute on the discretionary power of the Administration favors its classification as a liberalization process rather than as a simplification tool. It is important to note that the introduction of the SCIA, due to the inefficiency of government, does not result in a reduction of the possible misuse of powers, but rather, determines a reduction of power itself.

It can easily be seen that this third type of simplification process is characterized by a high degree of heterogeneity, with very different impacts on the discretionary power. That means that the legislator must issue simplification measures, not only as means to improve the efficiency of the Public Administration, but also as means to fight corruption.

Currently, the growing demand for clarity and openness on Public Administration costs and the availability of information on managerial models and techniques from which policies and administrative simplification derive, are assuming an increasingly important role in the public discourse. At the European level the Standard Cost Model Network was built to realize the above mentioned activities. It acquires and processes data and needs the intervention of a plurality of subjects to cope with such complex activity<sup>3</sup>.

In 2004, Italy joined the Steering Group of the Network, while in 2008, it started the first regional testing, the so-called Measurement of Administrative Expenses (MOA) involving Emilia-Romagna, Friuli-Venezia Giulia, Liguria and Tuscany<sup>4</sup>. However, a comprehensive monitoring of the phenomenon has not yet been established in Italy, since a measurement of the baseline at the municipal level has not been carried out, unlike in other countries, the Netherlands in the first place. In the Netherlands, the local authorities have their own measurement program that takes place in a coordinated manner with its national government: the Dutch municipalities have signed an agreement to monitor the achievement of the objective of reducing costs by 25% at the municipal level.

---

<sup>3</sup> OECD, *Why Is Administrative Simplification So Complicated?*, in *Cutting Red Tape*, Paris, 2010, pp. 15-36.

<sup>4</sup> [www.funzionepubblica.gov](http://www.funzionepubblica.gov).

The simplification and the strengthening of the different levels of administration is undoubtedly another crucial point of the concrete applicability of the Dutch legislative intent. Present author welcomes the acquisition of such model by Italy, as it will bring changes introduced by the more developed legal systems.

Last but not least, we intend to deal with the importance of transparency of the administrative action. In such respect, according to the NGO «Transparency International», the right of access to information held by public authorities «is perhaps the most important weapon to fight against corruption»<sup>5</sup>. It is not just an isolated statement, given that the most authoritative international scholars push in this direction. The Special Rapporteurs on these rights of the UN, OECD and OAS have defined the right of access to information held by public authorities as «a fundamental human right»<sup>6</sup>.

The U.S. Freedom of Information Act<sup>7</sup> (FOIA) is a fundamental model on the matter. Enacted on July 4<sup>th</sup>, 1966 by President Lyndon B. Jonson, it subjects the government to a set of rules allowing anyone to know how the federal government works, including the total or partial access to official documents. This law states that anyone, be it an American citizen or foreign person, may request the declassification of documents that for various reasons are not yet available (Par. 3 lett. A). The Public Administration concerned is obliged to provide a response, which is positive in 70% of cases. In the event of a negative answer, on the other hand, one can appeal before the same administration (Par. 6 lett. A), and often the appeal overturns the first judgment. If the administration refuses, even after the appeal, to declassify a document, it can be sued (Par. 4 lett. B). In October 2012, the National Security Archive, a private research institute, has obtained an important collection of documents concerning the Cuban missile crisis of 1962, which the Legal Department of Defense Department previously had refused to release through the normal procedure established by the FOIA<sup>8</sup>.

Many European countries have followed the example of the United States, the most influential being the United Kingdom. The

---

<sup>5</sup> Transparency International, *Global Corruption Report*, New York/Berlin, 2009.

<sup>6</sup> Joint Declaration by UN, OCSE and OAS, *International Mechanisms for Promoting Freedom of Expression*, London, 2004.

<sup>7</sup> FOIA, United States Codes, Title 5, Section 552.

<sup>8</sup> <http://www2.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB397/>.

FOIA, which was implemented in the UK in 2000<sup>9</sup>, despite being considerably late compared to the US experience, provides a series of innovative safeguards. It applies to public bodies at all levels: the government and central offices, local authority, the National Health Service including individual doctors, dentists, opticians and pharmacists, schools, colleges and universities, police, armed forces, government-related entities, regulatory bodies, advisory bodies, public companies and both the BBC and Channel 4 (although not in relation to journalistic issues), the Houses of Parliament, the Welsh Assembly and, if reconvened, the Northern Ireland Assembly, are required by law as well. Such a range constitutes a historical achievement, considering that on the other hand in Italy despite the principle of full accessibility has been introduced in current Italian law (L. n. 15/2009, D.lgs. n. 150/2009, L. n. 183/2010), this still is not able to bind the public administration - through, for example, a system of sanctions. The right of access plays a key role within an administrative model based on participation, since the knowledge of the administrative activities is the starting point, or better, the fundamental instrument by which the citizen can dialogue, and subsequently monitor, the operation of Public Administrations<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Freedom of Information Act 2000, Chapter 36.

<sup>10</sup> [www.foia.it](http://www.foia.it).

AGNESE BALDASSARRI - MARIA TERESA BASILI  
BENEDETTO MONTELEONE - TERESA PORTELLI  
SALVATORE VERNUCCIO\*

## II CORRUPTION AND PUBLIC CONTRACTS

Thanks to the L. n. 190/12, for the first time the attention has been stressed on the sectors in which the corruption risk is stronger. Among these, we find the problem of *appalti pubblici* (Art. 1, co. 16), public contracts.

Advantages for the corruptor can be found in some deficiencies of the system:

Hyper-regulation. Initially, the field was ruled by the Accounting law, whose main interest was the minor and the more efficient use of public money.

The situation changed significantly with the intervention of the European legislator: the attention moved towards other principles, first of all the protection of competition, and so additionally changing the perspective from public to private.

The so-called *bandi fotografia* (an expression that could be translated with «photography announcements»), named after their characteristic of being «clipped» on a specific competitor: in this way the contract can appear to be paid highly, but it conceals a hidden agreement for a lower price.

In order to prevent similar circumstances, the L. n. 190/12 establishes that the AVCP (*Autorità italiana per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, the Italian authority for

---

\* *Studenti del Corso di Laurea in Giurisprudenza presso Sapienza - Università di Roma. Nella redazione di questo lavoro è stata consultata la dott.ssa Veronica Varone, dottoranda di ricerca in Diritto Amministrativo presso Sapienza - Università di Roma.*

the vigilance in public contracts) provides standardized reputational objective parameters.

Absence of a unique and generalized qualification system for services.

Absence of strict rules on the shareholding of SOA (*Società organismi di attestazione*), Ltd corporations with public authority competences of certification and control in the public contracts' field.

Excessive use of restricted and negotiated procedures. These are procedures where only subjects who are expressly invited can participate, bringing an evident danger for transparency.

Moreover, the system is characterized by wide freedom of procedures and forms.

However, the contracting authority still has to pursue the public interest and therefore behave according to the principles of impartiality and *buon andamento* (a specific kind of efficiency) as stated by Art. 97 of the Italian Constitution and remains subjected to the obligation of motivation as well.

Difficulties to identify adequate *criteria* for the award of the contract. There are two main *criteria*: the lowest price and the «most economically advantageous offer».

The first is based on an assessment of mere economic convenience, but it encourages companies to blow costs during the execution of the contract to balance the low price of the auction, instead of being efficient.

The second one inevitably brings a margin of technique discretion, which can lead to undesirable profiles of corruption risks.

Misuse of emergency legislation; in particular the problem concerns the civil protection orders, instrument for facing exceptional events and emergencies.

They have been used to manage the so-called «big events», a heterogeneous category which includes, for instance, the G8 Meeting that should have had taken place in La Maddalena, Sardinia, in 2009 (and then it was moved to L'Aquila), the world aquatics championships of 2009 in Rome, the works for the preparation of the Expo of 2015 that will be kept in Milan, all lacking of the requested requisites of urgency.

Furthermore, these orders have been often reiterated, because they are an easier way of intervention (we can recall the order for the waste crisis in Campania, which was reiterated one year after the other from 2001 to 2005).

Excessive use of subcontracts. Subcontracts allowed to the awarding company to reduce costs, but legal requirements might go disrespected because controls were focused on the competing company.

The institute received new rules in order to prevent mafia interferences thanks to the L. n. 55/1990, now transferred in the «Code of public contracts» (D.lgs. n. 163/2006), introducing qualification requirements, such as the absence of previous anti-mafia measures taken against the subcontractor.

Appreciable changes have also been brought by the «Code of public contracts» (D.lgs. n.163/2006).

Indeed, at least the 70% of the prevalent-category works must be executed by the awarding company personally, as well as the 70% of services and provisions (Art. 118, par. 2), calculated on the whole contract value basis; the mark-down is now limited to the 20% of the grand total (Art. 118, par. 4).

Moreover, Art. 118 at par. 9 and 11 establishes the absolute prohibition of further subcontracts (the so-called «waterfall subcontracts»).

Temporary grouping of companies. Momentary associations often have more chances of winning the award. Critical issues emerged in the past, showing deficiencies in the regulation.

As preventive measure, the legislator intervened with the L. n. 109/1994, Art. 13, par. 5-bis (now transferred in Art. 37 D.lgs. n. 163/2006, the «Code of public contracts»), which states the immutability of the subjects competing, in order to preserve the respect of rules and avoid further controls on requisites.

Besides, Art. 37, par. 13 establishes the necessary proportionality between the participation in the grouping, works executed and possess of requirements, allowing to the contractor authority to have a clear knowledge of the competitor.

Misuse of extra-judicial remedies of resolution of disputes, namely the *accordo bonario* (which could be translated as «consensual agreement») and the arbitration.

Their purpose is to accelerate the general procedure and solve critical situations, but they are often used to obtain additional sums and compensate the low offer made in the award, dodging the discipline about variations during the execution of the contract.

Each point mentioned above contributes to the weakening of the system. In some cases, the legislator has located the critical knot and has started to elaborate a solution. In the meantime the

sector has known numerous cases of corruption, also at a national level.

Valter Angelo Specchio, general director of the province of L'Aquila, Abruzzo, has been charged with corruption, aggravated fraud, embezzlement, misfeasance and forgery in public acts<sup>1</sup>. He assigned public contracts of services to a society of technological establishments of Palazzo Rossano, which never started providing them.

Many suggestions have been made to improve this situation. Ivan Cicconi is the president of the surveillance committee of the SUA<sup>2</sup> (*Stazione unica appaltante*) of Calabria, an organ designated to manage contract awards in a certain area. He has proposed<sup>3</sup> measures that look in two directions. Firstly, the more concentrated the contracting authorities are, the better it is, as they could easier resist to external pressures. And secondly, increase transparency and disclosure<sup>4</sup>.

Very important have been the innovations introduced by the L. n. 190/2012. One of the most relevant being the obligation to publish key information about the public contract works and the subjects involved on the web.

However, there are many changes waiting to be done and problems to be faced. In this path, foreign experiences, in particular in Anglo-Saxon countries with their FOIA<sup>5</sup>, could serve as a model in the direction of institutions that aspire to evolve from «extractive institutions» to «inclusive institutions» that, different from the extractive ones, are opened to citizens and let the majority of enterprises enter into markets, avoiding any kind of inequality. Benefits would be for all of us.

---

<sup>1</sup> At this time (July 2013), trial is still going on and Valter Angelo Specchio, once imprisoned, is now free with the only obligation to sign everyday at a Carabinieri station.

<sup>2</sup> <https://suacalabria.bravosolution.com/web/login.html>.

<sup>3</sup> <http://www.pietromezzi.it/2013/01/lombardia-contro-mafie-e-corruzione-negli-appalti-pubblici-dieci-proposte/>.

<sup>4</sup> Unfortunately, these measures have remained just guidelines, also because Ivan Cicconi was no more in charge as the president of the surveillance committee.

<sup>5</sup> See *supra* note 7, § I.

CARLO ESPOSITO - MELANIA FARINELLI  
EMANUELE MELILLO - MAURO NOVELLI  
ALESSANDRO OTTAVIANO - DOMENICO PLACANICA\*

### III CORRUPTION AND CONTROL

In recent decades, Public Administrations, pushed by supra-national institutions, had to cope with strong pressures towards a greater efficiency and an improvement of results. It thus originated a broad reforming movement that seeks the introduction of «managerial» principles and tools in Public management. This is a profound change of perspective: from a culture of performance to a culture of result. In this context, the introduction of control systems management has been one of the most important aspects.

Administrative control is a combination between an opinion on the regularity of the function – understood as a legally relevant activity in its entirety – and a measure aimed to restore the regularity violated<sup>1</sup>.

The purpose of control is the improvement of the administrative activity, even if the results may lead to the liability of public officers (e.g. managerial liability) or other forms of sanctions (e.g. the annulment of the act under control).

There are different *criteria* that can distinguish controls from each other: the relation among administrations, the time of the controls and, finally, the typology.

About the first category, controls may be controls of subordination (expression of a hierarchical relation), of management or dele-

---

\* *Studenti del Corso di Laurea in Giurisprudenza presso Sapienza - Università di Roma. Nella redazione di questo lavoro è stata consultata la dott.ssa Veronica Varone, dottoranda di ricerca in Diritto Amministrativo presso Sapienza - Università di Roma.*

<sup>1</sup> M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2012, pp. 31-54.

gation, but also controls of equal ordination (accounting controls) or of mutual independence, as it happens in the relations between *Corte dei Conti* (Court of Auditors) and other administrations.

Depending on the time of the controls, there may be preventive or subsequent controls: in the first case the positive outcome of control realizes an integration of the effectiveness of the administrative act, making it able to produce its effects, while in the other instance controls are conducted after the act already produced its effects.

According to the type preventive or subsequent, it can stand out controls of legitimacy, that appreciate the compliance to a paradigm required by law, and controls of merit, which instead evaluate the parameters of opportunities. Depending on the institutional position of the body holding the function of control, external controls and internal controls can be distinguished. The L. n. 20/1994 on the jurisdiction and the control of *Corte dei Conti* and the D.lgs. n. 286/1999 which introduced internal controls, have deeply changed the control system.

The preventive supervision of legality of *Corte dei Conti* has been significantly reduced. On the other hand, there has been an extension of the following controls: on the legality and regularity of management and internal controls, including the strategic control, foreordained to the verification of congruence between the objectives set by the political-administrative body and the results achieved by the management bodies, the executives evaluation, the management control, the administrative control and the administrative and accounting regularity control.

This reform aims at promoting a collaborative approach between the controllers and controlled administrations, limiting management dysfunction by developing, at the same time, a culture for the measurement of administrative action, and a greater responsibility of administrations compared with the relations between costs and results of their action. In terms of administrative controls, L. n. 190/2012 should not be considered as a point of arrival of the Italian renewed civic engagement, but as a start. Seen in a systematically approach, the law fits precisely into the current order, by relating the new provisions to the existing sanctioning laws, both criminal and administrative. In fact it treats corruption as a negative phenomenon among others. Facing corruption, however, requires a targeted and effective approach. We have to think

about the effectiveness of the rules and the role that the sanctions have in the achievement of that purpose.

Even though the L. n. 190/2012 has brought significant and appreciable changes, our proposal of reform to adapt in the best way possible the above-mentioned law to the social, institutional and economic contest is the following and can be thought on two levels: hard level (the penalty in the classic sense of punishment, both criminal and administrative) and soft level (they are not real penalties, but they aim to shape a civil society in a more heightened public integrity).

Therefore, the new systematic vision to counteract the corruption phenomenon should be based on the creation of a new Authority: The Authority for the Public function. The Italian Authority for competition and for marketing could be used as a model, because of the effectiveness and results obtained.

The anti-corruption law, by introducing the civic lookouts (L. n. 190/2012, Art. 1, co. 51) and the enforcing the powers of employees of the Public Administration, making them an active part in identifying corruption, is providing with a widespread and efficient reporting system (soft level sanctions) for the detection of corruption. The Authority, with the office managers, the managers of the first and the second bands, and *Corte dei Conti* would become the recipient of all these reports.

In this way, thanks to its powers (pre-trainers, instructors, inspection including through recourse to public force, sanctions), besides the possibility of an *ex-officio* action, the Authority could act effectively to counter corruption.

In order to reduce and fight corruption, an integration of what already exists is required. A modification of the D.lgs. n. 150/2009 and L. n. 190/2012 would enhance the quality and the efficiency of the institutional and the managerial organization of the Public Administration.

In our opinion, it is possible to defeat corruption through the construction and the organization of a Public Administration that uses management and businesses tools that tend to optimize the processes and results of the procedures, and by increasing the services provided, overall quality. It would have great efficiency, be inexpensive and effective and help increasing transparency. It would create the vision of a Public Administration widely able to approach the model of a firm and that, unlike the latter, does not tend to

make a profit, but to provide the highest quality of services at minimal cost and an enviable system of economic transfers in the area.

This goal would be achieved through the «Business Process Reengineering» (BPR) that is the radical redesign of business processes, which can lead to an improvement of the discontinuous performance<sup>2</sup>.

The main features of the BPR can be summarized in four main points: 1) the object of intervention are the processes, in an organizational sense as sequences of input-output activities generating products with certain levels of performance; 2) the type of intervention is that of the radical redesign which is to reconsider the processes from the basis; 3) the expected outcome of the intervention is an improvement of discontinuous type compared to process performance levels, before they are subject to redesign; 4) the results of discontinuous improvement are mainly obtained through the introduction of information and telecommunication technologies, taking care, however, not just to automate the existing. For these four basic features the BPR is a methodology of structural type completely different from those of continuous improvement.

The real radical change in Public Administration would be the progressive adoption of competitive mechanisms: competition between public and private; competition compared to standards; competition towards tariff and quality restriction established by independent regulatory authorities; upstream competition for the award of concession services, due to the increased needs of users which require services always more efficient and adequate; a rigorous empowerment of public decision-makers on the expense levels, as a result of renewal financial policies required by the adhesion to UEM and the pressure towards decentralization of administrative functions, in a federalist logic of subsidiarity (L. n. 59/1997, L. n. 241/1990, D.lgs. n. 29/1993, L. n. 127/1997).

In the Public sector, however, the existence of regulatory constraints probably constitutes the most important difference to keep in mind in the employment of a tool such as the BPR, thought for

---

<sup>2</sup> A discontinuous performance is due when the Public Administration aims:

- to get a change management in a short time;
- to affect the behaviour of those who work in the organization;
- to review the relationship between the various offices and agencies in term of more effective functionality: streamlining simplifying, eliminating the *burocrazia* and introducing a new procedures and working methods.

private contexts. Laws, decrees and regulations regulate the action of administrations and cannot be eliminated as other types of constraints.

We should consider that there are different levels of regulatory sources and we need to take into account of several aspects: today unrepeatable conditions for the reform of Public Administration exist and they will alter effectively a large number of traditional regulatory restrictions, making possible and perhaps necessary the introduction of BPR techniques in the Public sector as well; regulatory tools which allow to impinge on regulatory constraints are already present (provisions in the field of simplification of administrative procedures, L. n. 59/1997, Art. 20); there are possibilities of obtaining regulatory exemptions for testing (e.g. through pilot projects for the modernization of P.A. pursuant to Art. 2 paragraphs 1-6 of the L. n. 537/1993 and Art. 16 of L. n. 59/1997); and finally, a large number of regulatory constraints is given by internal provisions or by autonomous regulations which administrations can modify in the field of its autonomy.

Regulatory constraints are not unchangeable, and this is an opportunity for innovation. The main problem is rather of a cultural nature: the Public Administration is not accustomed to think in terms of design (and therefore of reengineering) of its own processes: because, in the administrative culture, it is the law which, defining *a priori* the activities and processes, replaces the design.

Having laid the foundations for a new organizational model of Public Administration we can explicate the possible mechanisms of prevention of corruption. First of all, the role of prevention in the fight against corruption is now unanimously considered an important factor.

The mechanisms of prevention in the fight against corruption are, in our point of view, the promotion of administrative transparency and punitive measures, which becomes operational only when preventive tools fail. These measures tend to achieve two goals: to prevent the corrupt agents could cause further damages (special prevention) and to serve as a deterrent (general prevention). In a state of law the repression should be initiated in due time and not when corruption is already raging.

Despite being fully aware that in order to eradicate corruption there aren't foolproof recipes, we believe that the only truly effective strategy involves a reconstruction of the entire organization of

Public Administrations through the BPR and use of managerial tools such as benchmarking, SERVQUAL, activity-based costing, action workflow analysis, total quality management, etc.

This hypothetical reform would be structured on the establishment of an anti-corruption proxy, an Authority for Public function and a set of preventive and repressive measures adapted to the local context, supported by social reforms that, in fact, tend to limit the phenomenon of the so called spoil system.

GIULIA VENANZONI\*

## POLIZZE VITA E FALLIMENTO: QUALI PROSPETTIVE PER LA TUTELA DEI CREDITORI?

*Life insurance agreements, traditionally used as social security investments, are exploited, nowadays, mainly to legally protect entrepreneurs in doing business.*

*From a deeper analysis, it turns out that, in the event the insured went bankrupt, its life insurance would consequently be treated as a separated asset from the rest of its holdings, which instead would directly become part of the bankruptcy procedure, as usual. By doing this, the life insurance proceeds would automatically disappear from the endowment left under the custody of the Bankruptcy Administrator, letting down the expectations of the creditors.*

*The most recent jurisprudence has been supporting this interpretation: it's time, then, to come up with new solutions able to uphold creditors as well as bankruptcy rights.*

*In the following dissertation, a new way to recover these amounts, in order to integrate them with the bankruptcy assets, will be exposed. The main focus will be not only on the key roles of both the Administrator and the Appointed Judge, but also on the reasons why the contract has been initially stipulated, along with the basic needs of the insolvent, so to leave the rest to the mercy of the creditors.*

*With a peculiar look at the so called financial life insurance, unit and index linked.*

SOMMARIO: I. Polizze vita a contenuto previdenziale: impignorabilità delle somme dovute dall'assicuratore. – II. Il riscatto anticipato delle somme derivanti dalle polizze vita a contenuto puramente previdenziale. – II.a. L'azione revocatoria sui soli premi pagati. – II.b. La funzione previdenziale ed il provvedimento del Giudice Delegato ai sensi

---

\* Dott.ssa in Giurisprudenza, laureata presso Sapienza - Università di Roma. Nella redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Luca Di Donna.

dell'art. 46, comma 2 L. Fall. – III. Il particolare caso delle polizze *unit linked* ed *index linked*. – IV. Prospettive e rischi.

### I. *Polizze vita a contenuto previdenziale: impignorabilità delle somme dovute dall'assicuratore*

L'assicurazione sulla vita ha come oggetto il cd. *rischio demografico*, specificamente connesso all'oscillazione della durata della vita del soggetto assicurato rispetto alla vita media rilevata dalle statistiche, che l'impresa di assicurazione assume su di sé<sup>1</sup>.

In caso di decesso o qualora il contratto giunga alla sua naturale scadenza, l'impresa assicuratrice corrisponderà la prestazione dovuta direttamente all'assicurato o al beneficiario e le somme percepite a titolo di liquidazione della prestazione assicurata avranno la medesima natura degli importi percepiti da un lavoratore a titolo di trattamento pensionistico.

Questa funzione è la *ratio* e, in contempo, la giustificazione della previsione di cui all'art. 1923 cod. civ.<sup>2</sup>, che stabilisce l'impignorabilità ed insequestrabilità delle somme dovute dall'assicuratore al contraente o al beneficiario di polizze vita nell'esigenza di protezione della famiglia cui è finalizzata, più in generale, la stipula di tali contratti di assicurazione<sup>3</sup>.

Occorre analizzare l'art. 1923 cod. civ. alla luce delle disposizioni dettate in materia dalla legge fallimentare. L'art. 46, n. 5) L. Fall. stabilisce che «*non sono comprese nel fallimento le cose che non possono essere pignorate per disposizioni di legge*». E ancora, all'art. 46, n. 2) L. Fall. si legge che «*non sono compresi nel fallimento: [...] pensioni [...] entro i limiti di quanto occorre per il mantenimento suo (dell'assicurato) e della sua famiglia*».

In caso di fallimento (personale) dell'assicurato, sembra che la tutela dei creditori del titolare del diritto all'indennizzo sia limi-

<sup>1</sup> L. ACCIARI, *Contratti di finanziamento bancario, di investimento, assicurativi e derivati*, Milano, 2012, pp. 559 e ss.

<sup>2</sup> Così già Cass. n. 1811/1965 in *Foro it.*, 1965, I, 1850. Più recentemente, Cass. n. 13342/2004 in *Mass. Foro it.*, 2004. La riforma della legge fallimentare non ha toccato le disposizioni esaminate e tale orientamento è stato sino ad oggi riproposto.

<sup>3</sup> L. ACCIARI, 2012, cit., p. 660 e ss. Secondo una tesi minoritaria, tuttavia, le disposizioni in esame sarebbero volte ad evitare che il fallimento dell'assicurato destabilizzi i bilanci delle imprese di assicurazione a seguito dell'anticipato riscatto delle polizze da parte del curatore: le somme dovute sarebbero escluse solo finché restano nel patrimonio dell'assicuratore, F. FERRARA JR - A. BORGIOLO, *Il fallimento*, Milano, 1995, pp. 219 e ss.

tata ai soli premi pagati, in base al disposto di cui all'art. 1923 cod. civ.<sup>4</sup>.

Le polizze vita, dunque, vengono a delinearci come dei patrimoni separati rispetto al patrimonio del fallito, poiché le somme risultanti dalla liquidazione delle polizze vita sono sottratte alla disponibilità del Curatore fallimentare, con conseguente frustrazione delle aspettative dei creditori sociali<sup>5</sup>.

## II. *Il riscatto anticipato delle somme derivanti dalle polizze vita a contenuto puramente previdenziale*

La questione più interessante riguarda, dunque, il destino del contratto di assicurazione in caso di fallimento del contraente o del beneficiario e delle somme in esso vincolate<sup>6</sup>.

Con una prima sentenza del 1988<sup>7</sup>, la Corte di Cassazione era pervenuta ad escludere, dall'area di operatività del divieto di cui all'art. 1923 cod. civ., le cd. «*somme riscosse*», ovvero quelle già corrisposte dall'assicuratore e che si erano ormai perfettamente confuse nel patrimonio dell'assicurato.

Più recentemente, con la sentenza n. 8676 del 2000<sup>8</sup>, la Corte aveva concluso che i premi versati dall'assicurato all'assicuratore non potessero essere avocati alla massa fallimentare, poiché coperti dal vincolo di impignorabilità stabilito dal combinato disposto degli artt. 1923 cod. civ. e 46, n. 5 della L. Fall. Al contrario, invece, ben potevano venir ricomprese nell'attivo del fallimento le somme dovute all'assicurato – o a qualunque legittimato – a titolo di riscatto anticipato della polizza. La fattispecie contrattuale delle

<sup>4</sup> D. VALENTINO, *Commento sub art. 1923*, in *Commentario al Codice Civile, Dei singoli contratti*, vol. IV, Torino, 2011, pp. 280 e ss.

<sup>5</sup> La sottrazione di siffatto credito allo spossessamento fallimentare può ritenersi pacifica. Anzi, la dottrina è incline ad attribuire un'ampia portata a tale deroga, concludendo che l'esclusione debba estendersi non solo alle indennità maturate e non ancora riscosse prima del fallimento, ma anche a quelle già riscosse, salva l'ipotesi di confusione con il patrimonio del fallito, ed a quelle ancora dovute dall'assicuratore a titolo di riscatto di polizza, per tutti G. U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, pp. 213 e ss.; G. U. TEDESCHI, *Assicurazione e fallimento*, Padova, 1969, pp. 164 e ss.; S. AMBROSINI - G. CAVALLI - A. JORIO, *Il fallimento*, Padova, 2009, pp. 349 e ss. Per approfondimenti sull'evoluzione della giurisprudenza sul punto, v. *infra*.

<sup>6</sup> Si ricorda, ad esempio, al particolare caso del fallimento della società *Finmatica*, società quotata in Borsa, in cui erano state stipulate diverse polizze di capitalizzazione sottraendo una parte consistente della liquidità della società ai creditori dopo il fallimento.

<sup>7</sup> Cass. 03.12.1988, n. 6548, in *Foro it.*, 1989, pp. 371 e ss.

assicurazioni sulla vita, infatti, veniva definita come «funzionale al conseguimento dello scopo di previdenza» e tale scopo tipico non poteva essere affatto raggiunto mediante l'esercizio del diritto di recesso *ad nutum* da parte dell'assicurato. Sembrava così che gli importi percepiti a seguito dell'esercizio di riscatto potessero ben venir aggrediti dai creditori.

Sul punto sono definitivamente intervenute le Sezioni Unite della Cassazione che, con sentenza n. 8271 del 2008<sup>9</sup>, hanno affermato che il Curatore fallimentare non può agire contro il terzo assicuratore per ottenere il valore di riscatto della polizza vita e che, del pari, le somme dovute a tale titolo all'assicurato non possono entrare nella massa fallimentare.

Quel che rileva nel ragionamento svolto è l'interpretazione resa sulla natura delle polizze vita, qualificate come polizze stipulate per finalità prettamente previdenziali<sup>10</sup>.

Sulla scorta di tale interpretazione, i creditori fallimentari non avrebbero alcun diritto ad aggredire le somme facenti parte di polizze vita intestate al fallito.

Due, però, possono essere i rimedi all'impasse.

## II.a. *L'azione revocatoria sui soli premi pagati*

In esito al ragionamento svolto, la Corte di Cassazione stabilisce che l'unico rimedio a disposizione del Curatore è l'azione revocatoria relativamente ai premi pagati dall'assicurato, in base al combinato disposto degli artt. 1923, comma 2 cod. civ. e 67 L. Fall.

Simile rimedio – prosegue la Corte – potrà, però, essere azionato solo qualora il contratto di assicurazione sulla vita appaia espressamente stipulato con il fine di arrecare un pregiudizio ai creditori<sup>11</sup>.

In tal modo, la loro tutela verrebbe meno tutte le volte in cui nel periodo sospetto il fallito non abbia compiuto alcun atto dispositivo del proprio patrimonio tale da pregiudicare le loro aspettative.

<sup>8</sup> Cass. 26.06.2000, n. 8676, in *Foro it.*, 2001, pp. 1241 e ss.

<sup>9</sup> Cass. S.U., 31.03.2008, n. 8271, in *Foro it.*, 2008, I, p. 1434, con nota di V. FERRARI, *La funzione previdenziale fra diritto pubblico e diritto privato*.

<sup>10</sup> Si riconosce, in tal modo, la dimensione assunta da tale strumento «quale forma di assicurazione privata maggiormente affine agli istituti di previdenza elaborati dalle assicurazioni sociali», così in Cass. S.U., 31.03.2008, n. 8271, cit., p. 1434.

<sup>11</sup> In tale ipotesi, trattandosi di revocatoria di pagamenti, si rientra nella previsione di cui al secondo comma dell'art. 67 L. Fall., per cui il termine del periodo sospetto da prendere in considerazione per l'azione è di sei mesi a ritroso dalla dichiarazione di fallimento.

Occorre, dunque, esaminare un ulteriore possibile strumento di tutela.

### II.b. *La funzione previdenziale ed il provvedimento del Giudice Delegato ai sensi dell'art. 46, comma 2 L. Fall.*

Come visto in precedenza, le polizze vita per la loro funzione essenzialmente previdenziale, possono essere equiparate alle «*pensioni*» che, ai sensi dell'art. 46, n. 2 L. Fall., restano estranee dalla procedura fallimentare e non possono essere reclamate dal Curatore o dai creditori del fallito.

L'art. 46, comma 2 L. Fall. impone tuttavia che il Giudice Delegato fissi con un apposito decreto i limiti entro cui il fallito possa disporre delle somme di cui al precedente paragrafo *sub 2*) (quindi anche delle «*pensioni*»), tenuto conto della sua condizione personale e di quella della sua famiglia.

Si può ben ipotizzare che, dopo che il fallito ottenga il riscatto in suo favore di una o più polizze vita, il Curatore, venuto a conoscenza del valore delle somme liquidate e ritenendolo non congruo rispetto alle esigenze di vita del fallito e della sua famiglia, possa sollecitare il Giudice Delegato perché intervenga a fissare con proprio decreto motivato i limiti entro i quali il soggetto potrà disporre delle somme liquidate, lasciando che il residuo venga appreso al fallimento. Mediante una simile procedura, il Curatore, potrà servirsi di un efficace strumento per la tutela dei creditori, soprattutto nei casi in cui non possa trovare applicazione l'art. 67 L. Fall. per mancanza degli elementi necessari ad azionare la revocatoria fallimentare.

Vero è, però, che in assenza di un provvedimento del Giudice Delegato in tal senso, il fallito potrà disporre delle somme percepite a titolo di riscatto di polizze vita a finalità previdenziale come meglio crede.

### III. *Il particolare caso delle polizze unit linked ed index linked*

La questione della impignorabilità delle somme derivanti dalle polizze vita è stata finora analizzata sempre con particolare riguardo alle polizze di natura prettamente previdenziale<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Come ben specificato dalla richiamata sentenza n. 8271/2008 delle Sezioni Unite della Cassazione, in *Foro it.*, 2008, cit.

Esistono tuttavia anche i c.d. prodotti assicurativo-finanziari, le polizze *Unit e Index Linked*, che assolvono più ad una funzione di investimento di capitali che previdenziale. Infatti, le prestazioni finali sono ricollegate a particolari indici di borsa, con il risultato che il *rischio demografico* non solo non è presente, ma, addirittura, al pari di ogni altro rischio, è assunto esclusivamente dall'assicurato.

Tuttavia, con l'entrata in vigore del Regolamento ISVAP n. 32, ed in particolare con la previsione di cui all'art. 9<sup>13</sup>, sembrerebbe che anch'essi possano acquistare il requisito della previdenzialità: il contraente assicurato, infatti, indipendentemente dall'andamento degli indici azionari, alla scadenza del contratto o in caso di liquidazione o riscatto, può avere la certezza di realizzare almeno il capitale inizialmente investito.

Ciò che più stupisce è che simile indirizzo sia stato accolto tra le fila della più recente giurisprudenza. Una pronuncia del Tribunale di Roma del 2012 ha stabilito che «*le polizze Index Linked, pur avendo una elevata componente finanziaria, rimangono comunque prodotti assicurativi sia perché l'assicuratore corre il rischio cosiddetto demografico (in quanto la prestazione è dovuta al verificarsi di un evento attinente alla vita umana), sia perché il rischio delle perdite finanziarie è sostenuto anche dall'assicuratore quanto meno nel consentire, a determinate condizioni, il riscatto anticipato delle polizze*»<sup>14</sup>.

Anche le polizze a contenuto finanziario possono essere soggette alla previsione di cui all'art. 1923 cod. civ. e quindi venir sottratte all'attivo fallimentare. Con evidenti ulteriori rischi per quel che riguarda la tutela dei creditori sociali<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Regolamento ISVAP n. 32 dell'11.06.2009; art. 9: «i contratti classificati nel ramo III di cui all'art. 2, co. 1, del decreto, sono caratterizzati dalla presenza di un effettivo impegno da parte dell'impresa a liquidare prestazioni il cui valore sia indipendente dalla valutazione del rischio demografico. Le imprese nella determinazione delle coperture assicurative in caso di decesso tengono conto, ai fini del rispetto del principio di cui al co. 1, dell'ammontare del premio versato dal contraente».

<sup>14</sup> Tribunale Civile di Roma, 2 maggio 2012, Pres. Raganelli, Est. Cardinali, [www.unijus.it/taxonomy/term/330](http://www.unijus.it/taxonomy/term/330).

<sup>15</sup> L'applicabilità a tali polizze dell'art. 1923 cod. civ. si evince anche a contrario da due pronunce rese dal Tribunale di Parma (10 agosto 2010) e dal Tribunale Civile di Cagliari (2 novembre 2010), che hanno negato la presenza di una causa assicurativa in tutti quei contratti, collegati ad indici azionari, per i quali l'assicuratore non si espone al rischio demografico e, pertanto, non garantisce neanche la prestazione minima del rimborso del capitale investito, mentre l'hanno riconosciuta laddove l'assicuratore si assuma il rischio demografico, ritenendo solo in tali casi applicabile l'art. 1923 cod. civ.

#### IV. *Prospettive e rischi*

Data l'impignorabilità delle somme pagate a titolo di premi e delle somme liquidate all'assicurato a titolo di riscatto anticipato del contratto, nonché considerata la mancanza di qualsivoglia potere in capo al Curatore di chiederne lui stesso il riscatto al fallimento, sono evidenti i rischi per la tutela della posizione dei creditori.

Vero è che il Curatore può agire in revocatoria sulle somme versate nelle polizze vita sottoscritte nel *periodo sospetto* o anche ai sensi dell'art. 46, comma 2 L. Fall., sollecitando l'intervento del Giudice Delegato.

È evidente, però, che si siano creati patrimoni separati, seppur atipici poiché inquadrati in una fattispecie diversa da quella originariamente prevista nel codice civile, ma uguali per finalità e risultati.

Il sistema delineato dalle varie interpretazioni giurisprudenziali, nel tutelare maggiormente la posizione dell'assicurato, espone, invece, i creditori a notevoli rischi nella procedura di recupero di quanto loro spettante.



BENEDETTA BERTOLINI\*

## PENSARE LE ALTERNATIVE AL PROCESSO: LA DIVERSIONE

*Diversion means alternative public reaction against crimes. The central idea, born in the USA in the '70s, is to replace formal process with informal procedures, in order to avoid all the negative effects of a penal trial but at the same time to pursue the classic aims of the penal system. This institute, which brought the concept of restorative justice in several legal systems, also in Europe, for example Austria introduced it in the '90s, doesn't exist in Italy. After the description of the story and the spirit of this institute, there is the question why we missed every discussion about it. It seems to be a human and reasonable answer to little criminality, that should be studied also in our system. To do that we need to keep away prejudicial formal matters, or we risk to give more importance to rules than to the persons.*

Se la nascita del termine *diversione* avveniva in un momento preciso, nel 1970, con la pubblicazione del saggio *Instead of Court. Diversion in juvenile justice* dello statunitense E. M. Lemert, il terreno era stato preparato già dal decennio precedente, un periodo di studio attento alla realtà criminale e alle possibili politiche da attuare. Oggi la diversione costituisce un istituto processuale penale largamente utilizzato in numerosi ordinamenti, tanto di *common law*, dove è nato, quanto di *civil law* (Austria, Germania, Francia e altri).

La constatazione che la giustizia statale, invece di incentivare un percorso personale positivo, sembrasse renderlo ancor più problematico, è stato il campanello d'allarme iniziale. Si trattava

---

\* Dott.ssa in Giurisprudenza, laureata presso Sapienza - Università di Roma. Nella redazione di questo lavoro è stato consultato il dott. Pasquale Bronzo.

quindi di trovare un modo per evitare gli effetti negativi del processo sulla persona e sul suo ambiente sociale, immaginando procedure extragiudiziarie personalizzate. Se fino a quel momento si erano create *altre pene* (ancorché da noi siano rimaste di fatto inesistenti), si approdò invece all'idea di un *altro processo*. Presupposto ideologico della diversione è la teoria del *labelling approach*, secondo cui l'immagine che tramite un processo pubblico il reo crea di se stesso sarebbe una concausa importante di un suo successivo comportamento criminale. L'assunto di base è che «un soggetto etichettato come delinquente tende ad agire in conformità alle aspettative della condizione deviante»<sup>1</sup>.

Volendo ipoteticamente rispondere alla prima delle due questioni poste da una dottrina italiana, «*diversion* da che cosa e per che cosa»<sup>2</sup>, si potrà dire di trovarsi di fronte a un modello di diversione ogni qual volta che «reati meno gravi, commessi da soggetti considerati poco pericolosi, vengono estromessi dal processo e risolti al di fuori della giustizia penale, tramite modalità informali»<sup>3</sup>. Il titolo del XIII Congresso internazionale del diritto penale, nel 1984, sul tema «Diversione e Mediazione» intende chiarire che la mediazione è solo *un* modo per fare diversione, anche se forse il più significativo, ma non è l'unico<sup>4</sup>. Essa consisterebbe in «*any deviation from the ordinary criminal process, before an adjudication of guilt by a court, which results in the suspect's participation in some form of non-penal program*»<sup>5</sup>.

Così si può rispondere alla seconda questione: «diversione per che cosa». Essa non è altro che lo strumento giuridico che permette l'ingresso della giustizia riparativa nel sistema penale. A questo punto occorre però esser precisi: ritenerla una mera «rinuncia al processo penale ordinario, prima della decisione emessa in sede giurisdizionale, salvo eventuali misure in qualche misura sanzionatorie (*diversion* con intervento)»<sup>6</sup>, vuol dire non cogliere il signi-

<sup>1</sup> V. PATANÈ, *Diversion*, in AA.VV., *Il processo penale dei minori: quale riforma per quale giustizia*, Milano, 2004, p. 68.

<sup>2</sup> F. RUGGERI, *Diversion: dall'utopia sociologica al pragmatismo processuale*, in *Cass. pen.*, 1985, p. 539.

<sup>3</sup> M. BURGSTALLER, *Perspektiven der Diversion in Österreich aus der Sicht der Strafrechtswissenschaft*, in *Perspektiven der Diversion in Österreich*, Innsbruck, 1995, p. 126, traduzione a cura dell'autrice.

<sup>4</sup> Cfr. R. HIRANO - L. KOS RABCEWICZ ZUBKOWSKI, *Diversion and Mediation, Commentaire in preparazione del XIII Congresso internazionale di diritto penale*, in *Rass. penit. crim.*, 1, 1983, p. 87.

<sup>5</sup> HIRANO - KOS RABCEWICZ ZUBKOWSKI, *op. cit.*, p. 84.

<sup>6</sup> RUGGERI, *op. cit.*, p. 539.

ficato dell'istituto stesso. La diversione infatti non è una «non reazione» al fatto costituente reato, ma una reazione, per l'appunto, *diversa*. In primo luogo dal punto di vista della pena: la dottrina citata parla di «sanzione», ma in realtà è proprio la logica della sanzione a essere superata. Ci si propone infatti di abbandonare, come poi sostiene la stessa autrice, una «concezione retributiva della pena, verso la ricerca di forme di rieducazione del colpevole che lo reinseriscano nella società e non lo emarginino»<sup>7</sup>. Ma allora di sanzione non si tratterà, almeno nel significato più comune del termine, quanto piuttosto di interventi mirati, riabilitativi – per esempio di disintossicazione – o riparativi, e qui possiamo chiamare in causa la mediazione penale.

In secondo luogo dal punto di vista del processo. La diversione viene infatti regolata «indipendentemente da logiche premiali per l'imputato od economiche per il sistema: si tratta piuttosto del riconoscimento dell'inutilità o della dannosità del rito penale come ingranaggio risolutore della vicenda che dovrebbe esserne oggetto, cui consegue la laica rinuncia a progredire»<sup>8</sup>. Siamo quindi al di fuori del campo della giustizia consensuale, se ci si riferisce a quegli istituti votati alla premialità in cambio di risparmio di energie (e costi) per la macchina della giustizia. Tanto più che la diversione non implica la rinuncia *in toto* al processo. Anzi, il collegamento fra canale alternativo e procedimento penale è, e resta, fondamentale. Innanzi tutto, in caso di insuccesso del tentativo, il rito proseguirà normalmente il suo corso; ma anche durante la stessa procedura di diversione, tanto per il reo quanto per l'eventuale vittima, è di grandissima importanza la consapevolezza della vicinanza alla dimensione giudiziaria, poiché il processo «rappresenta la garanzia dai rischi di un contatto fallimentare e [...] assicura il ponte con la dimensione pubblica della loro esperienza»<sup>9</sup>.

L'ulteriore elemento fondamentale alle origini della diversione è la vera e propria riscoperta del ruolo dell'offeso, cui altrimenti, nella logica processuale tradizionale, l'ordinamento processual penalistico si interessa solo come possibile testimone, ma i cui bisogni e le cui aspettative, soprattutto di rielaborazione emotiva del fatto, cadono del tutto in secondo piano.

---

<sup>7</sup> RUGGERI, *op. cit.*, p. 539.

<sup>8</sup> C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005, p. 67.

<sup>9</sup> M. BOUCHARD - G. MIEROLO, *Offesa e riparazione, per una nuova giustizia attraverso la riparazione*, Milano, 2005, p. 197.

Nella logica della diversione, il reato è considerato non più come mera lesione nei confronti dell'ordinamento giuridico, «di-subbidienza individuale al dettato della legge»<sup>10</sup>, ma invece come frattura di una relazione sociale, che provoca sofferenza, prima ancora che danni materiali, e che necessita di essere risanata. L'obiettivo allora diviene che i suoi protagonisti riescano «se non a riappacificarsi, a riconoscersi come membri della medesima comunità»<sup>11</sup>. Alla base del sistema penale, dunque, si vuole tornare a porre la dimensione relazionale dell'uomo, tanto che c'è chi ha parlato di una vera e propria «*relational justice*»<sup>12</sup>. In una tale cornice, l'idea che la giustizia torni in qualche modo ai cittadini, nel senso che questi possano avere un ruolo attivo e protagonista nel gestirla, seppur senza perdere tutte le garanzie assicurate dagli organi giudiziari e dalle strutture specializzate, non suona più come un'assurdità.

Dal punto di vista funzionale, la diversione si realizza ogni qual volta lo Stato faccia dipendere la rinuncia al perseguimento processuale del reato, dal fatto che il reo abbia portato a termine con successo determinate condotte, prescrittegli in una fase anteriore al processo vero e proprio, ed in ogni caso prima della sentenza, la cui necessarietà viene così meno.

Il possibile novero delle prescrizioni non deve aver limiti e si possono solo nominare alcuni tipi ricorrenti in numerose legislazioni: diverse forme (la più importante è la mediazione penale) di contatto tra reo e vittima, che tendano alla riconciliazione e ad un progetto condiviso per la riparazione dell'offesa (cosa ben diversa dal risarcimento del danno); la partecipazione a *training* anti-violenza; cure mediche o psicologiche; lo svolgimento di lavori per la collettività presso enti pubblici o di volontariato, o la semplice sospensione del processo per un tempo di prova di buona condotta.

Risulta negli ultimi anni emergente il cosiddetto *Family Group Conferencing*, rivolto soprattutto ai minori, presente in Belgio e di cui negli ultimi mesi si è avviata una sperimentazione in Austria. Esso vuole offrire alle parti un luogo di incontro per la riparazione di un fatto medio-grave e per la rielaborazione dello stesso alla presenza delle rispettive famiglie e della cerchia sociale più ristretta (amici, insegnanti o altro), oltre che con l'ausilio di esperti nella

<sup>10</sup> CESARI, *op. cit.*, p. 68.

<sup>11</sup> CESARI, *op. cit.*, p. 66.

<sup>12</sup> G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada, uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, p. 89.

composizione di reati, nella convinzione che tale ambiente sociale deve essere il primo protagonista nell'aiutare il reo a trovare una soluzione condivisa per la riparazione dell'offesa e a tornare sui binari della legalità. Per la vittima invece il vantaggio consiste nel percepire materialmente l'appoggio dell'ambiente circostante, fondamentale per la rielaborazione del torto subito, da cui spesso derivano paura, senso d'insicurezza, ma anche rabbia e sconcerto<sup>13</sup>.

Le prescrizioni ai fini della diversione, che possono consistere oltre che in azioni positive anche nella richiesta di astensione per un certo tempo da determinati comportamenti, sono stabilite dall'ufficio giudiziario competente, in strettissima collaborazione e spesso su proposta dei centri di assistenza sociale, e vengono elaborate sulla base del fatto concreto e delle persone coinvolte, allo scopo di agire in maniera mirata sui problemi e sulle cause più profonde che hanno originato il conflitto.

Si giunge quindi ad un altro punto nodale: quale che sia la prescrizione pensata dagli organi statali, vi deve essere sempre, imprescindibilmente, il consenso dell'indagato, consenso libero perchè informato. La diversione non può mai essere imposta, ma solo proposta al reo e può in ogni momento essere interrotta, se questi desidera proseguire il processo nei binari ordinari. Questo tanto per la necessità di garantire pienamente i diritti processuali tanto per favorire, tramite la richiesta di un suo comportamento attivo, una responsabilizzazione e una maggiore presa di coscienza del reato.

La diversione per essere tale deve infine intervenire necessariamente prima della sentenza penale, rendendo quest'ultima superflua. Quanto prima, non è definito. Certo è che la fetta più importante di tali procedimenti informali si ha nella fase delle indagini preliminari, di competenza del pubblico ministero, che risulta essere il protagonista indiscusso di tale procedere alternativo. Quest'ultimo o eventualmente il giudice, ma sempre prima della sentenza, propone all'indagato, in presenza delle condizioni previste dalle rispettive normative perlopiù volte a stabilire l'ambito e la gravità dei reati risolvibili per questa via, di assumere gli impegni ritenuti più idonei, il rispetto dei quali comporta la conclusione anticipata e senza conseguenze ulteriori del procedimento.

Tra gli obiettivi della diversione spicca evidentemente quello del reinserimento sociale del reo. Con esso intendiamo la capacità

---

<sup>13</sup> Cfr. AA.VV., *Diversion - Ein andere Umgang mit Straftaten*, a cura di R. MIKLAU - H.V. SCHROLL, Vienna, 1999.

di tessere relazioni sane, l'attitudine al lavoro, il senso della legalità e dell'appartenenza a una comunità, obiettivi che la giustizia classica sembra non riuscire sempre a raggiungere. La diversione vuole essere un tentativo in questa direzione. Si evita del tutto, rimanendo valida la presunzione d'innocenza, una sentenza in senso formale, che macchia la fedina penale rendendo (quasi) impossibile trovare un'occupazione onesta una volta scontata la pena. Si evita un processo dai tempi lunghissimi che logora l'immagine dell'imputato, di fronte a se stesso e di fronte agli altri. Si evita di recidere relazioni familiari ed extra familiari, nella consapevolezza che sono le relazioni a tenere uniti i 'pezzi', la storia di ognuno.

Stupisce il fatto che nel nostro Paese la tematica sia passata quasi sotto silenzio, se non per pochi addetti ai lavori. Fin da subito l'obbligatorietà dell'azione penale *ex art. 112 Cost.* è stata considerata un impedimento ineludibile anche per la stessa discussione in ordine ai descritti procedimenti alternativi.

Le resistenze che tali temi sembrano suscitare in Italia potrebbero forse essere ricondotte a un'inconsapevole sovrapposizione fra obiettivi e mezzi del sistema penale. Questo perché «i tradizionali fini della pena, così colossali da sembrare utopici, se considerati in una prospettiva empirica – in termini di effettività dello scopo raggiunto – necessitano dell'analisi di un grande numero di casi criminali e di un lungo lasso temporale per verificarne l'esito. I risultati appaiono, ora di difficile acquisizione, ora contraddittori: da qui la spinta a *teleologicizzare* il mezzo, a risolvere il fine nel mezzo; è l'eternizzazione della pena, resasi indipendente dalla verifica di congruenza al fine»<sup>14</sup>.

Sembra che questo ragionamento, così lucido e disincantato, possa applicarsi anche al processo. C'è da chiedersi insomma se il sistema penale debba dare maggiore importanza alla costruzione di un percorso personale sereno e positivo del reo, e della vittima, o al perseguimento ad ogni costo del reato in forma classica, in nome del monopolio della forza e della propria autorità repressiva. Le differenze in termini di normative processuali, a seconda che si scelga l'una o l'altra opzione, potrebbero essere rilevanti.

Si auspica e si richiede da più parti una umanizzazione della giustizia. Ciò significa anche renderla meno formale. Questo è possibile laddove vi sia chiarezza sui mezzi (non) utilizzabili (la ri-

---

<sup>14</sup> C.E. PALIERO, *La mediazione penale*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano, 2007, p. 132.

nuncia alla tortura ha richiesto parecchi secoli, la discussione sulla pena di morte è ancora in corso), e sui fini perseguiti.

I fini sembrano esser generalmente condivisi: prevenzione speciale, prevenzione generale, realizzazione degli interessi della vittima.

Sui mezzi si deve avere il coraggio di alcuni ripensamenti. Siamo arrivati al punto di poter rivalutare l'intoccabilità di norme e principi, nati dall'esigenza di scongiurare forme di giustizia in via di autotutela che sono scomparse e la cui illegittimità è tanto radicata nel sentire comune da non far percepire il rischio di un' involuzione in senso opposto. La ragione di questo superamento, solo apparentemente audace, di capisaldi tanto radicati nella nostra cultura giuridica sta proprio nella *ratio* e negli obiettivi cui la diversione tende. Nel criticare la costruzione di alternative al processo non ci si potrà accontentare di gridare alla violazione di determinati principi, si dovrà invece spiegare perché il signor Rossi (ma anche la collettività) debba preferire un dibattito pubblico a colloqui informali, una sentenza ufficiale a un accordo di riparazione. Se non si è in grado di spiegare (nel concreto, la vicenda di un processo è la vicenda di un uomo o di una donna) il vantaggio del rispetto assoluto di un certo principio, ma solo lo si invoca come esistente e quindi autogiustificato in sé, si è su una strada di formalismo in cui si perde di vista la vocazione umanistica del diritto.

È necessario un ripensamento della *ratio* delle singole garanzie, un'analisi critica sulla loro ragion d'essere oggi, e per questo bisogna slegarle dal contesto nel quale sono nate. Questo non vuol dire rinunciare in blocco e acriticamente a quelli che sono divenuti nel corso dei secoli momenti basilari del diritto penale e del giusto processo. Piuttosto si tratta di capire cosa del processo classico sia irrinunciabile, cosa adattabile in un procedimento informale e di cosa invece si possa far a meno a favore di un migliore perseguimento degli scopi del diritto penale.

«Wir stehen daher vor der Herausforderung, für die Schiene des diversionellen Vorgehens analog zum Strafverfahren ein Recht auf faire Diversion zu formulieren und ausgestalten»<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> «Siamo quindi di fronte alla sfida di dover formulare e costruire, nei binari di questo istituto, il diritto ad un'equa diversione, analogamente a quanto è avvenuto per il processo penale» (traduzione italiana a cura dell'autrice), F. HÖPFEL, *Wurzeln und Spezifika des Außengerichtlichen Tatausgleichs im österreichischen Strafrecht*, in AA.VV., *Öffentliche Einrichtung zur außergerichtlichen Vermittlung von Streitigkeiten*, a cura di P.G. MAYR, Vienna, 1999, p. 144.



ANTONIO ANGELOSANTO\*

IL LICENZIAMENTO PER GIUSTIFICATO MOTIVO  
E L'AMBITO DELLA TUTELA RISARCITORIA  
SECONDO GIUSEPPE SANTORO PASSARELLI

*This paper is a report of professor Giuseppe Santoro Passarelli's lecture during the symposium held at the Accademia Nazionale dei Lincei on May 2nd and 3rd, 2013, directed by the Organizing Committee composed by the distinguished professors Natalino Irti, Nicola Picardi, Pietro Rescigno and Renato Scognamiglio, titled «La riforma del diritto del lavoro» («Labour Law Reform»). Waiting for the publication of the conference minutes, we refer below the author's interpretative thought together with some considerations by the writer, about the relevance that the reform of the law n. 92 of 2012 (the «Fornero Reform») still gives to the reinstatement protection, instead of the compensation one. In fact, although the legislator's aim was to reduce the reinstatement scope, the technical and political compromise which is the ratio of the criticized reform, still allows to glimpse a preservation system of the unlawfully fired employees focused on real protection, despite of the new problems and uncertainties due to the wide discretion assigned to the Courts.*

Lo Statuto dei lavoratori rappresenta la sintesi di un insieme di valori vigenti in un periodo storico in cui non si erano ancora affermati i principi della concorrenza e della competizione economica. I mercati dei beni e del lavoro nel 1970 – anno di promulgazione della legge numero 300 – erano ancora meramente nazionali. Nonostante la Comunità europea avesse mosso già da qualche anno i suoi primi passi cercando, come la goccia scava la roccia, di far recepire il principio della concorrenza, valore primario dell'or-

---

\* *Studiante del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Nella redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Domenico Mezzacapo.*

dinamento nascente, negli ordinamenti nazionali degli Stati aderenti, il processo d'integrazione europea ha incominciato a dare i suoi frutti solo negli ultimi decenni. Alla base di tale principio vi è la convinzione che l'intervento pubblico e le sue leggi non possano «sostituire le leggi del mercato nel ruolo di guida del processo economico»<sup>1</sup>. Il principio comunitario che il mercato si regoli da sé e che abbia ontologicamente la capacità di provvedere autonomamente alla più efficiente allocazione delle risorse ha limitato il legislatore italiano nei suoi interventi a sostegno delle attività produttive e lo ha spinto a trovare soluzioni alle esigenze delle imprese, immobilizzate nella competizione economica dai costi della forza lavoro.

Andando ad osservare – seguendo le riflessioni dell'Autore – l'andamento della normativa italiana dal 1942 ad oggi, essa appare oscillare tra due opposti interessi: quello dell'imprenditore alla temporaneità dei vincoli contrattuali e quello del lavoratore alla continuità e alla stabilità del rapporto lavorativo. La normativa codicistica del 1942 agli artt. 2118<sup>2</sup> e 2119<sup>3</sup> cod. civ. ma anche la disciplina prevista dalla legge n. 604 del 1966<sup>4</sup> erano e sono certa-

<sup>1</sup> G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto dei lavori*, Torino, 2013, p. 215.

<sup>2</sup> L'art. 2118 cod. civ. regola il c.d. *recesso ad nutum* spettante in caso di contratto a tempo indeterminato a ciascuna parte e che oggi, alla luce della stratificazione normativa venutasi a creare, è relegato ad alcune ipotesi residue. L'unico obbligo previsto dal legislatore del '42 è quello del preavviso «nel termine e nei modi stabiliti dagli usi o secondo equità», senza alcun altro dovere di motivazione.

<sup>3</sup> L'art. 2119 cod. civ. prevede il recesso per giusta causa senza preavviso nel caso di contratto a tempo indeterminato e prima della scadenza del termine se il contratto è a tempo determinato qualora «si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione anche provvisoria, del rapporto».

<sup>4</sup> La legge 15 luglio 1966, n. 604 introduce il concetto del «giustificato motivo» (soggettivo e oggettivo) e prevede l'obbligo dell'intimazione per iscritto e la motivazione del licenziamento, per giusta causa e giustificato motivo (soggettivo e oggettivo), su richiesta del prestatore di lavoro. La legge 28 giugno 2012, n. 92 ha eliminato l'iniziativa del lavoratore prevedendo in capo al datore di lavoro l'obbligo *tout court* di motivare per iscritto il licenziamento intimato. Nonostante l'obbligo di motivazione comporti un potere di controllo del licenziamento in capo al giudice, la normativa del 1966 è ancora una disciplina che ha il suo baricentro nella tutela dell'interesse del datore di lavoro: il licenziamento ingiustificato rappresenta un licenziamento valido anche se illecito e che comporta una tutela meramente obbligatoria consistente in un'indennità determinata dal giudice tra 2,5 e 6 mensilità. Oggi questa disciplina si applica al di fuori dell'ambito della legge n. 300 del 1970 ovvero solo ai datori di lavoro che occupino fino a quindici dipendenti nell'unità produttiva (o quindici dipendenti su più unità produttive nello stesso comune, o cinque dipendenti per unità produttiva o comune nel caso di imprese agricole o sessanta dipendenti).

mente inclini a soddisfare l'interesse dell'imprenditore, rendendo soltanto economicamente più oneroso il licenziamento ingiustificato, che resta «valido ma è illecito e quindi monetizzabile». Solo con la legge 20 maggio 1970, n. 300 il legislatore sposta il suo baricentro verso l'interesse alla stabilità del prestatore di lavoro «poiché – ha affermato il professore – ferme restando le fattispecie di licenziamento per giustificato motivo soggettivo e oggettivo, cambia la sanzione nel senso che il licenziamento ingiustificato diventa invalido» e il lavoratore può 'riappropriarsi' del posto di lavoro tramite la reintegrazione ordinata dal giudice<sup>5</sup>. Questo interesse del lavoratore viene riconosciuto e privilegiato anche con la legge 11 maggio 1990, n. 108 a discapito dell'interesse del datore di lavoro, con tutte le conseguenze giuridiche e culturali che seguirono al 'diritto alla reintegrazione' sul posto di lavoro, riconosciuto in capo al lavoratore al fine di garantirgli una maggiore dignità.

<sup>5</sup> «La reintegrazione è peraltro meramente giuridica, e non implica l'accompagnamento del lavoratore ingiustamente licenziato in fabbrica *ex art.* 612 c.p.c. – sull'esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare –, né tanto meno determina necessariamente la sua effettiva riammissione in servizio. Si tratta di obblighi di fare infungibili che non consentono l'esecuzione in forma specifica» (SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 360, nota 6). In questo senso si è spesa la giurisprudenza di legittimità (*ex multis* Cass. 11 gennaio 1988 n. 112, in *Mass. giur. lav.*, 1988, p. 93) che ha affermato – nonostante una timida giurisprudenza di merito di segno contrario (vedi ad es. Pret. Milano, 26 novembre 1992, in *Lav. e dir.*, 1992, pp. 449 e ss.) – «che il detto ordine di reintegrazione – salva la indiretta coazione conseguente all'obbligo di continuare a corrispondere la retribuzione – non è suscettibile di esecuzione specifica, la quale è possibile soltanto per le obbligazioni di fare di natura fungibile, in cui non può ricomprendersi l'obbligo di reintegrazione. Invero, la reintegrazione nel posto di lavoro comporta non soltanto la riammissione del lavoratore nell'azienda (cioè un comportamento riconducibile ad una semplice *patti*), ma anche un indispensabile ed insostituibile comportamento attivo del datore di lavoro di carattere organizzativo-funzionale consistente, fra l'altro, nell'impartire al dipendente le opportune direttive, nell'ambito di una relazione di reciproca ed infungibile collaborazione. Codesti principi devono essere mantenuti fermi, non ravvisandosi ragione alcuna per discostarsene». Un'esecuzione forzata in forma specifica al riguardo rappresenterebbe un'ingiustificata intromissione del giudice nella autonomia organizzativa dell'imprenditore, ledendo il principio costituzionale della libertà d'impresa stabilito dall'art. 41 della Cost. Dubbi di incostituzionalità sono stati invece sollevati circa l'inapplicabilità alle controversie di lavoro, comprese quindi quelle sorte *ex art.* 18 legge n. 300 del 1970, del nuovo art. 614 bis c.p.c. introdotto dalla riforma del processo civile del 2009 (art. 49, co. 1 della legge 18 giugno 2009, n. 69) che prevede l'attuazione di obblighi di fare infungibili tramite un'esecuzione indiretta consistente in una pena pecuniaria con funzione compulsoria (le c.d. *astreintes*), ossia una sanzione alternativa capace di indurre il debitore all'esecuzione spontanea (in senso fortemente critico circa questa scelta del legislatore vd. A. CARRATA, in C. MANDRIOLI - A. CARRATA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, pp. 99 e ss.).

Questa disciplina, secondo Santoro Passarelli, è però entrata in crisi proprio successivamente all'internazionalizzazione dei mercati che ha imposto alle imprese la necessità di instaurare con i lavoratori subordinati dei rapporti di lavoro a tempo determinato. Non potendo, almeno in un primo momento, superare la rigidità 'in uscita' che la normativa del '70 aveva posto in essere, a causa delle opposizioni del sindacato, il legislatore cercò di favorire una flessibilità 'in entrata' prevedendo discipline negoziali maggiormente flessibili, come le modifiche apportate al contratto a termine (con il D.lgs. n. 368 del 2001), le collaborazioni continuative e coordinate e il contratto a progetto (con gli artt. 61 e ss. del D.lgs. n. 276 del 2003, cd. 'legge Biagi'). L'attuazione dei principi comunitari in tema di concorrenza e l'internazionalizzazione dei mercati hanno portato il legislatore italiano ad una serie di interventi normativi che hanno previsto, a partire dagli anni '80, una diversificazione dei rapporti di lavoro, superando l'*unicum* rappresentato fino a quegli anni dal rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato.

Il passo successivo e inevitabile fu quello, dopo aver aperto le dighe in entrata a soggetti che temporalmente venivano inseriti nel bacino dell'impresa, di aprire anche gli argini degli emissari per far fuoriuscire dal bacino in sovraccarico i soggetti che a tempo indeterminato vi erano entrati.

Questa è stata la *ratio* alla base della riforma Monti-Fornero, una legge di compromesso tecnico e politico, ad avviso del professore, «un non buon compromesso tecnico: il «può» – inserito al co. 7 dell'art. 18 relativamente al licenziamento per giustificato motivo oggettivo in caso di «manifesta insussistenza del fatto posto» alla sua base – è una mina che mette in discussione tutto l'impianto della legge, poiché lascia uno spazio enorme, eccessivo e contraddittorio all'intervento del giudice». La *ratio* della legge è l'affiancamento alla sanzione reintegratoria – che doveva diventare quella eccezionale – della sanzione risarcitoria. La volontà era quella di spostare il baricentro verso l'interesse del datore di lavoro: ma la soluzione «pasticciata» a cui è arrivata lascia ancora ampi spazi di applicazione della tutela reale.

Il licenziamento discriminatorio è nullo e prevede ancora la reintegrazione (art. 18 co. 1); i licenziamenti per ingiustificato motivo soggettivo o per ingiusta causa (art. 18 co. 4 e 5) e per ingiustificato motivo oggettivo prevedono o la reintegrazione o la sanzione risarcitoria (art. 18 co. 7).

L'art. 18 co. 4 come modificato dalla legge n. 92 del 2012 afferma che nelle ipotesi in cui «non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili» il giudice annulla il licenziamento e condanna – forse sarebbe stato meglio ‘ordina’ – il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro, ad un’indennità risarcitoria e al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali. Secondo Santoro Passarelli, questo co. così modificato va interpretato prendendo in considerazione l'art. 3 della legge n. 604 del 1966 che dà una nozione di giustificato motivo soggettivo, affermando che esso è determinato da un «notevole inadempimento degli obblighi contrattuali». Quando non ricorre il giustificato motivo soggettivo, quindi il notevole inadempimento da parte del lavoratore, o la giusta causa, che la dottrina e la giurisprudenza (*ex multis* Cass. 26 aprile 2012, n. 6498, in *Foro it.*, I, 2012, pp. 1710 e ss.) identificano ormai con un ‘gravissimo’ inadempimento<sup>6</sup> o altro fatto idoneo a far venire meno la fiducia tra le parti, e il fatto non sussiste – cioè il lavoratore non ha commesso alcun inadempimento – o per l'inadempimento del lavoratore è prevista dai codici disciplinari e dai contratti collettivi nazionali una sanzione meramente conservativa, il giudice deve ordinare la reintegrazione e non condannare il datore di lavoro alla sanzione risarcitoria. Interpretando le clausole del contratto collettivo di riferimento che, volutamente e ambigualmente, sono sempre molto ampie e generiche, si può sussumere il fatto-inadempimento nella fattispecie che prevede una sanzione conservativa. Seppure appaiano circoscritte, le ipotesi previste dal co. 4 «nell'applicazione giurisprudenziale potrebbero essere interpretate estensivamente. E, di conseguenza, contro le intenzioni del legislatore, lo spazio della reintegrazione rimarrebbe immutato»<sup>7</sup>. Ad avvalorare questa tesi abbiamo una giurisprudenza di merito che inizia ad operare in questo senso, come il Tribunale di Bologna del 15 ottobre del 2012 (in *Lav. giur.*, 12, 2012, pp. 1190 e ss.) che qualifica come «lieve insubordinazione» (prevista dall'art. 9 sez. 4<sup>a</sup> Titolo 7° Cod. Civ.N.L. Metallmeccanici del 2008 che si applicava alla vicenda dedotta in giudizio) un insulto di un lavoratore al pro-

<sup>6</sup> SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 365.

<sup>7</sup> SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 367.

prio datore di lavoro e quindi riconoscendo l'illegittimità del licenziamento con ordine di reintegrazione sul posto di lavoro.

Le «altre ipotesi» previste dal co. 5 dell'art. 18 fanno quindi riferimento agli adempimenti non notevoli e che non possono essere 'coperti' dai contratti collettivi di riferimento e dalla loro interpretazione estensiva. Ristretto resta quindi, secondo l'interpretazione di Santoro Passarelli, lo spazio che il risarcimento conserva in caso di licenziamento illegittimo per mancanza di giustificato motivo soggettivo e giusta causa.

Passando al licenziamento per mancanza di giustificato motivo oggettivo ex art. 18 co. 7, anche qui bisogna far riferimento all'art. 3 della legge n. 604 del 1966: si intende giustificato motivo oggettivo il licenziamento determinato da «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa», cioè dovute ad esigenze oggettive dell'impresa. Gli estremi del giustificato motivo oggettivo sono dunque, ad avviso di Santoro Passarelli: le ragioni che sottostanno alla decisione imprenditoriale, che il giudice deve accertare non già nel merito – altrimenti l'operato del giudice rappresenterebbe un'ingerenza invadente nelle scelte dell'imprenditore che sono insindacabili in base all'art. 41 Cost. – ma nella loro effettiva sussistenza e veridicità (ad es. la decisione di sostituire un lavoratore con un nuovo macchinario, la cessazione di un appalto, etc.), il nesso di causalità tra quelle ragioni e il licenziamento (per restare nell'esempio già proposto, il lavoratore licenziato deve essere adibito a mansioni ora 'svolte' dal macchinario) e infine, secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale, l'obbligo di *repêchage*, ovvero il datore di lavoro deve dare la prova dell'inevitabilità del licenziamento intimato cioè di «non poter utilizzare altrimenti il lavoratore in mansioni equivalenti». Anche in questo caso vi è la difficoltà di capire quando scatti la reintegrazione e quando il semplice risarcimento. Il co. 7 afferma al secondo capoverso che il giudice «può altresì applicare [la reintegrazione] nell'ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo; nelle altre ipotesi» il giudice applica la disciplina prevista dal 5 co., ovvero la tutela risarcitoria. Secondo Santoro Passarelli si può arrivare al risarcimento solo quando manchi il terzo requisito del giustificato motivo oggettivo ovvero la prova dell'assolvimento dell'obbligo di *repêchage*, ma il datore di lavoro dia prova della sussistenza del fatto e del nesso di causalità. Infatti il fatto sussiste laddove vi siano le ragioni e il nesso di causalità,

perché la norma parla di «manifesta insussistenza del fatto posto alla base», dove il «fatto» indica le ragioni e il «posto alla base» sottolinea il nesso di causalità che deve sussistere tra il fatto materiale e il licenziamento. Non include quindi anche la prova dell'assolvimento dell'obbligo di *repêchage*. Quest'ultimo elemento nasce come esterno alla fattispecie legale, essendo di derivazione giurisprudenziale, e quindi non può essere individuato nella locuzione «manifesta insussistenza». Santoro Passarelli giunge alla conclusione di ritenere che il 'manifesta' sia superfluo in quanto «il fatto o sussiste o non sussiste, *tertium non datur*».

Una giurisprudenza di merito, avverte Santoro Passarelli, già si sta muovendo in questa direzione e cita il Tribunale di Milano del 20 novembre 2012 (in *Lav. giur.*, 6, 2013, pp. 581 e ss.) il quale riconosce che, essendo stato licenziato un lavoratore a fronte della cessazione di un appalto, la cui sussistenza risulta comprovata e il nesso di causalità soddisfatto dalla applicazione del lavoratore licenziato all'appalto cessato, e il ricorrente chiedendo tra le altre domande l'annullamento del licenziamento per manifesta insussistenza del fatto posto alla base del giustificato motivo oggettivo, «in considerazione del fatto che spettava al [datore di lavoro] dimostrare l'impossibilità di reimpiegare il ricorrente in altri appalti gestiti dalla [società] può ritenersi insussistente il giustificato motivo oggettivo a fronte della mancata prova di tale requisito che esula propriamente dal "*fatto posto a fondamento del licenziamento*", costituendo invero una "*conseguenza*", nel senso che il datore di lavoro – una volta venuta meno la posizione lavorativa – è tenuto, prima di recedere dal contratto, [a] verificare (secondo il principio di buona fede e correttezza nell'esecuzione del rapporto negoziale) se vi sia la possibilità di ricollocazione del dipendente all'interno dell'azienda». Il giudice di conseguenza condanna al risarcimento e non alla reintegrazione.

Quindi, seguendo l'interpretazione del professore e della giurisprudenza di merito citata, le «altre ipotesi» a cui applicare la sanzione risarcitoria sembrano far riferimento proprio al caso in cui il datore di lavoro abbia provato la sussistenza del fatto e il nesso di causalità ma non l'assolvimento dell'obbligo di *repêchage*.

Il problema resta purtroppo a causa di quel «può» che parte della dottrina, come lo stesso professore, afferma debba intendersi come «deve». Gli sforzi interpretativi dell'art. 18, così come modificato e che sostanzialmente non vede ridotto l'ambito di applicazione della tutela reale, rischiano di sfumare e svanire se non si li-

mita – interpretando quel «può» come un «deve» – il grande e incontrollato potere discrezionale lasciato in capo al giudice dal legislatore. Vi è il rischio, infatti, che, alla luce di tale potere discrezionale, il giudice possa condannare al risarcimento nonostante il fatto posto alla base sia manifestamente insussistente.

NICOLA CEZZI\*

## PAUL CRAIG - THE EMERGING PICTURE OF EU MACRO-ECONOMIC REGULATION

*This paper is a report of the lecture given by professor Paul Craig (Oxford University) at Sapienza University of Rome, on April 11 2013, during a class of the Master in Global Regulation of Markets.*

*The paper aims to give a representation of professor Craig's viewpoint, as structured during his speech.*

*The subject of the lecture is the definition of the macro-economic regulation in the European Union, as developed in recent years. In his speech professor Craig distinguishes between regulation as assistance – the constraints enacted when a crisis resolution mechanism is activated – and regulation as supervision – ordinary constraints and sanctions – articulating both intergovernmental tools (e.g. ESM) and EU measures (e.g. Six-pact), and closing with a perspective on the possible outcomes of a more sensible economic union: a single supervision mechanism and the empowerment of the ECB.*

*As for all the most stimulating lectures, furthermore on such a magmatic subject, professor Craig leaves more question marks than quick and easy answers, and the resulted picture cannot be more than an "emerging" one: the author of the paper aims to reflect this very complexity and the challenges that EU Institutions are facing.*

SOMMARIO: I. Introduzione. – II. Premessa. – III. Assistance (regulatory constraints *ex post*). – IV. Supervision (regulatory constraints *ex ante*). – V. Prospettive.

---

\* *Studente del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Nella redazione di questo lavoro è stato consultato il dott. Alessandro Palombo, Dottorando di ricerca in Diritto Amministrativo presso Sapienza - Università di Roma e Presidente della Global Regulation of Markets Ex-Alumni Association.*

## I. *Introduzione\**

Il Master Global Regulation of Markets, recente iniziativa della nostra Facoltà, si distingue per il proposito di coniugare il modello del Master italiano con quello degli LLM di origine anglosassone. Sapere e saper fare ricondotti su di un'unica linea.

Lo scorso 11 aprile ha ospitato una *speech* del prof. Paul Craig, noto accademico inglese che ha approfondito nei suoi studi temi pubblicistici legati anche al diritto amministrativo europeo.

Il Direttore del Master, Prof. Marco D'Alberti ha inteso affidare al Prof. Craig, quale esperto in materia, l'inquadramento della regolazione macroeconomica a livello comunitario, via via sempre più centrale per lo svolgersi delle politiche europee in campo economico.

Come *Association degli ex alunni del Master*, ringraziamo gli amici di Sapienza Legal Papers per il generoso impegno profuso nel documentare l'incontro di cui, qui di seguito, è riportato un estratto.

## II. *Premessa*

La regolazione macroeconomica a livello comunitario trova origine nei due principali accordi raggiunti con il Trattato di Maastricht (1992): l'Unione Monetaria e l'Unione Economica.

L'Unione Economica, come noto, è fondata sul rispetto dell'esercizio delle competenze da parte delle singole autorità nazionali sulle politiche di bilancio (*budget and spending policies*). A tale principio si contrappone la responsabilità nazionale – singola ed individuale – in materia: se uno Stato Membro affronta un periodo di 'difficoltà', non può demandare aiuto ad altri Stati o istituzioni.

Si parla, al riguardo, della c.d. *no bail out clause*, disciplinata espressamente dall'art. 125 TFEU, il cui primo comma così dispone: «*the Union shall not be liable for or assume the commitments of central governments, regional, local or other public authorities, other bodies governed by public law, or public undertakings of any Member State, without prejudice to mutual financial guarantees for the joint execution of a specific project. A Member State shall not be*

---

\* Di Alessandro Palombo, Dottorando di ricerca in Diritto Amministrativo presso Sapienza - Università di Roma e Presidente della *Global Regulation of Markets Ex-Alumni Association*.

*liable for or assume the commitments of central governments, regional, local or other public authorities, other bodies governed by public law, or public undertakings of another Member State, without prejudice to mutual financial guarantees for the joint execution of a specific project».*

Tale quadro di partenza, basato su forme di responsabilità dei singoli Stati Membri, è stato profondamente inciso dagli effetti della recente crisi economica, iniziata nel 2008.

Le linee guida del nuovo approccio europeo alla materia economica, si riducono essenzialmente a due: *assistance* e *supervision*.

### III. Assistance (regulatory constraints ex post)

Sulla linea dell'*assistance*, il Meccanismo Europeo di Stabilità (ESM<sup>1</sup>) è stato il principale veicolo attraverso il quale è stata fornita assistenza agli Stati Membri dell'Unione Europea: è un meccanismo permanente per la risoluzione delle crisi dei paesi dell'area euro.

Si tratta di una soluzione che si esplica in un'organizzazione intergovernativa basata su di un trattato internazionale, composta dagli Stati membri della zona euro, dotata di particolari poteri: può comprare debito e finanziare la ricapitalizzazione di istituti finanziari attraverso prestiti a governi degli Stati membri.

Con un capitale di € 700 miliardi, ha una capacità prestito di € 500 miliardi.

D'altro canto, l'assistenza dell'ESM (definito anche «fondo salva-Stati») è concessa a strette condizioni, riassumibili, oltre che nell'obbligo di dover restituire quanto ricevuto, soprattutto nel dover attenersi nell'uso dei finanziamenti alle specifiche direttive sui programmi di riassetto macroeconomico. In altre parole, il meccanismo cerca di assicurare che le politiche degli Stati assistiti 'riprendano sul binario giusto'.

La competenza degli Stati membri, in virtù del diritto dell'Unione Europea, di sottoscrivere l'ESM è stata faticosamente affermata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel caso *PRINGLE* (novembre 2012).

C'erano pochi dubbi sulla risoluzione del caso: la situazione era troppo delicata per negare la legittimità dell'ESM. Ma la Corte è stata costretta a ricorrere a vere acrobazie.

---

<sup>1</sup> <http://www.esm.europa.eu>.

Il Meccanismo – secondo la Corte – non viola infatti l’art. 125 TFUE, in quanto la proibizione in esso contenuta è volta a mantenere gli Stati membri nell’ambito della logica del mercato quando contraggono debito, vincolandoli all’adozione di rigorose discipline di bilancio. «*Compliance with such discipline contributes at Union level to the attainment of a higher objective, namely maintaining the financial stability of the monetary union*».

Il divieto di cui all’art. 125 TFUE si riferirebbe dunque a quella forma di assistenza finanziaria che possa implicare un ridimensionamento – distorsivo della logica del mercato – degli incentivi per lo Stato ‘assistito’ a condurre e mantenere una politica di bilancio sana.

Prima di tutto, dunque, l’accesso al fondo salva-Stati in tanto è possibile in quanto la disciplina del mercato non permetta altra soluzione.

Lo Stato membro assistito rimane quindi responsabile dei debiti contratti con i suoi creditori («*ESM will not act as guarantor of the debts of the recipient Member State*»). E le condizioni richieste dall’ESM non possono essere diverse da quelle che il mercato avrebbe imposto secondo la sua disciplina.

Il supporto inoltre deve essere garantito solo quando è indispensabile per salvaguardare la stabilità finanziaria dell’eurozona nel suo complesso.

#### IV. Supervision (regulatory constraints ex ante)<sup>2</sup>

L’amministrazione economica e finanziaria nell’eurozona è stata radicalmente rafforzata.

In prima approssimazione, si può notare come i cosiddetti *Six-pack* e *Two-pack* abbiano rafforzato, sia sotto il profilo procedurale che sotto quello sostanziale, il regime di supervisione sulle politiche di bilancio degli Stati membri.

La governance economica dell’Unione Europea denominata *Six-pack* descrive una serie di misure legislative a livello europeo (cinque regolamenti e una direttiva) per la riforma del Patto di Stabilità e Crescita ed introduce una nuova sorveglianza macroeconomica: si tratta di misure, entrate in vigore il 13 dicembre 2011, che mirano a rafforzare le procedure per ridurre i *deficit* pubblici e correggere gli squilibri macroeconomici.

<sup>2</sup> [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/articles/governance/2012-03-14\\_six\\_pack\\_en.htm](http://ec.europa.eu/economy_finance/articles/governance/2012-03-14_six_pack_en.htm).

Il Patto di Stabilità e Crescita è strutturato come segue: a) nella fase di prevenzione, gli Stati membri devono convergere verso l'obiettivo di medio-termine (*medium-term objective*, MTO), specifico per ogni paese; b) nella fase di correzione, il disavanzo pubblico non deve superare il 3% del PIL e il debito pubblico non deve essere superiore al 60% del PIL (o, almeno, deve avvicinarsi sufficientemente alla soglia del 60%).

Il *Six-pack* rafforza sia la parte preventiva che quella correttiva del Patto, cioè la procedura per i disavanzi eccessivi (*Excessive Deficit Procedure*, EDP).

Il *Six-pack* assicura un'applicazione più rigorosa delle regole di bilancio, definendo quantitativamente in cosa consista, nel contesto della fase di prevenzione, una deviazione significativa dall'obiettivo a medio termine o dal percorso di avvicinamento.

Inoltre, il *Six-pack* rende operativo il criterio del debito, in modo che una EDP possa essere avviata anche sulla base di un debito superiore al 60% del PIL, che non diminuirebbe verso il valore di riferimento a un ritmo soddisfacente (e non solo sulla base di un disavanzo superiore al 3% del PIL, come è stato sinora).

Sanzioni finanziarie per gli Stati dell'eurozona sono imposte in modo graduale, a cominciare dalla fase di prevenzione fino alle ultime fasi della EDP, e possono raggiungere lo 0,5% del PIL. Il *Six-pack* introduce il *reverse qualified majority voting* (RQMV) per la maggior parte delle sanzioni, aumentandone così la probabile applicazione per gli Stati dell'eurozona: una raccomandazione o una proposta della Commissione è considerata adottata dal Consiglio a meno che una maggioranza qualificata degli Stati membri voti contro di essa.

Il *Two-pack* (ancora in fase di discussione) mira a rafforzare ulteriormente i meccanismi di sorveglianza nella zona euro. La struttura normativa è costituita da un regolamento per il monitoraggio e la valutazione dei documenti programmatici di bilancio e per la correzione i disavanzi eccessivi negli Stati membri dell'eurozona; e da un regolamento sulla sorveglianza rafforzata sugli Stati membri che si trovano o rischiano di trovarsi in difficoltà finanziarie.

Al di fuori dei trattati dell'Unione Europea, il *Fiscal Compact*, (la parte fiscale del *Treaty on Stability, Coordination and Governance*, TSCG, marzo 2012) è un trattato intergovernativo firmato da 25 Stati membri dell'Unione (esclusi UK e Repubblica Ceca) che prevede, fra l'altro, l'obbligo per tutti i paesi di non superare la so-

glia di *deficit* strutturale superiore allo 0,5% (e superiore all'1% per i paesi con debito pubblico inferiore al 60% del PIL), oltre una significativa riduzione del debito al ritmo di un ventesimo (5%) all'anno, fino al rapporto del 60% sul PIL nell'arco di un ventennio (artt. 3 e 4), coordinando i piani di emissione del debito col Consiglio dell'Unione e con la Commissione Europea (art. 6).

Si tratta di regole di bilancio che dovranno essere implementate dai legislatori nazionali attraverso disposizioni «di carattere vincolante e permanente, preferibilmente costituzionale»<sup>3</sup>.

La Corte di giustizia dell'Unione Europea può inoltre comminare sanzioni finanziarie (0,1% del PIL) se un paese non implementa correttamente le nuove regole di bilancio nella legislazione nazionale o non riesce a conformarsi ad una sentenza Corte di giustizia che richiede di farlo. Nel caso degli Stati membri dell'eurozona, le sanzioni verrebbero ad essere convogliati nell'ESM, mentre nel caso di Stati membri non appartenenti all'area dell'euro il denaro verrebbe conferito nel bilancio dell'UE.

Da un lato, alcune disposizioni contenute nel TSCG sono *mirroring concepts* già esistenti nel Patto di Stabilità e Crescita, come riformato dal *Six-pack*.

D'altra parte, alcune disposizioni della TSCG sono più severe. Per esempio, si prevede che in ogni fase della procedura per i disavanzi eccessivi (EDP - i.e., quando uno Stato membro della zona euro è in violazione del criterio del disavanzo), gli Stati membri dell'eurozona debbano sostenere le proposte o le raccomandazioni della Commissione in Consiglio, a meno che una maggioranza qualificata di loro sia contraria. Nella pratica questo significa che, se un Stato membro della zona euro viola il criterio del disavanzo, una sorta di *reverse qualified majority voting* (RQMV) si applica a tutte le fasi della EDP, anche se non prevista nel *Six-pack*.

## V. *Prospettive*

Può certo dirsi che negli ultimi anni sia stato avviato un progressivo rafforzamento della regolazione macroeconomica nell'Unione Europea.

<sup>3</sup> Cfr. in Italia, la l. Cost. n. 1 del 20 aprile 2012 che modifica l'art. 81 Cost., l'art. 97 Cost., la lettera e) del secondo comma e il terzo comma dell'art. 117 Cost., e l'art. 119 Cost. (primo e sesto comma).

Anche se, nel trend generale, vanno ben tenuti in considerazione alcuni elementi di contrappeso.

Il fondo salva-Stati (ESM), segnatamente, deve essere considerato come ultimo grado di assistenza verso gli Stati in difficoltà.

Tutte le forme di assistenza devono poi concretarsi in incentivi che siano limitati, flessibili e mirati.

Per quel che riguarda la supervisione, il *Single Supervisory Mechanism* (SSM) è il meccanismo, proposto dalla Commissione Europea a settembre 2012, attraverso il quale la Banca Centrale Europea «si assume la responsabilità finale di vigilare direttamente sulla stabilità finanziaria di tutte le banche dell'area euro». La proposta è stata accolta dal Parlamento Europeo nel marzo 2013, ma l'operatività del meccanismo non è ancora definita.

Si tratta di prospettive che tuttavia si devono bilanciare con la consapevolezza di una loro complessa attuazione: sia per la negoziazione plausibilmente difficile fra gli Stati membri al fine di centrare i poteri nella Commissione (il presidente Barroso, nell'illustrare la proposta del SSM ha invocato un'evoluzione dell'UE in un «*federalism of nation-states, through the sharing of sovereignty*»), sia per il fatto che l'accentramento dei controlli implica l'aumento delle responsabilità della BCE, la cui struttura burocratica sarà chiamata a una dura prova.

La tematica dell'unione economica è, infatti, evidentemente legata, a quella dell'unione bancaria, ispirata, a sua volta, al recesso del «*link vizioso*» fra governi indebitati e sistemi bancari malati. L'unione bancaria, per essere efficiente, dovrebbe basarsi su tre pilastri: un singolo supervisore che detti e applichi uniformemente regole comuni; un *asset* di poteri per affrontare il fallimento delle banche (poteri che presuppongono una disponibilità di denaro idonea, tra l'altro, a iniettare capitale in quelle banche che possono 'tornare a camminare da sole'); un garante europeo dei depositi che assicuri ai risparmiatori che un euro in una banca spagnola o italiana sia altrettanto al sicuro di un euro in una banca tedesca o olandese.

La strada verso questa unione è piuttosto accidentata e ricca di ostacoli politici e legali. La separazione fra il potere di supervisione sulle banche e la responsabilità di pagare per gli errori della supervisione genera due tipi di malesseri politici: da un lato, il malessere tedesco nel chiedere ai contribuenti di rimediare agli errori di un supervisore straniero; dall'altro, quello dei contribuenti di un paese le cui banche hanno avuto la possibilità di assumere troppo

rischio, irritati per il fatto di non poter imputare ciò al supervisore. Quanto agli ostacoli legali, basti pensare che ogni paese aderente all'euro ha una propria legislazione fallimentare e che si renderebbe, di conseguenza, necessaria una modifica dei trattati che governano l'UE per attribuire a una nuova Autorità il potere di impossessarsi degli *assets* di una banca e risolvere le perdite dei creditori.

Protagonista dell'unione dovrà necessariamente essere la BCE.

Se la BCE dimostrerà di essere un supervisore efficiente, i cittadini dell'Unione saranno più propensi a procedere all'unione bancaria (dovrà, ad esempio, porre fine a quel rapporto amicale fra banche e regolatori che ha permesso alle banche irlandesi e spagnole di continuare a fare prestiti durante la bolla finanziaria sulle proprietà e alla *Deutsche Bank* di operare con così poco capitale).

In altri termini, la BCE avrà il difficile compito di rimettere in sesto le banche che dovrà supervisionare: e poiché l'esame analitico del loro stato di salute potrebbe verosimilmente rivelare profondi buchi, senza l'accesso immediato a un bacino di denaro idoneo a riempire questi buchi, la BCE potrebbe essere riluttante a forzare questa pulizia delle banche. E anche se la BCE trovasse il coraggio di chiedere alle banche di aumentare il capitale, potrebbe mancarle l'autorità legale per obbligarle in caso di rifiuto.

Scrive *l'Economist*, a commento di uno scialbo *step* verso questo delicato processo unione economica in Europa (il *joint paper* redatto da Francia e Germania il 30 maggio scorso), «*The ECB is the last credible institution in Europe. [...] This could destroy it*»<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> *The Economist*, June 8th 2013, p. 66.

CECILIA BALSAMO\*

## LA FUNZIONE RIEDUCATIVA DELLA PENA E IL PROGETTO «LIBERTÀ DI STUDIARE»

*This paper provides a brief analysis of penitentiary rules governing the relations between the «prison system» and the outside world, according to the principle of rehabilitative function of punishment enshrined in Article 27, third paragraph, of the Constitution. The brief theoretical analysis of the penitentiary framework precedes the description of the experience of «Libertà di studiare», an association that aims to support and promote the university studies at Rebibbia prison. The association is made up of students inmates and volunteers from the external community: full professors, lawyers, students and other volunteers. The initiative gave birth in a few years to a structured teaching activity and others supporting functions carried out directly in prison and addressed to the students inmates, enrolled in the Faculty of Law at Sapienza - Università di Roma. The volunteers, in different ways, accompany the prisoners in their university career, making effective the exercise of their right to study and to practice, and participating in the activities of rehabilitation and re-socialization.*

La finalità rieducativa della pena, sancita quale principio costituzionale nell'art. 27, terzo comma, Cost., costituisce la *ratio* unificatrice cui ricondurre i singoli istituti che compongono l'ordinamento penitenziario.

L'istanza di «risocializzazione» contenuta nel precetto costituzionale citato dovrebbe indirizzare la disciplina dell'esecuzione penale verso il temperamento dell'afflittività della pena e la prevenzione dei suoi effetti criminogeni e desocializzanti<sup>1</sup>; come è stato autorevolmente osservato, «può sembrare un obiettivo ben modesto,

---

\* Dott.ssa in Giurisprudenza, laureata presso Sapienza - Università di Roma.

<sup>1</sup> Così E. DOLCINI in V. GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, p. 59.

ma nell'attuale situazione carceraria è invece un obiettivo addirittura ambizioso»<sup>2</sup>.

Il principio costituzionale in disamina è stato trasfuso e specificato nella legge n. 354 del 1975, *Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà* (c.d. ordinamento penitenziario).

In particolare, l'art. 1 della legge citata parla di «trattamento rieducativo» tendente al «reinserimento sociale» dei condannati e degli internati. Appare significativo, in una prospettiva sistematica, rilevare che, se l'art. 27, terzo comma, Cost. aveva individuato nella rieducazione un chiaro obiettivo da perseguire, l'ordinamento penitenziario compie un ulteriore sforzo di specificazione di tale concetto, chiarendo che è proprio il reinserimento sociale il risultato ultimo della rieducazione del reo<sup>3</sup>.

Questa finalità viene perseguita «anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno» (cfr. art. 1, ultimo comma, cit.).

Diverse sono le norme dell'ordinamento penitenziario che disciplinano i rapporti tra l'istituzione penitenziaria e la collettività.

Ci si riferisce, in particolare, all'art. 15, che individua tra gli elementi del trattamento rieducativo gli «opportuni contatti con il mondo esterno»; all'art. 17, che disciplina le forme e le modalità della partecipazione della comunità esterna all'azione rieducativa; all'art. 18, in materia di colloqui e corrispondenza; all'art. 27, che istituisce una commissione competente a gestire l'organizzazione delle attività culturali, ricreative e sportive, «anche mantenendo contatti con il mondo esterno utili al reinserimento sociale»; all'art. 78, che regola l'attività degli assistenti volontari.

Risulta evidente come il dato normativo richiamato sia espressione del radicale cambiamento nella concezione della difesa sociale dal delitto, dalla emarginazione alla reintegrazione del reo<sup>4</sup>.

Attraverso gli strumenti enucleati il legislatore ha inteso contrastare il fenomeno dell'isolamento del detenuto, limitandone gli effetti che già naturalmente si producono in seguito della privazione della libertà personale. Le conseguenze pregiudizievoli derivanti da una irreversibile «de-socializzazione» del condannato ricadono, infatti, drammaticamente sull'intera collettività<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1982, p. 475.

<sup>3</sup> V. GREVI - G. GIOSTRA - F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2011, p. 170.

<sup>4</sup> GREVI - GIOSTRA - DELLA CASA, *op. cit.*, p. 206.

<sup>5</sup> Così P. CORSO, in GREVI, *op. cit.*, p. 196.

I rapporti con la comunità esterna possono adempiere ad una pluralità di funzioni: dalla attività di positiva socializzazione dell'ambiente carcerario, all'esercizio di un controllo sull'esecuzione della pena da parte della società. Infatti, se, da una parte, un intervento rieducativo in chiave pluralistica più ampia del limitato spettro offerto dai modelli istituzionali non può che condurre a migliori risultati, non fosse altro che per il dispiegamento di un maggior numero di forze, d'altra parte, l'attenzione ed il coinvolgimento di settori della società civile nella attività infra-muraria comporta inevitabilmente maggiore visibilità e trasparenza della stessa<sup>6</sup>.

In particolare, il modello partecipativo disciplinato dall'art. 17 costituisce una delle espressioni più significative del rifiuto di una pena detentiva intesa come emarginazione e definitiva esclusione del condannato<sup>7</sup>.

Con riferimento a tale disposizione normativa, è stata posta in evidenza la stretta correlazione esistente con l'art. 62 delle Regole minime per il trattamento dei detenuti, adottate dal Consiglio d'Europa il 19 gennaio 1973, che, sollecitando l'adozione di modalità trattamentali che non accentuino l'esclusione dei detenuti dalla società, suggerisce di «ricorrere, per quanto possibile, alla cooperazione di organizzazioni della comunità per aiutare il personale dello stabilimento nel recupero sociale dei detenuti».

Peraltro, interventi di ugual tenore si registrano anche in tempi più recenti: l'art. 7 delle Regole penitenziarie europee, approvate dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa in data 11 gennaio 2006, statuisce che «devono essere incoraggiate la cooperazione con i servizi sociali esterni e [...] la partecipazione della società civile nella vita penitenziaria».

D'altronde, si è osservato come il legislatore penitenziario nazionale non poteva che orientarsi in tal senso, stante l'impronta solidaristica espressa dalla Costituzione nell'art. 2, nonché nell'art. 3, secondo comma, laddove viene sancito il dovere di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della personalità<sup>8</sup>.

L'apporto di un contributo partecipativo all'attività rieducativa da parte della comunità esterna diviene, peraltro, strumento indispensabile se si considera che proprio il mantenimento di un

---

<sup>6</sup> GREVI - GIOSTRA - DELLA CASA, *op. cit.*, pp. 220-222.

<sup>7</sup> Così P. CORSO, in GREVI, *op. cit.*, p. 194.

<sup>8</sup> Così P. CORSO, in GREVI, *op. cit.*, p. 195.

Vedi anche A. LOPIANO ANTIGNANO, *Strutture penitenziarie, enti locali, volontariato*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1980, p. 201, il quale parla di vero e proprio «dovere di collaborazione all'opera rieducativa» gravante su ciascun consociato.

contatto con l'ambiente esterno potrà consentire un proficuo e meno traumatico reinserimento del detenuto nella società.

Attraverso tali iniziative di promozione dello «sviluppo dei contatti tra la comunità carceraria e la società libera» (cfr. art. 17, comma 2, cit.), si offre alla prima una prova «di non abbandono»<sup>9</sup> e, quindi, «uno stimolo a migliorare e [...] a partecipare all'azione rieducativa»<sup>10</sup>.

Diverse e sempre più diffuse sono le attività volte a dare attuazione alle disposizioni normative richiamate e al più generale principio costituzionale che sancisce la funzione rieducativa della pena.

In particolare, da alcuni anni nel carcere maschile di Rebibbia è nata l'associazione onlus «Libertà di studiare», di cui fanno parte detenuti e persone, tra le più varie, della società civile che, insieme, sostengono e promuovono lo studio universitario in carcere.

Lo studio universitario, disciplinato dall'art. 19 dell'ordinamento penitenziario nonché dagli artt. 44 e ss. del d.p.r. n. 230 del 2000, è un'importante componente del trattamento rieducativo, volta soprattutto ad una responsabilizzazione del detenuto, oltre che all'acquisizione di una formazione specialistica che potrà agevolare il suo reinserimento nella società.

Il progetto nasce in seno all'associazione «Giovani per la Costituzione» su iniziativa di un piccolo gruppo di studenti della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Università di Roma che, a titolo volontario, scelgono di sostenere ed incoraggiare l'attività di studio di alcuni detenuti reclusi a Rebibbia, anch'essi iscritti alla medesima Facoltà presso La Sapienza.

Viene pertanto siglato un protocollo d'intesa tra l'università ed il carcere di Rebibbia.

Proprio attraverso l'autorizzazione rilasciata ai sensi dell'art. 17, i volontari possono recarsi presso l'istituto penitenziario ed organizzare l'attività universitaria insieme agli studenti detenuti.

In particolare, i compiti svolti dai volontari sono principalmente due: uno di carattere amministrativo afferente le procedure d'iscrizione-immatricolazione di nuovi studenti, la gestione dei contatti con la Segreteria amministrativa della Facoltà per gli adempimenti successivi, la prenotazione dei singoli esami; l'altro di carattere didattico che consiste nel garantire un sostegno agli studenti per la preparazione degli esami, fornendo loro le spiega-

<sup>9</sup> G. DI GENNARO - R. BREDA - G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997, p. 355.

<sup>10</sup> Così P. CORSO, in GREVI, *op. cit.*, p. 195.

zioni ed integrazioni necessarie, gli approfondimenti richiesti ed eventuale materiale integrativo, ma anche ascoltandoli nella ripetizione della materia e simulando vere e proprie verifiche.

I volontari e gli studenti si incontrano in un'aula esterna ai reparti appositamente riservata dall'amministrazione penitenziaria al Gruppo Universitario del Nuovo Complesso della Casa Circondariale di Rebibbia; i detenuti iscritti possono usufruirne anche per ritrovarsi tra loro e confrontarsi nello studio in un ambiente più sereno e adatto a stimolare la concentrazione rispetto a quello offerto dalle loro celle. Nella stessa aula si svolgono altresì gli esami attraverso l'ingresso autorizzato in carcere della commissione.

Il Gruppo Universitario che è andato formandosi è fortemente eterogeneo: gli studenti hanno età diverse, provengono da Paesi, realtà sociali e culturali distinte, e scontano pene di durata differente; tuttavia, hanno tutti aderito con entusiasmo all'attività, dimostrando serietà, impegno e costanza nello studio.

Nel tempo il progetto si è sviluppato notevolmente, anche mediante il coinvolgimento di nuove forze, ed è pertanto sfociato nella fondazione dell'associazione «Libertà di studiare», costituita dagli studenti detenuti e dai volontari esterni che contribuiscono, attraverso la loro opera, all'iniziativa.

Il numero di studenti iscritti va aumentando costantemente: nell'anno accademico in corso si contano 25 studenti tra neo immatricolati, detenuti frequentanti gli anni successivi al primo ed ex detenuti che attualmente godono di misure alternative alla detenzione o che hanno già scontato la pena, i quali stanno proseguendo gli studi all'esterno.

È cresciuto, altresì, il gruppo dei volontari, anche dal punto di vista qualitativo.

Sono attualmente coinvolti nell'attività diversi professori e personalità del mondo accademico che, a titolo volontario, svolgono lezioni ed incontri seminariali nel carcere di Rebibbia. In particolare, sono attive le lezioni di procedura penale del Prof. Spangher (Sapienza), di diritto amministrativo e giustizia amministrativa tenute dal Prof. D'Alberti e dai suoi collaboratori (Sapienza), di istituzioni di diritto pubblico e giustizia costituzionale del Prof. Sorrentino (Sapienza), di diritto penale del Prof. Borgogno (Sapienza), di diritto costituzionale del Prof. Ruotolo (Roma Tre), di diritto tributario del Prof. Picciaredda (Università di Sassari).

Peraltro, dal mondo accademico sono pervenute negli anni diverse donazioni di libri, codici e materiale utile agli studenti.

Insieme a loro lavorano molti studenti, ricercatori, magistrati in pensione, avvocati.

L'Ordine degli avvocati di Roma e, in particolare, la Scuola forense Vittorio Emanuele Orlando sostiene l'iniziativa, anche attraverso l'opera di diffusione volta a sollecitare nuove adesioni tra neo laureati, praticanti avvocati e avvocati.

All'organizzazione dell'attività partecipa, altresì, il Garante comunale dei diritti dei detenuti.

Attualmente, presso l'aula universitaria del carcere di Rebibbia - Nuovo Complesso vengono regolarmente svolte, dal lunedì al sabato, le lezioni delle principali materie giuridiche, con attenta e fruttuosa partecipazione degli studenti detenuti.

Il bilancio registrato in questi primi anni di attività è positivo ed incoraggiante: gli studenti riescono a superare gli esami prevalentemente con buoni risultati e chi incontra maggiori difficoltà gode ugualmente del beneficio di impegnare le proprie ore di reclusione in un'attività intellettualmente stimolante e di confronto costruttivo con gli altri detenuti.

Uno studente ha già conseguito la laurea triennale in scienze giuridiche con il Prof. Lipari, con la votazione di 110/110, ha completato gli studi, il 2 maggio scorso, con il conseguimento della laurea magistrale con il Prof. Diliberto: voto finale 110/110 e lode.

Gli obiettivi che ancora devono essere raggiunti sono molti, tra cui, in particolare, quello dell'estensione dell'offerta didattica anche al carcere femminile, ma un risultato già importante consiste nell'ottenere un sempre maggiore coinvolgimento da parte della società.

La partecipazione all'iniziativa non comporta l'iscrizione ad alcuna associazione né l'assunzione di impegni ulteriori rispetto a quelli strettamente legati all'attività didattica e rimane a titolo volontario. È sufficiente prendere contatti con i referenti del progetto e, una volta ottenuta l'autorizzazione rilasciata dall'amministrazione penitenziaria, organizzare l'attività didattica anche secondo le personali esigenze.

Per ulteriori informazioni sul progetto e sulle modalità di svolgimento dell'attività, si rimanda al sito internet [www.libertadistudiare.it](http://www.libertadistudiare.it).

È possibile, altresì, contattare i referenti del progetto:  
avv. Michele Francaviglia: [michelefrancaviglia@gmail.com](mailto:michelefrancaviglia@gmail.com);  
avv. Chiara Ingenito: [chiara.ing@tiscali.it](mailto:chiara.ing@tiscali.it);  
dott.ssa Cecilia Balsamo: [cecilia.balsamo1@virgilio.it](mailto:cecilia.balsamo1@virgilio.it).

VERONICA VARONE\*

## COSÌ NON VA: ISTRUZIONI PER SOPRAVVIVERE NELLA GIUNGLA LEGISLATIVA

*Reading and understanding a statute is becoming more and more complicated in the Italian legal system. as consequence, circumventing Italian legislation could be easier and easier. Everyone agrees with the fact that a legislative act should be structured in order to be easily readable. Furthermore it should be implemented in such a way that when a new regulation of a subject is introduced, it should replace the previous legislation in an organic way. This is not what currently happens in Italy where the common feeling is to move within what can be described as a "legislative jungle". The aim of this column (that we introduce in "Sapienza Legal Papers" starting from the present paper) is to present those cases of legislation that seem to be the most confused and incoherent. This could represent the first step to become aware of a problem that needs urgent solutions.*

È diventato un compito arduo, da giurista avventuroso, quello di riuscire a destreggiarsi e cercare la luce nel frastagliato panorama legislativo italiano, tra leggi e leggine che si affastellano talvolta senza una logica intrinseca, talaltra contraddicendosi espressamente.

Questa difficoltà di comprensione prima e di applicazione poi, è frutto del carattere patologico che sta assumendo la nostra legislazione. Prescindendo dalle concause che ne sono all'origine, viviamo in un sistema normativo dove ultimamente abbonda la decretazione d'urgenza, giustificata da un perenne stato emergenziale a sfondo economico; manca un'adeguata consultazione delle parti, pubbliche e private, a valle dell'attività normativa, se non

---

\* Dottoranda di ricerca in Diritto Amministrativo presso Sapienza - Università di Roma.

quella svolta più o meno nell'ombra dalle *lobbying*; i testi normativi, lungi dal possedere autonomia ed organicità, vengono sempre più strutturati con una serie di rimandi schizofrenici a norme contenute in articoli di altri testi, diventando così nel loro complesso rebus; la prosa è contorta e poco lineare.

Questo *modus procedendi* arreca sostanzialmente due ordini di problemi. In primo luogo di comprensione: capire una legge ormai richiede una comprovata esperienza tecnica, abbinata ad una sufficiente dose di 'fantasia', quando invece una legge non dovrebbe essere mai proibitiva bensì alla portata di tutti. In secondo luogo, un problema di mancanza di leggerezza: abbiamo un apparato legislativo pesante e irto di 'tranelli' che si trascina 'cadaveri' di leggi senza mai fare una preventiva pulizia.

Un Paese imbrigliato in un reticolo di leggi crea delle maglie larghe ove possono agevolmente infiltrarsi illeciti, a stampo corruttivo e non solo.

Il pericolo è sempre in agguato: ecco perché questa rubrica vuole, sia pure con ironia, stigmatizzarlo, cercando di dimostrare dove nasce la falla, che poi costituisce il lasciapassare a fenomeni di malamministrazione e di corruzione.

Il nostro panorama legislativo ci fornisce innumerevoli esempi di leggi complicate, di interventi normativi incoerenti frutto della tendenza a costruire piani rialzati in luogo che procedere a rivedere le fondamenta.

Ecco dunque spiegato l'imbarazzo della scelta di un modello negativo cui attingere e di cui (s)parlare in questa rubrica.

Attingendo alle pagine tristi della nostra legislazione, alla fine si è optato per raccontare una vicenda di grande attualità, cioè la *dismissione del patrimonio immobiliare*.

Il modo in cui il legislatore ha affrontato la vicenda in esame è, per usare un eufemismo, opinabile. A fronte di un obiettivo ben definito, ovvero trarre proventi dal patrimonio immobiliare dello Stato per ripianare il debito pubblico, le strade percorribili in astratto erano svariate. Il legislatore praticamente le ha solcate tutte: prima la privatizzazione, poi la cartolarizzazione, dopo ancora la creazione di fondi immobiliari gestiti da società per azioni all'uopo create. Le ha percorse goffamente peraltro, perché accortosi della fallacia di un rimedio, ne ha escogitato un altro nuovo senza alcuna coerenza intrinseca né ordine complessivo, non già

cancellando il preesistente e rimpiazzandolo con il nuovo ma rimpinguando il primo e accostandovi il secondo.

Così non va: aumentano i soggetti, gli investimenti, le risorse, i propositi, ma ci perdono la semplicità e la linearità della trama complessiva.

Ritornando al caso, è introvabile una legge organica che definisca con chiarezza gli strumenti con cui procedere a dismettere il patrimonio immobiliare statale. Con l'ausilio della dottrina, si riesce a capire che il principale quadro di riferimento normativo dei processi di privatizzazione lo ha tracciato il d.l. 25 settembre 2001, n. 351 attraverso l'introduzione della privatizzazione mediante cartolarizzazione.

Nel giro di poco più che un decennio al panorama dipinto sono seguite altre surreali pennellate. Ne è venuto fuori un sistema dove abbondano i soggetti, le procedure e le norme ma non funziona nulla. Sono state create ben tre società allo stesso scopo (la Immobiliare Italia, la Patrimonio dello Stato s.p.a. e, da ultimo, qualche mese fa, la Società di gestione del risparmio Invimit), si è ampliato e diminuito a fisarmonica il ruolo dell'Agenzia del Demanio, sono stati inventati e smontati rimedi (privatizzazione mediante alienazione; cartolarizzazioni Scip 1 e 2; fondi immobiliari eterogestiti), innescati elementi riconducibili al federalismo demaniale (da ultimo con il decreto del Fare) ma è mancato completamente il raggiungimento dell'obiettivo. Tutto questo castello (o labirinto, se si preferisce) è soltanto di carta.

A ben vedere, si tratta di uno dei tanti casi ove è evidente che il difetto di funzionalità sia dipeso dal fatto che è mancata completamente una 'premeditazione' e chiunque ha potuto vi ha aggiunto il suo personale tocco stilistico (e remunerativo). Peraltro senza neppure prendersi la briga di cancellare prima di emendare o affiancare.

Proprio una riflessione prima dell'azione, attraverso strumenti come l'analisi di impatto della regolazione (AIR), potrebbe fungere da strumento idoneo a evitare di varcare la linea sottile tra uso e abuso della legge.



FEDERICO CAPORALE\*

## I PROGRAMMI DI STUDIO ALL'ESTERO DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

*The Faculty of Law of Sapienza University of Rome provides the students with a wide range of opportunities to study abroad, in order to promote students mobility and to support international education. The paper contains a technical overview of the agreements signed by the Faculty, addressing the characteristics of the exchange programs and of the joint degrees offered. The options offered include interesting opportunities not only for undergraduate students, but also for those who are preparing their final dissertation and for the post-graduate.*

Da un decennio la Facoltà è impegnata in una intensa attività di internazionalizzazione dell'offerta didattica e, negli ultimi anni, ha ampliato in maniera consistente le opportunità di soggiorno all'estero offerte ai suoi studenti.

Oltre al cospicuo numero di mete Erasmus e alla possibilità di studio all'estero in qualità di *free movers* (<http://www.uniroma1.it/internazionale/studiare-e-lavorare-allestero/studenti-free-movers>), esistono due progetti di scambio con università americane (la *Columbia Law School* di New York e la *University of Missouri - Kansas City*), un programma di doppio titolo con la Francia (Doppia Laurea Magistrale in diritto italiano e francese/*Double Master en Droit, mention droits français et italien*) e uno di triplo titolo, con Francia, Germania ed Inghilterra (la *European Law School*).

L'accordo con la *Columbia*, una delle Università più prestigiose degli Stati Uniti, attivo dal 2010, consente a tre studenti per

---

\* *Dottorando in Universalizzazione dei sistemi giuridici: teoria, scienza, storia del diritto, istituito dall'Istituto Italiano di Scienze (SUM) di Firenze, in collaborazione con l'Università di Firenze, con Sapienza - Università di Roma e con l'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa di Napoli.*

anno di svolgere un semestre (da agosto a dicembre) a New York. Lì, gli studenti devono conseguire almeno 30 crediti (pari a 3 esami, uno dei quali è, obbligatoriamente, quello di *Legal Methods*, ed alcune attività di ricerca). Lo scopo di questo accordo è consentire agli studenti di avere un'apertura verso il mondo di *common law* e di acquisire competenze specifiche nei settori del diritto comparato, del diritto internazionale e del diritto commerciale, estremamente qualificanti per l'esercizio della professione legale internazionale e per l'attività all'interno di imprese private.

Sette studenti hanno già compiuto, con successo, questa esperienza nel 2011 e nel 2012 ed altri tre sono partiti da poche settimane. La selezione ha luogo sulla base del *curriculum* accademico e della conoscenza della lingua inglese, nonché sulla preparazione dei candidati, verificata tramite una prova scritta (un quesito giuridico, con risposta aperta, in lingua inglese) ed un colloquio orale. Inoltre, nell'ambito di questo accordo, diversi dottorandi ed alcuni laureandi hanno avuto modo di svolgere periodi di studio e ricerca finalizzati alla redazione delle loro tesi.

Non si devono pagare i costi di iscrizione alla *Columbia Law School*, ma solo alcune tasse amministrative, pari a circa \$ 1900, per l'accesso alle *facilities* del *campus* dell'ateneo americano. Negli ultimi anni, sono stati garantiti agli studenti contributi finanziari.

L'accordo con la *University of Missouri* è più recente (quest'anno è stato bandito per la prima volta) ed ha modalità di svolgimento e selezione affini a quello con la *Columbia Law School* (un semestre negli Stati Uniti, con l'obbligo di svolgervi almeno 3 esami).

Gli accordi di doppio/triplo titolo hanno qualcosa in più. Al termine degli studi, infatti, si conseguono diplomi rilasciati da ciascuna delle Università nelle quali si è studiato.

Questi programmi sono stati creati nell'intento di proporre una formazione in diritto italiano e straniero, in alcuni dei migliori atenei europei, così da assicurare una preparazione di altissimo livello e di ampio respiro internazionale, molto apprezzata nell'ambito delle professioni legali sia in Italia che all'estero, con l'obiettivo di formare un giurista pronto a confrontarsi con le dinamiche sovranazionali che l'evoluzione politico-economica e socioculturale impone.

Inoltre, i legami che le Università *partners* hanno con il mondo delle professioni costituiscono un'ulteriore opportunità per l'inserimento degli studenti nell'universo lavorativo.

La gestione del corso di studi è attribuita a Commissioni miste, formate da componenti dei diversi Atenei, la cui competenza si

estende alla verifica del rispetto delle condizioni generali di svolgimento del corso, dei programmi di insegnamento previsti, del regolare svolgimento degli esami e, in particolare, dell'esame finale previsto al termine degli studi.

Per questa ragione, le Università *partners* rilasciano un titolo di studio valido nel Paese straniero. Si viene, cioè, considerati alla stessa stregua di studenti francesi, tedeschi o inglesi e si ha accesso agli esami di abilitazione alla professione forense alle loro stesse condizioni.

La doppia laurea con Parigi è il primo programma di doppio titolo avviato dalla Facoltà. Attivo dal 2007, ha visto laurearsi quasi una ventina di studenti italiani e più di una quindicina di francesi. Al termine, esso offre ottime opportunità lavorative, tanto in Italia che in Francia, sia nell'ambito delle professioni legali, che delle imprese private.

Gli studenti italiani, generalmente massimo cinque o sei ogni anno, vengono selezionati a seguito della valutazione del *curriculum* accademico e della conoscenza della lingua francese, verificata nel corso di un colloquio orale.

Di recente, è stata presentata agli uffici di Ateneo la proposta di modificarne il percorso formativo. Per il futuro, esso si dovrebbe comporre di un triennio a Roma (I, II e V anno) e di un biennio a Parigi (III e IV anno), presso l'*Université Panthéon-Assas Paris II*. Al termine, si dovrebbe conseguire il *Master 1 en Droit, mention droits français et italien* e la Laurea Magistrale in Giurisprudenza. Non sarà previsto alcun costo di iscrizione presso l'Ateneo francese, mentre permarrà l'obbligo al pagamento delle tasse universitarie a Roma.

Gli studenti italiani seguiranno i corsi previsti nel terzo anno della *Licence* ed un anno di Master, di alto profilo specialistico, tra quelli organizzati dalla Università *Paris II*. Le lezioni e gli esami di profitto si svolgeranno integralmente in lingua francese.

La partenza degli studenti sarà condizionata al completamento degli esami previsti nei primi due anni del *curriculum* accademico della Sapienza.

La *European Law School* è, invece, un percorso di triplo titolo. Al termine del primo triennio a Roma, gli studenti selezionati (al massimo due ogni anno) svolgono il successivo biennio in due delle tre università *partners* (rispettivamente un anno ed un anno a scelta tra *Université Panthéon-Assas Paris II*, *King's College London*, *Humboldt - Universität zu Berlin*).

Al termine, lo studente consegue i titoli di studio italiano (Laurea Magistrale in Giurisprudenza) e dei due Paesi dove ha svolto il biennio (il titolo tedesco è l'LL.M. *Europäisches Recht und Rechtsvergleich*, quello inglese il diploma LL. M., quello francese il *Master en droit, mention Droit comparé/Droits étrangers/ Juriste européen, spécialité «Juriste européen»*). Viene, inoltre, rilasciato un titolo congiunto, lo *European Comparative Law Certificate*, dove viene sintetizzato il *curriculum* accademico di ciascuno studente.

Il programma nasce con l'intento di formare un giurista europeo, consapevole dei principali sistemi giuridici continentali, avvezzo a confrontarsi con il *civil law* ed il *common law*. I diplomi conseguiti consentono di sostenere l'esame per l'abilitazione alla professione forense nei Paesi stranieri alle medesime condizioni dei colleghi tedeschi, francesi ed inglesi.

Il periodo di studio all'estero si svolge nella lingua dei Paesi ospitanti, pertanto è necessaria una approfondita conoscenza delle lingue straniere. In Francia ed in Germania non sono richieste né certificazioni linguistiche né il pagamento delle tasse universitarie straniere. Per l'intera durata del soggiorno all'estero è, invece, necessario pagare le tasse di iscrizione alla Sapienza.

Ad aprile 2013 è stato bandito per la prima volta (<http://www.scienzeigiuridiche.uniroma1.it/sites/default/files/bandi/2013/bando-european-law-school.pdf>).

Infine, per chi voglia studiare all'estero, un'interessante opportunità è offerta dalle borse di studio per le tesi all'estero. Esse garantiscono agli studenti la possibilità di visitare, per un periodo di almeno due mesi, università o organismi internazionali, enti istituzionali o centri di documentazione europei ed extraeuropei e di compiere le attività di ricerca e approfondimento finalizzate alla redazione della tesi.

Le borse di studio, bandite annualmente dalla Facoltà su indicazione dell'Ateneo, intendono offrire un finanziamento parziale agli studenti per la copertura delle spese che si troveranno ad affrontare nel soggiorno estero.

Negli ultimi anni è grazie ad esse che diverse decine di studenti hanno avuto l'occasione di perfezionare la loro tesi presso illustri istituzioni universitarie europee e mondiali e presso centri di ricerca e importanti istituzioni internazionali come la BCE, la Commissione Europea, l'ONU, l'UNESCO, la Corte Penale Internazionale, il *British Institute of International and Comparative Law*, i *Max Planck Institut*.

Si segnala, inoltre, come in passato sia stato valutata con favore anche la presentazione di una lettera del supervisore delle attività di ricerca presso l'istituzione ospitante a conferma della disponibilità a ricevere lo studente.

Per chi è già laureato, invece, l'ateneo bandisce annualmente delle borse di studio finalizzate a sostenere la frequenza di corsi di studio o attività di perfezionamento presso istituzioni universitarie estere. Per poter partecipare al concorso è necessario essersi laureati alla Sapienza ed avere meno di ventinove anni.

Per avere ulteriori informazioni circa i programmi Erasmus della nostra Facoltà è possibile recarsi all'Ufficio Erasmus, che ha sede presso l'Istituto di Diritto Internazionale e di Diritto Comparato (il mercoledì, dalle ore 10 alle ore 15), mentre per i programmi per l'internazionalizzazione della didattica è possibile rivolgersi all'Ufficio Relazioni Internazionali della Facoltà, che ha sede presso la Sezione di Storia del Diritto Italiano (dal lunedì al mercoledì, dalle ore 9 alle ore 12).

