



**Sapienza Legal Papers**  
Quaderni degli alunni della Facoltà di Giurisprudenza

---

8

---

# Studi giuridici 2021

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI - © Copyright 2021  
ISSN 2785-1095  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE  
DIPARTIMENTO DI STUDI GIURIDICI  
ED ECONOMICI  
PIAZZALE ALDO MORO 5 – 00185 ROMA

### **Comitato di Redazione**

Alessandro Morelli (*Caporedattore*) – Elena Ghi (*Vice caporedattore*) – Dario Ortoleva (*Segretario di redazione*) – Sabin Costel Averescu – Claudio Bassetti – Marco Boscariol – Giorgia Ceci – Chiara Gozzuti – Cristina Petruta Ismirliu – Carlotta Loggetto – Miriam Sferra – Martina Maria Tosi

### **Comitato di Garanzia**

Cesare Pinelli – Pasquale Bronzo – Angelo Castaldo – Fulvio Costantino – Luca Di Donna – Alberta Fabbricotti – Maura Garcea – Domenico Mezzacapo – Giovanna Montella – Gianluca Scarchillo – Roberta Tiscini – Franco Vallocchia

### **Advisory Board**

Nicolai Badenhoop – Michela Marchini – Patricia Fröhlingsdorf Nicolás – Sophie Schürmann – Angelo Dominick Tannuzzo

### **Alla redazione hanno collaborato**

Sabin Costel Averescu – Stefano Bianucci – Marco Boscariol – Matteo Bruno – Lia Coluzzi – Giulia Coretti – Allegra Fusacchia – Giacomo Galeota – Beatrice Gambarin – Elena Ghi – Chiara Gozzuti – Aurora Maggi – Giulio Montesano – Francesca Moretti – Leonardo Panerai – Riccardo Quagliarella – Stefania Racioppi – Andrea Schioppa – Irene Spicuglia – Francesco Tomasicchio – Martina Maria Tosi

### **Contatti**

**E-Mail:** [sapienzalegalpapers@uniroma1.it](mailto:sapienzalegalpapers@uniroma1.it)  
**Facebook:** Sapienza Legal Papers  
**Instagram:** [sapienzalegalpapers](https://www.instagram.com/sapienzalegalpapers)  
**Website:** [www.scienze giuridiche.uniroma1.it/attivita-editoriali](http://www.scienze giuridiche.uniroma1.it/attivita-editoriali)  
**Linkedin:** [linkedin.com/in/redazione-sapienza-legal-papers-872b8a217](https://www.linkedin.com/in/redazione-sapienza-legal-papers-872b8a217)

## INDICE

Nota di Redazione .....	7
L'intramontabile problema del riparto di giurisdizione. Nota all'ordinanza delle Sezioni Unite civili 18 settembre 2020, n. 19598 <i>Giacomo Galeota</i> .....	13
Appalti pubblici e clausole sociali <i>Stefano Bianucci</i> .....	37
Diritto dell'ambiente e OGM <i>Lia Coluzzi</i> .....	47
L'ennesimo intervento di chirurgia ortopedica sull'abuso di ufficio <i>Francesca Moretti</i> .....	65
Il sindacato sul vizio di motivazione tra Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di Cassazione <i>Elena Ghi</i> .....	85
Le c.d. terapie di conversione dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere: profili di diritto comparato e ipotesi di intervento legislativo <i>Beatrice Gambarin</i> .....	97
La crisi d'impresa tra Europa e Stati Uniti <i>Andrea Schioppa</i> .....	131
Les conflits diplomatiques, les différends juridiques et la coopération sur les zones économiques exclusives de la méditerranée occidentale <i>Riccardo Quagliariella</i> .....	143
El arbitraje internacional de inversión <i>Chiara Gozzuti</i> .....	159

## Indice

Il Digital Markets Act: profili di <i>antitrust</i> e regolamentazione <i>Leonardo Panerai</i> .....	177
Struttura e caratteri peculiari del contratto di rendimento energetico (EPC) <i>Martina Maria Tosi</i> .....	195
Diritto contrattuale cinese <i>Giulio Montesano</i> .....	213
Gli aborigeni australiani e i colonizzatori inglese: tra terra e diritti <i>Irene Spicuglia</i> .....	235
Identità europea alla prova. Dirimere i conflitti in una società multiculturale <i>Giulia Coretti</i> .....	251
Alcuni risvolti e alcune problematiche dell'ordinamento costituzionale italiano alla luce del referendum del 2020 <i>Francesco Tomasicchio</i> .....	263
Il suicidio assistito e l'esilio della morte: uno studio di diritto comparato tra Italia e Svizzera <i>Allegra Fusacchia</i> .....	279
Il dialogo tra la persona e il diritto. Valorizzazione del fine vita alla luce dell'evoluzione nazionale in una prospettiva comparatistica <i>Aurora Maggi</i> .....	297
<b><i>Sezione di studi relativi alle questioni giuridiche sollevate dall'emergenza sanitaria da Covid-19</i></b>	
I contratti di locazione commerciale durante l'emergenza Covid-19 <i>Marco Boscariol</i> .....	311

## Indice

Povert�, misure di sostegno al reddito e Covid-19: quali prospettive? <i>Matteo Bruno</i> .....	335
Il reato di manovre speculative su merci ai tempi del Covid-19 <i>Stefania Racioppi</i> .....	353
La libera circolazione delle persone nel Diritto dell'Unione Europea durante la pandemia del Covid-19 <i>Sabin Costel Averescu</i> .....	363



## NOTA DI REDAZIONE\*

«Io e' compagni eravam vecchi e tardi  
quando venimmo a quella foce stretta  
dov'Ercule segnò li suoi riguardi  
acciò che l'uom più oltre non si metta;

"O frati," dissi, "che per cento milia  
perigli siete giunti a l'occidente,  
a questa tanto picciola vigilia

d'i nostri sensi ch'è del rimanente  
non vogliate negar l'esperienza,  
di retro al sol, del mondo senza gente.

Considerate la vostra semenza:  
fatti non foste a viver come bruti,  
ma per seguir virtute e canoscenza"».

vv.106-120, Canto XXVI, *Inferno*, Dante.

Il Volume che qui pubblichiamo rappresenta il risultato di un viaggio che la Redazione ha deciso di intraprendere, in un momento così delicato come quello in cui viviamo, giungendo ben oltre le Colonne d'Ercole dell'Attività storica dei Papers.

Una volta raggiunto l'occidente, la «picciola vigilia» dantesca, in trepidante attesa del ritorno alla normalità, abbiamo deciso di valicare i limiti che credevamo di avere e, contrariamente alla stasi sociale cui abbiamo assistito a causa della Pandemia, la ripartenza della nostra Università, e di questa Redazione, si è contraddistinta per entusiasmo, coraggio, dinamicità.

Il nostro viaggio temerario ha mosso i primi passi dalla scelta, nel mese di Gennaio, di pubblicare il nostro Volume

---

\*Per la Redazione: Alessandro Morelli e Elena Ghi, dottori in Giurisprudenza presso Sapienza Università di Roma.

senza l'ausilio di un Editore esterno all'Università, affidando dunque al Comitato lo svolgimento di tutte le attività Redazionali, compresa quella di *editing* finale.

Nei mesi primaverili, inoltre, grazie al notevole lavoro che il team di *promoting* interno al Comitato ha svolto nell'aggiornamento e nella cura dei nostri account social, abbiamo accolto nel nostro Comitato, all'esito della consueta *call for editors*, nuovi membri carichi di energia e di voglia di intraprendere questo viaggio insieme a noi. Sempre grazie all'entusiasmo dei membri del Comitato e alla *call for papers* da questo diffusa, sono stati raccolti numerosi contributi scientifici, di cui oggi ne pubblichiamo 21. Tralasciando momentaneamente il contenuto e il carattere dei contributi, su cui approfondiremo poco più avanti, è a nostro parere importante sottolineare come, nonostante la distanza sociale abbia stravolto l'attività di questo Comitato, trasformandola da frontale, fisica e personale in telematica, di corrispondenza e a distanza, la Redazione abbia saputo adattare le proprie esigenze e i propri progetti alle nuove modalità organizzative imposte dalla situazione sanitaria emergenziale. Basti pensare che questa pubblicazione è il frutto di un lavoro di collaborazione ottimizzato e intercorso tra tutti i Redattori, di cui alcuni non si sono ancora mai potuti incontrare personalmente.

Di sicuro, però, il vero valico delle famose Colonne d'Ercole è stato, in questo viaggio, il passaggio dei Sapienza Legal Papers da Collana di libri a Rivista scientifica, con l'ottenimento del Codice ISSN che si trova qui impresso. Quest'idea balenava da tempo nelle menti e nei progetti dei Redattori di maggior "anzianità" nei Legal Papers, ma solo grazie alla continua, impegnata e coordinata azione tra Comitato e Docenti, tra i quali ringraziamo in particolare il Comitato di Garanzia, si è potuto raggiungere questo risultato. È stato un percorso spesse volte complesso e intricato, ma per ogni volta in cui abbiamo incontrato una difficoltà, abbiamo saputo trovare una soluzione, confrontandoci con i Docenti e con le altre realtà di riviste giuridiche studentesche a noi affini, potendo sempre contare sulle energie e sull'entusiasmo di tutti i membri del Comitato.

I numerosi articoli presenti in questo numero e gli autori dei contributi sono stati per noi, in questo lungo viaggio, il vento che ha soffiato nelle nostre vele, permettendoci di raggiungere le nostre ambite mete. La notevole quantità dei contributi che abbiamo ricevuto ci ha dimostrato l'interesse riscosso negli studenti da quest'Attività, ma, soprattutto, ci ha palesato, ancora una volta, che l'Università non si è fermata e che i suoi studenti, mai come ora, hanno voglia di studiare, di approfondire, di appassionarsi, di contribuire alla comunità scientifica presente e futura; gli studenti non si sono "accomodati" sui loro divani, non hanno fatto delle quattro mura della loro cameretta una *comfort zone* dove restare ad aspettare il ritorno alla normalità, rimanendo passivi nei confronti del succedersi degli eventi. Gli studenti, e i brillanti contenuti qui presentati, ne sono la dimostrazione: sono il motore di questa Attività e di tutta l'Università nella sua funzione formativa e, mai come oggi, grazie all'aiuto dei Docenti, che mai si sono risparmiati in ciò, hanno voglia di mettersi in gioco, di dare il loro contributo, di fare la differenza.

In particolare, nel Volume che oggi pubblichiamo sono raccolti contributi che trattano argomenti appartenenti a numerose e diverse aree tematiche; *ab initio*, sono presenti due articoli dall'elevato tenore tecnico di diritto amministrativo, riguardanti il riparto di giurisdizione e gli appalti pubblici. Seguono poi un articolo sul diritto dell'Ambiente e gli Ogm e alcuni articoli di carattere penalistico: un contributo sul reato di abuso d'ufficio, un contributo di diritto processuale penale sulla rilevanza del vizio di motivazione tra Corte EDU e Corte di Cassazione penale e un contributo sull'identità di genere e sui suoi risvolti penalistici.

Vi sono poi numerosi articoli riguardanti prospettive giuridiche transazionali e comparatistiche: in particolare, qui pubblichiamo un contributo sulla crisi d'impresa tra Europa e Stati Uniti, un contributo, redatto in lingua francese, sui conflitti diplomatici e la cooperazione nelle zone economiche esclusive del mediterraneo occidentale, un articolo, redatto, questo, invece, in lingua spagnola, sull'arbitrato internazionale di

inversione e un articolo sui profili applicativi del *Digital Markets Act*.

Seguono un articolo di stampo civilistico sul contratto di rendimento energetico (EPC), un contributo sul diritto contrattuale cinese e sulle sue analogie col diritto romano e un contributo storico-giuridico sugli aborigeni australiani. Pubblichiamo, inoltre, alcuni articoli attinenti ai profili di tutela costituzionale dei diritti: in particolare, presentiamo un contributo sui risvolti dei flussi migratori sulle questioni democratiche e di secolarizzazione europea, un contributo sulle problematiche costituzionali *ex post* referendum del 2020, un contributo riguardante la questione del suicidio assistito e la sua lacuna normativa e un articolo sul fine vita e sul dialogo tra persona e diritto.

Infine, pubblichiamo, *in fundo* al Volume, quattro contributi, raccolti in una sezione *ad hoc*, che evidenziano le modalità con cui la situazione pandemica ed emergenziale attuale abbia modificato i diversi profili giuridici trattati: in particolare, un contributo tratta dei contratti di locazione durante l'emergenza da Covid-19, un articolo riguarda le misure di sostegno al reddito adottate durante la pandemia e le loro prospettive future, un contributo affronta il tema del reato di misure speculative su merci ai tempi del Covid-19 e, infine, un ultimo articolo riguarda la libera circolazione delle persone nell'UE durante il periodo emergenziale.

Come già detto, la notevole quantità di articoli presente in questo Volume e la estrema varietà di tematiche, di aree giuridiche e di profili in essi trattati rappresentano per noi motivo di orgoglio e di entusiasmo nel continuare questo viaggio. Ciò che più ci preme sottolineare e ribadire a tutti i lettori, che siano studenti, Docenti, appassionati del diritto o studiosi, è che questo Volume rappresenta la tensione di curiosità scientifica per la nostra Itaca, l'Università, nonché il frutto di un percorso faticoso, fatto di distanziamento, emergenze, criticità, che non ha voluto, però, «negare l'esperienza, di retro al sol, del mondo senza gente»; che non ha, dunque, voluto arrestarsi ai limiti del conosciuto, alla *comfort*

*zone* delle quattro mura delle nostre camerette, ma che ha voluto varcare confini finora inesplorati.

Questo l'augurio, dunque, per il futuro: che la ricerca scientifica nell'Università non si fermi ai limiti delle Colonne d'Ercole del conosciuto e del conoscibile e che non si lasci mai arrestare dalle difficoltà momentanee e sistematiche. Che l'Università e i suoi studenti si considerino sempre la reciproca Itaca: che l'una, da un lato, persegua sempre l'obiettivo di formare nuove generazioni curiose, entusiaste, competenti; che i secondi, dall'altro, non temano di credere che il loro contributo può cambiare il futuro; che abbiano il coraggio di osare e di contribuire, nell'Università, con i propri studi, senza arrendersi mai.

Ci auguriamo che questo lavoro, oggi, possa essere la dimostrazione concreta dei lidi cui è possibile giungere.

«Quando ti metterai in viaggio per Itaca  
devi augurarti che la strada sia lunga,  
fertile in avventure e in esperienze.  
I Lestrigoni e i Ciclopi  
o la furia di Nettuno non temere,  
non sarà questo il genere di incontri  
se il pensiero resta alto e un sentimento  
fermo guida il tuo spirito e il tuo corpo.  
In Ciclopi e Lestrigoni, no certo,  
né nell'irato Nettuno incapperai  
se non li porti dentro  
se l'anima non te li mette contro.

Devi augurarti che la strada sia lunga.  
Che i mattini d'estate siano tanti  
quando nei porti - finalmente e con che gioia -  
toccherai terra tu per la prima volta:  
negli empori fenici indugia e acquista  
madreperle coralli ebano e ambre  
tutta merce fina, anche profumi  
penetranti d'ogni sorta;  
più profumi inebrianti che puoi,

va in molte città egizie  
impara una quantità di cose dai dotti.

Sempre devi avere in mente Itaca -  
raggiungerla sia il pensiero costante.  
Soprattutto, non affrettare il viaggio;  
fa che duri a lungo, per anni, e che da vecchio  
metta piede sull'isola, tu, ricco  
dei tesori accumulati per strada  
senza aspettarti ricchezze da Itaca.  
Itaca ti ha dato il bel viaggio,  
senza di lei mai ti saresti messo  
in viaggio: che cos'altro ti aspetti?

E se la trovi povera, non per questo Itaca ti avrà deluso.  
Fatto ormai savio, con tutta la tua esperienza addosso  
già tu avrai capito ciò che Itaca vuole significare».

*Itaca*, Constantino Kavafis.

GIACOMO GALEOTA\*

L'INTRAMONTABILE PROBLEMA DEL RIPARTO  
DI GIURISDIZIONE. NOTA ALL' ORDINANZA  
DELLE SEZIONI UNITE CIVILI DEL 18 SETTEMBRE 2020,  
N. 19598

*The article discusses the decree number 19598/2020 of the Court of Cassation which has decided preliminary referral to the Court of Justice of the European Union. This concerns the appeal to the Court of Cassation against a decision of Council of State regarding a public contract, depending on "jurisdiction matters". The issue in analysis is the admissibility of this kind of appeal, that depends on the extremely controversial interpretation of the article 111, paragraph 8, of the Italian Constitution, regarding relationship among the Constitutional Court, Court of Cassation and Council of State.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il caso. – 3. L'interpretazione dell'articolo 111, comma 8, Cost. – 4. L'orientamento della Corte di Giustizia e la sua presunta violazione. – 5. Analisi degli argomenti delle Sezioni Unite, il difetto assoluto di giurisdizione e la violazione della sovranità dell'Unione europea. – 6. La definitività della violazione del diritto europeo e il ricorso per Cassazione. – 7. La questione dell'autonomia procedurale degli Stati membri. – 7.1 (segue): La questione dell'effettività. – 8. La minaccia alla certezza del diritto. – 9. Conclusioni.

1. *Premessa*

Con l'ordinanza del 18 settembre 2020 n. 19598, le Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione hanno operato un rinvio

---

\*Studente del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro sono stati consultati il Prof. Marcello Clarich e il Prof. Alessandro Pajno, docenti delle cattedre, rispettivamente, di Diritto amministrativo I e di Diritto amministrativo II presso Sapienza Università di Roma.

pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea affinché si pronunci sulla conformità con l'ordinamento dell'Unione europea della "prassi interpretativa" nazionale dell'art. 111, comma 8, della Costituzione: «Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso per Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione».

Al complesso problema, ricco di implicazioni di diritto processuale, amministrativo, costituzionale ed europeo, sulle quali l'ordinanza ha riaperto l'attenzione, ha fatto seguito un vivo dibattito fra gli studiosi, peraltro tuttora in corso, divisi fra chi l'ha accolta positivamente e chi l'ha criticata sotto diversi profili<sup>1</sup>. È stata tendenzialmente positiva la reazione della

---

<sup>1</sup> Si segnalano senza pretesa di esaustività i commenti di A. TRAVI, *La cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in *Foronew (Foro it.)*, 12 ottobre 2020; M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione tra l'art. 111, co. 8, della Costituzione e il diritto dell'Unione Europea: la parola alla Corte di Giustizia*, in *Giustiziainsieme*, 11 dicembre 2020; A. CARBONE, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE e rapporti tra giurisdizione ordinaria e amministrativa*; M. A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020*; M. CLARICH, *I motivi inerenti alla giurisdizione nel "dialogo" tra le Corti supreme*, in *Corriere giuridico*; F. FRANCIOSI, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *Giustiziainsieme*, 11 novembre 2020; A. CARRATTA – G. COSTANTINO – G. RUFFINI, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte costituzionale arriva alla Corte UE. Nota a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 SETTEMBRE 2020, N. 19598*, in *Questione Giustizia*, 19 ottobre 2020; A. PROTO PISANI, *Su Cass. S.U. 19598/2020*, in *www.judicium.it*; G. TROPEA, *Il Golem europeo e i «morivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a prima lettura di Cass. SS. UU. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *Giustiziainsieme*, 7 ottobre 2020; R. BIN, *È scoppiata la terza "guerra tra corti"? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione in Federalismi.it*, 2020; S. BARBARESCHI – L.A. CARUSO, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione «fuori contesto»: considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS. UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Federalismi*, 4 novembre 2020; B. CARAVITA, *Postilla a S. BARBARESCHI – L.A. CARUSO, La Cassazione pone in discussione la Costituzione davanti al diritto europeo? Postilla*, in *Federalismi*, 4 novembre 2020; A. PAJNO, *L'ordinanza n. 19598 delle sezioni unite di Cassazione fra costruzione e decostruzione*, in *Rivista Italiana di Diritto pubblico Comparato*, 2021, fascicolo 1.

dottrina processualcivilistica, in quanto ha condiviso la qualificazione dell'errata applicazione del diritto dell'Unione e l'omissione del rinvio pregiudiziale come «sconfinamento»<sup>2</sup>, sebbene non siano mancate anche delle voci critiche sul «singolare e atecnico linguaggio delle sezioni unite»<sup>3</sup>. L'ordinanza è stata accolta favorevolmente anche dagli studiosi di diritto dell'Unione europea, con l'idea che il coinvolgimento della Corte di giustizia possa arricchire il dialogo positivo fra le Corti<sup>4</sup>. Fortemente critica è invece la reazione dei costituzionalisti, che contestano la posizione della Corte di Cassazione poiché «cercherebbe, per la sua offensiva delle Ardenne» la sponda della Corte di giustizia, osando «l'inadito cioè sostanzialmente impugnando la sentenza della Corte costituzionale»<sup>5</sup>, sottolineando l'anomalia del compito a cui è chiamata la Corte di giustizia: «saggiare una disposizione della carta costituzionale alla luce del diritto europeo, primario e derivato»<sup>6</sup>, financo a evocare il fantasma dei controlimiti<sup>7</sup>. Fra gli studiosi di diritto amministrativo vi è chi osserva che l'ordinanza ha il merito di accendere i riflettori sull'estensione della figura dell'interesse legittimo in tema di interesse strumentale<sup>8</sup>, ma vi sono state anche reazioni critiche «in relazione al consueto svolgimento del dialogo tra le Corti e all'effettiva idoneità dell'itinerario seguito a realizzare l'auspicato chiarimento interpretativo»<sup>9</sup> e per l'inopportunità dell'interpretazione giurisprudenziale come mezzo per tentare

---

<sup>2</sup> A. CARRATTA – G. COSTANTINO – G. RUFFINI, *op. cit.*

<sup>3</sup> A. PROTO PISANI, *op. cit.*

<sup>4</sup> G. TESAURO, *L'interpretazione della Corte costituzionale dell'art. 111 ultimo comma: una preclusione impropria al rinvio pregiudiziale obbligatorio*, in *Federalismi.it*, 15 dicembre 2020; B. NASCIBENE – P. PIVA, *Il rinvio della Corte di cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?*, in *Giustizia insieme*, 24 novembre 2020.

<sup>5</sup> R. BIN, *op. cit.*

<sup>6</sup> B. CARAVITA, *op. cit.*

<sup>7</sup> G. TROPEA, *op. cit.*

<sup>8</sup> F. FRANCARIO, *op. cit.*

<sup>9</sup> M. LIPARI, *op. cit.*

una revisione critica del modello dualistico della giurisdizione amministrativa<sup>10</sup>.

La trattazione muoverà dall'analisi dei problemi interpretativi, vecchi e nuovi, dell'art. 111, comma 8, Cost. Sarà quindi esposto il caso oggetto dell'ordinanza in commento ed i quesiti rivolti alla Corte di giustizia, prestando particolare attenzione alle argomentazioni con cui la Cassazione motiva il suo rinvio e cercando di offrirne un'analisi critica attraverso il riferimento all'ampio panorama di commenti dottrinali. Infine, le questioni disquisite saranno ricondotte ad un piano teorico generale più ampio per trarne delle conclusioni di carattere sistematico.

## 2. Il caso

La sentenza del Consiglio di Stato impugnata avanti la Corte di Cassazione ha ad oggetto l'esclusione di un'impresa da una gara di appalto, da aggiudicarsi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento di servizi di somministrazione di personale a tempo determinato. La ragione dell'esclusione consiste nel mancato superamento, da parte dell'offerta tecnica, della soglia di sbarramento prevista nel bando stesso.

Il Consiglio di Stato, sez. III, con la sentenza 7 agosto 2019, rigettava il motivo del ricorso principale (errata attribuzione del punteggio all'offerta tecnica) e riformava parzialmente la sentenza appellata nella parte in cui aveva esaminato, nel merito, gli altri motivi (diversi e ulteriori rispetto al principale: criteri generali di valutazione delle offerte, nomina e composizione della commissione di gara, mancata suddivisione della gara in lotti), i quali erano diretti a contestare l'esito della gara e a determinarne l'annullamento. Questi ultimi, secondo la pronuncia del Consiglio di Stato<sup>11</sup>, non dovevano essere esaminati in quanto, una volta ritenuta legittima l'esclusione, l'impresa ricorrente sarebbe stata priva di

---

<sup>10</sup> A. TRAVI, *op. cit.*

<sup>11</sup> Conformemente all'orientamento dell'Adunanza plenaria in tema di interesse strumentale (Cons. Stato 7 aprile 2011, n. 4).

legittimazione «perché portatrice di un interesse di mero fatto analogo a qualunque altro operatore economico del settore che non aveva partecipato alla gara».

Con tale decisione, secondo la Corte di Cassazione, il Consiglio di Stato avrebbe disatteso l'orientamento della Corte di Giustizia in materia<sup>12</sup>, la cui applicazione avrebbe invece condotto il Consiglio di Stato all'esame di tutte le questioni proposte dal ricorrente non potendolo, al contrario, ritenere privo di legittimazione. Questo conflitto si iscrive in un dialogo già avviato fra il Consiglio di Stato e la Corte di giustizia in cui il primo ha costantemente cercato di negare la possibilità di tutela dell'interesse strumentale e non finale, mentre la Corte di giustizia ha costantemente ritenuto «meritevole di tutela l'interesse anche solo strumentale, ravvisabile laddove la probabilità di conseguire il bene della vita cui si aspira è garantita dalla correttezza del procedimento amministrativo»<sup>13</sup>. Questi profili problematici non identificano solamente una divergenza interpretativa fra i due giudici, ma sono il portato di una grande disomogeneità nel panorama europeo fra «sistemi di giustizia amministrativa “di diritto oggettivo” e “di diritto soggettivo”»<sup>14</sup>.

### *3. L'interpretazione dell'articolo 111, comma 8, della Costituzione*

L'ordinanza in commento si iscrive nel dibattito sull'identificazione dei «...soli motivi inerenti alla giurisdizione» che giustificano il ricorso in Cassazione, previsto dall'art. 111, comma 8, della Costituzione, avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti.

In questa prospettiva occorre muovere dall'analisi dei lavori dell'Assemblea costituente in cui questo tema era già

---

<sup>12</sup> 5 settembre 2019, *Lombardi*, C-333/18; 5 aprile 2016, *Puligenica*, C-689/13; 4 luglio 2013, *Fastwebb*, C-100/2012.

<sup>13</sup> Secondo la ricostruzione che di tale dialogo viene fatta da F. FRANCIOSI, *op. cit.*, il quale accoglie positivamente l'ordinanza della Cassazione nella prospettiva di un'estensione della categoria dell'interesse legittimo alla figura dell'interesse strumentale.

<sup>14</sup> A. TRAVI, *op. cit.*

emerso in tutta la sua complessità<sup>15</sup>: è nota la proposta di Costantino Mortati, mossa dalla preoccupazione di garantire il pluralismo delle giurisdizioni e di evitare che potesse essere violata la loro autonomia, di attribuire i conflitti di giurisdizione ad una corte di garanzia costituzionale in virtù della loro rilevanza – appunto – costituzionale. L'Assemblea costituente invece scelse di mantenere e costituzionalizzare, attraverso l'art. 111, comma 8, il sistema allora vigente.

Con la L. 31 marzo 1877 n. 3761 venne attribuito alla Corte di Cassazione il ruolo, che prima spettava al Consiglio di Stato secondo l'art. 13 della L. n. 2248/1865, All. E, di controllare il rispetto del riparto di giurisdizione fra giudice amministrativo e giudice ordinario.

La scelta dell'Assemblea costituente fu nel senso di operare un compromesso, come esplicitamente testimoniato dall'intervento dell'On. Paolo Rossi secondo cui questa scelta avrebbe «in parte cercato di accogliere il criterio dell'onorevole Mortati [...] senza che si sia violata la giurisdizione speciale del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, perché è stabilito che il ricorso è ammesso soltanto per i motivi attinenti alla giurisdizione»<sup>16</sup>.

Il modello di giustizia amministrativa accolto dalla costituzione è quindi un modello dualistico, in cui le attribuzioni di giudice amministrativo e giudice ordinario sono ripartite sulla base della distinzione, rinvenibile negli articoli 24, 103 e 113 della Costituzione, fra diritti soggettivi e interessi legittimi<sup>17</sup>. Tale modello è anche asimmetrico, in quanto la Corte di Cassazione è allo stesso tempo giudice del riparto di giurisdizione e giudice di ultima istanza della giurisdizione

---

<sup>15</sup> Nell'Assemblea costituente la discussione sul sistema giurisdizionale fu di ampio spettro, venendo discussa, su iniziativa di Calamandrei, anche la proposta di ritornare ad una giurisdizione unica secondo il modello della legge n. 2248/1865, All. E.

<sup>16</sup> Così l'On. Paolo Rossi, Assemblea Costituente, seduta del 27 novembre 1947.

<sup>17</sup> L'imprescindibilità di tale criterio di ripartizione è stata chiaramente ribadita dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 204/2004.

ordinaria<sup>18</sup>. A ogni giurisdizione è però garantita l'autonomia, poiché le pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei conti sono sottratte all'impugnazione per violazione di legge e il ricorso per Cassazione è limitato ai «soli motivi inerenti alla giurisdizione».

Coerentemente con la sua giustificazione storica emersa nel corso dei lavori dell'Assemblea costituente, l'interpretazione di questa norma è stata per lungo tempo chiara e univoca: i motivi inerenti alla giurisdizione sono «soltanto quelli che pongano in discussione la spettanza a un giudice della giurisdizione su quella specifica controversia» (c.d. limiti esterni alla giurisdizione) e «non sono invece inerenti alla giurisdizione i motivi con i quali sia contestata la conformità sostanziale della decisione giurisdizionale al diritto, sia esso il diritto costituzionale, o invece il diritto dell'Unione, o invece qualsiasi altro diritto vigente nell'ordinamento»<sup>19</sup>; invero, tale interpretazione si è consolidata soprattutto nella giurisprudenza delle Sezioni Unite a cui la stessa ordinanza in commento fa riferimento<sup>20</sup>.

Si riteneva pacificamente che il ricorso per Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato fosse ammissibile nei soli casi di: a) difetto relativo di giurisdizione, cioè quando il giudice amministrativo abbia affermato la propria giurisdizione in una controversia invece attribuita alla giurisdizione ordinaria ovvero l'abbia negata nell'erronea convinzione che appartenga ad altro giudice; b) difetto assoluto di giurisdizione, in cui il giudice invece abbia affermato la propria giurisdizione sconfinando nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (sconfinamento, appunto) ovvero l'abbia negata sul presupposto che la materia non possa essere oggetto di cognizione giurisdizionale (c.d. arretramento).

---

<sup>18</sup> Il problema di asimmetria non si pone in sistemi come quello francese in cui il controllo sul rispetto del riparto di giurisdizione è assegnato al *Tribunal des conflits*, un organo composto da magistrati ordinari e da magistrati amministrativi in numero eguale.

<sup>19</sup> A. TRAVI, *op. cit.*

<sup>20</sup> Cass., Sez. Un., ord. n. 19598/2020, par. 22.

La solidità di questo orientamento inizia a venir meno allorquando le Sezioni Unite interpretano “evolutive” il concetto di giurisdizione a cui fa riferimento l’art. 111 Cost., ritenendo che sia «norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell’attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme attraverso le quali esso si estrinseca»<sup>21</sup> da cui discende la sindacabilità anche degli *errores in iudicando* o *in procedendo*, nei casi di decisioni anomale o abnormi in cui il Consiglio di Stato «pur avendo giurisdizione nella controversia, in concreto aveva esercitato poteri giurisdizionali di cui era sfornito, in tal modo superando i limiti esterni della propria giurisdizione»<sup>22</sup>.

Ad interrompere tale interpretazione evolutiva della Corte di Cassazione interviene, per contro, la sentenza della Corte costituzionale n. 6/2018 che riafferma la tesi tradizionale e rigorosa, fedele al significato letterale dell’art. 111, comma 8, Cost., secondo cui la Suprema Corte non potrebbe operare sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti alcun sindacato che ecceda l’ambito del controllo sui limiti esterni alla giurisdizione poiché «altrimenti non sarebbe compatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale» che risulta «dalla contrapposizione con il precedente comma settimo, che prevede il generale ricorso in Cassazione per violazione di legge contro le sentenze degli altri giudici, contrapposizione evidenziata dalla specificazione che il ricorso avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti è ammesso per i “soli” motivi inerenti alla giurisdizione»<sup>23</sup>.

I principi statuiti dalla Corte costituzionale sono recepiti dalla Corte di Cassazione nella giurisprudenza successiva<sup>24</sup>, fino all’ordinanza oggetto del presente commento che, attraverso il

---

<sup>21</sup> Cass., Sez. Un., ord. n. 19598/2020, par. 23.1, richiamando Cass., Sez. Un., ord. n. 6891/2016, con cui aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale su cui poi si sarebbe pronunciata la Corte costituzionale nella sentenza n. 6/2018.

<sup>22</sup> Cass., Sez. Un., ord. n. 19598/2020, par. 24.

<sup>23</sup> Corte cost., sentenza n. 6/2018, par. 11.

<sup>24</sup> Cass. Sez. Un., 6 marzo 2020, n. 6460; 11 novembre 2019 n. 29085, 17 dicembre 2018, n. 32622; 19 dicembre 2018, n. 32773.

rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, mette di nuovo in discussione l'interpretazione formulata nella sentenza 6/2018 Cost. Ad avviso della Cassazione l'interpretazione della Corte costituzionale darebbe luogo ad una "prassi interpretativa" che, rendendo la tutela giurisdizionale non effettiva, violerebbe il diritto dell'Unione europea<sup>25</sup> per come interpretato dalla Corte di giustizia<sup>26</sup>.

Per il modo in cui concepisce la giurisdizione, l'ordinanza in commento ha ricevuto particolare favore dalla dottrina processualistica. Alcuni hanno rilevato che il problema che viene posto dalla Cassazione non attiene all'interpretazione "estensiva" censurata dalla sentenza n. 6/2018, bensì alla necessità di stabilire se l'applicazione della disciplina europea in modo difforme dalle indicazioni della Corte di giustizia e il mancato rinvio pregiudiziale siano dei semplici *errores in iudicando* o uno sconfinamento dai poteri attribuiti per legge, concludendo che tale alternativa dev'essere risolta nel senso dello sconfinamento prospettato dalle Sezioni unite<sup>27</sup>.

Alle ragioni esposte dalla Cassazione in favore della sua interpretazione estensiva detta dottrina aggiunge la riflessione ulteriore che vi sarebbe una «innegabile differenza testuale» fra «i motivi inerenti alla giurisdizione» di cui all'art. 111, comma 8, Cost. e le «questioni di giurisdizione» di cui all'art. 37 c.p.c. Questa differenza sarebbe confermata dalla riformulazione che la l. Cost. n. 2 del 1999 ha fatto dell'art. 111 Cost. perché, sebbene non sia stato modificato il comma 8, è stato introdotto il c.d. principio del giusto processo e di conseguenza è stato chiarito il significato costituzionale della nozione di giurisdizione: nozione che «rimanda a qualcosa di più e di diverso rispetto alle sole – questioni di giurisdizione – di cui all'art. 37 c.p.c.»<sup>28</sup>, e cioè ad un concetto di giurisdizione che ricomprenda anche i limiti interni che presiedono il suo esercizio e non solo quelli esterni.

---

<sup>25</sup> Direttiva CEE n. 665 del 1989.

<sup>26</sup> V. nota 12.

<sup>27</sup> A. CARRATTA – G. COSTANTINO – G. RUFFINI, *op. cit.*, par. 5.

<sup>28</sup> A. CARRATTA – G. COSTANTINO – G. RUFFINI, *op. cit.*, par. 9.

#### 4. I quesiti formulati dalla Cassazione

Sulla base delle criticità ora descritte, la Corte di Cassazione formula alla Corte di Giustizia tre diversi quesiti che possono così essere sintetizzati:

a) Se sia compatibile col diritto dell'Unione europea la "prassi interpretativa" – che si evince dalla sentenza n. 6/2018 della Corte costituzionale – secondo cui il ricorso per Cassazione non può essere ammesso quando siano impugnate sentenze del Consiglio di Stato in cui vi sia stata una violazione del diritto europeo per come interpretato dalla Corte di Giustizia, con l'effetto di consolidare tale violazione;

b) Se alla luce del diritto dell'unione europea debba essere ammesso il ricorso per Cassazione nei casi di sentenze del Consiglio di Stato che «omettano immotivatamente di effettuare il rinvio pregiudiziale»;

c) Se sia compatibile con la giurisprudenza della Corte di Giustizia l'orientamento del Consiglio di Stato di ritenere l'impresa esclusa non legittimata a contestare l'aggiudicazione.

A livello sistematico il secondo quesito è intimamente collegato con il primo ed insieme essi delineano un problema sostanzialmente unitario, come la stessa ordinanza chiarisce: «ritenendo ammissibile il ricorso per Cassazione [...] sarebbe poco coerente un orientamento che contestualmente affermasse l'inammissibilità del ricorso per cassazione volto a censurare l'omissione immotivata del rinvio pregiudiziale»<sup>29</sup>.

Il terzo quesito è invece subordinato ai primi due, invero solo qualora dovesse essere accolta la tesi della sindacabilità delle violazioni del diritto UE da parte della Corte di Cassazione, quest'ultima potrebbe rinviare pregiudizialmente alla Corte di Giustizia<sup>30</sup>. Quest'ultima sarebbe quindi vincolata a

---

<sup>29</sup> Cass., Sez. Un., ord. n. 19598/2020, par. 51.

<sup>30</sup> In questo senso si è sottolineato che «anche ammesso che il Consiglio di Stato nella sentenza impugnata con ricorso per cassazione non avesse applicato correttamente il diritto dell'Unione, se non era configurabile una questione di giurisdizione il ricorso alla Corte di cassazione non poteva ammettersi», A. TRAVI, *op. cit.*

valutare positivamente i primi due quesiti per potersi pronunciare sul terzo<sup>31</sup>.

*5. Analisi degli argomenti delle Sezioni Unite, il difetto assoluto di giurisdizione e la violazione della sovranità dell'Unione europea*

Il primo argomento con cui la Cassazione motiva il rinvio è che il giudice nazionale che faccia applicazione di normative nazionali (sostanziali o processuali) o di interpretazioni incompatibili con le disposizioni diritto dell'Unione «esercita un potere giurisdizionale di cui è radicalmente privo, ravvisandosi un caso tipico di difetto assoluto di giurisdizione», questo perché compirebbe un'attività di diretta produzione normativa non consentita nemmeno al legislatore nazionale. Ciò a prescindere dall'essere la sentenza della Corte di giustizia precedente o successiva<sup>32</sup>. Anzitutto va chiarito che questo argomento è solo apparentemente coerente con i principi formulati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 6/2018<sup>33</sup>, perché secondo la Consulta questo vizio va qualificato come una violazione di legge e per questo non sarebbe censurabile attraverso il ricorso per Cassazione *ex art. 111 Cost.*

L'aspetto poco convincente di questo argomento è che fonda sull'equiparazione tra l'invasione della sfera del legislatore nazionale e la scorretta applicazione del diritto europeo<sup>34</sup>, equiparazione già oggetto, sul piano generale, di grandi dibattiti in dottrina e difficilmente motivabile anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale non

---

<sup>31</sup> Contrariamente in dottrina si è segnalato che la Corte di Giustizia potrebbe pronunciarsi solo sul terzo quesito non sentendosi «in alcun modo vincolata alla prospettazione dell'ordinanza» ed evitando di entrare in un problema di «rilevanza tutta interna», M. LIPARI, *op. cit.*

<sup>32</sup> Cass., Sez. Un., ord. n. 19598/2020, par. 34.

<sup>33</sup> In cui il ricorso per Cassazione per sconfinamento nelle prerogative del legislatore o della pubblica amministrazione viene espressamente ammesso, par 34.

<sup>34</sup> Il riferimento all'esercizio di «poteri di produzione normativa preclusi allo stesso legislatore italiano, essendo esclusivamente riservati al legislatore comunitario sotto il controllo della Corte di giustizia» viene nuovamente svolto al par. 41.1 dell'ordinanza.

sembra aver mai affermato che un'errata applicazione del diritto europeo sia un'usurpazione del potere normativo delle istituzioni comunitarie<sup>35</sup>.

Il secondo argomento, collegato al primo, è un'asserita minaccia alla sovranità comunitaria<sup>36</sup>: secondo la Cassazione nella sentenza in cui vi è un'erronea interpretazione o applicazione della legge nazionale «la violazione è pur sempre riferibile a un organo giurisdizionale che è emanazione della sovranità dello Stato», ma in caso di errata applicazione del diritto in controversie disciplinate dal diritto dell'Unione, dove lo «Stato ha rinunciato all'esercizio della sovranità», si configura non solo un'invasione nelle prerogative di un altro organo, ma anche un'intromissione nelle prerogative di un distinto ente, l'Unione europea. In termini generali questo argomento introduce il problema, che non può essere qui affrontato, della sovranità dell'Unione Europea ovvero del rapporto tra ordinamento comunitario e nazionale, ma anche ammettendo che l'ordinamento comunitario possa qualificarsi sovrano, esso sconta un limite evidente: la garanzia per eventuali intrusioni nella sovranità europea dovrebbe essere assicurata da un organo della stessa attraverso istituti che non necessitino della cooperazione dei giudici nazionali. Non vi è nessuna ragione per ritenere che debba essere la Cassazione il “garante naturale” della sovranità europea<sup>37</sup>, essendo esso, semmai, la stessa Corte di giustizia.

#### *6. La definitività della violazione del diritto europeo e il ricorso per Cassazione*

Il terzo argomento dell'ordinanza è «l'esigenza di scongiurare il consolidamento di una violazione del diritto

---

<sup>35</sup> Equiparazione ritenuta «visibilmente assiomatica nella sua perentorietà e non dà conto delle numerose e fondate obiezioni che le si oppongono, pure alla stregua delle valutazioni espresse al riguardo dalla dottrina, assai attenta a distinguere il procedimento di interpretazione delle norme dallo stravolgimento operato dal giudice che si sostituisca al legislatore, inventando una norma inesistente», M. LIPARI, *op. cit.*

<sup>36</sup> Cass., Sez. Un., ord. n. 19598/2020, par. 32.

<sup>37</sup> M. LIPARI, *op. cit.*, par 7.

comunitario da parte del Consiglio di Stato tramite lo strumento del ricorso per Cassazione [...] fintanto che ciò sia possibile»<sup>38</sup>, necessità che risulta chiaramente dalla direttiva CEE 89/665 (art. 1, comma 3) per come interpretata dalla Corte di Giustizia<sup>39</sup>.

L'*iter* argomentativo è il seguente: benché il ricorso per Cassazione sia in grado di impedire il passaggio in giudicato della sentenza del Consiglio di Stato, ciò è sufficiente per estendere il sindacato della Corte di Cassazione, evitando il consolidamento della violazione.

Questo argomento pone due interrogativi: posto che sia costituzionalmente legittimo un terzo grado di giudizio che impedisca il passaggio in giudicato della sentenza del Consiglio di Stato, ciò renderebbe il sistema più conforme al diritto europeo?<sup>40</sup> Quali sono i possibili rimedi processuali alternativi?

Con il secondo interrogativo si va profilando quella che è pacificamente ritenuta una lacuna del sistema. La questione è stata già posta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 6/2018, in cui essa riconosce che il problema del rimedio per la violazione di norme dell'Unione o decisioni della CEDU, specialmente nell'ipotesi di sopravvenienza di una decisione contraria delle Corti sovranazionali, «indubbiamente esiste»<sup>41</sup>. Nella citata sentenza la Corte costituzionale segnala l'opportunità di ovviare a tale lacuna con «un nuovo caso di revocazione» allo scopo di «trovare una soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione». L'ordinanza della Cassazione si sofferma sull'idoneità di questo istituto, segnalando che è la stessa Corte costituzionale nella sua giurisprudenza successiva, a smentirne la praticabilità<sup>42</sup>. Oltretutto, secondo la Cassazione,

---

<sup>38</sup> Cass., Sez. Un., ord. n. 19598/2020, par. 36.

<sup>39</sup> Corte di giustizia, 5 settembre 2019, *Lombardi*, C-333/18.

<sup>40</sup> A questo primo interrogativo sarà data una risposta esaustiva nel paragrafo dedicato alla violazione del principio di effettività (par. 6.1).

<sup>41</sup> Corte cost., sentenza n. 6/2018, par 14.1.

<sup>42</sup> Corte cost. 27 aprile 2018, n. 93, in ha dichiarato infondata la questione della illegittimità costituzionale disposizioni normative pertinenti nella parte in cui non prevedevano tra i casi di revocazione quello in cui essa si renda necessaria per consentire il riesame della sentenza impugnata per la necessità di uniformarsi alle statuizioni vincolanti rese, in quel caso, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

«tale rimedio, comunque non sarebbe agevolmente praticabile per i limiti strutturali dell'istituto della revocazione, specialmente quando le sentenze della Corte sovranazionale siano precedenti alla sentenza impugnata»<sup>43</sup>.

Alla necessità di evitare sentenze definitive che consumino una violazione del diritto dell'Unione la Corte di Cassazione aggiunge anche l'argomento dell'esigenza di prevenire che con questa si determini la responsabilità civile dello Stato<sup>44</sup>.

La Cassazione invero ritiene che l'eventuale rimedio della responsabilità civile dello stato non vada soltanto evitato, in quanto lesivo dell'interesse erariale dello Stato, ma che sia anche insufficiente per garantire l'effettività dell'intero sistema, poiché si tratta di un rimedio «indiretto e succedaneo, nonché sottoposto a rigide condizioni» ed esorta l'utilizzo di strumenti che possano prevenire tali evenienze<sup>45</sup>. L'obiezione più evidente a tale argomento è che un ulteriore grado di giudizio non garantisce affatto che la responsabilità sia necessariamente evitata, questo perché la proliferazione dei gradi di giudizio non risolve la patologia del problema che rimane l'eventualità che il giudice di ultima istanza, non importa se esso sia la Cassazione o il Consiglio di Stato, non adempia all'obbligo di rinviare pregiudizialmente alla Corte di giustizia nei casi in cui è obbligato a farlo<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> Cass., Sez. Un., ord. n. 19598/2020, par. 36.

<sup>44</sup> La responsabilità civile dello Stato è un istituto di natura giurisprudenziale, elaborato la prima volta dalla Corte di giustizia nella sentenza 19 novembre 1991, *Franovich*, cause riunite C-6/90 e C-9/90. È considerato come «istituto di carattere generale rispetto a qualsiasi violazione del diritto dell'Unione», E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea*. La sua operatività nel caso di una sentenza di un giudice interno è stata espressamente chiarita, sottolineando che la manifesta gravità della violazione del diritto dell'Unione è legato all'inottemperanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale (Corte di giustizia 13 giugno 2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*).

<sup>45</sup> In senso contrario è stato rilevato che «l'ordinamento UE si limita ad imporre il rimedio risarcitorio e non a richiedere ulteriori strumenti di diritto interno», M. LIPARI, *op. cit.*, par. 17.

<sup>46</sup> In questo senso A. CARBONE, *op. cit.*

Va da ultimo ricordato che su questo tema è stato segnalato in dottrina <sup>47</sup> che un rimedio utile è quello previsto nell'ordinamento tedesco, ovvero il ricorso individuale al *Bundesverfassungsgericht*, configurabile nel caso di mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, dato che quest'ultima è stata definita «*gesetzlicher Richter*» (giudice legale) dal *Bundesverfassungsgericht* nella sentenza 22 ottobre 1986, *Solange-II*<sup>48</sup>. Poiché, però, nell'ordinamento italiano è assente il ricorso individuale alla Corte costituzionale, tale sistema è impraticabile.

### *7. La questione dell'autonomia procedurale degli Stati membri*

Un passaggio cruciale dell'ordinanza è quello in cui la Cassazione affronta il tema del principio di autonomia procedurale, ovvero segnala delle perplessità sul rispetto dei requisiti di equivalenza ed effettività, i quali, secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia, devono concorrere affinché il sistema di garanzie processuali nazionale sia conforme con gli standard di tutela richiesti dal diritto dell'Unione.

Il principio di equivalenza è elaborato dalla Corte di giustizia come l'esigenza che le tutele offerte a situazioni disciplinate dal diritto europeo non siano meno favorevoli rispetto ad analoghe situazioni di diritto interno. Secondo la Cassazione l'effettività è violata dalla prassi giurisprudenziale di cui si discute poiché questa ammetterebbe il ricorso contro le sentenze del Consiglio di Stato nell'ipotesi di difetto assoluto di

---

<sup>47</sup> E. CANNIZZARO nel webinar: *Limiti esterni di giurisdizione e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE (a proposito di Cass. S. U. n. 19598 del 2018)*, Università Roma Tre, 6 novembre 2020, reperibile on line su [giustiziainsieme.it](https://www.giustiziainsieme.it), al link <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1390-motivi-di-giurisdizione-e-pregiudiziale-comunitaria-atti-del-convegno-di-romatre-del-6-11-2020/> (con interventi di G. SERGES, G. COSTANTINO, A. CARRATTA, E. CANNIZZARO, F. FRANCIANO, M. LUCIANI, G. RUFFINI, M. A. SANDULLI e A. TRAVI).

<sup>48</sup> Il tema aveva avuto già l'attenzione della giurisprudenza italiana, Cassazione 25 maggio 1984, n. 3223.

giurisdizione nella sua *species* dello sconfinamento, in cui cioè il Consiglio abbia affermato la propria giurisdizione sconfinando nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione nazionali, senza consentire che il medesimo rimedio sia ammissibile anche nei casi di sconfinamento nelle prerogative del legislatore comunitario<sup>49</sup>.

Nuovamente si riscontra come la Cassazione muove dal chiaro presupposto teorico dell'idea, non condivisibile, dell'equiparazione tra invasione nella sfera del legislatore e non corretta applicazione del diritto dell'Unione. Anche ammettendo che tale equiparazione sia corretta, non potrebbe ugualmente riscontrarsi un problema di equivalenza: a ben vedere, qualsiasi attività interpretativa e applicativa dell'organo giudiziario – anche quella concernente la legislazione nazionale – sarebbe un'attività di produzione normativa, con ciò risultando evidente che una diversità di trattamento fra diritto interno e diritto europeo non è sostenibile, perché in entrambi i casi, alla luce di tale impostazione, vi sarebbe sconfinamento<sup>50</sup>.

### 7.1 (*Segue*): *La questione dell'effettività*

Non vi è dubbio che l'argomento della violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale è fra quelli che maggiormente possono suscitare l'interesse della Corte di giustizia<sup>51</sup>. L'effettività è concepita dalla Corte di giustizia nel senso che attraverso i meccanismi di tutela giurisdizionale nazionali, seppure conformi al principio di equivalenza, non sia reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione. La Cassazione motiva la violazione del principio di effettività sul piano "empirico" poiché esso va inteso «non in astratto ma in concreto, in relazione al procedimento di formazione della decisione

---

<sup>49</sup> Cass., Sez. Un., ord. n. 19598/2020, par. 41.1.

<sup>50</sup> In questo senso A. CARBONE, *op. cit.*, par 2.

<sup>51</sup> Ciò è ipotizzabile sulla base delle conseguenze eccezionali a cui la Corte di giustizia è giunta per rimediare a delle lesioni del principio di effettività, come la disapplicazione delle norme processuali nazionali sul giudicato civile (Corte di giustizia 18 luglio 2007, C-199/05, *Lucchini*).

giurisdizionale»<sup>52</sup>. Con questa argomentazione si fa dipendere l'effettività del sistema dall'eventualità che si sia verificata in concreto una violazione del diritto dell'Unione. Il sistema sarebbe quindi ineffettivo poiché «il doppio grado del giudizio amministrativo non ha impedito la consumazione dell'asserita violazione del diritto UE»<sup>53</sup>, questa argomentazione non è però condivisibile perché la valutazione di effettività deve risolversi invece in «un giudizio assoluto di appropriatezza»<sup>54</sup>.

Per essere più chiari, secondo l'ordinanza in commento l'impossibilità di ricorrere per Cassazione nei casi di cui trattasi rende il sistema italiano ineffettivo; ciò significa – *a contrario* – che se il ricorso fosse consentito il sistema garantirebbe l'effettività della tutela. Questa idea però non convince sul piano logico: l'interpretazione estensiva dei «soli motivi inerenti alla giurisdizione», che permettesse il ricorso per cassazione nei casi di cui trattasi, non sarebbe sufficiente a garantire una tutela più effettiva rispetto ad un sistema con due gradi, perché la stessa Cassazione potrebbe egualmente omettere il rinvio pregiudiziale. L'errore sarebbe quello di «confondere un presupposto processuale – la giurisdizione – con il processo e le tutele processuali attraverso il quale esse vengono erogate: ed è a tali tutele e non al suo presupposto che attiene il principio di effettività»<sup>55</sup>.

Alcuni indici in tal senso provengono dalla stessa Corte di giustizia che: a) non ha mai ritenuto il terzo grado di giudizio come necessario perché un sistema di tutele processuali possa essere effettivo<sup>56</sup>; b) nella sua giurisprudenza<sup>57</sup> ritiene che «il

---

<sup>52</sup> Cass., Sez. Un., ord. n. 19598/2020, par. 43.

<sup>53</sup> M. LIPARI, *op. cit.*, par.10.

<sup>54</sup> E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea*.

<sup>55</sup> A. PAJNO, *op. cit.*

<sup>56</sup> Ciò risulta evidente se si considera che in altri ordinamenti, come quello francese non è concesso nessun ricorso contro le decisioni del *Conseil d'État*, In questo senso A. TRAVI, *op. cit.*

<sup>57</sup> Corte giust. UE, 17 marzo 2016, in causa C-161/15, *Bensada Benallal*, in cui è stato stabilito «un motivo attinente alla violazione del diritto di essere sentito, come garantito dal diritto dell'Unione, sollevato per la prima volta dinnanzi al medesimo giudice, deve essere dichiarato ricevibile se tale diritto, come garantito dall'ordinamento nazionale, soddisfa le condizioni previste da

problema di violazione del diritto comunitario, in tale ottica, in tanto si pone in quanto il rimedio processuale permetta in concreto una sua denuncia»<sup>58</sup>.

Ma vi è di più: si può contestare questo argomento anche ammettendo che un terzo grado di giudizio renda il sistema più effettivo. In questo senso è stato autorevolmente affermato che «la violazione del diritto dell'Unione non rappresenta, di per sé, una ragione valida per violare il rapporto fra le giurisdizioni stabilito nell'ordinamento nazionale»<sup>59</sup>.

### 8. *La minaccia alla certezza del diritto*

Ultimo argomento da analizzare dell'ordinanza in commento è l'asserita violazione del principio di certezza del diritto. Su questo è lecito coltivare qualche dubbio: è evidente che vi è una significativa differenza fra le pronunce della Corte di Cassazione immediatamente precedenti e quelle immediatamente successive alla sentenza della Corte costituzionale n. 6/2018. Sembra però inappropriato ritenere che la decisione della Corte costituzionale pecchi di indeterminatezza, anzi, al contrario, essa viene criticata per la sua eccessiva rigidità<sup>60</sup>. L'orientamento contestato dalla Cassazione non merita questa critica, tanto più se si considera che si limita a riaffermare un orientamento già consolidato da tempo. Le uniche ipotesi di indeterminatezza nascevano semmai prima della pronuncia della Corte costituzionale, cioè con il tentativo della Cassazione di interpretare estensivamente l'art. 111, comma 8, Cost. e poi con questo ultimo di ridefinire quello schema che, all'indomani della sentenza n. 6/2018, sembrava chiaro.

---

detto ordinamento per essere qualificato come motivo di ordine pubblico, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare».

<sup>58</sup> A. CARBONE, *op. cit.*

<sup>59</sup> A. TRAVI, *op. cit.*

<sup>60</sup> Significativo è il passaggio in cui non ammette “soluzioni intermedie”, Corte cost., sentenza n. 6/2018, par 16.

## 9. Conclusioni

L'ordinanza n. 19598/2020 della Corte di Cassazione permette un commento non limitato ad un'analisi puntuale delle argomentazioni, ma offre notevoli spunti su questioni teoriche più generali: il rapporto fra testo e interpretazione; la questione del primato del diritto comunitario nel nostro ordinamento costituzionale; il dibattito teorico sulla sovranità dell'Unione europea; il dialogo fra le Corti connesso alla possibilità che questo possa nuovamente complicarsi e riaccendere i riflettori sui *controlimiti*; le riflessioni sul problema mai superato del rapporto fra le giurisdizioni secondo il modello costituzionale.

Il punto da cui muovere per una valutazione generale conclusiva è l'indicazione delle alternative che si prospettavano alle Sezioni Unite: a) dichiarare il ricorso non ricevibile in quanto non attinente a motivi inerenti alla giurisdizione, sulla base dell'orientamento espresso dalla Corte costituzionale e dalle stesse Sezioni unite recepite; b) interpellare nuovamente la Corte costituzionale anche dopo la risposta negativa ricevuta sulla costituzionalità della sua interpretazione estensiva dell'art. 111, comma 8, Cost.; c) dare seguito alle sue perplessità dichiarando ricevibile il ricorso e scegliendo di disattendere i principi formulati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 6/2018<sup>61</sup>; d) rinviare pregiudizialmente la questione alla Corte di giustizia chiedendo di pronunciarsi sui quesiti esposti e commentati.

È quindi opportuno interrogarsi sulle ragioni che hanno portato la Corte di Cassazione a scegliere l'ultima strada appena indicata, per cercare di trarne delle valutazioni di carattere sistemico.

Una prima evidente motivazione si rinviene sul piano dell'opportunità istituzionale, giacché se la Cassazione avesse

---

<sup>61</sup> In dottrina è stato sostenuto che la Cassazione avrebbe «ben potuto cassare la sentenza del Consiglio di Stato per difetto assoluto di giurisdizione ove ritenga che abbia errato a non ritenere giuridicamente protetta la situazione soggettiva», A. PROTO PISANI, *op. cit.*, par. 4. Nello stesso senso M. A. SANDULLI, *op. cit.*, secondo cui la sentenza poteva essere censurata per «arretramento» per non aver valutato la questione nel merito.

direttamente dichiarato ammissibile il ricorso e deciso nel merito la questione discostandosi dall'orientamento della Corte costituzionale si sarebbero potuti incrinare i rapporti fra le due Corti, rendendo più che attuale il pericolo di «un possibile conflitto di attribuzioni azionato dal Consiglio di Stato, a tutela delle prerogative assegnategli dalla Costituzione»<sup>62</sup>. Si è dunque preferita un'altra strada.

La scelta di non proporre una nuova questione di costituzionalità, essenzialmente analoga a quella già sollevata nel 2016<sup>63</sup>, sembra invece avere come ragione il timore che una seconda bocciatura avrebbe comportato una cristallizzazione definitiva degli orientamenti già espressi con la sentenza n. 6/2018.

Queste sembrano le motivazioni più evidenti, ma un'interpretazione teleologica potrebbe far emergere delle ragioni ben più profonde che si celano dietro questa ordinanza<sup>64</sup>. Ci si riferisce alla difficoltà della Corte di Cassazione di confrontarsi con il modello costituzionale del pluralismo delle giurisdizioni e di definire il proprio ruolo di Corte suprema a cui sono affidate fondamentali, anche se non esaustive, funzioni nomofilattiche, ma non il ruolo di giudice costituzionale. Il panorama è reso ancora più complesso dall'ordinamento dell'Unione europea, che impone di confrontarsi con un sistema di tutela multilivello in cui si intrecciano diversi livelli di legalità<sup>65</sup>. In questo senso è utile segnalare diverse “fibrillazioni” della Corte di Cassazione che sembrano essere

---

<sup>62</sup> M. LIPARI, *op. cit.*, par. 3, che considera anche l'ipotesi che la questione possa giungere alla Corte in via incidentale ma ritenendola più difficile nella pratica.

<sup>63</sup> Cass., Sez. Un., 8 2016, n. 6891.

<sup>64</sup> Questa è la prospettiva di analisi assunta da A. PAJNO, *op. cit.*

<sup>65</sup> Fa riferimento all'intreccio di “legalità legale”, “legalità costituzionale” e “legalità euro-unitaria”, M. LUCIANI nel webinar: *Limiti esterni di giurisdizione e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE (a proposito di Cass. S.U. n. 19598 del 2018)*, Università Roma Tre, 6 novembre 2020, reperibile al link <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1390-motivi-di-giurisdizione-e-pregiudiziale-comunitaria-atti-del-convegno-di-romatre-del-6-11-2020?> (con interventi di G. SERGES, G. COSTANTINO, A. CARRATTA, E. CANNIZZARO, F. FRANCIOSI, M. LUCIANI, G. RUFFINI, M. A. SANDULLI E A. TRAVI).

sintomatiche di questa diagnosi. Vi è innanzitutto il dato materiale del rinvio alla Corte di Giustizia di una questione che sembra essere tutta interna, attraverso una richiesta tutto sommato singolare: verificare la compatibilità eurounitaria di una norma costituzionale, nell'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale<sup>66</sup>.

Vi è poi l'attenzione dedicata dall'ordinanza alla sentenza della Corte costituzionale e alle sue argomentazioni e la scelta di riproporre la questione in chiave solamente eurounitaria.

Anche la sistematica dei quesiti formulati è significativa: le Sezioni Unite subordinano la valutazione del terzo quesito, quello che attiene alla questione sicuramente più delicata per la Corte di Giustizia (il conflitto interpretativo con il Consiglio di Stato), alla valutazione positiva dei problemi posti con i primi due quesiti, che invece sono quelli di maggior interesse per la Cassazione in quanto attengono all'ampiezza del suo sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato. La proposizione dei quesiti secondo questa sistematica sembrerebbe un tentativo di assicurarsi una sorta di appoggio della Corte di giustizia sull'interpretazione estensiva dell'art. 111, comma 8, Cost. Così interpretato, questo rinvio sembra una sorta di arbitraggio strategico<sup>67</sup> con cui la Cassazione sta cercando un avallo nella Corte di giustizia per affermare ciò che la Corte costituzionale aveva già negato con la sentenza n. 6/2018.

L'ordinanza allora si iscrive a pieno titolo anche nella tendenza di parte della dottrina a rimeditare il sistema dualistico, riconnettendolo all'idea del sostanziale superamento e dell'inattualità della distinzione fra interesse legittimo e diritto soggettivo e delle relative forme di tutela<sup>68</sup>. La Cassazione

---

<sup>66</sup> In questo senso S. BARBARESCHI – L. A. CARUSO, *op. cit.*; B. CARAVITA, *op. cit.*

<sup>67</sup> Facendo nostra un'espressione di M. CLARICH, *op. cit.*

<sup>68</sup> In questo senso A. PROTO PISANI, Verso il superamento della giurisdizione amministrativa, in *Foro it.*, 2001, V, cc. 21 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, Giuffrè, 2005; A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione, in *Dir. pubbl.*, 1997, pp. 895 ss.; A. TRAVI, *op. cit.*, che segnala l'opportunità di una «revisione critica» del modello delle giurisdizioni separate, perché «sempre più difficile da rappresentare e sempre più lontano dalle ragioni dei cittadini».

sembrerebbe vivere una crisi di identità, a causa di una tendenziale erosione del suo ruolo dovuta all'estensione delle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo oppure ai conflitti con il Consiglio di Stato su temi quali la responsabilità della Pubblica amministrazione, e cercherebbe di superarla estendendo i confini del ricorso contro le sentenze del Consiglio di Stato. In questo senso è significativo l'argomento utilizzato nell'ordinanza della necessità di evitare, attraverso il ricorso per Cassazione, la responsabilità civile dello Stato. Con questo argomento la Corte sembrerebbe cercare di riaffermare la sua centralità, ponendosi come «elemento di chiusura del sistema costituzionale»<sup>69</sup> attraverso l'appoggio di una Corte sovranazionale.

Questo tentativo non sembra però costituzionalmente corretto; la diversa interpretazione dei «motivi inerenti alla giurisdizione» che ricomprenda anche il mancato rinvio pregiudiziale e l'errata applicazione del diritto dell'Unione<sup>70</sup> non può essere affermata senza che sia la stessa Corte costituzionale a consentirlo. Se si guarda alla giurisprudenza della Corte costituzionale si può trarre un chiaro indizio sulla non tollerabilità di una eventuale decisione della Corte di giustizia che risponda positivamente ai quesiti della Cassazione. Sembra infatti difficile immaginare che la Corte costituzionale accetti che la Corte di Lussemburgo fornisca l'interpretazione di una norma costituzionale, difforme dalla propria interpretazione, se si considera che con la sentenza n. 269/2017 la Consulta ha rivendicato a sé, nei casi di doppia pregiudizialità<sup>71</sup> – che hanno una rilevanza comunitaria ben maggiore delle questioni di riparto di giurisdizione – il potere di sindacare le norme

---

<sup>69</sup> A. PAJNO, *op. cit.*

<sup>70</sup> A questo si riduce la questione, se nei casi di cui trattasi vi sia *error in iudicando* o sconfinamento. In questo senso A. CARRATTA – G. COSTANTINO – G. RUFFINI, *op. cit.*

<sup>71</sup> I casi in cui una certa questione interpretativa di una norma permetterebbe sia il giudizio incidentale di costituzionalità sia rinvio pregiudizialmente della questione alla Corte di giustizia.

nazionali che violino la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>72</sup>.

Tenuta ferma l'interpretazione della Corte costituzionale, l'estensione del sindacato della Cassazione oltre i confini previsti dalla Costituzione è incompatibile con un disegno costituzionale di unità funzionale e non organica delle giurisdizioni, delle quali è garantita l'autonomia «senza che si siano violate la giurisdizione speciale del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, perché è stabilito che il ricorso è ammesso solo per i motivi inerenti alla giurisdizione»<sup>73</sup>. La sentenza n. 6/2018 offre in questo senso un ulteriore spunto: nella parte in cui non ammette soluzioni intermedie al concetto di giurisdizione che aveva appena delineato<sup>74</sup>, essa sembra evidentemente stabilire l'impossibilità di creare, attraverso l'estensione del ricorso per Cassazione previsto dall'art. 111, comma 8, Cost., una sorta di giudice unico della nomofilachia europea, cioè un giudizio sulla violazione del diritto europeo accentrato in un organo giurisdizionale nazionale<sup>75</sup>. Questo perché nel disegno costituzionale le giurisdizioni sono tutte autonome tra loro ed indipendenti (ed infatti il Consiglio di

---

<sup>72</sup> «La Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (*ex artt. 11 e 117 Cost.*), secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito», Corte cost. n. 269/2017.

<sup>73</sup> Così l'On. Paolo Rossi, Assemblea Costituente, seduta del 27 novembre 1947.

<sup>74</sup> «Il concetto di controllo di giurisdizione, così delineato nei termini puntuali che ad esso sono propri, non ammette soluzioni intermedie, come quella pure proposta nell'ordinanza di rimessione, secondo cui la lettura estensiva dovrebbe essere limitata ai casi in cui si sia in presenza di sentenze "abnormi" o "anomale" ovvero di uno "stravolgimento", a volte definito radicale, delle "norme di riferimento"», Corte cost. n. 6/2019, par. 16.

<sup>75</sup> Il tema della nomofilachia europea è esaustivamente esaminato da M. LIPARI, *op. cit.*, par. 15. Vengo rilevate su questa ipotesi diverse perplessità: nel diritto europeo non sembra affatto esserci un vincolo in tal senso; è improprio ritenere opportuna la specializzazione di un giudice – la Cassazione – in una materia che non è unitaria ma si articola in molteplici normative nazionali; la Corte di giustizia avalla un sindacato il più possibile diffuso sul diritto dell'Unione; questa funzione è già assicurata dalla Corte di giustizia.

Stato è l'organo di ultima istanza della giurisdizione amministrativa e – attraverso l'Adunanza Plenaria – affidatario della relativa funzione nomofilattica).

La scelta del costituente di accogliere il modello dualista di giurisdizione è stato sempre un tema dibattuto, sin dai lavori dell'Assemblea costituente, la cui revisione critica, come già ricordato, è caldeggiata da parte della dottrina<sup>76</sup> perché «s'impone nell'interesse innanzitutto dei cittadini»<sup>77</sup>, ma, sebbene non sia questa la sede per approfondire il tema del ripensamento dell'intero sistema, è doveroso, conclusivamente, segnalare che esso deve necessariamente avvenire attraverso una modifica costituzionale secondo il meccanismo fisiologico previsto dalla stessa Carta e non può invece esser raggiunto attraverso un'interpretazione estensiva che superi i limiti semantici e sistematici di una norma – l'art. 111, comma 8, Cost. –. Deve quindi tenersi a mente che il modello del pluralismo giurisdizionale «rimane pur sempre un valore»<sup>78</sup> della nostra Costituzione dal quale attualmente non si può prescindere.

---

<sup>76</sup> Vedi nota n. 69.

<sup>77</sup> A. TRAVI, *op. cit.*

<sup>78</sup> Facendo nostra un'espressione di A. PAJNO, *op. cit.*

STEFANO BIANUCCI\*

## APPALTI PUBBLICI E CLAUSOLE SOCIALI

*The worldwide situation due to the pandemic raises a question about the tools for future and current employment protection, especially in a difficult area like public procurement. How are workers protected if the contractor changes? Does the contractor have an obligation to rehire all workers employed by their predecessor? The mandatory introduction of social clauses in calls for tenders seemed to have answered to these questions, but the practice has shown that this is not the truth. Starting from the guidelines proposed by the ANAC and the decision of the Council of State to prefer the economic interest of the contractor over the protection of workers, this article analyzes the legislative shortcomings and tries to propose possible solutions for a better balance of interests.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Contemperamento d’interessi. – 3. Linee guida ANAC. – 4. Consiglio di Stato e conclusioni.

### 1. *Introduzione*

Secondo i recenti dati ISTAT<sup>1</sup>, le ripetute flessioni in ambito lavorativo, registrate dall’inizio dell’emergenza sanitaria fino a gennaio 2021, hanno determinato un crollo dell’occupazione nel nostro paese rispetto a febbraio 2020 (-4,1% pari a -945.000 unità). La diminuzione coinvolge uomini e donne, dipendenti (-590.000) ed autonomi (-355.000) e tutte le

---

\*Studente del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stata consultata la prof.ssa Giovanna Montella, docente di Diritto Pubblico Generale presso Sapienza Università di Roma.

<sup>1</sup> Per ulteriori informazioni, *Comunicato stampa 06/04/2021: Occupati e Disoccupati (Dati provvisori)*, in <https://www.istat.it>, 2021.

classi d'età. Il tasso di occupazione è sceso, in un anno, del 2,2%.

Quanto detto deve spingere senz'altro ad una seria riflessione circa ciò che ci attende sul tema del lavoro non appena la pandemia potrà dirsi un problema ormai superato.

Particolare attenzione dovrà essere posta, a mio avviso, al mondo degli appalti pubblici, in relazione soprattutto ai servizi ad alta intensità di manodopera.

L'art. 50 del d.lgs. 50/2016<sup>2</sup>, conosciuto come Codice degli appalti, prevede che «per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'art. 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81. I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto».

Secondo quanto disposto, inoltre, dall'art. 3, comma 1<sup>3</sup> lettera qqq dello stesso Codice degli appalti, le clausole sociali sono disposizioni che impongono a un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o in concessione o per accedere a benefici di legge e agevolazioni finanziarie.

La *ratio* sottesa all'istituto della clausola sociale è quindi principalmente rinvenibile nella stabilità e nella tutela occupazionale dei lavoratori coinvolti nei contratti di appalto pubblico, facendo particolare riferimento ai casi in cui si verifichi una successione tra imprenditori. Mi riferisco alla

---

<sup>2</sup> D.l. 18 aprile 2016, n.50, Codice dei contratti pubblici; G.U. n. 91 del 19 aprile 2016.

<sup>3</sup> Definizione delle «clausole sociali».

procedura di riassorbimento imposta all'impresa aggiudicataria (subentrante) e prevista a favore di tutti i lavoratori già impiegati nell'appalto dall'impresa uscente.

Si tratta di un obbligo incondizionato di riassunzione?

## *2. Contemperamento d'interessi*

La nostra analisi deve necessariamente prendere avvio dal d.lgs. n. 56 del 2017, con il quale vennero riformulate le previsioni dettate dall'art. 50, d.lgs. n. 50 del 2016.

La maggior innovazione apportata si sostanziò nella previsione dell'obbligatorietà dell'inserimento, da parte delle stazioni appaltanti, della clausola sociale, mediante la sostituzione, nella richiamata disposizione normativa, delle parole «possono inserire» con il termine «inseriscono» nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, superando così il previgente regime giuridico configurante una mera facoltatività.

La menzionata scelta legislativa sembrava rispondere all'intento di rafforzare la tutela dei lavoratori, ma non si spingeva fino al punto di chiarire se l'obbligo d'inserimento della clausola fosse traducibile anche in un obbligo incondizionato di riassunzione dei lavoratori precedentemente impegnati nell'appalto.

Le conseguenze concrete imposte dal mutamento legislativo furono, quindi, assai meno nette e chiare di quanto ci si potesse aspettare. Ciò diede avvio ad una serie di sentenze sul tema, tutte volte a rintracciare una soluzione effettiva e a stabilire un equilibrio tra i due interessi coinvolti: da un lato, l'interesse degli imprenditori a non veder limitata la propria libertà di iniziativa economica, dall'altro la speranza dei lavoratori di mantenere la propria occupazione.

Degna di menzione a riguardo, è sicuramente la sentenza n. 640 del 21 luglio 2017, in cui il TAR Liguria, sez. II, arrivò a prospettare l'esistenza di due «tipi» di clausole sociali<sup>4</sup>.

In sintesi, la prima fattispecie (cd. clausola sociale forte) ricorreva quando l'obbligo di mantenimento del rapporto lavorativo, in caso di cambio di appaltatore, fosse previsto direttamente dal contratto collettivo nazionale di lavoro (da ora «CCNL»).

In questa ipotesi, secondo il TAR, il «nuovo» appaltatore non poteva opporre la libertà di iniziativa economica per ottenere un'applicazione flessibile di tale obbligo.

Nella ricostruzione operata dai giudici liguri, doveva quindi escludersi che, in presenza di un CCNL contenente l'obbligo di assunzione dei dipendenti dell'appaltatore uscente, potesse ritenersi lesa la libertà di iniziativa economica dell'appaltatore subentrante, poiché essa veniva già esercitata in sede di contrattazione collettiva e sarebbe risultato irrazionale consentire un successivo mutamento del CCNL da applicare ai lavoratori da assorbire.

La seconda fattispecie considerata (cd. clausola sociale debole) veniva in rilievo invece nell'ipotesi in cui il CCNL da applicare non prevedesse alcuna disposizione in tema di conservazione del posto nell'evenienza di subentro di nuovi appaltatori.

Quest'ipotesi, secondo il TAR, comportava sia il pieno recupero per l'appaltatore subentrante del diritto a vedere tutelata la propria libertà di iniziativa economica e di autonomia nell'organizzazione imprenditoriale, sia l'inesistenza di un obbligo di conservazione dei lavoratori.

Si deve considerare, infatti, che un bando di gara condizionato dalla presenza di una clausola sociale è sicuramente atto a circoscrivere in maniera significativa la

---

<sup>4</sup> Vedi F. LAUDANTE, *La latitudine applicativa della cd. clausola sociale negli appalti pubblici dopo il decreto correttivo del Codice degli Appalti; esame degli orientamenti giurisprudenziali*, in <https://www.filodiritto.com>, 2018.

libertà d'impresa, poiché vengono imposti particolari oneri all'imprenditore, tenuto non solo a realizzare la prestazione ma anche a mantenere alta l'attenzione sulla tutela dell'occupazione e sulla garanzia di inserimento lavorativo di categorie svantaggiate.

Tenendo conto di ciò, la tutela riconosciuta dall'ordinamento giuridico all'appaltatore subentrante, secondo questa tesi, arrivava fino al punto di riconoscergli la possibilità di ridurre il numero, ovvero di mutare la qualifica, dei lavoratori precedentemente impiegati.

La ricostruzione operata dal TAR Liguria, però, sin da subito non sembrò convincente e fu bersaglio di numerose critiche.

### *3. Linee guida ANAC*

L'ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione) cercò di sopperire ai contrasti giurisprudenziali, tramite l'adozione di linee guida sul tema.

Il nuovo Codice degli appalti prevede infatti, all'art. 213, comma 2, che: «L'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità, dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche». Si tratta quindi di atti a carattere generale finalizzati ad offrire indicazioni interpretative ed aiuto agli operatori del settore.

Si giunse, quindi, all'adozione delle Linee guida ANAC n.13<sup>5</sup> recanti «La disciplina delle clausole sociali».

Esse prevedono che: «Allo scopo di consentire ai concorrenti di conoscere i dati del personale da assorbire, la

---

<sup>5</sup> Approvate dal Consiglio dell'ANAC con delibera n.114 del 13 febbraio 2019.

stazione appaltante indica gli elementi rilevanti per la formulazione dell'offerta nel rispetto della clausola sociale, in particolare i dati relativi al personale utilizzato nel contratto in corso di esecuzione, quali: numero di unità, monte ore, CCNL applicato dall'attuale appaltatore, qualifica, livelli retributivi, scatti di anzianità, sede di lavoro, eventuale indicazione dei lavoratori assunti ai sensi della legge 12 marzo 1999, n. 68, ovvero mediante fruizione di agevolazioni contributive previste dalla legislazione vigente».

Facendo specifico riferimento alla tutela della stabilità occupazionale indicano inoltre che: «La stazione appaltante prevede, nella documentazione di gara, che il concorrente alleghi all'offerta un progetto di assorbimento, comunque denominato, atto ad illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola sociale, con particolare riferimento al numero dei lavoratori che beneficeranno della stessa e alla relativa proposta contrattuale (inquadramento e trattamento economico). La mancata presentazione del progetto, anche a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, equivale a mancata accettazione della clausola sociale con le conseguenze di cui al successivo punto 5.1».

Ci si aspetterebbe un ulteriore passaggio, quello conclusivo e più importante, ma le linee guida si fermano qui e non vanno oltre queste previsioni.

Ciò che salta all'occhio è come venga richiesto un «progetto di assorbimento del personale», ma poi non ne venga prevista una successiva valutazione in fase di scelta dell'impresa aggiudicataria da parte della stazione appaltante, tramite l'assegnazione di un punteggio che distingua tra i progetti più meritevoli o meno sotto l'aspetto della continuità occupazionale.

In sintesi, la presentazione di un piano di assorbimento<sup>6</sup> è sì necessaria per evitare l'esclusione dalla gara, ma non è un elemento di valutazione ai fini dell'assegnazione dell'appalto.

---

<sup>6</sup> Vedi R. DONATI, *Ricordiamoci della "Clausola Sociale"!* in <https://www.giurisprudenzappalti.it>, 2020.

Viene quindi aggiunto, apparentemente, un ulteriore strumento di tutela per i lavoratori, a cui però non viene data alcuna rilevanza effettiva.

La via intrapresa dall'ANAC risulta, quindi, eccessivamente timida rispetto alle problematiche che investono i lavoratori coinvolti in cambi di appalto e ben lontana dal dirimere la questione.

#### *4. Consiglio di Stato e conclusioni*

Il Consiglio di Stato con la sentenza n. 272/2018, si espresse inizialmente sulla possibile presenza di una duplice «specie» di clausola sociale (forte e debole), sollevata dal TAR Liguria, per poi concentrarsi nel fornire una lettura esaustiva della situazione relativa all'obbligo di riassunzione per l'impresa aggiudicataria dell'appalto.

In riferimento alla prima questione, il massimo organo di giustizia amministrativa osservò come la distinzione, operata dai giudici di primo grado, non solo non avesse, semplicemente, basi normative, ma si ponesse anche in contrasto con i principi giurisprudenziali affermatasi sia a livello comunitario<sup>7</sup>, sia in ambito nazionale.

Esemplificando, per il Consiglio di Stato, la consistenza giuridica della clausola sociale non può variare in ragione della fonte da cui la stessa trae origine (sia essa il CCNL o meno).

In conseguenza a questo primo ed importante approdo ed in riferimento alla seconda questione, il Consiglio di Stato aggiunse inoltre che: «La libertà di iniziativa economica implica, di necessità, che a ciascun imprenditore sia consentito, nei limiti segnati dall'ordinamento, di organizzare la propria impresa come meglio ritiene e ciò si oppone ad un'interpretazione tale da compromettere la detta prerogativa e che privilegi una scelta fatta a monte, inevitabilmente generalizzata ed avulsa dal contesto specifico della singola

---

<sup>7</sup> Vedi Corte di Giustizia dell'Unione Europea C-460/02 e C-386/03.

organizzazione aziendale. In definitiva la c.d. clausola sociale, qualunque sia la fonte da cui derivi, dev'essere armonizzata con l'organizzazione aziendale dell'imprenditore subentrante».

Quanto sopra affermato ci spinge a concludere che, all'interno dell'ordinamento giuridico, non esista in capo all'appaltatore subentrante alcun obbligo di riassunzione generalizzato di tutta la manodopera precedentemente impegnata.

Anzi: «la clausola sociale, perseguendo la prioritaria finalità di garantire la continuità dell'occupazione in favore dei medesimi lavoratori già impiegati dall'impresa uscente nell'esecuzione dell'appalto, risulta costituzionalmente legittima, quale forma di tutela occupazionale ed espressione del diritto al lavoro (art. 35 Cost.), se si contempera con l'organigramma dell'appaltatore subentrante e con le sue strategie aziendali, frutto, a loro volta, di quella libertà di impresa pure tutelata dall'art. 41 Cost. In una logica di temperamento fra valori di rilievo costituzionale la compressione del diritto di libertà economica e di libera organizzazione imprenditoriale non può essere predicata in modo incondizionato, incontrando piuttosto specifici limiti nella compatibilità con le strategie aziendali dell'operatore subentrante e - più in generale - nell'identità di *ratio* e di oggetto di tutela. Si intende con ciò affermare che supererebbe i limiti del richiamato bilanciamento di interessi (comportando un'ingiustificata compressione delle prerogative di cui all'articolo 41 Cost.) un'interpretazione tale da riconoscere l'incondizionata applicabilità della clausola sociale anche a fronte di appalti completamente diversi fra loro. In tali ipotesi, la (pur fondamentale) finalità di tutelare il diritto costituzionalmente tutelato al lavoro (artt. 1, I, 4, I e 35, I, Cost.) finirebbe per comprimere i valori di cui all'articolo 41 Cost. in modo eccessivo rispetto a quanto ragionevolmente esigibile nei confronti dell'operatore economico il quale finirebbe per dover assumere obblighi sostanzialmente riconducibili alle politiche attive del lavoro e in modo potenzialmente del tutto svincolato

dalle peculiarità - e dai vantaggi - connessi all'affidamento del singolo appalto<sup>8</sup>».

Occorre evidenziare come, giunti a questo punto, la modifica apportata al Codice degli Appalti (di cui sopra) non abbia determinato né un reale contemperamento di interessi, poiché la libertà di iniziativa economica risulta preferita sopra ogni altra cosa, né una reale efficacia della clausola sociale per le imprese.

L'inserimento obbligatorio nei bandi di gara della clausola sociale risponde infatti, ad oggi, solamente a finalità politiche, lungi dall'essere una reale risposta alle più pressanti istanze sociali. Si tratta, perlopiù, di una sorta di augurio a che l'appaltatore subentrante si faccia carico, nella misura massima possibile, delle sorti lavorative degli addetti utilizzati dal precedente gestore per l'espletamento dell'appalto, senza però obbligarlo.

L'attuale situazione a livello mondiale dettata dalla pandemia, dovuta al diffondersi del COVID-19, e segnata da gravi problematiche dal punto di vista sociale ed economico, porta quindi con sé l'auspicio che il legislatore modifichi ulteriormente la statuizione dettata dall'art. 50 del Codice degli Appalti. La «nuova» formulazione dovrebbe spingersi non solo a delimitare, in termini inequivocabili, il contenuto e l'efficacia giuridica della clausola sociale ed a garantire un nuovo bilanciamento di interessi, ma anche, a mio avviso, a prevedere un'effettiva valutazione dei «progetti di assorbimento» in fase di gara.

Ciò che appare superfluo oggi, come l'inserimento di una piccola clausola sociale, potrebbe fare, con qualche accorgimento, la differenza domani.

---

<sup>8</sup> Vedi Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 4079 del 28 agosto 2017.



LIA COLUZZI\*

## DIRITTO DELL'AMBIENTE E OGM

*The present article shows the interferences between environmental law and genetically modified organisms. It attempts to analyze, from different perspectives, genetic engineering issues and their impact on society, on scientific community and on governments. GMO legislation, which derives principally from the European law, reflects political conflicts between the European States members, both one another and between them and European Union central government. Problems afflicting legislation in this field are not related only to environmental issue, but even to social opinions. Ethic reasons do not let the modified organisms be accepted by everyone, even if scientific community declares that the concept of natural itself does not make sense. Environmental impact of GMO has not already been discoloured with certainty by scientific community. Furthermore, eventually medias encourage confusion in social opinion. The biggest challenge of environmental law is to take a position despite scientific uncertainty about GMO's environmental impact. On the other side, environmental law should duly take into account the benefits of these products.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Che cosa sono gli OGM? – 3. Quadro normativo. – 4. Sicurezza biologica. – 5. Impatto ambientale degli OGM. – 5.1 Strumenti normativi. – 6. Scienza e dibattito sociale sugli OGM. – 7. Conclusioni.

### 1. Introduzione

All'inizio degli anni '90 si accende il dibattito sociale, scientifico, etico e politico sugli OGM. Nonostante siano

---

\*Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il Prof. Alfredo Moliterni, docente di Diritto dell'ambiente e del territorio.

trascorsi quasi trent'anni, tale dibattito non può dirsi ad oggi risolto. Qui si propone una riflessione utile ad orientarsi in questa complicata discussione. In conformità con la definizione di interesse all'ambiente quale interesse antagonista<sup>1</sup> per eccellenza, si cercherà di sviluppare l'analisi da più punti di vista. L'interesse in esame si scontra spesso con altri interessi, quali economici, industriali, commerciali, ecc.

Il risultato, la maggior parte delle volte, è quello che tale interesse si configura come debole rispetto ad altri, come se la natura conflittuale dell'interesse ambientale riveli quasi sempre una sconfitta di quest'ultimo. Tale peculiarità, o, se si vuole, tale maniera dei governi di guardare alle esigenze sottese al bene ambiente, si rivela esser la ragione per la quale, fondamentalmente, ancora non si riescono a raggiungere gli obiettivi di una transizione verde.

## 2. *Che cosa sono gli OGM?*

La definizione legale di OGM è fornita dalla dir. 2001/18/CE, secondo cui un organismo geneticamente modificato è «un organismo diverso da un essere umano, il cui materiale genetico è stato modificato in modo diverso da quanto avviene in natura con l'accoppiamento e/o la ricombinazione genetica naturale». «Ai fini della presente definizione – prosegue l'art. 2 della direttiva –: a) una modificazione genetica è ottenuta almeno mediante l'impiego delle tecniche elencate nell'allegato I A, parte 1<sup>2</sup>; b) le tecniche elencate nell'allegato I

---

<sup>1</sup> G. ROSSI, *Storicità e gradualità della emersione dell'interesse ambientale nella sfera giuridica*, in *Diritto dell'ambiente*, a cura di G. Rossi, Torino, 2017, p. 6.

<sup>2</sup> Parte I Allegato I A, dir. 2001/18/CE: «Le tecniche di modificazione genetica di cui all'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), comprendono tra l'altro: 1) tecniche di ricombinazione dell'acido nucleico che comportano la formazione di nuove combinazioni di materiale genetico mediante inserimento in un virus, un plasmide batterico o qualsiasi altro vettore, di molecole di acido nucleico prodotte con qualsiasi mezzo all'esterno di un organismo, nonché la loro incorporazione in un organismo ospite nel quale non compaiono per natura, ma nel quale possono replicarsi in maniera continua; 2) tecniche che comportano l'introduzione diretta in un organismo di materiale ereditabile preparato al suo esterno, tra cui la microiniezione, la

A, parte 2<sup>3</sup> non sono considerate tecniche che hanno per effetto una modificazione genetica». Si segnala come il criterio prediletto dal legislatore per distinguere un OGM da un organismo non geneticamente modificato sia incentrato sulla modalità con cui avviene la modificazione del genoma di un dato organismo.

Complessa e per alcuni criticabile è la scelta del legislatore europeo circa il criterio identificativo degli OGM, ammesso che la finalità della legislazione comunitaria sia quella della salvaguardia dell'ambiente e della salute umana dagli effetti, eventualmente nocivi, che potrebbe comportare la produzione di organismi transgenici<sup>4</sup>. Tali effetti, potenzialmente dannosi per l'uomo e l'ambiente, deriverebbero non tanto dalla tecnica utilizzata per modificare un certo organismo, ma dall'organismo prescelto per la modificazione e dalle modificazioni di cui tale organismo è oggetto. Sulla problematicità delle nozioni giuridiche implicanti aspetti scientifici si tornerà più avanti. In seguito, si vedrà in che cosa potrebbe consistere un impatto ambientale dovuto all'immissione di un OGM all'interno di un certo habitat, cioè l'alterazione di un equilibrio ecosistemico.

Alcuni scienziati<sup>5</sup> non sono d'accordo con la definizione di OGM suddetta, in quanto vale a delimitare un ambito applicativo sulla base di presupposti scientifici non idonei. La definizione europea di OGM sarebbe incardinata sulla tecnica ricombinante, piuttosto che non sul prodotto in sé per sé. Non manca nella comunità scientifica chi, abbracciando posizioni più estreme, non accoglie la definizione della dir. 2001/18/CE, in

---

macroiniezione e il microincapsulamento; 3) fusione cellulare (inclusa la fusione di protoplasti) o tecniche di ibridazione per la costruzione di cellule vive, che presentano nuove combinazioni di materiale genetico ereditabile, mediante la fusione di due o più cellule, utilizzando metodi non naturali».

<sup>3</sup> Parte II Allegato I A, dir. 2001/18/CE: «Tecniche di cui all'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), che non si ritiene producano modificazioni genetiche, a condizione che non comportino l'impiego di molecole di acido nucleico ricombinante o di organismi geneticamente modificati prodotti con tecniche o metodi diversi da quelli esclusi dall'allegato I B: 1) fecondazione in vitro; 2) processi naturali, quali la coniugazione, la trasduzione e la trasformazione; 3) induzione della poliploidia».

<sup>4</sup> Cfr. art. 1 dir. 2001/18/CE.

<sup>5</sup> V. D. BRESSANINI, *OGM tra leggende e realtà*, Bologna, 2009, pp. 28 ss.

quanto essa parlerebbe di ‘metodi di modificazione genetica non naturali’. Secondo tale tesi, gli OGM neppure sarebbero organismi ‘non naturali’, ma soltanto espressione di come l’uomo abbia imparato nuove tecniche di ricombinazione del DNA. Portata alle estreme conseguenze tale teoria conduce al risultato secondo cui non c’è bisogno di distinguere tra OGM *ante-litteram* e OGM di nuova generazione, essendo la natura stessa ad offrire *in primis* tutto quanto sia necessario a favorire le mutazioni genetiche, comprese le evoluzioni di specie vegetali e animali.

### 3. *Quadro normativo*

Primo passaggio ai fini di un’armonizzazione europea in materia di biotecnologie, volta alla costruzione di un mercato europeo unico, è stato quello rappresentato dalla dir. 90/219/CEE. Tale direttiva regola le attività di ricerca e industriali che comportano impieghi confinati di MGM, microrganismi geneticamente modificati. La dir. 2001/18/CE abroga la dir. suddetta e regola l’emissione nell’ambiente, a fini di sperimentazione, e l’immissione in commercio di organismi GM. La normativa di riferimento per gli OGM è costituita, ad oggi, con relative modifiche, dal reg. (CE) n. 1829/2003, dal reg. (CE) n. 1830/2003 e dalla dir. 2001/18/CE. Come accennato sopra, le prioritarie finalità della legislazione europea sugli OGM sono la tutela della salute e dell’ambiente.

Il primo regolamento, relativo agli alimenti e ai mangimi geneticamente modificati, si pone come obiettivo la tutela della salute umana e degli animali, la tutela dell’ambiente, la tutela degli interessi dei consumatori<sup>6</sup>. Esso regola principalmente la materia delle autorizzazioni, della vigilanza e della etichettatura di alimenti e mangimi GM.

Il reg. (CE) n. 1830/2003 si occupa della tracciabilità dei prodotti contenenti OGM. Esso intende perseguire l’obiettivo, come si legge all’art. 1<sup>7</sup>, di monitorare, attraverso la tracciabilità

---

<sup>6</sup> Art. 1, reg. (CE) n. 1829/2003.

<sup>7</sup> Art. 1, reg. (CE) n. 1830/2003: «Il presente regolamento istituisce un quadro normativo per la tracciabilità dei prodotti contenenti organismi

dei prodotti contenenti OGM, gli effetti che dagli stessi potrebbero derivare sulla salute e sull'ambiente. In applicazione del principio di precauzione in materia ambientale, il reg. (CE) 1831/2003 intende fornire un quadro normativo per la tempestiva gestione dei rischi.

#### *4. Sicurezza biologica*

La legislazione sulle biotecnologie si pone il proposito di garantire la c.d. biosicurezza. Con tale termine si intende l'insieme delle misure, delle politiche e delle procedure utili a ridurre al minimo i rischi potenziali per l'ambiente, la salute umana e animale derivanti dai prodotti ottenuti con le moderne biotecnologie. Trattati internazionali sono stati adottati in materia di biosicurezza e protezione della diversità biologica. I riferimenti maggiori, ad oggi, sono la Convenzione di Aarhus, sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale del 1998 e il Protocollo di Cartagena del 2000, in materia di trasferimento, manipolazione ed utilizzo sicuro degli organismi viventi modificati geneticamente.

La prima Convenzione si preoccupa di garantire la partecipazione del pubblico ai processi decisionali suscettibili di avere un impatto ambientale. Le parti aderenti alla Convenzione si dichiarano nel preambolo coscienti della preoccupazione del pubblico per l'emissione deliberata nell'ambiente di OGM, della necessità di accrescere la trasparenza e di rafforzare la partecipazione del pubblico ai processi decisionali in materia<sup>8</sup>.

---

geneticamente modificati (OGM) o da essi costituiti e degli alimenti e mangimi ottenuti da OGM, allo scopo di facilitare un'accurata etichettatura, il monitoraggio degli effetti sull'ambiente e, se del caso, sulla salute, nonché l'attuazione delle misure adeguate di gestione dei rischi, compreso, se necessario, il ritiro dei prodotti).

<sup>8</sup> Si legge nel Preambolo: «Le parti della presente convenzione [...] Riconoscendo altresì che ogni persona ha il diritto di vivere in un ambiente atto ad assicurare la sua salute e il suo benessere e il dovere di tutelare e migliorare l'ambiente, individualmente o collettivamente, nell'interesse delle generazioni presenti e future,

Considerando che, per poter affermare tale diritto e adempiere a tale obbligo, i cittadini devono avere accesso alle informazioni, essere ammessi a

Il testo si propone di configurare l'ambiente non solo come l'oggetto di un diritto, ma anche come l'oggetto di un dovere. È di gran conto il risultato raggiunto ad Aarhus, perché siamo di fronte a uno strumento giuridicamente vincolante, nell'ambito dell'ordinamento internazionale, attraverso il quale si dà concreta attuazione a diversi principi di *soft law*<sup>9</sup> in materia di democrazia diretta e partecipativa.

Al processo di sensibilizzazione dei cittadini alle tematiche ambientali contribuisce largamente la Convenzione, ma i passi in avanti compiuti sono di gran lunga più corti rispetto a quelli da compiere. Non verosimile sarebbe negare una crescita del livello di preoccupazione per la materia ambientale nel legislatore e nel cittadino.

La partecipazione in prima persona alla protezione attiva e non meramente passiva dell'ambiente, però, richiede il raggiungimento di risultati che appaiono, sin qui, remoti. Il profilo della doverosità in materia ambientale è molto discusso e ancora troppo poco percepito<sup>10</sup>. Non basta garantire una cittadinanza attiva attraverso fonti di produzione, se i cittadini non sono sufficientemente maturi nell'accogliere il valore degli strumenti forniti dal legislatore. Non è possibile immaginare un cittadino che decida di usufruire delle procedure partecipative<sup>11</sup>, disponibili nella normativa in vigore, in seguito al verificarsi di impatti ambientali negativi dovuti all'emissione di un OGM, se l'individuo non si sente in dovere di reagire, in quanto parte

---

partecipare ai processi decisionali e avere accesso alla giustizia in materia ambientale, e riconoscendo che per esercitare i loro diritti essi possono aver bisogno di assistenza,

Riconoscendo che un più ampio accesso alle informazioni e una maggiore partecipazione ai processi decisionali migliorano la qualità delle decisioni e ne rafforzano l'efficacia, contribuiscono a sensibilizzare il pubblico alle tematiche ambientali e gli consentono di esprimere le sue preoccupazioni, permettendo alle pubbliche autorità di tenerne adeguatamente conto [...].»

<sup>9</sup> Nel Preambolo si legge che le parti della convenzione richiamano il primo principio della Dichiarazione di Stoccolma sull'ambiente umano e il decimo principio della Dichiarazione di Rio de Janeiro sull'ambiente e lo sviluppo.

<sup>10</sup> Sul punto v. anche F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in *Diritto dell'ambiente*, a cura di G. Rossi, Torino, 2017, pp. 184 ss.

<sup>11</sup> Sul ruolo dei cittadini si veda D. BEVILACQUA, *La regolazione degli OGM: la multidimensionalità dei problemi e le soluzioni della democrazia amministrativa*, in *I frutti di Demetra*, n. 15, 2007, pp. 59 ss.

dell'ambiente, all'evento catastrofico in termini di biodiversità. Le questioni emerse fin qui sollecitano una riflessione sul concetto di responsabilità intergenerazionale.

Il Protocollo di Cartagena integra la disciplina dell'antecedente Convenzione di Nairobi del 1992, detta anche CBD (*Convention on Biological Diversity*). La Convenzione si pone come obiettivo<sup>12</sup> la conservazione della diversità biologica e la ripartizione equa dei benefici derivanti dall'utilizzazione delle risorse genetiche. La Convenzione ribadisce il principio di sovranità territoriale in merito allo sfruttamento delle risorse naturali, tra cui anche quelle genetiche<sup>13</sup>. Il che ci fornisce un segnale di quella che fu, e a ben vedere ancora è, una tra le peculiarità più emblematiche del diritto internazionale dell'ambiente.

Visione antiquata della tutela dell'ambiente nella comunità internazionale è quella che considera l'ambiente, ossia il territorio di ciascuno Stato, come diverso da quello di un altro, come se potesse parlarsi di un ambiente appartenente all'Italia, uno alla Francia, ecc. Tale concezione residua dalla rilevanza che la sovranità territoriale ha avuto in passato nei rapporti tra Stati.

Sebbene si proceda sempre più verso una costituzionalizzazione del diritto internazionale, si tratta ancora di un ordinamento primitivo e non dotato di quegli strumenti idonei a garantire l'osservanza delle norme, diversamente dall'ordinamento europeo. Questo punto è rivelatore di un grande deficit nell'ambito della protezione dell'ambiente garantita dalla comunità internazionale, ambito in cui è altamente auspicabile una collaborazione, quanto mai effettiva, tra gli Stati. In ogni caso resta che la Convenzione rappresenta tuttora il principale mezzo per affrontare le questioni sulla diversità biologica in campo internazionale.

Interessanti sviluppi della CBD si sono avuti con il Protocollo di Cartagena. Quest'ultimo è stato adottato in

---

<sup>12</sup> Art. 1 Convenzione sulla diversità biologica, Rio de Janeiro 5.6.1992.

<sup>13</sup> Art. 15, par. 1, Convenzione sulla diversità biologica.

attuazione dell'art. 19.3<sup>14</sup> della CBD. Obiettivo<sup>15</sup> del Protocollo è quello di contribuire ad assicurare un livello adeguato di protezione per il trasferimento, la manipolazione e l'utilizzazione sicura di organismi viventi modificati risultanti dalle biotecnologie moderne con particolare attenzione ai movimenti transfrontalieri, in conformità al principio di precauzione<sup>16</sup>. Il contenuto del Protocollo è così articolato: definizione di procedure relative al transito di OGM; disposizioni relative alla valutazione e alla gestione di rischi; norme che disciplinano le condizioni di sicurezza, ad esempio in merito all'imballaggio e all'identificazione dei prodotti, da adottare nei transiti OGM; disposizioni regolanti la diffusione e lo scambio di informazioni sulla biosicurezza.

L'art. 29 del Protocollo istituisce la Conferenza delle Parti, la quale ha la funzione di riunire le parti contraenti. La conferenza garantisce l'attuazione del protocollo. La *Biosafety Clearing House* (BCH) è una piattaforma informatica internazionale istituita dalla Conferenza delle Parti, in attuazione dell'art. 20<sup>17</sup> del protocollo sullo scambio di informazioni. La

---

<sup>14</sup> Art. 19.3 CBD: «Le Parti esamineranno l'opportunità di adottare misure e di stabilirne le modalità, se del caso sotto forma di un protocollo che comprenda in particolare un accordo preliminare dato in cognizione di causa e che stabilisca le appropriate procedure per quanto riguarda il trasferimento, la manipolazione e l'utilizzazione in condizioni di sicurezza di ogni organismo vivente modificato originato dalla biotecnologia che rischierebbe di avere effetti sfavorevoli sulla conservazione e l'uso durevole della diversità biologica».

<sup>15</sup> V. art. 1 Protocollo di Cartagena.

<sup>16</sup> Il principio di precauzione, invocato dall'art. 191 TFUE, stabilisce che sia possibile adottare misure volte alla prevenzione di un certo rischio, anche quando non vi siano a tal riguardo certezze scientifiche.

<sup>17</sup> Art. 20, par. 1, Protocollo di Cartagena: «Nell'ambito del meccanismo di scambio d'informazioni di cui al comma 3 dell'articolo 18 della Convenzione viene creato un Centro di scambio d'informazioni sulla biosicurezza al fine di: a) facilitare lo scambio d'informazioni ed esperienze di tipo scientifico, tecnico, ambientale e giuridico concernenti gli organismi viventi modificati; b) assistere le Parti nell'applicazione del Protocollo, tenendo conto delle esigenze specifiche dei Paesi in via di sviluppo, in particolar modo dei Paesi meno sviluppati e dei piccoli Stati insulari in via di sviluppo, nonché dei Paesi con una economia in transizione e di quelli che sono centri di origine e centri di diversità genetica».

BCH è espressione del valore che l'informazione, la rilevazione e la raccolta dei dati assumono in materia ambientale. La combinazione di imprevedibilità dei fenomeni naturali e il celere sviluppo tecnologico consentono la comprensione dell'autorevole ruolo ricoperto da tali operazioni ai fini della legislazione ambientale.

### *5. Impatto ambientale degli OGM*

La sfida maggiore da superare per la disciplina sugli OGM è la salvaguardia della biodiversità. Quest'ultima è la ricchezza di vita che il pianeta Terra ci offre e, come tale, va preservata, se non si vuole giungere al punto di compromettere per sempre i meccanismi alla base del funzionamento, e quindi dell'esistenza, della vita, sul nostro Pianeta. Gli OGM possono rappresentare un pericolo per la biodiversità, in quanto la loro presenza in un certo habitat potrebbe alterare negativamente l'ecosistema. La rottura di un certo equilibrio ecosistemico non può esser guardata isolatamente, perché, con effetto a catena, molto probabilmente, anche le interazioni tra un ecosistema e un altro possono subire danni più o meno gravi.

La presenza e le dimensioni di effetti nocivi sull'ambiente causati dall'introduzione di un organismo GM dipendono dalla c.d. capacità di carico o di assorbimento della Terra. Con tali espressioni si intende la capacità che il nostro Pianeta possiede, intrinsecamente, di ripristinare l'equilibrio ecosistemico in un determinato habitat o più. Si immagini una specie vegetale geneticamente modificata per esser resistente agli insetticidi.

Insetticidi ed erbicidi consentono la crescita libera della pianta, senza che essa venga ad esser deteriorata da fonti esterne, ma, a seconda della quantità di prodotto utilizzata, anche la pianta si può deteriorare, tralasciando quanto tali prodotti incidano sull'inquinamento atmosferico. Quali sarebbero le conseguenze sull'ambiente derivanti dalla coltivazione di un vegetale resistente agli insetticidi? A lungo andare, alcuni insetti, soliti vivere in quello stesso habitat in cui è stata coltivata la pianta, finiscono per cercarne uno nuovo dove adattarsi per la loro sopravvivenza.

Se la ricerca di un nuovo habitat fallisse, la specie rischierebbe l'estinzione. L'esempio è da riportare naturalmente su larga scala, nell'arco di tempo che occorre per pregiudicare la capacità di carico della Terra.

### 5.1 *Strumenti normativi*

Quali sono, allora, gli strumenti giuridici che mirano a tutelare la biodiversità, ossia l'impatto ambientale degli OGM? Principalmente sono due le armi legali che forniscono il quadro normativo attuale sugli OGM: la procedura di autorizzazione alla messa in commercio di un OGM destinato all'alimentazione umana e le c.d. misure di salvaguardia esercitabili dagli Stati membri dell'UE per limitare o vietare la coltivazione di organismi transgenici sul loro territorio.

La procedura di autorizzazione per l'immissione in commercio di un OGM prevista dal reg. (CE) n. 1829/2003 si applica agli OGM destinati all'alimentazione umana, agli alimenti che contengono o sono costituiti da OGM, agli alimenti che sono prodotti a partire da OGM o che contengono ingredienti prodotti a partire da OGM<sup>18</sup>. Non è possibile immettere in commercio tali prodotti se non nel rispetto di tale procedura di autorizzazione<sup>19</sup>. La domanda deve esser presentata all'Autorità nazionale competente di uno Stato membro<sup>20</sup>. L'Autorità nazionale competente dovrà informare l'Autorità europea per la sicurezza alimentare (*European Food Safety Authority*: EFSA), la quale emanerà un parere. Grazie alla consultazione dell'EFSA, sono valutati la sicurezza dell'alimento ed il rischio ambientale causato dall'emissione nell'ambiente dell'organismo GM<sup>21</sup>. I parametri sui quali si deve conformare la valutazione dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare sono indicati nella dir. 2001/18/CE<sup>22</sup>. La

---

<sup>18</sup> V. art. 3 reg. (CE) n.1829/2003.

<sup>19</sup> V. art. 4 reg. (CE) n. 1829/2003.

<sup>20</sup> V. art. 5 reg. (CE) n.1829/2003.

<sup>21</sup> V. art. 6 reg. (CE) n. 1829/2003.

<sup>22</sup> V. allegato II «Principi per la valutazione del rischio ambientale», dir. 2001/18/CE.

Commissione, tenendo conto del parere non vincolante dell'EFSA, dovrà emanare la decisione finale sul rilascio dell'autorizzazione.

Per le misure di salvaguardia si deve far riferimento all'art. 23 della dir. 2001/18/CE, all'art. 34 del reg. (CE) n. 1829/2003 e alla dir. (UE) 2015/412.

Secondo la direttiva del 2001, uno Stato membro dell'Unione Europea può temporaneamente limitare o vietare l'uso o la vendita di un organismo GM sul proprio territorio quando abbia fondati motivi di ritenere che un OGM, come tale o contenuto in un prodotto debitamente notificato e autorizzato in base alla direttiva stessa, rappresenti un rischio per la salute umana o per l'ambiente. Le ragioni su cui si basa tale azione esercitabile da uno Stato si fondano su nuove o ulteriori informazioni divenute disponibili dopo la data dell'autorizzazione dell'OGM, le quali riguardano la valutazione di rischi ambientali o una nuova valutazione delle informazioni esistenti sostenuta su nuove conoscenze scientifiche.

Vediamo qui un'applicazione del principio di precauzione in materia ambientale e un sintomo di come il diritto ambientale sia una materia altamente complessa per la sua precarietà. Una delle maggiori difficoltà che si deve affrontare in tale settore del diritto è quella dell'aggiornamento e del monitoraggio di dati e conoscenze scientifiche.

Lo Stato membro informa la Commissione e gli altri Stati membri circa le azioni adottate a norma dell'art. 23 e motiva la propria decisione, fornendo un nuovo giudizio sulla valutazione di rischi ambientali, indicando se e come le condizioni poste dall'autorizzazione debbano essere modificate o l'autorizzazione debba essere revocata. La decisione finale in materia è adottata dalla Commissione, previa consultazione da parte di un comitato scientifico.

L'art. 34 del reg. (CE) n. 1829/2003 prevede che la Commissione e gli Stati membri dell'UE possano adottare misure di emergenza, in conformità degli artt. 53 e 54 del reg. (CE) n. 178/2002, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la

sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare. Le misure *ex art.* 34 possono essere adottate in due casi. Il primo si ha quando sia manifesto che prodotti autorizzati dal reg. (CE) n. 1829/2003 possono comportare un grave rischio per la salute umana, per la salute degli animali, per l'ambiente.

Nella seconda ipotesi le misure possono essere adottate qualora, alla luce di un parere dell'Autorità nazionale competente, sorga la necessità di sospendere o modificare urgentemente un'autorizzazione, cioè quando è richiesto l'intervento dell'Autorità per verificare se un'autorizzazione rilasciata per prodotti geneticamente modificati in virtù del regolamento continui a soddisfare le condizioni stabilite dallo stesso. In che cosa consistono le procedure di cui all'art. 53 e 54 del reg. (CE) n. 178/2002? Secondo l'art. 53, la Commissione può agire di sua iniziativa o su richiesta di uno Stato membro, quando lo Stato membro o gli Stati interessati non riescano adeguatamente ad affrontare l'emergenza. Altre misure urgenti possono essere adottate da parte degli Stati membri, in virtù dell'art. 54, quando non siano state adottate misure di cui all'art. 53. Sulle misure di salvaguardia si innesta una vicenda giurisprudenziale italiana ampia, nota come Caso Fidenato, su cui si è pronunciata in via pregiudiziale anche la Corte di giustizia europea<sup>23</sup>.

La dir. del 2015 apporta modifiche alla dir. del 2001, essenzialmente attraverso l'introduzione degli artt. 26 *ter* e 26 *quater*. Come si può leggere nel considerando 27 della dir. (UE) 2015/412, l'applicazione delle disposizioni di cui agli articoli 26 *ter* e 26 *quater* della direttiva 2001/18/CE lascia impregiudicati l'articolo 23 di tale direttiva e l'articolo 34 del reg. (CE) n. 1829/2003. La dir. (UE) 2015/412 prevede che, nel corso della procedura di autorizzazione di un determinato OGM o del rinnovo dell'autorizzazione, uno Stato membro possa richiedere di adeguare l'ambito geografico dell'autorizzazione in modo che tutto il territorio di tale Stato membro o parte di esso debba

---

<sup>23</sup> Per un approfondimento v. sent. 4410/2014, TAR Lazio, sez. III *quater*; sent. n. 605/2015, Cons. Stato, sez. III; sent. n. C-111/16, CGUE, sez. III; sent. n. 146/2015, TAR Friuli-Venezia Giulia, sez. I; sent. n.803/2019, Cons. Stato, sez. III.

essere escluso dalla coltivazione. Tale richiesta è comunicata alla Commissione.

Se lo Stato che avvia la procedura di autorizzazione o di rinnovo della stessa conferma l'ambito geografico della sua notifica/domanda iniziale, lo Stato membro che ha proposto la modifica dell'ambito geografico può adottare comunque misure che limitino o vietino in tutto il suo territorio o in parte di esso la coltivazione di un OGM o di un gruppo di OGM. Le misure di salvaguardia devono essere conformi al diritto dell'Unione, motivate e rispettose dei principi di proporzionalità e di non discriminazione. Al fine di circoscrivere un esercizio abusivo del diritto degli Stati membri dell'UE di adottare misure di salvaguardia, esse devono essere necessariamente connesse a certi scopi, quali obiettivi di politica ambientale, pianificazione urbana e territoriale, uso del suolo, obiettivi di politica agricola, ordine pubblico e altri.

La modifica del 2015 pone in luce problematiche inerenti ai rapporti tra Stati membri dell'UE, rapporti in parte ambigui, tanto da non consentire di individuare una definizione di Unione Europea, né nel senso di una federazione di Stati, né nel senso di una organizzazione internazionale come le altre. Da un lato, si ha il tentativo dell'UE di armonizzare la materia, ai fini della creazione di un mercato unico degli OGM, dall'altro si avverte un difetto di cooperazione tra gli Stati membri<sup>24</sup>.

La legislazione europea lascia ampi spazi di autonomia agli Stati, mostrando che non è stato raggiunto un punto d'accordo e che si ha un certo timore degli Stati nel centralizzare, a livello di Unione, la materia. Delegare competenze statali al governo centrale dell'UE significherebbe rinunciare alla protezione diretta di interessi, anche economici, per gli Stati membri.

---

<sup>24</sup> Sul punto v. V. PAGANIZZA, *La Direttiva (UE) 2015/412 dell'11 marzo 2015*, in *Riv. dir. alim.*, 2015, fasc. 1, pp. 80 ss.; F. CITTADINO, *Libera circolazione degli OGM: più spazio per la tutela dell'ambiente alla luce della direttiva (UE) 2015/412?*, in *Riv. giur. ambiente*, 2016, pp. 209 ss.

## 6. *Scienza e dibattito sociale sugli OGM*

Uno dei massimi problemi che si hanno nei rapporti tra scienza e diritto dell'ambiente è quello dell'incertezza scientifica. Dalla scienza è messo in discussione il concetto di 'sicurezza' attribuito frequentemente agli OGM. Non esistono attualmente evidenze scientifiche che consentano agli scienziati di dimostrare i pericoli causati dall'introduzione nell'ambiente degli OGM.

Complicato è per gli scienziati dimostrare scientificamente i nessi causali tra immissione nell'ambiente di un OGM e danni provocati a un servizio ecosistemico. Alcuni esponenti della comunità scientifica sono uniti sul punto per cui paura e pregiudizio sugli OGM infondati portano la società ad avere una visione erronea degli organismi transgenici, come se gli stessi fossero a prescindere nocivi, solo in quanto non naturali.

La preoccupazione risiede nel fatto che, spesso, tali considerazioni si basano sulla associazione immediata del concetto di 'non naturale' con quello di 'dannoso per l'uomo'. Ad alimentare il dibattito sono anche i *mass media*, i quali, quando si tratta di materie scientifiche, incorrono sempre nel rischio di ingenerare nel pubblico confusione, anziché informazione.

In secondo luogo, a detta della comunità scientifica, il concetto di 'non naturale' è non scientifico. Inoltre, una stima dei rischi che un OGM può comportare non viene sufficientemente bilanciata, secondo gli esperti, con un'analisi dei benefici. Come sopra accennato, le applicazioni degli OGM sono varie e in alcuni casi hanno prodotto immensi benefici per l'umanità. Emblema di ciò è il *Golden Rice*, una qualità di riso GM, la cui mutazione genetica consiste nell'introduzione della vitamina A all'interno del prodotto alimentare. Tale creazione ha lo scopo di ristabilire i valori nutrizionali di bambini di popolazioni povere, che, per la carenza della vitamina A, hanno disturbi alla vista, fino ad arrivare alla cecità.

Il ruolo della scienza, nel campo degli OGM, oltre a quello della ricerca, a partire da cui si hanno nuovi dati su cui orientare futuri interventi legislativi, è quello di occuparsi delle

valutazioni sul rischio ambientale. Le valutazioni sul rischio ambientale, in breve VRA, si basano su principi scientifici, i quali sono in continua evoluzione. In base all'aggiornamento delle conoscenze, cambiano anche le VRA.

Come abbiamo visto circa la procedura di autorizzazione per l'immissione in commercio di un OGM prevista dal reg. (CE) n. 1829/2003, all'EFSA compete un'attività consultiva e non un potere decisionale. L'attività dell'EFSA si risolve, sostanzialmente, nell'emanazione di pareri non vincolanti. Altra funzione della scienza, in campo ambientale, di cui si occupa anche l'EFSA a livello europeo per gli OGM, è il monitoraggio dei dati. Il monitoraggio è finalizzato ad attività di ricerca e di gestione del rischio. Il rilievo del monitoraggio è evidente quando parliamo di OGM: le biotecnologie sono in continua evoluzione e le applicazioni delle stesse, in natura e non solo, devono essere costantemente monitorate<sup>25</sup>.

Il dibattito sull'ingegneria genetica si articola su più fronti: su quello della salute umana, su quello dell'ambiente, su quello delle applicazioni alimentari degli OGM, su quello delle questioni bioetiche. Tuttavia, l'ambito applicativo delle moderne biotecnologie più discusso è quello alimentare<sup>26</sup>. Tanti organismi transgenici vengono utilizzati, ad esempio nel settore sanitario, senza che la popolazione, per così dire, se ne accorga. Ad esempio, l'insulina utilizzata ad oggi per combattere il diabete è una proteina GM. Organismi geneticamente modificati usati in campo medico o per la ricerca difficilmente danno adito a dibattiti sociali e mediatici, con risvolti sul piano politico e giuridico, ma sono per lo più quelli usati in campo alimentare ad esser in prima linea nelle discussioni tipiche sugli OGM. Il dibattito sociale, politico, mediatico e scientifico sugli OGM rappresenta un tema riconosciuto dagli Stati della comunità internazionale.

---

<sup>25</sup> Sul rapporto fra scienza, tecnologia e diritto v. L. SALVI, *La regolazione "soft" delle nanotecnologie nel settore alimentare. Nuove forme (e incertezze) della disciplina europea*, in *Riv. dir. alim.*, 2015, n. 2.

<sup>26</sup> V. M. MONTEDURO, *Alimentazione e ambiente*, in *Diritto dell'ambiente*, a cura di G. Rossi, Torino, 2017, pp. 311 ss.

Ad esempio, nel preambolo della CBD le parti si dichiarano consapevoli del «rapido sviluppo della biotecnologia moderna e della crescente preoccupazione manifestata dall'opinione pubblica circa i potenziali effetti negativi sulla diversità biologica». Diversi sono gli ingredienti che contribuiscono a mantenere viva la tavola rotonda sugli OGM. La sensibilizzazione crescente della popolazione alla questione ambientale è uno di questi. Al contrario è anche vero che l'attenzione mediatica sugli OGM ha contribuito nel rivolgere l'attenzione alle tematiche ambientali in genere.

Se la sensibilizzazione è una delle finalità delle etichette, in taluni casi questa viene strumentalizzata dalle imprese. Le etichette «Bio», «non-OGM», «Green» sembrano allo stato, talvolta, essere diventate uno strumento di *marketing*. Esse dovrebbero promuovere l'acquisto di un prodotto eco-sostenibile, piuttosto che quello di un prodotto potenzialmente dannoso per l'ambiente, per il suo smaltimento o per la sua produzione. Le etichette, però, non sempre garantiscono che un certo bene sia «Green», piuttosto che «Bio». Moltissimi alimenti GM per gli scienziati, ma non etichettati circolano sui banchi dei nostri supermercati<sup>27</sup>. Non si vuole qui criticare l'opera compiuta dal legislatore in materia di etichette, ma soltanto evidenziare quanto sia problematica la stessa, quando la definizione legislativa è necessariamente obbligata a scontrarsi con elementi scientifici.

Lo stesso discorso vale per la nozione giuridica di OGM, come abbiamo visto prima. Se da un lato l'assenza di certezza scientifica sulla dimostrazione dei pericoli causati dagli OGM implica che il legislatore non applichi misure eccessivamente restrittive che impediscano lo sfruttamento degli OGM e dei loro benefici, dall'altro l'incertezza scientifica, o la certezza che evidenze scientifiche di un impatto negativo degli OGM sull'ambiente non esistano, aumenta il dibattito sociale. L'incertezza scientifica alimenta i dubbi dei consumatori sugli OGM.

---

<sup>27</sup> V. A. LUPO, *Sostenibilità del settore agro-alimentare, biotecnologie e "food safety" nell'Unione Europea: il paradigma degli organismi geneticamente modificati*, in *Riv. quadr. amb.*, 2015, n. 1.

## *7. Conclusioni*

Da un lato, la tutela della biodiversità, dall'altro, il prezzo da pagare si misura in termini di vantaggi che le applicazioni degli OGM hanno per l'intera umanità. Il tentativo di rispondere alla domanda se il legislatore di diritto dell'ambiente debba guardare agli OGM in un'ottica di rifiuto alla massimizzazione del loro utilizzo oppure se tale rinuncia non abbia un costo-opportunità troppo elevato pone un'altra questione, che precede la prima. Se l'obiettivo è quello di proteggere la salute umana, animale e vegetale, la concentrazione va spostata su fenomeni di altro tipo. Il problema più grave che ci colpisce da vicino in materia di biodiversità e salute umana non concerne gli OGM, ma la deturpazione progressiva del Pianeta.

A livello di inquinamento dell'ambiente, soprattutto atmosferico, è giunto il c.d. punto di non ritorno per cui la salute delle generazioni future già si può dire compromessa. Allo stato attuale la transizione verde rappresenta ancora una prospettiva troppo lontana. L'ambiente va considerato nella sua unitarietà e non nella sua frammentarietà. Non è possibile nascondersi dietro ai potenziali rischi ecologici, di cui si mette in dubbio addirittura l'esistenza, per giustificare un non intervento del legislatore, in senso pro-OGM<sup>28</sup>. Gli scienziati, ironicamente, parlano di 'fantasmi' sugli OGM.

Si potrebbe obiettare che proprio perché certezze scientifiche in materia di impatto ambientale sugli OGM non esistono, non si è sicuri del tutto. La realtà ci svela che nulla potrà mai essere considerato sicuro in via definitiva, soprattutto quando parliamo di natura. I fenomeni naturali sono imprevedibili, sia rispetto al momento in cui si verificano, sia rispetto ai loro effetti e al loro protrarsi nel tempo. Possono essere realizzate delle statistiche o delle previsioni, ma non si ha certezza alcuna. Quando si parla di sicurezza si pensi che i controlli cui è soggetto un prodotto alimentare GM sono così capillari che probabilmente superano quelli di un prodotto non-

---

<sup>28</sup> Per un approfondimento sulle criticità della regolamentazione degli OGM si veda D. BEVILACQUA, *La regolazione pubblica degli OGM tra tecnica e precauzione*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 2, 2016, pp. 257 ss.

OGM. Paradossalmente si è più sicuri quando si consuma un OGM<sup>29</sup>.

In conclusione, rinunciare a legittimare molte applicazioni degli OGM significherebbe dire no a una serie lunghissima di benefici contro la non esistenza di reali rischi. Resta irrisolta la seconda questione: perché tutta questa attenzione sull'immissione nell'ambiente di OGM, se la stessa non è rivolta, nella medesima misura, agli altri fattori di impatto ambientale in termini di biodiversità? L'inquinamento dell'ambiente e la devastazione, in termini di urbanizzazione, del territorio naturale e dei paesaggi comportano l'estinzione di specie vegetali o animali o ne sono la causa di malattie. Gli impatti attuali più grandi sugli ecosistemi non derivano dall'immissione nell'ambiente di un OGM, bensì da processi ormai inarrestabili, a cui l'uomo partecipa sistematicamente, mettendo a dura prova la capacità di carico di un certo ecosistema.

Una visione segmentaria del problema non è sufficiente, in quanto il bene ambiente vuole esser guardato nel suo complesso. L'unitarietà della prospettiva consentirebbe, ad esempio, di fare una stima di rischi e benefici nel caso, visto prima, in cui a un OGM si imputerebbe la riduzione nell'uso di sostanze altamente tossiche per l'ambiente, come insetticidi ed erbicidi. L'equilibrio ecologico viene ad essere dall'uomo alterato a partire dal colonialismo, con le prime importazioni di specie vegetali e animali in Europa. L'inizio di un processo mai più interrottosì.

Si dovrebbe rivalutare la tutela della biodiversità sotto tanti punti di vista e non necessariamente guardare agli OGM con sospetto. Se il risultato da raggiungere è la tutela della biodiversità e della salute umana, sono diversi e molti gli ambiti sui quali lavorare, sui quali concentrare futuri dibattiti.

---

<sup>29</sup> Il tema della sicurezza degli OGM va combinato con quello della c.d. agroecologia. Per un approfondimento sul tema si veda M. MONTEDURO, *Ius et rus: la rilevanza dell'agroecologia per il diritto*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2019, n. 2, pp. 4 ss.

FRANCESCA MORETTI\*

L'ENNESIMO INTERVENTO DI CHIRURGIA  
ORTOPEDICA SULL'ABUSO DI UFFICIO

*Office abuse has been the subject of multiple legislative interventions in order to diminish the criminal judge involvement in the administrative action. It has been modified recently by the art. 23, d.l. n. 76/2020 for the same purposes as the previous regulatory changes: making the criminal offence in compliance with the principle of legal certainty and remodelling its configuration in order to restrict the application of penal sanctions. The jurisprudence of Supreme Court promptly intervened to reshape the scope of application of the legislation.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *Excursus* storico-normativo dell'abuso d'ufficio. – 3. La violazione di legge fra la riforma del 1997 e quella del 2020. – 4. Parziale *abolitio criminis* e condotta omissiva – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Nel Libro II, Titolo II, Capo I del Codice penale viene disciplinato il delitto di abuso d'ufficio all'art. 323 c.p., fattispecie di centrale importanza nell'ambito dei reati contro la Pubblica Amministrazione poiché, nonostante la sua natura sussidiaria, permea due giurisdizioni: amministrativa e penale. Da qui la pedissequa *voluntas legis* di contemperare le istanze repressive e garantiste del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi connotati da margini di discrezionalità. A partire dagli anni Novanta, l'abuso d'ufficio è stato assunto a «un moderno vaso di Pandora [...] atto a raggruppare ogni sorta di illecito amministrativo commesso da pubblici funzionari [...] divenendo oggi un “punto di scarico” (giudiziario) di tensioni non solo tecnico-ermeneutiche, ma di cultura e politica della

---

\*Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stata consultata la Prof.ssa Paola Coco, docente di Diritto Penale presso Sapienza Università di Roma.

giurisdizione<sup>1</sup>». L'abuso d'ufficio si muove nel limbo tra diritto penale e diritto amministrativo, sindacato penale e discrezionalità amministrativa. Perseguendo questo dualismo *in re ipsa* si è passati da elastiche ad anelastiche formulazioni della fattispecie penale, producendo alcuni fenomeni disfunzionali come la burocrazia difensiva e il rifiuto della firma. La norma penale è stata oggetto di plurimi interventi modificativi, al fine di aderire maggiormente al principio di determinatezza e tassatività, e di copiosa giurisprudenza, talvolta creatrice di un vero e proprio diritto vivente parallelo a quello legislativo.

## 2. *Excursus storico-normativo dell'abuso d'ufficio*

Per meglio comprendere il ruolo dell'attuale abuso d'ufficio all'interno del nostro ordinamento occorre ricostruirne la genesi. Già l'art LXIV della Riforma della legislazione criminale toscana<sup>2</sup> puniva il fatto di un agente pubblico «trascendendo i limiti o altrimenti abusando del pubblico ministero, ufficio o impiego per fare a chicchessia qualsivoglia specie d'ingiustizia e di torto, e massimamente a vedove, pupilli ed altre miserabili persone, come ancora per favorire un reo conosciuto».

Il codice Zanardelli del 1889 prevedeva all'art. 175 il c.d. abuso innominato di autorità: «Il pubblico ufficiale che, abusando del suo ufficio, ordina o commette contro gli altrui diritti qualsiasi fatto non preveduto come reato da una speciale disposizione di legge...e, qualora agisca per un fine privato, la pena è aumentata», connotando un approccio garantista a tutela del privato dai soprusi dei pubblici ufficiali.

Con il codice Rocco del 1930 l'art. 323 venne rubricato «Abuso di ufficio in casi non preveduti specificamente dalla legge» e recitava: «Il pubblico ufficiale che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto

---

<sup>1</sup> A. NATALINI, *Nuovo abuso d'ufficio, il rischio è un'incriminazione fantasma*, in *Guida Dir.*, n. 42/2020, p. 78.

<sup>2</sup> In C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Torino, 1973, p. 281.

come reato da una particolare disposizione di legge». Si trattava di una norma di chiusura la cui funzione residuale, avallata dalla doppia clausola di sussidiarietà in rubrica e nel testo, finiva per sussumere solo le condotte di favore verso terzi prive di vincoli particolari che potessero ricomprenderle nell'alveo dell'art. 324 c.p. «interesse privato in atti d'ufficio» (condotte commissive) o dell'art. 328 c.p. «omissione di atti di ufficio» (condotte omissive). Fino al 1990 l'art 323 c.p. veniva applicato in ipotesi marginali e bagatellari, lasciando ampi spazi di manovra a quelli che erano i giganti dell'epoca: «peculato per distrazione» ex art. 314 c.p. e «interesse privato in atti d'ufficio» ex art. 324 c.p.<sup>3</sup>. Superò, inoltre, il vaglio di legittimità costituzionale nel 1965 in quanto, nonostante vennero sollevati dubbi riguardo i profili di indeterminatezza e di eguaglianza, mancando la previsione dell'incaricato di un pubblico servizio che poteva parimenti compiere le medesime condotte del pubblico ufficiale, la Corte non lo ritenne «in contrasto col secondo comma dell'art. 25 della Costituzione, giacché la fattispecie ivi prevista è determinata in modo da non lasciare alla discrezionalità dell'interprete la configurazione del reato» e che «non può ritenersi che contrasti col criterio della ragionevolezza o con principi costituzionali l'aver collegato la responsabilità penale con la qualità di pubblico ufficiale, senza estenderla alla diversa situazione giuridica dell'incaricato di pubblico servizio» affermando che il giudizio sulla parità o diversità delle situazioni spetta al legislatore<sup>4</sup>.

Con la l. n. 86/1990 ci fu una vera e propria rivoluzione copernicana nei reati contro la Pubblica Amministrazione, giacché l'abuso innominato venne riscritto integralmente ed esteso anche agli incaricati di un pubblico servizio, inglobando, inoltre, alcune condotte del peculato per distrazione, espunte dall'art. 314 c.p., e dell'interesse privato in atti d'ufficio, definitivamente abrogato. Questo fu il prologo di un calvario normativo volto alla tipizzazione estenuante di una fattispecie dai contorni labili e problematici. L'art. 323 c.p., come

---

<sup>3</sup> Cfr., T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. Pen. Web*, 7-8 2020, p. 3.

<sup>4</sup> Corte cost., 19 febbraio 1965, n. 7, in *Giur. Cost.*, 1965, p. 50.

configurato dalla riforma del 1990, prevedeva la condotta del «pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, abusa del suo ufficio, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione fino a due anni. Se il fatto è commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, la pena è della reclusione da due a cinque anni». *Prima facie*, si notano tre novità: l'ampliamento dei soggetti attivi, la previsione di una doppia illiceità e la differenziazione *quoad poenam* tra vantaggio patrimoniale e vantaggio non patrimoniale. La prospettiva della riforma era quella di trasformare l'abuso innominato d'ufficio in un reato di condotta non meglio definita «abusa del suo ufficio» e a dolo specifico («al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio»), che avrebbe dovuto assicurare una maggiore delimitazione del sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa, finendo per creare, al contrario, un «gigantesco contenitore<sup>5</sup>» di condotte indeterminate<sup>6</sup>.

Si giunse, così, alla l. n. 234/1997 con l'intento di sopperire al *vulnus* sotteso al delitto *de quo*: stabilire fino a che punto il giudice penale potesse sindacare le scelte dei titolari di poteri politico-amministrativi soprattutto in relazione ad atti discrezionali. L'art. 323 c.p. venne nuovamente ristrutturato *in toto* perseguendo una netta restrizione delle condotte penalmente rilevanti mediante un più elevato grado di precisione e determinatezza degli elementi costitutivi, scongiurando la capillare ingerenza del potere giudiziario e il pericolo di inerzia dei funzionari della pubblica amministrazione, dovuto, quest'ultimo, al venir meno della prevedibilità delle condotte conseguenti alla loro scarsa tipizzazione *ex lege*. La versione dell'allora nuovo abuso d'ufficio condannava «salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che nello svolgimento delle sue funzioni o del servizio, in violazione delle norme di legge o

---

<sup>5</sup> L'espressione è di PAGLIARO, *Contributo al dibattito sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. Pen e proc.*, 1996, p. 1405.

<sup>6</sup> Cfr., T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 5.

di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto». Si evince che la novella in esame era stata trasformata in un reato di evento («ingiusto vantaggio patrimoniale» ovvero «un danno ingiusto») a condotta vincolata commissiva («in violazione di norme di legge o di regolamento») od omissiva («ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti») con dolo intenzionale («intenzionalmente», riferito solo all'evento, gli altri elementi della fattispecie sono oggetto di dolo generico<sup>7</sup>). Innovativa è la c.d. doppia ingiustizia, nel senso che *contra ius* devono essere la condotta del soggetto agente e l'evento di vantaggio, inteso solo come patrimoniale<sup>8</sup>, o di danno<sup>9</sup>. In relazione alla restrizione dell'area di punibilità delle condotte, venne sollevata questione di legittimità costituzionale nel 1998 stabilendo che l'eventuale addebito al legislatore di aver omesso di sanzionare penalmente determinate condotte non può tradursi in una censura di illegittimità costituzionale della legge e in una richiesta di supplenza ad opera della Corte costituzionale, in quanto le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono nella tutela penale, ben potendo, invece, essere soddisfatte con diverse forme di precetti e di sanzioni<sup>10</sup>.

Il terzo intervento avvenne ad opera della l. n. 190/2012, c.d. Legge Severino, che si limitò esclusivamente ad inasprire il trattamento sanzionatorio elevandolo da uno a quattro anni di reclusione (da sei mesi a tre anni *ex ante* la modifica).

Da ultimo l'art. 23 «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale» del d.l. n. 76/2020, convertito senza modificazioni dalla l. n. 120/2020, interviene definendo «in modo più puntuale il reato di abuso d'ufficio, affinché i funzionari pubblici abbiano certezza su quali sono gli specifici

---

<sup>7</sup> Cass. Sez. VI, 20 aprile 2011, n. 34116, in CED 250833, C. S.

<sup>8</sup> Cass. Sez. III, 13 dicembre 2017, n. 4140, in CED 272113-01, G.M., M.N.; Cass. Sez. VI, 30 gennaio 2013, n. 12370, *ivi* 256004-01, B.P., Q.L.

<sup>9</sup> Cass. Sez. VI, 28 aprile 2016, n. 17676, in CED 267171, F.S.

<sup>10</sup> Corte cost. 28 dicembre 1998, n. 447.

comportamenti puniti dalla legge»<sup>11</sup>. L'intento riformatore riguardo all'art. 323 c.p. è quello di «evitare che sui funzionari onesti gravi eccessiva incertezza, ad esempio, circoscrivendo più puntualmente il reato d'abuso d'ufficio»<sup>12</sup>. Il *restyling* della fattispecie opera esclusivamente sul disvalore di azione lasciando immutati i restanti elementi normativi, sostituendo la violazione «di norme di legge o di regolamento» con la violazione «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità». La riforma opera restringendo ulteriormente il campo di applicazione della condotta commissiva lasciando inalterata quella omissiva, la cui portata applicativa sarà potenzialmente suscettibile di espansione in via interpretativa. Il motore della riforma è sempre lo stesso: «ulteriormente caratterizzando la fisionomia tipica dell'abuso d'ufficio, col dichiarato obiettivo di legare definitivamente le mani all'interprete»<sup>13</sup>.

Le ragioni di questo indirizzo normativo sarebbero le burocrazia difensiva e rifiuto della firma. Se le esigenze di problematiche, alcune delle quali ciclicamente riproposte, connaturate all'abuso d'ufficio - *deficit* di precisione e determinatezza, supplenza giudiziaria della magistratura penale, precisione e determinatezza - applicano direttamente il principio di legalità *ex* art. 25, co. 1 Cost., viene rilevato tuttavia che la scarsa efficienza della pubblica amministrazione non dipende dalla presenza del reato di abuso d'ufficio. Le «statistiche giudiziarie» rilevano un ampio divario fra il numero delle indagini avviate per abuso d'ufficio e il numero delle condanne<sup>14</sup> che sembra ascrivibile ad una *mala gestio* delle

---

<sup>11</sup> Comunicato stampa del Consiglio dei ministri, 7 luglio 2020, n. 54.

<sup>12</sup> G. PIGNATONE, *Se l'abuso d'ufficio e la burocrazia difensiva imbrigliano il Paese nell'immobilismo*, *La Stampa*, 14 giugno 2020. L'autore riporta le parole di Giuseppe Conte ed effettua un lucido parallelismo con quelle di Oscar Luigi Scalfaro nel 1996.

<sup>13</sup> V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, in *disCrimen*, 14 settembre 2020, p.10.

<sup>14</sup> Si rimanda agli ultimi dati ISTAT. Per la ricerca relativa ai procedimenti per abuso d'ufficio nel distretto della Corte di Appello di Salerno, nel quinquennio 2014-2018, si veda *Pubblica Amministrazione: semplificare i processi decisionali, migliorare le performance* coordinata dal Prof. A. R.

iscrizioni delle notizie di reato e delle indagini preliminari. La maggiore attenzione delle Procure in relazione alle mere segnalazioni delle adozioni di atti amministrativi illegittimi, alle sospette notizie di reato e alla consapevolezza del funzionamento delle iscrizioni nell'apposito registro *ex art. 335 c.p.p.*, non determinerebbero gli effetti patologici segnalati dalle statistiche che, di certo, non possono essere ricondotti al *deficit* di determinatezza della fattispecie<sup>15</sup>. Per quanto importante ai fini della tassatività, la riforma della fattispecie incriminatrice non può non essere accompagnata, in termini di efficacia, alla definizione di modalità, finalità e limiti delle diverse funzioni amministrative in forma meno complicata e caotica. L'"invadenza" attribuita alle Procure è conseguenza della facilità con cui le scelte amministrative possono essere attaccate, censurate e investite dal sospetto del favoritismo, prevaricazione o indebito profitto<sup>16</sup>. Dietro la burocrazia difensiva e il rifiuto della firma c'è questa incertezza sull'applicazione del reato parallela ai costi personali e sociali affrontati da un funzionario indagato, a nulla rilevando le esigue condanne portate a termine. In altri termini, il timore di un procedimento penale a carico conduce il singolo funzionario ad esimersi dalle proprie responsabilità, prediligendo comportamenti statici, rassicuranti e meticolosi. Sulla scorta di questo immobilismo, l'intervento prioritario del legislatore dovrebbe essere sopperire alle carenze organizzative, culturali e di formazione<sup>17</sup>.

---

CASTALDO, presso l'Università degli Studi di Salerno; si veda anche V. MAGLIONE, *Il nuovo abuso d'ufficio non taglia i fascicoli a carico dei funzionari, ma rischia di complicare le indagini*, *Il Sole 24 Ore*, 28 luglio 2020.

<sup>15</sup> M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Sistema Penale*, n. 7/2020, p. 137.

<sup>16</sup> Così T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 15.

<sup>17</sup> G. PIGNATONE, *op. cit.* In relazione alla burocrazia difensiva vedi anche V. VALENTINI, *op. cit.*

### 3. La violazione di legge fra la riforma del 1997 e quella del 2020

Poiché la riforma del 2020 ha inciso esclusivamente sul disvalore d'azione, l'analisi si incentrerà su di esso.

*Intentio legislatoris* del 1997 è quello di selezionare entro binari rigidi le condotte rilevanti, postulando l'abuso solo ove un pubblico agente violi una norma di natura legislativa o regolamentare riferita specificamente al tipo di attività svolta in concreto, circoscrivendo la discrezionalità valutativa del magistrato penale. La giurisprudenza dei primi anni, a partire dalla sentenza Tosches n. 877/1997, ha attuato la suddetta *voluntas* stabilendo che la norma violata non debba essere genericamente strumentale alla regolarità dell'attività amministrativa, ma debba vietare puntualmente il comportamento sostanziale del pubblico funzionario. Inoltre, necessario è che l'agente violi leggi e regolamenti che di questi atti abbiano i caratteri formali ed il regime giuridico, non essendo sufficiente un qualunque contenuto materialmente normativo della disposizione trasgredita<sup>18</sup>. Vengono espunte dal disvalore d'azione le violazioni di norme aventi carattere meramente procedurale, le violazioni di norme generali di principio o genericamente strumentali alla regolarità dell'azione amministrativa, come l'art. 97 Cost. in quanto avente valore programmatico e non precettivo, e la figura dell'eccesso di potere, vizio di legittimità tipico dei provvedimenti discrezionali<sup>19</sup>. Prendendo in considerazione solo il vizio della violazione di legge<sup>20</sup>, si vanno a colpire attività tanto vincolate da rendere *ictu oculi* evidente l'illegittimità della condotta con conseguente insindacabilità di tutte le attività discrezionali.

L'orientamento restrittivo, dichiarato incensurabile sotto il profilo di un'eventuale violazione dell'art. 97 Cost., viene

---

<sup>18</sup> Cass. Sez. II, 4 dicembre 1997, n. 877, G.T., in *Foro it.* 1998, II, p. 258 ss.

<sup>19</sup> M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, 4° ed., Il Mulino, 2020, p. 214.

<sup>20</sup> La violazione di legge è un vizio dell'atto amministrativo in contrasto con le disposizioni normative contenute in fonti di rango primario o secondario che definiscono i profili vincolati del potere. M. CLARICH, *op. cit.*, p. 210.

superato in vista di un indirizzo espansivo della giurisprudenza di legittimità. Nell'alveo della violazione di legge vengono ricondotte: le norme di carattere procedimentale, qualora destinate ad incidere sulla decisione; le norme di principio, come l'art. 97 Cost., identificato come norma cardine del dovere di imparzialità; le norme indirette di legge. Infine, vengono recuperati gli atti viziati da eccesso di potere nella forma dello sviamento.

Riguardo a questi ultimi atti, la loro esclusione nel primissimo indirizzo restrittivo aveva messo in luce l'esenzione dalla responsabilità penale di quelle forme di abuso consistenti nell'esercizio arbitrario di un potere discrezionale, senza violazione formale delle disposizioni che lo disciplinano. La giurisprudenza individua, quindi, l'abuso d'ufficio non solo quando la condotta contrasta con il significato logico-letterale di una norma legislativa o regolamentare, ma anche quando la condotta contraddice lo specifico fine perseguito dalla norma oltrepassando ogni scelta discrezionale attribuita al pubblico agente per la realizzazione dello stesso<sup>21</sup>. Viene delineata la distinzione fra il c.d. eccesso di potere intrinseco, escluso dall'ambito di rilevanza dell'art. 323 c.p. in quanto consiste nell'esercizio di un potere discrezionale che, seppur non consegua un risultato corrispondente all'interesse pubblico, rimane nel perimetro delle possibili soluzioni consentite dalla norma attributiva di potere, e il c.d. eccesso di potere estrinseco, sussumibile nell'abuso d'ufficio poiché il potere viene esercitato per uno scopo totalmente eccentrico rispetto all'interesse pubblico da perseguire, ponendosi al di fuori del potere discrezionale concretamente esercitabile. Con la sentenza Rossi delle Sezioni Unite Penali n. 155/2011, la dicitura «violazione di norme di legge o di regolamenti» ha inglobato anche quelle condotte formalmente legittime ma dirette alla realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito, ossia il c.d. sviamento di potere in cui quest'ultimo «non viene esercitato secondo lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione». Nel senso delle Sezioni Unite Rossi si

---

<sup>21</sup> Cass. Sez. VI, n. 35501/2010, CED 248596, D.L.F., C.G.F.

è orientata la prevalente giurisprudenza di legittimità successiva<sup>22</sup>.

Per quanto riguarda i precetti costituzionali, si è attribuito all'art. 97 Cost. una valenza prescrittiva, oltre che programmatica, dalla quale ricavare veri e propri precetti immediatamente applicabili e idonei ad integrare la violazione di norme di legge ex art. 323 c.p. La sola inosservanza del principio costituzionale ex art. 97 Cost. integra il requisito della violazione di legge per la parte in cui esprime il divieto di ingiustificate preferenze o di favoritismi e impone al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio una precisa regola di comportamento di immediata applicazione<sup>23</sup>.

La novella del 2020 introduce la «violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità». Il *novum* normativo attiene alla maggiore determinatezza della violazione di legge e all'eliminazione delle fonti regolamentari, oggetto della riforma maggiormente discusso poiché scenario primigenio dei più frequenti e gravi abusi.

Andando in ordine, la nuova violazione di legge connota le seguenti novità: la «specificità» di una regola di condotta «espressamente prevista dalla legge o da atti aventi forza di legge» e dalle quali «non residuino margini di discrezionalità». Si è voluto proclamare, in pieno ossequio alla più rigida tassatività, che l'abuso si deve risolvere nell'inosservanza di un potere vincolato dalla legge nell'*an*, nel *quid* e nel *quomodo* dell'attività, senza, appunto, margini di discrezionalità in alcuno dei momenti qualificanti il comportamento definito dalla legge e dall'atto ad essa equiparato<sup>24</sup>.

D'ora in avanti può assumere rilevanza solo l'inosservanza di norme che prescrivono regole di condotta specifiche che il

---

<sup>22</sup> Cass. Sez. VI, 13 aprile 2018, n. 19519, in CED 273099-01, F.D.; Cass. Sez. II, 5 maggio 2015, n. 23019, *ivi*, 264270-01, A.G., Cass. Sez. VI, 2 aprile 2015, n. 27816, *ivi*, 263932, D.B.G., C.E., B.G., D.F.G., T.C.

<sup>23</sup> Cass. Sez. II, 27 ottobre 2015, n. 46096, in CED 265464, G.R., G.F.; Cass. Sez. VI, 21 febbraio 2019, n. 22871, *ivi* 239892, V.E.; Cass. Sez. VI, 2 aprile 2015, n. 27816, *op. cit.*

<sup>24</sup> Cass. Sez. VI, 28 gennaio, 1° marzo 2021, n. 8057, A.F.

pubblico funzionario deve rispettare. *Ergo*, per configurare abuso d'ufficio, occorre che la norma di legge violata sia quella diretta a prescrivere o a vietare un determinato comportamento del pubblico agente. Si dovrebbero, quindi, escludere dal campo di applicazione della fattispecie le norme meramente procedurali e le norme programmatiche: le prime perché dirette a disciplinare l'*iter* di un procedimento, nella specie amministrativo, e le seconde perché esplicano principi generali non immediatamente efficaci, come il principio di buon andamento e di imparzialità *ex art. 97 Cost.* In realtà, si evince che le norme procedurali potrebbero rientrare nell'alveo dell'art. 323 c.p. laddove si tratti di inosservanza di norme doverose e vincolanti che spiegano i propri effetti immediatamente sulla fase decisoria, cagionando il danno elemento costitutivo del reato. Dovrebbero rilevare, ancora ad oggi, le violazioni delle regole sulla competenza, delle regole che prevedano l'ingresso nella fase procedimentale di un parere di un altro soggetto o che prevedano il carattere vincolante di tale parere<sup>25</sup>.

In relazione all'art 97 Cost. si è già visto che ha natura programmatica, riferendosi all'organizzazione della PA, ma ne è stata estrapolata anche la portata precettiva in relazione al principio di imparzialità laddove si risolva in specifiche regole di condotta immediatamente applicabili, consistenti nel divieto di favoritismi<sup>26</sup>. Secondo l'orientamento giurisprudenziale favorevole citato pocanzi, criticato da parte della dottrina, la violazione del principio di imparzialità *ex art. 97 Cost.*, come specifica regola di condotta, può assumere rilievo laddove, rispetto al provvedimento adottato, risulti produttiva di ingiustificate preferenze o favoritismi ovvero, al contrario, di

---

<sup>25</sup> Così, G. AMATO, *Una prima pronuncia che chiarisce la portata della limitazione introdotta*, in *Guida Dir.*, n. 48/2020, p. 88.

<sup>26</sup> Alcuni ritengono che dall'art. 97 Cost. non si possano ricavare espressioni e specifiche regole di condotta a carattere vincolante sulla base di una lettura dell'art. 323 c.p. in armonia con il principio di legalità. G.L. GATTA, *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, in *Sistema Penale*, 2 dicembre 2020; A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto, ma non insolubile*, in *Sistema Penale*, 20 novembre 2020, p. 8.

condotte ispirate a vessazioni, emarginazione e discriminazione motivata da ritorsione e finalizzata a procurare un danno ingiusto.

*In secundis*, dopo aver trattato la «specificità», bisogna aver limpido cosa si intende per «legge o atti aventi forza di legge». Orbene, è pacifico che possa assumere rilievo solo la violazione di fonti primarie: una legge formale ovvero un atto avente forza di legge, ossia un decreto legislativo o un decreto legge. *Conditio sine qua non*, affinché siano rilevanti le fonti primarie, è che descrivano specificatamente una regola di condotta che vieti il comportamento sostanziale del pubblico funzionario senza margini di discrezionalità. Come si è già osservato, vengono espunte le violazioni di norme generali o di principio ovvero quelle di carattere meramente procedimentale. In relazioni agli atti aventi forza di legge, ci si chiede se costituiscano nuova incriminazione *ex art. 2 co. 1, c.p.* La risposta deve ritenersi negativa perché già nella versione del 1997 era ricompreso, nel concetto di norma di legge *lato sensu*, l'atto avente forza di legge<sup>27</sup>. Di recente, la Cassazione ha rilevato che l'abuso d'ufficio nella prima opzione «può essere ora integrato solo dalla violazione di “regole di condotta previste dalla legge o da atti aventi forza di legge”, cioè da fonti primarie, con esclusione dei regolamenti attuativi, e che abbiano, inoltre, un contenuto vincolante precettivo da cui non residui alcuna discrezionalità amministrativa»<sup>28</sup>.

In relazione al terzo intervento, occorre preliminarmente descrivere cosa si intende per discrezionalità. Quest'ultima, nella pubblica amministrazione è «pervasiva e multiforme»<sup>29</sup> e si distingue in: discrezionalità amministrativa, discrezionalità tecnica, discrezionalità politica. La prima consiste in una scelta, coerente con il fine perseguito dalla norma attributiva di potere, fra più comportamenti giuridicamente leciti per il

---

<sup>27</sup> G. GAMBARDELLA, *op. cit.*, p. 145.

<sup>28</sup> Cass. Sez. Feriele 25 agosto-17 novembre 2020, n. 32174, D.A., p. 5.

<sup>29</sup> G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in *Sistema Penale*, 17 luglio 2020, par. 4.3.

soddisfacimento dell'interesse pubblico in concreto. Tale scelta del funzionario pubblico è frutto di un bilanciamento fra l'interesse pubblico primario e gli interessi secondari. La discrezionalità tecnica attiene alla necessità di una valutazione dei fatti, rilevanti per il perseguimento dell'interesse pubblico, alla stregua di regole scientifiche e canoni tecnici senza svolgere alcun bilanciamento di interessi ai fini della soluzione più opportuna. La discrezionalità politica, esclusa aprioristicamente dal campo di applicazione dell'art. 323 c.p., riguarda il merito delle scelte di indirizzo politico. Si evince che irrilevanti sono sia la discrezionalità amministrativa sia la discrezionalità tecnica, in quanto entrambe, seppur meno evidente in quella tecnica, influiscono sul margine di scelta che il pubblico funzionario compie. Ad escludere espressamente ambedue, è intervenuta la Sesta Sezione della Corte di Cassazione con la sentenza n. 442/21 stabilendo la limitazione della responsabilità penale quando le regole di comportamento consentano al pubblico funzionario di agire «in un contesto di discrezionalità amministrativa, anche tecnica: intesa, questa, nel suo nucleo essenziale come autonoma scelta di merito – effettuata all'esito di una ponderazione comparativa tra gli interessi pubblici e quelli privati – dell'interesse primario pubblico da perseguire in concreto».

Il *novum* normativo richiede l'inosservanza di regole vincolanti. Al contrario, si esclude *ex se* che la violazione di una specifica regola di condotta, connotata da margini di discrezionalità, possa integrare abuso d'ufficio. Sembrerebbe questo uno sbarramento all'orientamento giurisprudenziale della già menzionata sentenza Rossi. Nella nuova ottica non potrebbero più rilevare gli atti censurati da eccesso di potere sotto forma di sviamento, cioè gli atti compiuti per uno scopo diverso da quello tipico, poiché è un vizio attinente al contenuto discrezionale dell'atto, che non rileva più a seguito della modifica. Il timore retrostante l'eccesso di potere è una possibile invasione del sindacato e del controllo penale nell'attività amministrativa. Confermando i soli atti vincolati privi di discrezionalità si neutralizzano gli spazi di applicazione della norma incriminatrice in quanto la maggior parte degli atti e delle

attività dell'amministrazione sono volti ad una scelta discrezionale e gli atti vincolati sembrano praticamente inesistenti.

Sul punto è intervenuta la Cassazione, con la già citata sentenza n. 442/2021, ritenendo che l'irrilevanza penale dell'esercizio di un potere discrezionale trovi un limite allorquando «non trasmodi tuttavia in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici – sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità – laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito». È una sentenza importante che recupera una parte di quel campo di applicazione che sembrava pregiudicata dalla rigida tipizzazione della norma incriminatrice. Viene riesumata anche quella distinzione fra limiti esterni e limiti interni, nella parte in cui la sentenza prevede che al giudice penale è sottratto anche «il sindacato del mero “cattivo uso” – la violazione dei limiti interni nelle modalità di esercizio – della discrezionalità amministrativa». Il ripristino, ad opera della Corte, delle suddette condotte non vincolate è stato definito come «la plastica rappresentazione di quell'insofferenza alla ‘legalità della legge’ che spinge alla sostanziale riscrittura del precetto per via interpretativa»<sup>30</sup>.

Lapidario è stato il taglio netto dei regolamenti, vero *punctum dolens* del nuovo abuso d'ufficio. Laddove prima era prevista la «violazione di norme di legge o di regolamento», adesso l'art. 23, d.l. semplificazioni prevede «specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge» estromettendo definitivamente le fonti regolamentari per restringere gli abusi penalmente rilevanti. In passato, il concetto di regolamento aveva destato forti perplessità poiché le varie tipologie di regolamenti hanno un carattere altamente eterogeneo. Nella precedente configurazione dell'abuso d'ufficio, già escludendo i bandi di concorso e le circolari, disposizioni di fonte regolamentare erano quelle

---

<sup>30</sup> M. NADDEO, *La nuova struttura dell'art. 323 c.p.*, in *Archivio Penale*, n. 1/2021, par. 3.

emanate nell'esercizio della potestà regolamentare del governo *ex art. 17, n. 1. 400/1988* o degli enti locali *ex art. 7, d. lgs. n. 267/2000*, come: i regolamenti comunali, per disciplinare l'ordinamento degli uffici e la loro dotazione organica; gli statuti comunali, riguardo alla disciplina delle funzioni e delle prestazioni dei pubblici servizi; gli strumenti urbanistici generali, fra cui anche i piani di recupero e riqualificazione urbana<sup>31</sup>. Proprio riguardo all'eterogeneità dei regolamenti, sembra che si sia risolto il problema alla radice: sopprimendoli. Rilevano espressamente tale soppressione alcune recenti sentenze. La già citata sentenza della Corte di Cassazione n. 442/2021 stabilisce che la condotta rilevante penalmente è quella in violazione di «regole cogenti per l'azione amministrativa, che per un verso siano fissate dalla legge (non rilevano dunque i regolamenti, né eventuali fonti sub-primarie o secondarie) e per altro verso siano specificatamente disegnate in termini completi e puntuali» e ancora «sottraendo al giudice penale...l'apprezzamento dell'inosservanza di principi generali o di fonti normative di tipo regolamentare o sub-primario». In realtà si è parlato di *punctum dolens* perché le «regole di condotta» di cui si chiede la violazione sono, nella stragrande maggioranza dei casi, previste espressamente proprio da quelle fonti regolamentari che, invece, sono state espunte.

Ultima questione da affrontare è la «violazione mediata di legge», ossia la trasgressione di una regola contenuta in fonti di rango sub-legislativo, ma emanata in forza di una legge. Se prima era consentita, adesso, ai sensi della riformulazione dovrebbe non rilevare più, poiché non si tratta di una regola espressamente prevista da legge, ma appunto desunta da una fonte subordinata<sup>32</sup>. È intervenuta la Sesta Sezione della Corte di Cassazione con la sentenza n. 31873/2020 in relazione ai permessi a costruire stabilendo che «i piani urbanistici non rientrano nella categoria dei regolamenti...che nel mutato quadro normativo escluderebbe la fattispecie di abuso in atti di

---

<sup>31</sup> A. NATALINI, *op. cit.*, pag. 83 ss.; Cass. Sez. VI, n. 26175/2009, CED 244463, V.I., S.R., E.N., M.S., M.C., S.N., M.L., S.A.; Cass. Sez. III, n. 22134/2008, V.C.L.

<sup>32</sup> Così A. NISCO, *op. cit.*, pag. 7.

ufficio, ma in quella degli atti amministrativi generali la cui violazione...rappresenta solo il presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica...a cui deve farsi riferimento, per ritenere concretata la “violazione di legge”, quale dato strutturale della fattispecie ex art. 323 c.p. anche seguito della modifica normativa». La normativa in materia urbanistica deve riguardare norme specifiche e per le quali non residuino margini di discrezionalità, in pieno rispetto della formulazione dell’art. 323 c.p. Difatti, la Corte si riferisce all’art. 12, d.P.R. n. 380/2001, che detta i requisiti di legittimità del permesso a costruire, e al successivo art. 13, che detta la disciplina urbanistica che il dirigente di settore è tenuto a rispettare nel rilascio del permesso a costruire.

#### 4. *Parziale abolitio criminis e condotta omissiva*

L’intervento del d.l. semplificazioni ha posto un’ulteriore complessa *quaestio* da un punto di vista di diritto intertemporale, suscettibile di ripercussioni sulla portata potenzialmente espansiva della seconda condotta dell’abuso d’ufficio, quella omissiva.

In primo luogo, la Corte di Cassazione, sempre nella sentenza n. 442/2021, ha sancito che il nuovo abuso d’ufficio ha prodotto una parziale *abolitio criminis*, con retroattività *in bonam partem* ex art. 2, c. 2, c.p., in relazione a quelle condotte, commesse prima dell’entrata in vigore della riforma, che sono state espunte dalla norma incriminatrice siccome realizzate «mediante violazione di norme regolamentari o di norme di legge generali e astratte, dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità». Per avere certezza che si sia verificata una parziale *abolitio criminis*, Gatta suggerisce di ricorrere ad una triplice verifica per definirne meglio la portata e i contorni<sup>33</sup>.

*In primis*, bisogna ricondurre il fatto, commesso prima della riforma, alla nuova ipotesi di abuso d’ufficio. Laddove la

---

<sup>33</sup> Vedi G.L. GATTA, *Riforma dell’abuso d’ufficio*, *op. cit.*

verifica riuscisse, non si avrebbe *abolitio criminis* giacché il fatto, prima punibile, continuerebbe ad esserlo. Laddove, invece, la verifica risultasse negativa, occorrerebbe procedere al secondo *step*: l'eventuale sussunzione del fatto sotto la modalità alternativa di condotta dell'omessa astensione.

*Rebus sic stantibus*, la Corte di Cassazione, nella citata sentenza n. 32174/2020, ha stabilito che la modifica non esplica alcun effetto riguardo all'inosservanza dell'obbligo di astensione «rispetto al quale la fonte normativa della violazione è da individuarsi nella stessa norma penale salvo che per il rinvio agli altri casi prescritti, rispetto ai quali non pare ugualmente pertinente la limitazione alle fonti primarie di legge, trattandosi della violazione di un precetto vincolante già descritto dalla norma penale, sia pure attraverso il rinvio, ma solo per i casi diversi dalla presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, ad altre fonti normative extra-penali che prescrivono lo stesso obbligo di astensione». Se *ab origine* il fatto era stato contestato come ipotesi di omessa astensione, *nulla quaestio*. Se, invece, il fatto era qualificato, alternativamente, come abuso per violazione di norme di regolamento, norme di legge dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse ovvero regole di condotta che lasciano residuare margini di discrezionalità, occorre valutare se venga inghiottito dall'omessa astensione in situazioni di conflitto di interesse e, soprattutto, «negli altri casi prescritti». In caso affermativo si configurerebbe un «cercocervo normativo» secondo cui «se ricorre un interesse “proprio” dell'agente pubblico o di un suo congiunto, od un altro caso di astensione, il pubblico ministero varca i cancelli della discrezionalità amministrativa e rovista dove è necessario rovistare; se si tratta invece del compimento di un'attività interamente vincolata, l'agente pubblico, che si prospetti o meno l'interesse proprio o di un suo congiunto, avrà semplicemente adempiuto il proprio dovere»<sup>34</sup>.

In caso negativo, invece, si ricorre alla terza ed ultima verifica: l'*abrogatio sine abolitione*. Consiste nell'accertare se il

---

<sup>34</sup> T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 10.

fatto storico sia riconducibile ad un'altra fattispecie già prevista dalla legge. Nel caso rientri in un reato più grave, essendo presente la clausola di consunzione, il fatto non era inquadrabile nell'abuso d'ufficio già *illo tempore*. La questione si pone in relazione ai reati meno gravi, che sarebbero stati assorbiti nell'abuso d'ufficio, nei confronti di cui, secondo Gatta, non si può affermare un'*abolitio criminis* in quanto costituenti legge posteriore più favorevole.

In ultima istanza, il fenomeno della parziale abrogazione si verifica nel momento in cui gli esiti delle tre verifiche siano negativi, configurando quindi l'eliminazione di qualsiasi norma applicabile al caso concreto.

### 1. Conclusioni

Abbiamo spiegato come il *vulnus* risieda proprio nella discrezionalità amministrativa, sottratta volontariamente al sindacato del giudice penale per scongiurare l'immobilismo della pubblica amministrazione. Così muovendosi, il legislatore ha svuotato il delitto di specie della propria ragion d'essere, poiché l'abuso si esprime proprio laddove vi sia un potere discrezionale del pubblico funzionario. Inoltre, tale discrezionalità è caratteristica intrinseca al potere della pubblica amministrazione, senza la quale non potrebbe opportunamente svolgersi quella ponderazione di interessi volta a prediligere la soluzione migliore per concretizzare l'interesse pubblico perseguito. Si andrebbe così delineando una sorta di sfera di impunità per i detentori di un potere discrezionale o per quei soggetti in grado di abusarne. Parallelamente alla seconda condotta dell'omissione, sembrerebbe incentivato e reso conveniente l'agito piuttosto che l'inerzia (*slogan* del d.l. Semplificazioni).

Il diritto penale, a cui si dovrebbe ricorrere come *extrema ratio*, viene ormai utilizzato come un alibi dietro cui celare il fallimento della risoluzione di determinati fenomeni. Sarebbe più opportuno andare a colmare e supportare quelle che sono le lacune del sistema amministrativo mediante un rafforzamento urgente dei controlli interni, maggiori sanzioni disciplinari, una

*L'ennesimo intervento di chirurgia ortopedica sull'abuso di ufficio*

riorganizzazione complessiva delle competenze e delle procedure.



ELENA GHI\*

IL SINDACATO SUL VIZIO DI MOTIVAZIONE  
TRA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E  
CORTE DI CASSAZIONE

*The present article gives information about the relevance of the judge giving an exhaustive motivation while writing a judgement, comparing the importance it has in the Court of Cassation and in the European Court of Human Rights. In fact, between 2012 and 2014 the Court of Cassation literally transposed the ideas of the European Courts concerning motivation in the national sentences. In contrast, since 2015 the Supreme Court of Italy has not been respecting the notion of «complete, consistent and reasonable motivation» given by the Court of Human Rights. At last, the article shows some possible solutions to solve the lack of respect described above.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La portata operativa del sindacato sull'obbligo di motivazione nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. – 3. Il controllo della Corte di Cassazione sulla motivazione. – 3.1 L'ampiezza iniziale del controllo sulla motivazione. – 3.2 La successiva e recente involuzione. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo sancisce all'art. 6 il diritto all'equo processo, evidenziandone i diversi corollari, fra i quali il principio di terzietà e imparzialità dell'organo giudicante, il principio del contraddittorio, il principio della ragionevole durata del processo. La Corte Europea, organo con funzioni giurisdizionali, assicura il rispetto

---

\*Dottoressa in Giurisprudenza presso Sapienza Università di Roma. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il Prof. Alfredo Gaito, docente di Procedura penale presso Sapienza Università di Roma.

e la corretta applicazione dei principi contenuti nella Convenzione. La Corte di Strasburgo, nell'assolvere questo compito, ha sempre sottolineato l'importanza dell'obbligo di motivazione quale corollario essenziale del giusto processo, tale da garantire al soggetto imputato un controllo *ex se* sulle ragioni su cui la decisione dell'organo giudicante si fonda. Inoltre, l'obbligo motivazionale è stato ritenuto essenziale anche al fine del controllo sul corretto operare del giudice decidente da parte delle autorità giudiziarie nei successivi gradi di giudizio. La centralità dell'obbligo di motivazione evidenziata dalla Convenzione, i cui principi sono da ritenersi ormai «comunitarizzati», sia per il loro riconoscimento come «principi generali del diritto dell'Unione», sia per la loro omologazione ai diritti tutelati dal Trattato di Lisbona, fonte primaria di diritto europeo<sup>1</sup>, ha avuto dirette conseguenze anche sul piano nazionale. In particolare, l'art. 111 della Costituzione, nel descrivere i caratteri imprescindibili del giusto processo, al comma 6 sancisce che «tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati». Inoltre, l'art. 546 comma 1 lett. E) c.p.p. elenca i caratteri necessari che la motivazione deve necessariamente soddisfare; infatti, la motivazione deve contenere «la concisa esposizione dei fatti e delle circostanze su cui la decisione è fondata, con l'indicazione dei risultati acquisiti e dei criteri di valutazione della prova adottati e con l'enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie».

*2. La portata operativa del sindacato sull'obbligo di motivazione nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo conferma ormai da anni e incessantemente l'importanza dell'obbligo di motivazione quale elemento essenziale per la garanzia del giusto processo. In particolare, in data recentissima, la Corte di Strasburgo ha ribadito come la motivazione della sentenza di condanna debba

---

<sup>1</sup> A. GAITO, *Procedura Penale*, Giappichelli, 2020, p. 44.

contenere l'analitica spiegazione dei motivi che giustificano il rigetto delle questioni sollevate dalla difesa, rilevando, nel caso esaminato dalla sentenza in nota, la violazione dell'art. 6 CEDU da parte della Turchia nei confronti di un militante del PKK<sup>2</sup>. Secondo la Corte, infatti, la carenza di queste specificazioni nella motivazione della sentenza impedisce al ricorrente di contestare, in modo efficace e commisurato ai principi posti dall'art. 6 CEDU, la veridicità e l'affidabilità delle prove poste a fondamento del giudizio di colpevolezza e, allo stesso tempo, mina la fiducia che la magistratura in una società democratica deve ispirare nel pubblico<sup>3</sup>. Si comprende fin da subito, dunque, che il diritto alla motivazione chiara, intellegibile, completa, logica e non contraddittoria assume un valore garantista tanto nei confronti del singolo quanto nei confronti della socialità.

Inoltre, la Corte Europea ha spesso evidenziato come l'obbligo di motivazione non sia collegato solo agli aspetti formali, cioè quelli utili a rendere comprensibile la ricostruzione dell'*iter* decisionale del giudice decidente; è infatti necessario anche che tutti i provvedimenti e gli atti posti in essere dalle autorità giurisdizionali siano motivati al fine di poter operare sugli stessi un controllo più penetrante, tale da rendere possibile, in sede di impugnazione, la censura sull'applicazione di regole e convincimenti personali dei giudici che ledono, questi stessi, il diritto all'equo processo. È il caso di menzionare al riguardo tre pronunce della Corte di Strasburgo che chiariscono questo punto.

La prima pronuncia, che ha riguardato un cittadino lettone, spiega come il diritto all'equo processo sia leso anche laddove una dichiarazione di un pubblico ufficiale nei confronti di una persona accusata di reato esprima la colpevolezza del soggetto imputato prima che lo stesso sia dichiarato colpevole attraverso una sentenza di condanna<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Cfr. Corte EDU, sent. *Ayetullah c. Turchia*, 27 Ottobre 2020.

<sup>3</sup> Giusto processo - Corte EDU, 27 ottobre 2020, *Ayetullah AY c. Turchia*, disponibile al link: <http://archiviopenale.it/giusto-processo--corte-edu-27-ottobre-2020-ayetullah-ay-c-turchia-/contenuti/12203>.

<sup>4</sup> Cfr. Corte EDU, sent. *Kangers c. Lettonia*, 14 Marzo 2019.

Allo stesso modo, la Corte, in una pronuncia del 2019, ha riconosciuto una violazione dell'art. 6 CEDU poiché in Germania era stata revocata la sospensione della sentenza di condanna sul presupposto della commissione di un altro reato, non ancora accertato con sentenza definitiva<sup>5</sup>. Si legge nella sentenza «*the Court has consistently emphasised the importance of the choice of words by public officials in their statements, before a person has been tried and found guilty*».

Da ultimo, in una recentissima pronuncia, la Corte ha ravvisato una violazione dell'art. 6 CEDU da parte della Repubblica di San Marino poiché, a seguito del proscioglimento dell'imputato per intervenuta prescrizione del reato, nel disporre il risarcimento alla parte civile, il giudice nazionale era ricorso a espressioni incoerenti con la caducazione dell'imputazione<sup>6</sup>. In questa pronuncia si legge «*the second aspect of the protection afforded by the presumption of innocence aims to protect individuals who have been acquitted or in respect of whom criminal proceedings have been discontinued from being treated by public officials as though they are guilty*».

Attraverso la lettura congiunta di queste tre pronunce, che sono state menzionate a titolo meramente esemplificativo, è possibile comprendere come la Corte Europea non solo chiarisca che l'obbligo di motivazione vada applicato su ogni singolo provvedimento, ma ritenga anche opportuno che il controllo sulla motivazione sia utilizzato per riconoscere i "sintomi" di violazioni del giusto processo, violazioni sottese alla motivazione stessa e presenti nell'*iter* di ragionamento attraverso cui il giudice è pervenuto all'emissione del provvedimento incriminato. Nei casi sopra descritti, in particolare, la Corte, analizzando le motivazioni che hanno spinto i giudici nazionali ad emettere determinati provvedimenti, ravvisa poi la violazione del principio della presunzione di innocenza, corollario fondamentale del giusto processo.

Da quanto esposto emerge l'ampiezza e il grado di approfondimento del sindacato che il giudice europeo richiede al

---

<sup>5</sup> Cfr. Corte EDU, sent. *El Kaada c. Germania*, 12 Novembre 2015.

<sup>6</sup> Cfr. Corte EDU, sent. *Pasquini c. San Marino*, 20 Ottobre 2020.

giudice nazionale di grado superiore nel valutare la correttezza della motivazione dell'atto impugnato.

### *3. Il controllo della Corte di Cassazione sulla motivazione*

#### *3.1 L'ampiezza iniziale del controllo sulla motivazione*

La Corte di Cassazione, organo Supremo di legittimità sul piano nazionale, ha diversamente tracciato, negli anni, il limite del suo controllo sulla correttezza della motivazione. In particolare già dal 2012, anno da cui inizia la ricerca compiuta per la stesura del presente lavoro, la Suprema Corte, seppure in alcune pronunce<sup>7</sup> ritenga necessario che l'illogicità della motivazione sia evidente per poter essere censurabile in sede di legittimità, si spinge, in particolare in una sentenza<sup>8</sup>, a compiere un controllo sulla motivazione molto più incisivo, laddove ritiene che «il giudice dell'esecuzione, in quanto investito della richiesta *ex art. 671 c.p.p.*, non può trascurare, ai fini del riconoscimento del vincolo di continuazione, la valutazione già operata in fase di cognizione, con riguardo ad episodi criminosi commessi in un lasso di tempo al cui interno si collocano in tutto o in parte i fatti oggetto della domanda sottoposta a suo esame». In questo caso, dunque, la Suprema Corte censura la mancata elencazione da parte del giudice dell'esecuzione dei motivi che hanno condotto lo stesso all'esclusione della disciplina del concorso formale. Si nota come, nella pronuncia citata, la Corte applichi un controllo sulla motivazione che non si limita al riconoscimento di mere illogicità esterne, ma evidenzia le lacune sostanziali della stessa che palesano violazioni nel merito. L'ampiezza del controllo ivi applicato si allinea al controllo sulla motivazione che la Corte EDU richiede da parte dei tribunali nazionali.

---

<sup>7</sup> Cfr. Corte Cass., sent. Audino, n. 43526/2012 e Corte Cass., sent. 34578/2012.

<sup>8</sup> Cfr. Corte Cass., sent. D'Alessandro, n. 2482/2012.

Successivamente, in particolare nelle pronunce del 2013<sup>9</sup>, si riconosce la più ampia portata operativa della Suprema Corte con riguardo al controllo motivazionale. Emblematiche e meritevoli di un approfondimento sono la “sentenza Knox” e le “sentenze Gallè” (di cui la più recente risale al 2014).

Nella sentenza Knox<sup>10</sup>, la Corte di Cassazione premette i limiti del suo sindacato sul vizio di motivazione; giova, ai fini della presente ricerca, riportare di seguito un estratto dalla sentenza: «oggetto dello scrutinio del giudice della Suprema Corte è il ragionamento probatorio, quindi il metodo di apprezzamento della prova, non essendo consentito lo sconfinamento della rivalutazione del compendio indiziario. [...] L’art. 606 comma 1 lett. e) preclude sì al giudice di legittimità la rivalutazione, ma non gli impedisce affatto di verificare se la valutazione operata sia avvenuta secondo criteri logici, se cioè i criteri di inferenza usati dal giudice di merito possano essere ritenuti plausibili, o se ne siano consentiti di diversi, idonei a fondare soluzioni diverse, parimenti plausibili». Nella pronuncia citata, infatti, la Corte ravvisa numerose illogicità e contraddizioni della sentenza di assoluzione d’appello impugnata, che riformava la precedente sentenza di condanna in primo grado (nella celebre vicenda di cronaca che vedeva coinvolta quale imputata Amanda Knox). Nelle pagine della sentenza è ravvisabile una minuziosa attenzione nei confronti di ogni singola motivazione del giudice di appello che è descritta e, successivamente, tacciata di illogicità. La Suprema Corte, dunque, afferma che «il percorso ricostruttivo (della sentenza pronunciata in secondo grado) è intessuto di deduzioni fattuali scaturite da una serie di congetture ed illazioni prive di affidabile base ricostruttiva dimostrativa, a dispetto della intervenuta acquisizione di risultanze di rilevante portata, di segno opposto, di maggiore attitudine dimostrativa, depotenziate nella loro portata sulla base di un ragionamento non appagante, che segna i plurimi tratti di contraddittorietà con altri passi della

---

<sup>9</sup> *Ex multis*, cfr. Corte Cass., sent. Luongo, n. 28972/2013 e Corte Cass., sent. Zaccaria, n. 21683/2013.

<sup>10</sup> Cfr. Corte Cass., sent. 26455/2013.

motivazione e la manifesta illogicità che in detta sede vanno censurate».

Da questi brevi estratti è chiaramente riconoscibile la volontà della Suprema Corte di censurare gli erronei convincimenti del giudice di merito, pur evitando che il proprio sindacato sfoci nel merito. È questa l'essenza del controllo motivazionale adeguato e concreto che la Corte Suprema di ogni Stato europeo dovrebbe operare per poter garantire un'effettiva tutela del diritto al giusto processo, sia dell'imputato sia, come nel caso di specie, delle vittime, sia della comunità sociale tutta.

Alla stregua della sentenza Knox, la Corte, nella sentenza Gallè<sup>11</sup>, pone in essere un controllo sulla motivazione nitidamente incisivo, ampio e penetrante, che si estende ben oltre il mero controllo sulla logicità e non contraddittorietà della motivazione della sentenza. Infatti, la Suprema Corte ritiene di non poter valutare le critiche mosse dal Procuratore Generale nei confronti della motivazione della sentenza impugnata; ciò in quanto il controllo richiesto può essere effettuato solo attraverso l'analisi della ricostruzione della vicenda in esame e dell'*iter* cognitivo svolto dal giudice di seconde cure, il quale però non compare dalla pronuncia per cui si ricorre.

Inoltre (e questo è il dato più significativo, che esprime l'ampiezza del sindacato di cui si è detto) la Corte, analizzando le scarse ragioni che la Corte d'Appello adduceva come determinanti il proprio convincimento, ritiene che la ricostruzione cronologica dei fatti sia incerta e inaccurata e che l'attendibilità delle dichiarazioni dell'unico offeso sopravvissuto alla vicenda sia data per certa, senza che ne siano forniti elementi a sostegno. Inoltre, la Suprema Corte, chiamata a pronunciarsi un anno dopo sulla stessa vicenda<sup>12</sup> e dovendo operare nuovamente un controllo di motivazione sulla sentenza emessa dal giudice del rinvio, ritiene che i «dovuti approfondimenti della diversa ricostruzione dei fatti operata dalla sentenza definitiva e del complesso degli elementi acquisiti prescritto dalla sentenza di annullamento della prima Sezione di

---

<sup>11</sup> Cfr. Corte Cass., sent. 8995/2013.

<sup>12</sup> Cfr. Corte Cass., sent. 3689/2014.

questa Corte» siano stati omessi e, pertanto, rinvia nuovamente ad altra sezione della Corte d'Appello competente.

Da ciò è deducibile che il controllo sulla motivazione operato dalla Suprema Corte in queste vicende è stato dalla stessa utilizzato come strumento volto a tutelare non solo la correttezza della motivazione ma anche, come più volte già accennato, i più generali e sostanziali principi del giusto processo, della completezza delle indagini e della immediatezza, garanti anche del diritto dell'offeso, dell'imputato e delle altre parti civili in ordine alla valutazione equa e completa del globale quadro probatorio acquisito.

Questa tendenza all'ampio e incisivo sindacato sulla motivazione della Corte di legittimità è ulteriormente confermata da una pronuncia<sup>13</sup> della medesima Corte del 2014 nella quale la stessa rileva l'illogicità e la contraddittorietà della motivazione della sentenza del giudice di seconde cure perché dalla stessa non è possibile ricostruire con chiarezza la dinamica della vicenda fattuale tale da configurare «al di là di ogni ragionevole dubbio» la sussistenza della responsabilità in capo all'imputato. Addirittura, nella pronuncia citata, la Corte ritiene che la Corte d'Appello abbia, nel valutare l'appartenenza all'imputato della voce presente in un'intercettazione acquisita, esposto considerazioni contraddittorie, ritenendo dapprima certa l'appartenenza degli elementi fonici all'imputato e poi, dopo poche righe, definendola una «mera compatibilità». Dunque, la Corte annulla la sentenza emessa in secondo grado, rinviando ad altro giudizio la nuova valutazione del quadro probatorio.

Il grado di approfondimento con cui si è descritto il *decisum* della Suprema Corte nella pronuncia citata è teso a dimostrare come l'orientamento generale del giudizio di legittimità abbia ampiamente rispecchiato, negli anni fin qui considerati, il livello di approfondimento del controllo sulla motivazione operato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e dalla stessa richiesto ai Tribunali nazionali. Inoltre, è bene specificare, seppur solo incidentalmente, che tale controllo approfondito è stato svolto dalla Corte anche su ricorsi proposti

---

<sup>13</sup> Cfr. Corte Cass., sent. Fezza, n. 43492/2014.

avverso ordinanze di riesame di misure cautelari, laddove le stesse siano state connotate da «una motivazione *per relationem* che si sia risolta nel mero richiamo alle argomentazioni svolte nel provvedimento impugnato, omettendo la valutazione delle doglianze contenute nella richiesta di riesame»<sup>14</sup>.

### *3.2 La successiva e recente involuzione*

A partire dal 2014, e fino all'anno corrente, si è assistito ad una progressiva involuzione dell'ampiezza del sindacato della Corte di Cassazione sulla motivazione.

Tuttavia, nel 2014 la Suprema Corte, in alcune pronunce<sup>15</sup>, pur ritenendo i motivi di impugnazione che si riferiscono ai vizi della motivazione manifestamente infondati in quanto richiedono una rielaborazione di aspetti fattuali non consentita in sede di legittimità, impiega ugualmente numerose pagine per dimostrare la logicità e correttezza della motivazione per cui il ricorrente lamenta dei vizi. Ciò dunque, *de facto*, consente ugualmente un controllo sulla motivazione, seppure meno incisivo rispetto a quello compiuto negli anni precedenti. Tale "autodefinizione" dei propri limiti circa il controllo, di cui qui si discorre, prelude però a quello che poi è diventato l'atteggiamento più diffuso della Corte.

In particolare, in numerose sentenze recenti<sup>16</sup>, la Corte di legittimità tende a rigettare i motivi di ricorso concernenti la motivazione, ritenendoli manifestamente infondati, poiché «sotto lo schermo del vizio di motivazione»<sup>17</sup> si sollecita in realtà una diversa valutazione degli elementi fattuali. Se da una parte la Corte ritiene che il controllo sul vizio di motivazione non possa essere operato nei confronti di ragioni che ineriscono il merito, dall'altra parte limita il suo sindacato anche con riferimento alle *quaestiones iuris*. Si legge infatti, in una

---

<sup>14</sup> Cfr. Corte Cass., sent. Vita, n. 6714/2014.

<sup>15</sup> Cfr. Corte Cass., sent. Sainaghi, n. 23292/2014.

<sup>16</sup> *Ex multis*, cfr. Corte Cass., sent. Brandi, n. 37795/2019; Corte Cass., sent. Piazzolla, n. 33519/2019; Corte Cass., sent. Portante, n. 18182/2019; Corte Cass., sent. De Luca, 27704/2020; Corte Cass., sent. Pellegrinetti, n. 580/2020; Corte Cass., sent. De Cicco, n. 15731/2020.

<sup>17</sup> Cfr. Corte Cass., sent. Ruvolo, n. 11341/2020.

pronuncia del 2014<sup>18</sup>, che, «come più volte chiarito dalla giurisprudenza di questa Corte, il vizio di motivazione denunciabile nel giudizio di legittimità è solo quello attinente alle questioni di fatto, non anche quello attinente alle questioni di diritto, giacché ove queste ultime, anche se in maniera immotivata o contraddittoriamente motivata, siano comunque esattamente risolte, non può sussistere ragione alcuna di doglianza».

La Suprema Corte, dunque, ribadisce spesse volte che nella sostanza la difesa ha di fatto sollecitato un sindacato sul merito delle valutazioni effettuate nella decisione impugnata, invocando una rilettura delle prove poste a fondamento della decisione impugnata. Tuttavia, «secondo il diritto vivente, è preclusa alla Corte di cassazione la possibilità di una nuova valutazione delle risultanze acquisite, da contrapporre a quella effettuata dal giudice di merito, attraverso una diversa lettura, sia pure anch'essa logica, dei dati processuali o una diversa ricostruzione storica dei fatti o un diverso giudizio di rilevanza o comunque di attendibilità delle fonti di prova»<sup>19</sup>.

Conclusivamente ed esaustivamente, in un'altra pronuncia recentissima<sup>20</sup>, la Corte sancisce che «oggetto del giudizio di cassazione è, infatti, il rapporto tra la motivazione e la decisione (nel senso che questa deve rappresentare il logico sviluppo degli argomenti esposti nella parte motiva) e non già il rapporto tra le prove e la conclusione assunta dal giudicante, dal momento che è inibito al giudice di legittimità il riesame degli elementi probatori posti a base della decisione, se non per accertarne – ove dedotto e provato – il travisamento».

Risulta evidente come quest'ultima concezione che definisce la ristretta portata del sindacato sulla motivazione svolto dalla Corte di Cassazione racchiuda in limiti angusti la possibilità di ravvisare violazioni sostanziali del giusto processo compiute in sede di giudizi di merito e ravvisabili solo attraverso un approfondito vaglio della rispondenza tra ricostruzione fattuale corretta, quadro probatorio completo,

---

<sup>18</sup> Cfr. Corte Cass., sent. Berni, n. 32033/2019.

<sup>19</sup> Cfr. Corte Cass., sent. Ferruggia, n. 29695/2020.

<sup>20</sup> Cfr. Corte Cass., sent. Santonastaso, n. 27214/2020.

decisione adeguatamente motivata e aderente alle disposizioni legislative vigenti.

#### 4. Conclusioni

All'esito di questo studio giurisprudenziale diacronico sul controllo della motivazione operato dalla Corte di Cassazione, è possibile svolgere alcune considerazioni finali, alla luce anche del concetto che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo fornisce sullo stesso argomento.

Invero, da un lato, come già è stato sottolineato, sulle vicende del 2013 e 2014 la Corte di legittimità ha operato un sindacato sulla motivazione dei provvedimenti impugnati tanto ampio quanto quello operato dalla Corte Europea nelle pronunce citate ad apertura del presente elaborato. Infatti, entrambe le Corti hanno ravvisato violazioni di diritti sostanziali dell'equo processo attraverso il "filtro" delle motivazioni addotte dai giudici di merito; in tal modo si è verificato l'emergere di detti vizi.

Tuttavia, dall'altro lato, la Suprema Corte tende, negli sviluppi recenti e, ormai, con orientamento costante, a celarsi dietro la sua denominazione di "giudice di legittimità" al fine di evitare un controllo approfondito sulla motivazione. Si è dunque assistito ad una regressione dell'ampiezza del sindacato della Corte, il quale si limita ormai a censurare illogicità, contraddittorietà e mancanze motivazionali solo se evidenti e se riferite alla discrasia tra l'*iter* cognitivo del giudice e l'espressione dello stesso in motivazione. Sembra di sentir riecheggiare le parole usate dalla Corte in alcune pronunce del 2012<sup>21</sup>, poi subito superate dal nuovo e posteriore orientamento giurisprudenziale favorevole all'ampliamento del sindacato sulla motivazione.

Se dunque, da una parte, la tendenza attuale garantisce il totale rispetto del confine tra il sindacato concesso al giudice di merito e quello concesso al giudice di legittimità, d'altra parte palesa la ricomparsa di un parziale vuoto di tutela in sede di

---

<sup>21</sup> *Ex multis*, cfr. Corte Cass., sent. Audino, n. 43526/2012.

legittimità dei diritti sostanziali connessi all'equo processo i quali, invece, in quanto "comunitarizzati", assurgono al rango di diritti fondamentali dell'Unione.

In conclusione, dalle considerazioni che precedono si evidenzia la necessità che il sindacato sulla motivazione torni ad essere ampio e approfondito, non ritenendo un siffatto controllo motivazionale uno straripamento delle funzioni del giudice di legittimità.

Invero, l'atteggiamento di chiusura nei confronti di un tale sindacato lede la tutela del diritto al controllo da parte del giudice superiore sul provvedimento emesso. Questo diritto è un elemento essenziale dell'equo processo e dunque la sua violazione si sostanzia nella violazione di un diritto riconosciuto dalla Convenzione. Non si esclude che tale violazione possa legittimare l'individuo leso a proporre ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo *ex art. 34 CEDU*.

BEATRICE GAMBARIN\*

LE C.D. TERAPIE DI CONVERSIONE  
DELL'ORIENTAMENTO SESSUALE E DELL'IDENTITÀ  
DI GENERE: PROFILI DI DIRITTO COMPARATO E  
IPOTESI DI INTERVENTO LEGISLATIVO

*This paper aims to give a broader view of recent regulations concerning the criminalization of the so-called «conversion therapies», which have become a subject of great controversy in the framework of the general problem about gender-based violence. Many questions and issues - especially regarding fundamental human rights - are involved when this topic is debated. However, this article does not have the purpose of giving definitive answers, but only providing elements and arguments - different in each community - in order to discuss the advisability of legal restrictions, as adequate safeguards for victims, to these harmful pseudo-scientific practices.*

SOMMARIO: 1. Terminologia rilevante. – 2. Depatologizzazione e comunità scientifica: evoluzione storica nel DSM e posizioni della comunità scientifica internazionale. – 3. Le pratiche SOGIECE: dall'elettroshock alle «terapie riparative». – 3.1 Assunzione di ormoni. – 3.2 Terapia di avversione. – 3.3 Psicoterapia e consulenza: «terapie riparative». – 4. Diritti coinvolti: visione comparata dei diritti fondamentali che assumono rilievo. – 4.1 Libertà dalla tortura. – 4.2 Diritto alla salute e all'integrità psicofisica. – 4.3 Diritti dei genitori. – 4.4 Libertà di parola/espressione e di religione. – 5. Approcci e interventi legislativi per limitare o vietare SOGIECE. – 5.1 Necessità di restrizioni legali. – 5.1.1 Sanzioni penali o non penali? Forme complementari di tutela. – 5.2 Autonomia del paziente e rilevanza del consenso; reato proprio o comune. – 5.2.1 La legge non dovrebbe permettere il consenso degli adulti.

---

\*Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il Prof. Angelo Schillaci presso Sapienza Università di Roma.

– 5.2.2 La legge dovrebbe «tenere d’occhio» il consenso degli adulti. – 5.2.3 La legge non dovrebbe pregiudicare il consenso degli adulti. – 6. Casi giudiziari e risvolti giuridici sui diritti fondamentali. – 6.1 *Pickup v. Brown* e *Welch v. Brown* (2012). – 6.1.1 Argomenti sulla libertà di parola. – 6.1.2 Argomenti sui diritti dei genitori. – 6.1.3 Argomenti sulla libertà di associazione. – 6.1.4 Decisione finale – 6.2 *King et al. v. Christie* (2013). – 6.2.1 Argomenti sulla libertà di parola. – 6.2.2 Argomenti sulla libertà di religione. – 6.2.3 Decisione finale – 6.3 *Ferguson et al. v. JONAH* (2013). – 7. Paesi europei. – 7.1 Malta. – 7.2 Germania. – 7.2.1 Destinatari del divieto. – 7.2.2 Esclusioni. – 7.2.3 Sanzioni. – 7.3 Albania. – 7.4 Italia e d.d.l. 2402/2016 «Norme di contrasto alle terapie di conversione dell’orientamento sessuale dei minori». – 7.4.1 Disciplina. – 7.4.2 Prospettive di criminalizzazione delle terapie di conversione in Italia. – 7.4.3 Diritti da tutelare. – 8. Conclusioni.

### 1. *Terminologia rilevante*

«Terapia di conversione» è diventata oggi l'espressione comune per riferirsi a qualsiasi sforzo sostenuto per modificare l'orientamento sessuale, l'identità di genere o l'espressione di genere, avendo come obiettivo a priori quello di allineare l'orientamento sessuale a norme binarie. Poiché la maggior parte di queste pratiche sono state originariamente concepite a partire dalla metà del XX secolo come risposta a ciò che era largamente considerato come una patologia, esse sono state inquadrare e gestite nel campo della salute mentale come «terapie». Sotto tale paradigma, l'eterosessualità e l'allineamento del sesso assegnato alla nascita con l'identità di genere erano intese come «la norma biologica» e la diversità sessuale era considerata una deviazione, una perversione o una malattia mentale che poteva essere curata o «convertita» con un trattamento specifico. Tuttavia, ci sono diverse ragioni per cui l'uso dell'espressione «terapie di conversione» è criticato sotto vari profili. In primo luogo, le definizioni comuni della parola «terapia» si riferiscono a qualsiasi trattamento di un problema psicofisico o di una malattia o un trattamento che aiuta qualcuno

a sentirsi meglio<sup>1</sup>. In secondo luogo, l'uso del termine «terapia» trasmette l'idea che queste pratiche siano basate su ricerca medica o scientifica ma, come sarà indicato di seguito, un elevato numero di associazioni mediche e di professionisti della salute mentale ha ripudiato queste pratiche proprio perché mancano di supporto scientifico. In terzo luogo, la gamma di pratiche che sono state (e sono ancora) impiegate con l'obiettivo di modificare la SOGIE – *Sexual Orientation and Gender Identity Expression* (vedi *infra*) – di una persona è così vasta che il termine «terapia» non riflette accuratamente la molteplicità delle pratiche coinvolte.

Spesso usato in modo intercambiabile con «terapia di conversione», il termine «terapia riparativa» presenta sfumature specifiche. Alla fine degli anni '80 e '90 del secolo scorso, quando il consenso per la depatologizzazione dell'orientamento e del comportamento omosessuale stava crescendo, un gruppo di professionisti americani adottò il termine «terapia riparativa» per inquadrare le loro pratiche tese a cambiare l'orientamento sessuale di una persona. Introdotto da Joseph Nicolosi, psicologo americano, questo particolare approccio è «basato vagamente su idee psicoanalitiche» e comprende «una fusione di pensiero spirituale e psicoanalitico» attingendo alla letteratura del campo della consulenza pastorale e religiosa.<sup>2</sup> Anche se il termine «terapia riparativa» è stato registrato da Nicolosi negli Stati Uniti<sup>3</sup>, è stato ampiamente usato più in generale per riferirsi a pratiche di «conversione». Al riguardo, c'è l'esperienza della National Association for Research and Therapy of Homosexuality (NARTH Institute), associazione statunitense fondata nel 1992 da Joseph Nicolosi, che promuove le terapie di conversione finalizzate a «correggere» l'orientamento sessuale, offrendo una «possibilità di

---

<sup>1</sup> Voce «Terapia» in vocabolario *Treccani*: «In medicina, studio e attuazione concreta dei mezzi e dei metodi per combattere le malattie secondo le finalità che si propone in relazione allo stato morboso, intesa a sopprimere l'agente causale della malattia».

<sup>2</sup> J. DRESCHER, *I'm Your Handyman: A History of Reparative Therapies, in Sexual Conversion Therapy: Ethical, Clinical and Research Perspectives*, New York: Haworth Medical Press, 2001.

<sup>3</sup> *Justia Trademarks, «Reparative Therapy» - Trademark Details. Status: 700.*

cambiamento» per gli omosessuali che vivono con disagio la loro condizione. Pertanto, il termine «riparativo» farebbe riferimento all'uso della psicoterapia per tentare di «riparare il danno o il trauma» che abbia portato a deviazioni dalla «normalità sessuale».

Dal 2009, l'American Psychological Association (APA) ha adottato il termine «*Sexual Orientation Change Efforts*» (SOCE) per descrivere tutti quei metodi utilizzati per cambiare l'orientamento sessuale, tra cui tecniche comportamentali, psicoanalitiche, approcci pseudo-medici, religiosi e spirituali<sup>4</sup>. Come dichiarato dall'APA, questo termine include gli sforzi dei professionisti della salute mentale, di laici o religiosi, di gruppi sociali e altre reti come i gruppi di «auto-aiuto» finalizzati a modificare l'orientamento sessuale di una persona, non come se tutte le alternative fossero su un piano di parità, ma al contrario, solo per «convertire» gli omosessuali, lesbiche o bisessuali in eterosessuali. Il termine SOCE ha guadagnato l'accettazione nel campo accademico in quanto sembra essere il modo più appropriato per riferirsi alle pratiche volte a modificare l'orientamento sessuale di una persona. Infine, l'acronimo SOGIECE – *Sexual Orientation and Gender Identity and Expression Change Efforts* – viene usato per riferirsi agli sforzi per cambiare non solo l'orientamento sessuale ma anche l'identità di genere ed espressione di genere.

## *2. Depatologizzazione e comunità scientifica: evoluzione storica nel DSM e posizioni della comunità scientifica internazionale*

La prima posizione critica sulla opzione della criminalizzazione della «sodomia» e, insieme, l'inclinazione verso l'approccio terapeutico dell'omosessualità si deve a Cesare Beccaria, che riconduce «la greca libidine» alla categoria

---

<sup>4</sup> American Psychological Association, *Resolution on Appropriate Affirmative Responses to Sexual Orientation Distress and Change Efforts*, 2009, fn. 1.

dei delitti di prova difficile<sup>5</sup>, per i quali l'accusa è costruita sulla base di mere congetture; Beccaria conclude che per la società sarebbe meglio prevenire tali comportamenti (comunque a suo avviso moralmente riprovevoli), anziché punirli: «io non pretendo di diminuire il giusto orrore che meritano questi delitti; ma, indicandone le sorgenti, mi credo in diritto di cavarne una conseguenza generale, cioè che non si può chiamare precisamente giusta (il che vuol dire necessaria) una pena di un delitto, finché la legge non ha adoperato il miglior mezzo possibile nelle date circostanze di una nazione per prevenirlo»<sup>6</sup>. Le stesse convinzioni – idea dell'omosessualità come atto contro natura da reprimere non attraverso la pena, ma l'educazione – si ritrovano anche in Montesquieu<sup>7</sup> e Voltaire<sup>8</sup>.

Dal 1952 l'APA raccoglie in un manuale, DSM, una classificazione dei disturbi mentali in base alla frequenza statistica delle loro caratteristiche. Il manuale ha visto cinque edizioni gradualmente aggiornate sulla base dei cambiamenti avvertiti, nel tempo e nelle diverse culture, della diffusione e dell'incidenza dei disturbi psichici. Nel DSM-I del 1952 l'omosessualità risultava una condizione psicopatologica inserita tra i «Disturbi sociopatici della Personalità». A partire dagli anni '70 del XX secolo, con le rivendicazioni delle comunità LGBTI, il mondo scientifico ha rivisto le precedenti teorie legate all'omosessualità (già rapporto *Kinsey* del 1953)<sup>9</sup>. Nel DSM-III del 1973 l'omosessualità egosintonica è stata eliminata dal Manuale Diagnostico, tuttavia sui testi scientifici

---

<sup>5</sup> E. SCAROINA, *Prospettive di criminalizzazione delle terapie di conversione sessuale*, in *Riv. Dir. Pen. Cont.*, 4/2020, p.12.

<sup>6</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cap. XXXI, *Dei delitti di prova difficile*, Livorno, 1764.

<sup>7</sup> C. L. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, cap. VI, 1748.

<sup>8</sup> F. M. AROUET (VOLTAIRE), *Dictionnaire philosophique*, 1764; F. M. AROUET (VOLTAIRE) *Prix de la justice et de l'humanité*, 1777.

<sup>9</sup> A. KINSEY, W. POMEROY, C. MARTIN, P. GEBHARD, *Sexual Behavior in the Human Female and Male*, Philadelphia, Saunders, 1953. Studi che all'epoca sfidavano le conoscenze convenzionali sulla sessualità e su argomenti che in precedenza erano considerati tabù. La credenza che l'eterosessualità e l'astinenza fossero la norma, statisticamente nonché eticamente, non erano mai stati messi in discussione prima di allora sulla base di una ricerca statistica e scientifica di quelle dimensioni.

rimaneva la «omosessualità egodistonica» (EDH), ovvero quella condizione in cui una persona omosessuale non accetta il proprio orientamento sessuale e non lo vive con serenità, causandole disagio sociale e psichico. Il 17 maggio 1990 anche l'Organizzazione Mondiale della Salute (OMS) decide di depennare l'omosessualità dall'elenco delle malattie mentali, definendola come «variante naturale del comportamento umano», ma rimane la qualificazione dell'omosessualità egodistonica all'interno dei disturbi psicologici associati allo sviluppo e orientamento sessuale (ICD-10)<sup>10</sup>.

La comunità scientifica ha preso ripetutamente posizione contro le terapie di conversione anche nella forma delle terapie c.d. «riparative»: in tal senso si sono espresse l'APA e la World Psychiatric Association (WPA) che ha definito le terapie di conversione come «antiscientifiche, non etiche, inefficaci e dannose», ribadendo che «non vi è alcuna prova scientifica che l'orientamento sessuale possa essere modificato. Inoltre, le cosiddette terapie di conversione dell'omosessualità possono alimentare pregiudizi e discriminazioni e sono potenzialmente pericolose. È assolutamente non etico fornire qualunque tipo di intervento che pretenda di “curare” ciò che non è un disturbo». La comunità scientifica internazionale, oltre a stigmatizzare l'inutilità di tali approcci terapeutici, ne ha sottolineato anche la potenziale dannosità. Clinici e ricercatori hanno raccolto testimonianze di «pazienti» sottoposti a tali terapie: ciò ha permesso di individuare i danni psicologici e sociali derivanti da questi trattamenti, tra i quali un aumento di stati depressivi e comportamenti suicidari in risposta al sentirsi colpevolizzati dal terapeuta, al ripresentarsi di desideri sessuali verso persone dello stesso sesso dopo un lungo periodo di astinenza, al realizzare che il percorso di «cura» non produceva gli effetti desiderati. Altri effetti degli interventi di conversione dell'orientamento sessuale sono stati il calo dell'autostima, nonché l'aumento della

---

<sup>10</sup> F66.1 *Egodystonic sexual orientation: «The gender identity or sexual preference (heterosexual, homosexual, bisexual, or prepubertal) is not in doubt, but the individual wishes it were different because of associated psychological and behavioural disorders, and may seek treatment in order to change it».*

cosiddetta «omofobia interiorizzata», legata al percepire il proprio orientamento sessuale come sbagliato, nonché una distorsione della percezione della propria vita, dovuta alla tendenza acquisita a ricondurre al proprio orientamento sessuale tutti gli aspetti negativi della propria esistenza<sup>11</sup>. Più in particolare l'APA, ha individuato tre possibili ambiti di danno: personale, relazionale e di natura terapeutica.

In linea con i risultati ottenuti, la comunità scientifica è ormai concorde nel ritenere che eventuali situazioni di disagio connesse al proprio orientamento sessuale e per lo più indotte dal contesto sociale o familiare, devono essere risolte attraverso percorsi terapeutici c.d. affermativi<sup>12</sup>.

All'esito di questo percorso, nella maggior parte dei Paesi democratici il confronto si è quindi spostato sul versante opposto, discutendo se sia piuttosto opportuno reprimere alcune forme di discriminazione a danno degli omosessuali o prevedere delle circostanze aggravanti allorché un reato sia posto in essere in ragione dell'omosessualità o identità di genere della vittima<sup>13</sup>.

### *3. Le pratiche SOGIECE: dall'elettroshock alle «terapie riparative»*

Sono state documentate numerose pratiche e metodi di approccio alle «terapie di conversione» utilizzate nel passato e in alcuni Paesi tuttora impiegate. Una recente ricerca condotta

---

<sup>11</sup> A. SHILDO – M. SCHROEDER, *Changing sexual orientation: A consumers' report*, 2002.

<sup>12</sup> La terapia affermativa si caratterizza per un approccio terapeutico che rivolge marcata attenzione ai bisogni specifici della comunità omosessuale, valorizzando l'inclinazione a favorire l'autonomia, mirando a ridurre le barriere socio-culturali che limitano il benessere fisico, mentale, sessuale e sociale del soggetto.

<sup>13</sup> In argomento, si vedano PELISSERO (2015), pp. 14 ss.; PUGIOTTO (2015), pp. 6 ss.; RICCARDI (2013). Ai fini che qui rilevano ci si limita a evidenziare che nessuno dei progetti di legge presentati in materia in Italia è finora sfociato in un provvedimento normativo. Si segnalano al riguardo: d.d.l. dell'on. Di Pietro nel 2009; d.d.l. dell'on. Scalfarotto nel 2013 e la proposta formulata nel 2018 dall'On. Alessandro Zan, approvata alla Camera il 4 novembre 2020 e ora all'esame del Senato, che prevede modifiche agli artt. 604 *bis* e 604 *ter* c.p., in materia di violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale, identità di genere o disabilità.

su un campione di 68 Paesi ha individuato una serie quanto mai ampia e variegata di pratiche che vanno sotto la definizione di «terapie di conversione»: a fronte di approcci di tipo psicologico, anche attraverso la terapia di gruppo, diffusi soprattutto nei Paesi occidentali, numerosi Paesi fanno ancora oggi ricorso a terapie correttive (applicazione di elettrodi alle mani, testa, addome e/o genitali), castrazione chimica, ipnosi, somministrazione di medicinali, per lo più antidepressivi e, talvolta, ormoni, ricovero in ospedali psichiatrici, esorcismi.<sup>14</sup>

L'elenco che segue non ha la pretesa di esaurire tutte le forme di pratiche che sono state utilizzate o alle quali si fa ricorso ancora oggi e che, pur essendo meno diffuse, rientrano nell'ambito delle tecniche SOGIECE.

### 3.1 *Assunzione di ormoni*

Le prime ricerche endocrinologiche negli anni '30 portarono i medici a ipotizzare che le donne lesbiche avessero livelli più bassi di estrogeni e livelli più alti di testosterone rispetto alle donne eterosessuali (e l'inverso per gli uomini omosessuali). Anche senza alcun serio supporto scientifico all'idea che gli ormoni influenzassero l'orientamento sessuale, la terapia ormonale è stata ampiamente prescritta per i «pervertiti sessuali».

### 3.2 *Terapia di avversione*

La terapia di avversione è un tipo di trattamento che mira a modificare il comportamento sottoponendo una persona a una negativa o dolorosa sensazione – tramite elettroshock o terapia di avversione chimica – mentre è esposta ad uno stimolo piacevole, con la premessa che lo stimolo venga associato alla sensazione negativa. L'uso della terapia di avversione per «curare» l'omosessualità è stato abbondantemente documentato,

---

<sup>14</sup> ILGA World: L. R. MENDOS, *Curbing Deception: A world survey on legal regulation of so-called "conversion therapies"*, Ginevra, ILGA World, 2020.

specialmente dalla metà degli anni '30, anche negli Stati Uniti e in Gran Bretagna<sup>15</sup>.

### *3.3 Psicoterapia e consulenza: «terapie riparative»*

Come visto al capitolo 1, nel più ampio contesto delle «terapie di conversione», si ricorre spesso a «terapie riparative» fondate sull'approccio psicoterapeutico. In linea di massima la terapia di conversione si svolge attraverso l'analisi delle esperienze del soggetto, legate soprattutto alla sua infanzia e alle relazioni familiari e sociali, volta ad individuare l'origine del «disturbo», di regola imputata a forme di abuso sessuale o a problemi nei rapporti con i genitori. In taluni casi il soggetto è sollecitato a interrompere le relazioni familiari e sociali esistenti in quanto considerate dannose e a sforzarsi di modificare il proprio orientamento sessuale in quanto «sbagliato»<sup>16</sup>. Nei Paesi in cui il SOGIECE è stato ampiamente ripudiato – o limitato legalmente – gli operatori di queste pratiche hanno dovuto dissimulare l'offerta di questi «servizi» come assistenza su come affrontare «attrazione indesiderata per lo stesso sesso»; promuovere una «sessualità sana», affrontare la «rottura sessuale»; aiutare i clienti ad esplorare la loro «confusione»<sup>17</sup>.

### *4. Diritti coinvolti: visione comparata dei diritti fondamentali che assumono rilievo*

I dibattiti sulle implicazioni legali delle restrizioni SOGIECE sono aumentati considerevolmente man mano che

---

<sup>15</sup> M. P. FELDMAN, M. J. MACCULLOCH, *Homosexual Behavior: Therapy and Assessment*, Oxford, Pergamon Press, 1971, p.26.

<sup>16</sup> A.R. VERNON, *Homosexuality and Science: A Guide to the Debates*, Denver e Londra, ABC CLIO, 2002, p.98.

<sup>17</sup> In un'altra forma di *rebranding*, molti sostenitori di SOGIECE si stanno muovendo verso l'adozione di un'argomentazione basata sui diritti, inquadrando le loro «terapie» come «servizi» che le persone hanno il diritto di ricevere. Come esempio l'Associazione Nazionale per la Ricerca e la Terapia dell'Omosessualità (NARTH) è stata ristabilita come Alliance for Therapeutic Choice and Scientific Integrity (ATCSI) nel 2014, organizzazione che offrirebbe i servizi di un terapeuta per persone che sperimentano attrazioni omosessuali indesiderate.

divieti sono stati emanati in diversi Paesi del mondo. I sostenitori e i detrattori di queste pratiche si sono concentrati su alcuni diritti umani secondo i loro punti di vista avanzando argomentazioni legali a favore o contro l'introduzione di restrizioni a tali trattamenti. Chiaramente le argomentazioni presentate sono diversamente declinabili e valide nel contesto di uno specifico quadro giuridico nazionale<sup>18</sup>.

#### 4.1 *Libertà dalla tortura*

Le discussioni sulle «terapie di conversione» sono state spesso inquadrare nella più ampia questione della tortura. Difatti, molte delle «tecniche» e delle «terapie» possono infliggere estremo dolore fisico e sofferenza mentale. Questo si può dire anche dei metodi che non implicano una brutale violenza fisica<sup>19</sup>. A tal proposito viene in rilievo la «Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti», conclusa a New York il 10 dicembre 1984 e ratificata dall'Italia con l. n. 4981/88<sup>20</sup>. Anche la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948, all'art. 5, dispone: «Nessuno può essere sottoposto alla tortura, né a pene o a trattamenti crudeli, inumani o degradanti». La proibizione della tortura è sancita all'art. 3 della CEDU,

---

<sup>18</sup> Lo scopo della compilazione di queste discussioni è di offrire una panoramica comparativa dei dibattiti legali in tutto il mondo e di discutere norme internazionali sui diritti umani che potrebbero essere rilevanti per le argomentazioni davanti ai tribunali e nel dibattito pubblico.

<sup>19</sup> *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, A/HRC/31/57, 5 January 2016, § 48.

<sup>20</sup> Definisce tortura: «qualsiasi atto con il quale sono inflitti a una persona dolore o sofferenze acute, fisiche o psichiche, segnatamente al fine di ottenere da questa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che ella o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimidirla od esercitare pressioni su di lei o di intimidire o esercitare pressioni su una terza persona, o per qualunque altro motivo basato su una qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o tali sofferenze siano inflitti da un funzionario pubblico o da qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale, o sotto sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o tacito. Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze derivanti unicamente da sanzioni legittime, ad esse inerenti o da esse provocate.»

secondo cui «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti»; identica disposizione è contenuta all'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

#### *4.2 Diritto alla salute e all'integrità psicofisica*

Il diritto alla salute include il diritto di controllare la propria salute e il proprio corpo, compresa la libertà sessuale e riproduttiva, e il diritto ad essere liberi da interferenze come tortura e trattamenti medici non consensuali. Il diritto all'integrità psicologica è una parte fondamentale del diritto alla salute<sup>21</sup>. Come dichiarato nella Relazione Speciale delle Nazioni Unite sul diritto alla salute, questo significa che gli Stati devono adottare misure protettive per prevenire intrusioni terze e interventi non basati su dati scientifici, come le «terapie di conversione»: la protezione della salute mentale comporta la promozione di condizioni in cui il benessere psicologico possa essere veramente tale. In effetti, come dichiarato dall'APA, le persone che possono aver bisogno di assistenza nell'affrontare i conflitti interni con il loro SOGIE devono avere il diritto di accedere a una terapia di sostegno con un approccio basato sui diritti umani, sull'esplorazione e lo sviluppo dell'identità, sull'accettazione e sul sostegno sociale<sup>22</sup>.

#### *4.3 Diritti dei genitori*

Diversi trattati internazionali sui diritti umani conferiscono ai genitori il diritto di indirizzare l'educazione religiosa e morale dei loro figli, fornendo loro un ampio margine per crescerli nel modo che ritengono migliore<sup>23</sup>. Tale protezione è concessa sulla

---

<sup>21</sup> *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (adopted 16 December 1966, entered into force 3 January 1976), 14531 UNTS 993, art. 12.

<sup>22</sup> American Psychological Association, *Appropriate Therapeutic Responses to Sexual Orientation*, 2009, No 4.

<sup>23</sup> Si veda: *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 16 December 1966, United Nations, *Treaty Series*, vol. 993, p. 3, Article 13(3).

base del presupposto che i genitori grazie all'affetto e alla vicinanza, hanno la possibilità di identificare le esigenze dei loro figli e di scegliere ciò che è effettivamente più benefico per loro e indirizzato alla miglior tutela dei loro interessi. Tuttavia, molte ricerche mostrano che le «terapie di conversione» somministrate ai bambini avvengono più spesso su richiesta dei genitori e dei tutori<sup>24</sup>. Proprio per questo, è da sottolineare che il diritto dei genitori di decidere sulla cura, la custodia e il controllo dei loro figli non è assoluto: è soggetto a limitazioni quando gli interessi del bambino sono in pericolo.

#### 4.4 *Libertà di parola/espressione e di religione*

Il diritto alla libertà di parola ed espressione riguarda le informazioni e le idee manifestate, ricevute e impartite con qualsiasi mezzo. Il suo esercizio, tuttavia, non è del tutto esente da restrizioni, poiché il discorso può essere regolato per proteggere il nucleo essenziale di altri diritti fondamentali. Affinché queste limitazioni siano legittime, esse non solo devono essere previste esclusivamente dalla legge, ma anche rispondere a criteri di necessità e proporzionalità<sup>25</sup>.

### 5. *Approcci e interventi legislativi per vietare o limitare SOGIECE*

#### 5.1 *Necessità di restrizioni legali*

L'argomento principale che si pone a sfavore della necessità di restrizioni legali è che le leggi penali esistenti proteggono già i bambini dagli abusi e che i genitori possono essere chiamati a rispondere legalmente se non rispettano il loro dovere di

---

<sup>24</sup> ILGA World: L.R. MENDOS, *op. cit.*, Ginevra, ILGA World, 2020.

<sup>25</sup> Secondo la legge internazionale sui diritti umani, le restrizioni alla libertà di espressione sono «necessarie» quando servono uno scopo legittimo e sono applicate solo per lo scopo per il quale sono state prescritte. Soddisfano il principio di proporzionalità quando non sono troppo ampie, vale a dire, essendo direttamente collegate al bisogno specifico per cui sono state previste, risultano essere lo strumento meno invasivo tra quelli che potrebbero realizzare la loro funzione protettiva.

assistere ed educare i loro figli<sup>26</sup>. Secondo questa visione, si potrebbe ricorrere a rimedi penali o civili già esistenti<sup>27</sup>, purché però la vittima riesca fornire prove per dimostrare il danno, sia mentale che fisico, sofferto come conseguenza della «terapia». Tuttavia, presentare un reclamo contro un fornitore SOGIECE in base alle leggi esistenti nei casi in cui non vi sia violenza fisica «evidente» o maltrattamenti estremi, tende ad essere molto difficile o quasi impossibile per diverse ragioni: fornire prove può spesso essere una sfida in sé e per sé, dato che molte terapie sono impostate a tu per tu, senza testimoni o altre forme di documentazione. In questo scenario, le vittime sono lasciate con il faticoso compito di dimostrare che le sofferenze che hanno sperimentato soddisfano le soglie rilevanti per dimostrare il danno. La sfida di raggiungere tale soglia è accompagnata dalla quasi inesistenza di giurisprudenza in tale ambito. Queste difficoltà possono facilmente fungere da deterrente e ridurre le possibilità per chi ha subito tali trattamenti di presentare reclami e chiedere un risarcimento, perché rischia di passare attraverso un processo giudiziario con scarse possibilità di successo.

#### *5.1.1 Sanzioni penali o non penali? Forme complementari di tutela*

Si badi che emanare leggi per criminalizzare la fornitura di «terapie di conversione» (o alcuni aspetti di esse) non è d'ostacolo alla promulgazione di leggi che prevedano sanzioni civili o amministrative che possano limitare queste pratiche in altri modi, come l'imposizione di procedure disciplinari da parte delle commissioni di licenza, la revoca delle licenze professionali, il divieto dell'uso di fondi pubblici o di copertura sanitaria per scopi SOGIECE, etc. Per esempio, in Ecuador e in

---

<sup>26</sup> Nel 2019, un progetto di legge per vietare le terapie di conversione sui minorenni è stato considerato «non necessario» dal Consiglio federale svizzero.

<sup>27</sup> Le disposizioni penali che criminalizzano esplicitamente i crimini d'odio o aggravano le pene per i crimini motivati dall'orientamento sessuale della vittima, dall'identità di genere o espressione, potrebbero anche fornire la base giuridica per perseguire gli autori di atti criminali compiuti con l'intenzione di cambiare l'orientamento sessuale di una persona.

alcune province del Canada, le autorità hanno emanato leggi amministrative che coesisterebbero con una legge penale federale, se il disegno di legge federale venisse promulgato<sup>28</sup>. È da sottolineare come le difficoltà di mettere in atto un divieto globale per mezzo di una legge penale non dovrebbe impedire allo Stato di prendere altre misure di carattere politico per scoraggiare la pratica (politiche pubbliche volte a condannare le discriminazioni, sostegno alle vittime, educazione, ruolo dei media e delle associazioni professionali).

## *5.2 Autonomia del paziente<sup>29</sup> e rilevanza del consenso; reato proprio o comune*

### *5.2.1 La legge non dovrebbe permettere il consenso degli adulti*

Diverse linee di pensiero possono giustificare questo approccio: sulla base del principio di uguaglianza e non discriminazione, le limitazioni delle «terapie di conversione» fornite da parte dei professionisti (reato proprio) dovrebbero applicarsi anche ai non professionisti (reato comune)<sup>30</sup>. Su questa linea, se lo Stato desidera combattere la patologizzazione in modo coerente, non dovrebbe limitare i suoi poteri normativi ai soli professionisti, ma estendere il divieto anche ai non professionisti, così come dovrebbe essere inibita qualunque

---

<sup>28</sup> Dopo un tentativo andato a vuoto a marzo 2020 a causa della pandemia di Coronavirus, il governo del Canada guidato da Justin Trudeau ha reintrodotta un disegno di legge atto a criminalizzare le terapie di conversione LGBTQ+.

<sup>29</sup> La possibilità di avere il diritto di acconsentire liberamente alle «terapie di conversione» è stata una delle rivendicazioni più frequentemente portata avanti dai sostenitori della SOGIECE, specialmente sotto i recenti sforzi per «riformulare» il modo in cui presentano i loro «servizi», pretendendo che venisse rispettato il diritto dei consumatori. L'autonomia del paziente può anche essere inquadrata come il diritto all'autodeterminazione personale e ciò implica una disciplina volta a definire come il consenso può essere regolato o limitato in relazione alle «terapie di conversione».

<sup>30</sup> La regolamentazione di questa forma di «terapia di conversione» ha attirato particolare attenzione perché la maggioranza di fornitori di SOGIECE nel mondo non sono professionisti, ma leader religiosi, preti o laici in generale.

forma di adesione consensuale a tali pratiche, anche se manifestata da soggetti capaci d'agire.

*5.2.2 La legge dovrebbe «tenere d'occhio» il consenso degli adulti*

Un approccio intermedio suggerisce che le SOGIECE dovrebbero essere pratiche a cui gli adulti, in linea di principio, abbiano la possibilità di acconsentire, ma esplicitamente proibite quando i non professionisti le eseguono su «adulti vulnerabili». L'aspetto chiave di questo approccio risiede nel modo in cui la «vulnerabilità» è definita dalla legge. Il principio della certezza del diritto richiede che la legge stabilisca condizioni chiare su quando il consenso debba considerarsi invalido. Uno dei possibili vantaggi di questo approccio è che riesce a includere gli adulti sotto il divieto in un modo che non invalida completamente il consenso, evitando così possibili ostacoli legali (e giudizi di costituzionalità) che una misura più drastica potrebbe comportare.

Il discorso tenuto dall'attivista americano Charles Silverstein al convegno annuale del 1972 dell'Associazione per l'avanzamento della terapia del comportamento manifesta eloquentemente un presupposto da tenere in considerazione: «Suggerire che una persona venga volontariamente a cambiare il suo orientamento sessuale è ignorare il potente stress ambientale, l'oppressione se si vuole, che gli ha detto per anni che dovrebbe cambiare. Crescere in una famiglia dove la parola "omosessuale" era sussurrata, giocare in un parco giochi e sentire le parole "frocio" e "checca", andare in chiesa e sentire parlare di "peccato" e poi al college e sentire parlare di "malattia", e infine al centro di consulenza che promette di "curare", è difficile creare un ambiente di libertà e di scelta volontaria. [...] Ciò che li porta al centro di consulenza è il senso di colpa, la vergogna e la solitudine che deriva dal loro segreto. Se davvero desiderate aiutarli a scegliere liberamente, vi suggerisco di desensibilizzarli prima al loro senso di colpa. Permettete loro di dissolvere la vergogna per i loro desideri e le loro azioni e di sentirsi a proprio agio con la loro sessualità.

Dopo questo, lasciateli scegliere, ma non prima». Una discussione olistica sulla regolamentazione del diritto al consenso a SOGIECE dovrebbe prendere nota di queste considerazioni fattuali<sup>31</sup>.

### *5.2.3 La legge non dovrebbe pregiudicare il consenso degli adulti*

Secondo questo approccio, una restrizione legale al diritto degli adulti di acconsentire a SOGIECE fornite da non professionisti non sarebbe fattibile. I possibili argomenti per questo approccio muovono da una prospettiva di diritto costituzionale, specialmente considerando la natura dei diritti che sono implicati in SOGIECE (come la libertà di parola, la libertà di coscienza e religione, l'autodeterminazione). Oltre agli argomenti tecnico-giuridici, potrebbero essere sollevate anche preoccupazioni di carattere probatorio, nonché strategico: emanare restrizioni troppo ampie, specialmente in Paesi con quadri giuridici che hanno dimostrato di essere resistenti alle rivendicazioni dei diritti umani, può generare effetti contrari.

## *6. Casi giudiziari e risvolti sui diritti fondamentali*

Negli Stati Uniti d'America a partire da gennaio 2020, diciannove Stati, il Distretto di Columbia e Porto Rico hanno introdotto divieti contro la terapia di conversione. Finora, tutte le leggi nazionali che limitano la fornitura di «terapia di conversione» hanno un campo di applicazione relativamente ristretto, in quanto si configurano come reati propri, rivolgendosi esclusivamente a professionisti autorizzati (come fornitori) e limitando la protezione ai minori (come destinatari). Con poche eccezioni quindi la fornitura di «terapie di conversione» da parte di non professionisti non è, finora, limitata in nessuno Stato. Inoltre, in linea con i rigorosi standard richiesti per limitare la libertà di parola, nessuna legge impone

---

<sup>31</sup> United Nations Independent Expert on protection against violence and discrimination based on Sexual Orientation and Gender Identity (IESOGI), *Report on conversion therapy*.

un divieto assoluto di pubblicità o promozione delle terapie di conversione.

In questa sezione sono riportate alcune delle decisioni giudiziarie che sono state emesse da tribunali locali di Stati americani.

#### *6.1 Pickup et al. v. Brown e Welch et al. v. Brown (2012)*

Nel settembre 2012, il governatore della California, Jerry Brown, ha firmato la prima legge negli Stati Uniti d'America che vieta agli operatori sanitari con licenza statale di impegnarsi nella «terapia di conversione» con pazienti sotto i 18 anni di età<sup>32</sup>. Era previsto che la legge entrasse in vigore nel gennaio 2013, ma sono state immediatamente depositate presso la Corte distrettuale della California due cause avverso la legge che sono state assegnate a due diversi giudici.

Nella prima causa, il querelante principale era David Pickup, un terapeuta della conversione e portavoce di Associazione nazionale per la ricerca e la terapia dell'omosessualità (*NARTH Institute*). Il signor Welch si è presentato come querelante nella causa parallela sulla stessa legge. I due gruppi di querelanti hanno chiesto ai giudici di emettere un'ingiunzione preliminare per impedire l'applicazione della legge e di dichiarare la legge incostituzionale in relazione al Primo e al Quattordicesimo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America. Nel caso Welch contro Brown, l'ingiunzione è stata concessa, mentre nel caso Pickup è stata negata. Le rispettive parti perdenti hanno fatto ricorso alla Corte d'Appello degli Stati Uniti per il Nono Circuito che ha affrontato congiuntamente entrambi gli appelli<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> *California Business and Professions Code*, §865-1 (as amended by Section 2 of SB-1172: *Sexual orientation change efforts*, 2012).

<sup>33</sup> US Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Pickup et al. v. Brown et al. and Welch et al. v. Brown et al.*, 29 August 2013, pp. 14, 15.

### 6.1.1 *Argomenti sulla libertà di parola*

I querelanti hanno sostenuto che la legge viola il diritto alla libertà di parola degli operatori SOGIECE. Tuttavia, la Corte ha dichiarato che la legge regola la condotta (il trattamento che comprende la SOCE per i minori), non il discorso (cioè le discussioni sul trattamento, raccomandazioni per ottenere un trattamento che comprendono SOGIECE, ed espressioni di opinioni su SOGIECE e omosessualità) e che qualsiasi effetto che può avere sulla libertà di parola è incidentale<sup>34</sup>. La Corte ha argomentato che gli psicoterapeuti non hanno diritto a una speciale protezione del Primo Emendamento solo perché il meccanismo usato per fornire un trattamento psicoterapeutico è la parola<sup>35</sup>. La Corte ha spiegato che quando un individuo è impegnato in un dialogo pubblico, il suo discorso è solidamente protetto dal Primo Emendamento, anche quando si schiera a favore di un trattamento che l'establishment medico considera come una pratica antiscientifica o pericolosa. Entro i confini di una relazione professionale, che si forma per promuovere il benessere dei clienti, non per contribuire al dibattito pubblico, tale protezione è diminuita dall'obbligo e dal potere dello Stato di proteggere i suoi cittadini regolando la condotta professionale degli operatori sanitari autorizzati. In questo senso, la Corte ha determinato che lo Stato aveva un legittimo interesse nell'impedire ai fornitori SOGIECE di somministrare terapie che sono ritenute dannose per il benessere dei minori.

### 6.1.2 *Argomenti sui diritti dei genitori*

I querelanti hanno sostenuto che la legge viola il diritto dei genitori di educare i loro figli liberamente.

La Corte ha spiegato che i genitori non hanno un diritto costituzionale assoluto di prendere decisioni per quanto riguarda la cura, la custodia e il controllo dei loro figli. In particolare, limitazioni sono previste quando la salute fisica o mentale dei

---

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 24, 25.

<sup>35</sup> *Ibidem*, pp. 17, 19, 23-25.

bambini è messa in pericolo<sup>36</sup>. La Corte ha anche affermato che se i pazienti adulti non hanno un diritto costituzionalmente protetto di ottenere un particolare tipo di trattamento, o un trattamento da un particolare fornitore che è stato proibito dallo Stato sulla base di un interesse inderogabile, non hanno il diritto di scegliere per i loro figli un trattamento specifico che è stato ragionevolmente ritenuto dannoso dallo Stato. A maggior ragione considerando che lo Stato ha un più ampio margine di decisione sulla tutela dei minori rispetto a quella che ha sugli adulti, i genitori non possono obbligare lo Stato a permettere ai medici di impegnarsi in pratiche dannose come il SOGIECE per i minori.

### *6.1.3 Argomenti sulla libertà di associazione*

I querelanti sostengono che la legge impedisce ai promotori di entrare in contatto e mantenere relazioni con i loro pazienti e gli altri collaboratori. La Corte ha risposto che i professionisti sono liberi di fornire servizi terapeutici finché non si impegnano in SOGIECE<sup>37</sup>. Inoltre, ha spiegato che il legame terapeuta-cliente che dura solo fino a quando il paziente è disposto a pagare l'onorario, non è né una relazione personale né un'associazione meritevole di protezione costituzionale<sup>38</sup>.

### *6.1.4 Decisione finale*

Nell'agosto 2013, la Corte d'Appello degli Stati Uniti per il Nono Circuito ha invertito l'ordine che concedeva l'ingiunzione preliminare in *Welch et al.* e ha affermato il rifiuto dell'ingiunzione preliminare nel caso *Pickup et al.*

Entrambi i gruppi di querelanti hanno chiesto alla Corte Suprema degli Stati Uniti di rivedere la decisione, ma le loro petizioni sono state rifiutate nel giugno 2014, mandando in vigore la legge.

---

<sup>36</sup> *Ibidem*, 34.

<sup>37</sup> *Ibidem*, 29.

<sup>38</sup> *Ibidem*, 30.

## 6.2 *King et al. v. Christie (2013)*

Nell'agosto 2013, il governatore del New Jersey ha firmato la seconda legge negli Stati Uniti che vieta agli operatori sanitari con licenza statale di impegnarsi in SOGIECE con pazienti sotto i 18 anni di età. Una causa contro la legge è stata immediatamente presentata alla Corte distrettuale del New Jersey. I querelanti hanno chiesto al giudice di emettere un'ingiunzione preliminare per impedire l'applicazione della legge, ma la loro richiesta è stata negata e la legge non è stata ritenuta incostituzionale. La parte perdente ha fatto appello alla Corte d'Appello degli Stati Uniti per il Terzo Circuito<sup>39</sup>.

### 6.2.1 *Argomenti sulla libertà di parola*

Entrambe le parti hanno concordato che le moderne SOGIECE sono amministrate interamente attraverso la comunicazione verbale. I querelanti hanno sostenuto che la legge viola quindi il diritto alla libertà di parola dei praticanti di SOGIECE. Invece, gli imputati hanno sostenuto che gli enunciati diventano comportamenti quando vengono usati come veicolo per il trattamento della salute mentale e che quindi la legge regola la condotta, non il discorso.

I querelanti hanno anche sostenuto che lo scopo della legge potrebbe essere realizzato in un modo meno restrittivo, cioè richiedendo che i minori diano il loro consenso informato prima di sottoporsi alla terapia SOGIECE. La Corte ha respinto la mozione indicando che tale misura non poteva garantire adeguatamente che i minori non si sentissero spinti a ricevere la terapia SOGIECE dalle loro famiglie e/o comunità.

### 6.2.2 *Argomenti sulla libertà di religione*

I querelanti hanno sostenuto che la legge viola il loro libero esercizio della religione proibendo la consulenza di natura religiosa, mentre permette altre forme di consulenza non a

---

<sup>39</sup> US Court of Appeals for the Third Circuit, *King et al. v. Christie et al.*, 11 September 2014, pp. 17, 18.

sfondo religioso che sono sostanzialmente comparabili. La Corte ha dichiarato che, a differenza di quanto accade con SOGIECE, non ci sono ragioni per credere che quelle attività che non sono state coperte dalla legge siano dannose per i bambini. La Corte ha ribadito che la libertà di religione non è assoluta e che, se una legge ha l'effetto incidentale di gravare su una particolare pratica religiosa, essa resisterà al diritto di libero esercizio del credo religioso a condizione che la legge sia generalmente applicabile e razionalmente collegata a un legittimo interesse statale.

### *6.2.3 Decisione finale*

Nel settembre 2014, la Corte d'Appello degli Stati Uniti per il Terzo Circuito ha emesso la sua sentenza sostenendo l'applicabilità della legge. I querelanti hanno chiesto alla Corte Suprema degli Stati Uniti di rivedere la decisione, ma la loro petizione è stata rifiutata nel maggio 2015.

*6.3. Ferguson et al. v. JONAH (Jews Offering New Alternatives for Healing – Centro ebraico che offre nuove alternative per la guarigione) (2013)*

Nel novembre 2013 è stata intentata una causa contro JONAH, una società senza scopo di lucro dedicata a consulenza SOCE, sostenendo che la sua attività e pratiche hanno violato il *New Jersey Consumer Fraud Act*<sup>40</sup>, che protegge consumatori da pratiche commerciali come false dichiarazioni e pubblicità ingannevole, inducendo ad acquistare un prodotto o un servizio. I ricorrenti hanno affermato che gli imputati, vendendo i loro servizi, avevano assicurato che l'omosessualità fosse un disordine mentale e quindi avrebbe potuto essere curata, dichiarando che il loro programma era scientifico e aveva un elevato tasso di successo<sup>41</sup>. Nel giugno 2015, una giuria del New Jersey all'unanimità ha ritenuto che JONAH fraudolentemente

---

<sup>40</sup> *Approved 5/1998; Revised 12/2011.*

<sup>41</sup> P. DUBROWSKI, *The Ferguson v. JONAH verdict and a path towards national cessation of gay-to-straight «conversion therapy»*, *Northwestern University Law Review* 110, 2015, p. 80.

ha affermato di fornire «servizi che potrebbero in modo significativo ridurre o eliminare l'attrazione per lo stesso sesso»<sup>42</sup>. Nel dicembre 2015, la Corte superiore del New Jersey ha concesso un'ingiunzione permanente per far cessare la JONAH dall'esercizio delle terapie, e ha ordinato di sciogliere l'organizzazione e liquidare i suoi beni, impedendo ai promotori di pubblicizzare o promuovere la consulenza SOCE nel New Jersey.

Nel marzo 2018, i querelanti hanno presentato una mozione per far rispettare la decisione, affermando che JONAH aveva continuato a operare con un nuovo acronimo: JIFGA (Jewish Institute for Global Awareness). Pertanto, la Corte ha ordinato che l'attività di JIFGA fosse permanentemente vietata. Sono stati inoltre riconosciuti danni patrimoniali ai querelanti.

*7. Paesi europei: Malta, Germania, Albania; Italia e d.d.l. 2402/2016 «Norme di contrasto alle terapie di conversione dell'orientamento sessuale dei minori»*

Il Parlamento europeo è intervenuto con la risoluzione dell'11 marzo del 2021 sulla proclamazione dell'Unione europea come zona di libertà per le persone LGBTIQ per incoraggiare gli Stati membri a configurare come reato le pratiche della cosiddetta «terapia di conversione»<sup>43</sup>; tale terapia è ancora praticata anche nell'Unione europea dove in alcuni Stati membri è stato segnalato l'uso di farmaci, psicoterapia e rituali di purificazione nel quadro della terapia di conversione.

### *7.1. Malta*

Nel 2016, Malta è stato il primo paese europeo a vietare la terapia di conversione approvando un disegno di legge, «*Affirmation of Sexual Orientation, Gender Identity, and*

---

<sup>42</sup> New Jersey Superior Court, *Ferguson et al. v. JONAH et al.*, *Memorandum of decision*, 19 June 2019, pp. 1, 2.

<sup>43</sup> Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 marzo 2021 sulla proclamazione dell'Unione europea come zona di libertà per le persone LGBTIQ (2021/2557(RSP)).

*Gender Expression Bill*»<sup>44</sup> che era il divieto più completo emanato fino ad allora per proibire e prevenire queste pratiche. La legge definisce ampiamente le «pratiche di conversione» come qualsiasi trattamento, pratica o sforzo sostenuto che mira a cambiare, reprimere o eliminare l'orientamento sessuale, l'identità di genere o l'espressione di genere, e stabilisce diverse eccezioni per salvaguardare le terapie affermative e di sostegno. Inoltre, il termine «sostenuto» – *sustained effort* – per qualificare gli sforzi che rientrano nella definizione può servire a prevenire l'argomento che qualsiasi espressione di disapprovazione o un occasionale tentativo isolato possano essere automaticamente perseguiti.

Uno degli aspetti più salienti del divieto maltese è che proibisce l'esecuzione della terapia di conversione sia da parte di professionisti che di non professionisti, un'estensione che nessun altro divieto aveva esplicitamente operato prima. In altre parole, secondo la legge maltese, la qualifica del fornitore è totalmente irrilevante quando la «terapia di conversione» viene eseguita su persone vulnerabili o se manca il consenso.

## 7.2. Germania

Analizziamo la «zum Schutz vor Konversionsbehandlungen» – «Legge per la protezione dalle terapie di conversione»<sup>45</sup>. Il governo federale, dal quale ha avuto impulso l'iter legislativo, preso atto che tentativi di conversione sulle persone omosessuali o transessuali continuano ad essere eseguiti in Germania, ha avvertito la necessità di un'iniziativa legislativa che impedisse di intervenire sullo sviluppo sessuale e di genere degli individui, minacciandone, di fatto, il diritto all'autodeterminazione e all'integrità fisica e psichica. La volontà di adeguare il diritto penale tedesco alla necessità di proteggere i diritti inviolabili della persona si è tradotta nella scelta di preferire l'introduzione di una legge indipendente volta a tutelare gruppi di persone particolarmente vulnerabili da

---

<sup>44</sup> *The Affirmation of Sexual Orientation, Gender Identity and Gender Expression Act.*, Act No. LV of 2016.

<sup>45</sup> G. v. 12.06.2020 BGBl. I S. 1285, Nr. 28 - KonvBG.

trattamenti di coercizione psicologica<sup>46</sup>. Il testo della legge per la protezione dalle «terapie di conversione» è stato approvato il 7 maggio 2020 ed è entrato in vigore il 24 giugno 2020. L'articolato normativo è composto da 7 articoli, con cui si introducono: a) il divieto di praticare terapie di conversione sui minori e sugli adulti la cui volontà di sottoporsi al trattamento non si sia correttamente formata e il cui consenso non sia stato prestato in modo «informato»; b) il divieto di pubblicizzare e offrire, anche attraverso intermediari, terapie di conversione; c) l'istituzione di un servizio di consulenza per i soggetti che abbiano necessità di affrontare tematiche relative all'orientamento sessuale e all'identità di genere; d) nuove fattispecie di responsabilità penale ed amministrativa.

Obiettivo del provvedimento è la protezione della posizione di vulnerabilità in cui possono trovarsi le persone LGBT, ma lo strumento rimediale a tal fine invocato – il divieto della terapia di conversione – ha un ambito di operatività sensibilmente diverso a seconda dell'età e delle condizioni del potenziale destinatario. La limitazione solo parziale che riguarda i trattamenti di conversione per gli adulti sembra stridere con l'affermazione della natura non patologica degli orientamenti e delle identità LGBT, ma la norma ha il difficile compito di operare un primo bilanciamento tra interessi contrapposti, nella consapevolezza che si deve consentire al maggiorenne di autodeterminarsi anche ricorrendo a trattamenti tesi a modificare il proprio orientamento sessuale o la propria identità di genere. Tuttavia, affinché il consenso renda legittima l'esecuzione del trattamento di conversione, il «paziente» deve essere informato in modo completo ed esaustivo delle modalità previste e dei rischi che potrebbero conseguire alla c.d. terapia, nonché dell'assenza di prove scientifiche a sostegno dell'efficacia del “trattamento”. In considerazione di ciò, è chiarito l'ambito di applicazione della legge, dal quale sono espressamente esclusi i trattamenti che si rivolgono ai disturbi della sessualità riconosciuti a livello medico, quali esibizionismo, feticismo e

---

<sup>46</sup> F. BERTELLI, *La tutela dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere in Germania: la legge “zum schutz vor konversionsbehandlungen”*, in *Riv. Persona e Mercato*, 3/2020, p.268.

pedofilia, così come gli interventi chirurgici od ormonali finalizzati a consentire di esprimere l'identità sessuale auto percepita.

### *7.2.1 Destinatari del divieto*

Proprio in considerazione del fatto che le terapie di conversione sono spesso erogate da persone prive di una qualifica professionale, il divieto assume un carattere generale ed è rivolto a tutti i consociati e non solo a coloro che esercitano professioni sanitarie, per i quali, peraltro, spesso operano già sanzioni disciplinari in caso di esecuzione di trattamenti riconducibili alle terapie di conversione. La relazione accompagnatoria porta come esempi di casi che rappresentano grave inadempimento dei doveri genitoriali quelli che sfociano in episodi di violenza fisica, ovvero che determinano la privazione del sostegno economico al minore economicamente non autosufficiente, ovvero ancora l'esclusione dalla vita familiare se il minore rifiuta di sottoporsi ad un trattamento di conversione.

### *7.2.2 Esclusioni*

Probabilmente avvertendo come l'introduzione del divieto possa facilmente incorrere nel rischio che si configurino reati di opinione o si violi la libertà di espressione, nella relazione si osserva anche che il divieto non copre la semplice esternazione di un'opinione e che le valutazioni siano da farsi in relazione al contesto e alle circostanze in cui viene esternata una dichiarazione.

### *7.2.3 Sanzioni*

Le conseguenze penali ed amministrative delle violazioni dei divieti sono da un lato, sotto il profilo penalistico delle condotte, la reclusione fino ad 1 anno e una multa a chi esegua trattamenti di conversione in violazione di quanto stabilito dalla legge; dall'altro, definita la natura di illecito amministrativo, in

quanto attività solo prodromiche alla vera e propria esecuzione del trattamento, la legge fissa il limite massimo della sanzione pecuniaria in 30.000 euro. Le sanzioni amministrative di attività di intermediazione relative alle “terapie di conversione” e la loro pubblicizzazione ed offerta non mirano solamente a reprimere le eventuali violazioni, ma paiono anche finalizzate ad eradicare la credenza che omosessualità, bisessualità e transessualismo siano condizioni patologiche e a combattere fenomeni di emarginazione, discriminazione e stigmatizzazione in danno delle persone LGBT.

### *7.3 Albania*

Nel maggio 2020, l'Albania è diventata il terzo Paese europeo a vietare la “terapia di conversione” o qualsiasi tentativo pseudo-terapeutico di cambiare l'orientamento sessuale o l'identità di genere di un minore. Il divieto è stato reso vincolante in tutta la nazione dall'Ordine nazionale degli psicologi, anche senza provvedimenti del Governo.

### *7.4 Italia e d.d.l. 2402/2016 «Norme di contrasto alle terapie di conversione dell'orientamento sessuale dei minori»*

Per quanto riguarda la situazione italiana, nel maggio 2016, su iniziativa del Partito Democratico, è stato presentato un disegno di legge finalizzato a contrastare le terapie di conversione dell'orientamento sessuale sui minori mediante l'introduzione di una norma che sanzionasse con la reclusione fino a due anni, con la multa da 10.000 a 50.000 euro e con la confisca delle attrezzature per l'esecuzione di tali trattamenti da parte di psicologi, medici psichiatri, psicoterapeuti, terapeuti, consulenti clinici, *counselor*, consulenti psicologici, assistenti sociali, educatori o pedagogisti. Il disegno è stato assegnato alla 2ª Commissione permanente (Giustizia) in sede referente il 26 luglio 2016 ed è ancora in attesa di discussione. A dispetto delle

sollecitazioni provenienti sul piano internazionale, giace, invece, ancora in fase di esame preliminare<sup>47</sup>.

In mancanza di un provvedimento specifico, rimane da chiedersi se l'esecuzione di questi trattamenti sui minori possa trovare una parziale sanzione attraverso gli artt. 571 e 572 c.p., dedicati rispettivamente al reato di abuso di mezzi di correzione o disciplina e maltrattamento contro familiari e conviventi<sup>48</sup>. A seconda della gravità della fattispecie concreta, fatta salva l'eventuale rilevanza penale delle condotte contestate, sul versante civilistico ed in prospettiva rimediabile un'importante funzione potrebbe essere però già assolta dal risarcimento del c.d. danno endofamiliare<sup>49</sup>: visto l'enorme potenziale lesivo a lungo termine dei c.d. trattamenti di conversione, i problemi più delicati potrebbero però porsi in relazione alla determinazione del quantum risarcitorio<sup>50</sup>.

Gli artt. 30 Cost., 147 e 315 *bis* c.c., infatti, impongono ai genitori di «mantenere, istruire ed educare i figli», ma anche di assisterli moralmente nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni naturali ed aspirazioni<sup>51</sup>, affinché proprio partendo dalla dimensione familiare il minore possa sviluppare pienamente la propria personalità, per la cui libera espressione i profili legati alla sessualità e all'identità di genere non possono essere limitati od ostacolati<sup>52</sup>. Interventi dei genitori tesi a

---

<sup>47</sup> Si sono espressi a favore della criminalizzazione delle terapie di conversione oltre al Comitato contro la Tortura dell'ONU, nel 2016, il Comitato per i diritti delle persone con disabilità, nel 2018, il Comitato per l'eliminazione delle discriminazioni nei confronti delle donne, nel 2015, il Parlamento europeo, nel 2018 e la Commissione Inter-Americana per i diritti umani, nel 2017: cfr. MENDOS, *op. cit.*, p. 73.

<sup>48</sup> E. SCAROINA, *Prospettive di criminalizzazione delle terapie di conversione sessuale*, in *Riv. Dir. Pen. Cont.*, 4/2020, pp. 42 e ss.

<sup>49</sup> Si vedano D. MARCELLO, *La responsabilità genitoriale e il danno endofamiliare*, in *Giur. it.*, 2015, pp. 2334 ss.; Cass., 10 aprile 2012, n. 5652.

<sup>50</sup> F. BERTELLI, *op. cit.*

<sup>51</sup> Cfr. *ex multis*, M. BONA, *Violazione dei doveri genitoriali e coniugali: una nuova frontiera della responsabilità civile?* (Nota a Trib. Milano, 10 febbraio 1999 e a Cass., 7 giugno 2000, n. 7713), in *Fam. dir.*, 2001, pp. 189 ss.

<sup>52</sup> Proprio per questo, Trib. Frosinone, 25 luglio 2017, in *Foro it.*, 2018, I, c. 136 ss., ha ammesso l'esercizio dell'azione di rettificazione di sesso anche in conto del minore, precisando che, nel giudizio promosso dai genitori per ottenere l'autorizzazione al trattamento medico - chirurgico per

modificare o reprimere l'orientamento sessuale e/o l'identità di genere del proprio figlio, oltre ad implicare una grave violazione dei doveri genitoriali, rappresentano una significativa minaccia all'integrità fisica o morale, alla libertà e al diritto all'autodeterminazione del minore<sup>53</sup>.

#### 7.4.1 *Disciplina*

Nello specifico, il presente disegno di legge all'art. 1 fornisce una definizione di «conversione dell'orientamento sessuale». L'art. 2 individua le figure professionali alle quali è fatto divieto di applicare le suddette terapie di conversione su soggetti minorenni e stabilisce le sanzioni pecuniarie e accessorie in caso di violazione della norma. L'art. 3 stabilisce la pena accessoria della sospensione da uno a cinque anni dall'esercizio della professione per qualsiasi delle figure professionali di cui all'art. 2, qualora per le medesime sia richiesta una specifica abilitazione da parte dello Stato.

#### 7.4.2 *Prospettive di criminalizzazione delle terapie di conversione in Italia*

Per quanto riguarda l'Italia, la repressione in sede penale dei trattamenti volti a mutare l'orientamento sessuale è attualmente affidata a fattispecie di reato «classiche», in particolare, quelle previste dagli artt. 572 (maltrattamenti contro familiari e conviventi), 582 (lesione personale)<sup>54</sup> e 583, 589

---

l'adeguamento dei caratteri sessuali, è necessario un duplice consenso, manifestato dal minore stesso, in relazione alla sua maturità psico-fisica, e dai genitori.

<sup>53</sup> Nella relazione di accompagnamento al disegno di legge è riportata la tragica vicenda di Leelah Alcorn, un'adolescente transgender di Kings Mills, Ohio, che nel dicembre 2014 ha scelto di suicidarsi a seguito della decisione dei genitori di seguire ogni strada possibile per «curare» loro figlio, rivolgendosi a degli pseudo-terapeuti specializzati nella cosiddetta «terapia di conversione dell'orientamento sessuale».

<sup>54</sup> La Corte Suprema di Cassazione ha avuto modo di affermare che ai fini della configurabilità del delitto in questione, lo stato di sofferenza e di umiliazione delle vittime non deve necessariamente collegarsi a specifici comportamenti vessatori, ma può derivare anche da un clima generalmente

(omicidio colposo)<sup>55</sup> e 610 (violenza privata), 640 (truffa)<sup>56</sup> e 643 (circonvenzione d'incapace) c.p.

### 7.4.3 *Diritti da tutelare*

Bisogna preliminarmente interrogarsi sull'opportunità di un'autonoma criminalizzazione di queste pratiche<sup>57</sup>. Si tratta di verificare se siamo in presenza di beni giuridici meritevoli di tutela penale e se essi presentano quel grado di necessità tale da legittimare l'intervento in questo delicato settore, nonché, in caso positivo, di accertare se ricorra davvero un concreto «bisogno di pena»<sup>58</sup>. Viene in considerazione «il diritto a non dover subire illecite intrusioni altrui nella propria sfera psichica, sia per quanto attiene all'integrità di questa, sia per quanto attiene alla formazione della coscienza e del pensiero, sia per quanto attiene alla formazione della volontà»<sup>59</sup> che trova fondamento, soprattutto, negli artt. 2, 3, co. 2, e 13 Cost. La Corte costituzionale ha d'altra parte qualificato come diritti

---

instaurato all'interno di una comunità in conseguenza di atti di sopraffazione indistintamente e variamente commessi a carico delle persone sottoposte al potere dei soggetti attivi, i quali ne siano tutti consapevoli, a prescindere dall'entità numerica degli atti vessatori: Cass. pen., sez. 5, 21.12.2009, rv. 246028.

<sup>55</sup> Si veda, al riguardo, Trib. Padova, 2019. Nel caso di specie i genitori avevano rifiutato di far sottoporre la propria figlia minore, affetta da leucemia linfoblastica acuta, alla chemioterapia, preferendo affidarsi alla c.d. medicina olistica. La decisione si fonda sull'esistenza di un obbligo positivo dei genitori, nascente dagli artt. 30 Cost. e 147 e 330 c.c., di attivarsi per garantire ai figli «il diritto primario, quello di vivere».

<sup>56</sup> È questa ad esempio la fattispecie venuta in considerazione nel caso Stamina ove la truffa è stata ravvisata rispetto a «terapie innovative fondate sul trattamento di cellule staminali sviluppate al di fuori della sperimentazione clinica, inducendo le vittime in errore nella prospettazione di potenzialità terapeutiche e nella necessità di acquisire materiale biologico da trattare, previa corresponsione di denaro» (Cass. pen., sez. 2, 20.10.2015, n. 31588). O ancora il caso Chiesa di Scientology, in cui è stata riconosciuta la responsabilità dei vertici dell'associazione per reati tra i quali truffa aggravata e lesioni colpose poste in essere da soggetti senza qualifica medica nei confronti di adepti sottoposti a trattamenti terapeutici antiscientifici (Cass. pen., sez. 2, 21.05.1992, n. 9520).

<sup>57</sup> E. SCAROINA, *op. cit.*

<sup>58</sup> ROMANO, 1992, pp. 39 ss.

<sup>59</sup> VASSALLI, 1960, p. 1698. Si veda anche FLICK, 1974, pp. 537 e 545 ss.

inviolabili sia «il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità»<sup>60</sup>, sia il diritto alla libertà sessuale, essendo «la sessualità uno degli essenziali modi di espressione della persona umana»<sup>61</sup>, trovando inoltre fondamento nel «dovere di solidarietà sociale» l'obbligo per i concittadini di riconoscerli e rispettarli<sup>62</sup>.

La scelta di criminalizzare le «terapie di conversione» in via autonoma e indipendente rispetto a eventuali lesioni personali o danni patrimoniali pare dunque trovare il suo fondamento nell'esigenza di tutela della dignità umana. In punto di concreto «bisogno di pena», dunque non si può sottovalutare la grande rilevanza e gravità di un fenomeno che vede ancora oggi l'Italia in posizione di arretratezza<sup>63</sup>. In tali contesti, pur consapevoli della delicatezza della questione, la scelta di criminalizzazione assume non soltanto un rilevante valore (positivamente) simbolico, ovvero di stigmatizzazione di comportamenti idonei a creare (o consolidare) l'erroneo convincimento che l'omosessualità sia una patologia da curare, ma anche e soprattutto una funzione di tutela dell'ampio spettro di diritti sopra evocato. L'eventuale conflitto con altre libertà generalmente riconosciute (diritto a professare la propria religione, diritto di espressione, diritto dei genitori di crescere i propri figli in coerenza con le proprie convinzioni) può e deve essere risolto sulla base del consolidato principio di bilanciamento. Occorrerà dunque verificare se il nucleo di uno dei diritti è davvero compromesso in caso di protezione dell'altro diritto.

In questa prospettiva, pare senz'altro legittimo vietare il ricorso alle terapie di conversione nei confronti dei minori indipendentemente dall'eventuale consenso dei genitori<sup>64</sup>. Il

---

<sup>60</sup> Corte cost., sent. n. 561/87.

<sup>61</sup> Corte cost., sent. n. 221/2015.

<sup>62</sup> Corte cost., sent. n. 161/85.

<sup>63</sup> ILGA World: L.R. MENDOS, *op. cit.*

<sup>64</sup> L'affermazione per cui il consenso prestato dai genitori vale a rendere lecita l'attività ai sensi dell'art. 2 c.c. è ricorrente in giurisprudenza: cfr., da ultimo, Cass. pen., sez. 3, 18.05.2018, n. 49778, rv. 273964. Senonché la dottrina civilistica tende a ricondurre tale regola all'ambito dei diritti

diritto dei genitori a crescere i figli in base alle proprie convinzioni è infatti recessivo sia rispetto a quello «di tutelare la vita, l'incolumità e la moralità sessuale dei minori contro altrui aggressioni», sia al diritto del minore a seguire le proprie inclinazioni, anche sotto il profilo dell'orientamento sessuale. Come infatti evidenziato nell'ordinanza n. 132 del 1992, la Corte costituzionale ha specificato che «la potestà dei genitori nei confronti del bambino è, infatti, riconosciuta dall'art. 30, primo e secondo comma, della Costituzione non come loro libertà personale, ma come diritto-dovere che trova nell'interesse del figlio la sua funzione ed il suo limite. E la Costituzione ha rovesciato le concezioni che assoggettavano i figli ad un potere assoluto e incontrollato, affermando il diritto del minore ad un pieno sviluppo della sua personalità e collegando funzionalmente a tale interesse i doveri che ineriscono, prima ancora dei diritti, all'esercizio della potestà genitoriale»<sup>65</sup>. Nella stessa prospettiva si pone la Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina (1997): l'art. 6, dispone che «un intervento non può essere effettuato su una persona che non ha capacità di dare consenso, se non per un diretto beneficio della stessa». Tale principio assume ancor più valore nel caso di specie, posta la non scientificità e la mancanza di fondamento medico delle terapie in questione, circostanza che rende altresì inconferente il richiamo alla l. n. 219/2017 che pure, all'art. 3, co. 2, stabilisce che «il consenso informato al trattamento sanitario del minore è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al grado di maturità».

Più delicata è la praticabilità di questa scelta rispetto agli adulti, che, come visto, è stata effettuata da diversi Paesi, in particolare a tutela delle «persone vulnerabili»: si definiscono

---

patrimoniali, alla luce anche delle radici romanistiche della disciplina, evidenziando come, in materia di trattamenti sanitari, esistono numerose ipotesi in cui il minore, in proporzione al proprio grado di maturazione, è chiamato a prestare il proprio consenso: BIANCA, 2005, pp. 5 ss.

<sup>65</sup> Nella successiva ordinanza n. 262/2004, la stessa Corte costituzionale ha negato che si possa ammettere «una totale libertà dei genitori di effettuare anche scelte che potrebbero essere gravemente pregiudizievoli al figlio».

soggetti vulnerabili «quelle persone la cui autonomia, connessa alla dignità e all'integrità, può essere (e di fatto spesso è) minacciata, compromettendo l'accesso a ciò che si ritiene importante per il proprio benessere»<sup>66</sup>. È noto, da un lato, che il concetto di «vulnerabilità» non è sconosciuto all'ordinamento penale e, altresì, che la giurisprudenza individua con sufficiente precisione lo stato di deficienza psichica. Senonché è evidente che la nozione di «persone vulnerabili» rischia di prospettarsi vaga e sfuggente ove associata all'omosessualità: in tali contesti, infatti, l'eventuale situazione di vulnerabilità non dipende da una deficienza soggettiva, ma dalla percepita mancanza di accettazione sociale da cui può derivare insicurezza e scarso rispetto di sé<sup>67</sup>. Pare dunque opportuno spostare l'attenzione sull'esigenza di garantire che l'adesione alla terapia sia realmente espressione di autonomia e, dunque, sul complesso terreno della effettiva volontarietà del consenso nei classici limiti richiamati nell'interpretazione dell'art. 50 c.p. «Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporre». In tale prospettiva, il soggetto che decide di aderire alle terapie di conversione dovrà quindi essere compiutamente informato – in analogia a quanto previsto dall'art. 1, co. 3 della l. n. 219/2017 – in merito «alla prognosi, ai benefici e ai rischi» del trattamento, nonché, e soprattutto, all'assenza di scientificità della stessa e al rischio che il disagio connesso alla propria condizione anziché migliorare peggiori anche in modo significativo. In definitiva, pare dunque che la soluzione tedesca, che apre alla tutela anche dei soggetti il cui consenso, pur apparentemente reso, non sia in realtà effettivo, sia quella da seguire<sup>68</sup>.

## 8. Conclusioni

Il percorso verso il riconoscimento del diritto al rispetto dell'identità e orientamento sessuale di ogni individuo necessita

---

<sup>66</sup> B. PASTORE, *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, 2018, p. 106.

<sup>67</sup> *Ibidem*.

<sup>68</sup> E. SCAROINA, *op. cit.*

dunque di assumere iniziative che siano finalizzate, da un lato, a garantire a tutti di realizzare pienamente la propria individualità, anche sotto il profilo dell'identità sessuale e, dall'altro, di prendere una ferma presa di posizione contro iniziative, quali le "terapie di conversione", che si propongano – fuori da ogni contesto scientifico – di curare ciò che non è una malattia. Il ricorso alla sanzione penale si giustifica in tale contesto tenendo conto, sia della rilevanza dei beni giuridici, la libertà morale e la dignità personale, che vengono in rilievo, sia dell'esigenza di tutelare i soggetti più vulnerabili. Si ritiene in definitiva che il legislatore penale possa e debba intervenire nel processo di riconoscimento e valorizzazione dell'identità sessuale come una delle molteplici componenti della personalità dell'individuo che la Costituzione tutela come valore primario, anche prendendo ferma posizione, sul piano normativo, contro "le terapie di conversione".



ANDREA SCHIOPPA\*

## LA CRISI D'IMPRESA TRA EUROPA E STATI UNITI

*This article aims to explain, in a comparative perspective, the evolution of bankruptcy regulation in Italy in the last few years, after the introduction of a European Union regulation, inspired by several legal devices of the United States' legislation, ruled by the U.S. Bankruptcy Code, enacted in 1978 by § 101 of the Bankruptcy Reform Act. This research points out also the main features of the crisis regulation both in the common law and in the civil law systems. As far as the difference among legal systems is concerned, it is important to highlight how the spread of the American so-called "rescue model" and the European concept of "second chance" changed the legal approach faced to corporate's insolvency and bankruptcy regulations and led the western legal systems to overcome the previous models based on a punitive view.*

SOMMARIO: 1. Convergenze sulla crisi d'impresa. – 2. La riforma italiana del fallimento. – 3. La crisi d'impresa nel processo di integrazione europea. – 3.1 Il *Silent borrowing* dal diritto statunitense. – 4. La procedura del *U.S. Bankruptcy Code*. – 5. Conclusioni.

### *1. Convergenze sulla crisi d'impresa*

Nei recenti anni si è potuta osservare una progressiva evoluzione delle discipline sulla gestione della crisi dell'impresa in molti ordinamenti europei – tra i quali l'Italia nel 2019 – a seguito delle spinte riformatrici dell'Unione Europea, da ultimo con la direttiva (UE) 1023/2019 che ha stimolato l'introduzione del nuovissimo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza<sup>1</sup> nel nostro Paese.

---

\*Studente del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per questo lavoro è stato consultato il prof. Gianluca Scarchillo, docente di Sistemi Giuridici Comparati presso Sapienza Università di Roma.

La cosa più interessante all'occhio del comparatista è stata l'acquisizione di alcuni istituti e principi fondamentali dell'ordinamento statunitense (soprattutto del celebre *Chapter 11*, che si avrà modo di descrivere più approfonditamente di seguito) allo scopo di creare un sistema efficiente, nel quale sono stati messi al centro dei quadri di ristrutturazione preventiva della direttiva i punti principali della procedura di riorganizzazione americana<sup>2</sup>.

Questo richiamo al diritto d'oltreoceano non è ovviamente casuale. Infatti, la disciplina statunitense del *Chapter 11* del *Bankruptcy Code* è stata pionieristica nel creare un assetto di regole basate sulla c.d. cultura della salvezza – *the rescue model* – che si è sviluppata (e poi diffusa) come alternativa al precedente regime dell'insolvenza, fortemente radicato nella morale con l'idea della c.d. cultura punitiva, *the punitive model*<sup>3</sup>.

In passato il regime giuridico dell'insolvenza è sempre stato creditore-centrico, focalizzato quasi esclusivamente sulla liquidazione degli *assets* a beneficio di quest'ultimo e con un trattamento – come suggerisce il nome, del resto – di tipo punitivo nei confronti dell'imprenditore, considerato solo per la sua incapacità nel pagare i propri debiti<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14.

<sup>2</sup> F. CARELLI, *L'influenza del Chapter 11 sulle legislazioni della crisi d'impresa e le differenze con gli strumenti previsti dal CCI*, in *blog ilCaso.it*, 2020, articolo n. 997, reperibile al link: [https://blog.ilcaso.it/news/997/25-09-20/L%E2%80%99influenza del Chapter 11 sulle legislazioni della crisi d%E2%80%99impresa e le differenze con gli strumenti previsti dal CCI](https://blog.ilcaso.it/news/997/25-09-20/L%E2%80%99influenza%20del%20Chapter%2011%20sulle%20legislazioni%20della%20crisi%20d%E2%80%99impresa%20e%20le%20differenze%20con%20gli%20strumenti%20previsti%20dal%20CCI)

<sup>3</sup> J.H.M. SPRAYREGEN, *International Insolvency: From Punitive Regimes toward Rescue Culture*, in *Emory Bankruptcy Developments Journal*, vol. XXXVI, 2020, p. 7.

<sup>4</sup> Si pensi per prima cosa alle legislazioni del secolo scorso – e in parte sopravvissute anche in questo – in molti ordinamenti, tra cui il nostro, che prevedevano (o prevedono) dall'arresto per insolvenza del debitore alla perdita di taluni diritti civili di alto rilievo, come il diritto di voto o di elettorato passivo, oltre che l'incompatibilità a ricoprire alcuni ruoli nell'esercizio privato dell'impresa (come quelli di amministratore, sindaco, revisore o liquidatore); sul punto, v. G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, contratti, titoli di credito, procedure concorsuali*, Milano, 2014, pp. 367 ss.; A. FIORELLA, *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2019, p. 382, il quale cita anche il Protocollo n. 4 Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà

Il passaggio negli Stati Uniti dal modello punitivo a quello della cultura di salvezza ha incoraggiato gli imprenditori ad assumersi il giusto (e necessario) rischio d'impresa, concentrandosi sul valore potenziale creato dalle loro attività e gestendo le crisi in un'ottica riabilitativa<sup>5</sup>.

Proprio in questa direzione si sono orientate numerose legislazioni nel corso degli ultimi anni, discostandosi dalle precedenti posizioni punitive<sup>6</sup>.

## *2. La riforma italiana del fallimento*

Nell'ordinamento italiano, con il d.l. 14 del 2019<sup>7</sup> è stata prevista l'introduzione del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (c.d. CCI o CCII), il quale entrerà ufficialmente in vigore il 16 maggio 2022, contrariamente a quanto previsto in precedenza, che ne avrebbe voluto l'introduzione il 1° settembre 2021<sup>8</sup>; medesimo destino è toccato alle procedure d'allerta, la cui entrata in vigore è stata destinata al 2024.

---

Fondamentali: Art. 1 – *Divieto di imprigionamento per debiti* (sempre in una prospettiva chiaramente punitiva); sulla necessità di solidarietà – utopia necessaria – nella crescita economica, quale garanzia dello Stato associato vocato alla ricerca del 'ben-essere', v. S. RODOTÀ, *Solidarietà, un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, pp. 71 ss.

<sup>5</sup> SPRAYREGEN, *International Insolvency: From Punitive Regimes toward Rescue Culture*, cit., p. 8.

<sup>6</sup> In tale senso si possono riportare anche gli esempi di diversi ordinamenti – oltre a quello Italiano – in tutto il mondo: in Australia con il *Treasury Laws Amendment (2017 Enterprise Incentives No. 2) Act 2017, No. 112*; in India con l'introduzione del *Corporate Insolvency Resolution Process*; a Singapore con una riforma del *Companies Act* nel 2017, nel segno della strategia dichiarata di diventare il “*Delaware of Asia*”; e diversi altri, si sono rinnovati ispirandosi a questo modello, adottando riforme nell'ottica del *rescue model* (tra i tanti si cita il Cile, Cipro, i Paesi Bassi, la Polonia, Tailandia, Spagna e altri ancora), v. SPRAYREGEN, *op. cit.*, pp. 9 ss.

<sup>7</sup> Legge delega 19 ottobre 2017, n. 155.

<sup>8</sup> D.L. 24 agosto 2021, n. 118. Il decreto dispone il differimento dell'introduzione del CCI: «Vista la deliberazione del Consiglio dei ministri, adottata nella riunione del 5 agosto 2021; Sulla proposta del Presidente del Consiglio dei ministri e del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, il Ministro dello sviluppo economico e il Ministro del lavoro e delle politiche sociali».

Questo nuovo testo ha innovato fortemente il panorama delle procedure concorsuali rispetto alle disposizioni della precedente legge fallimentare<sup>9</sup>.

Una forte novità risulta essere la c.d. diagnosi precoce dell'insolvenza. Trattasi di una procedura d'allerta orientata a captare i segnali di una crisi aziendale e diretta ad adottare – tramite determinati soggetti e procedure – tutte le soluzioni migliori al fine di ridurre lo squilibrio, se del caso anche tramite l'accordo con i creditori<sup>10</sup>.

Attraverso questo *iter* sarà solo eventuale – cioè, in difetto di un adeguato accordo – l'attivazione di una procedura concorsuale, giungendo, come *extrema ratio*, alla «liquidazione Giudiziale»<sup>11</sup>.

L'impostazione delle regole euro unitarie si percepisce chiaramente con l'applicazione di queste ad alcune procedure preventive di insolvenza, individuando – per l'attivazione delle stesse – dei presupposti alternativi all'insolvenza *stricto sensu*, includendo quelle situazioni in cui vi sia soltanto una probabilità di insolvenza, lo stato cioè della c.d. pre-insolvenza<sup>12</sup>.

Questo andamento lineare della procedura – dalla ristrutturazione preventiva alla liquidazione finale, se necessario – serve per perseguire una “felice soluzione della crisi” che, interpretando la stessa come una fase fisiologica e transitoria, tenta di superare la sfasatura di cassa con l'obiettivo dichiarato della continuità aziendale, piuttosto che la morte dell'impresa al fine di perseguire la soddisfazione dei creditori<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> R. d. 16 marzo 1942, n. 267, intitolato «Disciplina del fallimento, del concordato preventivo [...] e della liquidazione coatta amministrativa».

<sup>10</sup> V. CRUSI, *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, E-book, Crusi & Partners, reperibile al [link: https://www.academia.edu/40865733/IL\\_NUOVO\\_CODICE DELLA CRISI DI IMPRESA E DELL'INSOLVENZA](https://www.academia.edu/40865733/IL_NUOVO_CODICE DELLA CRISI DI IMPRESA E DELL'INSOLVENZA) Economista Dottore Commercialista Revisore Legale Trust Advisor Commissioni studi Diritto Fallimentare e Diritto Societario ODCEC Lecce Commissioni studi Trust e Wealth Planning ODCEC Milano.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> L. BOGGIO, *Confini ed implicazioni dell'ambito di applicazione delle nuove regole UE*, in *Giurisprudenza Italiana*, gennaio 2018, p. 230.

<sup>13</sup> Art. 3 CCII: «Obiettivo delle procedure disciplinate dal presente codice è pervenire al miglior soddisfacimento dei creditori salvaguardando i diritti del debitore, nonché, ove questi eserciti un'attività d'impresa, favorire il

Infatti, diversamente da quanto risultante a seguito della novellazione del sistema concorsuale italiano, in precedenza il fallimento si presentava come una procedura giudiziale diretta alla liquidazione del patrimonio del debitore insolvente per ripartire il ricavato tra i creditori, nel rispetto del principio di parità (*par condicio creditorum*)<sup>14</sup>.

La riforma ha mutato fortemente l'impostazione giuridica<sup>15</sup>, economica e anche sociale<sup>16</sup> delle procedure concorsuali nell'ordinamento italiano; nel rispetto del fondamento costituzionale dell'utilità sociale della libera attività economica – *ex art. 41 Cost.* – e dell'impresa come centro d'interessi meritevoli di tutela, ponendosi su un piano molto più vicino al *rescue model* all'americana che si ricordava (cfr. *supra*), rispetto al *punitive model*, in precedenza positivizzato nel nostro diritto della crisi d'impresa.

Sempre nel solco di questa nuova era della “salvezza” e dell'idea che “curare è meglio che reprimere”, si può fare un riferimento alle cc.dd. procedure di allerta e composizione della crisi, finalizzate a prevenire l'insolvenza delle imprese in crisi e implementare misure di riorganizzazione adeguate<sup>17</sup>.

Questi meccanismi, ispirati alle *procédures d'alerte* francesi, ma coerenti con i *trend* internazionali, pongono come prerequisito lo stato di crisi aziendale e si articolano in tentativi di composizione della crisi condotti dall'impresa (con specifiche regole a seconda del tipo societario) e dai creditori sociali,

---

superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche attraverso la rilevazione tempestiva della crisi medesima, in vista di soluzioni concordate con tutti o parte dei creditori, ovvero, in difetto, il proficuo avvio di una procedura liquidatoria».

<sup>14</sup> CAMPOBASSO, *op. cit.*, pp. 336-337.

<sup>15</sup> Non di poca rilevanza è l'introduzione di nuovi soggetti, accanto ai già noti curatore e giudice delegato, introdotti per assistere, grazie alla loro *expertise* tecnica, l'imprenditore in crisi fino all'eventuale liquidazione. Sono l'Organismo per la Composizione della Crisi di Insolvenza (OCRI), il Referente e il Collegio degli Esperti.

<sup>16</sup> Partendo dal lessico, si sono superati gli infelici termini di “fallito” e “fallimento” per, rispettivamente, i più inclusivi e neutri di “liquidato” e “liquidazione giudiziale”.

<sup>17</sup> F. PERNAZZA, *The Legal Transplant into Italian Law of the Procédure d'Alerte. Duties and Responsibilities of the Companies' Bodies*, in *The Italian Law Journal*, 2017, n. 2.

assistiti dalla mediazione dell'Organismo di Composizione della Crisi<sup>18</sup>, il tutto senza sostituire i soggetti già a capo dell'impresa<sup>19</sup>.

Con questi strumenti si anticipano le procedure liquidatorie e si tenta di giungere ad una soluzione che ne escluda le ostilità in un contesto extra-giudiziale che sia teso a salvare l'impresa, se ancora possibile. Sarà infatti solo nel caso di un fallimento di tali procedure che ci si avvierà verso le attività liquidatorie.

### 3. *La crisi d'impresa nel processo d'integrazione europea*

Le innovazioni introdotte nell'ordinamento italiano circa le procedure concorsuali derivano direttamente dai modelli disegnati prima dalla raccomandazione 2014/135/UE e poi dalla direttiva (UE) 1023/2019, anche secondo i principi della Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale<sup>20</sup>.

La direttiva – insieme alle altre fonti europee – entra nel sistema di un più ampio piano d'azione dell'Unione Europea per i mercati di capitali e prefigura obiettivi ulteriori rispetto a quelli consueti, legati alla gestione della crisi d'impresa.

Per questo motivo, si rinvergono la tutela dei creditori, il principio di parità tra questi e le garanzie per gli *stakeholders*; ma si trovano anche le accessorie finalità di garantire alle imprese redditizie e agli imprenditori in difficoltà finanziaria l'accesso alle procedure di ristrutturazione preventiva, che consentano loro di continuare ad operare l'attività d'impresa<sup>21</sup>.

Questi ulteriori obiettivi si inseriscono in quel risalente risvolto economico del disegno di pacificazione ed armonizzazione europea con il quale, tramite la

---

<sup>18</sup> Questo svolge un ruolo per certi versi analogo a quello del *President du Tribunal de Commerce* nella disciplina francese.

<sup>19</sup> PERNAZZA, *op. cit.*

<sup>20</sup> *United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL*, istituita dall'Assemblea Generale (1966) con lo scopo di promuovere l'armonizzazione progressiva del diritto commerciale internazionale; maggiori dettagli ai seguenti *link*: [https://italiarappvienna.esteri.it/rapp\\_vienna/it](https://italiarappvienna.esteri.it/rapp_vienna/it), <https://uncitral.un.org/en>.

<sup>21</sup> CARELLI, *op. cit.*, p. 37.

regolamentazione e disciplina dei mercati di capitali, si persegue il fine – che assurge a diritto fondamentale – della costituzione di uno stabile e libero mercato comune europeo, fondato sui principi del mutuo riconoscimento e della fiducia reciproca tra gli Stati membri<sup>22</sup>.

Il principio, continuamente ripetuto nella disciplina euro unitaria, che meglio esprime quanto precedentemente sviluppato in merito alla mentalità “filostatunitense” del fallimento, è sicuramente quello della *second chance*, posto come centro di gravità della regolamentazione europea. Ed anche qui si può sentire chiaramente l’eco di quella dottrina della salvezza, di cui fu pionieristica ideatrice la legislazione statunitense, dove il *rescue model* ha sostituito, superando, la precedente, conservatrice e moralista dottrina del *punitive model*.

Questo porta – anche nell’Unione – all’istituzione di quadri di ristrutturazione preventiva che consentano la completa estinzione del debito e, dopo un tempo ragionevole, permettano all’impresa di continuare ad operare<sup>23</sup>.

Obiettivi ulteriori della *second chance for entrepreneurs* sono l’enfaticizzazione delle differenze tra falliti onesti (tali fino a prova contraria) e falliti fraudolenti e l’evitare la sentenza capitale rappresentata dal fallimento di *civil law*; obiettivi per i quali si rende necessario l’approccio procedurale dello *step-by-step* e la rimozione delle diversità esistenti nei diversi ordinamenti, che rappresentano un rischio per un quadro giuridico efficiente del mercato unico<sup>24</sup>.

Infatti, le armonizzazioni nel “diritto della crisi”, nello spazio giuridico europeo, nascono anche dall’esigenza di contenere taluni arbitraggi normativi – sovente criticati dalla Corte di Giustizia – che hanno consentito in alcune discipline nazionali il proliferare dei fenomeni di c.d. *forum shopping*, ma anche di un vero e proprio *law shopping*, inteso come ricerca dell’ordinamento con una disciplina concorsuale maggiormente

---

<sup>22</sup> R. ADAM – A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell’Unione europea*, Torino, 2017, pp. 443 ss.

<sup>23</sup> CARELLI, *op. cit.*, p. 37.

<sup>24</sup> D. BENINCASA, *Nuove questioni in tema di esdebitazione e di second chance*, in *Giurisprudenza Italiana*, febbraio 2018, p. 511.

favorevole per il debitore che voglia agire in pregiudizio dei creditori dell'impresa insolvente<sup>25</sup>.

Una differenza rispetto a questo approccio si può rintracciare ad esempio nel diritto societario europeo, dove la concorrenza fra gli ordinamenti giuridici degli Stati membri è potuta passare da una armonizzazione "imposta" ad una "condivisa", dove si è perseguito l'obiettivo di stimolare le regolamentazioni nazionali e le condotte delle stesse società verso obiettivi di convergenza.

Infatti, questa competizione fra ordinamenti giuridici, paradossalmente, semplifica la frammentazione del contesto giuridico, stimolando l'evoluzione e la conformazione degli ordinamenti a certi *standard* normativi che siano preferiti dalle società e dal mercato<sup>26</sup>.

Questo fenomeno non potrebbe certo compiersi nel diritto della crisi d'impresa, proprio per il delicato gioco di equilibri che questo rappresenta nelle contrapposte posizioni d'interesse con, da un lato, l'impresa in crisi e, dall'altro, il creditore della stessa.

Nelle dinamiche riguardanti l'insolvenza e la liquidazione sono coinvolti interessi contrastanti ed un novero di rapporti economici e giuridici di enorme valore, sia in senso privatistico, di tutela del credito, del lavoro e dell'impresa, che in senso pubblicistico, cioè di rispetto delle regole di convivenza nel "luogo-comunità" che è divenuto il mercato per l'*homo oeconomicus*<sup>27</sup> e del connesso rispetto della legalità imprenditoriale, della giustizia e pace sociale<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> L. BOGGIO, *UE e disciplina dell'insolvenza (I Parte)*, in *Giurisprudenza Italiana*, gennaio 2018, p. 222.

<sup>26</sup> R. TORINO, *Diritto comunitario e diritto europeo delle società*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche Sezione Commerciale*, aggiornamento vol. III, 2007, p. 292; per una riflessione ulteriore sui lavori di ravvicinamento dei diritti nazionali delle società si veda anche D. CORAPI – F. PERNAZZA, *La Società Europea, fonti comunitarie e modelli nazionali*, Torino, 2017, p. 9; si fa anche rinvio alle considerazioni sul *Considerando 20* della normativa euro unitaria della Società Europea (SE) che coinvolgono la necessaria competizione e concorrenza tra ordinamenti, fatte dal Prof. Gianluca Scarchillo nella parte speciale del corso di Sistemi Giuridici Comparati, a.a. 2020-2021.

<sup>27</sup> Il quale assume quella fondamentale rilevanza pubblicistica per il cittadino come luogo collettivo e «formazione sociale ove si svolge la sua personalità»

### 3.1 Il Silent borrowing<sup>29</sup> dal diritto statunitense

Nella regolamentazione predisposta dalla direttiva sulla crisi d'impresa sono stati fatti propri dal legislatore europeo – senza però farvi mai esplicita menzione – taluni istituti e strumenti tipici della tradizione americana, corrispondenti soprattutto al celebre *Chapter 11* del *U.S. Bankruptcy Code*<sup>30</sup>.

Come prima cosa, viene data la possibilità di attivare una procedura su istanza dei creditori e rappresentanti dei lavoratori (*unvoluntary petition*)<sup>31</sup>, sia che si tratti di procedure di ristrutturazione, sia di quelle prettamente liquidatorie; in secondo luogo, si recepisce il meccanismo del *debtor-in-possession* (DIP)<sup>32</sup>, da sempre fondamento del sistema concorsuale americano, che prevede che i beni del patrimonio fallimentare (*bankruptcy estate*) e la gestione dell'impresa durante la procedura siano lasciate al controllo dell'imprenditore-debitore, nell'interesse degli *stakeholder*. Tramite la DIP si lascerebbe l'organizzazione manageriale degli *asset* coinvolti nella crisi al soggetto dotato del *know-how* necessario e sufficiente per questo compito; condizione che

---

ex art. 2 della Costituzione, insieme con la garanzia data al privato di quella fondamentale libertà civile che è il libero esercizio dell'attività ed iniziativa economica ex art. 41 della Costituzione.

<sup>28</sup> Per rinvio all'ulteriore peculiare strumento – introdotto nell'ordinamento euro unitario a seguito dell'adozione del c.d. Meccanismo Europeo di Stabilità (MES) – delle 'clausole di azione collettiva' nelle emissioni di titoli di stato, tese ad evitare il contenzioso sul debito sovrano e favorire la ristrutturazione del debito in caso di *default*, si veda G. SCARCHILLO, *Debito sovrano e class action: profili di diritto europeo e comparato*, in *Il debito sovrano tra tutela del credito e salvaguardia della funzione dello stato*, Napoli, 2014.

<sup>29</sup> M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 2019, p. 10.

<sup>30</sup> CARELLI, *op. cit.*, p. 37.

<sup>31</sup> Importante comunque puntualizzare che circa il 99% delle istanze di 'fallimento' sono fatte su base volontaria nel sistema statunitense v. S. LINARES, *La procedura fallimentare negli Stati Uniti d'America*, Linares Associates PLLC, disponibile al link: [https://www.academia.edu/9107985/LA\\_PROCEDURA\\_FALLIMENTARE N EGLI STATI UNITI DAMERICA](https://www.academia.edu/9107985/LA_PROCEDURA_FALLIMENTARE_Negli_STATI_UNITI_DAMERICA); CARELLI, *op. cit.*, p. 5.

<sup>32</sup> Art. 5, Direttiva (UE) 1023/2019.

sarebbe messa a rischio con l'attribuzione di tale controllo ad un soggetto terzo<sup>33</sup>.

Si acquisisce al novero di regole europee anche l'*automatic stay*, con il quale il giudice impedisce ai creditori di agire con azioni esecutive autonome durante la pendenza di una procedura<sup>34</sup>.

Direttamente collegato è poi il *best interest test*, con il quale il giudice valuta la convenienza e fattibilità del piano presentato dal debitore e, qualora sia approvato, può applicare il c.d. *cram-down* sulle classi dissenzienti, sacrificando la loro opposizione considerata, in un'ottica di bilanciamento e proporzionalità, secondaria rispetto a quella della procedura nel complesso.

#### 4. *La procedura del U.S. Bankruptcy Code*

Il sistema fallimentare statunitense è regolato dallo *U.S. Bankruptcy Code*<sup>35</sup>, che prevede la competenza delle *Bankruptcy Court* (circa novanta tribunali distrettuali) e cinque tipi di procedimenti<sup>36</sup>.

Per le imprese in difficoltà economica si applica il *Chapter 11*, anche detto *Business bankruptcy*, con il quale il debitore presenta un piano al tribunale per procedere ad una riorganizzazione al fine di pagare i propri creditori, senza tuttavia dover procedere immediatamente a liquidare le proprie attività. Il sistema americano non tratta questo come un meccanismo alternativo al fallimento (tipo concordato preventivo), ma come una articolazione della sola procedura prevista, la *bankruptcy*, articolata in vari momenti necessari o eventuali, restando tuttavia un unico istituto per la soluzione della crisi d'impresa.

---

<sup>33</sup> CARELLI, *op. cit.*, p. 38; S. LINARES, *cit.*, p. 2.

<sup>34</sup> Art. 5, C.3; 6, Direttiva (UE) 1023/2019.

<sup>35</sup> Sec. 11 of the United States Code, introdotto nel 1978 con il § 101 del *Bankruptcy Reform Act*.

<sup>36</sup> Chapter 7, Chapter 11, Chapter 13 of the U.S. Bankruptcy Code, v. LINARES, *op. cit.*

In forza di questa costruzione del sistema, si procede *step-by-step*. Infatti, se il giudice non accetta (o il debitore non rispetta in seguito) il piano, può convertire la procedura ed attivare il *Chapter 7*. Anche detto *personal bankruptcy*<sup>37</sup>, il procedimento previsto dal *Chapter 7* rappresenta la modalità più diffusa di attivazione delle cause fallimentari statunitensi (oltre il 70%) e prevede una vera e propria liquidazione dei beni dell'impresa, tramite l'impiego di un tipico istituto della tradizione di *common law*, il *trust*.

Attraverso questo strumento – originario delle giurisdizioni di *Equity* inglesi – il soggetto che costituisce il *trust* trasferisce i beni ad una persona di fiducia (*trustee*), affinché quest'ultimo li amministri, gestisca o ne disponga secondo le disposizioni del costituente (*settlor of trust*), in favore di un terzo (*beneficiary of trust*) ed in vista di un suo interesse futuro, ovvero in funzione della realizzazione di uno specifico fine predeterminato<sup>38</sup>.

L'istituto del *trust* serve per procedere alla liquidazione e soddisfazione dei creditori; viene impiegato dal *Chapter 7* e – anche se qui si predilige la procedura per DIP – nei casi di *reorganization proceedings under Chapter 11*.

Il giudice nomina in questi casi un *trustee*, il quale tuttavia non sarà un soggetto vicino all'impresa o al debitore, ma un funzionario governativo, appartenente allo *United States Trustee Program*<sup>39</sup>, ente istituzionalizzato afferente al *Department of Justice*, all'uopo istituito.

Il fine del *trustee* sarà quello di curare la procedura di liquidazione e vigilare sulla legalità, giustizia e opportunità dell'intero procedimento fallimentare («*The mission of the United States Trustee Program is to promote the integrity and*

---

<sup>37</sup> In quanto solitamente impiegato dalle persone fisiche per la sua semplicità e relativa economicità.

<sup>38</sup> K. ZWEIGERT – H. KÖTZ, *Introduzione al Diritto Comparato, Principi fondamentali*, vol. I, Milano, 1998, p. 230; A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2015, pp. 654 ss.

<sup>39</sup> Ulteriori informazioni disponibili al link: <https://www.justice.gov/ust/about-program>.

*efficiency of the bankruptcy system for the benefit of all stakeholders – debtors, creditors, and the public»<sup>40</sup>.*

## 5. Conclusioni

In questa ricerca si è cercato di mostrare il modo in cui – in questa specifica materia – la legiferazione e la riforma, portata avanti a livello europeo e (di conseguenza) nazionale, abbiano condotto ad una graduale convergenza tra i sistemi di *common law*, con i relativi strumenti e meccanismi, e quelli di *civil law*, precedentemente molto distanti.

Le procedure correlate al fallimento presenti nella tradizione statunitense sono state prese come esempio di efficienza, necessario da “imitare” per poter creare un sistema adeguato e soddisfacente all’interno dell’Unione<sup>41</sup>.

La riforma è tuttavia troppo recente per poter adeguatamente valutare l’effetto, più o meno positivo ed apprezzabile, della stessa sugli ordinamenti degli Stati membri e bisognerà, dunque, attendere sia la letteratura che la giurisprudenza per poter considerare quanto la procedura e gli strumenti previsti dal nascento Codice Della Crisi d’Impresa – questo *Italian Bankruptcy Code* – siano funzionali agli scopi prefissati dal legislatore europeo, prima ancora che da quello italiano.

Questo lavoro riformatore e di grande innovazione svolto dall’Unione rappresenta nel concreto quella «missione pacificatrice europea» nella quale uomini, donne ed istituzioni di questa comunità di popoli si approfondono continuamente<sup>42</sup>, quello sforzo quotidiano di razionalità, «il dialogo tra studiosi [...] sulle migliori strategie, l’esercizio illuministico di credere che un mondo migliore sia possibile»<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> U.S. Trustee Program Mission, disponibile al link: <https://www.justice.gov/ust/program-mission>.

<sup>41</sup> CARELLI, *op. cit.*, p. 37.

<sup>42</sup> S. CASSESE, *Il buon governo, l’età dei doveri*, Milano, 2020, p. 23.

<sup>43</sup> S. CASSESE, *cit.*, p. 23, riportando le parole di C. BASTASIN, *Viaggio al termine dell’Occidente. La divergenza secolare e l’ascesa del nazionalismo*, Roma, LUISS University Press, 2019.

RICCARDO QUAGLIARELLA\*

LES CONFLITS DIPLOMATIQUES, LES DIFFÉRENDS  
JURIDIQUES ET LA COOPÉRATION SUR LES ZONES  
ÉCONOMIQUES EXCLUSIVES DE LA MÉDITERRANÉE  
OCCIDENTALE

*The present article analyzes the enforcement of the legal arrangement of Exclusive Economic Zone in the Western Mediterranean Sea and observes bilateral relations between Mediterranean countries, with special focus on Italian foreign policy in the field of E.E.Z. Its purpose is to illustrate the importance in practice of this legal provision to achieve a compromise and to avoid conflicts among states. The article also takes into account the contribution of some reports published by specialized French and Italian press as well as the authoritative opinions of two French professors.*

SOMMAIRE : 1. Introduction. – 2. France et Espagne. – 3. Italie et France. 4. Algérie et Italie. – 5. La politique étrangère italienne sur la ZEE en général – 6. Coopération européenne. – 7. Conclusion.

1. *Introduction*

Au contraire de ce qu'on pourrait penser la Méditerranée occidentale n'est pas du tout une mer de tranquille coexistence diplomatique.

Dans cette région se joue une bataille juridique souterraine entre les États riverains pour s'appropriier leurs ZEE (zones économiques exclusives) respectives : parmi les autres France, Italie, Espagne, Croatie, Grèce, Malte et Algérie sont concernés.

Qu'est-ce que la ZEE ?

La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (de Montego Bay) de 1982<sup>1</sup> à l'art. 55 prévoit le « régime juridique

---

\*Dottore in Giurisprudenza presso Sapienza Università di Roma. Per la redazione di questo articolo è stato consultato il prof. Alessandro Zamponi, docente di Diritto Della Navigazione presso Sapienza Università di Roma.

particulier de la zone économique exclusive » : « La zone économique exclusive est une zone située au-delà de la mer territoriale et adjacente à celle-ci, soumise au régime juridique particulier établi par la présente partie, en vertu duquel les droits et la juridiction de l'État côtier et les droits et libertés des autres États sont gouvernés par les dispositions pertinentes de la Convention ».

À l'art. 57 affirme que « La zone économique exclusive ne s'étend pas au-delà de 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale » ;

Enfin, selon l'art. 56 : « 1. Dans la zone économique exclusive, l'État côtier a :

a) des droits souverains aux fins d'exploration et d'exploitation, de conservation et de gestion des ressources naturelles, biologiques ou non biologiques, des eaux surjacentes aux fonds marins, des fonds marins et de leur sous-sol, ainsi qu'en ce qui concerne d'autres activités tendant à l'exploration et à l'exploitation de la zone à des fins économiques, telles que la production d'énergie à partir de l'eau, des courants et des vents ;

b) juridiction, conformément aux dispositions pertinentes de la Convention, en ce qui concerne :

i) la mise en place et l'utilisation d'îles artificielles, d'installations et d'ouvrages,

ii) la recherche scientifique marine,

iii) la protection et la préservation du milieu marin ;

c) les autres droits et obligations prévus par la Convention.

2. Lorsque, dans la zone économique exclusive, il exerce ses droits et s'acquitte de ses obligations en vertu de la Convention, l'État côtier tient dûment compte des droits et des obligations des autres États et agit d'une manière compatible avec la Convention ;

3. Les droits relatifs aux fonds marins et à leur sous-sol énoncés dans le présent article s'exercent conformément à la partie VI ».

---

<sup>1</sup> *Convention de Nations Unies sur le droit de la mer*, disponible all'indirizzo [https://www.un.org/Depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/unclos\\_f.pdf](https://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_f.pdf)

Ansi la ZEE n'est pas un espace de souveraineté territoriale mais d'exercice et de protection de droits souverains sur les ressources naturelles et de juridiction en matière de préservation de l'environnement marin et de recherche scientifique.

Elle entraîne la nationalisation d'une grande partie des richesses océaniques : 87% des réserves d'hydrocarbures connues et estimées et 99% des prises de poissons<sup>2</sup>.

## *2. France et Espagne*

En analysant les annales sur des relations entre la France et l'Espagne on découvre l'origine du différend. Le 14 octobre 2012, la France a créé par décret, et sans négociation préalable avec l'Espagne, «une ZEE dont les limites recourent parfaitement celles de la zone de protection écologique (ZPE) instituée en 2004 pour lutter avec plus d'efficacité contre les dégazages sauvages au large de ses côtes» au sud de la métropole<sup>3</sup>. On relève que la décision de créer une ZEE a été prise par le gouvernement de M. Fillon et qu'il y a eu un changement de majorité présidentielle et parlementaire en 2012. Cette nouvelle majorité, qui avait lancé la ZPE en 2004 en repoussant l'idée de la ZEE, a immédiatement soutenu la défense.

Début décembre, car il n'y avait pas eu des contacts avec les autorités espagnoles ni des explications du gouvernement, le député de Gardanne, François-Michel Lambert, a adressé une question écrite au ministre des Affaires étrangères, Laurent Fabius, à l'origine du décret<sup>4</sup>.

En janvier 2013, l'Espagne, après avoir convoqué l'ambassadeur de France à Madrid et adressé une protestation diplomatique, a réagi en accordant à une entreprise britannique,

---

<sup>2</sup> *The United Nations Convention on the Law of the Sea (a historical perspective)* disponible all'indirizzo [https://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/convention\\_historical\\_perspective.htm](https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_historical_perspective.htm)

<sup>3</sup> H. VAUDOIT, *France-Espagne: le bras de fer*, in *La Provence*, 28 mai 2013, disponible all'indirizzo <https://www.laprovence.com/article/edition-marseille/2375811/.html>

<sup>4</sup> *Ibidem*

Capricorn Spain Limited, douze permis de prospection pétrolière nommés « Nordeste 1 à 12 » au large de la Catalogne, dont la moitié environ se trouve dans la ZEE française<sup>5</sup>.

Dans sa réponse à la question écrite, publiée début mars, le ministre a récapitulé les motifs qui avaient poussé le gouvernement à créer la ZPE en 2004 : en particulier le naufrage du pétrolier Erika en décembre 1999. Ensuite il a justifié la substitution en expliquant « qu'en matière d'exploration, d'exploitation, de conservation et de gestion des ressources naturelles se trouvant dans les eaux, sur le fond de la mer et dans son sous-sol, la création d'une zone économique exclusive s'avérait nécessaire. »<sup>6</sup> Surtout nécessaire car au moment où cette réponse était donnée, l'État ne pouvait guère ignorer la réaction espagnole<sup>7</sup>.

De plus, le 17 avril, le décret royal 236/2013 porté par le ministère de la présidence espagnole a empiré la situation en instituant à son tour une ZEE, dont une vaste zone se superpose à l'espace maritime revendiqué par la France.<sup>8</sup>

Par conséquent la solution doit être cherchée dans un accord équitable avec l'Espagne comme prévu par l'art. 74 de la Convention de Montego Bay sur la « délimitation de la zone économique exclusive entre États dont les côtes sont adjacentes ou se font face » : « en attendant la conclusion de l'accord visé au par. 1, les États concernés, dans un esprit de compréhension et de coopération, font tout leur possible pour conclure des arrangements provisoires de caractère pratique et pour ne pas compromettre ou entraver pendant cette période de transition la conclusion de l'accord définitif. Les arrangements provisoires sont sans préjudice de la délimitation finale. »

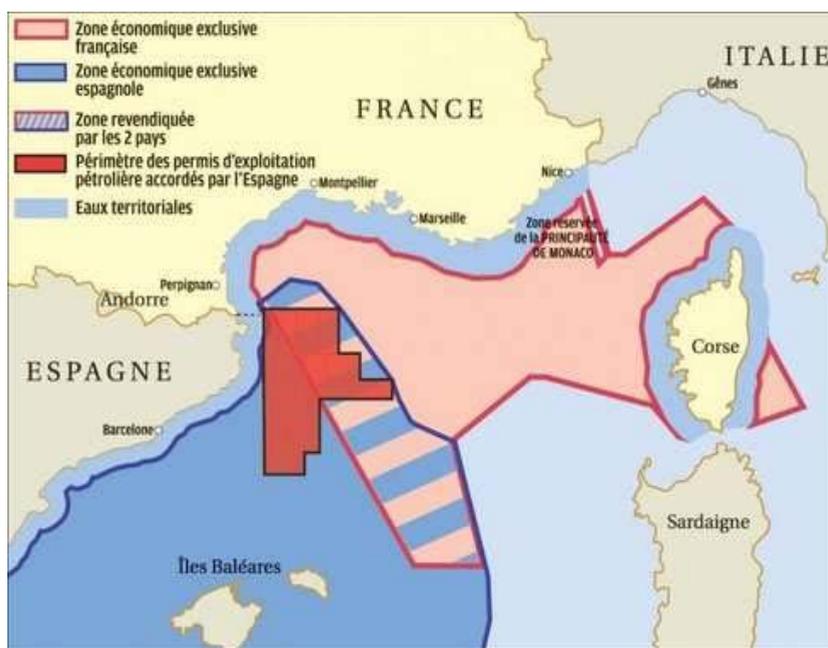
---

<sup>5</sup> *Ibidem*

<sup>6</sup> *Ibidem*

<sup>7</sup> *Ibidem*

<sup>8</sup> *Ibidem*



Toutefois, aujourd'hui, aucune négociation officielle a été engagée et on semble loin d'un consentement. La raison de cela est l'extrême sensibilité qui affecte, des deux côtés des Pyrénées, les questions liées à une possible exploitation pétrolière en Méditerranée aussi à cause des risques de pollution qui peut endommager le tourisme et la pêche, secteurs très développés. Aujourd'hui, l'Espagne exploite quatre plates-formes au large de ses côtes. La France n'en exploite aucune en métropole ; la création de la ZEE aurait pu lui permettre de le faire mais la loi n° 1839 du 30 décembre 2017 interdit désormais toute délivrance de nouveaux permis de recherches<sup>9</sup>.

Cartographie des zones d'exploitation économique françaises, espagnoles et eaux territoriales. Les deux pays sont en bagarre depuis une cinquantaine d'années pour le partage des zones de pêche en Atlantique et en Méditerranée. Maintenant un

---

<sup>9</sup> *Ibidem.*

autre enjeu s'ajoute : celui du partage des éventuels gisements d'hydrocarbures en Méditerranée<sup>10</sup>.

Dans un article du 17 février 2013 Zahra Rouikha, titulaire d'un master 2 en droit public, sécurité-défense transméditerranéenne, associée au groupe d'analyse de JFC Conseil, discute des conséquences de la création d'une ZEE française en Méditerranée. La ZPE est un sous ensemble de la ZEE, instituée selon l'adage « *in plus stat minus* » (qui peut le plus, peut le moins)<sup>11</sup>.

Selon l'article, les motifs pour lesquels le gouvernement français a institué la ZEE sont de trois ordres :

i) Les intérêts économiques français sur l'exploitation des ressources situées sur les fonds marins et dans leur sous-sol au large de ses côtes. Ainsi, on remarque la nécessité de disposer d'un cadre juridique pertinent dans la perspective du développement de l'exploitation des énergies marines renouvelables et notamment par le biais de l'éolien flottant aussi.

ii) Le besoin de protection des ressources halieutiques. Avec près de 450 000 pêcheurs provenant de ses États riverains, selon le Centre international des hautes études agronomiques méditerranéennes (CIHEAM), la Méditerranée subit des pressions trop fortes et la simple institution d'une zone de protection écologique, ne permettrait pas la protection des ressources halieutiques contre la surpêche. La situation devenant urgente et, ne souhaitant pas superposer une zone de protection de la pêche à la ZPE, la ZEE est parue la solution la mieux adaptée à l'objectif.

Par ailleurs, en créant sa ZEE en Méditerranée la France accroît, par la même occasion et sur la constante invitation de l'Union européenne, l'espace maritime soumis à la Politique commune de la pêche (PCP). Déjà en 1976 une résolution du Conseil du 3 novembre 1976 concernant certains aspects

---

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> Z. ROUIKHA, *Les conséquences de la création d'une ZEE française en Méditerranée*, in *JFC Conseil*, 17 février 2013, disponible all'indirizzo <http://www.ifcconseilmed.fr/files/13-02-17---rouikha--consequences-de-la-creation-d-une-zee-francaise-en-mediterranee.pdf>.

externes de la création dans la Communauté disposait : « il convient que les États membres étendent, par une activité concertée, les limites de leurs zones de pêches à 200 milles et ce, à compter du 1er janvier 1977, au large de leurs côtes bordant la mer du Nord et l'Atlantique du Nord, sans préjuger d'une action de même nature pour la Méditerranée ».

iii) Finalement, l'institution d'une ZEE française en Méditerranée est considérée comme une réponse nécessaire et adéquate « aux différents enjeux et défis qui se dérouleront en mer au cours du XXIème siècle qu'ils soient environnementaux, économiques, stratégiques ou encore juridiques »<sup>12</sup>.

Cependant, l'article admet que cette création « ne manquera pas d'être suivie par la création d'autres zones créées par d'autres États méditerranéens, dans une mer très exiguë, pourra aussi engendrer un risque de différends plus ou moins importants »<sup>13</sup>. « Il reste à espérer que les tensions et conflits qui sont nés et qui naîtront de ces délimitations seront résolus par des voies de droit et notamment par la Cour internationale de justice ou encore le Tribunal du Droit de la mer et non par des voies de fait »<sup>14</sup>. Enfin, madame le professeur préconise un développement accentué d'une coopération internationale entre les États riverains visant à harmoniser les règles et les sanctions applicables à l'usage de l'espace méditerranéen et à coordonner et mutualiser les moyens de surveillance et de contrôle. À la lumière des négociations susvisées entre la France et l'Espagne, qui ne portent pas un résultat, cette coopération reste à construire.<sup>15</sup>

### *3. Italie et France.*

À est, de l'autre côté des Alpes, le rapport avec l'Italie n'est pas meilleur. Un traité international de 1986 établit la limite des

---

<sup>12</sup> *Ibidem.*

<sup>13</sup> *Ibidem.*

<sup>14</sup> *Ibidem.*

<sup>15</sup> *Ibidem.*

eaux territoriales entre la Sardaigne et la Corse<sup>16</sup> et les deux gouvernements ont essayé de le préciser avec l'accord, signé à Caen le 21 mars 2015 portant sur la délimitation des mers territoriales et des zones sous juridiction nationale<sup>17</sup>. Le procès était commencé avec des négociations entamées formellement depuis 2006, en conséquence de la création en 2004 de la zone de protection écologique de Méditerranée française.

Il semblait bien marcher, car il ne reste que la ratification du parlement italien pour son entrée en vigueur, mais le scénario politique a changé vite et des petits accidents ont compliqué les choses. En fait, le déroutement illicite d'un chalutier génois vers Nice en 2016 et les interdictions opposées aux pêcheurs sardes ont créé des frictions entre les deux pays<sup>18</sup>. Dans le débat public italien qu'en est suivi on a commencé à se demander si l'accord soit profitable pour les pêcheurs nationaux et l'opposition en a fait une de ses batailles contre le gouvernement accusé d'avoir bradé les eaux territoriales italiennes où il y a des importantes prises de poissons. Le résultat est que la ratification est encore bloquée<sup>19</sup>.

À cet égard, il est éloquent l'appel lancé par Philippe Dézéraud, consultant indépendant, associé au groupe d'analyse de JFC Conseil dans son article : « Différend franco-italien autour d'un chalutier génois : revenir au bon sens ! » du 18 mars 2016 :

---

<sup>16</sup> Convention on the delimitation of maritime frontiers in the area of the strait of Bonifacio (with map). Signed at Paris on 28 November 1986, disponible all'indirizzo <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201549/volume-1549-i-26933-french.pdf>.

<sup>17</sup> Accord de Caen, disponible all'indirizzo [http://reglementation-polmer.chez-alice.fr/Textes/accord\\_frontiere\\_maritime\\_franco\\_italien.pdf](http://reglementation-polmer.chez-alice.fr/Textes/accord_frontiere_maritime_franco_italien.pdf)

<sup>18</sup> G. GAVINO, *Peschereccio sequestrato dai francesi*, in *La Stampa*, 16 gennaio 2016, disponibile all'indirizzo <https://www.lastampa.it/imperia-sanremo/2016/01/16/news/peschereccio-sequestrato-dai-francesi-1.36551133>.

<sup>19</sup> S. CASALINI - A. SGHERZA, *L'accordo di Caen su confini marittimi tra Italia e Francia: tutto quello che c'è da sapere*, in *La Repubblica*, 12 aprile 2018, disponibile all'indirizzo [https://www.repubblica.it/economia/economia-del-mare/2018/04/12/news/confini\\_di\\_mare\\_italia-francia-191869081/](https://www.repubblica.it/economia/economia-del-mare/2018/04/12/news/confini_di_mare_italia-francia-191869081/).

« Aussi ne serait-il pas temps de ressortir ce projet d'accord tripartite entre l'Espagne, la France et l'Italie envisagé en 2005 et de lui donner une nouvelle ambition propre à susciter une approche européenne “révolutionnaire” de la gestion des espaces maritimes ? Arrêtons de nous retrancher derrière des lignes, qui en mer sont imaginaires et ne seront que les lignes Maginot de nos déconvenues. Faisons de nos trois zones économiques exclusives une seule zone commune dans laquelle nous assurerons la gestion des ressources et la protection de la biodiversité notamment et organisons-nous pour que les interventions réciproques contrôlées dans les eaux territoriales soient possibles. Ne tombons pas dans le piège, même si l'accord de mars 2015 évoque le partage et la concertation, des différends sur les limites maritimes pour exploiter un éventuel gisement d'hydrocarbures ou de gaz, qui sous les profondeurs de la couche terrestre se moque bien de ces traits négociés ou de “construire” de part et d'autre d'une limite commune deux activités antinomiques. L'Europe déjà nous invite à mettre en œuvre une politique commune de planification de l'espace maritime »<sup>20</sup>.

Le professeur Dézéraud touche une blessure ouverte de l'Union européenne, c'est à dire l'arrêt du processus d'intégration européenne qu'on a eu à partir du Traité de Lisbonne de 2009. La crise économique de 2008, les vagues d'immigration et le *Brexit* en 2016, complices, ont amené un climat de méfiance parmi les États membres. Ces dix dernières années peu de choses ont changé : l'Europe, qui avait cédé le rôle de centre économique et politique du globe aux États-Unis en se suicidant avec deux guerres mondiales et qui avait su se relever en soixante ans de projet européen, est, encore, embourbée dans des politiques internes et étrangères non coordonnées qui juste apparemment favorisent les intérêts

---

<sup>20</sup> P. DEZERAUD, *Différend franco-italien autour d'un chalutier génois: revenir au bon sens!*, in *Econostrum*, 18 mars 2016, disponible all'indirizzo <http://www.jfcconseilmed.fr/files/16-03-18---Dezeraud---Differend-franco-italien-autour-chalutier-genois.pdf> o, in alternativa, [https://www.econostrum.info/Differend-franco-italien-autour-d-un-chalutier-genois-revenir-au-bon-sens-\\_a21581.html](https://www.econostrum.info/Differend-franco-italien-autour-d-un-chalutier-genois-revenir-au-bon-sens-_a21581.html).

nationaux mais qui sont, en réalité, contraires à celui commun. Les États européens semblent les polis, les petites villes-État de l'ancienne Grèce qui ensemble ont réussi à repousser deux fois la grande armée perse au début du V siècle av. J. C. mais qui, un siècle plus tard, à cause des guerres internes, ont été battues et soumises par Philippe II, roi de Macédoine. Ainsi, aujourd'hui, l'Europe divisée est la cible des politiques économiques agressives chinoises, russes et américaines contrastées, seulement en partie, par le tarif douanier commune. Les anciens Romains disaient : « *divide et impera* »<sup>21</sup>, c'est à dire « traites de façon différente tes ennemis ou les peuples que tu as soumis, ainsi tu pourras les conquérir et sauvegarder ta domination ». L'empire romain a été construit ainsi. Les Européens ont utilisé cette leçon pour leurs empires coloniaux mais ils ne l'appliquent pas à eux-mêmes.

Toutefois, les dernières mois ont amené de bonnes nouvelles : le 21 juillet 2020 le Conseil européen a décidé une augmentation du bilan de l'UE de 750 milliards €, provenant de marchés financiers, pour subventionner le *Next Generation EU*. Le but de cet instrument est celui d'assurer la relance économique des pays membres<sup>22</sup>. Ensuite, le 16 décembre, le Parlement européen l'a approuvé définitivement<sup>23</sup>. Il s'agit d'un choix de solidarité extraordinaire qui fait bien espérer. Seront-ils tous les États membres capables d'en profiter ?

De plus en janvier 2021, un nouveau président des États-Unis est entré en fonction et sa politique serait plus favorable aux alliés européens mais il ne faut pas se faire des illusions car l'Union européenne et les États-Unis sont toujours en compétition et les représentants politiques répondent seulement

---

<sup>21</sup> Enciclopedia Treccani online, voce "divide et impera", disponibile all'indirizzo <http://www.treccani.it/enciclopedia/divide-et-impera/>.

<sup>22</sup> A. CARLI, *Recovery Fund, tutto quello che c'è da sapere in 10 domande e risposte*, in *Il Sole 24 ore*, 17 settembre 2020, disponibile all'indirizzo <https://www.ilsole24ore.com/art/tutto-quello-che-c-e-sapere-recovery-fund-10-domande-e-risposte-ADE6jzp>.

<sup>23</sup> Ansa, *Recovery: Eurocamera approva definitivamente bilancio Ue*, 16 dicembre 2020, disponibile all'indirizzo [https://www.ansa.it/europa/notizie/rubriche/altrenews/2020/12/16/recovery-eurocamera-approva-definitivamente-bilancio-ue\\_0e061ae6-ca64-4842-984c-dca7bd2995ce.html](https://www.ansa.it/europa/notizie/rubriche/altrenews/2020/12/16/recovery-eurocamera-approva-definitivamente-bilancio-ue_0e061ae6-ca64-4842-984c-dca7bd2995ce.html)

à leur peuple. L'Union européenne doit apprendre à s'aider elle-même.

Aujourd'hui, le monde affronte un des défis du XXI siècle : l'Union est et sera à la hauteur de la pandémie de Covid-19 et de la crise économique ?

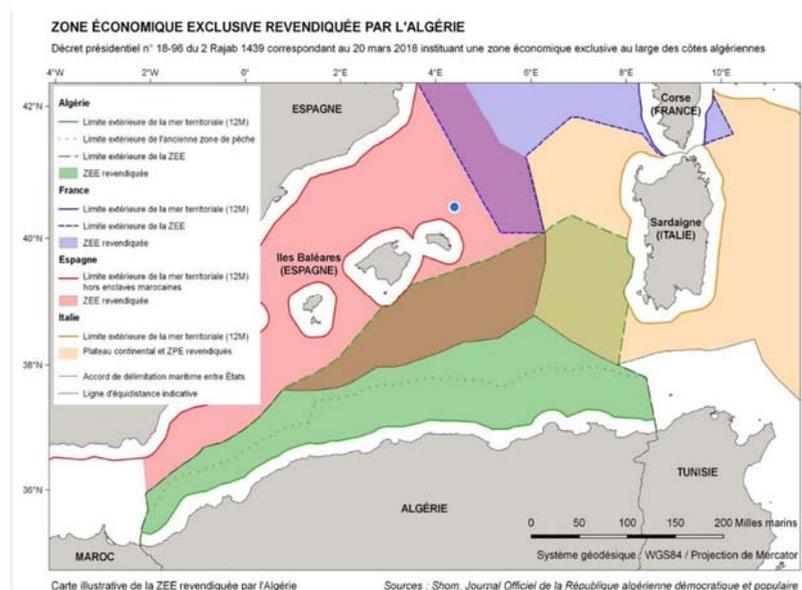
#### *4. Algérie et Italie.*

Au même temps, aux rivages sud de la Méditerranée, l'Algérie complique la situation avec le décret présidentiel n. 18-96 du 2 Rajab 1439 (correspondant au 20 mars 2018) instituant une ZEE au large de ses côtes qui se superpose à celles italienne et espagnole. En fait, la ZEE revendiquée est très large et arrive jusqu'à la limite de la mer territoriale de deux pays<sup>24</sup>. Cette revendication est inacceptable juridiquement et l'Italie, le 28 novembre 2018, a envoyé une note verbale au secrétaire général des Nations Unies, comme garant de la Convention de Montego Bay, et à l'ambassade algérienne à Rome remarquant cet enjeu. La note demandait l'ouverture des négociations pour établir la frontière entre les deux ZEE en application de l'art. 74 de la Convention de Montego Bay et souhaitait, en attendant, le respect des intérêts respectifs afin de « ne pas compromettre ou entraver la conclusion de l'accord final »<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> F. CAFFIO, *Anche l'Algeria si prende un pezzo di "Mare Nostrum"*, in *Analisi Difesa*, 7 febbraio 2020, disponibile all'indirizzo <https://www.analisedifesa.it/2020/02/anche-lalgeria-si-prende-un-pezzo-di-mare-nostrum/>

<sup>25</sup> Nota della Rappresentanza permanente italiana presso le Nazioni Unite, 28 novembre 2018, disponibile all'indirizzo [https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/2018\\_NV\\_Italy.pdf](https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/2018_NV_Italy.pdf).



26

En conséquence, le 20 juin 2019, le gouvernement algérien s'est montré disposé à travailler avec le gouvernement italien pour parvenir à un compromis raisonnable<sup>27</sup> et le 2 mars 2020 les deux parties ont décidé de créer une commission technique conjointe à cet effet conformément au droit international<sup>28</sup>. La bonne direction semble avoir été prise mais les négociations seront compliquées. En tout cas, il est important que la légalité des relations internationales ait été rétablie.

<sup>26</sup> G. GAIANI, *Zona economica esclusiva: Algeri si impegna a discuterne con Roma*, in *Analisi Difesa*, 5 marzo 2020, disponibile all'indirizzo <https://www.analisedifesa.it/2020/03/zona-economica-esclusiva-algeri-si-impegna-a-discuterne-con-roma/>

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale, disponibile all'indirizzo [https://www.esteri.it/mae/it/sala\\_stampa/archivionotizie/retediplomatica/di-stefano-ad-algeri-delimitazione-e-uso-risorse-del-mare.html](https://www.esteri.it/mae/it/sala_stampa/archivionotizie/retediplomatica/di-stefano-ad-algeri-delimitazione-e-uso-risorse-del-mare.html).

### *5. La politique étrangère italienne sur la ZEE en général*

Récemment, après une période d'immobilité, la République italienne est en train de muter son approche de la question de la ZEE.

En juin 2020 un accord a été signé avec la Grèce à propos de la limite future des respectives ZEE. Cette coopération sera utile pour la participation de l'Italie à la négociation proposée par la Libye à Malte et Grèce et pour la reconnaissance de ses instances<sup>29</sup>.

En décembre 2020, c'était au tour de la Croatie : à Trieste les deux pays se sont concertés au fin d'officialiser en février 2021 la frontière entre les ZEE. La Slovénie a été invitée comme observatrice car, en ayant juste un petit littoral, elle n'a pas le droit de déclarer sa ZEE<sup>30</sup>.

L'Italie est parmi les dernières pays de la Méditerranée qui a décidé de se doter d'une ZEE : pour contrer les prétentions des voisins il faut marquer les siennes.

À cet égard, s'explique la proposition de loi de la députée Iolanda Di Stasio et autres qui se caractérise pour l'introduction dans notre ordre juridique d'une discipline générale de la ZEE; pour son extension à partir de la mer territoriale, en s'entendant sur les limites avec les pays concurrents, compte tenu du fait que l'ampleur de la Méditerranée ne permet pas ZEE de 200 miles; pour la possibilité que, avant que ces accords sont conclus, le président de la République adopte un décret (dpr) qui détermine provisoirement la limite selon le droit international<sup>31</sup>. La

---

<sup>29</sup> F. CAFFIO, *Con l'intesa italo-greca Roma entra nella partita delle ZEE*, in *Affari Internazionali*, 11 giugno 2020, disponibile all'indirizzo <https://www.affarinternazionali.it/2020/06/lintesa-italo-greca-roma-entra-nella-partita-delle-zee/>.

<sup>30</sup> S. BENAZZO, *Il controllo del mar Adriatico. Italia e Croazia sono pronte a creare le loro zone economiche esclusive*, in *Linkiesta*, 4 gennaio 2021, disponibile all'indirizzo <https://www.linkiesta.it/2021/01/italia-croazia-zone-economiche-esclusive/>.

<sup>31</sup> Camera dei deputati, disponibile agli indirizzi <https://www.camera.it/leg18/126?tab=&leg=18&idDocumento=2313> e <https://temi.camera.it/leg18/provvedimento/istituzione-della-zona-economica-esclusiva.html>; F. CAFFIO, *La zona economica esclusiva italiana approda in parlamento*, in *Analisi Difesa*, 28 ottobre 2020, disponibile

Camera dei deputati a approvato à l'unanimité le projet de loi qui maintenant est à l'examen du Senato della Repubblica<sup>32</sup>.

La politique étrangère italienne dans la Méditerranée est en évolution.

### 6. *Coopération européenne.*

Heureusement on a une autre bonne nouvelle, concernant le « Programme Interreg Italie-France Maritime 2014-2020 ». Il s'agit d'un programme transfrontalier cofinancé par le Fonds Européen de Développement Régional (FEDER) dans le cadre de la Coopération Territoriale Européenne (CTE) avec 199.649.898,00 €, dont 169.702.411,00 € de FEDER<sup>33</sup>. La CTE, mieux connue comme "Interreg", est un des deux buts de la politique de cohésion et fournit un cadre pour l'implémentation des actions conjointes et des échanges politiques parmi les acteurs nationaux, régionaux et locaux des différents États membres. L'objectif principal de la CTE est la promotion du développement harmonieux de l'économie, de la société, du territoire de toute l'Union.

Elle est organisée sur trois volets de coopération :

- i) Transfrontalier (Interreg A);
- ii) International (Interreg B);
- iii) Interrégional (Interreg C).

Cinq périodes de programmation d'Interreg se sont succédé :

- i) Interreg I (1990-1993);
- ii) Interreg II (1994-1999);
- iii) Interreg III (2000-2006);
- iv) Interreg IV (2007-2013);

---

all'indirizzo <https://www.analisdifesa.it/2020/10/la-zona-economica-esclusiva-italiana-approda-in-parlamento/>.

<sup>32</sup> M. MASULLI, *L'Italia verso l'istituzione della zona economica esclusiva e la partita nel Mediterraneo*, in *Istituto per la Competitività*, 27 novembre 2020, disponibile all'indirizzo <https://www.i-com.it/2020/11/27/zee-italia-mediterraneo/>.

<sup>33</sup> Interreg marittimo Eu, disponibile all'indirizzo <http://interreg-maritime.eu/fr/web/pc-marittimo/programme>.

v) Interreg V (2014-2020).

La prochaine (2021-2027) sera définie à brève échéance.<sup>34</sup> Le but d'Italie-France Maritime est la réalisation de la Stratégie UE 2020 dans la région du centre-nord de la Méditerranée, en promouvant une croissance intelligente, soutenable et inclusive. Il prend en considération les problématiques des zones marines, côtières, insulaires et internes aussi à cause des risques d'isolement. Pour faire cela, son objectif principal est celui de renforcer la coopération internationale parmi les États concernés. Lors de la programmation précédent (2007-2013), le Programme a financé 87 projets dans les domaines relatifs à l'accessibilité, à la compétitivité et l'innovation, à la valorisation et protection des ressources naturelles et culturelles, à la surveillance environnementale.

Notamment il soutient: les filières internationales de la nautique, du tourisme, des biotechnologies et des énergies renouvelables bleues et vertes pour la croissance soutenable de la compétitivité et de l'emploi; la lutte contre le changement climatique pour la défense des peuples et du patrimoine naturel terrestre et maritime; la valorisation du patrimoine culturel et le développement des réseaux de transport et des connexions terrestres et maritimes pour réduire l'isolement des zones périphériques<sup>35</sup>.

## *7. Conclusion.*

Vingt-sept ans après l'entrée en vigueur de la Convention, en 1994, le bilan est positif. Il est clair que l'institut de la ZEE est essentiel afin de désamorcer des situations potentiellement dangereuses et il s'adapte bien à

---

<sup>34</sup> Guida all'europrogettazione Eu, disponibile agli indirizzi [http://www.guidaeuroprogettazione.eu/guida/guida-europrogettazione/programmi-di-cooperazione-territoriale/cooperazione-interregionale/interreg-europe/;](http://www.guidaeuroprogettazione.eu/guida/guida-europrogettazione/programmi-di-cooperazione-territoriale/cooperazione-interregionale/interreg-europe/) [https://www.interregeurope.eu/about-us/2021-2027/.](https://www.interregeurope.eu/about-us/2021-2027/)

<sup>35</sup> Interreg marittimo Eu, disponibile all'indirizzo <http://interreg-maritime.eu/fr/web/pc-marittimo/programme>.

la réalité des rapports internationaux : la communauté internationale doit encourager le déroulement des négociations. Même si l'Assemblée générale des Nations Unies a décidé de réunir, à partir d'avril 2018, une conférence pour parvenir à un nouveau régime juridique des zones maritimes situées au-delà des espaces sous juridiction nationale<sup>36</sup>, il semble que les difficultés qu'on relève autour du globe, en mer de Chine méridionale comme en mer Égée, doivent être attribuées à défauts de la politique et non pas du droit.

On a examiné les petits conflits qui affectent les États de la Méditerranée. Si on imagine pour un moment que les vingt-sept pays deviennent un, on aurait une seule ZEE qui couvrirait toute la partie nord de la Méditerranée de Gibraltar à Chypre. Si on imagine aussi le pouvoir de négociation de ce géant Léviathan, alors ces bagarres apparaissent ridicules : l'Union européenne doit devenir une république.

Au niveau des institutions européennes il est, quand-même, appréciable cet effort des États membres et il est souhaitable que ces types de coopérations soient implémentés soit pour le financement soit pour les engagements au niveau politique. En fait, c'est la politique qui doit donner un nouvel élan au procès d'intégration : premièrement des institutions représentatives et en conséquence de la législation et de l'administration.

Les États membres doivent, ainsi, conserver cette nouvelle approche de coopération et de solidarité pour substituer celle, de compétition et d'opportunisme. À défaut, l'Union s'effondrera sur elle-même. D'ailleurs démanteler le meilleur projet politique, avec les Nations Unies, du second après-guerre serait une grande honte pour tous les citoyens européens, une occasion exceptionnelle manquée.

---

<sup>36</sup> Intergovernmental Conference on Marine Biodiversity of Areas Beyond National Jurisdiction, disponible all'indirizzo <https://www.un.org/bbnj/>.

CHIARA GOZZUTI\*

## EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN

*This paper refers to the arbitration of foreign investments, through a detailed analysis of its definition, the jurisdictional objections and its principles, with particular attention to a debate on the possibility of incompatibility between the awards made at the international level and the law of the European Union. It concludes with a reflection on the most recent treaties concluded in order to create a permanent arbitral tribunal, guaranteeing greater investment between the States Parties.*

ÍNDICE: 1. Introducción. – 2. El arbitraje internacional de inversión. – 3. Objeciones de jurisdicción. – 3.1 Objeción por falta de inversor o inversión. – 3.2. Objeción *ratione materiae*. – 3.3. Objeción *ratione temporis*. – 3.4 Objeción *intra-UE* – 4. Los estándares sustantivos de protección. – 5. Conclusiones.

### 1. *Introducción*

Las políticas de cooperación internacional surgidas en la posguerra han permitido a los Estados «mundializar» el comercio, creando un mercado abierto y competitivo; de ahí la necesidad de regular los numerosos sectores que intervienen en el ámbito transnacional y de garantizar la resolución de los conflictos que ello implica.

Al final del siglo XX, el sector de las inversiones se desarrolló particularmente, contribuyendo a la evolución de su regulación, de las técnicas jurídicas y de los medios para resolver las disputas que se planteaban entre Estados. De esta manera proliferaron los tratados de inversión, en los cuales se definía precisamente el contenido de la tutela para el inversor,

---

\*Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Redatto durante l'Erasmus presso l'Universidad Autónoma de Madrid (Madrid, Spagna), nel secondo semestre dell'anno accademico 2020/2021. Per questo lavoro è stata consultata la Professoressa associata Patricia Fröelingsdorf Nicolás.

así como los principios y los estándares sobre los que se fundaban. En este contexto el arbitraje internacional demostró ser un instrumento útil para resolver los conflictos surgidos en el ámbito de las inversiones.

Este trabajo se refiere al arbitraje de inversiones extranjeras, mediante un análisis detallado de su definición, las excepciones jurisdiccionales y sus principios, con especial atención a un debate sobre la posibilidad de incompatibilidad entre los laudos dictados a nivel internacional y el derecho de la Unión Europea. Concluye con una reflexión sobre los tratados más recientes celebrados con el fin de crear un tribunal arbitral permanente que garantice una mayor inversión entre los Estados Partes.

## *2. El arbitraje internacional de inversión*

El arbitraje internacional de inversión es un fenómeno relativamente reciente y en continuo crecimiento que opera un mecanismo de resolución de controversias relativas a inversiones que surgen entre el Estado receptor de la inversión y un inversor de otra nacionalidad; se desarrolla ante un tribunal imparcial, constituido por jueces privados conocidos como «árbitros» y que permite a las partes encontrar una solución generalmente más rápida y menos costosa que los procedimientos judiciales nacionales. Para el inversionista el arbitraje internacional consiste en un mecanismo de protección, no solo por la inclusión de estándares específicos de protección en contra de ciertas acciones del Estado, sino también por la posibilidad que le ofrece de demandar directamente al Estado anfitrión ante instancias internacionales.

Para el Estado, el Derecho Internacional de inversiones consiste en un instrumento de promoción de inversiones; sin embargo, este halla su contrapunto en la cesión o, al menos, delimitación, control o supervisión en el ejercicio de la soberanía y potestades públicas de los Estados contratantes, en lo atinente a las inversiones protegidas por los Tratados. Este es uno de los principales motivos por los que se aprecia una clara tendencia a la tipificación o codificación de los supuestos o

actuaciones de los Estados, que puedan entenderse como vulneradores de los estándares de protección. Dicha tendencia se está materializando tanto en los nuevos tratados, como en las revisiones de los tratados ya existentes y se valora por la comunidad arbitral como un avance para dotar de mayor seguridad jurídica al sistema.

Requisito indispensable para que se pueda acudir al arbitraje internacional es que la controversia se haya entablado entre el inversionista extranjero y el Estado anfitrión<sup>1</sup>. Es por ello que resulta habitual que en los Tratados, tanto bilaterales como multilaterales de inversión, se incluyan cláusulas antifraude para evitar que se pueda acceder a este medio de resolución de controversias a través de artificios jurídicos<sup>2</sup>.

En el presente trabajo se analizan las objeciones de jurisdicción y los estándares de protección de las inversiones más comúnmente planteados en la práctica, pero advirtiendo que no existe una ley procesal o sustantiva única aplicable a todos los arbitrajes de inversión, sino que éstas variarán en función de los distintos acuerdos internacionales de inversión.

Así, serán los distintos acuerdos los que determinen si el arbitraje va a ser administrado por un Centro de Resolución de Disputas (como puede ser el CIADI<sup>3</sup>, la Cámara de Comercio de Estocolmo o la Corte Permanente de Arbitraje) o bien por el propio tribunal arbitral (generalmente bajo las normas contenidas en el UNCITRAL<sup>4</sup>).

---

<sup>1</sup> La controversia debe entablarse entre una persona – física o jurídica – que hace la inversión y el Estado donde se hace la inversión.

<sup>2</sup> El abuso de proceso por *forum shopping* prevé que un inversor, inicialmente fuera del ámbito de protección del tratado invocado, restructure su inversión en el territorio de un Estado contratante, con el propósito de acceder al foro del arbitraje de inversión.

<sup>3</sup> El CIADI es la institución líder a nivel mundial dedicada al arreglo de diferencias relativas a inversiones internacionales. Posee amplia experiencia en este ámbito, dado que ha administrado la mayoría de los casos de inversión internacional. Los Estados han acordado que el CIADI sea el foro destinado al arreglo de diferencias entre inversionistas y Estados en la mayoría de los tratados internacionales de inversión, así como en numerosos contratos y legislación en materia de inversión.

<sup>4</sup> Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

En lo que se refiere a la ley sustantiva, generalmente la disputa tendrá que resolverse conforme a las normas contenidas en el propio tratado, así como a las reglas generales del Derecho Internacional.

### 3. *Objeciones de jurisdicción*

Para que una disputa pueda someterse a arbitraje de inversión, deben cumplirse una serie de requisitos, cuya ausencia permitiría al Estado demandado plantear objeciones de jurisdicción, que el Tribunal arbitral deberá examinar para determinar si puede o no conocer del fondo del asunto.

En primer lugar, el inversor y el Estado anfitrión deben dar su propio consentimiento a someterse al medio judicial de arbitraje, otorgado por ambas las partes por escrito en el Tratado. Más allá del requisito del consentimiento, hay que respetar al menos otros tres requisitos.

El Tribunal arbitral debe determinar si se cumple el requisito *ratione personae*, es decir, el requisito de la nacionalidad por parte del inversionista; además es necesario comprobar el requisito *ratione materiae*, determinando si el instrumento normativo invocado resulta aplicable al caso concreto; por último se necesita el requisito *ratione temporis*, eso es, las reclamaciones enunciadas por la parte demandante tienen que producirse dentro del ámbito de aplicación temporal de las normas invocadas.

Se considera también objeción de jurisdicción la denominada objeción *intra-UE* que, a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha suscitado una serie de dudas en cuanto a su aplicación.

En los siguientes apartados se analizan más detalladamente las objeciones de jurisdicción más comúnmente planteadas.

#### 3.1 *Objeción por falta de inversor o inversión*

Cuando se hace referencia a las objeciones por razón de los sujetos se debe atender a dos aspectos: por un lado, la falta de

consentimiento de una de las partes; por el otro las condiciones de arbitrabilidad subjetiva.

En relación con el primer requisito, la facultad de comprometer al Estado en arbitraje es la voluntad de la entidad jurídica del Estado de mostrar su consentimiento arbitral a través de un procedimiento jurídico; si no se ha observado dicho procedimiento, no hay consentimiento.

El arbitraje de inversión requiere la existencia de un acuerdo por escrito o consentimiento previo. El consentimiento de ambas partes, esto es, del Estado receptor de la inversión y del inversionista, es pues requisito indispensable para que exista jurisdicción de un Tribunal arbitral, debiendo otorgarse por las partes por escrito. En el caso de los arbitrajes de inversión amparados por Tratados de inversión, el consentimiento del Estado demandado se entiende otorgado por su ratificación, sin reservas<sup>5</sup>.

El segundo requisito, la objeción por falta de inversor o falta de inversión, se funda en la idea fundamental de que el arbitraje de inversión requiere la existencia de una inversión realizada por un inversor en el territorio del Estado anfitrión. Por ello, la mayoría de los tratados y acuerdos de inversión contienen una definición de los conceptos de inversión e inversor para delimitar quienes son cubiertos por su ámbito de protección.

La primera problemática gira en torno a la determinación de la nacionalidad de la persona que realiza la inversión, debiendo distinguirse entre persona natural y jurídica.

En el caso en que sea una persona natural, ese debe ser nacional del Estado contratante a la fecha en que las partes consintieron y a la fecha del registro de la solicitud de arbitraje. Cuando una persona natural tiene doble nacionalidad, se considerará exclusivamente nacional del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva.

---

<sup>5</sup> Así que el consentimiento se obtiene por la introducción de la cláusula de arbitraje en el Tratado. Ello no obstante, no implica, por sí sólo que todos los Estados Contratantes hayan prestado su consentimiento a someter a arbitraje cualquier cuestión incluida dentro del ámbito del Tratado.

En el caso de que sea una persona jurídica, hay algunos criterios de nacionalidad que debe respetar el inversionista: debe tener nacionalidad del Estado contratante que debe ser distinto del Estado receptor o debe ser una sociedad constituida conforme a la ley de otro País distinto del Estado anfitrión o con domicilio principal fuera del Estado anfitrión.

Solo los inversores extranjeros tienen la posibilidad de someter una controversia a un procedimiento arbitral.

De la cuestión relativa a la nacionalidad de las personas físicas en el arbitraje de inversiones no presenta particularidades para el Derecho internacional, por lo cual le corresponde al sistema jurídico del Estado del cual es nacional el inversor fijar los extremos que determinan su nacionalidad. En algunos Tratados de inversión, la noción de inversor también comprende a los residentes permanentes de dicho Estado Parte.

En un caso<sup>6</sup> se consideró la disposición de inversionista en relación al derecho interno de la República Popular China. En atención a los alegatos de las partes y sus respectivos expertos, el tribunal llegó a la conclusión de que es la propia Ley de Nacionalidad de la República Popular China, la que gobierna la adquisición y pérdida de la nacionalidad china.

En relación a la nacionalidad de las personas jurídicas, éstas serán consideradas como «nacional de otro Estado contratante» si tienen la nacionalidad de un Estado contratante distinto al Estado parte en la diferencia. Este supuesto no plantea mayores problemas más allá de los derivados del Derecho internacional privado en cuanto a la determinación de la nacionalidad de las personas jurídicas, en los cuales será necesario determinar el factor de conexión aplicable en esta materia (lugar de constitución, domicilio, etc.).

En relación a la existencia de una inversión, debe advertirse que los Tratados de inversión generalmente no ofrecen una definición exacta, así que en la práctica se utilizan con frecuencia los parámetros ofrecidos por el test *Salini*.

---

<sup>6</sup> Señor *Tza Yap Shum v. The Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/07/6.

El test *Salini*<sup>7</sup> requiere que para que se haya una inversión deben darse cuatro elementos: la contribución de dinero o de activos por parte del inversor, la duración en el tiempo de la contribución y de la relación con la otra parte, el riesgo debido a la inversión misma y la contribución a la economía del Estado anfitrión<sup>8</sup>.

Esta metodología fue innovadora porque reconoció el requisito de la inversión como una condición objetiva de la jurisdicción de los Tribunales arbitrales, así que el juez tiene que estar seguro que todos los elementos de una inversión se hayan cumplido para poder ejercer su jurisdicción.

Sin embargo, en otros laudos, se ha subrayado el carácter no obligatorio de estos elementos, así que como tal pueden ayudar a identificar o excluir la presencia de una inversión, pero no pueden vencer el concepto amplio y flexible de inversión<sup>9</sup>.

Además del test *Salini*, conviene recordar que en los tratados bilaterales y multilaterales celebrados por los Estados se introducen las definiciones de inversor e inversión, en relación con el asunto concreto al que se refieren<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Criterio elaborado en la controversia *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4.

<sup>8</sup> P. TZENG, *Salini Test*, Febrero 2021 en la pagina: <https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-salini-test>.

<sup>9</sup> *La prueba de Salini en el arbitraje del CIADI*, septiembre 2018, en la pagina: <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/the-salini-test-in-icsid-arbitration/>.

<sup>10</sup> Art. 25.2 CIADI: «Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”: (a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud [...], la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y (b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes Convenio hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero».

### 3.2 *Objeción ratione materiae*

En el caso en que se presente una objeción *ratione materiae*, el Tribunal arbitral deberá determinar si el Estado demandado ha consentido a someterse al arbitraje de inversión en relación al objeto de la controversia.

La objeción de jurisdicción por razón de materia está estrechamente vinculada a la noción de inversión así que para determinar si una controversia pueda someterse a arbitraje debe determinarse previamente que hay una inversión. De hecho, es muy común que en un litigio la parte demandante aduce la existencia de un derecho que encuentra su fuente en obligaciones diferentes de las que asumió el Estado demandado en el Tratado, reclamando la reparación por su supuesto incumplimiento.

En este caso cabe hacer referencia al hecho de que, numerosos tratados de inversiones contienen la *tax carve-out*<sup>11</sup>, cuya imposición tiene una doble razón: por un lado, política, ya que los Estados suelen ser reticentes en ceder su soberanía; por otro lado, una práctica, ya que las materias impositivas suelen someterse a los Tratados de doble imposición y por lo tanto el sometimiento simultáneo de una misma materia a diversos tratados puede generar evidentes problemas de aplicación.

### 3.3 *Objeción ratione temporis*

Las objeciones *ratione temporis* se refieren tanto al ámbito temporal de aplicación del tratado como al cumplimiento de los plazos de resolución de controversias.

En relación con el ámbito temporal de aplicación de los tratados hay que distinguir entre la entrada en vigor y la duración del tratado para determinar la aplicabilidad a las inversiones realizadas antes de su entrada en vigencia y aquellas realizadas durante su vigencia que continúan existiendo y desarrollándose después de su terminación.

---

<sup>11</sup> Es una cláusula con que se excluye la aplicación del tratado a cualesquiera medidas impositivas aprobadas por los Estados Contratantes.

En cuanto a la aplicabilidad del Tratado a las inversiones realizadas antes de su entrada en vigor es necesario tener en cuenta el interés protector de las inversiones. En consecuencia, en los tratados se incluye una cláusula de retroactividad mediante la cual se extiende la protección a las inversiones realizadas con anterioridad a su entrada en vigor.

Por ejemplo, en un caso<sup>12</sup> el Tribunal arbitral declaró que la disposición sobre el ámbito de aplicación temporal del tratado sólo tenía por finalidad excluir las controversias «generadas» antes de la entrada en vigencia del tratado bilateral. En una sentencia posterior<sup>13</sup>, un enfoque más elaborado se planteó en relación a tres posibles hipótesis al fin de considerar si una disputa se encontraba dentro del ámbito de aplicación temporal del tratado.

La primera, que la disputa se concretase después de la fecha de entrada en vigor del tratado con fundamento único en divergencias anteriores, en cuyo caso queda claramente excluida la aplicación del tratado; la segunda, que la disputa surjiese tras la entrada en vigor del tratado basada en discrepancias posteriores a esa fecha, lo que coloca a la controversia dentro del ámbito temporal del tratado; finalmente, que una controversia fuese la continuación de divergencias anteriores pero transformando su naturaleza, de manera que las causas de la disputa ya no son las que existieron antes, sino las que continuaron después de su entrada en vigor, entrando dentro del ámbito del tratado.

Sin embargo, para proteger las expectativas legales de los inversores, los Estados incluyen cláusulas de extinción (*sunset clause*) en la mayoría de los Tratados. Esto ocurre cuando la inversión se haya realizado con una visión a largo plazo que a menudo se extiende más allá del período de validez estándar inicial de un Tratado de 10 o 15 años. En tales circunstancias, la *sunset clause* tiene como objetivo garantizar que los inversores tengan un período de transición para tomar las medidas

---

<sup>12</sup> Asunto *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13.

<sup>13</sup> Asunto *Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/19.

adecuadas al fin de adaptarse a la situación después de que se haya rescindido un Tratado. Las cláusulas de extinción también garantizan que los inversores puedan seguir confiando en las disposiciones de protección de inversiones y resolución de disputas contenidas en un Tratado<sup>14</sup>.

### 3.4 *Objeción intra-UE*

A través de la denominada objeción *intra-UE*, se pretende discutir «disputas intra UE», esto es, aquellas que se plantean entre un inversor de un Estado miembro y otro Estado miembro de la UE, deben ser excluidas de la jurisdicción del Tribunal arbitral, ente otros, por considerar que el derecho comunitario impide el sometimiento de la disputa a arbitraje. A continuación, aún cuando exceda en cierto modo del análisis puramente procesal de lo que es la objeción *intra-UE*, interesa, por su relevancia en el seno de los arbitrajes en los que aparece como demandado un Estado miembro, hacer algunas observaciones adicionales.

Un Tratado de inversiones dentro de la Unión Europea se celebra entre dos Estados miembros de la UE y se yuxtapone a los Tratados extracomunitarios, es decir, los celebrados entre un Estado miembro de la UE y un tercer Estado. La gran mayoría de esos Tratados intracomunitarios surgieron después de la ampliación de la UE, cuando nuevos Estados miembros – principalmente países de Europa del Este – se adhirieron a la UE<sup>15</sup>.

En los últimos años, las instituciones europeas han presentado una oposición radical a los Tratados de inversiones (TBI) intracomunitarios. Un papel decisivo ha sido desempeñado por la Comisión Europea, que ha intervenido como *amicus curiae* en numerosos arbitrajes y procedimientos judiciales, activando, asimismo, diversos procedimientos de

---

<sup>14</sup> N. LAVRANOS, *Sunset clause*, Febrero 2021, en la página: <https://jusmundi.com/fr/document/wiki/en-sunset-clause>.

<sup>15</sup> M.FANOU, *Intra-EU Claims as an Objection to Jurisdiction*, Abril 2021, en la página: <https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-intra-eu-claims-as-an-objection-to-jurisdiction>.

infracción dirigidos a los Estados miembros para obligarles a poner fin a sus respectivos tratados de inversión intracomunitarios e impedir la ejecución de laudos arbitrales. Luego intervino el TJUE, que con la sentencia del caso *Achmea*<sup>16</sup> abrió nuevos escenarios para las futuras estructuras del arbitraje internacional de inversiones en Europa<sup>17</sup>.

En el asunto *Achmea*, el TJUE concluye que el arbitraje de inversiones previsto en los acuerdos bilaterales de protección de inversiones celebrados entre Estados miembros de la UE resultan contrarios al Derecho de la UE y, en concreto, al principio de autonomía<sup>18</sup>. De él se desprende que los convenios arbitrales deben ser considerados carentes de validez en virtud de la prevalencia del Derecho de la UE sobre tales acuerdos<sup>19</sup>.

Esta sentencia deja sin resolver varias cuestiones tanto en relación con el arbitraje de inversiones derivadas de TBI intracomunitarios, como en cuanto a la posibilidad de extender sus principios al arbitraje derivado de TBI o acuerdos de libre comercio extracomunitarios negociados por la Unión Europea y terceros países.

El razonamiento expuesto en el caso *Achmea*, es decir, el de considerar que la cláusula de arbitraje de los TBI intracomunitarios puede perjudicar la autonomía del derecho de

---

<sup>16</sup> STJUE, asunto C-284/16, *Slowakische Republik contra Achmea BV*. La sentencia trae causa de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo alemán en el marco de una acción de anulación interpuesta por la República Eslovaca contra un laudo dictado en 2012 por un tribunal arbitral ad hoc, con sede en Frankfurt, constituido con fundamento en el APRI entre Países Bajos y la República eslovaca. La sociedad holandesa Achmea incoó el procedimiento arbitral previsto en dicho APRI como consecuencia de determinados cambios legislativos llevados a cabo en el sector de los seguros.

<sup>17</sup> A. SARDU, *La strategia di opposizione dell'Unione Europea all'arbitrato internazionale degli investimenti derivante da TBI intraunionali*, en *Saggi*, 2019.

<sup>18</sup> Que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea deduce del artículo 344 TFUE.

<sup>19</sup> La primacía del Derecho de la UE sobre los tratados internacionales celebrados entre Estados miembros fue proclamada tempranamente por el TJUE (asunto C-10/61, *Comisión c. Italia*) y encuentra asimismo fundamento en la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados (art. 30.3).

la UE, se inspiró principalmente en la idea de que el sistema judicial de la UE se basa en la confianza mutua y la cooperación leal entre los Estados miembros. Sobre la base de estos principios, se prohibiría a los Estados miembros prever en sus relaciones bilaterales mecanismos paralelos de resolución de litigios que, al margen del TJUE, puedan afectar a la interpretación y aplicación del derecho de la UE.

Para intentar resolver la cuestión de compatibilidad del Derecho de la Unión Europea y los laudos dictados en los arbitrajes de inversión, se han planteado una serie de propuestas. En particular se ha creado un Sistema de Tribunales de Inversiones (*Investment Court System*, ICS) cuya característica es la resolución amistosa de disputas a nivel internacional, que puedan garantizar la compatibilidad de los laudos con el Derecho Europeo.

#### *4. Los estándares sustantivos de protección*

La mayoría de los tratados de inversión prevén estándares de protección para el inversor, cuya vulneración por parte del Estado anfitrión se examina en la cuestión de fondo del arbitraje mismo. Esos estándares, aunque pueden variar de un tratado a otro, comprenden, con carácter general, los siguientes que se enuncian a continuación.

El Trato Justo y Equitativo (TJE) es un estándar absoluto y no contingente que prevé que el Estado anfitrión debe proporcionar un entorno de inversión razonablemente estable, de acuerdo con las expectativas legítimas del inversionista. Además, comprende el deber de otorgar condiciones transparentes, coherentes, estables y no discriminatorias y la obligación de cumplir cualquier obligación contraída con el demandante.

Para determinar si se ha producido una vulneración del estándar del TJE deben valorarse las expectativas legítimas que el inversor tenía en el momento de acometer su inversión.

Estas expectativas deben ser razonables y objetivas respecto del marco general regulatorio existente: como parte de la evaluación, el Tribunal arbitral debe analizar el conocimiento

del inversor sobre el marco general regulatorio al hacer su inversión. En el momento de realizar su inversión, un inversor debe conocer y comprender el marco regulatorio y conocer cómo afecta a su inversión.

Según jurisprudencia reiterada de los tribunales arbitrales, es obligación de todo inversor que invierte en un Estado extranjero conocer cuál es el marco general regulatorio que rige las inversiones, incluyendo las normas y la jurisprudencia que sean aplicables a su inversión<sup>20</sup>. La falta de diligencia debida impide considerar como reales y objetivas las expectativas que pretende el demandante. Sin embargo esa diligencia por parte del inversor no es una póliza de seguro, es decir, no protege de manera absoluta contra el riesgo de cambios en el marco regulatorio: por lo tanto es necesaria la existencia de compromisos específicos hechos a un inversor de que la regulación en vigor va a permanecer inmutable<sup>21</sup>.

Las expectativas del inversor han de ser razonables y justificadas en relación con cualesquiera cambios en las leyes del país anfitrión. Según el Tribunal del caso *Investmart*<sup>22</sup> los elementos que deben examinarse para apreciar las expectativas objetivas del inversor son los documentos contractuales del inversor; las negociaciones en las que efectivamente intervino el inversor; la *due diligence* desarrollada por el inversor, el marco regulatorio del Estado y sus acuerdos internacionales. Además debe distinguirse para la posible creación de expectativas entre

---

<sup>20</sup> *Charanne and Construction Investments vs. España*, Caso de la CCE No. V 062/2012, Laudo, 21 de enero de 2016. Extraído de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7047.pdf>. Coincide con este criterio el laudo dictado en el caso *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/14/3, en el que se manifestó que en ausencia de un compromiso específico, el Estado no tenía obligación de otorgar subsidios tales como las tarifas reguladas, o mantenerlos inmutables una vez que fueron otorgados (párr. 367–371).

<sup>21</sup> *Ibidem*, párr. 499. «A juicio del Tribunal Arbitral, un inversor no puede tener la expectativa legítima, en ausencia de un compromiso específico, de que la regulación existente no sea modificada [...]».

<sup>22</sup> *Invesmart vs. Czech Republic*, UNCITRAL, Laudo, 26 de junio de 2009, párr. 251 a 258.

los órganos competentes en el Estado para cumplir el compromiso asumido.

Dentro del estándar de TJE debe examinarse también el deber de crear condiciones estables, conforme al objetivo y finalidad del Tratado. Las condiciones estables admiten la adopción de medidas de control macroeconómico razonables y proporcionadas, siempre que estén motivadas por una causa razonable. De hecho no es admisible afirmar que se ha vulnerado la creación de condiciones estables cuando se han mantenido los elementos esenciales del régimen vigente al tiempo de la inversión.

Otro elemento que forma parte del estándar del TJE es la prohibición de adoptar medidas retroactivas vulneradoras de las expectativas del inversor, una cuestión relacionada con el deber de crear condiciones estables. En el caso *Nations Energy vs. Panamá*<sup>23</sup> el Tribunal analizó el concepto de retroactividad, plasmando el principio consolidado en el Derecho internacional de los derechos adquiridos. Si los derechos adquiridos son perjudicados o suprimidos por una norma posterior a su adquisición, esta norma será retroactiva. Ello es distinto de las normas que se aplican a hechos futuros sobre situaciones jurídicas en curso, pero que no afectan derechos ya adquiridos.

Las medidas adoptadas por el Estado han de ser razonables y proporcionadas y no discriminatorias. Será siempre carga de la prueba de la parte demandante acreditar el incumplimiento del estándar de medidas irracionales y desproporcionadas, es decir, deberá probar que la acción del Gobierno anfitrión no fue razonable, considerando el objetivo de la política pública estatal y la medida adoptada para alcanzar dicho objetivo<sup>24</sup>.

Existen diferentes test aplicados por los Tribunales arbitrales internacionales, que permiten valorar si las medidas adoptadas por un Estado son irracionales o discriminatorias<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> *Nations Energy Corporation, Electric Machinery Enterprises Inc., and Jamie Jurado v. The Republic of Panama*, ICSID Case No. ARB/06/19.

<sup>24</sup> *Isolux Corsán Concesiones S.A. v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/12/5.

<sup>25</sup> A título de ejemplo, el *Test EDF v. Rumania* considera discriminatoria una medida: si causa un daño al inversor sin ningún propósito legítimo aparente; si está fundada en una discreción, discriminación o preferencia personal; si se

En relación a la protección del inversor, el Derecho internacional prevé un ulterior estándar frente a la posibilidad por un Estado de ejercer su soberanía, es decir, el derecho a expropiar una propiedad extranjera por motivos de interés público.

La noción de expropiaciones ilegales se extiende a todo tipo de medidas expropiatorias alcanzando no sólo a actos de expropiación en sentido estricto – expropiación directa, sino comprendiendo también las medidas y actos adoptados por el Estado anfitrión de la inversión que produzcan un efecto análogo o similar en el patrimonio del inversor, dando lugar a las denominadas expropiaciones indirectas.

La prohibición de expropiación sin indemnización prevé que los árbitros tengan el poder de poner sobre la balanza dos elementos esenciales: por un lado, la propiedad privada que debe ser protegida ante las interferencias ilegales del Estado y, por otro, el interés del Estado a garantizar la tutela y protección del interés público.

En los tratados en materia de inversiones se incluyen asimismo otras cláusulas que otorgan una especial protección al inversor: el trato nacional y el trato de la nación más favorecida.

El trato nacional es una cláusula no discriminatoria por la que el Estado anfitrión asume la obligación de tratar al inversionista tal como trata a los inversionistas nacionales. Si hay violación de esta cláusula, es necesario acudir a tres criterios que se modifican según la controversia que se está analizando y, en este sentido, debe determinarse si el inversionista nacional y el extranjero están en circunstancias similares o idénticas, si el trato al inversionista extranjero es al menos igual de favorable al otorgado a los inversionistas nacionales y si el trato es menos favorable, determinar si está justificado por razones legítimas de política pública.

El trato de Nación Más Favorecida es una cláusula en virtud de la cual el Estado receptor de la inversión debe tratar al inversionista como trata a cualquier otro inversionista de otro país. Para que se pueda evaluar en el fondo del asunto el

---

toma por razones diferentes de las expuestas por el otorgante de la medida; si se adopta con intencionado desprecio.

cumplimiento de esta obligación, cabe tener en cuenta tres elementos: las circunstancias similares, el trato diferencial que se puede otorgar porque las partes se encuentran en situaciones diferenciadas que puedan justificar el trato distinto y, por lo tanto, la legitimidad de la política.

### *5. Conclusiones*

Los Tratados de inversiones tienen como objetivo proteger a los inversores extranjeros, proporcionando una garantía contra cambios legales en la legislación nacional. Como se desprende de lo expuesto, el arbitraje es un instrumento alternativo de resolución de controversias cuya principal ventaja radica en la existencia de un procedimiento generalmente más flexible y rápido en comparación con el ante los tribunales nacionales<sup>26</sup>; la existencia de una decisión – laudo – que pone fin al proceso y que resulta obligatoria para las partes, siendo tasados y excepcionales los motivos de impugnación, así como la mayor especialización de los árbitros y la posibilidad de reconocer y ejecutar el laudo en numerosos Estados<sup>27</sup>.

La promoción de las inversiones, la protección del inversor y la existencia de un procedimiento que ofrece numerosas ventajas son, sin duda, objetivos sólidos, pero ello no ha evitado la existencia de críticas en algunos aspectos, destacándose entre ellos la falta de coherencia debida a la gran variedad de redacciones utilizadas en los diferentes tratados de inversión; el temor de una posible reducción del poder soberano de los

---

<sup>26</sup> Teniendo en cuenta el Reglamento de la Cámara de Arbitraje de Milán (CAM), el plazo para la presentación del laudo arbitral es de seis meses a partir de la constitución del Tribunal arbitral, a menos que las partes acuerden lo contrario y está sujeto a prórroga, incluso de oficio por los órganos del procedimiento.

<sup>27</sup> Eso se puede en relación con la Convención de Nueva York de 1958 para el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, un instrumento fundamental del arbitraje internacional. Ha sido ratificada por 163 países de todo el mundo, incluida Italia.

Estados para legislar<sup>28</sup>, el mayor costo del arbitraje en comparación con el litigio ante un juez estatal.

Todo esto es unido a la inexistencia de una jurisprudencia arbitral vinculante, lo que facilita que puedan dictarse laudos contradictorios en asuntos similares creando, en cierto modo, inseguridad jurídica.

En relación a las críticas que se han adelantado en el escenario internacional hasta la fecha – también en relación a la posición adoptada por la Unión Europea en este sentido – se ha planteado la realización de un proyecto para la constitución de un Tribunal arbitral único, que garantice a las partes en sí mismas condiciones previstas en el arbitraje *ad hoc*, con la provisión de una disciplina específica que colme los vacíos y perplejidades existentes todavía en boga.

Un primer intento se materializó en el marco del CETA<sup>29</sup> y de la EUVIPA<sup>30</sup> que establecen tribunales *ad hoc* semipermanentes, formados por jueces elegidos por una lista – y no por las partes – que cubren su rol a tiempo completo. Además se prevé el establecimiento de un tribunal de apelación para revisar los laudos<sup>31</sup>.

Las propuestas de hoy son necesarias para cumplir el compromiso entre la Unión Europea y los demás Estados, continuando el camino innovador ya establecido por las reformas de la política de disputas sobre inversiones de la UE.

En particular, el objetivo es reforzar aún más las garantías de los estándares éticos ya contenidos en los acuerdos y desarrollar un marco para la adopción de interpretaciones vinculantes, facilitando a las Partes el mantenimiento del control de la interpretación del acuerdo.

---

<sup>28</sup> L. PUCCIO, R. HARTE, *From arbitration to the investment court system (ICS). The evolution of CETA rules*, European Parliamentary Research Service, June 2017, p. 11.

<sup>29</sup> El Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA, *Comprehensive Economic and Trade Agreement*) es un acuerdo comercial entre la Unión Europea y Canadá al fin de estimular el comercio y la inversión. Está en vigor desde febrero de 2017.

<sup>30</sup> El Acuerdo entre Unión Europea y Vietnam (EUVIPA, *EU-Vietnam Trade Agreement*) es un acuerdo que permite a las partes contribuir a estimular las inversiones. Está en vigor desde el 1 de agosto de 2020.

<sup>31</sup> Art. 8.28 CETA; Art. 3.54 EUVIPA.

El cambio a un ICS ha sido bienvenido por algunas partes que anteriormente habían criticado el arbitraje, pero que estaban abiertos a reformas; se define así un compromiso, ya que mantiene el marco de solución de controversias del Derecho internacional de inversiones, aunque el inversor no tiene voz en la selección de los miembros del Tribunal.

Las innovaciones se decidirán concretamente sólo después del establecimiento de la Corte, por lo que se supervisará la evolución. A pesar de todo, hay mucha confianza de que el proyecto de creación de un sistema de Tribunales internacionales pueda aportar numerosos beneficios en relación a las inversiones por parte de los extranjeros.

LEONARDO PANERAI\*

IL *DIGITAL MARKETS ACT*:  
PROFILI DI *ANTITRUST* E REGOLAMENTAZIONE

*The article firstly investigates the reasons why traditional competition policy is not entirely applicable to the digital economy. Subsequently, it analyses the Digital Markets Act [EU, 2020], a recent proposal from the European Commission. The EU aims to regulate internet platforms by complementing antitrust rules when dealing with digital competition issues, introducing the “gatekeeper” feature. Thus, the Eu proposal is the ultimate attempt to develop a tool to ensure an open online environment and a level playing field in the digital sector.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L’antitrust nella digital economy. – 2.1 Zero-Price market. – 2.2 Il dilemma del gatekeeper. – 2.3 M&A nell’era digitale. – 3. Antitrust e regolamentazione. – 4. Il Digital Markets Act. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Gli antichi ci hanno trasmesso un insegnamento senza tempo: chiunque sia dotato di un potere è portato per natura ad abusarne. Sulla base di questa atavica esperienza umana è maturata la convinzione che la società abbia bisogno di regole per assicurare una pacifica coesistenza, e proprio la costruzione dello stato moderno si basa su una sofisticata quanto delicata architettura normativa. Laddove invece non esistano freni all’esercizio del potere, l’eccesso e la prevaricazione si confermano la regola. Tale assunto è dimostrato storicamente e si scopre tanto più vero oggi se riferiamo siffatte conclusioni all’universo delle piattaforme digitali. Con questo termine ci riferiamo in senso ampio a tutti quegli spazi virtuali dove sviluppiamo la nostra personalità, ed in senso più circoscritto ad

---

\*Studente del Corso di laurea in Giurisprudenza. Per la realizzazione di questo lavoro è stato consultato il Prof. Luca Di Donna, docente della cattedra di Diritto Privato Europeo presso Sapienza Università di Roma.

un particolare gruppo che viene comunemente indicato con l'acronimo «GAFÀ», cioè Google, Amazon, Facebook ed Apple. Rispetto a queste realtà, i casi più recenti confermano che dove non ci sono regole si creano le premesse per comportamenti abusivi.

A tal proposito, il *report* realizzato per il Congresso degli Stati Uniti<sup>1</sup> ha svelato tutte le storture del mercato che hanno coinvolto i *gatekeeper*. Nelle 449 pagine di analisi la parola monopolio compare 120 volte<sup>2</sup>, e già questo è un campanello d'allarme che qualcosa nel mercato non sta funzionando. Secondo le teorie economiche classiche, il monopolio costituisce un fallimento del mercato, poiché i prezzi dei beni aumentano e contestualmente si riduce la qualità dei prodotti e si perde in innovazione. Oggi più che mai suonano attuali le parole pronunciate dal senatore Sherman poco prima dell'approvazione della prima normativa *antitrust* della storia: «l'obiettivo dei monopoli è rendere la concorrenza impossibile, questi possono controllare il mercato e modificare i prezzi, così da ingrossare i profitti; la legge dell'egoismo li conduce ad ignorare gli interessi dei consumatori. [...] Le imprese monopoliste agiscono infatti come se avessero una prerogativa regale e questo è incompatibile con una forma di governo democratico: così come non accettiamo la monarchia, non dovremmo ammettere un “re” nella produzione, nel trasporto o nella vendita di beni di prima necessità»<sup>3</sup>.

Durante la pandemia, dove le economie di tutto il mondo sono state messe in ginocchio e gli stati costretti ad erogare aiuti per evitare la bancarotta, le piattaforme digitali hanno proseguito indisturbate la loro scalata e «hanno dato l'impressione di essere invincibili persino in un mondo dove tutto il resto ormai sembrava fragile»<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on Judiciary, *Investigation of competition in digital markets*, United States, 2020.

<sup>2</sup> M. VALSANIA, *Big-Tech, il rapporto antitrust del Congresso Usa prescrive la fine dei monopoli*, in *Il Sole 24 Ore*, 2020

<sup>3</sup> A. WALKER, *History of The Sherman Law*, Washington, D.C., 1910, p. 13

<sup>4</sup> A. FOLLIS, *Big Tech, la pandemia ha portato più profitti e maggiori controlli*, in *Euractiv*, 2020, citando J. Toledano.

## 2. *L'antitrust nella digital economy*

Di fronte allo strapotere delle piattaforme digitali, è possibile affermare che gli strumenti di controllo esistenti hanno fallito miseramente. Ciò impone una seria riflessione sulle cause dell'insufficienza della disciplina che avrebbe dovuto assicurare il corretto funzionamento del mercato, e cioè l'*antitrust*. Nella cultura occidentale la concorrenza è un valore da preservare: sinonimo di trasparenza e correttezza, essa cerca di assicurare l'efficienza del mercato. La stessa parola assume invece un diverso significato nelle tradizioni orientali, in quanto sarebbe evocativa del conflitto e dell'ostilità<sup>5</sup>; l'*antitrust* è avido poiché non vuole soltanto garantire l'efficienza del mercato, ma anche che questa sia raggiunta attraverso un processo sano e competitivo<sup>6</sup>.

Negli ultimi 60 anni, le regole europee sulla concorrenza hanno dimostrato la capacità di adattarsi alle caratteristiche dei mercati più diversi<sup>7</sup>. La dottrina sulla concorrenza si è dunque evoluta al fine di reagire alle sfide derivanti dal cambio di circostanze provocate dal *case-by-case* e con la stabilità dei principi si è cercato di evitare dei vuoti di tutela<sup>8</sup>. Ciononostante, le specificità delle piattaforme digitali e della *data economy* hanno fatto emergere non poche criticità, tanto che da più parti si è suggerito un ammodernamento della disciplina, se non anche un vero e proprio ripensamento. I casi più recenti hanno dimostrato come talvolta le regole non siano state capaci di catturare i comportamenti abusivi nella *digital economy*, e nell'assenza di una legislazione capace di cogliere le specificità di questi fenomeni alcune piattaforme si sono potute muovere con straordinaria disinvoltura.

---

<sup>5</sup> G. AMATO, *Corte Costituzionale e Corti europee*, Bologna, Il Mulino, 2016,

<sup>6</sup> R. ALLENSWORTH, *Antitrust's High-Tech Exceptionalism*, in *The Yale law journal forum*, 2021, p. 607 citando H. Hovenkamp.

<sup>7</sup> J. CRÉMER, Y.-A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition policy for the digital era*, in *Publications Office of the European Union*, Luxemburg, 2019, p. 3.

<sup>8</sup> J. CRÉMER, Y.-A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *op. cit.* 3.

Pertanto, qui di seguito viene proposta una breve analisi delle difficoltà che si incontrano nell'applicazione della disciplina della concorrenza all'economia digitale.

### 2.1 *Zero-price market*

Molti dei servizi offerti sulle piattaforme digitali sono a 'costo zero' e costituiscono degli esempi di *zero-price market*, cioè puramente e semplicemente dei mercati dove un bene o un servizio viene scambiato senza chiedere denaro in cambio. Qui sorge il primo problema: la disciplina della concorrenza si basa sulle teorie economiche classiche del mercato per cui se il prezzo è uguale a zero ( $p=0$ ) il mercato non esiste, e dove non esiste il mercato non ha senso applicare le regole sulla concorrenza, orientate a tutelare l'efficienza dello stesso<sup>9</sup>. Tuttavia, sappiamo anche che se un'azienda vuole sopravvivere dovrà pur sempre avere un'idea di come garantirsi dei profitti, e così ci si rende subito conto che questi servizi non sono affatto gratuiti - come pure potrebbe sembrare - ma vengono scambiati in maniera impercettibile con altri beni (si parla più propriamente di "costi non monetari").

«Oggi i dati sono la moneta» ricorda Edith Ramirez, presidente del FTC<sup>10</sup>. Le informazioni hanno un valore economico, per giunta notevole, che consente di compravenderle nel mercato. Esse costituiscono anzitutto dati usati dalle imprese per posizionarsi: secondo recenti studi, sono proprio le società che collezionano ingenti quantità di dati a realizzare le *performance* migliori<sup>11</sup>. La contropartita richiesta all'utente, che sta usufruendo gratuitamente del servizio in questione, è la sua attenzione. Molte delle piattaforme digitali esistenti hanno costruito la loro fortuna su questo *business model*. Facebook, ad esempio, basa il 98% delle sue entrate sul

---

<sup>9</sup> J. NEWMAN, *Antitrust in zero-price markets: foundations*, in *University of Pennsylvania law Review*, Vol. 164., 2015, p. 149.

<sup>10</sup> J. NEWMAN, *op. cit.*, p. 167 citando E. Ramirez.

<sup>11</sup> MCAFEE & E. BRYNJOLFSSON, *Big Data: The Management Revolution*, in *Harv. Bus. Rev.*, 2012.

c.d. *advertisement* targettizzato<sup>12</sup>, realizzato grazie ad una completa profilazione dell'utente e all'ottenimento della sua piena disponibilità a scorrere i pop-up pubblicitari. In un simile contesto, il consumatore è talmente assuefatto dall'idea di godere gratuitamente di tali servizi che una piattaforma alternativa che si facesse pagare senza chiedere invece in cambio le informazioni dell'utente non risulterebbe altrettanto performante e competitiva.

Ormai si è creato un equilibrio disfunzionale per cui una piccola società non può semplicemente decidere di romperlo attraverso delle *policy* che tutelino maggiormente l'*user*, perché non otterrebbe lo stesso successo<sup>13</sup>. Come ha sottolineato il professor Shelanski «oggi la vera forza di mercato si misura anche nei termini in cui un'impresa può arbitrariamente ridurre il livello di *privacy* e comunque mantenere lo stesso traffico di utenti»<sup>14</sup>.

Il punto problematico nell'applicazione delle tradizionali regole sulla concorrenza riguarda la valutazione dell'impatto di una certa condotta, per poterla poi qualificare come dannosa. Il criterio del benessere del consumatore non può essere qui utilizzato limitandosi ad analizzare le modifiche sui livelli di prezzo, perché rispetto a questi non si determina alcuna variazione. Nei *zero-price market* il prezzo resta sempre uguale a zero, quindi per vedere quali siano gli effetti di una condotta bisogna tenere in considerazione altri elementi. In questo senso, la mancanza di *privacy* può essere vista come una sostanziale riduzione della qualità del servizio e ciò deve costituire il punto di partenza nella ricostruzione del danno. Nei servizi *platform-to-consumers* ("P2C") lo standard del benessere del consumatore deve essere ricalibrato con riferimento alle altre conseguenze che si possono verificare in termini di scelta, innovazione e qualità del servizio.

---

<sup>12</sup> O. WALLACH, *How Big Tech Make Their Billions*, in *Visual Capitalist*, 2020.

<sup>13</sup> M. STUCKE & A. GRUNES, *No Mistake About It: The important Role of Antitrust in the Era of Big Data*, in *Legal Studies Research Paper Series*, n. 269, 2015, p. 9.

<sup>14</sup> M. STUCKE & A. GRUNES, *op. cit.*, citando H. Shelanski.

## 2.2 Il dilemma del gatekeeper

Non si può negare che nell'era digitale si siano moltiplicate per le imprese le opportunità di allargare i propri orizzonti, spostando parte delle vendite sull'online. Ben presto, però, queste hanno dovuto fare i conti con il fatto che le *essential facilities* (le infrastrutture indispensabili per poter fare business) sono concentrate nelle mani di poche società, con inevitabili ricadute in termini di condizioni contrattuali. Pensiamo alle onerose commissioni imposte nel mercato delle *app*: o lo sviluppatore accetta di pagarle, oppure viene eliminato il “*buy button*” perdendo la possibilità di vendere l'applicazione<sup>15</sup>. Simili condotte, rese possibili dalla posizione di monopolio che alcune piattaforme detengono nel mercato, oltre ad ingrassare i propri profitti causano anche una minore propensione all'investimento. Per esempio, chi sviluppa *app* dovrà considerare che una buona fetta dei ricavi dovrà essere impiegata solo per pagare la possibilità di presentarsi sul mercato, e certo sarà meno incline alla realizzazione del progetto.

Alcune società, oltre a controllare le *essential facilities*, si presentano nel doppio ruolo di *marketplace* e di *competitor* allo stesso tempo. L'esempio di Amazon è paradigmatico: questi non mette solo a disposizione lo spazio virtuale dove ogni giorno i venditori possono mettere in vetrina i loro prodotti, ma è anche uno dei commercianti più attivi sulla piazza. Non ci sarebbe nulla da obiettare ancora, se non fosse che dalle indagini preliminari della Commissione europea risulta che le migliaia di informazioni che passano ogni giorno nel *marketplace* finiscono nei complessi algoritmi del sistema che le filtra e le aggrega, trasformando questi dati in un formidabile strumento per

---

<sup>15</sup> H. FIRST & E. FOX, *Big tech and antitrust – calling big tech to account under U.S. law, for the House of Representatives Judiciary Committee, Antitrust Subcommittee*, 2020.

definire le strategie di impresa<sup>16</sup>. Secondo l'addebito mosso dalla Commissione, l'utilizzo di dati non pubblici forniti dai venditori consente al *gatekeeper* di evitare i normali rischi della concorrenza e di sfruttare la sua posizione dominante nella fornitura di servizi. Il *dual role* è quindi un potentissimo fattore distorsivo del mercato, perché consente di sfruttare i dati acquisiti da venditori terzi per competere contro di loro e massimizzare i propri profitti.

È indispensabile non limitarsi a regolare la concorrenza nel mercato, ma anche assicurarla all'interno delle singole piattaforme: le stesse, nel momento in cui definiscono le regole con cui consumatori e venditori interagiscono all'interno del *marketplace*, funzionano come dei regolatori. Per tale ragione, ci si aspetterebbe che queste stabiliscano delle norme di condotta che permettano di allestire una vetrina di qualità per attrarre visitatori. Eppure, la piattaforma potrebbe avere interesse a vendere una posizione di rilievo nei *rankings* o a preferire i propri prodotti. Il legislatore deve pertanto prevenire un simile rischio e far sì che le imprese competano correttamente in base ai meriti, così da assicurare che i consumatori possano scegliere in maniera pienamente libera i servizi sfruttando a pieno i vantaggi dell'innovazione. Una piattaforma con posizione dominante dovrebbe assicurare la parità di trattamento e non approfittare del suo ruolo da regolatore per determinare artificialmente il risultato del processo competitivo.

### *2.3 M&A nell'era digitale*

Le acquisizioni tra società costituiscono un indice per misurare la dinamicità del mercato: laddove prosperano questo genere di operazioni significa che in molti sono interessati a comprare e ciò può rappresentare una straordinaria opportunità per chi vuole vendere.

---

<sup>16</sup> Commissione Europea, *Antitrust: la Commissione invia ad Amazon una comunicazione degli addebiti per l'utilizzo di dati non pubblici*, Comunicato stampa, Bruxelles, 10 novembre 2020.

Se da un lato le acquisizioni di società hanno un effetto benefico per il mercato stimolando l'innovazione, è vero anche l'inverso, e cioè che queste possono rappresentare un freno allo sviluppo e una minaccia per la concorrenza. La letteratura economica ha da tempo sottolineato come le acquisizioni possano dissimulare manovre volte ad eliminare i concorrenti e aumentare il proprio potere di mercato per concentrarlo nelle mani di pochi. Il pericolo che si corre è che l'impresa nata dalla concentrazione possa incidere negativamente sull'equilibrio, ad esempio aumentando i prezzi oppure riducendo la quantità o la qualità del prodotto. Tale strategia, che consiste nel rispondere alla concorrenza procedendo con brutali acquisizioni, non è nuova nel mercato ed è stato proprio questo modo di fare business ad essere vietato con lo Sherman Act fin dal 1890. Nel corso del secolo successivo, l'Unione Europea ha previsto con regolamento il dovere di notificare alla Commissione le acquisizioni più importanti, utilizzando i fatturati delle società coinvolte come campanello d'allarme per far scattare l'obbligo. L'autorità di vigilanza può così intervenire per vietare l'operazione laddove ritenga che dalla concentrazione possa derivare un pregiudizio per il mercato.

La legislazione *antitrust* è stato un utile strumento per combattere queste operazioni, eppure il sistema non ha sviluppato gli anticorpi per i casi in cui ad essere acquistate siano giovani e promettenti *start up*. Del resto, il *gatekeeper* può sfruttare la moltitudine di dati che raccoglie ogni giorno sulle abitudini di consumo per realizzare dei prospetti precisissimi su quelli che saranno i *trend* di domani, le piattaforme di successo e le *app* di tendenza. Le acquisizioni di *start up* spesso sfuggono alla giurisdizione della Commissione perché, non avendo queste un fatturato giuridicamente rilevante, lo scrutinio dell'autorità rimane precluso in radice.

In altri termini, anticipando il momento dell'acquisto a quando la *start up* è un *competitor* solo potenziale e non piuttosto attuale, si mette fuori gioco la normativa e così si può continuare indisturbati a eliminare concorrenti e aumentare il proprio potere di mercato. Se anche l'acquisizione ricadesse nella giurisdizione dell'*authority*, risulterebbe complesso

distinguere tra quei *deals* che stimolano la concorrenza e hanno degli effetti positivi da quelli che sono anticompetitivi. Tra l'altro, l'eliminazione di un concorrente potenziale può far sorgere qualche dubbio, ma non serve a provare con ragionevole certezza il danno per la concorrenza. L'attuale regime sui controlli dovrebbe essere ricalibrato per renderlo più aderente a tutti quei casi in cui vengano eliminati dei potenziali concorrenti, e ristabilire lo scrutinio dell'autorità di vigilanza che resta altrimenti precluso. In un mercato così densamente concentrato, il legislatore del futuro dovrà venire a capo del problema perché, oggi come ieri, la ricetta per la creazione di un monopolio rimane sempre la stessa: isolare i concorrenti e comprare quelli che sopravvivono.

### *3. Antitrust e regolamentazione*

Nonostante sia comunemente accettato che la concorrenza continui ad essere il miglior modo per proteggere gli interessi dei consumatori e dell'economia tutta, le sfide che nascono dall'ascesa della *digital economy* richiedono un adeguamento del quadro normativo. Per affrontare questi fenomeni nuovi e in costante evoluzione è necessario rifinire concetti, dottrine e metodologie. Nel dibattito su quale sia l'approccio corretto, la concorrenza ha un posto centrale, tanto che si parla di *rediscovery* della materia<sup>17</sup>. Allo stesso tempo, si discute se questa debba assolvere il compito da sola, oppure se debba essere affiancata da una regolamentazione di settore.

La concorrenza è stata costruita per reagire ai cambiamenti dei mercati e il risultato è una straordinaria flessibilità, punto di forza della disciplina che, con le sue ampie clausole generali, ha permesso di affrontare nuovi fenomeni e nuove posizioni di potere. L'ampiezza e la genericità delle norme è però anche il motivo per cui la disciplina talvolta non è in grado di governare le specificità della *digital economy*. Ad oggi, non è ancora sopito il dibattito tra *antitrust* e regolamentazione, soprattutto perché non è stato raggiunto un approdo stabile per distinguere i

---

<sup>17</sup> J. CRÈMER, Y.-A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition policy for the digital era*, Report for the European Commission, 2019, p. 52.

due approcci. La conclusione più condivisa a riguardo è che, mentre la regolamentazione è prescrittiva per definizione, la concorrenza non possiede questa stessa natura: essa, infatti, non impone dei risultati prestabiliti, ma si limita piuttosto ad assicurare la correttezza del processo competitivo<sup>18</sup>. Affiancare all'*antitrust* - normativa generalmente applicabile - una regolamentazione di settore sembra essere la via maestra per cogliere tutte le specificità della *digital economy*.

I problemi nella concorrenza, concernenti le piattaforme digitali, non possono essere affrontati solamente con regole generiche e adattabili a qualunque segmento di mercato. Come noto, peraltro, l'*antitrust* è un rimedio *ex post* e spesso le indagini che durano anni non sono in grado di inseguire la rapidità dei cambiamenti: il settore digitale si evolve troppo velocemente per un intervento successivo all'illecito, così che la strada da prendere sembra essere quella di una regolamentazione *ex ante* che costituisca un serio disincentivo per la piattaforma dal tenere certe condotte.

In conclusione, la concorrenza e, segnatamente, l'art. 102 TFUE possono costituire il quadro normativo di sfondo, utile guida per il legislatore e per i giudici; tuttavia, per affrontare i problemi della *digital economy*, sono necessarie delle regole di supplenza<sup>19</sup>. Attraverso questo approccio integrato, la regolamentazione non sarebbe uno strumento sostitutivo bensì complementare. In un simile disegno ci sarebbe una doppia cinta muraria a tutela dell'efficienza: una regolamentazione *ad hoc*, rispondente alle caratteristiche e alle specificità di quel particolare settore, affiancata da una seconda barriera costituita dalla disciplina generale sulla concorrenza, sufficientemente flessibile per adeguarsi alle circostanze dei mercati più diversi.

---

<sup>18</sup> M. CAPPALÀ & G. COLANGELO, *Navigating the Platform Age: 'the More Regulatory Approach' to Antitrust Law in the EU and the U.S.*, in *TTLF Working Papers*, 2020, p. 9.

<sup>19</sup> J. CRÉMER, Y.-A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *op. cit.*, p. 39.

#### *4. Il Digital Markets Act*

Il legislatore europeo, dopo aver riconosciuto l'insufficienza e le lacune del quadro normativo esistente, ha dato inizio ai lavori di riforma per affrontare al meglio le sfide dell'era digitale e colmare un simile anacronistico vuoto giuridico. Il 15 dicembre 2020 la Commissione ha presentato una prima proposta, il Digital Markets Act (DMA), con il compito di affiancare le regole sulla concorrenza e realizzare l'auspicata regolamentazione di settore, congiuntamente con il Digital Services Act (DSA), una seconda iniziativa volta a modellare la responsabilità dei servizi digitali. Con il Digital Markets Act si realizza l'approccio integrato per combattere i comportamenti abusivi nella *digital economy*: alle tradizionali regole della concorrenza, intrinsecamente lente e applicabili *ex post* per paralizzare un comportamento solo dopo aver accertato l'illiceità dello stesso, si affiancano norme che permettono un monitoraggio costante facilitando così l'intervento tempestivo dell'autorità. Il DMA non si limita a prescrivere delle pratiche commerciali vietate (*blacklist*) e dei nuovi obblighi (*whitelist*) in capo alle piattaforme stesse, ma riconosce una serie di poteri molto incisivi alla Commissione che vigilerà sul rispetto delle norme e interverrà con nuovi poteri sanzionatori nel caso di violazione.

Dopo aver sommariamente abbozzato i contenuti, è necessario esplorarne gli ambiti applicativi, in maniera tale da comprendere, allo stato della proposta, quali sarebbero le piattaforme soggette alla nuova disciplina.

Per inquadrare correttamente il problema è necessario partire dalla sopracitata nozione di *gatekeeper* (letteralmente: guardiano). La parola è stata originariamente impiegata nel mondo delle scienze mediali per indicare un soggetto che detiene le informazioni e che può arbitrariamente decidere quali mettere in circolazione. Il termine viene ripreso nel DMA diventandone la nozione giuridica qualificante. Il legislatore comunitario individua come *gatekeeper* colui che detiene una piattaforma strategica (c.d. *core platform service*) e che proprio come un guardiano sorveglia chi ne varca i cancelli. La

questione da risolvere pregiudizialmente diventa allora capire quali siano le *core platform services*. La risposta è contenuta nell'art. 2 paragrafo 2 del DMA, che identifica come strategiche le piattaforme di *video-sharing*, i motori di ricerca, i servizi di intermediazione online e i *social network*, tanto per citarne alcune, con l'avvertenza che a queste si potranno aggiungere nel tempo tutte quelle ulteriormente identificate dalla Commissione in relazione all'evoluzione digitale (art. 18 della proposta).

Si raggiunge così un primo approdo stabile: il *gatekeeper* è colui che fornisce uno di questi servizi digitali, ma ciò non è sufficiente, perché intervengono altri elementi a comporre la nozione. L'art. 3 paragrafo 1 consente di arrivare a capo del problema, definendo il *gatekeeper* come colui che, offrendo il servizio digitale: i) ha un impatto significativo nel mercato interno; ii) fornisce una piattaforma attraverso la quale l'utente commerciale (o *business user*) può raggiungere il consumatore (*end user*); iii) gode di una stabile e durevole posizione di mercato.

Capiamo ora il senso di simili ulteriori presupposti: il *gatekeeper* non è qualsiasi fornitore di servizi digitali, ma solo chi tra questi ha acquisito un significativo potere da misurarsi attraverso questi parametri. Il legislatore comunitario ha poi creato un sistema di presunzioni (art. 3, par. 2) con riferimento a ciascuno dei presupposti sopra indicati: a) si presume sussistere l'impatto significativo se la società ha un fatturato annuale nell'Area economica europea (EEA) uguale o superiore a 6.5 miliardi negli ultimi 3 anni finanziari, oppure se la capitalizzazione di mercato dell'ultimo anno sia pari o superiore ad almeno 65 miliardi di euro; a ciò si aggiunge che la piattaforma deve operare in almeno 3 stati membri; b) si presume sussistere il secondo requisito di cui sopra se la piattaforma ha 45 milioni di utenti attivi mensilmente in UE, oppure almeno 10 mila utenti commerciali attivi nell'ultimo anno; c) si presume una posizione di mercato stabile e durevole se i requisiti let. b) e c) siano stati soddisfatti nei 3 anni precedenti.

Se sussistono tutti questi requisiti, la società è presunta *gatekeeper* e spetterà a questa fornire delle solide

argomentazioni per dimostrare il contrario. Qualora invece i requisiti non dovessero essere soddisfatti, impedendo così l'operatività del sistema presuntivo, la Commissione potrà comunque svolgere le indagini e, se ritiene, qualificare quella società come *gatekeeper*. Apprezziamo così la funzione del meccanismo presuntivo creato dal legislatore: se i requisiti sono soddisfatti la società è presunta *gatekeeper*, e nel caso contrario, cioè quello in cui non si integri la presunzione, non è comunque precluso alla Commissione di riconoscere un simile *status*. Per le piattaforme che non soddisfano i requisiti quantitativi delle presunzioni, l'autorità potrà comunque svolgere delle valutazioni qualitative prendendo anche in considerazione le particolari caratteristiche del mercato. Sarà cura della società verificare la sussistenza dei requisiti e informare la Commissione comunicando le risultanze dell'attività svolta.

La Commissione, senza ritardo e comunque non oltre 60 giorni, dovrà prendere una decisione in ordine al riconoscimento dello *status* e dal momento dell'identificazione decorre un termine di 6 mesi per garantire il rispetto dei divieti e degli obblighi.

La Commissione, su istanza o di propria iniziativa, può riconsiderare o ritirare la sua decisione se è intervenuta una modifica sostanziale dei fatti su cui si era basata oppure se il presupposto era costituito da informazioni incomplete, scorrette o fuorvianti (art. 4).

In sintesi, il *gatekeeper* è chiunque fornisca una piattaforma digitale rilevante per l'utente, con un forte impatto nell'area europea e una stabile posizione di mercato.

Dopo aver identificato quali sono i soggetti che dovranno conformarsi alle prescrizioni, è il momento di passare all'analisi del contenuto. La proposta raccoglie gli indirizzi formulati sulla base di una pluriennale esperienza negli illeciti e si esprime attraverso una serie di obblighi e divieti molto precisi.

Per citare alcune delle prescrizioni più significative, le piattaforme dovranno astenersi: dal combinare i dati personali tra diversi servizi, dall'utilizzare dati non pubblici generati dall'attività dell'utente commerciale per competere contro di lui, dal trattare più favorevolmente nei *rankings* i propri prodotti

(*self-preferencing*). Ancora, queste dovranno permettere all'utente di disinstallare qualunque applicazione preinstallata, consentire agli utenti commerciali di offrire lo stesso prodotto o servizio su altre piattaforme a condizioni diverse, applicare condizioni eque e non discriminatorie e infine consentire all'utente di raccogliere problemi con le autorità circa le attività del *gatekeeper*.

Le misure implementate per conformarsi agli obblighi dovranno essere efficaci così da consentire il raggiungimento degli obiettivi. Il legislatore ha avuto particolare cura nel precisare che queste prescrizioni sono funzionali a un risultato, e che dove la Commissione ritenga che le misure implementate non siano efficaci, potrà specificarle e modificarle con una sua decisione, sempre tenendo in considerazione i principi di proporzionalità ed effettività (art. 7).

La Commissione, nella consapevolezza che le pratiche commerciali si evolvono con rapidità nella *digital economy*, si riserva il potere di aggiungere a questa lista di *to do* e *to don't* altre prescrizioni che si rendano necessarie con l'evolversi delle pratiche commerciali.

Queste disposizioni rimarrebbero lettera morta se la Commissione non fosse munita di poteri per vigilare e garantirne il rispetto. La Commissione potrà svolgere indagini per stabilire se una certa piattaforma debba essere riconosciuta come *gatekeeper* (art. 15), e per verificare il rispetto degli obblighi da parte della stessa (art. 16). La Commissione potrà chiedere informazioni direttamente alle società con lo scopo di implementare e rafforzare le regole, finanche ottenere l'accesso ai *data base* e agli algoritmi. Nello svolgimento delle indagini può sentire persone, condurre ispezioni e disporre misure provvisorie nei casi di urgenza.

L'aspetto maggiormente innovativo della proposta riguarda i poteri sanzionatori e, più precisamente, il ventaglio di strumenti con cui la Commissione può intervenire per reprimere gli illeciti. Se si accerta la violazione delle prescrizioni con l'elemento soggettivo della colpa o del dolo, l'*authority* potrà imporre sanzioni fino al 10% del fatturato mondiale della piattaforma, e nella definizione della somma dovrà tenere conto

della gravità, della durata e della continuità nell'infrazione (art. 25). La Corte di giustizia dell'Unione Europea conserva il potere in ordine alla risoluzione di controversie sul ricorso contro le decisioni con cui la Commissione ha imposto la sanzione (art. 35). Dal giorno della decisione con cui viene accertata la violazione può essere calcolata anche una sanzione ulteriore pari al 10% del fatturato giornaliero del precedente anno finanziario per costringere il *gatekeeper* a conformarsi agli obblighi. Il potere sanzionatorio si prescrive in un termine di 3 anni che decorrono dal giorno in cui è stata commessa la violazione o, in caso di infrazioni continuate o reiterate, dal giorno in cui è cessata. L'inizio dell'indagine per accertare l'illecito è un'azione sufficiente ad interrompere la prescrizione.

Tuttavia, gli strumenti per combattere le violazioni non finiscono qui: se dall'indagine svolta risulta che il *gatekeeper* abbia sistematicamente violato le prescrizioni, l'autorità potrà anche imporre dei rimedi comportamentali o strutturali (art. 16). La differenza tra *behavioural* e *structural remedies* può essere chiarita con una metafora della scienza medica: se la Commissione rileva che la piattaforma è inadempiente, interviene prima attraverso la somministrazione di un farmaco (c.d. *drug therapy*), ma qualora ciò non fosse sufficiente e risulti la sistematica inadempienza, allora potrà decidere di asportare la parte malata (c.d. *surgery*). I rimedi strutturali, come la cessione di rami aziendali o lo *splitting*, sono concepiti dalla proposta come un'*extrema ratio*, cioè da utilizzarsi solamente nell'ipotesi in cui non ci sia un rimedio comportamentale che permetta di raggiungere lo stesso risultato, o quando il rimedio comportamentale risulti più gravoso di quello strutturale. Si presume sussistente la sistematica violazione degli obblighi quando il *gatekeeper* sia sanzionato per 3 volte come inadempiente.

Infine, un ruolo di primo piano nella vigilanza è riservato agli Stati Membri, i quali potranno chiedere alla Commissione di aprire un'indagine contro una piattaforma, se ritengono che ci siano ragionevoli sospetti per procedere (art. 33).

## 5. Conclusioni

La concorrenza è un potente *equalizer*: essa fa sì che i mercati servano i consumatori e non accada piuttosto il contrario. È importante però che le regole siano adeguate per un mondo che cambia così velocemente e in maniera incredibilmente digitale. La *competition policy* da sola non è sufficiente per affrontare tutti i problemi che si pongono nel mercato digitale, ed è proprio in questa direzione che si inserisce il DMA, cioè come un corpo di regole complementari per assicurare correttezza, contendibilità e innovazione nel mercato<sup>20</sup>.

Non è un segreto che l'Unione Europea si sia affermata da anni come *leader* globale nella regolamentazione digitale: basti pensare che molti Paesi del mondo hanno adeguato le loro legislazioni in materia di *privacy* facendo proprio riferimento alla normativa comunitaria. Il modello europeo è stato di ispirazione per molti e le nuove sfide del digitale non dovrebbero fare eccezione. Su quasi 500 proposte di regolamentazione delle piattaforme presentate in tutto il mondo, quasi il 50% sono attualmente discusse in Europa, mentre solo ¼ di queste vengono dagli Stati Uniti<sup>21</sup>. L'Unione Europea dovrebbe continuare a diffondere il suo modello virtuoso per rendere Internet un posto più sicuro. Allo stesso tempo, è preoccupante che di queste proposte l'85% abbia una vocazione nazionale<sup>22</sup>, mentre la comunità internazionale dovrebbe riconoscere che questo non è un problema regionale. Bisogna evitare una frammentazione nella regolamentazione, perché di fronte a sfide globali le soluzioni locali sono destinate al fallimento<sup>23</sup>. Problemi globali richiedono approcci transnazionali ed in questa prospettiva l'Unione Europea

---

<sup>20</sup> European Commission, *Shaping Europe's digital future*, Luxemburg, Publications Office of the European Union, 2020.

<sup>21</sup> F. SCHONING, M. FARQUHAR, P. WATTS, *A turning point for Tech*, *Global Survey on digital regulation*, in *Hogan Lovells report*, 2019, p. 30.

<sup>22</sup> F. SCHONING, M. FARQUHAR, P. WATTS, *op. cit.*, p. 5.

<sup>23</sup> P. GUPTA, *Competition policy in the age of 'Big Tech': Assessing the EU'S approach*, in *Cambridge Journal of Science & Policy*, 2020, p. 6.

dovrebbe approfittare della sua posizione di influenza per spingere verso un approccio integrato ed inclusivo.

È di tutta evidenza che anche se queste proposte trovassero uno sbocco normativo, ciò non esaurirebbe i problemi, ma tuttavia si inserirebbe così un'altra tessera fondamentale che andrà ad incastrarsi con tante altre (come quella della tassazione, dei diritti dei lavoratori, della proprietà intellettuale o del trattamento dati), e tutti insieme questi tasselli comporrebbero il puzzle della democrazia digitale.

Le tecnologie sono strumenti e la strategia digitale dell'UE dovrà essere in grado di renderli alla portata di tutti: la trasformazione digitale può funzionare se funziona per tutti e non solo per pochi. La costruzione di una società basata su valori europei passa anche attraverso la realizzazione di questi nella vita digitale, per far sì che la tecnologia lavori veramente per le persone<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> European Commission, *Shaping Europe's digital future*, *op. cit.*



MARTINA MARIA TOSI\*

STRUTTURA E CARATTERI PECULIARI DEL  
CONTRATTO DI RENDIMENTO ENERGETICO (EPC)

*The present article takes into account the relevance of the Energy Performance Contract (EPC) in the framework of the market for energy efficiency, having regard to a responsible and rational use of this resource. EPC is a flexible tool for public and private players available for buildings or plants' improvements. The analysis will focus on the European and national definition of the EPC, and then it will move on to a deepening of the contracting parties (supplier and beneficiary) and the purposes they pursue, of the contract's object, which consists of the Energy Service linked to a correct energy use and to a reduction in energy consumptions. In addition to that, it will be useful to establish which are the minimum essential criteria of the EPC and to define the complex relationship of this contractual form with the stipulation made by the Public Administration.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. Definizione di EPC ed evoluzione normativa. – 2. Soggetti e oggetto dell'accordo. – 3. I criteri minimi essenziali: Allegato VIII della Direttiva 2012/27/UE. – 4. La complessa qualificazione degli EPC stipulati dalla Pubblica Amministrazione.

*1. Introduzione. Definizione di EPC ed evoluzione normativa*

L'obiettivo di efficienza energetica rientra da anni nell'agenda politica europea in quanto presupposto fondamentale per consentire la riduzione degli sprechi energetici e delle emissioni di gas serra, premesse centrali per limitare

---

\*Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Enrico Del Prato, docente di Diritto Civile presso Sapienza Università di Roma.

l'avanzamento dei cambiamenti climatici entro il 2030. Ai fini dell'attuazione dell'efficienza energetica è stato richiesto agli Stati Membri non soltanto un continuo sviluppo delle tecnologie funzionali al suo compimento, ma anche il ricorso a strumenti contrattuali che fossero in grado di concretizzare i propositi di risparmio in termini di energia. Il primo tentativo compiuto dall'Unione per introdurre tali strumenti normativi fu realizzato con la direttiva 2006/32/CE del Parlamento Europeo e della Commissione, relativa all'efficienza degli usi finali dell'energia e ai servizi energetici, la quale conteneva al suo art. 9 la definizione di *Energy Performance Contract*, fondata sulla possibilità per gli Stati di mettere a disposizione dei contratti modello aventi come oggetto e fine ultimo il miglioramento della *energy efficiency*<sup>1</sup>.

Compariva dunque per la prima volta all'interno della normativa comunitaria un contratto la cui peculiarità risiedeva nel «rapporto vincolato fra la remunerazione dell'investimento e il miglioramento dell'efficienza energetica (laddove per “efficienza energetica” si intende il rapporto tra i risultati in termini di rendimento, servizi, merci o energia, da intendersi come prestazione fornita, e l'immissione di energia; e per “miglioramento dell'efficienza energetica” l'incremento dell'efficienza degli usi finali dell'energia, risultante da cambiamenti tecnologici, comportamentali o economici)»<sup>2</sup>. In Italia il recepimento della direttiva 2006/32/CE è avvenuto, senza modificazioni, grazie al d.lgs. 115/08 e l'EPC, denominato contratto di rendimento energetico, veniva inizialmente definito all'art. 2 quale «Accordo contrattuale tra il beneficiario e il fornitore riguardante una misura di miglioramento dell'efficienza energetica, in cui i pagamenti a fronte degli investimenti in siffatta misura sono effettuati in

---

<sup>1</sup> L'art. 9, co. 2, della direttiva 2006/32/CE così disponeva: «Gli Stati membri mettono a disposizione degli acquirenti effettivi e potenziali dei servizi energetici o delle altre misure di miglioramento dell'efficienza energetica, nel settore pubblico e in quello privato, contratti modello per detti strumenti finanziari».

<sup>2</sup> M. MAUGERI, *Il contratto di rendimento energetico e i suoi «elementi minimi»*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 9, 2014, p. 422.

funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica stabilito contrattualmente».

Tale assetto è stato oggetto di mutazioni in seguito all'attuazione della direttiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio sull'efficienza energetica, che ha modificato le direttive 2009/125/CE e 2010/30/UE e ha abrogato le direttive 2004/8/CE e 2006/32/CE, comportando la conseguente variazione della definizione interna di EPC. La nuova normativa rispondeva alle rinnovate richieste in materia di miglioramento energetico, volte a conformare le esigenze degli operatori del mercato alle istanze ecologiche nell'ottica di una generale tutela dell'interesse ambientale. Nel descrivere l'EPC, l'art. 2, lett. n), del d.lgs. 102/14 – emanato in attuazione della direttiva europea – qualifica il contratto come «Accordo contrattuale tra il beneficiario o chi per esso esercita il potere negoziale e il fornitore di una misura di miglioramento dell'efficienza energetica, verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto, dove gli investimenti (lavori, forniture o servizi) realizzati sono pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica stabilito contrattualmente o di altri criteri di prestazione energetica concordati, quali i risparmi finanziari». Il contratto di rendimento energetico viene ridefinito come strumento flessibile e utile per quei soggetti, pubblici o privati, che debbano compiere una serie di interventi volti alla riqualificazione o al miglioramento del sistema energetico di edifici o impianti verso un corrispettivo commisurato all'entità dei risparmi conseguenti all'incremento di efficienza in termini di energia del sistema<sup>3</sup>. La principale differenza rispetto all'inquadramento fornito dal d.lgs. 115/08 risiede nell'introduzione del concetto di prestazione energetica e del doveroso monitoraggio, da parte del soggetto beneficiario, del valore di risparmio ricavato dal miglioramento dell'efficienza. In sostanza, il contratto di rendimento energetico altro non è che l'accordo attraverso il quale un soggetto fornitore s'impegna, mediante il ricorso a mezzi finanziari propri o di terzi, a compiere una serie di atti

---

<sup>3</sup> M. PENNASILICO, *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, p. 245

finalizzati al miglioramento dell'efficienza energetica di sistemi di proprietà di un altro soggetto, detto beneficiario, a fronte di un corrispettivo in danaro atteso in base ai risultati ottenuti in termini di costi energetici.

Tale quadro è stato ripreso anche dalle norme più recenti in materia. Nel d.lgs. 73/2020 sul miglioramento dell'*energy efficiency*, l'EPC rileva in quanto misura fondamentale per promuovere l'efficienza energetica nell'ambito delle novità operative introdotte per il Conto Termico, che verranno definite entro il 30 giugno 2021<sup>4</sup>.

L'evoluzione normativa ci dimostra in modo manifesto che il contratto di rendimento energetico presenta numerosi tratti propri che gli permettono di distinguersi dalle tradizionali figure contrattuali. Pur presentando aspetti simili ad alcuni contratti, come il mandato, l'appalto o la somministrazione, l'EPC non si esaurisce completamente in questi modelli e il suo contenuto è altamente tecnico. Certamente tale modello contrattuale può considerarsi sottoposto alla disciplina generale prevista dall'art. 1321 c.c., in quanto appartenente al novero dei negozi giuridici, e dall'art. 1322 c.c. che sancisce l'autonomia contrattuale<sup>5</sup>. Sembra dunque a una prima lettura che l'EPC possa definirsi nel nostro sistema ordinamentale quale contratto nominato, e quindi menzionato, ma privo di una vera e propria regolamentazione e pertanto classificabile come atipico. Tuttavia, non vi è in materia un'opinione unanime nel ritenere tale contratto totalmente atipico, dato che il procedimento di qualificazione potrebbe per alcuni aspetti ricondurre lo stesso nell'alveo della tipicità o del contratto misto, composto dalla combinazione di più schemi negoziali. I maggiori dubbi sorgono in merito ai contenuti del contratto: giuridici, economici (modalità di finanziamento, calcolo delle prestazioni) e altamente ingegneristici (diagnosi energetica, interventi di riqualificazione edilizia e impiantistica). Parte della dottrina ha definito il

---

<sup>4</sup> Cfr. D.lgs. data 2020 n.73 di attuazione della direttiva 2002/18/UE e che riporta modifiche all'art 7, co. 4, del d.lgs. 102/14.

<sup>5</sup> M. G. LANDI – M. MATERA – P. TELESCA – C. BENANTI – E. VALERIANI, *I contratti di prestazione energetica (EPC)*, RT/2017/39 ENEA, in [www.openarchive.enea.it](http://www.openarchive.enea.it), p. 17

contratto di rendimento energetico quale strumento del «diritto privato regolatorio»<sup>6</sup>, inteso come un diritto privato non più rivolto all'esclusiva tutela di interessi individuali, bensì come strumento in grado di perseguire finalità socialmente rilevanti, concezione quest'ultima desumibile dalle tendenze del diritto privato europeo. Ed è proprio prendendo in considerazione la disciplina comunitaria dell'EPC che appare possibile evidenziare come il legislatore, pur non avendo delineato un tipo contrattuale autonomo, abbia fatto riferimento a quelle tipologie contrattuali (specialmente l'appalto e la somministrazione) che risultano adeguate al conseguimento del risparmio energetico, poiché presentano come oggetto dell'accordo delle prestazioni che per la loro ampiezza sono compatibili con più tipi contrattuali. Quindi, lo schema negoziale dell'EPC pare atteggiarsi come una figura transtipica<sup>7</sup> che si sottrae a una qualificazione rigida, non potendosi riferire quest'ultima alla fattispecie astratta di contratto di rendimento energetico modellata dal legislatore italo-europeo, facente esclusivo riferimento alla definizione di accordo ricavabile dalle direttive in materia e dall'elenco degli elementi minimi essenziali.

L'EPC va considerato, infine, in qualità di contratto a prestazioni corrispettive, dato che il fornitore concorda preventivamente con l'altra parte un obiettivo di risparmio da raggiungere in un determinato sistema energetico e si impegna in un'obbligazione di risultato consistente nel conseguimento del risparmio energetico a fronte del pagamento di un

---

<sup>6</sup> S. TRINO, *Il contratto di rendimento energetico* in L. CARBONE – G. NAPOLITANO – A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia* 2016, *Politiche pubbliche e disciplina dell'efficienza energetica*, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 393 ss.

<sup>7</sup> Sul punto, C. BENANTI, *I Contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica*, Esi, Napoli, 2018, pp. 36 ss. Secondo l'autore, l'EPC può essere sottoposto alla disciplina di un contratto tipico di riferimento, ricondotto a un contratto misto (e in questo caso si farà riferimento al criterio dell'assorbimento o a quello dell'integrazione) ovvero qualificato come atipico, al quale «possono applicarsi oltre alle norme generali in materia di contratti (art. 1323 c.c.) anche le norme regolatrici dei contratti nominati quante volte il concreto atteggiarsi del rapporto, quale risultante degli interessi coinvolti, faccia emergere situazioni analoghe a quelle disciplinate dalla seconda serie di norme».

corrispettivo da parte del beneficiario, ricavato dalla cessione dei risparmi energetici futuri. Oltre all'elemento dell'onerosità, è poi necessario evidenziare anche quello della durata, in quanto le succitate prestazioni non sono istantanee, ma necessitano di un congruo tempo per produrre i loro effetti<sup>8</sup>.

## 2. *Soggetti e oggetto dell'accordo*

Le osservazioni svolte in precedenza permettono di individuare l'EPC quale contratto nominato, in quanto definito dal legislatore, ma parzialmente sprovvisto di un contenuto tipizzato, il cui tratto fisionomico risiede nella «combinazione di attività e servizi strumentali al miglioramento dell'efficienza energetica, finalità che costituisce la causa o funzione del contratto, ben oltre i contingenti interessi delle parti»<sup>9</sup>. Non vi è dubbio, infatti, che l'EPC realizzi interessi virtuosi per il singolo, per la collettività e per la P.A., rispondendo a funzioni economiche, sociali e ambientali. Per consentire un uso corretto dell'energia è necessario che i protagonisti essenziali del negozio, rispettivamente il fornitore e il beneficiario (cliente), instaurino un rapporto bilaterale.

In qualità di fornitore, le *Energy Service Companies* (ESCO) svolgono un ruolo fondamentale e sono i soggetti più qualificati per l'adempimento delle obbligazioni scaturenti da un contratto di rendimento energetico, giacché si obbligano a fornire i propri servizi energetici all'utente<sup>10</sup>. Le ESCO sono, perlopiù, società di servizi energetici che nello svolgimento del proprio lavoro effettuano un inquadramento della problematica energetica del cliente «gestendo e coordinando le diverse fasi

---

<sup>8</sup> M. PENNASILICO, *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 243.

<sup>9</sup> M. PENNASILICO, *op. cit.*, pp. 247-248. L'autore afferma che l'EPC persegue un interesse meritevole di tutela *in re ipsa*, posto che l'efficienza energetica è un valore fondamentale a livello comunitario.

<sup>10</sup> Cfr. art. 2, co. 1, lett. i), d.lgs. 115/08 per la definizione di ESCO: «persona fisica o giuridica che fornisce servizi energetici ovvero altre misure di miglioramento dell'efficienza energetica nelle installazioni o nei locali dell'utente e, ciò facendo, accetta un certo margine di rischio finanziario. Il pagamento dei servizi forniti si basa, totalmente o parzialmente, sul miglioramento dell'efficienza energetica conseguito e sul raggiungimento degli altri criteri stabiliti».

volte all'individuazione, progettazione e realizzazione dell'intervento che meglio garantisce il raggiungimento dell'efficienza energetica di strutture e impianti»<sup>11</sup>. Le ESCO svolgono attraverso l'EPC non soltanto un'opera di efficientamento fissando il margine di risparmio conseguibile dall'operazione, ma si occupano altresì del controllo antecedente, durante e posteriore all'intervento, assumendo su di sé la responsabilità del raggiungimento degli obiettivi previsti nella fase precontrattuale. Quindi esse provvedono all'individuazione, programmazione, progettazione e realizzazione di un'iniziativa energetica che determina il miglioramento dell'efficienza di un immobile o di un impianto e allo stesso tempo individuano, attraverso lo svolgimento di un'analisi preliminare del sistema energetico nel suo complesso, il margine di risparmio conseguibile dall'operazione, perché è dalla realizzazione dei risultati effettivi che dipende la sua remunerazione<sup>12</sup>.

Ebbene è il risultato da conseguire a costituire l'elemento di maggior attrazione per le ESCO, dacché dallo stesso deriva il suo rischio finanziario e il suo profitto finale. Poiché la remunerazione delle *Energy Service Companies* è fondata sui risparmi in termini di efficienza del sistema energetico, ottenuti come esito del miglioramento dell'impianto o dell'edificio, è di tutta evidenza che l'EPC generi un'obbligazione di risultato e non di mezzi. Il fornitore si obbliga al conseguimento di un risparmio energetico e il beneficiario, da parte sua, rinuncia a interventi in proprio e cede i risparmi futuri quali corrispettivo.

Quest'ultimo dovrà quindi osservare determinate norme di comportamento, previamente determinate, che nella fase di valutazione del raggiungimento del risultato promesso dal fornitore devono essere tali da non falsare la misura dell'adempimento<sup>13</sup>, andando a cedere al fornitore i risparmi energetici futuri derivanti dall'implementazione energetica e che fungeranno da corrispettivo.

---

<sup>11</sup> P. PISELLI – S. MAZZANTINI – A. STIRPE, *Il contratto di rendimento energetico*, in *Enc. giur. Treccani*.

<sup>12</sup> P. PISELLI – S. MAZZANTINI – A. STIRPE, *op.cit.*

<sup>13</sup> *Ibidem*.

È inoltre noto come nella prassi le ESCO ricorrano a degli autofinanziamenti, in modo da poter recuperare i costi grazie ai proventi dell'operazione da loro svolta. Qualora l'investimento venga però finanziato da un soggetto diverso dal fornitore, il contratto assume una struttura diversa, andando a coinvolgere anche un soggetto terzo finanziatore e ciò avviene quando si utilizza il meccanismo del Finanziamento Tramite Terzi (FTT)<sup>14</sup>. In quest'ultimo caso il rapporto diviene trilaterale, in quanto comprende un terzo, oltre al beneficiario e al fornitore di energia, che dispone i capitali per la misura di miglioramento e addebita al beneficiario un canone pari a una parte del risparmio energetico conseguito avvalendosi della misura stessa. In conclusione, quanto fin qui osservato permette di constatare che «Il contratto di EPC è caratterizzato dal fatto che il fornitore dell'intervento di miglioramento dell'efficienza energetica viene remunerato nella misura in cui da detto intervento il beneficiario ottiene un reale risparmio energetico o viene raggiunto il livello concordato di miglioramento dell'efficienza energetica. Si tratta di una obbligazione di risultato, non di mezzi, per cui il fornitore è tenuto a far conseguire al beneficiario lo specifico risultato e non è sufficiente che l'intervento venga semplicemente realizzato»<sup>15</sup>. L'oggetto del contratto consiste pertanto in un Servizio Energetico, che ai sensi dell'art. 2, co. 2, lett. mm), d.lgs. 102/14 è «la prestazione materiale, l'utilità o il vantaggio derivante dalla combinazione di energia con tecnologie ovvero con operazioni che utilizzano efficacemente l'energia, che possono includere le attività di gestione, di manutenzione e di controllo necessarie alla prestazione del servizio, la cui fornitura è effettuata sulla base di un contratto e che in circostanze

---

<sup>14</sup> Definito all'art. 2, co. 1, lett. m), d.lgs. 115/08 come «Accordo contrattuale che comprende un terzo, oltre al fornitore di energia e al beneficiario della misura di miglioramento dell'efficienza energetica, che fornisce i capitali per tale misura e addebita al beneficiario un canone pari a una parte del risparmio energetico conseguito avvalendosi della misura stessa. Il terzo può essere una ESCO».

<sup>15</sup> Cfr. L. TIBERI, *Contratto di rendimento energetico, cos'è e cosa occorre sapere prima di definirlo*, in <https://www.ingenio-web.it/5449-contratto-di-rendimento-energetico-epc-che-cose-e-cosa-occorre-sapere-prima-di-definirlo>.

normali ha dimostrato di portare a miglioramenti dell'efficienza energetica e a risparmi energetici primari verificabili e misurabili o stimabili». Quindi il servizio di efficientamento energetico postula un uso corretto dell'energia e una contrazione dei consumi energetici a livello globale, provvedendo alla soddisfazione di bisogni di interesse generale<sup>16</sup>. Queste affermazioni conclusive circa l'oggetto del contratto ci permettono, come già affermato in precedenza, di distinguere lo stesso da altre tipologie contrattuali, prima tra tutte il mandato. Mentre l'oggetto di quest'ultimo consiste nel compimento di atti giuridici, l'oggetto dell'EPC coincide con il compimento di atti materiali di efficientamento in riferimento a un dato sistema energetico. Inoltre, altra differenziazione riferibile all'oggetto contrattuale si rinviene con l'appalto in senso stretto. Nell'EPC il risparmio energetico fa sì che la prestazione della ESCO e la controprestazione dell'utente siano connotate dall'efficienza energetica e quindi coincidano, cosa che nell'appalto non avviene. Si potrebbe, infine, affermare che il contratto di rendimento energetico si avvicini maggiormente a un altro schema socialmente tipico, quale è il *leasing*. Ma anche in questo caso è possibile rinvenire una diversità nell'oggetto dell'accordo, poiché mentre nell'EPC l'oggetto è rappresentato da un insieme di attività unitariamente finalizzate al raggiungimento dell'efficienza energetica di un dato sistema già di proprietà del cliente, nel *leasing* l'oggetto è un bene mobile o immobile in relazione al quale è consentito all'utilizzatore la possibilità di riscatto dello stesso attraverso il versamento di una somma di entità assai modesta<sup>17</sup>.

### *3. I criteri minimi: Allegato VIII della Direttiva 2012/27/UE*

Nel 2018 l'*High-Level Expert Group on Sustainable Finance* (HLEG), gruppo di esperti costituito nel dicembre del

---

<sup>16</sup> M. PENNASILICO, *op. cit.*, p. 243: «L'oggetto del contratto consiste nella realizzazione di un livello di efficienza energetica tale da consentire un risparmio di spesa sulla bolletta energetica del beneficiario».

<sup>17</sup> M. PENNASILICO, *op. cit.*, pp. 246-247.

2016 dalla Commissione Europea, ha offerto una visione globale su come costruire una strategia di finanziamento sostenibile per l'UE, al fine di orientare il mercato europeo dell'efficienza energetica verso la sovvenzione di progetti che favoriscano una crescita economica sostenibile. L'EPC è chiamato a contribuire a tale crescita, prestandosi all'elaborazione di misure di mitigazione dei rischi per la riqualificazione energetica nel settore edilizio e creando una rete affidabile di progetti sostenibili nell'ambito comunitario. Il contratto di rendimento energetico, infatti, non è un accordo generico costretto a continue evoluzioni, al contrario è sottoposto a precise condizioni volte a soddisfare le esigenze di qualità, trasparenza ed efficacia nell'attuazione dei servizi di efficienza energetica<sup>18</sup>. Nel tentativo di operare una puntuale tipizzazione dell'EPC, l'ENEA, su mandato del legislatore, ha stabilito degli elementi minimi essenziali che concorrono alla qualificazione del contratto.

Tali criteri minimi, individuati dall'Allegato VIII del d.lgs. 102/14, sono: *a)* un elenco chiaro e trasparente delle misure di efficienza da applicare o dei risultati da conseguire in termini di efficienza; *b)* i risparmi garantiti da conseguire applicando le misure previste dal contratto; *c)* la durata e gli aspetti fondamentali del contratto, le modalità e i termini previsti; *d)* un elenco chiaro e trasparente degli obblighi che incombono su ciascuna parte contrattuale; *e)* data o date di riferimento per la determinazione dei risparmi realizzati; *f)* un elenco chiaro e trasparente delle fasi di attuazione di una misura o di un pacchetto di misure e, ove pertinente, dei relativi costi; *g)* l'obbligo di dare piena attuazione alle misure previste dal contratto e la documentazione di tutti i cambiamenti effettuati nel corso del progetto; *h)* disposizioni che disciplinino l'inclusione di requisiti equivalenti in eventuali concessioni in appalto a terze parti; *i)* un'indicazione chiara e trasparente delle implicazioni finanziarie del progetto e la quota di partecipazione delle due parti ai risparmi pecuniari realizzati (ad esempio, remunerazione dei prestatori di servizi); *j)* disposizioni chiare e

---

<sup>18</sup> M. G. LANDI – M. MATERA – P. TELESCA – C. BENANTI – E. VALERIANI, *op. cit.*, pp. 18-19.

trasparenti per la quantificazione e la verifica dei risparmi garantiti conseguiti, controlli della qualità e garanzie; *k)* disposizioni che chiariscono la procedura per gestire modifiche delle condizioni quadro che incidono sul contenuto e i risultati del contratto (modifica dei prezzi dell'energia, intensità d'uso di un impianto); *l)* informazioni dettagliate sugli obblighi di ciascuna delle parti contraenti e sulle sanzioni in caso di inadempienza.

Tutti questi elementi concorrono alla qualificazione del tipo contrattuale, configurando l'EPC come idoneo alla realizzazione degli obiettivi predefiniti dal legislatore in materia di efficienza energetica. Resta da analizzare quali conseguenze può produrre la mancanza di uno o più criteri previsti dall'Allegato VIII. Quando il contratto difetta di elementi quali l'indicazione della quota di partecipazione delle parti ai risparmi pecuniari realizzati, la durata del contratto, l'elenco chiaro e trasparente delle misure da applicare o dei risultati da conseguire in termini di efficienza, si avrà sempre nullità per indeterminabilità dell'oggetto<sup>19</sup>. Contrariamente, se a mancare sono le date di riferimento per la determinazione dei risparmi realizzati, le fasi di attuazione di una misura o di un pacchetto di misure e dei rispettivi costi ovvero le disposizioni per la quantificazione e la verifica dei risparmi garantiti conseguiti, il contratto resterà valido, ma non sarà definibile come EPC<sup>20</sup>.

Se da un lato i suddetti elementi minimi permettono di caratterizzare l'EPC, dall'altro il grado di genericità degli stessi non consente agli operatori di gestire adeguatamente tutte le criticità legate a questa tipologia contrattuale. Le modalità utilizzate ai fini della determinazione del canone e per l'applicazione delle garanzie contrattuali sulla prestazione energetica sono disperate e non sono ravvisabili in tutti i succitati criteri. Nell'ambito dell'EPC risulta però fondamentale

---

<sup>19</sup> M. MAUGERI, *Il contratto di rendimento energetico e i suoi «elementi minimi»*, cit., p. 424.

<sup>20</sup> M. MAUGERI, *op. cit.*, p. 424: «Ed invero, nulla osta alla stipulazione di contratti, tipici o atipici, volti a migliorare l'efficienza energetica, ancorché organizzati in modo diverso da quello previsto dalla Direttiva e dalle norme di suo recepimento».

la misurazione del risparmio e il programma di misura e verifica dello stesso. Infatti, per comprendere appieno il principio operativo del contratto è necessario considerare la *baseline* economica come punto di partenza della contrattazione. Da un lato, la ESCO offre un risparmio energetico garantito che costituisce la base per la determinazione del canone (comprensivo di manutenzione) mentre il cliente continua a pagare fatture relative ai vettori energetici. Il canone è pari al risparmio economico associato al risparmio energetico garantito, al netto di un'eventuale porzione di risparmio condivisa con il cliente. La determinazione di tale risparmio si colloca quale fattore distintivo fra le diverse forme di EPC, posto che oltre a calcolare la differenza tra i consumi registrati prima e dopo l'attuazione degli interventi, sarà altresì necessario determinare la proiezione dei consumi *ante* interventi nelle condizioni *post* interventi (ad esempio, le condizioni di utilizzo degli edifici). In uno dei modelli più diffusi di contratto di rendimento energetico, lo *Shared savings*, le parti, sulla base di uno studio di fattibilità, si accordano sulla ripartizione della quota di risparmio, con la ESCO che sostiene gli investimenti e il beneficiario che si impegna a sostenere un canone periodico, comprensivo della quota dei risparmi finanziari prodotti e del rimborso degli investimenti effettuati dalla controparte. Il risparmio conseguente alla riqualificazione viene diviso tra le parti per tutta la durata del contratto, per quanto tale elemento e le quote di rispettiva attribuzione risultino di difficile valutazione (in questo senso, lo *Shared savings* potrebbe non contenere un'effettiva garanzia di risparmio energetico). Diverso è il caso del *Guaranteed savings*, mediante il quale la società fornitrice assicura che i risparmi non siano inferiori a un'entità minima, risultante da un accurato studio di fattibilità del progetto. Ciò significa che qualora i consumi siano maggiori di quelli preventivati, al beneficiario spetterà un indennizzo e se, viceversa, siano maggiori i risparmi, essi rimarranno a suo beneficio. In questo caso è attiva una garanzia di risparmio energetico tale per cui, nel momento in cui il risparmio non fosse sufficiente a coprire la rata del finanziamento, è la stessa ESCO a ripianare la differenza. Infine, la forma contrattuale del

*First out* prevede che i risparmi vengano integralmente trattenuti dal fornitore, potendone godere il beneficiario solo al termine della durata contrattuale. In questo caso il contratto ha una durata più breve, mentre eventuali maggiori risparmi riducono la stessa e non costituiscono una fonte di guadagno in più per la ESCO.

#### *4. La complessa qualificazione degli EPC stipulati dalla Pubblica Amministrazione*

I contratti di rendimento energetico si collocano nel dibattito relativo alla metodologia da applicare per distinguere contratti d'appalto da quelli di Partenariato Pubblico Privato, alla luce del Codice dei Contratti Pubblici<sup>21</sup>, che ha recepito le indicazioni Eurostat in materia di appalti pubblici di lavori, forniture, servizi e concessioni. La direttiva 2012/27 ha previsto l'EPC come strumento per l'incentivazione della riqualificazione e della gestione efficiente del patrimonio pubblico. I dubbi sorgono in merito alla natura giuridica degli EPC stipulati dalla P.A. con un contraente privato ESCO, dal momento che risulta problematica la corretta individuazione della procedura di affidamento da parte della P.A. e del procedimento di gara. È necessario quindi stabilire se l'EPC con FTT, stipulato tra una società fornitrice e una stazione appaltante, possa rientrare nello schema dell'appalto o della concessione. L'ENEA nel 2017 ha definito le nuove linee guida per la stipulazione dei contratti di rendimento energetico per gli edifici della P.A., al fine di consentire la rapida realizzazione degli obiettivi positivi che l'utilizzo di EPC da parte delle amministrazioni comporterebbe, specialmente in termini di un complessivo risparmio energetico a livello nazionale. L'Agenzia, dopo aver effettuato un'analisi sulle prestazioni previste dal contratto EPC e aver valutato che le stesse non sono funzionalmente separabili in quanto concorrono al conseguimento del Servizio di Prestazione Energetica, riconduce inizialmente l'accordo nell'alveo dell'appalto misto di

---

<sup>21</sup> Cfr. d.lgs. 50/2016 così come modificato dal d.lgs. 56/2017.

servizi<sup>22</sup>. Tale scelta è stata compiuta in quanto «non soltanto non si rinvergono gli elementi classici della concessione, ossia un'utenza terza rispetto alla Pubblica Amministrazione e la riscossione diretta sull'utenza (condizioni imprescindibili per la giurisprudenza consolidata), ma se anche analizziamo la dottrina che pone l'accento sulla distinzione basata solo sull'elemento del "rischio operativo" dal punto di vista sostanziale, il rischio operativo non è esterno cioè non risponde alla previsione dell'art. 3 d.lgs. 50/2016 che "in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione" né comporta "una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato"»<sup>23</sup>.

Questo criterio tende a conferire maggior certezza ai rapporti giuridici intercorrenti tra P.A. e operatori privati, ma se si considerasse l'EPC come attinente soltanto alla categoria degli appalti misti a prevalenza di servizi si rischierebbe di generare ulteriore incertezza normativa e risulterebbe complesso qualificarlo come appalto in senso stretto o concessione di servizi. La natura atipica del contratto non permette a quest'ultimo di essere inserito a priori nell'una categoria o nell'altra.

Secondo questa analisi, la principale distinzione tra appalto e concessione risiede nell'allocatione dei rischi. Infatti, se nell'appalto non ci sono rischi specifici in capo all'appaltatore, al quale - una volta realizzata l'attività seguendo le prescrizioni della stazione appaltante - viene versato un corrispettivo in denaro, nella concessione la remunerazione è vincolata alla capacità dell'operatore economico di generare un qualche ricavo dall'opera avuta in gestione, essendo il rischio di costruzione e quello di disponibilità e domanda interamente a suo carico. Dunque, se il rischio dell'operazione di efficientamento non viene trasferito in capo alla ESCO il contratto sarà qualificabile come appalto di servizi, con conseguente necessità di

---

<sup>22</sup> M. G. LANDI – M. MATERA – P. TELESCA – C. BENANTI – E. VALERIANI, *op. cit.*, p. 25.

<sup>23</sup> M. G. LANDI – M. MATERA – P. TELESCA – C. BENANTI – E. VALERIANI, *op. cit.*, p. 30.

applicazione del relativo regime giuridico e di inclusione nel bilancio della stazione appaltante delle relative spese; al contrario, nel caso in cui le caratteristiche delle prestazioni dedotte nel contratto producano questa traslazione, all'EPC sarà applicabile il regime concessorio.

Ciononostante, l'ENEA sembra qualificare l'EPC con il solo appalto di servizi, facendo rientrare la concessione tra le forme contrattuali in partnership col Partenariato Pubblico Privato (PPP). Quest'ultimo rappresenta un ulteriore elemento in grado di garantire l'aumento della domanda degli interventi di efficientamento energetico ed è stato definito quale forma di cooperazione tra soggetti pubblici e privati e ha come scopo finanziario, costruire e gestire infrastrutture o fornire servizi di interesse pubblico<sup>24</sup>. In un primo momento il PPP viene delineato nel Codice dei Contratti Pubblici come istituto contrattuale che comprende anche la concessione, ma non si risolve in essa. Infatti, la vecchia versione dell'art. 180, co. 8 del d.lgs. 50/2016 disponeva che la concessione rappresentasse soltanto una delle possibili tipologie contrattuali riconducibili all'istituto del partenariato, ancorché la più importante. Inoltre, ai sensi del co. 2 del suddetto articolo, i ricavi di gestione dell'operatore economico deriverebbero dal canone riconosciuto dall'ente concedente e/o da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal medesimo operatore economico, anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio da utenza esterna. Secondo tali presupposti l'EPC, per ENEA, potrebbe qualificarsi operazione di partenariato pubblico privato soltanto qualora la corresponsione del canone non copra più del 50 per cento del costo iniziale dell'investimento, «dovendo la

---

<sup>24</sup> L'art. 3, co. 1, lett. eee), del Codice dei Contratti Pubblici definisce il Partenariato Pubblico Privato come «contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità o del suo sfruttamento economico o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore».

“componente rischio” essere effettivamente presente anche se ridotta»<sup>25</sup>.

Recentemente, la legge 120/20 (Legge Semplificazioni) ha modificato il Codice dei Contratti Pubblici in tema di PPP, introducendo una disciplina mirata per gli EPC. La disciplina del PPP viene estesa ai contratti EPC, stabilendo che «I ricavi di gestione dell’operatore economico possono essere determinati e pagati in funzione del livello di miglioramento dell’efficienza energetica o di altri criteri di prestazione energetica stabiliti contrattualmente, purché quantificabili in relazione ai consumi» e ancora «La misura di miglioramento dell’efficienza energetica, calcolata conformemente alle norme in materia di attestazione della prestazione energetica degli immobili e delle altre infrastrutture energivore, deve essere resa disponibile all’amministrazione concedente a cura dell’operatore economico e deve essere verificata e monitorata durante l’intera durata del contratto, anche avvalendosi di apposite piattaforme informatiche»<sup>26</sup>. La nuova normativa collima perfettamente con la *Guidance Note* dell’Eurostat in materia di EPC, la quale prevede che quando un contraente assume la maggior parte dei rischi e dei benefici associati all’uso di un bene, allora dev’essere considerato proprietario dello stesso. L’assunzione del rischio tipico del proprietario è l’elemento discriminante che deve permanere in capo allo stesso per l’intera durata del contratto, in modo da poter fruire stabilmente dei beni e del risparmio derivante dal loro utilizzo.

Analogamente, a livello nazionale le difficoltà di inquadramento sistematico dovute alla compressione dell’EPC nell’ambito del contratto di appalto di servizi piuttosto che in quello PPP, sono state risolte dalla codificazione di quest’ultimo ad opera del Codice dei Contratti Pubblici, che lo ha indicato quale «una sorta di paradigma esteso, in grado di accogliere al proprio interno una o alcune delle fattispecie elencate a titolo

---

<sup>25</sup> M. G. LANDI - M. MATERA - P. TELESCA - C. BENANTI - E. VALERIANI, *op. cit.*, p. 30

<sup>26</sup> Cfr. art. 8, co. 5, lett. c-*quater*), l. 120/20 in modifica all’art. 180, co. 2, d.lgs. 50/2016

esemplificativo all'art. 180, comma 8»<sup>27</sup>. Avendo chiarito la portata applicativa dell'art. 180, co. 8, del d.lgs. 50/2016, il PPP viene ridefinito quale contratto atipico in cui le parti stabiliscono l'assetto dei rispettivi interessi, in funzione del conseguimento dell'interesse pubblico fissato esclusivamente dalla parte pubblica. Questo ampliamento operativo è stato effettuato basandosi sulla cristallizzazione (operata dalla direttiva 2014/23/UE) della nozione di rischio operativo, intesa come esposizione dinamica dell'operatore economico al rischio concreto di non riuscire a recuperare gli investimenti o i costi sostenuti per la prestazione di servizi o lo svolgimento di lavori. Secondo questa visione, confermata sia dal Consiglio di Stato che dall'ANAC<sup>28</sup> qualsiasi fattispecie contrattuale può rientrare a pieno titolo nell'alveo dei contratti di PPP, purché presenti le caratteristiche di cui all'art. 180 del Codice dei Contratti Pubblici, aprendo così alla possibilità di qualificare un EPC come partenariato pubblico privato. Così facendo il legislatore ha posto fine allo spinoso dibattito circa la legittimità del modello EPC-PPP, riconoscendo la compatibilità con il Codice dei Contratti Pubblici e una natura cangiante in quanto, stando all'ultimo periodo del co. 2 dell'art. 180 (non modificato dalla Legge Semplificazioni), il contratto di partenariato può essere utilizzato per qualsiasi tipologia di opera pubblica. Vengono quindi risolti i dubbi applicativi e interpretativi e si auspica che il nuovo quadro normativo possa consentire un uso agevole e diffuso dei contratti di rendimento energetico: una riqualificazione energetica degli edifici pubblici potrebbe portare l'EPC a essere eletto quale strumento fondamentale per dare attuazione agli obiettivi programmatici europei e nazionali, a vantaggio dello stato delle infrastrutture pubbliche e dell'ambiente.

---

<sup>27</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, sent. 21 febbraio 2020, n. 1327.

<sup>28</sup> Delibera 4 dicembre 2019, n. 1134, che richiama il parere della Corte dei Conti, Sezione Regionale di controllo per la Basilicata, Delibera 43/2019/PAR.



GIULIO MONTESANO\*

## IL DIRITTO CONTRATTUALE CINESE

*This article shows the fundamental principles and rules about the Chinese contract law. In particular it shows, in the first chapter, the two foundations of the civil Chinese law: the roman law and the traditional Chinese law. In the second chapter there is an explication about the evolution of Contract Law during the twentieth century. In the third chapter the author shows the actual principal rules about the Chinese contract, focusing specifically on the new Chinese civil code.*

SOMMARIO: 1. Il diritto civile cinese odierno tra tradizione romanistica e tradizione cinese. – 2. L’evoluzione del diritto contrattuale cinese. – 3. Le linee fondamentali del contratto cinese.

### *1. Il diritto civile cinese odierno tra tradizione romanistica e tradizione cinese*

Per andare a compiere una efficace analisi dei principi generali del diritto contrattuale cinese occorre muovere dalle fondamenta che lo sorreggono. Fondamenta che hanno le proprie radici nel sistema giuridico romanistico, dove la Cina ha scelto di andare a costruire il proprio nuovo sistema giuridico, guardando dunque ad occidente e, in particolare, imperniandolo prevalentemente sul modello di *Civil Law*, a scapito del modello di *Common Law* tipico dei paesi anglosassoni. L’analisi dei principi generali del diritto contrattuale cinese si mostra non solo come una attività di fascino dogmatico giuridico, ma anche come una attività che mira a spunti di conoscenza sul fronte pratico, vista la crescente rilevanza dei rapporti internazionali, e anche contrattuali, tra l’Italia e la Cina. Questo articolo riporta infatti uno squarcio di conoscenza appresa dall’autore grazie al

---

\*Studente del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo articolo è stato consultato il Prof. Gianluca Scarchillo, docente di Sistemi Giuridici Comparati presso Sapienza Università di Roma.

continuo ponte culturale che sussiste tra il mondo accademico giuridico italiano e quello cinese, che ha dato vita negli ultimi anni a numerosi scambi culturali stimolanti e formativi<sup>1</sup>.

Lo studio del diritto contrattuale cinese mostra subito un lato interessante sotto il profilo anche antropologico, oltre che giuridico. La questione della ricezione della tradizione romanistica evidenzia il ruolo del diritto privato all'interno della società umana, come strumento di buon andamento dell'*affectio societatis*, strumento che quindi pare essere una vera e propria tecnologia dell'uomo e che mostra come, anche in un continente diverso da quello europeo, ci siano dei punti fondamentali che effettivamente possono essere comuni e utili allo stesso modo anche per società distanti migliaia di chilometri tra loro<sup>2</sup>. Andando ad adottare una visione sincronica del diritto privato nel mondo, analizzando in via comparata il sistema cinese con quello europeo, possiamo rintracciare nel diritto romano una portata universalistica. Solo muovendo da tale considerazione possiamo capire perché una società millenaria, con una tradizione completamente diversa da quella occidentale, abbia scelto il diritto romano per incardinare il proprio nuovo sistema giuridico. Il diritto romano sembra mostrare quindi una versatilità senza precedenti, si è mostrato utile alla società antica romana che lo ha prodotto, alla società dell'Europa continentale nel periodo moderno e contemporaneo e si è mostrato utile addirittura alle società asiatiche nel periodo odierno. In questo senso appare inconfutabile sostenere un'idoneità intrinseca del diritto romano per l'*affectio societatis*, una *ratio scripta* che risponde alle esigenze umane, anche se siamo immersi in culture completamente distanti sia sotto il profilo genetico, che sotto il profilo della evoluzione contemporanea.

---

<sup>1</sup> Con particolare riferimento alla collaborazione istituzionale tra Sapienza Università di Roma e la Zhongnan University of Economics and Law di Wuhan inaugurata nel 2016. L'autore ha partecipato nel 2018 al corso di Alta Formazione in Diritto Romano presso la suddetta università di Wuhan, tenuto dal Prof. Oliviero Diliberto.

<sup>2</sup> O. DILIBERTO, *Bullettino dell'istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 2016.

L'esperienza cinese fondata sulla tradizione romanistica pare avvalorare quelle tesi che considerano il diritto romano come l'unico vero diritto naturale, in quanto la storia giuridica ci ha mostrato che effettivamente una portata universalistica del diritto romano esiste e funziona. Sorprendente è anche come nell'epoca contemporanea caratterizzata da un ferreo positivismo giuridico, nei ragionamenti e nei discorsi giuridici, specialmente in quelli comparatistici, venga all'interprete l'esigenza di andare a toccare corde del giusnaturalismo. Qui, come accennato, potremmo rintracciare caratteri naturali nelle categorie proprie del diritto privato romano, esattamente come teorizzavano alcuni giuristi moderni, come per esempio Domat<sup>3</sup>.

Probabilmente la globalizzazione e la liquidità della società umana<sup>4</sup> propria del XX e XXI secolo hanno contribuito a poter rintracciare dei modelli dotati di razionalità intrinseca che siano utili per tutti, superando i limiti dettati da culture e lingue diverse. Il rapporto tra diritto romano e diritto cinese è un esempio di ciò. La ragione per cui esiste tale universalità ed eternità del diritto romano, come sottolinea anche la più autorevole dottrina, probabilmente risiede nel *modus* in cui gli antichi giuristi romani hanno elaborato le categorie giuridiche. Queste infatti non sono state frutto di dogmatiche, pensiero giuridico e culturale astratto, bensì sono state il risultato di un'esigenza di risolvere problemi concreti e pratici, propri della vita quotidiana. L'approccio pragmatico della cultura dell'antica Roma ha permesso ai giuristi romani l'elaborazione di soluzioni giuridiche che quindi non si presentano come scatole concettuali cariche di significato culturale, religioso o politico, ma come il frutto di una costante ricerca concreta ed induttiva<sup>5</sup>.

Così come nel periodo medievale i giuristi dell'Europa continentale riscoprono il diritto romano per fini pratici, dando vita a quell'imponente sistema di *ius commune* presente per

---

<sup>3</sup> M. CARVALE, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Roma, Editori Laterza, 2012.

<sup>4</sup> Z. BAUMAN, *Vita liquida*, Roma, Editori Laterza, 2008.

<sup>5</sup> O. DILIBERTO, *La lunga marcia. Il diritto romano nella Repubblica Popolare Cinese*, in *Disegnare il futuro con intelligenza antica. L'insegnamento del latino e del greco antico in Italia e nel mondo* (L. Canfora e U. Cardinale cur.), Bologna, 2012.

secoli di cui parla Calasso<sup>6</sup>, nel periodo contemporaneo anche i giuristi cinesi hanno scoperto il diritto romano per fini pratici, non solo per il piano interno, ma anche per le implicazioni sul piano internazionale. Infatti proprio la transizione dall'economia pianificata ad un'economia di mercato e la crescente apertura della Cina al commercio con l'estero ha reso necessario per il paese una profonda ristrutturazione dell'apparato normativo. Tale intervento si è fondato sui contributi dottrinali della più autorevole dottrina giuridica cinese che ha mosso le proprie considerazioni e i propri suggerimenti al legislatore partendo dalla tradizione romanistica. Il giurista cinese Jiang Ping nel 1988 ha evidenziato come la cultura giuridica romana sia un fondamento della cultura della intera umanità e che nel periodo del decennio 1978-1988 vi sia stata la necessità di ereditare il diritto romano per un suo utilizzo nella Cina contemporanea. In particolare, Ping sottolinea il nesso tra lo sviluppo dell'economia di mercato e il diritto romano in quanto a suo avviso questo presenta una ricca esperienza negoziale e contrattuale, che si rivela perfettamente a misura di qualsiasi società umana ad economia di mercato<sup>7</sup>.

L'incontro tra Cina e categorie romanistiche di diritto privato è relativamente recente, se prendiamo come momento iniziale il progetto di codificazione alla fine della dinastia Qing, siamo nel 1911. Questo incontro ha determinato, soprattutto nell'era postmaoista, il ricorso alla legge come principale fonte di produzione del diritto, andando a scardinare quella cultura giuridica privatistica che invece privilegiava per i rapporti civili il modello consuetudinario del rito. Naturalmente il percorso di «codificazione a tappe»<sup>8</sup>, che si è completato con il nuovo Codice Civile entrato in vigore il primo gennaio 2021, non ha annientato completamente le strutture e le logiche proprie della storia giuridica cinese privatistica consuetudinaria. Sicuramente il diritto romano, assorbito dal diritto cinese per scopi

---

<sup>6</sup> M. CARAVALE, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, cit.

<sup>7</sup> E. TOTI, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico tra legge e dottrina*, Roma, Romatre-Press, 2020.

<sup>8</sup> L. FORMICHELLA, G. TERRACINA, E. TOTI, *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico*, Torino, Giappichelli Editore, 2005.

prevalentemente economici ed internazionali, ha di riflesso contribuito, e contribuisce, ad una rivoluzione culturale, ancora in atto, che riguarda i concetti di famiglia e le logiche dei rapporti tra i consociati.

Alcuni giuristi cinesi odierni, che hanno esperienza proprio nel settore giuridico romanistico come la professoressa H. Meiling<sup>9</sup>, sanciscono pacificamente che la cultura giuridica cinese privatistica odierna è imperniata su due pilastri: le tradizioni consuetudinarie della Cina e il sistema romanistico dell'occidente continentale. Questa contaminazione, presente nel mondo giuridico cinese, ha come specchio una società che vive numerose contraddizioni culturali che concernono la dialettica tra esigenza comunista ed esigenza capitalista così come innovazioni e tecnologie incredibili su alcuni piani della vita quotidiana ed arretratezze sorprendenti, come in materia di famiglia. Nella normativa attuale infatti la materia contrattuale e la materia di responsabilità civile sono le parti del sistema giuridico cinese più simili al sistema romanistico mentre il diritto di famiglia, partendo proprio dall'istituto del matrimonio, alcuni diritti reali e il diritto delle successioni, mantengono invece ancora una influenza della tradizione cinese piuttosto rilevante<sup>10</sup>.

Per quanto riguarda il diritto civile nel periodo consuetudinario, con riferimento quindi al periodo antecedente al diciannovesimo secolo, le dispute erano risolte non da esperti di diritto, ma spesso da saggi. La tradizione voleva che gli insegnanti di diritto raccontassero storie che cercavano di educare ad una forte etica e moralità, dove per la soluzione della controversia civile si faceva rimando al principio di equilibrio, coadiuvato agli altri principi morali propri della tradizione antica cinese. Vi era una vera e propria regola di andare ad esperire in primis un tentativo di conciliazione pacifica e, solo in mancanza di riuscita di questo, si andava a porre in essere una controversia giudiziale. In particolare la controversia

---

<sup>9</sup> Giurista cinese che ha collaborato anche con il centro studi giuridici Italo-cinese della facoltà di Giurisprudenza della Sapienza.

<sup>10</sup> Si veda R. CARDILLI sulla rivista *Mondo Cinese*, edizione 2019, nella parte *Codice civile cinese del 2020 e tradizione romanistica*.

contrattuale era risolta dal giudice seguendo il concetto di «governare secondo virtù» cercando sempre di ristabilire il sinallagma contrattuale non seguendo delle regole tecniche fissate dalla collettività ma seguendo dei valori morali, «ciò che è giusto».

In questo richiamo alla tradizione cinese naturalmente andiamo a prendere come fondamento culturale il confucianesimo, a differenza della civiltà occidentale dove invece la filosofia greca e il cristianesimo sono stati i due cardini culturali principali. Per dare un assaggio di cosa significava avere una visione teorica del diritto privato, fondata prevalentemente su una concezione morale della società, possiamo richiamare uno dei casi che venivano raccontati dai giuristi cinesi. In questo si narra delle vicende di un contratto di compravendita dove il compratore si rende conto che il prezzo proposto è troppo basso mentre il venditore sostiene che il prezzo è giusto ed è timorato di proporre un prezzo maggiore per non incorrere in una situazione morale di malafede. La compravendita si risolve con il compratore che prende soltanto metà delle cose oggetto del contratto e poi prende metà di altre cose di valore più basso<sup>11</sup>.

La tradizione rituale cinese privatistica era quindi fondata su tale ottica completamente astratta e moralizzata, che naturalmente andava a determinare situazioni di poca utilità pratica per la risoluzione delle controversie, dove invece l'atteggiamento dei consociati era quello di *homo oeconomicus*. Confucio stesso affermava infatti che la soluzione delle controversie dovesse essere raggiunta mediante la persuasione morale e non mediante l'esercizio della forza sovrana<sup>12</sup>. A seguito di tale esposizione possiamo capire perché i giuristi cinesi nel Novecento non hanno potuto attingere molto dalla tradizione rituale privatistica, proprio per la sua intrinseca

---

<sup>11</sup> L'autore qua cita il contenuto delle lezioni introduttive al diritto cinese tenute dalla Professoressa H. Meiling nel 2018 presso il Centro studi giuridici Italo-Cinese della Sapienza.

<sup>12</sup> G. SCARCHILLO, *Storia ed evoluzione del modello orientale di risoluzione delle controversie. L'arbitrato commerciale in Cina in Contratto e impresa/Europa*, Milano, Cedam, 2016.

distanza rispetto alle situazioni di vita pratica e invece hanno dovuto volgere lo sguardo ad una cultura, quella romana, che basava la propria ottica non sulla morale, ma sul pragmatismo<sup>13</sup>.

Per quanto riguarda, inoltre, la tradizione giuridica cinese facciamo richiamo anche a quella antica, la scuola confuciana, che permise innanzitutto di coltivare e custodire la scrittura e poi rafforzò le basi concettuali del sistema sociale di convivenza della collettività cinese, basi che hanno avuto implicazioni sui principi e sulle regole sviluppatesi nel corso della storia ed aventi il carattere della giuridicità<sup>14</sup>. La scuola confuciana ha contribuito, sotto un profilo di fondamenta culturali, a determinare il ritardo della preminenza della legge nel sistema giuridico cinese e quindi anche il forte ritardo, rispetto alla evoluzione occidentale, a raggiungere il risultato della codificazione in materia privatistica. I confuciani infatti consideravano lo strumento della legge statale come uno strumento di controllo tardivo ed inefficace, inutile a prevenire l'insorgere di conflitti. Essi ritenevano che la fonte preminente nel sistema giuridico dovessero essere i riti, la cui osservanza doveva essere oggetto di scrutinio in primo luogo da parte dei saggi della famiglia, poi da parte del villaggio e solo sussidiariamente da parte degli organi dello stato. Il ricorrere alla legge vi era soltanto quando i conflitti erano irrisolvibili attraverso i riti. Come accennato quindi, il confucianesimo si pone come fondamento culturale del predominio dei sistemi di mediazione in Cina, predominio che sussiste ancora oggi. In particolare, questo «disprezzo per il contenzioso» trova le sue radici nel concetto di armonia che i confuciani intendevano salvaguardare, in quanto principio supremo che doveva governare il mondo e gli uomini. Il principio di armonia confuciano era inteso ed interpretato come bussola sia per il rapporto tra uomo e natura, sia per le interazioni umane, dove l'individuo non era mai preso in considerazione come singolo ma sempre come parte di una collettività. Questa concezione

---

<sup>13</sup> Si veda E. DEL PRATO in *Bullettino dell'istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 2016.

<sup>14</sup> R. CAVALIERI, *Diritto dell'Asia Orientale*, Venezia, Libreria Editrice Cafoscarina, 2019.

fece sì che addirittura non si sviluppò un ideogramma corrispondente al significato di diritto soggettivo e che l'ordine sociale doveva essere imperniato sul concetto di superiorità dell'uomo, come essere relazionale, e non delle leggi scritte<sup>15</sup>. Il ricorrere ad una risoluzione della controversia non giudiziale significava salvaguardare maggiormente il nucleo essenziale del suddetto principio. Per quanto riguarda l'aspetto prettamente privatistico, in Cina nel corso anche dell'età moderna non si assistette a delle codificazioni di diritto privato cinese, a differenza del settore penalistico dove invece il diritto imperiale ebbe una florida produzione.

Abbiamo analizzato quindi l'importanza del diritto privato romano per la società cinese, che ha contribuito ed ha permesso al paese una forte modernizzazione in poco tempo; il Codice Civile cinese è quindi l'emblema di tale ricezione ed alcuni giuristi romanisti evidenziano come il rapporto tra diritto romano e diritto cinese odierno sia molto più stretto rispetto al rapporto tra diritto romano e il diritto dei privati che si rintraccia in Europa continentale<sup>16</sup>. Questo perché il diritto privato codificato in Europa, compreso il Codice Civile italiano, ha vissuto la mediazione del codice napoleonico del 1804, codice che ha recepito la tradizione romanistica ma che è pregno di principi ed ideali illuministici propri della borghesia dell'epoca. La ristrutturazione normativa partita nel XX secolo in Cina ha determinato anche un rafforzamento della posizione cinese come soggetto internazionale. I principi romanistici di diritto civile acquisiti hanno permesso alla Cina, già molto prima che diventasse una super potenza mondiale, di avere una stabilità giuridica anche nelle relazioni internazionali, partendo naturalmente dai rapporti commerciali, incrementando la propria soggettività internazionale grazie alla fiducia che si è

---

<sup>15</sup> G. SCARCHILLO, *Storia ed evoluzione del modello orientale di risoluzione delle controversie. L'arbitrato commerciale in Cina in Contratto e impresa/Europa*, cit.

<sup>16</sup> Si veda l'intervista al Professor Diliberto presso Rainews24 nel gennaio del 2021.

conquistata con il resto del mondo sotto il profilo degli scambi di ogni tipo<sup>17</sup>.

Per rafforzare la tesi dell'«eternità» del diritto romano, oltre la questione cinese, possiamo anche richiamare l'impennarsi sul diritto romano di recenti progetti di diritto aerospaziale che, molto probabilmente, troveranno codificazione nel futuro prossimo<sup>18</sup>.

## *2. L'evoluzione del diritto contrattuale cinese*

In merito al diritto dei contratti in Cina, consideriamo l'evoluzione del XX secolo che ha portato, nel XXI secolo, alla produzione di un vero e proprio Codice Civile che oggi è la fonte preminente in materia contrattuale. Prendiamo in considerazione quella che è stata chiamata la via cinese alla Rule of Law in materia di diritto civile da parte della Repubblica Popolare Cinese<sup>19</sup>.

La prima fase del diritto contrattuale cinese nel Novecento corrisponde al periodo «pre-socialista». Durante questa fase vennero elaborati i primi progetti di Codice Civile, in particolare quello della Grande Dinastia Qing che, tuttavia, non entrò mai in vigore a causa della caduta dell'impero. In questo periodo è importante ricordare il Codice nazionalista del 1930 dove il termine utilizzato per indicare la parola contratto è «*qiyue*»; a breve vedremo come nella evoluzione del diritto contrattuale poi fu adottato un nuovo vocabolo corrispondente alla voce di contratto e ciò coinciderà con un nuovo stadio dell'evoluzione del diritto contrattuale cinese. La seconda fase è quella Maoista che inizia dal 1950. Durante questo periodo il contratto assolve la funzione di strumento di attuazione del piano quinquennale, fu disciplinato da provvedimenti dell'amministrazione che

---

<sup>17</sup> M. TIMOTEO, *Il contratto in Cina e Giappone nello specchio dei diritti occidentali*, Padova, Cedam, 2004.

<sup>18</sup> Si veda il convegno mondiale di diritto aerospaziale tenuto in Olanda nel 2018.

<sup>19</sup> R. CARDILLI, S. PORCELLI, *Introduzione al diritto cinese*, Torino, Giappichelli editore, 2020.

recepivano il modello sovietico, provvedimenti che il neo Presidente della Repubblica Mao Zedong adottò proprio nel 1950. Nel corso della rivoluzione culturale fu sospeso il processo di codificazione del diritto civile e il contratto, inteso come espressione della volontà delle parti, fu ufficialmente eliminato in quanto strumento capitalista di asservimento economico. La fase Maoista vide quindi il contratto al servizio della politica statale<sup>20</sup>.

Sorprendente dal punto di vista giuridico è stata la trasformazione della natura socio-giuridica del contratto operata dai sovietici e dai cinesi nel periodo socialista. Il contratto è sempre stato considerato come uno strumento sociale o di composizione di interessi privati divergenti, come per esempio un contratto di compravendita, o come uno strumento dove confluiscono interessi privati comuni, come un contratto associativo<sup>21</sup>. Il contratto, dunque, è sempre stato uno strumento la cui funzione tipica è stata prevalentemente il soddisfare l'interesse del singolo consociato. I modelli socialisti invece hanno snaturato il contratto in questo senso, eliminando la suddetta funzione e ammettendo un contratto esclusivamente nei limiti in cui potevano essere soddisfatti interessi della collettività.

Nei provvedimenti della fase Maoista compare il termine «*hetong*» per indicare il contratto: «*he*» sta per «accordare, unire», mentre «*tong*» significa «uguale, comune» e quindi tale termine fu ritenuto maggiormente in sintonia con i principi dell'economia socialista; per questo motivo diverrà il termine ufficiale di designazione del contratto nella RPC.

Nella Cina maoista vi era una precisa disciplina sulla contrattualistica internazionale che imponeva forti clausole contrattuali sproporzionatamente favorevoli al contraente cinese. Ciò contribuì a limitare la posizione della Cina come soggetto internazionale in tale periodo. Il nesso che aveva realizzato la

---

<sup>20</sup> F. CHEN, *The new era of Chinese Contract law, History, Development and Comparative Analysis*, New York, *Brooklyn Journal of International Law*, 2001.

<sup>21</sup> G. PASCUZZI, *Il problem solving nelle professioni legali*, Bologna, Il Mulino, 2017.

disciplina tra contratto e realizzazione dei piani quinquennali formulati dallo stato cinese fece sì che l'adempimento del contratto fu considerato addirittura come un dovere politico. Pertanto, durante tale periodo la normativa in materia contrattuale era regolamentata da fonti di diritto amministrativo e il contratto fu ridotto a mero strumento di attuazione della volontà governativa, sottratto alla autonomia delle parti. Durante tale periodo la dottrina cinese prendeva come testi giuridici di riferimento i manuali di giurisprudenza dell'Unione Sovietica e la libertà negoziale era sostanzialmente azzerata.

La terza fase è quella post-socialista. Siamo intorno al 1978 quando ci fu l'avvio di una nuova ed importantissima fase di riforme economiche, politiche e anche giuridiche. Barry Naughton, illustre esperto in economia cinese, definisce la fase post-socialista come la fase del «*growing out of the plan*», ossia quella di un processo graduale nel corso del quale l'economia pianificata divenne sempre meno rilevante. Durante questo periodo ci fu la dicotomia tra «diritto civile» e «diritto economico», con l'affermarsi di una disciplina differente a seconda che il contratto fosse qualificabile come «economico» o meno<sup>22</sup>.

Prime emersioni di una luce di libertà negoziale si rintracciano nella Legge sul contratto economico della Repubblica Popolare Cinese del 1981. In questa legge si ebbe l'intento di andare ad accogliere una concezione di contratto economico moderatamente costruita sugli interessi dei contraenti ed offrire una valida tutela dei legittimi diritti ed interessi delle parti. La dottrina della fase post-socialista sintetizzava il contratto economico come quel negozio giuridico che svolgeva la funzione sia di strumento per garantire l'esecuzione del piano statale, sia di elemento complementare per l'elaborazione del piano. La legge in questione definiva il contratto economico come «un accordo tra persone giuridiche allo scopo di realizzare alcuni obiettivi economici e definire rispettivi diritti e doveri». Tale Legge ha segnato una svolta

---

<sup>22</sup> B. NAUGHTON, *The Chinese Economy: transition and growth*, London, Mit Press, 2007.

importante per la materia contrattuale in quanto determinò una razionalizzazione della materia compiuta con lo strumento della legge e non più una disciplina dettata da atti dell'amministrazione. Fu positivizzato il principio di equilibrio delle prestazioni e di corrispettività, ma rimaneva comunque la necessità della conformità dei contratti al piano statale, pur essendo distinti tra contratti sottoposti alla pianificazione imperativa e quelli sottoposti alla pianificazione indicativa.

Durante tale periodo la seconda legge fondamentale in materia contrattuale fu la Legge sul contratto economico concernente interessi stranieri della Repubblica Popolare Cinese del 1985. Il fine di tale normativa era quello di proteggere i diritti e gli interessi legittimi delle parti dei contratti economici con l'estero e promuovere lo sviluppo delle relazioni economiche della Cina con l'estero. Dato il suo ambito di applicazione con soggetti stranieri la struttura normativa era volutamente meno rigida e si andava ad individuare una libertà contrattuale con limiti molto meno stringenti<sup>23</sup>.

Il terzo intervento legislativo, che andava a completare il c.d. 'Tripode', fu la Legge sui contratti tecnologici del 1987. Tale disciplina ebbe come elemento importante la previsione della possibilità di far partecipare alla attività contrattuale anche i singoli, esclusi invece dalle altre leggi del Tripode. Tale normativa si applicava soltanto ai contratti di sviluppo tecnologico, consulenza e manutenzione tecnologica e si applicava anche ai brevetti di *hardware* e *software*; anche qui è possibile notare un ulteriore passo avanti del percorso di risorgimento dell'autonomia privata delle parti.

Nel 1987 inoltre entrarono in vigore i Principi generali del diritto civile che sono state le fondamenta generali recepite poi anche dal Codice Civile. I Principi si occupavano prevalentemente di persone fisiche, persone giuridiche e responsabilità civile; erano previste norme generali sui negozi giuridici ma non vi era un capitolo interamente dedicato ai contratti. Le norme sui contratti erano qui distribuite nell'ambito

---

<sup>23</sup> E. TOTI, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico tra legge e dottrina*, cit.

della disciplina del negozio giuridico, delle obbligazioni e della responsabilità civile. I Principi trovarono una applicazione generale fra i soggetti in posizione paritaria e quindi furono una fonte di regolazione dei contratti civili. Essi non trovarono applicazione per i rapporti giuridici riguardanti il diritto dell'economia e il diritto amministrativo.

Nei Principi per indicare il contratto è utilizzato il termine «*hetong*» che viene definito quale accordo diretto a costituire, modificare o estinguere rapporti di natura civile<sup>24</sup>. I Principi generali sono stati in vigore fino al varo completo del Codice Civile e tale normativa ha messo in profonda discussione quella contenuta nel Tripode, ha mostrato una determinante apertura alla libertà negoziale delle parti circoscrivendo il ruolo delle norme imperative e dei casi di nullità del contratto, ampliando quelli di annullabilità.

La fase contemporanea si apre nel 1999 quando fu promulgata la Legge sui contratti della RPC che definitivamente abrogò il Tripode e andò ad uniformare la disciplina relativa ai contratti. Scomparve quindi la dicotomia tra contratti civili e contratti economici, nonché la distinzione tra contratti economici domestici e contratti economici esteri; distinzione che di certo non favoriva la transizione da un'economia pianificata ad un'economia di mercato.

L'adozione della nuova legge rifletteva anche l'intento della Cina «*to knock on the door of the World Trade Organization*»<sup>25</sup>. Infatti, l'adesione al WTO prevedeva per la Cina l'adozione di una serie di misure volte ad armonizzare il sistema legale, oltre che sociale ed economico, agli standard internazionali.

Dal 1999 quindi la Cina per la prima volta ebbe una disciplina unitaria sui contratti, disciplina che fu la vera svolta per sostenere l'economia di mercato. Tale legge sancì in maniera definitiva un pieno riconoscimento della libertà contrattuale e finalmente il contratto era concepito come

---

<sup>24</sup> S. PORCELLI, *Hetong e contractus. Per una riscoperta dell'idea di reciprocità nel dialogo tra diritto cinese e diritto romano*, Torino, Giappichelli Editore, 2020.

<sup>25</sup> B. NAUGHTON, *The Chinese Economy: transition and growth*, cit.

prodotto della piena espressione delle parti. Il giurista Han Shiyuan definì tale legge come l'inizio del vero e proprio diritto cinese dei contratti. L'ultimo perfezionamento da parte del legislatore cinese in materia di diritto contrattuale è stato compiuto all'interno del nuovo Codice Civile del 2020.

### *3. Le linee fondamentali del contratto cinese*

Nell'analisi dei cardini giuridici del diritto contrattuale cinese odierno, prendiamo in esame anche i contenuti della Legge del 1990 che, come già evidenziato, sono stati recepiti dal Codice Civile creando tra le due normative una larghissima coincidenza per quanto concerne la materia contrattuale. L'articolo 2 della Legge del 1990 definisce il contratto come «un accordo per costituire, modificare o estinguere rapporti civili di tipo obbligatorio tra persone fisiche, persone giuridiche od altre organizzazioni, in qualità di soggetti paritari». Il contratto è quindi concepito come un accordo e la nozione adottata dal legislatore cinese, quindi, ricalca perfettamente quella tradizionalmente propria del sistema di *Civil Law*. Ricordiamo infatti che in tale sistema il concetto di contratto si fonda su quello di accordo, nel sistema di *Common Law* invece il fondamento del contratto è la promessa.

Per quanto concerne una considerazione diacronica, invece, è necessario evidenziare come il contratto rappresenti l'incontro delle volontà delle parti, e non i dettami del piano. Sono ammesse all'attività contrattuale le persone fisiche, sia cittadini cinesi che stranieri, le persone giuridiche e le «altre organizzazioni». Con tale espressione, non definita dalla legge, la Corte Suprema del Popolo andava ad includere tutte le organizzazioni, anche non economiche, che sono istituite legalmente e che hanno una propria struttura ed un proprio patrimonio, ma che non possiedono una personalità giuridica indipendente<sup>26</sup>. Anche nell'ordinamento civile cinese quindi

---

<sup>26</sup>E. TOTI, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico tra legge e dottrina*, cit.

rintracciamo una non necessaria coincidenza tra la soggettività giuridica e la personalità giuridica<sup>27</sup>.

Le parti del contratto sono in posizione paritaria, devono quindi essere tutelate alla pari sia che si tratti di parti private che di enti governativi; per una economia di mercato questo punto è di rilievo fondamentale. La legge si applica a rapporti civili di natura patrimoniale, il secondo comma dell'articolo 2 infatti specifica che sono esclusi dall'ambito di applicazione della Legge i rapporti di stato civile quali il matrimonio, l'adozione, la tutela ed altri per i quali si applicheranno le disposizioni di legge specifiche. Quindi, così come negli altri sistemi di *Civil Law*, non ogni «accordo» rilevante per l'ordinamento è qualificabile come contratto. Il nuovo Codice Civile va sostanzialmente a riprendere tale nozione di contratto all'interno dell'articolo 464, nel libro terzo del Codice, dedicato esclusivamente ai contratti. L'articolo 464<sup>28</sup> sulla nozione di contratto però parla di «soggetti civili», appare quindi che il legislatore abbia compiuto una formulazione decisamente più elastica per quanto riguarda la possibilità di essere titolari di autonomia contrattuale; tale formulazione però va coadiuvata con l'articolo 2 del Codice che sancisce che il diritto civile si occupa dei rapporti tra persone fisiche, giuridiche e organizzazioni non costituite in società. Il nesso tra la nozione romanistica di contratto e quella cinese è evidente: l'articolo 464 del Codice lo definisce come «l'accordo tra soggetti civili per costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico civile» ed emerge quindi la piena sintonia con gli elementi fondamentali del contratto nel diritto romano che si fonda sulla *conventio*, ossia l'accordo. Già dai tempi di Labeone, giurista augusteo, l'idea di contratto si imperniava sulla *conventio*. Nel contratto romano la dottrina romanistica evidenzia la presenza anche dell'elemento fondamentale della patrimonialità dell'accordo<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> R. CAVALIERI, *Letture di diritto cinese*, Venezia, Libreria Editrice Cafoscarina, 2009.

<sup>28</sup> La fonte legislativa consultata è il *Civil Code of the People's Republic of China* nella versione inglese di Pkulaw.com.

<sup>29</sup> M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, Giappichelli Editore, 2015.

Pare emergere nella struttura giuridica del contratto cinese come anche qui possa rintracciarsi il profilo della patrimonialità, nonostante, a differenza del Codice Civile italiano, non sia possibile rintracciare la suddetta caratteristica nella nozione di contratto testualmente data. Nel contratto cinese quindi non si fa menzione di ciò ma in via interpretativa sorgerebbe la suddetta caratteristica leggendo la nozione di cui al comma 1 del 464 congiuntamente con il comma 2 del medesimo articolo, che esclude dall'applicazione della disciplina contrattuale i rapporti giuridici personali che trovano disciplina nelle relative disposizioni di legge. Esattamente come la Legge del 1990 anche qui si richiamano i rapporti di matrimonio, adozione e tutela. L'articolo 464 del Codice al comma 2 specifica, però, che in caso di presenza di un accordo che riguardi un rapporto giuridico personale, che non sia disciplinato da disposizioni specifiche, può trovare applicazione il libro sui contratti in quanto compatibile in base alla natura del rapporto oggetto della fattispecie concreta. Questa clausola contenuta nell'articolo 464 determina, quindi, una centralità sistematica della disciplina sul contratto in generale. La nozione di contratto nel Codice, a differenza di quella contenuta nella Legge unitaria del 1990, non contiene il riferimento al principio di parità; ciò tuttavia, non rileva come mutamento di disciplina perché, come vedremo a breve, il principio di parità è sancito nella parte generale del Codice come presente in tutti i rapporti civili.

Passando all'analisi di alcuni dei principi fondamentali presenti all'interno della odierna materia contrattuale cinese, troviamo innanzitutto il principio di libertà contrattuale positivizzato all'interno dell'articolo 5 del Codice Civile, che va a specificare come il rapporto civile tra le parti sia retto dal principio di libera volontà che riguarda il creare, modificare od estinguere il rapporto giuridico in base alla loro propria volontà. Dal punto di vista testuale il Codice Civile all'articolo 467 prevede che, in caso le parti pongano in essere un contratto che non rientra tra quelli espressamente previsti dalla legge, troveranno applicazione le norme del Libro terzo sui contratti in generale e potranno trovare applicazione le norme sui contratti tipici più simili *mutatis mutandis*. Quindi le parti possono porre

in essere sia un contratto tipico che uno innominato. Nel Codice cinese troviamo espressamente il principio generale di libertà di forma all'articolo 469, dove è sancito che le parti possono porre in essere un contratto in forma scritta, orale o in qualsiasi altra forma. Han Shiyuan specifica nella sua dottrina come la libera concorrenza dell'economia si basi sul principio di libertà contrattuale da cui deriva il miracolo economico. Abbiamo visto nel precedente capitolo come la libertà negoziale nel modello cinese giuridico del Novecento non era affatto un presupposto e come vi sia stato un vero e proprio risorgimento di essa nella fase post-socialista. La libertà contrattuale nel diritto cinese odierno consiste quindi principalmente nella libertà di scegliere la controparte e di aderire ad un contratto tipico o formularne uno atipico, nei limiti imposti dalla legge, esattamente come accade nella maggior parte degli altri ordinamenti.

Altro principio cardine è quello di buona fede positivizzato *in primis* all'interno della parte generale del Codice all'articolo 7. Il principio di buona fede è considerato negli ordinamenti di *Civil Law* come la 'clausola regina' a cui le parti negoziali si devono attenere. Nell'ordinamento contrattuale cinese, come in quello italiano, il principio di buona fede si qualifica come filo conduttore di tutta la fase genetica e funzionale del contratto, dove è presente nelle norme sulle trattative, sulla esecuzione e sulla interpretazione del contratto. Il legislatore cinese ha anche espresso il principio di buona fede nella disciplina riguardante la fase del termine delle relazioni contrattuali. Anche qui è evidente il recepimento della tradizione di *Civil Law*; nei paesi di *Common Law*, invece, il principio di buona fede è richiamato soltanto nella fase di esecuzione del contratto. In dottrina cinese la clausola generale di buona fede viene calata nel contesto morale proprio della cultura cinese. In linea generale si intende come principio dell'onestà e della fiducia che andrebbe a richiamare norme di natura morale che attraverso tale clausola acquisirebbero valore giuridico nella relazione negoziale, *in primis* sorgerebbe la regola dell'attenersi alla parola data, l'essere onesti e non generare situazioni di inganno.

Anche in giurisprudenza e dottrina cinese si pone il dibattito tra buona fede integrativa ed interpretativa. In materia

di buona fede è interessante richiamare l'articolo 509 del Codice, ove è sancito che le parti si devono attenere al principio di buona fede in relazione allo scopo e alla natura del contratto; quindi, l'indagine ermeneutica sul rispetto o meno della buona fede deve essere ancorata a quel tipo di contratto posto in essere e non può mai essere compiuta in termini generali sulla relazione negoziale. L'articolo 509 al secondo comma specifica, inoltre, che le parti nell'esecuzione del contratto devono evitare di sprecare risorse, inquinare l'ambiente o compromettere l'ecologia. Questo comma è esemplare, ci mostra l'avanguardia di alcune formulazioni presenti nel Codice cinese rispetto alla arretratezza di alcune formulazioni dei codici occidentali. Si tratta di un esempio di come la Cina, anche attraverso la legge, voglia mostrare al mondo la sua volontà di essere parte della sensibilità internazionale prevalente; in questo caso mostrando una particolare attenzione in materia di tutela dell'ambiente, addirittura anche nelle disposizioni sul contratto in generale. Altro esempio di forte avanguardia in ottica comparatistica è la presenza nel Codice della positivizzazione dell'istituto del *trust*, vediamo quindi come il codificatore cinese non sia stato estraneo alla tradizione di *Common Law*.

Tornando al principio di buona fede, vi è un ampio dibattito in dottrina cinese riguardo alla interpretazione di tale clausola. Parte della dottrina va ad evidenziare come sia necessario distinguere la buona fede morale dalla buona fede giuridica, dove la buona fede morale atterrebbe al mondo della cultura cinese affondando le sue radici nel confucianesimo, mentre la buona fede giuridica atterrebbe al mondo prettamente tecnico-giuridico avendo le sue radici negli usi negoziali e nel diritto romano. Infatti nella tradizione cinese non ci sono tracce di un principio che è specificatamente assimilabile a quello di buona fede, che è stato completamente mutuato dal diritto romano. Secondo tale teoria non vi dovrebbe essere una confusione tra il piano culturale e quello giuridico, dove la buona fede morale riguarderebbe i rapporti tra le persone da un punto di vista di correttezza morale e sociale, mentre la buona fede giuridica riguarderebbe i rapporti negoziali, rilevanti per l'ordinamento giuridico. Secondo tale tesi andrebbe quindi compiuta la

suddetta distinzione, esattamente come facevano alcuni giuristi propri dell'epoca moderna, come per esempio Tomasius che andava a distinguere le regole dell'*honestum* e del *decorum*, che riguardavano il piano della cortesia sociale e della morale e non dovevano essere ricomprese nelle interpretazioni giuridiche, e le regole dello *iustum* che erano cariche invece di giuridicità<sup>30</sup>.

Per quanto riguarda il contenuto del contratto, l'articolo 470 del Codice sancisce che questo deve essere concordato dalle parti e che generalmente deve includere il nome e il domicilio delle parti, la quantità e la qualità delle prestazioni, il prezzo o la remunerazione, il tempo di adempimento, il luogo e il modo di esecuzione, la responsabilità per inadempimento e il metodo di soluzione della controversia. Anche da tale articolo si desume che quindi il Codice, in generale, non richiede specifiche trattative sulla formazione delle singole clausole negoziali ma è sufficiente che sussista l'accordo sul regolamento, nel senso che la produzione della formulazione della clausola può provenire anche da una sola parte, sono quindi ammessi i c.d. 'contratti standard'.

Come principio generale, il Codice va a ricostruire la conclusione del contratto sul modello della proposta ed accettazione. Come abbiamo visto in materia contrattuale, così come già prevedeva la Legge del 1990, il Codice prevede in tema di inadempimento contrattuale che le parti «generalmente» devono compiere una regolazione di esso nello stesso accordo contrattuale. Tale previsione ci rimanda a quella che era la tradizione privatistica cinese che vedeva come regola l'affrontare la patologia del rapporto negoziale in primis all'interno della mediazione volontaria piuttosto che ricorrere immediatamente ad una *regola iuris* tipizzata, come invece è sempre stato proprio della tradizione romanistica.

Altri principi cardine che possiamo richiamare sono quelli di parità ed equità richiamati *in primis* dagli articoli 2 e 6 del Codice. «Il diritto civile regola i rapporti personali e patrimoniali tra persone fisiche, persone giuridiche e organizzazioni non costituite in società, come parti uguali», così

---

<sup>30</sup> M. CARVALE, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, cit.

recita l'articolo 2. Per quanto riguarda il principio di parità questo non era contemplato dalla dottrina confuciana, la quale invece sosteneva la disuguaglianza tra determinati gruppi di persone, come per esempio, il potere assoluto del padre sulla moglie e i figli, o il potere assoluto dell'imperatore sui suoi sudditi. Il principio di parità significa capacità giuridica paritaria e una sua piena affermazione si ebbe solo con l'entrata in vigore della Legge Unitaria del 1990. Tale principio va anche ad escludere le interferenze amministrative nel processo di formazione del contratto qualora queste causino disuguaglianza tra le parti e tra gli interessi e i diritti delle stesse; inoltre tale principio significa anche protezione giuridica paritaria, ossia che le parti ricevono la medesima tutela nel processo giudiziario ed amministrativo, a prescindere dal loro status.

L'articolo 6 del Codice sancisce che «le parti nei rapporti giuridici civili devono condurre attività civili in base al principio di equità e determinare razionalmente i diritti e gli obblighi di ciascuna parte». Il principio di equità richiede una equa distribuzione dei diritti e degli obblighi tra le parti in base alla natura e allo scopo del contratto e una ragionevole ripartizione dei rischi tra le stesse. Sembra quindi emergere come dato normativo, anche nell'ordinamento cinese, il principio di ragionevolezza in materia contrattuale e civile in generale. Nella fattispecie contrattuale quindi le parti devono convenire delle prestazioni che siano nella loro portata, sotto il profilo delle circostanze concrete che attengono al momento genetico del contratto. Prima della legislazione del 1990 il legislatore cinese parlava soltanto di «equilibrio delle prestazioni» ma tale formulazione fu successivamente scartata in quanto creava problematiche in materia di contratti a titolo gratuito. La funzione primaria del principio di equità è fondamentalmente quella di impedire al contraente più forte di abusare del suo potere contrattuale per imporre condizioni inique alla parte più debole. Il Codice infatti stabilisce una serie di disposizioni al fine di limitare la libertà delle parti riguardo la determinazione del contenuto del contratto. In materia di contratti standard il Codice stabilisce che la parte predisponente deve attenersi al principio di equità, altrimenti si integra una causa di

annullabilità del contratto. In precedenza il legislatore cinese aveva preferito la formulazione «equilibrio delle prestazioni» perché trovava diretto fondamento nel diritto tradizionale cinese, in connessione piena con il confucianesimo che spesso parlava del «ciclo vitale della reciprocità» come principio che doveva essere rispettato per avere una armonia concreta nel mondo<sup>31</sup>.

In conclusione, abbiamo tratteggiato le linee fondamentali del contratto nella nuova disciplina del Codice Civile, dove la disciplina rilevante in materia si muove tra la parte generale del codice, la disciplina sul negozio giuridico e il libro terzo dedicato esclusivamente al contratto. Si rintraccia nella sistematica adottata un richiamo a quelle teorie proprie della pandettistica che sono state ampiamente recepite prima dalla dottrina e poi dal legislatore cinese in materia civile. Teorie della pandettistica che fanno riferimento alla necessità di avere una disciplina che si muova anche su binari anche molto astratti, ricordiamo infatti che la pandettistica fondava la propria dottrina sul concettualismo e sulla teoria della scala piramidale, dove dalle categorie più astratte, come quelle che concernono anche la semplice dichiarazione di volontà, si scende verso quelle più concrete dove le norme si pongono tra loro in un rapporto di ascesa e discesa<sup>32</sup>. Lo studio della pandettistica da parte della dottrina cinese è stato particolarmente importante in virtù anche delle implicazioni di tale dottrina con il diritto giapponese. L'influenza della pandettistica fa sì che si rintraccino numerose similitudini tra il nuovo Codice Civile cinese e il BGB tedesco, specialmente con riguardo alla teoria generale del negozio giuridico. La materia dei contratti tipici solo in parte è regolata dal Codice, ma questo è sorto in maniera tale da essere «il sole che irraggia gli altri pianeti», ossia le varie leggi speciali, utilizzando una metafora propria del legislatore argentino<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> R. CAVALIERI, *Diritto dell'Asia Orientale*, cit.

<sup>32</sup> Così come specificato dal Prof. Scarchillo presso il corso di Sistemi giuridici comparati tenuto presso Sapienza Università di Roma nel 2019.

<sup>33</sup> Si veda l'intervista del 2020 al Prof. Porcelli "Hetong e contractus. Per una riscoperta dell'idea di reciprocità nel dialogo tra diritto cinese e diritto romano", disponibile all'indirizzo <https://www.lecture.org/hetong-e-contractus-per-una-riscoperta-dell-idea-di-reciprocita-nel-dialogo-tra-diritto-cinese-e-diritto-romano-stefano-porcelli>.



IRENE SPICUGLIA\*

GLI ABORIGENI AUSTRALIANI E I COLONIZZATORI  
INGLESI: TRA TERRA E DIRITTI

*This paper focuses on the relationship between the Australian Aboriginal people and the European settlers. Aboriginal people of Australia had well-developed systems of law long before the arrival of the British colonizers. While Indigenous values and beliefs find common roots in the relationship between people and the land, British lived in a world dominated by the principle of private property. Once asserted their own sovereignty over the continent and its people, they declared the land "Terra Nullius", ignoring the fundamental rights of the Indigenous inhabitants of Australia. Therefore, European settlement had a severe and devastating impact on Indigenous people. The Aboriginal Land Rights Act and the decision of the High Court of Australia in the so-called Mabo case of 1992 suggested that this legal myth was likely to change: the common law of Australia recognized a "Native Title" which arises from traditions and customs of its Indigenous people. Does this imply the definitive recognition of the Aboriginal communities or have the identity issues of Aboriginal people persisted in contemporary Australia?*

SOMMARIO: 1. Introduzione: *ab origine* – 2. Il Tempo del Sogno: reciprocità e relazione con la terra – 3. Il Giorno dell’Invasione – 4. Un conflitto di proprietà – 5. (Segue) *Terra Nullius* – 6. «Gli Aborigeni non devono essere contattati» – 7. La mobilitazione indigena e l’*Aboriginal Land Rights Act* – 8. Il caso *Mabo* e il *Native Title Act* – 9. Integrazione o riconoscimento della differenza: questo è il problema.

---

\*Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il Prof. Gianluca Scarchillo, docente di Sistemi Giuridici Comparati presso Sapienza Università di Roma.

## 1. *Introduzione: ab origine*

Si provi ad aprire un qualsiasi libro di storia. Di sicuro la prima pagina del capitolo sull'Australia sarà dedicata al fenomeno della colonizzazione inglese e alla spinta espansionistica conseguente all'arrivo di Cook nel continente. Quando si parla di Australia, subito si è portati a pensare alla peculiare fauna che la caratterizza o alle due città più popolate, Sydney e Melbourne, spesso ignorando che la capitale non è Sydney ma Canberra. Ciò che però nei libri non viene riportato sono le lunghe e travagliate vicende che hanno per protagonisti i popoli precoloniali che abitano l'Australia *ab origine*, da più di sessantamila anni: gli Aborigeni<sup>1</sup>.

Gli unici abitanti del continente prima della colonizzazione europea del 1788 erano gli Aborigeni e gli Isolani di Torres, popoli generalmente suddivisi in piccole comunità che vivevano di caccia, pesca e raccolta.

## 2. *Il Tempo del Sogno: reciprocità e relazione con la terra*

Il rapporto che intercorre tra l'uomo aborigeno e la terra risiede in un concetto di tipo spirituale, che si materializza in una rete complessa di credenze, conoscenze e pratiche rituali che legano e collegano ogni aspetto della vita: il «Tempo del Sogno»<sup>2</sup>. Il termine fa riferimento a una percezione della realtà in cui passato, presente e futuro si trovano a convergere e in cui l'uomo si trova in stretta sintonia con la terra.

---

<sup>1</sup> Il termine inglese *Aboriginal* è stato introdotto dagli invasori inglesi in Australia. Nonostante sia poco congeniale ai popoli indigeni, esso viene comunque utilizzato da essi, i quali non dispongono di un termine specifico, in attesa di trovarne uno migliore e universalmente accettabile. Per tali rilievi, v. G. GREEN, "What's in a name?", in *Quarterly Essay, Whitefella Jump up: The Shortest Way to Nationhood*, Melbourne, 2003, Vol. 4, fasc. 11, pp. 44 ss.

<sup>2</sup> Traduzione del termine inglese *Dreamtime* o *Dreaming*. Il concetto fu introdotto dagli studiosi Walter Baldwin Spencer e Frank Gillen, quale traduzione della parola indigena *alcheringa*, ma può essere altresì reso con l'espressione *The Law*. A tal riguardo, v. W. B. SPENCER-F. J. GILLEN, *The Native Tribes of Central Australia*, London, 1899, pp. 13 ss.

Gli Aborigeni, di fatto, avevano ed hanno ancora oggi una visione speciale del loro ambiente naturale, e in particolar modo della terra: avevano intima familiarità con ogni cosa presente all'interno di essa e credevano di condividere la stessa essenza vitale di ogni elemento o specie naturale. «Il loro mondo sociale era espanso in modo tale da includere il mondo naturale. Viceversa, il loro mondo naturale era umanizzato»<sup>3</sup>. Esistono degli specifici collegamenti tra ogni persona e gli esseri mitologici che rappresentano la terra, attraverso cui si verrebbero a creare, di conseguenza, delle connessioni dirette tra le persone e la terra stessa. La terra, dunque, è molto più che in connessione con l'uomo: essa è l'uomo. In quanto tale, non può essere scissa dalla persona fisica. È dunque sacra ed inalienabile: l'uomo aveva sulla terra un diritto incontrovertibile al possesso. Nell'Australia precoloniale nessuno era senza terra: tutti ne ereditavano in proprietà esclusiva un appezzamento e da quel momento erano vincolati ad essa, non potendo né venderla né sbarazzarsene in alcun modo.

Ciascuna terra era generalmente occupata da una tribù, un gruppo di persone che rivendicava sulla stessa taluni diritti alla caccia e alla raccolta conferiti, si credeva, per volontà di entità divine. I confini tra una tribù e l'altra, di fatto, sono molto labili poiché definiti in maniera generica da elementi naturali o demandati alla mitologia locale, in virtù della credenza secondo cui le caratteristiche geografiche sarebbero state create da entità divine<sup>6</sup>. Di conseguenza, risultava spesso difficile stabilire se un terreno appartenesse all'una o all'altra tribù. Ciò era ulteriormente complicato dal fatto che spesso i membri di una tribù avessero diritto alla caccia, alla pesca e alla raccolta anche su terre possedute da altre tribù. Si delinea, dunque, nonostante l'apparente divisione liminale tra una terra e l'altra, un sistema di condivisione territoriale. La terra non può essere considerata di proprietà esclusiva di un singolo individuo o di un singolo gruppo: in definitiva, non esiste una forma di proprietà privata della terra.

---

<sup>3</sup> R. MURRAY-C. H. BERNDT, *The World of the First Australians - Aboriginal Traditional Life: Past and Present*, Canberra, 1999, p. 136.

### 3. Il Giorno dell'Invasione

Dopo alcune sporadiche esplorazioni dell'Australia da parte di navigatori olandesi e inglesi, a partire dal 1700 furono costruiti in Australia i primi insediamenti britannici, inizialmente finalizzati a trovare un modo per sfrontare le carceri inglesi dall'eccessivo tasso di detenzione di criminali. Ben presto venne dato il via a un insieme di esplorazioni geografiche delle coste e dell'entroterra australiani, volte a valutare la possibilità di un'istaurazione permanente. Il 26 gennaio 1788<sup>4</sup> venne stabilita nella baia di Sydney la prima colonia britannica permanente e, entro la fine del 1800, i coloni avranno occupato tutta la zona intorno ad Alice Springs.

Lo scisma culturale tra i navigatori europei e i popoli aborigeni fu apparente fin dal momento del primo contatto. I diari di bordo dell'esploratore inglese William Dampie<sup>5</sup> rappresentano una delle principali testimonianze dei pregiudizi nei confronti delle popolazioni aborigene, già diffusi durante le primissime spedizioni sul luogo: «Gli abitanti di questa nazione sono il popolo più miserevole del mondo. In confronto a loro gli Ottentotti sono dei galantuomini. Non posseggono né case, né vestiti di pelli, né pecore, pollame, frutta. [...] Sono alti, con un corpo snello e diritto, dagli arti sottili e lunghi. Le loro palpebre sono quasi sempre chiuse a metà, per tenere le mosche lontane dagli occhi. I loro occhi sono così deboli che non ci videro fino a quando non fummo direttamente davanti a loro».

I colonizzatori, in sostanza, non fecero mai alcun tentativo di comprendere i complessi e sottili tratti delle società da loro

---

<sup>4</sup> Festa nazionale australiana, ricordata e celebrata ancora oggi come *Australia Day*. Furono alcuni moderni attivisti indigeni, in occasione del bicentenario del 1988, a coniare il termine *Invasion Day* in segno di protesta. Sul punto, e per una più ampia disamina, v. S. MACYNTIRE, *A Concise Story of Australia*, Cambridge, 2004, pp. 18 ss.

<sup>5</sup> William Dampier, esploratore e pioniere britannico, finì naufrago in Australia nel 1688, dove trascorse cinque settimane e venne in contatto con dei cacciatori aborigeni sulle coste del Kimberley. I suoi commenti si limitarono agli aspetti limitatamente visibili dello stile di vita aborigeno. Per il passo, si rimanda a W. DAMPIER, *A New Voyage Around the World: The Journal of an English Buccaneer*, London, 1697, pp. 536 ss.

incontrate: mai venne considerata la possibilità di stipulare trattati di alleanza con i gruppi locali. Le profonde incomprensioni tra questi due popoli, separati da millenni di differenti adattamenti culturali e differenti condizioni di vita, diedero vita a scontri violentissimi che ebbero un impatto devastante sulla vita dei nativi.

#### *4. Un conflitto di proprietà*

Lo scontro tra le lance degli Aborigeni e le armi da fuoco britanniche si può studiare non solo dal punto di vista tangibile, ma anche e soprattutto come conflitto di proprietà.

La società britannica, fin dagli albori della conquista normanna, è caratterizzata da una struttura sociale uniforme e rigida, che vede al suo vertice la figura del Re, proprietario della terra. La proprietà è sempre stata, nell'ottica inglese, la chiave d'accesso della ricchezza. Per cui – intrapresa la colonizzazione dell'Australia e trovandosi di fronte ad un tipo di società in cui la lavorazione della terra tramite agricoltura estensiva e il conseguente accumulo di ricchezza non erano concepiti – gli invasori trassero la conclusione che su quei territori nessun diritto di proprietà fosse esercitato. Di contro all'ideale di proprietà privata radicato nella società inglese, gli Aborigeni erano fedeli a una forma di proprietà del suolo che in termini occidentalistici può essere definita «proprietà comune»<sup>6</sup> o «proprietà comune limitata»<sup>7</sup>.

In questo scontro tra due incompatibili concezioni di proprietà, il colonizzatore europeo ebbe chiaramente la meglio. Gli Inglesi, non tenendo conto delle forme di diritto indigeno già esistenti sul territorio, disconobbero agli Aborigeni qualsiasi forma di proprietà sulla terra. Le terre e le risorsera loro appartenenti già da prima della colonizzazione vennero perlopiù

---

<sup>6</sup> Nell'accezione di J. MARTINEZ-ALIER, *The Environmentalist of the Poor: A Study of Ecological Conflicts and Valuation*, Celtenham, 2002, pp. 208-210.

<sup>7</sup> Specificazione del termine attuata dall'economista statunitense E. Ostrom, riportata in C. ROSE, "Economic Claims and the Challenges of New Property", in *Property in Question: Value Transformation in the Global Economy*, Oxford, 2004, pp. 275-295.

espropriate, le società indigene distrutte ed i superstiti confinati forzatamente in riserve.

### 5. (*Segue*) Terra Nullius

Nonostante l'ordine dato al capitano James Cook dalla Corona prima di salpare fosse quello di impossessarsi delle terre del nuovo continente con il permesso dei nativi, una volta approdati – benché il loro attracco sulle coste del “nuovo continente” fosse recentissimo – i coloni inglesi non stentarono a dichiarare propria la terra su cui salparono, prospettando l'eliminazione repentina e completa del diritto tribale e dei sistemi di regole che le varie tribù aborigene si erano date prima del loro arrivo. Il desiderio di possesso incontestato della terra li accecò a tal punto da non fargli prendere coscienza dei popoli già presenti in quei luoghi da molti anni prima di loro. Nello specifico, a tal fine utilizzarono – ma sarebbe meglio dire imposero – un concetto giuridico molto forte: dichiararono le zone occupate dalle tribù aborigene *Terra Nullius* (terra di nessuno). Tale concetto, nel caso di specie, non fa riferimento a una terra effettivamente “di nessuno”, essendo oggettiva la presenza dei popoli autoctoni su di essa, quanto a una terra considerata appartenente a “nessuno che conti”, scevra da qualsiasi diritto di proprietà e, di conseguenza, spettante *in primis* al popolo europeo invasore. Terra non già vuota e disabitata ma che – secondo i coloni – lo sarebbe divenuta presto, poiché abitata da popoli considerati inferiori che, per le leggi della natura o per quelle degli invasori, sarebbero stati destinati ad estinguersi entro pochi anni. Tale stratagemma, dunque, fu utilizzato dai popoli europei per giustificare la loro occupazione dell'Australia, in quanto avrebbe legittimato l'instaurarsi degli Inglesi in maniera “pacifica” laddove non vi fossero comunità già stabilite sul luogo<sup>8</sup>. Si sa bene che, in realtà, tale instaurazione non fu né pacifica né quei luoghi erano privi di comunità che già li popolavano.

---

<sup>8</sup> In questi termini, v. S. LINDQVIST, *Terra di nessuno. Dalla prima occupazione britannica ai giorni nostri: viaggio nella terra australiana occupata dai bianchi*, Milano, 2005, p. 9.

Di qui iniziò il tracollo di una delle popolazioni considerata tra le più antiche e per più tempo rimaste intatte di sempre, a causa della ferocia con cui i coloni inglesi cercarono di cancellarne le peculiarità culturali.

6. «*Gli Aborigeni non devono essere contati*»

La *Constitution of the Commonwealth of Australia* fu approvata dal Parlamento britannico il 5 luglio del 1900, ottenendo l'approvazione della Regina Vittoria quattro giorni dopo, la quale proclamò che il *Commonwealth* australiano sarebbe entrato in vigore all'alba dell'anno successivo.

Di fatto, in virtù dell'atto costituzionale, venne costituita la Confederazione Australiana, formata dalle sei colonie inglesi più la zona insulare della Tasmania, che vennero trasformate nei sette Stati che ancora oggi compongono l'Australia: il New South Wales, lo Stato di Victoria, il South Australia, il Western Australia, il Queensland, il Northern Territory e la Tasmania.

La Costituzione sancisce anche una ripartizione di poteri tra il governo centrale e i singoli Stati australiani: oltre al potere legislativo attribuito al Parlamento australiano – che è bicamerale, composto dal Senato e dalla Camera dei Rappresentanti –, posto che in ciascuna delle ex colonie era in vigore una Costituzione diversa, il sorgere del *Commonwealth* non proibisce agli Stati della Federazione di preservare le proprie Costituzioni locali, che devono però sempre essere conformi alla Costituzione australiana<sup>9</sup>. In virtù di tale concessione, il governo centrale non può limitare l'azione legislativa del Parlamento di ciascuno Stato per le materie che

---

<sup>9</sup> «*The Constitution of each State of the Commonwealth shall, subject to this Constitution, continue as at the establishment of the Commonwealth, or as at the admission or establishment of the State, as the case may be, until altered in accordance with the Constitution of the State*». «*Every power of the Parliament of a Colony which has become or becomes a State, shall, unless it is by this Constitution exclusively vested in the Parliament of the Commonwealth or withdrawn from the Parliament of the State, continue as at the establishment of the Commonwealth, or as at the admission or establishment of the State, as the case may be*». In termini, v. Cost. AUS, Part.V, Sezz. 106-107.

siano considerate rilevanti nel territorio statale, con l'eccezione di alcuni limiti tassativamente imposti agli Stati stessi<sup>10</sup>. In particolare, è la sezione 51 della Costituzione australiana a statuire la competenza in materia legislativa del Parlamento: tale è legittimato a emanare leggi per preservare la pace, l'ordine e il buon governo del *Commonwealth*, con il rispetto per le persone di ogni etnia, con l'esplicita esclusione degli Aborigeni, per i quali è necessario provvedere all'emanazione di leggi speciali<sup>11</sup>. In conclusione, ciascuno Stato è legittimato a regolare gli affari indigeni sotto la propria giurisdizione e da ciò deriva una certa variabilità nel trattamento di queste popolazioni e nell'estensione della loro integrazione o marginalizzazione.

L'indipendenza, dunque, non ha di certo segnato un passo in avanti per i popoli nativi, che vengono solo citati nella Costituzione, senza però essere considerati cittadini australiani. Ciò è reso manifesto dalla sezione 25 della Costituzione, che stabilisce che se la legge di uno degli Stati della Federazione esclude le persone appartenenti ad una determinata «razza» dal diritto di voto per l'elezione dei componenti della Camera dei Rappresentanti, le persone appartenenti a quella specifica «razza» non devono essere conteggiate nel computo dei cittadini dello Stato e della Confederazione tutta<sup>12</sup>. Tale disposizione va letta in combinato disposto con la sezione 127 che stabilisce, in maniera brutale e concisa, che nel computo delle persone del *Commonwealth*, o di uno Stato, o di parte del *Commonwealth*, gli Aborigeni non debbano essere contati<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> «*A State shall not, without the consent of the Parliament of the Commonwealth, raise or maintain any naval or military force, or impose any tax on property of any kind belonging to the Commonwealth, nor shall the Commonwealth impose any tax on property of any kind belonging to a State*». In termini, v. Cost. AUS, Part. IV, Sez. 114.

<sup>11</sup> «*[...] the people of any race, other than the aboriginal race in any State, for whom it is deemed necessary to make special laws*». In termini, v. Cost. AUS, Part. V, Sez. 51, abrogata in seguito al referendum del 1967.

<sup>12</sup> «*If by the law of any State all persons of any race are disqualified from voting at elections [...], persons of that race resident in that State shall not be counted*». In termini, v. Cost. AUS, Part. III, Sez. 25.

<sup>13</sup> «*In reckoning the numbers of the people of the Commonwealth, or of a State or other part of the Commonwealth, aboriginal natives shall not be*

## 7. *La mobilitazione indigena e l'Aboriginal Land Rights Act*

La lunga marcia verso il riconoscimento dei diritti civili si è intrapresa grazie ai movimenti di protesta aborigeni, che ebbero inizio solo a metà del diciannovesimo secolo. Tuttavia, i primi risultati duraturi della lotta contro gli invasori si ebbero nel 1976, quando a Canberra fu approvato l'*Aboriginal Land Rights Act*. Esso fu il primo tentativo ufficiale di riconoscere nel Northern Territory la proprietà terriera aborigena. Tale atto ha permesso finalmente agli Aborigeni di ristabilire la propria identità culturale, restituendo fiducia a quanti erano stati in passato costretti ad abbandonare le terre dei loro antenati e permettendo ai popoli nativi di accrescere il loro grado di coinvolgimento nella vita politica ed economica dell'Australia.

Già dal momento in cui venne stipulato l'atto, le terre che erano state trasformate in riserve naturali vennero restituite ai popoli aborigeni senza bisogno di alcun tipo di pretesa o rivendicazione. Le altre terre dovevano invece essere rivendicate tramite un'apposita azione di rivendicazione (*Land Claim*), ma le uniche terre che potevano essere rivendicate erano quelle non rientranti nel demanio della Corona (*unalienated Crown lands*<sup>14</sup>). Qualora l'azione avesse avuto successo, occorreva che il richiedente dimostrasse un legame tradizionale tra la terra che intendeva rivendicare e la propria famiglia, e che la terra non fosse già affittata, non si trovasse in città o non fosse destinata a qualche scopo particolare. Tuttavia, compiere tali indagini non era così semplice: i richiedenti dovevano fornire una serie di prove all'*Aboriginal Land Commissioner*, un commissario giudiziario della Corte Federale e della Corte Suprema dello Stato del Northern Territory. Esso doveva attestare che i

---

*counted*». In termini, v. Cost. AUS, Part. VII, Sez. 127, abrogata in seguito al referendum del 1967.

<sup>14</sup> «*Unalienated Crown land means Crown land in which no person (other than the Crown) has an estate or interest, but does not include land in a town*». In termini, v. *NT Act 1976/191*, 16 dicembre 1976, in *Part. I - "Preliminary"*, art. 3.

richiedenti fossero a tutti gli effetti i legittimi proprietari e prendere nota di ogni offesa che potesse essere arrecata nei confronti di terzi se l'effetto dell'affidamento si fosse scontrato con un diritto preesistente di uso su quella terra. Il *Commissioner* inviava, poi, la richiesta al *Minister for Aboriginal Affairs*, che è il solo che aveva la facoltà di decidere se incaricare il governatore generale di concedere tutta o solo parte della terra rivendicata. Se la rivendicazione fosse stata definitivamente accettata, la terra sarebbe stata concessa al richiedente sotto il titolo di proprietà fondiaria piena e illimitata (*Unalienable Freehold Title*). Si vennero a formare, quindi, dei corpi rappresentativi degli Aborigeni australiani, i *Land Councils*, incaricati di determinare e gestire i gruppi di periti, legali ed antropologi per assistere la popolazione indigena nei reclami e nella protezione dei luoghi sacri.

Bisogna però considerare alcuni elementi di limitazione dell'*Aboriginal Land Rights Act*: esso è stato applicato solo nel ristretto ambito del Northern Territory e, per di più, dal 1997 è divenuto impossibile rivendicare terre appellandovisi, a causa di alcune clausole inserite dal governo Hawke, finalizzate a promuovere lo sviluppo economico delle aree più remote del Paese, non di rado coincidenti con terre suscettibili di essere rivendicate da parte di nativi<sup>15</sup>. Per cui, oggi può usufruire dei benefici di tale titolo solo chi ha fatto richiesta per il suo ottenimento entro e non oltre il 1997.

### 8. *Il caso Mabo e il Native Title Act*

Un caso di rivendicazione che divenne famosissimo, alla luce dei particolari eventi che da esso scaturirono, è il *Mabo case*.

All'inizio degli anni Ottanta, un giovane isolano dello Stretto di Torres, Edward Koiki Mabo<sup>16</sup>, iniziò un'azione legale di rivendicazione delle proprie terre ancestrali. Il 3 giugno 1992, dopo dieci anni di battaglia legale e a pochi mesi dalla

---

<sup>15</sup> *Aboriginal Land Rights Act Amendment* 2006/111, 4 dicembre 2006.

<sup>16</sup> Sull'argomento, v. N. LOOS, *Eddie Koiki Mabo: His Life and Struggle for Land Rights*, Brisbane, 2013, pp. 2 ss.

scomparsa di Mabo – che purtroppo non conobbe mai il risultato della sua azione – la *High Court of Australia* accolse non solo la richiesta di rivendicazione della terra, ma riconobbe l'esistenza in capo a tutti i nativi australiani del diritto di riscattare la proprietà della terra e ricevere un compenso monetario nel caso in cui il riscatto fosse andato a buon fine: il cosiddetto *Native Title*<sup>17</sup>. Per la prima volta dopo più di duecento anni venne riconosciuto che le terre abitate dalle tribù indigene da migliaia di anni prima della colonizzazione inglese non fossero «terra di nessuno», e che la dottrina stessa della *Terra Nullius* fosse fondata su una presunzione legale errata, che implicava la erronea negazione del fatto che tali popoli non avessero un assetto legale stabile riguardo l'occupazione e l'uso della terra. In definitiva, nel 1993 venne redatto il *Native Title Act*.

Tuttavia, in maniera simile all'*Aboriginal Land Rights Act*, i gruppi indigeni possono vedersi riconosciuto il *Native Title* solo a costo che dimostrino di aver ininterrottamente esercitato le loro leggi tradizionali, a seguire i loro usi e costumi tradizionali e di aver mantenuto una connessione con la terra (che può sostanziarsi nel diritto di vivere o accamparsi nella terra, officiare cerimonie religiose, cacciare, pescare e così via)<sup>18</sup>. Tale pratica non si rivela sempre semplice e spesso

---

<sup>17</sup> «*The common law of this country recognizes a form of native title which, in the cases where it has not been extinguished, reflects the entitlement of the indigenous inhabitants, in accordance with their law and custom, to their traditional lands and that, subject to the effect of some particular Crown leases, the land entitlement of the Murray Islanders in accordance with their laws and customs is preserved, as a native title, under the law of Queensland*». In termini, v. *Mabo v. Queensland (No. 2)*, 1992/175, 3 giugno 1992, HCA, Sez. 2.

<sup>18</sup> «*Native title to particular land [...], its incidents and the persons entitled thereto are ascertained according to the laws and customs of the indigenous people who, by those laws and customs, have a connection with the land. It is immaterial that the laws and customs have undergone some change since the Crown acquired sovereignty provided the general nature of the connection between the indigenous people and the land remains. Membership of the indigenous people depends on biological descent from the indigenous people and on mutual recognition of a particular person's membership by that person and by the elders or other persons enjoying traditional authority among those people*». Sul punto, v. *Mabo v. Queensland (No. 2)*, 1992/175, 3 giugno 1992, HCA, Sez. 83 (6).

richiede l'aiuto di antropologi che svolgano delle perizie sul terreno, pratiche che nella maggior parte dei casi sono precluse ai richiedenti poiché al di fuori delle loro capacità economiche. Alcune zone poi, sono escluse dalle terre in cui il diritto dei nativi possa essere esercitato: le proprietà private residenziali, le fattorie detenute con proprietà privata, le aree di affitto pastorale o agricolo, le zone a scopo di affitto residenziale, le strade, le scuole e gli ospedali. Inoltre, sebbene alcuni diritti su talune terre siano stati a tutti gli effetti rivendicati, essi possono essere in qualche misura ancora soggetti alla legge australiana: i detentori di *Native Title* non hanno il diritto di proibire un ipotetico sviluppo futuro sulla loro terra, poiché il governo e le imprese private hanno la possibilità di negoziare con i nativi contratti, definiti *Indigenous Land Use Agreements* (ILUA), riguardanti il futuro uso o sviluppo della terra<sup>19</sup>. I detentori di *Native Title* sono, in un certo senso, enormemente svantaggiati da tale pratica contrattuale, poiché non è riconosciuta loro alcuna facoltà di bloccare le operazioni sulla loro terra; inoltre numerose sono le difficoltà relative alla comprensione legale di tali accordi, considerato anche che molti aborigeni hanno una limitata comprensione della lingua inglese e la parlano come seconda o terza lingua. Per quanto riguarda, infine, il caso delle attività minerarie, è stabilito che il governo debba comunicare ai detentori del titolo nativo sulla terra ogni nuova proposta al riguardo, fatta però eccezione per il caso in cui si ricorra all'espedito del *fast track*, ossia la possibilità di prescindere dalla fase di negoziazione e di informazione del detentore del titolo sulla terra, solo nei casi in cui il progetto non richieda un gran numero di scavi sul terreno<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Per approfondimenti, v. N. RISEMAN, *In Defence of Country: Life Stories of Aboriginal and Torres Strait Islander Servicemen & Women*, Canberra, 2016, pp. 27 ss.

<sup>20</sup> L'Australia è attualmente uno degli Stati più ricchi al mondo. In tempi recenti, il settore minerario ha subito un vero e proprio *boom*: il *Native Title Act* ha garantito agli Aborigeni opportunità limitate per quanto riguarda l'amministrazione delle miniere, di cui le loro terre sono ricche. Un profilo preoccupante riguarda il complesso rapporto tra i popoli nativi, le società minerarie e il *Commonwealth* australiano. Per una più ampia disamina, v. J. ALTMAN-D. MARTIN, *Power, Culture, Economy: Indigenous Australians and Mining*, Canberra, 2009, pp. 1-10.

Il *Native Title Act* ha subito, nel tempo, alcuni emendamenti. È nel 1996 che la *Australian High Court* prese la sua decisione riguardo al cosiddetto caso *Wik*, che concerne la rivendicazione da parte di nativi di terre che erano già oggetto di affitto pastorale, quindi escluse dalle terre su cui il titolo nativo potesse sorgere. Il popolo *Wik* di Cape York, in Queensland, rivendicò la possibilità di far sorgere il *Native Title* nelle terre di affitto pastorale. La Corte sostenne che fosse possibile far coesistere il titolo nativo con i diritti degli affittuari pastorali ma, qualora i diritti degli affittuari fossero entrati in conflitto con quelli dei popoli indigeni, i primi avrebbero prevalso. I pastori mantennero dunque il diritto al pascolo nelle terre, ma non un diritto esclusivo sulla terra stessa: da qui le numerose rivolte di pastori e agricoltori che chiesero che il *Native Title* fosse definitivamente estinto. Il governo Howard approfittò della situazione per stipulare, nel 1998, il *Native Title Amendment Act*<sup>21</sup>, che legittimava i pastori ad operare sulla terra, oltre al pascolo, numerose altre attività senza dover negoziare con gli interessi dei detentori del titolo nativo.

Furono numerose, nel corso del tempo, le difficoltà incontrate dai nativi ad intavolare negoziazioni con imprese o gruppi di «*Whitefellas*»<sup>22</sup> interessati alle terre: si può dunque affermare che il sistema *Native Title* non sia stato così efficiente come strumento di sviluppo economico del popolo indigeno.

### *9. Integrazione o riconoscimento della differenza: questo è il problema*

I nativi hanno ottenuto il riconoscimento ufficiale di popolo grazie alla stretta relazione instaurata con le Nazioni Unite, che hanno contribuito ad esternalizzare le sfide che la diplomazia indigena si era ritrovata a fronteggiare da sola. L'articolo 73 della Carta delle Nazioni Unite fa espresso riferimento

---

<sup>21</sup> «*An act is a previous non-exclusive possession act if: [...] it consists on the grant of a non-exclusive agricultural lease or a non-exclusive pastoral lease*». Al riguardo, v. *Act 1998/97*, 6 luglio 1998, Div. 2B, art. 23F.

<sup>22</sup> Termine usato dagli Aborigeni australiani per fare riferimento, in generale, ai bianchi.

all'obbligo di assunzione di responsabilità da parte degli Stati membri per l'amministrazione dei territori la cui popolazione non abbia ancora raggiunto la piena autonomia, riconoscendo preminenti gli interessi degli abitanti di tali territori. Grazie alle Nazioni Unite si è raggiunta a livello mondiale la consapevolezza che i problemi riguardanti i popoli indigeni fossero problemi condivisi dalla comunità internazionale. Nei dibattiti riguardanti l'applicazione dei diritti umani a livello internazionale, è stato posto l'accento sulla peculiarità della forma di organizzazione sociale aborigena: la loro identità è impenetrabile se non ricollegata col concetto di terra, che sta alla base della loro visione del mondo<sup>23</sup>. Si può dire che dal punto di vista internazionale si sia vissuto un vero e proprio «Rinascimento Indigeno»<sup>24</sup>.

Nonostante i dati formali ci mostrino come l'Australia sia ad oggi considerata parte del gruppo degli ordinamenti maggiormente avanzati e garantisti dal punto di vista del riconoscimento e del rispetto dei diritti umani fondamentali, dal punto di vista effettivo ancora oggi sono registrati dei continui e persistenti interventi restrittivi sui diritti della minoranza aborigena. Con l'avanzare della modernità, i popoli indigeni si sono ritrovati sempre più costretti ad accettare le conseguenze di una società in evoluzione. Complice di ciò è, a livello europeo, anche la nascita del concetto di Eurocentrismo, a causa del quale ancor di più i popoli indigeni iniziano ad esser visti come «*international othernes*»: ciò che è altro e non può essere riconosciuto come appartenente agli Stati europei<sup>25</sup>.

Quando, nel 2006, fu steso il testo della Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti dei Popoli Indigeni<sup>26</sup>, ratificata da 30 dei 47 membri del Consiglio per i Diritti Umani con 143 voti, fu solo l'Australia – insieme a Canada, Nuova Zelanda e Stati Uniti

---

<sup>23</sup> UN, «*Human Rights*», in *State of the World's Indigenous People 2009/328*, p. 190.

<sup>24</sup> Sul termine, v. J. Y. HENDERSON, *Indigenous Diplomacy and the Rights of People: Achieving UN Recognition*, Vancouver, 2008, p. 34.

<sup>25</sup> Tali rilievi sono presenti in J. Y. HENDERSON, *Indigenous Diplomacy and the Rights of People: Achieving UN Recognition*, Vancouver, 2008, p. 16.

<sup>26</sup> UNDRIP 61/295, 13 settembre 2007, reperibile in traduzione italiana alla voce [https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_it.pdf](https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_it.pdf).

– ad ostarne l’approvazione: non a caso sono questi i quattro Stati del mondo maggiormente interessati dalla presenza di popolazioni indigene, spaventati dalla possibilità di un loro riconoscimento quale popolo. In effetti, la dichiarazione all’articolo 3 affermava chiaramente il diritto di autodeterminazione dei popoli indigeni, in virtù del quale essi individuano autonomamente il proprio *status* politico e perseguono liberamente il proprio sviluppo economico, sociale e culturale<sup>27</sup>; gli Stati devono adottare misure effettive a protezione dei diritti dei popoli indigeni e combattere discriminazioni di ogni tipo. Questo è stato un passo importante per i popoli indigeni, le cui esperienze e i cui dolori sono divenuti finalmente oggetto di una vera e propria Dichiarazione. Tuttavia, dal punto di vista legale, tale Dichiarazione non è assolutamente vincolante per gli Stati membri delle Nazioni Unite.

Ciò che i popoli nativi australiani reclamano ancora oggi è il diritto a un coinvolgimento maggiore e diretto ai processi decisionali che ineriscono alle proprie condizioni di vita. Se, da una parte, la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti dei Popoli Indigeni asserisce che le istituzioni siano investite del dovere di salvaguardare i popoli aborigeni, dall’altra, questa previsione è spesso impiegata quale pretesto per confinare gli Aborigeni allo svolgimento di ruoli passivi, quasi fossero meri spettatori. La questione aborigena non potrà mai essere risolta fintantoché questi popoli non saranno resi protagonisti della dinamica finalizzata a ottenere la piena integrazione nella società australiana. Le regole che stanno alla base della società capitalistica inducono a pensare agli Aborigeni come popoli “poveri” e conseguentemente senza alcuna forza di competere con le principali economie, non considerando i benefici che la società può trarre dal loro operato quotidiano: essi preservano l’ecosistema da secoli, svolgendo un ruolo fondamentale nella battaglia contro il cambiamento climatico e nella salvaguardia

---

<sup>27</sup> «*Indigenous peoples have the right to self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development*». Per cui, v. UNDRIP 61/295, 13 settembre 2007, art. 3.

delle specie in via di estinzione. In conclusione, in quest'ottica di persistente "timore" del governo australiano di concedere pieni diritti ai popoli aborigeni affinché essi possano prendere autonomamente decisioni riguardanti le loro terre, il *Native Title*, pur avendo segnato una svolta epocale, appare non tanto il traguardo, quanto l'inizio di un lungo e faticoso cammino legale, che gli Aborigeni hanno intrapreso e continuano a percorrere spesso da soli, con forza e resilienza.

GIULIA CORETTI\*

IDENTITÀ EUROPEA ALLA PROVA. DIRIMERE I  
CONFLITTI IN UNA SOCIETÀ MULTICULTURALE

*The aim of the present paper is to analyse how Europeans are reacting to the massive immigration waves that are interesting European soil and whether the progressive growth of Muslim population can be a threat to Europe identity. We will first deal with the issues of the Europe secularization and multireligious population. Then, we will try to show which integration model has been proven most effective. Finally, we will draw some conclusions on Islam compatibility with European secularism and democracy.*

SOMMARIO: 1. Le radici cristiane dell'Europa, la secolarizzazione e le ondate migratorie. – 2. I Musulmani ed i modelli prevalenti di integrazione interculturale. – 2.1 Il multiculturalismo inglese. – 2.2 L'assimilazionismo francese. – 2.3 La Germania ed il suo modello ibrido – 2.4 Alla ricerca di un modello italiano. – 3. Identità e valori europei a rischio? Il costituzionalismo «meticcio» come via per dirimere i conflitti e costruire le fondamenta per una coesistenza pacifica

*1. Le radici cristiane dell'Europa, la secolarizzazione e le ondate migratorie*

È ampiamente riconosciuto che quasi tutte le formazioni sociali primitive fossero impregnate del sacro, e di conseguenza la religione finisse per riguardare ogni aspetto della vita umana<sup>1</sup>. Ciò è continuato ad essere valido anche per l'antica Grecia e Roma, governate da divinità ed «oracoli parlanti»<sup>2</sup>, per le tribù germaniche che facevano affidamento sull'ordalia per risolvere

---

\*Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Gaetano Azzariti, docente di Diritto Costituzionale presso Sapienza Università di Roma.

<sup>1</sup> C. TAYLOR, *The secular age*, Harvard, 2007, p. 2.

<sup>2</sup> E. B. TYLOR, *Primitive culture*, 2 vol., London, 1871, p. 218.

le controversie, nonché per l'Europa medievale e rinascimentale dove i comportamenti degli individui erano modellati sul rispetto dei precetti religiosi.

Il Cristianesimo ha sicuramente giocato un ruolo decisivo nella formazione di un comune patrimonio culturale europeo, anche per gli stretti rapporti che la Chiesa di Roma ha sempre intessuto e mantenuto con i poteri politici: l'editto di Tessalonica è stato il primo a riconoscere la cristianità come sola religione dell'Impero<sup>3</sup> e Carlo Magno è stato soprannominato padre d'Europa; la donazione di Costantino – rivelatasi da tempo essere un falso – ha legittimato a lungo il potere politico della Chiesa sulla penisola italiana; il diritto canonico ha influenzato istituti del diritto romano – per esempio, nel diritto di proprietà e dei contratti il ruolo della buona fede e delle promesse veniva esaltato in linea con i principi cristiani<sup>4</sup>.

I paesi occidentali hanno ormai, per gran parte, abbandonato questo paradigma: a partire dalla dottrina dei due regni di Lutero<sup>5</sup>, ma specialmente con il secolo dei lumi ed il successivo diffondersi dei movimenti costituzionalisti in tutta Europa, la Chiesa e lo Stato hanno cessato la loro relazione di interdipendenza; la religione è adesso, nella maggior parte dei casi, una questione privata e perciò esclusa da qualsiasi presenza nella sfera pubblica<sup>6</sup> e credere in Dio non è più dato per scontato, ma viene percepito come un'opzione tra molte<sup>7</sup>.

L'Unione europea nei suoi trattati ha escluso ogni riferimento alle sue radici cristiane, anche per favorire l'integrazione tra popoli, soggetti, culture e fedi diverse. Tuttavia, la progressiva secolarizzazione dei costumi ha creato molto disagio, perfino risentimento, in molti gruppi religiosi che

---

<sup>3</sup> Ciò è stato riportato anche nel *Corpus iuris civilis*, precisamente nel Codice (1, 1, 1.).

<sup>4</sup> J. GORDLEY, *The Jurists: A Critical History*, Oxford, 2013, p. 55.

<sup>5</sup> J. STEPHENSON, *The Two Governments and the Two Kingdoms in Luther's Thought*, in *Scottish Journal of Theology*, 2002, Vol. 34, pp. 321-337.

<sup>6</sup> J. CASANOVA, *The Two Dimensions, Temporal and Spatial, of the Secular: Comparative Reflections on the Nordic Protestant and Southern Catholic Patterns from a Global Perspective*. In *Secular or Sacred? The Scandinavian Case of Religion in Human Rights, Law and Public Space.*, Göttingen, 2014, p. 25.

<sup>7</sup> C. TAYLOR, *op.cit.*, p. 11.

hanno reagito rifiutando del tutto il secolarismo, intendendolo come via ad un mondo profano in opposizione a quello religioso-sacro<sup>8</sup>. Questa sensazione di disagio per la progressiva secolarizzazione della sfera pubblica è anche più pronunciata in quei gruppi di immigrati che provengono da mondi in cui la religione gioca un ruolo decisivo nella costruzione dell'identità di un individuo, fino a fare affermare ad alcuni autori che alcune di queste culture, religioni (come l'Islam) sono incompatibili con il secolarismo<sup>9</sup>.

Le recenti ondate migratorie di immigrati di religione musulmana in Europa occidentale hanno sconvolto gli equilibri raggiunti in termini di rapporti tra Chiesa e Stato e hanno fatto risorgere conflitti religiosi che ormai sembravano sopiti, o quantomeno marginali, nel continente.

## *2. I Musulmani ed i modelli prevalenti di integrazione interculturale*

Dall'inizio del conflitto siriano, milioni di profughi hanno cercato rifugio in Europa; nel 2015, ben 1.320.000 persone hanno provato a fare domanda di asilo<sup>10</sup>. Anche se l'accordo tra UE e Turchia, siglato nel marzo del 2016, ha tentato di diminuire i flussi e la pandemia sta adesso riducendo la possibilità di ingresso in Europa<sup>11</sup>, si sa poco di quello che potrebbe verificarsi nello scenario post-pandemico. Nel 2016, la popolazione di religione musulmana – la componente prevalente nei flussi – rappresentava il 4.9 % sul totale della popolazione europea: in Francia l'8.8 % (5.720.000 persone), in Germania il 6.1 % (4.950.000 persone); in Inghilterra il 6.3 % (4.130.000

---

<sup>8</sup> J. CASANOVA, *op.cit.*, p. 24.

<sup>9</sup> L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual: The Origin of Western Liberalism.*, Cambridge, Massachusetts, 2014, p. 350.

<sup>10</sup> PEW RESEARCH CENTRE, *Number of Refugees to Europe Surges to Record 1.3 Million in 2015*, in <https://www.pewresearch.org/global/2016/08/02/number-of-refugees-to-europe-surges-to-record-1-3-million-in-2015/>.

<sup>11</sup> L. TONDO, *Journeys of hope: what will migration routes into Europe look like in 2021?*, in <https://www.theguardian.com/global-development/2021/jan/14/journeys-of-hope-what-will-migration-routes-into-europe-look-like-in-2021>.

persone). Anche se nei prossimi anni dovessero irrealisticamente arrestarsi del tutto le migrazioni, il numero di musulmani sembra comunque destinato a duplicarsi entro 30 anni<sup>12</sup>. Se poi prendiamo in considerazione dati relativi all'affiliazione religiosa in Europa, tra gli anni 2010 e 2020 si può notare che il numero dei cristiani sta progressivamente diminuendo, mentre sta aumentando il numero dei musulmani e delle persone non affiliate ad alcuna associazione religiosa<sup>13</sup>.

Dal momento che il numero dei musulmani europei sembra destinato ad aumentare, è importante capire come l'Europa e i suoi Stati membri debbano affrontare il problema della loro integrazione. Si farà riferimento in particolare alle politiche messe in atto da Inghilterra, Francia e Germania per la diversità delle soluzioni proposte. Si analizzerà, inoltre, come l'integrazione dei musulmani nei tre differenti paesi possa essere interpretata come un processo già predeterminato dai sistemi giuridici e costituzionali e dalle relazioni Stato-Chiesa presente in ognuno dei paesi analizzati<sup>14</sup>.

## 2.1 *Il multiculturalismo inglese*

In Inghilterra si è andato affermando il cd. multiculturalismo, un modello di integrazione che consente alle minoranze religiose di preservare la loro identità, lingua e valori nel rispetto dei limiti sanciti dalla costituzione e dalle leggi, consentendo l'attiva partecipazione delle minoranze alla vita politica<sup>15</sup>; in una sorta di *salad bowl*<sup>16</sup>, ogni elemento conserva la propria autonomia rispetto agli altri. In questo tipo di modello i conflitti dovrebbero essere prevenuti dallo stesso fatto che

---

<sup>12</sup> PEW RESEARCH CENTRE, *Europe's Growing Muslim Population*, in <https://www.pewforum.org/2017/11/29/europes-growing-muslim-population/>

<sup>13</sup> PEW RESEARCH CENTRE, *Global religious futures project*, in [http://www.globalreligiousfutures.org/regions/europe/religious\\_demography#/?affiliations\\_religion\\_id=0&affiliations\\_year=2010](http://www.globalreligiousfutures.org/regions/europe/religious_demography#/?affiliations_religion_id=0&affiliations_year=2010).

<sup>14</sup> C. SOPER & J. FETZER, *Religious Institutions, Church-State History and Muslim Mobilisation in Britain, France and Germany*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 33:6, p. 938.

<sup>15</sup> M. BARTON, *The Cardinals of Schengen*, 2008, p. 67.

<sup>16</sup> P. LILLO, *Religione e immigrazione nella prospettiva costituzionale*, *Federalismi.it*, n.19/2017, p. 5.

nessuno dovrebbe sentirsi minacciato nella libera espressione della sua identità – che anzi è formalmente riconosciuta dallo Stato<sup>17</sup> – sull’assunto di Locke che il forzare l’uniformità religiosa porti a maggiore disordine sociale rispetto a che ammettere le diversità.

Adottando queste soluzioni, l’Inghilterra ha ribadito la sua apertura nell’andare incontro ai bisogni religiosi dei vari gruppi, specialmente dei musulmani: un esempio di ciò può ritrovarsi nella creazione di numerose scuole islamiche<sup>18</sup> e nella possibilità di riconoscimento di alcune sentenze dei tribunali shariatici quando compatibili con i diritti fondamentali dell’uomo<sup>19</sup>. Nonostante la presenza di una Chiesa di Stato avesse teoricamente potuto porre delle barriere all’integrazione dei musulmani, i collegamenti esistenti fra la Chiesa di Inghilterra e lo Stato hanno spinto i gruppi religiosi a chiedere il riconoscimento formale dei loro diritti<sup>20</sup>.

Un limite di questo modello si riscontra nel fatto che enfatizzare le differenze e le specifiche identità non sempre porta ad un adeguato grado di coesione sociale.

## *2.2 L’assimilazionismo francese*

La Costituzione francese stabilisce all’art. 1 che la Francia è una Repubblica, indivisibile, secolare, democratica e sociale. Concentrandosi sul termine secolare, le relazioni tra Chiesa e Stato sono ispirate al cd. principio di laicità, che postula il confinamento della religiosità all’interno della sfera privata di ciascun individuo. Nella vita pubblica, i credenti non devono mostrare alcun segno o intrattenersi in alcun atteggiamento che possa essere spia della loro affiliazione religiosa<sup>21</sup> e anche il

---

<sup>17</sup> R. GUOLO, *Modelli di integrazione culturale in Europa*, [www.italianieuropei.it](http://www.italianieuropei.it), 2009, p. 3.

<sup>18</sup> C. SOPER & J. FETZER, *op.cit.*, p. 935.

<sup>19</sup> Più precisamente sulla base dell’*Arbitration Act* del 1996, entrambe le parti devono accettare l’autorità della sentenza che non deve essere incompatibile con i diritti umani; a queste condizioni, anche una sentenza di un tribunale shariatico può essere riconosciuta in un tribunale inglese.

<sup>20</sup> C. SOPER & J. FETZER, *op.cit.*, p. 936.

<sup>21</sup> *Ivi*, p. 937.

pregare in pubblico, rifiutare di mangiare certi tipi di cibo o indossare particolari capi di abbigliamento potrebbe essere visto come una violazione del principio. Il modello di integrazione francese consiste nel riconoscere ai gruppi religiosi il diritto all'eguaglianza di fronte alla legge, ma di fatto omogenizza la loro cultura con quella prevalente nel paese repubblicano realizzando il cd. assimilazionismo, che crea una sorta di *melting pot* (minestrone, brodaglia) tra le diverse culture<sup>22</sup>.

L'integrazione dovrebbe funzionare per via della condivisione di una lingua ed educazione condivisa, nonché per l'aderenza ai principi fondamentali dello Stato<sup>23</sup>; la cittadinanza è ottenuta sulla base dello *ius soli*, anche se il meccanismo puro è stato corretto richiedendo la conoscenza della lingua francese e l'adesione ai valori repubblicani<sup>24</sup>.

La Francia è stata assai meno disposta dell'Inghilterra a soddisfare i bisogni religiosi dei vari gruppi, in linea con il suo credo repubblicano che pone la laicità al di sopra di ogni altro valore. Nel settore dell'istruzione il multiculturalismo è stato dichiarato un modello non adeguato dall'attuazione della legge n. 228 del 2004 sull'applicazione del principio di laicità che vietava il possesso di segni di appartenenza religiosa nelle scuole<sup>25</sup> – molte ragazze sono state espulse per essersi rifiutate di rimuovere lo *hijab*<sup>26</sup>. Dal 2016 poi molte città della Francia hanno adottato i cd. *burkini ban* in risposta agli attentati terroristici di Parigi e Nizza<sup>27</sup>, che nella coscienza collettiva

---

<sup>22</sup> P. LILLO, *op.cit.*, p. 5.

<sup>23</sup> G. SALE, *L'immigrazione in Europa e i diversi modelli di integrazione*, in <https://www.laciviltacattolica.it/articolo/immigrazione-in-europa-e-i-diversi-modelli-di-integrazione/>.

<sup>24</sup> F. OCCHETTA, *La cittadinanza in Italia. Tra «ius sanguinis» e «ius soli»*, in <https://stefanoceccanti.files.wordpress.com/2017/06/occhetta-cittadinanza.pdf>.

<sup>25</sup> Legge n. 228/2004, art. 1: «*Dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit*».

<sup>26</sup> C. SOPER & J. FETZER, *op.cit.*, p. 935.

<sup>27</sup> L. DEARDEN, *Burkini ban: Why is France arresting Muslim women for wearing full-body swimwear and why are people so angry?*, in <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/burkini-ban-why-france-arresting-muslim-women-wearing-full-body-swimwear-and-why-are-people-so-angry-a7207971.html>.

hanno rappresentato il chiaro fallimento del modello francese di integrazione.

### *2.3 La Germania ed il suo modello ibrido*

La Germania ha realizzato una via di mezzo tra il modello inglese e francese. Nonostante stabilisca una formale separazione tra Chiesa e Stato, la Costituzione tedesca permette un certo grado di cooperazione tra lo Stato ed i gruppi religiosi<sup>28</sup>, e questa cooperazione è particolarmente stretta per via della forte presenza della Chiesa Cattolica nel Paese<sup>29</sup>. Se si legge l'art. 140 della Costituzione, si può notare come il testo attuale incorpori alcune delle previsioni della Costituzione di Weimar riguardanti la religione e la società: esse stabiliscono la libertà di affiliazione religiosa (art. 136 Cost.), l'indipendenza delle organizzazioni religiose dallo Stato (art. 137, co. 3 Cost.) e la possibilità per le associazioni religiose formalmente riconosciute come tali dallo Stato di tassare i propri membri (art. 137, co. 6 Cost.).

Il modello di integrazione tedesco può essere visto come un ibrido tra l'assimilazionismo francese ed il multiculturalismo inglese: il Paese, infatti, è stato molto più disponibile della Francia ad accogliere i bisogni religiosi della popolazione musulmana residente nel territorio, ma allo stesso tempo nessun *Länder* tedesco ha riconosciuto uno *status* differenziato ad alcun gruppo religioso. Dal momento che la Costituzione tedesca prevede che l'educazione rientri negli insegnamenti impartiti in ambito scolastico (art. 7, co. 3 Cost.), a Berlino le autorità scolastiche hanno permesso agli studenti musulmani di frequentare insegnamenti di religione islamica ed in alcune regioni i pubblici funzionari si sono spinti al punto di scrivere loro stessi i libri richiesti per i corsi di religione islamica, assicurandosi quindi che l'*Islam* insegnato nelle scuole fosse

---

<sup>28</sup> G. GESLEY, *The Relationship Between Church and State in Germany*, in <https://blogs.loc.gov/law/2017/12/the-relationship-between-church-and-state-in-germany>.

<sup>29</sup> C. SOPER & J. FETZER, *op.cit.*, p. 938.

pienamente compatibile con i principi fondamentali dello Stato tedesco<sup>30</sup>.

Questo modello ibrido sembra nella maggior parte dei casi garantire un buon livello di integrazione, specialmente da quando la Germania ha abbandonato la sua politica di ottenimento della cittadinanza incentrata sullo *ius sanguinis* prevedendo accanto a questa una forma moderata di *ius soli*.

#### 2.4 Alla ricerca di un modello italiano

In Italia manca un vero e proprio modello di integrazione, anche per via del fatto che ai grandi flussi migratori che hanno interessato la penisola nello scorso decennio è stato attribuito carattere puramente emergenziale. La forte presenza di associazioni umanitarie, anche di natura religiosa, hanno colmato in parte le lacune organizzative dello Stato nella gestione del fenomeno, ma mancano ancora delle risposte politiche univoche a lungo termine: basti pensare alle mancate modifiche alla legge 5 febbraio 1992, n. 91, contenente norme sull'acquisizione della cittadinanza – ancora oggi prevalentemente basata sullo *ius sanguinis* e con quasi nessuna ipotesi di *ius soli*, nonché alla mancata stipula di un'intesa ex art. 8 Cost. fra lo Stato e l'*islam* italiano<sup>31</sup>. Considerando che i musulmani in Italia sono circa 1.7/2 milioni e rappresentano quindi il 3% della popolazione<sup>32</sup>, è necessario superare l'*impasse* in cui ci si è arenati.

---

<sup>30</sup> *Ivi.*, p. 935.

<sup>31</sup> A. GIANNONI, *L'intesa tra Stato e islam rimane un miraggio: nuove moschee addio*, in <https://www.ilgiornale.it/news/politica/lintesa-stato-e-islam-rimane-miraggio-nuove-moschee-addio-1459181.html>.

<sup>32</sup> G. MOSCA, *Lo Stato italiano avrebbe tutto da guadagnare a stringere un'intesa con gli islamici, ma se non avviene la colpa è anche loro*, in <https://it.businessinsider.com/islam-in-italia-comunita-frastagliate-e-nessun-dialogo-con-lo-stato/>.

3. *Identità e valori europei a rischio? Il costituzionalismo «meticcio» come via per dirimere i conflitti e costruire le fondamenta per una coesistenza pacifica*

Alle sue origini, il secolarismo in Europa era diretto contro il potere istituzionale, l'influenza politica e l'autorità culturale della Chiesa, ed era generalmente un'ideologia di sinistra<sup>33</sup>. Possiamo menzionare, come esempio estremo di questa tendenza, la decristianizzazione della Francia voluta da Robespierre nel 1794, quando la superstizione della Cristianità è stata sostituita dalla dea Ragione, con una nuova trinità da venerare: Libertà, Uguaglianza, Fraternità<sup>34</sup>. Oggigiorno, invece, il secolarismo è utilizzato dai partiti di destra come ideologia da opporre contro i migranti di religione musulmana e verso i loro discendenti, la cui religiosità è vista come minacciosa<sup>35</sup>.

La crisi dei migranti ha trovato l'Europa impreparata sia dal punto di vista materiale che culturale: si sono avute forti tensioni tra i fautori di un cristianesimo umanitario e quanti invece hanno abbracciato un cristianesimo identitario anti-musulmano<sup>36</sup>; se nel primo si riscontra molta aderenza ai genuini valori cristiani, nel secondo – sostiene Brubaker, – la cristianità è vista come un elemento di civilizzazione in opposizione all'Islam, il secolarismo è visto come un modo di minimizzare la visibilità dell'*islam* nello spazio pubblico, e il liberalismo con le sue battaglie per i diritti delle donne, degli omosessuali, per la libertà di parola, è abbracciato come un modo di caratterizzazione del nostro modo di vivere in antitesi all'illiberalismo islamico<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> R. BRUBAKER, *Between nationalism and civilizationism: the European populist moment in comparative perspective*, in *Ethnic and Racial Studies*, 2007, 40:8, p. 1201.

<sup>34</sup> LANDMARK EVENT, *Robespierre and the National Convention Inaugurate New Religion, 1794*, in <https://landmarkevents.org/robespierre-and-the-national-convention-inaugurate-new-religion-1794/>.

<sup>35</sup> R. BRUBAKER, *op. cit.*, p. 1201.

<sup>36</sup> G. ANDREIČ, *Infiltrators, Imposters, or Human Beings? The Slovenian Socio-Political Imaginary, Christianity, and the Responses to the 2015–2016 Migrant Crisis*, in *Religion in the European Refugee Crisis*, 2018, p. 40.

<sup>37</sup> R. BRUBAKER, *op. cit.*, p. 1194.

Con regolarità, l'opinione pubblica si divide e si scontra sulla compatibilità dell'*Islam* con la democrazia europea, sulla eventualità che la crescente popolazione di religione musulmana possa a mano a mano diventare prevalente in Europa e mettere a rischio la nostra identità ed i nostri valori. Come però sostenuto da Bayat nel suo articolo *Islam and democracy. What is the real question?*, chiederci se l'*Islam* sia compatibile con la democrazia è una domanda già di per sé mal posta, in quanto le società musulmane non sono dei monoliti, mai religiose per definizione, né la loro cultura confinata alla sola religione<sup>38</sup>. Come per il cristianesimo, c'è una versione dell'*Islam* che può convivere con il secolarismo e la democrazia: è compito dell'Europa creare le condizioni sociali e politiche per il suo sviluppo pacifico.

Nella costruzione di un modello di integrazione ideale l'elogio della diversità non dovrebbe essere assunto come paradigma buono in sé per sé ma, allo stesso tempo bisognerebbe evitare di incorrere nel cd. colonialismo culturale<sup>39</sup>. Inoltre, se prima la laicità era prevalentemente vista come una garanzia della libertà delle coscienze, oggi è necessario ripensare questo paradigma anche per dare spazio alla manifestazione delle identità di gruppi minoritari, che chiedono riconoscimento nello spazio pubblico – spetta agli Stati membri stabilire con quali modalità e in quale misura<sup>40</sup>. Come infine ricordato da Azzariti nel suo *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?* se il diritto costituzionale vuole continuare ad essere inteso come *lex superior* anche nel contesto delle nuove migrazioni, deve assumere le forme di un diritto «meticcio<sup>41</sup>» che sappia allo stesso tempo accogliere le istanze di tutela dei diritti senza però rinunciare al suo carattere prescrittivo. Solo in questo modo si può sperare di riuscire a governare i conflitti e allo stesso tempo porre le basi per una

---

<sup>38</sup> A. BAYAT, *Islam and Democracy: What is the Real Question?*, ISIM Papers, N8. Amsterdam, 2007, p. 7.

<sup>39</sup> G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, p. 96.

<sup>40</sup> F. MACIOCE, *La laicità e l'integrazione sociale: un rapporto ambiguo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 27/2016, p. 7.

<sup>41</sup> G. AZZARITI, *op.cit.*, p. 117.

*Identità europea alla prova. Dirimere i conflitti in una società multiculturale*

coesistenza pacifica nelle nostre società pluralistiche e multiethniche.



FRANCESCO TOMASICCHIO\*

ALCUNI RISVOLTI E ALCUNE PROBLEMATICHE  
DELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE ITALIANO  
ALLA LUCE DEL REFERENDUM DEL 2020

*This work aims to highlight the legal consequences of the recent Italian constitutional referendum on the relative legal order and on the future political equilibrium. The work adopts a highly critical approach regarding the outcome of the vote which led to a drastic cut in parliamentary representation and tries to illustrate the main criticalities of the new Italian constitutional structure.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le (non) ragioni di questa riforma costituzionale. – 3. Il parlamentarismo italiano tra «delegittimazione» e «auto-delegittimazione» e l'ombra del presidenzialismo. L'importanza della riaffermazione della centralità del parlamento contro l'ondata revisionista.

1. *Introduzione*

Il 20 settembre del 2020 in Italia, come noto, oltre alle elezioni amministrative, si è votato altresì per il referendum costituzionale concernente la riduzione del numero dei parlamentari di entrambe le Camere (da 630 membri a 400 la Camera dei deputati e da 315 a 200 il Senato).

L'esito referendario – come già preannunciato – si è rivelato inequivocabile: il SÌ al taglio ha ottenuto il 69,96% dei voti favorevoli, mentre il NO un significativo – rispetto ai pronostici dei sondaggi antecedenti – ma insufficiente 30,04%<sup>1</sup>.

Ora, in questa sede, si cercherà di svolgere una breve analisi ed alcune riflessioni sulle conseguenze (*in primis* il

---

\*Dottore in Giurisprudenza presso Sapienza Università di Roma. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il Prof. Gaetano Azzariti, docente di Diritto Costituzionale presso Sapienza Università di Roma.

<sup>1</sup> Per maggiori informazioni sulla votazione referendaria si rinvia a [elezionistorico.interno.gov.it](http://elezionistorico.interno.gov.it).

rischio di una deriva presidenzialista della forma di governo) che il taglio ‘drastico’ della rappresentanza in Italia rischia di comportare e, ancora, di porlo in relazione con alcuni aspetti, già in crisi da diversi anni, dell’organizzazione politica ed istituzionale italiana, i partiti sovra tutti<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> La crisi del partito politico inteso come “struttura” è stata ben descritta, prima ancora che essa si concretizzasse, con grande intuizione, da A. FANFANI, *Tre rivoluzioni industriali, due guerre mondiali, e ora?* presenti in varie carte dattiloscritte dell’autore datate 1991e curate da M. Poettinger, ora in *Dall’Eden alla terza rivoluzione industriale. Un inedito*, Firenze, 2014, pp. 159 ss., il quale osserva come i partiti politici «se non si curano s’ammaleranno seriamente – come spesso si constata – di sclerosi ideologica, di paralisi strutturale, di impotenza politica, nonché intrusioni e collusioni di ogni genere. Il tutto accentuerà la disaffezione degli iscritti per ciascun partito e la contestazione dei cittadini per il sistema dei partiti. Ma quel che è più grave, la senescenza impotente porterà i partiti a non poter più esercitare la loro funzione naturale di ponte tra i cittadini e la comunità. Questa non percepirà più i servizi che da essa attendono i cittadini. Le istituzioni comunitarie non intenderanno quali servizi è bene rendano. I cittadini, stanchi, finiranno per ripudiare l’intero sistema democratico. Il rimedio è ancora uno solo: riportare all’origine della vita di ogni sistema comunitario anche il sistema democratico dei partiti».

L’argomento è altresì trattato dettagliatamente da G. AZZARITI, *La crisi dei partiti come crisi della loro capacità rappresentativa*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassarre. Il diritto costituzionale come regola e limite del potere*, vol. V., sez. I: *Della democrazia e delle sue dinamiche*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Napoli, 2009, pp. 1777 ss.; ID., *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, pp. 47-48, sostiene che «... la crisi profonda dei partiti politici nazionali, così come l’incapacità a far nascere partiti politici postnazionali o transnazionali, siano strettamente legate alla parallela crisi della rappresentanza politica, ovvero all’incapacità rappresentativa degli attuali partiti politici, soprattutto in Italia. Da questa persuasione discende la logica conclusione che nessuna riforma istituzionale o modifica del sistema elettorale sarà sufficiente per superare un’endemica crisi dei partiti. Solo un recupero di effettiva capacità rappresentativa potrà “salvare” le formazioni politiche dal loro auto-dissolvimento. Il tracollo dei partiti rappresenterebbe un esito nefasto, che trascinerebbe con sé l’intera rappresentanza politica, e dunque l’essenza della democrazia rappresentativa moderna»; ID., *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma-Bari, 2016, pp. 222 ss. Per una visione ‘diacronica’ dei partiti politici in Italia si tenga in considerazione G. GALLI, *I partiti politici italiani (1943/2000). Dalla resistenza al governo dell’ulivo*, Milano, 2001.

## *2. Le (non) ragioni di questa riforma costituzionale*

Orbene, si dice che l'esigenza primaria che abbia spinto il Parlamento ad approvare, per mezzo del procedimento aggravato posto dall'art. 138 della Costituzione, la riforma degli artt. 56 e 57 Cost. sia stata dettata dalle oramai note e celebri esigenze di risparmio e di taglio dei costi della politica (ammesso e non concesso che siano rilevanti e che, soprattutto, la rappresentanza politica configuri un costo ritenuto non indispensabile e, pertanto, da tagliare)<sup>3</sup>. In secondo luogo, si ravvisa, sempre più, la necessità – e trattasi di una necessità trasversale e non meramente di una esclusiva parte politica – di compiere una sorta di *reductio ad unum* all'interno di ogni moderno raggruppamento politico, la quale consentirebbe ai nuovi protagonisti della scena politica, ovvero non più i partiti come espressione di una volontà plurale ma i loro rispettivi 'capi', di controllare e dirimere, a seconda del proprio indirizzo e delle contingenze del momento, le scelte da compiersi. A tal proposito, come si tenterà di mettere in luce nel prosieguo di questa breve trattazione, tra le ossessioni 'revisioniste' e 'governiste' vi è anzitutto la rimozione del divieto di mandato imperativo; una battaglia ferrea avverso un'eventuale proposta di reintroduzione del finanziamento pubblico ai partiti; una continua delegittimazione delle istituzioni e dei partiti, ma anche, da ultimo, è da registrarsi anche l'auto-delegittimazione – richiamando le affermazioni dell'Azzariti – delle stesse organizzazioni politiche protagoniste del nostro tempo.

Tuttavia, al fine di rispettare le linee guida prefissate, occorre, seppur brevemente, procedere con ordine e, pertanto, analizzare l'esigenza del risparmio manifestata e dai promotori e da coloro che hanno sostenuto e votato in Parlamento la proposta, poi tramutatasi in referendum, della riduzione del numero dei parlamentari italiani, nonché quasi tutte le forze politiche presenti in entrambe le Camere, sia di maggioranza che di opposizione.

---

<sup>3</sup> Tali obiezioni sono state anzitempo sollevate da M. LUCIANI, *Audizione presso la Commissione affari costituzionali della Camera dei deputati*, 27 marzo 2019.

E questo è un dato tutt'altro che indifferente: l'esigenza di ridurre – o meglio di 'autoridursi' – la rappresentanza parlamentare al fine di abbattere i costi della politica non regge, in una cornice così ampia ed imprescindibile come quella del Parlamento come espressione della rappresentanza popolare se la si raffronta con le vere garanzie che il Parlamento stesso è in grado di offrire senza, al giorno d'oggi, eguali. Il fantomatico problema del risparmio aveva (anzi, ha) altre soluzioni più efficaci e meno perniciose per il nostro assetto costituzionale, quali la riduzione dello stipendio del singolo parlamentare (rimanendo, così, invariato il numero dei componenti delle Camere ma provocando comunque un vantaggio economico) o, piuttosto, il vero 'cappio' al collo del nostro sistema politico, rappresentato dal costo delle regioni, della relativa burocrazia ma anche e soprattutto l'onerosità della loro rappresentanza, ritenuta da salvaguardare rispetto al Parlamento nell'ottica del legislatore contemporaneo. Quantunque l'aspetto istituzionale del Parlamento stia vivendo una delle sue crisi più profonde – a causa anche degli stessi componenti che siedono al suo interno – esso rappresenta ancora il principale protagonista della vita politica ed istituzionale del paese, ma da ultimo, anzitutto per via dell'approvazione del taglio del numero dei parlamentari, è sempre più in balia dell'autoreferenzialità dei segretari e leader dei partiti, i quali hanno tratto un più che rilevante vantaggio dall'approvazione di questa riforma. In tal senso, credo si possa sostenere che, in virtù della riforma, il Parlamento italiano abbia intrapreso una deriva di impronta 'decisionista' e 'funzionalista'<sup>4</sup>. Una deriva, quest'ultima, che ben presto tenderà a dimostrarsi effimera quanto dannosa anche per i soggetti politici che, al momento, ne stanno traendo giovamento per disparate ragioni, su tutte l'incombenza e la prevalenza delle 'costituzioni civili', a discapito dei principi costituzionali, imposte dai nuovi sovrani economici che spaziano prettamente

---

<sup>4</sup> L'adozione di una visione 'funzionalista' implica, di riflesso, l'utilizzo prevalente di schemi e criteri tecnocratici per la risoluzione dei conflitti e delle controversie insorgenti, non curandosi e trascendendo ogni tipo di aspetto sociale ed istituzionale; sul punto G. AZZARITI, *Diritto e conflitti*, Roma-Bari, 2010, pp. 185 ss.

all'interno del *diktat* e delle non-regole del mercato sovranazionale, operando *praeter* o *contra constitutionem*<sup>5</sup>.

Tuttavia, ciò che rileva in prima battuta sono le ripercussioni che tale riforma comporta sull'assetto istituzionale del nostro Parlamento, il quale rimane intatto nelle proprie originarie competenze e prerogative, dunque paritario o perfetto che dir si voglia, ma la sua organizzazione interna è *oborto collo* destinata a mutare. In primo luogo, la stessa proposta di revisione non è stata animata da un approfondito, serio e costante dibattito concernente un'idea delle istituzioni ben precisa. Così – tranne qualche breve cenno su di una eventuale legge elettorale – sono stati relegati a problemi secondari e non rilevanti argomenti quali la riforma dei regolamenti parlamentari; la futura composizione delle commissioni; un Senato fortemente ridimensionato nella sua composizione ma immutato nelle sue prerogative che continua a condividere con la Camera; sempre del Senato, il problema interno alla propria organizzazione, nonché la composizione delle Commissioni e la relativa garanzia di assicurare un adeguato svolgimento dei lavori delle stesse, compito quest'ultimo, che rischia di essere il vero nodo della legislatura ventura a causa della riduzione a 200

---

<sup>5</sup> Si veda quanto sostenuto da G. AZZARITI, *Il costituzionalismo*, cit., pp. 40 ss., secondo cui «è in corso un imponente processo di traduzione di un diritto di produzione pubblica in un diritto di origine e fonte privata (o comunque non statale)... Sul piano più tradizionalmente costituzionalistico, ciò ha portato a costatare che, ad esempio, i limiti ai soggetti privati in genere, e alle imprese in particolare (e non solo a quelle multinazionali), sembrano oggi rinvenirsi quasi esclusivamente nei *modelli contrattuali uniformi*, ovvero nei *codici di condotta internazionali* elaborati da soggetti privati del tutto estranei al circuito politico rappresentativo; mentre sempre meno rilievo, è dato ai vincoli e alle limitazioni pubblicistiche, comprese quelle iscritte in costituzione: basta pensare alla sostanziale irrilevanza del vincolo costituzionale dell'*utilità sociale* per le imprese multinazionali, ma forse ormai anche per quelle nazionali». Dal punto di vista delle discipline prettamente privatistiche si tende a parlare di «*estrastatalità del diritto civile*», come in F. VASSALLI, *Estrastatalità del diritto civile*, in *Studi giuridici*, vol. III, tomo II, Milano, 1960, pp. 753 ss.; sull'argomento anche S. RODOTÀ, *Diritto e diritti nell'età della globalizzazione*, in *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sovranazionali*, a cura di S. Scarponi, Milano, 2001, p. 45. Da ultimo, cito anche la recente indagine storica svolta da M. BRUTTI, *Interpretare i contratti. La tradizione, le regole*, Torino, 2017.

membri, ma anche il numero invariato di tre delegati per ogni regione (tranne l'unico previsto per la Valle d'Aosta) chiamati a eleggere il Presidente della Repubblica, come previsto dall'art. 83 Cost., con un peso politico tutt'altro che indifferente alla luce dell'avvenuta riforma. A tal proposito, rimanendo nel solco sin qui delineato, un ulteriore problema è caratterizzato – come previsto dalla stessa Costituzione all'art. 72, commi 2 e 3 – da una eventuale – quanto probabile e comoda – approvazione di legge mediante la procedura di una Commissione riunita nella c.d. sede deliberante<sup>6</sup>, in base alla quale un numero molto ristretto e poco rappresentativo di senatori sarà facilmente in grado di esaminare e approvare un disegno di legge direttamente in Commissione<sup>7</sup>. La stessa riserva d'Aula, prevista dallo stesso comma, rischia di esaurire del tutto la propria funzione di

---

<sup>6</sup> Art. 72, comma 3, Cost., così una delle due camere «Può altresì stabilire in quali casi e forme l'esame e l'approvazione dei disegni di legge sono deferiti a commissioni, anche permanenti, composte in modo da rispecchiare la proporzione dei gruppi parlamentari. Anche in tali casi, fino al momento della sua approvazione definitiva, il disegno di legge è rimesso alla Camera, se il Governo o un decimo dei componenti della Camera o un quinto della commissione richiedono che sia discusso e votato dalla Camera stessa oppure che sia sottoposto alla sua approvazione finale con sole dichiarazioni di voto. Il regolamento determina le forme di pubblicità dei lavori delle commissioni».

<sup>7</sup> Il pericolo provocato da questa 'distorsione' e di un eventuale abuso del ricorso all'approvazione in sede deliberante è stato già rilevato da più parti e più fronti, fra cui G. AZZARITI, *Appunti per le lezioni. Parlamento. Presidente della Repubblica. Corte costituzionale*, III ed., Torino, 2017, p. 62 afferma in merito che «... in tal modo si ottiene una semplificazione e una maggiore rapidità dei lavori parlamentari, tanto più necessarie visto il gran numero di leggi da approvare e la tecnicità di molte, nonché il loro scarso rilievo politico; non può, peraltro, non denunciarsi la carenza del controllo esercitabile in astratto e in concreto esercitato dall'opinione pubblica: la scarsa trasparenza e pubblicità dei lavori in Commissione, in precedenza denunciata, può favorire il non sempre limpido modo di operare dei rappresentanti... Inoltre, le "leggine", ritenute di scarso rilievo politico – e per questo prodotto tipico delle Commissioni "in sede deliberante" – rivestono spesso una grande importanza sul piano economico e investono frequentemente vasti interessi privati. Proprio perciò maggiore e non minore dovrebbe essere l'attenzione alla cura dell'interesse collettivo». Per tale motivo, il pericolo che il ricorso all'approvazione in sede deliberante e, di riflesso, all'approvazione di un numero maggiore di «leggine», si fa sempre più concreto a causa di un Parlamento praticamente dimezzato e non differenziato.

‘contrappeso’ in un Senato di 200 membri, sopra tutto se eletto in guisa maggioritaria. Non solo, ciò comporta altresì un rischio concreto ed esponenziale, rappresentato da una più agevole possibilità per i soggetti extraistituzionali e privati di ottenere – senza l’ostacolo di una omogenea quanto vasta rappresentanza parlamentare – accordi e vantaggi di tipo strettamente corporativo. Pertanto, la riduzione del numero dei membri delle Camere, in particolare come tentato di illustrare per il Senato, comporta il serio rischio di rendere la riunione di una Commissione in sede deliberante uno strumento – concepito in origine come straordinario – ordinario e alquanto pericoloso, da valvola consentita per i disegni di legge dichiarati di urgenza a schema giuridico per eludere in modo rapido e privo di garanzie l’approvazione dell’Aula. Così, si fa sempre più concreta l’idea di un Parlamento non solo specchio, ma anche prigioniero del Governo e della sua oramai conclamata ossessione consistente in un pieno controllo delle Camere e di una pressoché totale paralisi della loro attività.

Alla luce di quanto sin qui asserito, non vi è dubbio che fra le principali conseguenze negative vi sia anzitutto il problema rappresentato da un futuro abuso di approvazione di leggi in Commissione in sede deliberante, soprattutto per quanto concerne il Senato e la sua ridotta composizione numerica; per la mancanza di una differenziazione delle prerogative – in seguito all’approvazione popolare della proposta di revisione – della Camera del senato medesimo (a questo punto, avrebbe avuto maggior senso, nonostante chi scrive creda profondamente nell’importanza del bicameralismo, eliminare il Senato e lasciare esclusivamente la Camera dei deputati, ad esempio)<sup>8</sup>;

---

<sup>8</sup> Il tema della «differenziazione» dei compiti di una camera dall’altra, per l’Italia repubblicana, non è nuovo, anzi, esso affonda le proprie radici già nelle discussioni più animate dell’Assemblea costituente, financo a perdurare negli anni successivi all’approvazione della costituzione stessa. Sovente, in merito, si è parlato di Senato espressione «delle categorie sociali» o «delle comunità locali», ma come ben noto, i padri decisero di optare per un bicameralismo paritario. Tuttavia, tra le tante tesi dell’epoca, riporto quelle di un filosofo e non partecipante attivo alla vita politica dell’epoca come U. SPIRITO, *Critica della democrazia*, Firenze, 1963, ora ed. rist., Milano-Trento, 1999, pp. 40-41, il quale con occhio critico annota: «Tutta la critica prefascista è stata deliberatamente ignorata, e tutti gli studi e i tentativi

per la totale assenza di idee di riforme dei regolamenti parlamentari, al momento non idonei a soddisfare le necessità che richiedono i lavori delle Aule; ancora, la mancanza di un accordo ampiamente condiviso in merito alla legge elettorale, la quale, se si vuole salvaguardare la democraticità del nostro ordinamento giuridico fondamentale, non potrà che essere proporzionale in virtù della significativa riduzione causata dalla riforma. Una legge maggioritaria con un Parlamento così ridotto e naturalmente poco rappresentativo non potrà che consolidare la visione decisionista e funzionalista che ha, nell'intimo profondo, ispirato sia il legislatore che la maggior parte dei partiti che hanno votato favorevolmente, più per demagogia che per convinzione, la suddetta riforma.

*3. Il parlamentarismo italiano tra «delegittimazione» e «auto-delegittimazione» e l'ombra del presidenzialismo. L'importanza della riaffermazione della centralità del parlamento contro l'ondata revisionista*

L'avvento della riforma costituzionale è una chiara manifestazione della crisi che da decenni sta investendo il parlamentarismo italiano, i suoi soggetti politici, i partiti, e i suoi protagonisti, i politici. Si tratta di una costante «delegittimazione» non solo istituzionale, contro la centralità, l'imprescindibile ruolo del Parlamento come luogo della mediazione delle scelte politiche, la quale è da ricondursi ad un'iniziale e diffusa sfiducia popolare fiancheggiata da una massiccia presenza mediatica, tramutatasi poi in una vastissima operazione giudiziaria (c.d. Mani pulite) culminata con l'azzeramento – e la relativa scomparsa – dei partiti di massa

---

compiuti per eliminare le contraddizioni più evidenti sono stati dichiarati senza valore e senza ragion d'essere... sarebbe stato logico conservare o addirittura accentuare il carattere tecnico di una delle due camere. E, invece, no. Anche il senato dovrà essere di competenza universale; diventerà un doppione della Camera dei deputati, ma non dovrà lasciare aperta la porta a una selezione per categorie. La rappresentanza delle competenze e delle strutture fondamentali dello stato non dovrà essere presa in alcuna considerazione. Democrazia ad oltranza, dunque; democrazia il più quantitativa possibile».

protagonisti della nascita democratica italiana, all'inizio degli anni Novanta; ma anche, nell'ultimo decennio, pare che tale delegittimazione stia vivendo una evoluzione, una nuova fase, da definirsi di «auto-delegittimazione». Gli stessi soggetti politici – consci dell'importanza che ha rappresentato e che rappresenta la delegittimazione delle istituzioni, tra cui primeggia quella avverso il Parlamento – da ultimo conducono *ad libitum* un'incessante battaglia, sia mediatica che revisionista, di svilimento dell'organo garante di cui essi stessi sono i rappresentanti e del quale, ancora, essi dovrebbero essere i primi e strenui difensori. Insomma, si è al cospetto di un processo inverso e perverso, nel quale i ruoli sembrano essersi invertiti: ora, gli stessi politici portano il vessillo di queste manifestazioni anti-istituzionali ed anti-parlamentari affinché la massa si associ a questi ultimi nel delegittimare e nello svilire l'importanza della centralità delle istituzioni, il Parlamento su tutte, in cambio di un profitto, ultimamente sempre più ambito, rappresentato dal consenso popolare mediatico tipico del nostro tempo. Dunque, oggi, il processo che si sta verificando è di auto-delegittimazione in quanto l'antiparlamentarismo non nasce esclusivamente dal disprezzo della massa – come in passato – verso i rappresentanti che siedono in Parlamento, quanto piuttosto da una oscura intenzione ideata dagli staff di comunicazione (veri epicentri delle moderne decisioni politiche) dei nuovi partiti e movimenti che antepongono, sfruttando anche i nuovi strumenti di comunicazione mediatici quali ad esempio sondaggi; piattaforme e *social network*; comunicazioni telematiche; raccolte dati di vario genere etc. ecc., la forsennata ricerca del consenso elettorale<sup>9</sup> in tempi rapidissimi alle esigenze di conservazione e, perché no, di miglioramento della Costituzione e della forma parlamentare<sup>10</sup>. A tal proposito, la

---

<sup>9</sup> Un quadro chiaro e visto «dall'interno» è – a mio avviso – nelle parole di P. PISICCHIO, *I dilettanti. Splendori e miserie della nuova classe politica*, Milano, 2015, pp. 68 ss.

<sup>10</sup> Tale preoccupazione era già viva in alcune riflessioni di uno tra i maggiori protagonisti dell'Italia repubblicana, A. FANFANI, *Tre rivoluzioni industriali*, cit., pp. 138-139, egli afferma che nel nuovo quadro internazionale che si sta delineando «i parlamenti devono strutturarsi per operare quale massima sede del confronto tra i partiti portatori di voti dei cittadini, e realizzatori di

riforma costituzionale del 2020 rappresenta il prodotto di questa malversa e fittizia auto-delegittimazione compiuta dagli odierni protagonisti dello scenario politico che si associa alla precedente fase di delegittimazione del Parlamento come perno imprescindibile dell'ordinamento giuridico dello Stato. Non solo, ulteriore problema è la correlazione che vi è fra questa riforma e altri aspetti costituzionali che questa non è – al momento – riuscita a toccare ma che, già da tempo, vagheggia all'interno delle segreterie dei partiti, oltre che delle Camere, come l'abolizione del divieto di mandato imperativo, la totale abolizione delle immunità parlamentari e l'introduzione di una forma di Governo presidenziale.

Pertanto, tale votazione referendaria rischia seriamente di provocare – nel breve periodo – un 'effetto domino' sull'assetto costituzionale italiano. La vittoria del SÌ al recente referendum spalanca le porte ad un'ondata di conseguenze – come se non bastassero quelle già costantemente presenti nel nostro panorama politico e istituzionale – tali da porre a repentaglio le basi del costituzionalismo moderno così come lo si è conosciuto sino a poco tempo fa, capace di garantire i diritti (nella fattispecie *in primis* il diritto ad un'equa e proporzionata rappresentanza parlamentare) e limitare i poteri. L'appena menzionato 'effetto domino' si pone in perfetta sintonia con il processo di «auto-delegittimazione» poc'anzi osservato, in grado di mettere alle strette il singolo parlamentare fino ad asservirlo – senza alcuna via d'uscita – alle decisioni, alle logiche e al veto del proprio partito: così, il divieto di mandato imperativo, concepito dal costituzionalismo moderno come massima garanzia ed espressione della libertà del rappresentante

---

convergenze capaci, per scelte di programmi e per capacità operative, di risolvere di volta in volta e con giustificate priorità i problemi di ciascuna comunità. Questa esigenza riguarda anche tutte le assemblee di regioni e di enti locali. Per renderla sempre meglio soddisfatta deve essere rivolta particolare cura ad aggiornare con specifiche riforme sia le carte costituzionali, sia le leggi e i regolamenti che le applicano. E ciò non per accrescere pericolosi accentramenti di potere nei sommi vertici, ma per valorizzare il potere decisionale esercitato dal popolo nelle scelte elettorali, e il potere di controllo degli eletti dal popolo sulle scelte programmatiche di governo per mantenerle coerenti alle scelte popolari, e sulla applicazione dei programmi approvati in Parlamento dei delegati del popolo».

sino all'avvento dello Stato democratico, pare che rappresenti oggi, invero, un ostacolo alle esigenze di semplificazione e snellimento condotte da una cospicua parte – anche profondamente divisa al proprio interno su numerosissime e altre questioni – dei soggetti politici italiani odierni, protagonisti del dibattito politico contemporaneo. Per tale ragione, seguendo una siffatta impostazione, il divieto di mandato imperativo è da abolire e da rimuovere *tranchant* dalle garanzie costituzionali.

Ulteriore peculiarità di questo effetto è, senza ombra di dubbio, l'intenzione – vagheggiante già da più di un decennio – di intraprendere una deriva governativa di tipo presidenziale, adducendo come giustificazione a tale scelta la necessità di adottare delle decisioni immediate, prive di un controllo adeguato e penetrante, preferibilmente da un organo monocratico piuttosto che collegiale e, ancora, garantire la stabilità dell'esecutivo a discapito delle funzioni del Parlamento. È chiaro che l'ultima approvazione referendaria non fa altro che concretizzare il pericolo – perché di tale si tratta – di una forma di governo a trazione del Presidente, capo dell'esecutivo, a causa del minor numero di parlamentari che siederanno nella prossima legislatura, della minor garanzia di rappresentanza dovuta agli ostacoli che i partiti minori dovranno affrontare per ottenere dei seggi (in attesa di conoscere la futura legge elettorale), ma soprattutto a causa di una maggior e verosimile possibilità di raggiungere da parte delle forze governative – in caso di un'ennesima proposta di revisione costituzionale – la maggioranza qualificata dei 2/3 del Parlamento che impedirebbe la consultazione popolare. Insomma, quella che fino a poco tempo fa era indicata come un'«ossessione governista»<sup>11</sup> rischia di tramutarsi in una concreta realizzazione e, dunque, di prendere il sopravvento e, al contempo, di trascinare con sé, in un sentiero ad oggi sconosciuto, le garanzie presenti nella Costituzione repubblicana. Così, il processo di «auto-delegittimazione» di cui i principali artefici e latori sono gli attuali soggetti politici – fiancheggiati immancabilmente nei loro

---

<sup>11</sup> Tale processo è ben ricostruito dal punto di vista storico da G. AZZARITI, *Contro il revisionismo*, cit., pp. 244 ss.

passi dai ‘nuovi sovrani economici’<sup>12</sup> – intende rimuovere, come si è cercato di mettere in luce, alcune fra le più importanti garanzie che dal costituzionalismo moderno sino alla redazione della carta costituzionale italiana del 1948 sono state ritenute, e hanno rappresentato, l’epicentro imprescindibile dell’edificio costituzionale del nostro ordinamento giuridico. A tali minacce è necessario rispondere con una ferma opposizione al continuo revisionismo costituzionale dell’ultimo ventennio<sup>13</sup>; affermare la necessità di un sistema elettorale fortemente proporzionale con l’espressione del voto di preferenza, in modo tale da garantire il più possibile la rappresentanza, superprincipio questo che si erge al di sopra delle varie esigenze della maggioranza, tra cui quella

---

<sup>12</sup> Con tale denominazione si vuole fare riferimento a quei soggetti privati ed extraistituzionali che operano all’interno della moderna *lex mercatoria*, capaci di ‘sfuggire’ sovente al controllo dei pubblici poteri, ed anzi, in grado di condizionarli e di assoggettarli alle proprie scelte ‘corporative’ che vedono nel massimo profitto l’obiettivo primario da conseguire. L’argomento – ed i relativi soggetti – sono abbondantemente affrontati da G. AZZARITI, *Il costituzionalismo*, cit., pp. 47 ss., in particolare pp. 50-51; M. LUCIANI, *L’antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, Torino, 1996, pp. 165 ss.; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, pp. 54 ss.; ancora, sullo scontro fra «globalizzazione neoliberista» e «globalizzazione dei diritti e delle responsabilità» si veda M. PIANTA, *Globalizzazione dal basso. Economia mondiale e movimenti sociali*, Roma, 2001. Per un’analisi comparatistica in merito si consideri A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, II ed., Torino, 2019, pp. 209 ss., dove l’autore osserva come la sovranità dello Stato ordinamento si sia vertiginosamente ridimensionata e ‘ritirata’ per far spazio alla logica neoliberista di stampo statunitense, al *dominium* della finanza internazionale privata, da ultimo ID., *Quando l’Europa tradì sé stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, Roma-Bari, 2021.

<sup>13</sup> G. AZZARITI, *Contro il revisionismo*, cit., p. 253, l’autore sostiene che sia necessario «Invertire la rotta rispetto al revisionismo costituzionale che ci è stato imposto in quest’ultimo ventennio. Tanto più questo ha teso a ad accentrare i poteri quanto più deve proporsi la diffusione, l’articolazione, l’equilibrio tra i poteri. Basta con l’ossessione governista, è ora di riflettere su come far partecipare alle decisioni politiche gli altri soggetti istituzionali e sociali. Il che vuol dire anzitutto assegnare centralità al Parlamento, recuperare la dignità della rappresentanza, estendere il pluralismo, allargare la platea dei soggetti e degli interessi che partecipano al compromesso parlamentare. Fuoriuscire dalla democrazia maggioritaria, che ha strangolato il sistema politico e ha inaridito la rappresentanza. Affermare il valore della democrazia conflittuale, che trova nel confronto la sua essenza e nella Costituzione il proprio limite».

della governabilità; ri-conferire centralità al Parlamento come la sede più idonea della mediazione politica, a discapito della centralità del Governo e al ricorso indebito alla legislazione d'urgenza (di recente si registra la novità consistente nell'adozione reiterata di atti amministrativi, come il DPCM, che ha imposto limiti rilevanti alle libertà fondamentali); conservare e, ove necessario, rafforzare lo *status* del singolo parlamentare, ovvero continuare a garantire il divieto di mandato imperativo *ex art. 67 Cost.*, e la disciplina dell'immunità *ex art. 68 Cost.*

Queste sono solo alcune tra le ipotesi di soluzione che possono costituire un argine alla via intrapresa dal legislatore revisionista contemporaneo. Tuttavia, concludendo, è possibile sostenere che, al fine di elaborare un ordine di idee e di principi che possa effettivamente concretizzarsi, possa risultare utile la riscoperta – quantomeno da una prospettiva dottrinale – di quella costituzione che per troppo tempo è stata ed è, purtroppo ancor oggi, accantonata ‘in soffitta’: si vuole fare riferimento alla costituzione «in senso materiale»<sup>14</sup>, così come l’aveva immaginata il Mortati, ovvero la sola istituzione in grado di – partendo da quella positiva e ‘formale’ – esprimere l’ordine di una società «secondo una particolare visione politica sostenuta

---

<sup>14</sup> C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940, ed., rist., in *Collana per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1998. A tal proposito, interessanti risultano essere le parole di G. MORBIDELLI, *Diritto pubblico comparato*, V ed., Torino, 2016, p. 146, secondo cui «La costituzione materiale parte da quella formale, e da essa diverge perché la riempie dei significati desunti dai valori, dai fini, dagli ideali, positivizzati o presupposti dalle forze sociali e politiche dominanti, che si riconoscono nella scelta costituzionale sempre però in modo tale da non stravolgere la costituzione formale. In questa accezione, la costituzione materiale recupera giuridicità, perché non è solo finalità politica, ma anche preciso comando giuridico: è la costituzione formale che abbandona la finzione della assoluta separazione tra diritto e politica», anche M. GOLDONI, *Il momento ordinante: la costituzione e la genesi dell'ordine*, in C. MORTATI, *La teoria del potere costituente*, in *Raccolta di scritti*, Milano, 1972, qui si fa riferimento all'ed. rist., prefazione di A. Barbera, a cura di M. Goldoni, Macerata, 2020, p. 25, il quale scrive che «... la costituzione materiale va ricondotta ad una convenzione fondamentale per la quale le forze politiche dominanti convengono su un metodo costituzionale comune ed evitano così di accentuare i conflitti potenzialmente centrifughi che possono sorgere fra loro».

da un insieme di forze collettive che sono portatrici della visione stessa e riescono a farla prevalere»<sup>15</sup> e, ancora, dal punto di vista interpretativo, la più idonea a individuare e cogliere i valori ed i ‘superprincipi’ della stessa costituzione ‘formale’ – da tempo succube delle concezioni meramente formalistiche dell’ordine contemporaneo imperante ed extrastatuale – e a adattarli alle evoluzioni e agli eventi della storia<sup>16</sup>. Un siffatto richiamo non vuole altro che essere un auspicio per una celere quanto meditata presa di coscienza in merito ai continui tentativi di emendare l’assetto costituzionale seguendo le contingenze politiche del momento. Un utilizzo, quest’ultimo, tipicamente funzionale e che vede nella Costituzione e in alcuni suoi punti cardine – la rappresentanza sovra tutti – non un solido pilastro da custodire quanto piuttosto un semplice testo normativo da adattare in base alle circostanze economiche neo-liberiste del nostro tempo, agli adempimenti richiesti dalla Commissione dell’Unione, ancora, per accontentare o financo foraggiare l’ondata denigratoria ‘populista’ che si è abbattuta – talvolta con ferocia – sulle classi dirigenti (se tali si possono definire), indebolendo così non queste ultime, magari tentando di

---

<sup>15</sup> C. MORTATI, voce *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enciclopedia italiana del diritto*, XI, Milano, 1962; sull’argomento si veda anche F. MODUGNO, *Il concetto di costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, I, Milano, 1972; A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bari, 1997.

<sup>16</sup> Fondamentali e diversi sono – in merito – gli esempi di una concreta applicazione in sede ermeneutica della costituzione «in senso materiale», cui, nel corso del tempo, la stessa giurisprudenza vi ha fatto ricorso e sovente vi ha attinto. Qui si ricorda, su tutti, il caso del sindacato di costituzionalità dei Patti Lateranensi e delle norme derivanti dai patti stessi, in cui il giudice delle leggi, per affermare il proprio sindacato, si rifà indirettamente alla nozione di costituzione «in senso materiale» e all’esistenza di «principi supremi dell’ordinamento costituzionale dello Stato», sentenze n. 30/1971, 31/1971 e 32/1971; sentenza n. 169/1971; sentenza n. 185/1972; sentenza n. 175/1973 e 176/1973; per maggiori approfondimenti si consideri F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, V ed., compatta, a cura di A. Bettetini e G. Lo Castro, Bologna, 2017, p. 69 ss. Un fenomeno analogo è avvenuto e sta avvenendo a proposito del combinato disposto fra l’art. 9 e l’art. 32 Cost., in materia di tutela all’ambiente strettamente interconnesso con quello alla salute, che ha assegnato, alla salvaguardia dell’ambiente, una «superprimarietà» in passato sconosciuta e non prevista dagli stessi padri costituenti, si veda G. MORBIDELLI, *Diritto comparato*, cit., p. 145.

incentivare un ricambio generazionale, ma colpendo inesorabilmente il principio della rappresentanza e il relativo e causalmente connesso potere dei singoli elettori, dunque, di ognuno di noi.



ALLEGRA FUSACCHIA\*

IL SUICIDIO ASSISTITO E L'ESILIO DELLA MORTE:  
UNO STUDIO DI DIRITTO COMPARATO TRA ITALIA E  
SVIZZERA

*This essay's main aim is to analyze the discipline – or lack of discipline – of assisted suicide in Switzerland and Italy. Firstly, the article focuses on discipline's differences between the two States, territorially neighboring, but so distant regarding this institute. Secondly, it focuses on the Englaro case and l. n. 219/2017 and on the gap between the judgment n. 21748/2007 Corte Cass. and the legislative intervention in 2017, very similar to the current consequences of the judgment n. 242/2019 on Cappato case. Finally, it studies in depth the Cappato case and the link between Switzerland and Italy in this matter.*

SOMMARIO: 1. Premesse: uno studio di diritto comparato sulla disciplina del suicidio assistito. – 2. Il suicidio assistito svizzero contro l'assenza di disciplina italiana. – 3. Il caso Englaro e la legge n. 219/2017. – 4. Il caso Cappato. – 4.1 Fabiano Antoniani, dall'incidente a Milano alla Dignitas in Svizzera, tenuto per mano da Marco Cappato. – 4.2 Il procedimento giudiziario. – 4.3 La sentenza della Corte Costituzionale n. 242 del 2019. – 5. Conclusioni.

*1. Premesse: uno studio di diritto comparato sulla disciplina del suicidio assistito*

Non si può prescindere, quando si vuol parlare del suicidio assistito, dal citare il fenomeno dell'eutanasia. La parola eutanasia deriva dal greco “eu” (buono) e “thàntos” (morte), buona morte; con essa si intende una azione od omissione che,

---

\*Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il Prof. Gianluca Scarchillo, docente di Sistemi Giuridici Comparati presso Sapienza Università di Roma.

per sua natura e nelle intenzioni di chi agisce (eutanasia attiva) o si astiene dall'agire (eutanasia passiva), procura anticipatamente la morte di un soggetto affetto da patologie, allo scopo di alleviarne le sofferenze. Ancora, è definita come uccisione di un soggetto consenziente, in grado di esprimere la volontà di morire, o nella forma del suicidio assistito<sup>1</sup>, o nella forma dell'eutanasia volontaria in senso stretto<sup>2</sup>. L'uccisione medicalizzata di una persona senza il suo consenso, infatti, non rientra nell'ipotesi di eutanasia: è invece un omicidio tout court, come nel caso di soggetti che non esprimano la propria volontà o la esprimano in senso contrario<sup>3</sup>.

Non rientrano sotto lo spettro dell'eutanasia la sospensione di trattamenti terapeutici di qualsiasi tipo e di forme di accanimento terapeutico, la sospensione della alimentazione e dell'idratazione artificiale, nonché la sedazione terminale, che devono essere in ogni caso disposte a seguito della prestazione del consenso informato da parte del paziente o di chi, in caso di stato vegetativo del paziente stesso, sia designato suo rappresentante legale<sup>4</sup>; tale richiesta, infatti, non prevede il comportamento attivo di altre persone, inteso a procurare la morte, ma con essa, si intende programmare in anticipo il rifiuto di un determinato trattamento medico<sup>5</sup>.

Il suicidio assistito, invece, si differenzia dall'eutanasia. Questa pratica, infatti, consiste nella prescrizione o messa a disposizione in altro modo di un farmaco che permetta al paziente di suicidarsi<sup>6</sup>. In generale, quando si parla di suicidio

---

<sup>1</sup> Uccisione di un malato consenziente attraverso l'aiuto del medico al quale questi si rivolge per la prescrizione di farmaci letali per l'autosomministrazione.

<sup>2</sup> Procedura svolta a seguito della richiesta al medico di essere soppresso nel presente o nel futuro.

<sup>3</sup> Si rientra quindi nell'ipotesi disciplinata dall'art. 575 cod. pen., omicidio volontario.

<sup>4</sup> Sul punto, v. G. ALPA - G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, seconda edizione, in R. SACCO, *Trattato di diritto civile*, Milano, UTET giuridica, 2019, p. 445 ss.

<sup>5</sup> Sul punto, v. G. ALPA - G. RESTA, *op. cit.*, pp. 450-451.

<sup>6</sup> S. BURKHARDT - R. LA HARPE - T-W. HARDING - J. SOBEL, *Euthanasia and Assisted Suicide: Comparison of legal aspects in Switzerland and other countries*, in *Medicine Science and the Law*, 2006, vol. 46, n. 4, pp. 287-294.

assistito, si fa riferimento ad un'attività positiva del paziente nell'assumere i farmaci che lo uccideranno, anche qualora ciò si sostanzia nella semplice pressione di un pulsante con la bocca, e non può essere altrimenti. Secondo questo istituto, non si può porre fine alla vita di una persona senza che questa compia positivamente l'atto che la ucciderà. Non può essere quindi un membro del personale sanitario a somministrare il farmaco letale, unicamente attraverso un'iniezione o una flebo.

Questo articolo propone uno studio di diritto comparato tra l'ordinamento svizzero e quello italiano. In entrambi gli ordinamenti, l'eutanasia risulta punita dal Codice Penale. In Italia è considerata reato ai sensi dell'art. 580, comma 1, cod. pen.<sup>7</sup>, rubricato "Istigazione o aiuto al suicidio". In Svizzera, l'eutanasia è reato ai sensi dell'art. 114, cod. pen.<sup>8</sup>, sebbene siano previste, per essa, pene meno severe rispetto a un omicidio doloso o colposo<sup>9</sup>.

Diversamente si atteggiavano i due ordinamenti giuridici in merito al suicidio assistito, ammesso in Svizzera e punito in Italia, sino alla sentenza n. 242/2019 della Corte Costituzionale, ai sensi dell'art. 580, comma 1, cod. pen. Per questo motivo, molti soggetti, in fin di vita o in presenza di gravi incapacità permanenti, rivolgevano il loro sguardo all'ordinamento svizzero per porre fine alla loro esistenza, conformemente alla loro volontà.

Sia la Svizzera che l'Italia sono ordinamenti giuridici di *civil law*, basanti la loro regolamentazione interna sul diritto scritto e non sulle sentenze delle Corti. Nello specifico, entrambe sono dotate di una Costituzione scritta<sup>10</sup>, di un Codice

---

<sup>7</sup> «Chiunque determina altrui al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni. Se il suicidio non avviene, è punito con la reclusione da uno a cinque anni sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima».

<sup>8</sup> «Chiunque, per ragioni onorevoli, specialmente di misericordia, uccida un'altra persona dietro sua seria e incalzante richiesta, è punito con la reclusione fino a un massimo di tre anni o con una multa».

<sup>9</sup> R. ADORNO, *Nonphysician-Assisted Suicide in Switzerland*, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 2013, vol. 22, pp. 246-253.

<sup>10</sup> La Costituzione italiana risale al 1948 e si compone di 139 articoli, mentre la Costituzione Federale svizzera al 1874, aggiornata, da ultimo, nel 1999.

Civile<sup>11</sup> e di un Codice Penale; quest'ultimo, per quanto riguarda l'Italia, fu promulgato il 19 ottobre 1930 mentre, per quanto riguarda la Svizzera, fu promulgato il 21 dicembre 1937 ed entrò in vigore il 1° gennaio 1942.

La Svizzera, geopoliticamente, risulta essere una confederazione. Il suo territorio è articolato in cantoni, ciascuno dotato di una propria Costituzione Cantonale, che non può presentare antinomie rispetto a quella Federale. I cantoni sono ventisei e si possono raggruppare in quattro macroaree, in base alla lingua in esse parlata: italiano, tedesco, francese e romancio. L'Italia è invece suddivisa in venti Regioni, ciascuna dotata di proprie competenze ed autonomia in diverse materie, ai sensi di quanto disposto dall'art. 117 Cost., tra le quali rientra, *ex* comma 9, come riformato nel 2001, quella di stipulare accordi internazionali. Analogamente, anche la Costituzione svizzera, nel suo art. 56, come riformato nel 1999, riconosce agli enti substatali la possibilità di stipulare accordi internazionali in materie di competenza<sup>12</sup>.

In entrambi gli Stati, la religione maggiormente praticata è quella cristiana cattolica. È nota l'avversione della Chiesa e del Vaticano all'eutanasia, considerata da questi un atto intrinsecamente malvagio, in qualsiasi occasione o circostanza, grave violazione della Legge di Dio, in quanto uccisione deliberata, moralmente inaccettabile, di una persona umana innocente<sup>13</sup>. La vicinanza geografica dell'Italia con lo Stato del Vaticano e la tradizione cattolica che fortemente caratterizza ed influenza il nostro assetto sociale sotto diversi aspetti, ivi compreso quello legislativo, ha certamente comportato un'incidenza maggiore dell'opinione della Chiesa cattolica in Italia rispetto a quanta ne abbia avuta in Svizzera.

L'Italia rientra tra gli Stati membri dell'Unione Europea, mentre la Svizzera non ha mai aderito all'Unione, per volontà di

---

<sup>11</sup> Il Codice Civile italiano in vigore è del 1942; il Codice Civile svizzero, ossia lo ZGB, in vigore è del 1912.

<sup>12</sup> Sul punto, v. E. CANNIZZARO, *Diritto Internazionale*, V ed., Torino, G. Giappichelli Editore, 2020, p. 145 ss., spec. pp. 158-159.

<sup>13</sup> Sul punto, v. Lettera "Samaritanus bonus" della Congregazione per la Dottrina della Fede sulla cura delle persone nelle fasi critiche e terminali della vita, in Bollettino della Santa Sede, 22 settembre 2020.

mantenimento di un profilo neutrale<sup>14</sup>. È però da evidenziare che, a livello comunitario, non vi sono stati tentativi di armonizzazione<sup>15</sup> della disciplina dell'eutanasia e del suicidio assistito.

## *2. Il suicidio assistito svizzero contro l'assenza di disciplina italiana*

La Svizzera è l'unico paese ad ammettere il suicidio non assistito dal medico e a non prevedervi particolari formalità. Ciò non tanto per il risultato di una politica liberale esplicita, bensì su iniziativa di organizzazioni non governative per il diritto alla morte, basata su una lacuna del sistema legislativo. L'art. 115 cod. pen. svizzero, rubricato "incentivo e assistenza al suicidio"<sup>16</sup>, è stato interpretato *a contrario*, nel senso che l'assistenza al suicidio non è da ritenersi reato, quando questa sia praticata senza alcun interesse personale. La lacuna legislativa sulla quale si è modellata, ha fatto sì che la disciplina svizzera del suicidio assistito presentasse delle peculiarità rispetto a quella di altri Paesi – come quella belga. In Svizzera, infatti, non è necessario che sia un membro del personale sanitario a prestare assistenza al suicidio. In linea di principio, dunque, chiunque può assistere un individuo a suicidarsi e, nella maggior parte dei casi, questa pratica viene eseguita da volontari che lavorano per organizzazioni non governative<sup>17</sup> e non da medici<sup>18</sup>. Una delle principali organizzazioni è l'associazione "DIGNITAS – Vivere degnamente – Morire degnamente", la quale offre il servizio di suicidio assistito a soggetti non

---

<sup>14</sup> Nonostante ciò, la Svizzera ha aderito alla Carta delle Nazioni Unite nel 2002.

<sup>15</sup> Sulle modalità di applicazione del diritto dell'Unione Europea negli Stati membri, v. E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'unione*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2018, pp. 89-104, pp. 112-139.

<sup>16</sup> «Ogni persona che, per motivi egoistici, incita o aiuta qualcuno a suicidarsi deve essere condannata alla reclusione fino a cinque anni o a una multa».

<sup>17</sup> Le due principali sono la Exit e la Dignitas. I suicidi non avvengono negli ospedali pubblici, fatta eccezione per Ginevra e Losanna, dove sono stati autorizzati, bensì in appartamenti dati in locazione appositamente.

<sup>18</sup> R. ANDORNO, *op. cit.*, pp. 246-253.

residenti in Svizzera. Ha sede a Maur, è stata fondata il 17 maggio 1998 a Forch (Cantone Zurigo) dall'avvocato Ludwig Minelli. È costituita secondo gli articoli 60 e segg. del Codice Civile svizzero, che prevedono la stesura dello statuto, indicante le finalità, i mezzi e gli organi dell'associazione (art. 60 cod. civ. svizzero), l'iscrizione nel registro del commercio (art. 61 cod. civ. svizzero), disposizioni riguardanti l'organizzazione dell'associazione (artt. 64-69c cod. civ. svizzero), i diritti e i doveri dei soci (artt. 70-75a cod. civ. svizzero) e lo scioglimento dell'associazione (artt. 70-79 cod. civ. svizzero)<sup>19</sup>. L'organizzazione non ha scopi di lucro, è apolitica ed aconfessionale. Secondo i suoi statuti, si prefigge di assicurare ai suoi membri una vita e una morte dignitose. Le persone che vogliono porre fine alla propria vita devono registrarsi con la società e pagare una tassa di registrazione di circa 160 euro e una tassa annuale di circa 75 euro. Qualora scelgano di suicidarsi, è previsto il pagamento di 5000 euro, che include costi amministrativi e di sepoltura<sup>20</sup>. Ulteriori servizi sono quelli di consulenza per tutte le questioni concernenti la fase finale della vita: collaborazione con medici, cliniche e altre organizzazioni; affermazione del testamento biologico e dei diritti del paziente; prevenzione del suicidio e dei tentativi di suicidio; sostegno in caso di conflitti con le autorità, con la direzione di residenze per anziani e istituti di cura e con medici non scelti liberamente; evoluzione dei diritti in materia di ultime disposizioni; accompagnamento alla morte e accompagnamento alla morte volontaria.

In Italia invece, ai sensi dell'art. 580 comma 1 del Codice Penale, risultava punibile chiunque avesse determinato altri al suicidio o rafforzato l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne avesse agevolato in qualsiasi modo l'esecuzione, con la reclusione da cinque a dodici anni, qualora il suicidio fosse avvenuto. Con ordinanza n. 207/2018, la Corte Costituzionale, pur ritenendo conforme, in generale, l'incriminazione dell'aiuto

---

<sup>19</sup> Le modalità di costituzione ed organizzazione della associazione in Svizzera risultano simili a quelle di costituzione ed organizzazione delle società contenute nel Libro V del cod. civ. italiano.

<sup>20</sup> R. ANDORNO, *op. cit.*, pp. 246-253.

al suicidio al testo costituzionale, ha stabilito che, in particolari ipotesi, come quelle di affezione da patologia irreversibile, sofferenze fisiche o psicologiche trovate dal soggetto assolutamente intollerabili, qualora il paziente sia tenuto in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale ma, comunque, con capacità di prendere decisioni libere e consapevoli, l'assistenza di terzi nel porre fine alla propria vita potrebbe presentarsi al malato come l'unica via d'uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, ad un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare in base all'art. 32 comma 2 della Costituzione. Questi principi sono stati ripresi, dalla Corte Costituzionale, nella sentenza n. 242/2019.

Tuttavia, nonostante siano passati due anni dalla sopra citata sentenza, non vi sono stati ancora interventi legislativi riformatori della materia.

### *3. Il caso Englaro e la legge n. 219/2017*

Una situazione di analoga “vacanza legislativa” si verificò a seguito della sentenza n. 21748/2007 della Corte di Cassazione sul caso Englaro. Eluana Englaro, a seguito di un incidente stradale verificatosi nel 1992, visse per 17 anni in stato vegetativo, sino al momento dell'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiale, somministrate alla donna attraverso sondino nasogastrico. A partire dal 1999, il padre di Eluana, Beppino Englaro, suo rappresentante legale, intraprese una forte battaglia giudiziaria, affinché venissero sospese le cure della figlia. Si aprì un ampio dibattito, di tipo politico ed etico, ma anche giuridico, culminato nella citata sentenza n. 21748/2007 della Corte di Cassazione.

La Corte, con tale sentenza, fissò dei principi e delle regole cui si attenne fedelmente la giurisprudenza successiva. Entrò così a far parte del nostro ordinamento giuridico, in modo inequivoco, la regola secondo cui nessun soggetto può essere costretto ad un trattamento sanitario contrariamente alla sua volontà e che il rifiuto di cure espresso dal paziente, o la richiesta di sospensione o interruzione dei trattamenti sanitari

deve essere rispettato dal medico e dalle strutture sanitarie. Fu sancita l'esistenza del diritto del paziente di rifiutare le cure, anche quando il trattamento è necessario per la sua sopravvivenza. Sul medico grava il «dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico, attuale. Ma, allorché il rifiuto abbia tali connotati, non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico»<sup>21</sup>.

La Corte di Appello di Milano<sup>22</sup>, il 9 luglio 2008, in attuazione di tali principi e coerentemente con la sentenza della Cassazione, autorizzò la sospensione dell'idratazione e alimentazione artificiali, cui era sottoposta Eluana Englaro, e il distacco del sondino mediante il quale essa era alimentata. Le Sezioni Unite respinsero il ricorso del Procuratore Generale contro la sentenza che divenne, così, definitiva.

Successivamente, il Parlamento sollevò alla Corte Costituzionale e alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, nell'assunto che i giudici avessero invaso il campo del legislatore. Entrambi i ricorsi vennero dichiarati inammissibili. Il Parlamento avanzò, poi, una proposta di legge in cui si escludeva il diritto del paziente di rifiutare le terapie salvavita, sia con dichiarazione espressa, contestualmente al momento della somministrazione della cura, che anticipata.

Nel frattempo, la Regione Lombardia rifiutò di dare corso al distacco del sondino all'interno delle proprie strutture. Eluana venne così trasferita in Friuli dove, il 9 febbraio 2009, giunse a compimento la sua vicenda. Il suddetto provvedimento venne successivamente dichiarato illegittimo in sede amministrativa e la Regione Lombardia venne condannata al risarcimento danni<sup>23</sup>.

La giurisprudenza, sulla scia della sentenza del 2007, continuò ad applicare i principi ivi enucleati.

Seguirono però, da un punto di vista legislativo, nonostante l'operato giurisprudenziale e l'ampliamento del novero di

---

<sup>21</sup> Cass., 16-10-2007, n. 21784.

<sup>22</sup> App. Milano, 09-07-2008.

<sup>23</sup> Sul punto, v. G. ALPA - G. RESTA, *op. cit.*, pp. 447-448.

casistiche giurisprudenziali analoghe a quella di Eluana, dieci anni di vuoto normativo, terminati soltanto il 22 dicembre 2017, ad opera della l. n. 219/2017, entrata in vigore il 31 gennaio 2018. La legge, contenente “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”, costruisce il rapporto terapeutico attraverso un binomio, composto di responsabilità medica e consenso del paziente. Il diritto al consenso del paziente si concretizza nel diritto di rifiutare, in tutto o in parte, le cure; il diritto a revocare, in qualsiasi momento, il consenso precedentemente dato. Il medico deve, invece, individuare la cura appropriata al caso. È previsto l'obbligo di astenersi dal ricorso a terapie inutili o sproporzionate, ed inclusa la terapia del dolore, sino alla sedazione profonda. Sulla base della l. n. 219/2017, è possibile effettuare una pianificazione condivisa delle cure e redigere le disposizioni anticipate di trattamento (DAT), attraverso le quali si esprime, in considerazione di una eventuale futura incapacità, la propria volontà in materia di trattamenti sanitari; è poi possibile nominare un fiduciario che partecipi, al posto dell'interessato, al rapporto terapeutico.

#### *4. Il caso Cappato*

Quanto poc'anzi analizzato, è un chiaro esempio di inerzia del legislatore italiano che, noncurante delle istanze e delle necessità, sempre maggiori, dei cittadini, ha lasciato per ben dieci anni la popolazione in balia della giurisprudenza che, ragionevolmente, ha seguito da sé la linea improntata dalla Cassazione nel 2007. Tuttavia, è noto che, nell'ordinamento italiano, di *civil law*<sup>24</sup>, quanto statuito dalle Corti nelle sentenze non ha forza di legge, né una efficacia vincolante per i giudici nella decisione di casi successivi. Per cui, da un punto di vista

---

<sup>24</sup> Negli ordinamenti di *civil law*, il formante legale – la Costituzione, le leggi e gli atti aventi forza di legge – prevale sul formante giurisprudenziale – costituito dalle sentenze delle Corti –, diversamente da quanto accade negli ordinamenti di *common law*, in cui vigono i principi dello *stare decisis* e della *res judicata*, secondo i quali i giudici sono obbligati a conformarsi a quanto statuito dai precedenti giurisprudenziali.

esclusivamente giuridico, tra il 2007 e il 2017, i soggetti versanti in una situazione analoga a quella di Eluana si trovavano senza una effettiva tutela legislativa della loro posizione soggettiva, nonostante, di fatto, fossero stati già enucleati dalla giurisprudenza dei principi che, senza ombra di dubbio, possono definirsi muri portanti di un ordinamento giuridico civile, realmente attento ai bisogni e agli interessi dei cittadini, in quanto persone.

Il nostro ordinamento versa, allo stato, nuovamente in questa situazione, a seguito della celebre sentenza n. 242/2019 della Corte Costituzionale, che lasciava auspicare, ormai due anni fa, un pronto intervento legislativo da parte del Parlamento, ancora mai verificatosi.

#### *4.1 Fabiano Antoniani, dall'incidente a Milano alla Dignitas in Svizzera, tenuto per mano da Marco Cappato*

Fabiano Antoniani, in arte Dj Fabo, aveva 37 anni quando, rimasto vittima di un grave incidente, diveniva cieco e tetraplegico. Era il 13 giugno 2014. Riportava una grave lesione midollare e a due vertebre<sup>25</sup>; le sue facoltà intellettive, invece, rimanevano inalterate. Le cure, pur tempestive e prestate in centri altamente specializzati, non portavano alla guarigione dell'uomo. Egli trascorreva, infatti, un anno nell'unità spinale dell'Ospedale Niguarda, veniva dimesso con giudizio di irreversibilità della condizione. Veniva poi curato in casa e, tra fine 2015 e inizio 2016, faceva ricorso ad un'ulteriore terapia in India, anch'essa infruttuosa. Antoniani faceva così ritorno a Milano e, contestualmente, maturava il proposito di porre fine alla propria vita. Vinte le resistenze della madre, Carollo Carmela, e della fidanzata, Imbrogno Valeria, quest'ultima si metteva in contatto con Marco Cappato, soggetto attivo nell'associazione "Soccorso Civile", che si occupa di fornire assistenza ai soggetti che desiderano porre fine alla propria vita. Antoniani, nel gennaio del 2017, inviava un appello al

---

<sup>25</sup> Ordinanza del g.i.p. di Milano, 10 luglio 2017, giud. Gargiulo, imp. Cappato.

Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, cui chiedeva un intervento affinché venisse promulgata una legge che gli avrebbe permesso di poter morire nel suo paese, ma senza ottenere un riscontro positivo. L'Antoniani poco prima di essere trasportato in Svizzera, affermava: «è veramente una vergogna che nessuno dei parlamentari abbia il coraggio di mettere la faccia per una legge che è dedicata alle persone che soffrono, e non possono morire a casa propria, e che devono andare negli altri Paesi per godere di una legge che potrebbe esserci anche in Italia».

Il 25 febbraio 2017, accompagnato dalla Carollo, dalla Imbrogno e da Marco Cappato, giungeva in Svizzera, trasportato in auto dal Cappato, presso la sede Dignitas, a Pfaffikon, dove, in data 27 febbraio 2017, mordendo un pulsante con la bocca, riceveva un cocktail di farmaci che pone fine alle sue sofferenze. In quei mesi si discuteva in Parlamento sulla legge sul testamento biologico, rinviata per la terza volta e promulgata solo il 14 dicembre 2017.

Il 28 febbraio 2017, al suo rientro in Italia, Cappato si autodenunciava ai Carabinieri e veniva così indagato dalla Procura di Milano. Il capo di imputazione era quello di cui all'art. 580 del Codice Penale, rubricato "Istigazione o aiuto al suicidio", punibile con la reclusione da cinque a dodici anni. Lo scopo di Cappato, stando alle dichiarazioni appena successive all'autodenuncia, era quello di far assumere allo Stato – e al Parlamento, più nello specifico – la responsabilità dell'assenza di una disposizione legislativa che permettesse, anche a chi fosse sprovvisto le condizioni economiche e di trasportabilità necessarie, di porre fine alle sofferenze legate a condizioni fisiche che non rendono possibile una normale conduzione della vita umana. Chiedeva, inoltre, al Parlamento di porre fine «all'esilio della morte»<sup>26</sup>.

La Procura di Milano, il 2 maggio 2017, richiedeva l'archiviazione del caso, sulla base di una interpretazione restrittiva della fattispecie di "partecipazione materiale" di cui

---

<sup>26</sup> Per il video contenente le dichiarazioni di Cappato dopo l'autodenuncia, v. FABIO POLLETTI, *Marco Cappato si autodenuncia ai carabinieri: indagato dalla Procura per aiuto al suicidio*, La Stampa, 1 marzo 2017.

all'art. 580 c.p., tale da escludere dall'alveo dell'incriminazione le condotte attuate dall'indagato. Inoltre, la Procura poneva l'attenzione anche su una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata della norma, alla luce del "diritto ad una morte dignitosa", ricavato da una lettura integrata di norme costituzionali e convenzionali, che avrebbe agito come causa di giustificazione atipica nel caso di specie ed esimente del capo di imputazione. Il g.i.p.<sup>27</sup> di Milano, in data 6 luglio 2017, fissava l'udienza in Camera di Consiglio, ai sensi dell'art. 409, comma 2, c.p.p. e, successivamente, respingeva, con Ordinanza del 10 luglio 2017, la richiesta della Procura ed imponeva ai p.m. di formulare l'imputazione nei confronti di Cappato, sia per la condotta di aiuto, sia con riferimento al rafforzamento del proposito suicida che questi avrebbe operato sull'Antoniani. Il g.i.p. rigettava quindi l'interpretazione restrittiva della condotta agevolatrice del suicidio e affermava che la norma sanzionasse «ogni condotta che abbia dato un apporto causalmente apprezzabile ai fini della realizzazione del proposito suicidario»<sup>28</sup>.

#### 4.2 Il procedimento giudiziario

Il 5 settembre 2017 Marco Cappato chiedeva il rito immediato e il 18 settembre 2017 veniva emesso dal Tribunale di Milano il decreto che disponeva il giudizio immediato con data di inizio fissata per l'8 novembre 2017, davanti alla prima sezione della Corte di Assise. L'udienza veniva poi rinviata ai giorni 4 e 13 dicembre 2017 per assenza di testimoni<sup>29</sup>, il 13 dicembre si procedeva all'esame dell'imputato Cappato. Il 17

---

<sup>27</sup> Giudice per le indagini preliminari, nel caso in esame Luigi Gargiulo.

<sup>28</sup> Ordinanza g.i.p. di Milano, 10 luglio 2017, giud. Gargiulo, imp. Cappato.

<sup>29</sup> In data 4 dicembre 2017 venivano sentiti come testimoni il luogotenente dei Carabinieri Riccardo Di Teodoro, la fidanzata e la mamma dell'Antoniani, rispettivamente Valeria Imbrogno e Carmen Carollo, Antonio Rossetti, amico dell'Antoniani. In data 13 dicembre 2017 venivano sentiti Giulio Golia, inviato del programma televisivo "Le Iene", il medico della famiglia Antoniani Carlo Lorenzo Veneroni, la consulente del p.m. Maria Cristina Merenghi e l'anestesista e rianimatore dell'ospedale di Cremona Mario Riccio.

gennaio 2018 la pubblica accusa chiedeva, analogamente a quanto richiesto dalla difesa di Cappato, l'assoluzione dell'imputato o, in subordine, il sollevamento della questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.

Le memorie della difesa<sup>30</sup> evidenziavano l'insussistenza dell'accusa di tipo soggettivo, ossia l'aver determinato la volontà di Fabo verso l'interruzione della propria vita<sup>31</sup>, e di tipo oggettivo, ossia l'aver agevolato l'esecuzione del suicidio, per mezzo del trasporto in auto di Fabo<sup>32</sup>, richiedevano poi il sollevamento della questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.

In data 14 febbraio 2018, la Corte d'Assise rimetteva la questione alla Corte Costituzionale<sup>33</sup>, sollevando la questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c. p., nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito suicidario, ritenendo tale incriminazione in contrasto e violazione dei principi sanciti dagli articoli 3, 13 secondo comma, 25 terzo comma della Costituzione, individuanti la ragionevolezza della sanzione penale in funzione dell'offensività della condotta accertata. Infatti, in forza dei principi costituzionali dettati agli artt. 2, 13 primo comma della Costituzione ed all'art. 117 della Costituzione, con riferimento agli artt. 2 e 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, all'individuo deve essere riconosciuta la libertà di decidere quando e come morire e, di conseguenza, solo le azioni che pregiudichino la libertà della sua decisione possano costituire offesa al bene tutelato dalla norma in esame. Nell'ordinanza si legge che i principi costituzionali in materia, «dai quali deriva la libertà dell'individuo di decidere sulla propria vita, ancorché da ciò dipenda la sua morte», il riconoscimento del diritto alla libertà e alla autodeterminazione e la recente approvazione della

---

<sup>30</sup> Memoria difensiva proc. pen. n. 9609/2017 R.G.N.R.

<sup>31</sup> Grazie alle testimonianze raccolte nelle udienze tenute nel mese di dicembre 2017.

<sup>32</sup> Secondo la difesa, le condotte poste in essere dall'imputato non configurano il reato di cui all'art. 580 c.p.

<sup>33</sup> Corte d'Assise, 14 febbraio 2018, sent. n. 1/2018.

legge 219 del 2017 «devono presidiare l'esegesi della norma di cui all'art. 580 c.p. orientando l'interprete nell'individuazione del bene giuridico tutelato e, di conseguenza, delle condotte idonee a lederlo». Alla luce dei principi di offensività, ragionevolezza e proporzionalità della pena, «si ritiene che le condotte di agevolazione dell'esecuzione del suicidio, che non incidano sul percorso deliberativo dell'aspirante suicida, non siano sanzionabili. E tanto più, possono esserlo con la pena della reclusione da 5 a 10 anni, prevista dall'art. 580 c.p., senza distinzione tra le condotte di istigazione e quelle di aiuto, nonostante le prime siano certamente più incisive anche solo sotto il profilo causale, rispetto a quelle di chi abbia semplicemente contribuito al realizzarsi dell'altrui autonoma deliberazione e nonostante del tutto diversa risulti, nei due casi, la volontà e la personalità del partecipe».

Il 23 ottobre 2018 si apriva il procedimento davanti alla Corte Costituzionale, e, in sede di Camera di Consiglio, si rilevava che l'attuale assetto normativo concernente il fine vita lasciasse prive di adeguata tutela determinate situazioni costituzionalmente meritevoli di protezione e da bilanciare con altri beni costituzionalmente rilevanti. Per consentire in primo luogo al Parlamento di intervenire con un'appropriata disciplina, la Corte decideva di rinviare la trattazione della questione di costituzionalità dell'articolo 580 Codice Penale all'udienza del 24 settembre 2019, sospendendo anche il procedimento *a quo*<sup>34</sup>.

Il legislatore, sebbene spinto dalla Corte, non è intervenuto e non sono state quindi introdotte disposizioni normative idonee a regolamentare la fattispecie oggetto del giudizio pendente.

Si arrivava quindi, undici mesi dopo l'ordinanza che aveva sospeso il giudizio, al 24 settembre 2019.

#### 4.3 *La sentenza della Corte Costituzionale n. 242 del 2019*

In data 25 settembre 2019, la Consulta si pronunciava sul fine vita<sup>35</sup>, attraverso il comunicato «In attesa del Parlamento la

---

<sup>34</sup> Comunicato del 24 ottobre 2018 Corte Cost., depositato il 16 novembre 2018, ordinanza n. 207/2018.

<sup>35</sup> Comunicato del 25 settembre 2019 Corte Cost.

Consulta si pronuncia sul fine vita»<sup>36</sup>. Nel comunicato si legge: «in attesa del deposito della sentenza, l'Ufficio stampa fa sapere che la Corte ha ritenuto non punibile ai sensi dell'articolo 580 del codice penale, a determinate condizioni, chi agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di un paziente tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetto da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che egli reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli. In attesa di un indispensabile intervento del legislatore, la Corte ha subordinato la non punibilità al rispetto delle modalità previste dalla normativa sul consenso informato, sulle cure palliative e sulla sedazione profonda continua (articoli 1 e 2 della legge 219/2017) e alla verifica sia delle condizioni richieste che delle modalità di esecuzione da parte di una struttura pubblica del SSN, sentito il parere del comitato etico territorialmente competente.», si aggiunge che il giudice avrebbe valutato la sussistenza di tali circostanze nel caso di specie.

Il 22 novembre 2019 viene poi depositata, al termine del procedimento, la celebre sentenza n. 242 del 2019. Con tale sentenza, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del

---

<sup>36</sup> La Consulta sembra voler sottolineare l'inerzia del legislatore, per nulla attento alle istanze sociali.

servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente»<sup>37</sup>.

A seguito di una dichiarazione della Corte di questo calibro e contenuto, risultava ampiamente auspicato un intervento del legislatore avente ad oggetto il fine vita, atto ad adeguare la normativa italiana a quanto evidenziato e statuito dalla Corte Costituzionale. Al momento della stesura di questo articolo, sono passati due anni dalla sentenza n. 242/2019 e in Parlamento i lavori ancora non sono iniziati, siamo ancora lontani da interventi legislativi in questo ambito.

### *5. Conclusioni*

Quanto precedentemente evidenziato, risulta palesemente contrario al principio costituzionale di eguaglianza, contenuto nell'art. 3 della Costituzione italiana.

Secondo il disposto di tale articolo, il principio di eguaglianza si declina in due corollari, il principio di eguaglianza formale<sup>38</sup> e quello di eguaglianza sostanziale<sup>39</sup>. L'assenza di una normativa specifica sul fine vita di soggetti affetti da patologie irreversibili risulta in contrasto con il principio di eguaglianza sia formale, con riferimento alle condizioni personali dei soggetti, che sostanziale, nella misura in cui, un soggetto fisicamente pienamente capace di poter porre fine alla propria vita, può autodeterminarsi in tal senso e compiere tutte le azioni necessarie alla realizzazione di tale volontà. Diversamente, qualora un soggetto dovesse versare in condizioni fisiche che non gli permettano di realizzare azioni utili alla cessazione della sua esistenza, attualmente, questi non potrebbe conformare lo stato delle cose alla propria volontà,

---

<sup>37</sup> Corte Cost., 22 novembre 2019, sent. n. 242/2019.

<sup>38</sup> Contenuto nel comma 1, art. 3, Cost.: «tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali durante la legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.»

<sup>39</sup> Contenuto nel comma 2, art. 3, Cost.: «spetta alla Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

rimanendo in Italia. Inoltre, qualora questi non risultasse provvisto delle possibilità economiche e di trasportabilità idonee per recarsi in Svizzera, questi non potrebbe neanche beneficiare delle tutele disposte in un altro Stato. Risulta evidente la violazione del principio di eguaglianza sostanziale, caposaldo della Costituzione italiana e di ogni Stato costituzionale di diritto.

Ogni individuo sano ha la possibilità, non perseguibile penalmente dal nostro ordinamento giuridico, di scegliere come e quando porre fine alla propria esistenza. Dovrebbe, anzi, per meglio dire, *deve* essere garantita la stessa possibilità di poter scegliere anche a soggetti che, di certo non per loro volontà, versano in condizioni fisiche che non gli consentono di autodeterminare pienamente il destino della loro esistenza. Certamente, chiunque dovesse trovarsi, improvvisamente, in una situazione fisica totalmente invalidante, tale da rendere impossibile lo sviluppo della vita coerentemente con la personalità, i desideri, le ambizioni ed aspirazioni sempre posseduti, iniziando così a vivere una vita, talmente diversa dalla precedente, da non sentirla propria, potrebbe non voler continuare a vivere in un corpo morto, che impedisce la possibilità di realizzare pienamente la sua volontà. Chiunque, in una situazione analoga, vorrebbe avere la possibilità di poter scegliere. Chiunque vorrebbe che il proprio Stato di appartenenza rendesse più semplice, almeno dal punto di vista burocratico, la possibilità di autodeterminarsi, senza dover ricorrere, necessariamente, alle tutele fornite da altri Stati. Per questo, è necessario che il Parlamento si attivi, che intervenga con una legge sul fine vita. L'ordinamento italiano non può permettersi un vuoto legislativo analogo a quello verificatosi in materia di DAT. I cittadini non possono aspettare ancora.



AURORA MAGGI\*

IL DIALOGO TRA LA PERSONA E IL DIRITTO.  
VALORIZZAZIONE DEL FINE VITA ALLA LUCE DELL'EVOLUZIONE  
NAZIONALE IN UNA PROSPETTIVA COMPARATISTICA

*This article represents an opportunity to demonstrate the relevance of the recognition of the Other and of the Person in end-of-life conditions. Therefore, we will try to analyze some cases, and especially the relevance of the Cappato Case, and we will, then, proceed from a comparative perspective on the external level. In addition, an attempt will be made to promote an appreciation of life.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Lo sguardo della giurisprudenza rivolto alla Persona. – 3. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La finalità di questo articolo è dimostrare l'importanza della comunicazione tra realtà e diritto con uno sguardo rivolto alla Persona, spesso imprigionata nella malattia e troppe volte in posizione subalterna rispetto ad un'idea di vita eterna, rispetto alla quale l'individuo stesso viene ridotto a mero oggetto di trattamenti disumanizzanti. Pertanto, la comunicazione con il diritto serve alla persona per dialogare con quella parte di sé che necessita di essere riconosciuta, circostanziata, educata.

Lo sguardo della parola, che riconosce e valorizza l'Altro, permette di mitigare il disagio che nasce quando «l'individuo, nel tentativo di mediare la propria individualità con l'appartenenza alla comunità politico-religiosa»<sup>1</sup>, finisce con l'assoggettarsi, cercando di guadagnare «un'identità socialmente

---

\*Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Angelo Schillaci, docente di Diritto pubblico comparato presso Sapienza Università di Roma.

<sup>1</sup> M. ANZALONE, *Introduzione*, in J. BUTLER, *Sentire ciò che nell'altro è vivente. L'amore nel giovane Hegel*, Napoli-Salerno, 2014.

accettabile e degna di riconoscimento»<sup>2</sup>, anche a costo di sacrificare sé stesso. Ecco che l'unica forma di riconoscimento, ossia l'unica forma di amore, è «quella tra viventi, è quella in cui come viventi sentiamo ciò che nell'altro è vivente e ci ritroviamo, per dirla con Hegel, “innanzi ad un nostro eguale, dinnanzi allo specchio e all'eco della nostra essenza”»<sup>3</sup>. Judith Butler pone lo sguardo alla riflessione hegeliana sull'amore, sostenendo che essa svela qualcosa di importante e il suo legame con la morte, «sulla vita che noi siamo, che è vita in relazione ad altri viventi e ad un mondo di oggetti che mediano, in qualche modo, questa relazione»<sup>4</sup>. Anche se questa è continuamente esposta al rischio di essere lacerata, e quindi «mortificata», «spenta in quel che in essa c'è di più vitale», è l'unica che ci *traghetta* verso la comune vulnerabilità umana, a cui si aggiunge un «obbligo etico, una speciale attenzione per la precarietà della vita, una responsabilità di trovare le condizioni in cui questa vita così fragile possa prosperare»<sup>5</sup>. Dunque, abbiamo il compito di preservare negli altri quella vita che noi stessi siamo, perché «come sappiamo da Hegel, l'“io” che arriva a riconoscere sé stesso e la propria vita, riconosce sempre sé stesso anche come vita di un altro»<sup>6</sup>.

Dunque, attraverso il riconoscimento e l'incontro, si suffraga l'idea che il diritto agisca, aprendo alla persona, imprigionata dalla malattia, le porte della libertà secondo *dignità*, mediante un allontanamento dal rischio di disumanizzazione. Questa è la direzione che può permetterci di *salvare la Persona*, quell'essere umano che si trova dietro il malato. Se, al contrario, ragioniamo solo sulla malattia e nella malattia, finiamo per perdere di vista la persona, fino a dimenticarla.

---

<sup>2</sup> ANZALONE, *op. cit.*

<sup>3</sup> ANZALONE, *op. cit.*

<sup>4</sup> ANZALONE, *op. cit.*

<sup>5</sup> ANZALONE, *op. cit.*

<sup>6</sup> J. BUTLER, *Can One Lead a Good Life In a Bad Life?*, in *Radical philosophy archive*, 2012.

## *2. Lo sguardo della giurisprudenza rivolto alla Persona*

A tal fine, appare significativa un'analisi della prospettiva assunta dalla Corte Costituzionale nella sent. n. 242/2019, sul caso Cappato: essa, precisando la dimensione del principio personalistico (art. 2 Cost.) ed anche degli artt. 13 e 32 Cost., li eleva al fine di assicurare «la piena libertà dell'individuo di scegliere quali interferenze esterne ammettere sul proprio corpo e di tutelare, in questo senso, la sua dignità»<sup>7</sup>. Ebbene, nel riconoscere e valorizzare la libertà di scelta, si avvalora il principio di autonomia, discendente da uno dei padri del liberalismo J. S. Mill, secondo il quale «su sé stesso, sul suo corpo, sul suo spirito, l'individuo è sovrano». Di fatto, tale prospettiva dimostra che non esiste un bene giusto e standardizzato, ma un bene confacente alla persona e alla propria vita. Questa è la misura entro la quale la persona può *presentarsi* attivamente al mondo, senza un continuo assoggettamento; la chiave risiede proprio nel rifuggire dal *costruito* e scegliere la *costruzione nella relazione e nel riconoscimento*, scongiurando qualsivoglia concezione eteronoma della vita, a dispetto di una *propria valutazione personale*.

Ritengo che la forza della relazione emerga, valorizzandosi, in casi di estrema sofferenza allorché l'Uno trovi nell'Altro uno sguardo di comprensione empatica, che riconosca e che non giudichi, in un aiuto verso una vita in dignità: figurativamente si tratta di porgersi la mano.

In quest'ottica, dunque, emerge come il divieto assoluto di aiuto al suicidio, antecedente alla pronuncia della Corte Costituzionale, finisse per «limitare ingiustificatamente nonché irragionevolmente la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita»<sup>8</sup>. Stando a questa logica, la Corte giunge alla dichiarazione dell'illegittimità costituzionale

---

<sup>7</sup> Corte Cost., sent. 22 novembre del 2019, n. 242.

<sup>8</sup> Corte Cost., cit.

dell'art. 580 c.p., nella parte in cui non esclude la punibilità di chi agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale che, nella piena capacità e consapevolezza nel prendere decisioni, li reputi intollerabili e non dignitosi. I giudici osservano che, «se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall'ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento, non si vede la ragione per la quale la stessa persona, a determinate condizioni, non possa ugualmente decidere di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri»<sup>9</sup>.

Qui, la rilevanza della relazione emerge segnatamente nella scelta di Marco Cappato di aiutare Fabiano Antoniani a realizzare la propria volontà. Credo sia fondamentale porre l'attenzione sulla *scelta*. Entrambi scelgono: l'uno di avviarsi alla morte (come emerge dall'istruttoria della Corte di Assise di Milano, infatti, Fabiano Antoniani ha scelto senza l'influenza di Marco Cappato), l'altro di porsi in aiuto. Non ritengo, come sostenuto da Silvia Niccolai<sup>10</sup>, che la Corte d'Assise, parlando di condotta dell'agente agevolatore come strumento, volesse affermare che, dinnanzi all'autodeterminazione dell'uno, l'altro si riduce ad aiutante inanimato. Non mi sento di considerare che l'autodeterminazione dell'uno possa in tal senso ridurre l'altro a mero esecutore, né ritengo che tale visione sia quella prospettata dalla Corte d'Assise, proprio per il fatto stesso che l'aiutante non risulta titolare di un obbligo giuridico, ma libero nello scegliere.

Per quanto specificatamente sia impresa emotiva non da poco, l'aiutante (che agisca non per interessi propri a scapito dell'aiutato, poiché in tal caso verrebbe meno l'idea stessa di aiuto) non può essere ridotto a mero esecutore. Al contrario, l'aiutante sceglie così di essere un intermediario tra la volontà

---

<sup>9</sup> Corte Cost., cit.

<sup>10</sup> S. NICCOLAI, *Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola* Nemo audiatur allegans turpitudinem suam, in *Riv. Dir.i Comp.*, 2021.

del soggetto e il fine da perseguire, senza né formarne la volontà né frapporsi a quest'ultima. Vince così la relazione e nella relazione (propriamente detta) credo che nessuno sia strumento dell'altro.

Pertanto, è necessario che le condizioni e le modalità di esecuzione dell'aiuto siano verificate con le modalità previste dagli artt. 1 e 2, l. n. 219/2017. Tale disciplina consente una preziosa valorizzazione della relazione di cura, cui si è giunti, grazie ad uno sguardo alla realtà come animata e acclamatrice di necessità di intervento: e così primeggia il dialogo medico-paziente, che pone eccezionalmente in luce la possibilità di decidere responsabilmente, che si prospetta soltanto se si attribuisce al paziente ruolo attivo, ammettendo che egli sia libero di scegliere, nel rispetto dei propri ideali di vita. Si apre così lo spazio al «diritto del paziente di partecipare attivamente al processo decisionale e di conoscere la verità sulla propria condizione, senza cui sarebbe impossibile prendere decisioni responsabili»<sup>11</sup>, anche in considerazione del diritto alla vita e del diritto al rispetto della vita privata, rispettivamente riconosciuti dagli artt. 2 e 8, CEDU che, alla luce dell'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, riconoscono il diritto dell'individuo di «decidere con quali mezzi e a che punto la propria vita finirà»<sup>12</sup>.

In questa prospettiva, G. Canguilhem sostiene: «[i]l mio medico è solitamente colui che accetta che io lo istruisca su ciò che solo io posso dirgli, ossia su ciò che solo il mio corpo annuncia a me stesso con sintomi il cui senso non mi è chiaro. Il mio medico è colui che accetta che io veda in lui un esegeta, prima ancora che accettarlo come riparatore»<sup>13</sup>. Da tale espressione non emerge solo la priorità e il prestigio della relazione di cura, ma anche la tendenza a superare l'idea storica di medico chiamato a vincere la malattia, come mero riparatore. Il medico è, al contrario, *tessitore* di una relazione di aiuto, calibrata sulla volontà del paziente. È perciò necessario che egli

---

<sup>11</sup> M. FOGLIA, *Consenso e Cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018.

<sup>12</sup> Corte EDU, caso *Haas c. Svizzera*, 2011.

<sup>13</sup> G. CANGUILHEM, *Sulla medicina. Scritti 1955-1989*, Einaudi, Torino, 2007.

rifugga da qualsivoglia atteggiamento compassionevole «perché le mani compassionevoli possono intervenire distruttivamente in un grande destino»<sup>14</sup>. Nella *Tentazione di Zarathustra*, il Filosofo continua narrando del grande grido d'aiuto che un giorno gli giunge, quando la compassione vuole assalirlo, sottraendolo a sé stesso. Non serve compassione, ma riconoscimento, virtù di quanti, abbandonando il giudizio e la distanza, guardino l'Altro con il rispetto che ciascun essere umano merita. Ecco l'empatia, letteralmente *soffrire in*. Nell'*in*, personalmente, intravvedo *un esserci* che solo lo sguardo, che riconosce, permette di raggiungere.

Ebbene, considero che nella specialità di siffatte esperienze sia necessario che il medico e quanti vivono intorno al paziente provino ad assumere, affinché possano efficacemente sostenere la persona vulnerabile, una prospettiva diversa. In un primo momento, provando ad indossare i suoi panni (celebre è la posizione che emerge dall'espressione «*sympathetic to the applicant's wish*»<sup>15</sup>), a porsi concretamente nella sua condizione e pensare in quel caso a cosa vorremmo, cosa desidereremmo per noi, cioè cosa chiederemmo noi al mondo; in un secondo momento, cercando di riconoscere la persona che si trova dietro al paziente, spogliandola delle vesti di malato.

Rispondente a tale prospettiva appare proprio la posizione assunta dalla Corte Costituzionale (nella sopra citata sentenza) in cui emerge una dettagliata e accurata descrizione della situazione di Fabiano Antoniani, contenuta, in primo luogo, nell'ordinanza di rimessione n. 1 del 14 febbraio 2018 della Corte di Assise di Milano, in cui si restituisce la parola al malato, sottolineando l'irremovibile convincimento e il «fermo proposito» di Fabiano Antoniani.

Il principio personalistico, enunciato dall'art. 2 Cost., viene qui elevato a guida per una profonda riconsiderazione della portata dell'art. 580 c.p., secondo una visione della persona come libera di scegliere in autonomia e di costruire il proprio progetto di vita, anche nella fase finale della vita, in cui

---

<sup>14</sup> F. NIETZSCHE, *Ecce Homo*, Tredicesima edizione, 2008.

<sup>15</sup> Corte EDU, cit., 2011.

sembrerebbe sottratta qualsivoglia possibilità di essere riconosciuto, nel rispetto della dignità umana. Nel caso in esame la libertà di scelta è elevata al punto da condurre ad una modifica dell'art. 580 c.p.: questo dimostra il dialogo della realtà con il diritto secondo un'accezione non sterile, ma *ricca di noi, della comunità*.

Ciò avvalorava la visione secondo la quale solo apparentemente comunicazione e dialogo sembrano momenti distanti dal diritto. Di fatto esiste, appunto, un legame inscindibile, dal momento che «il diritto non è scisso dalla comunità»; esso infatti «può attivare e sollecitare evoluzioni culturali e sociali»<sup>16</sup>. Non solo non è scisso, ma la società è presupposto per il diritto.

Ecco, dunque, che la relazione e la comunicazione tra la realtà e il diritto non può considerarsi né una forma, né una proforma, né tantomeno una finzione. Quando crediamo che sia così, dovremmo, invece che imputare l'esistenza o l'inazione dello stesso, provare a guardare le leggi quale effettiva espressione della realtà. Dunque, è necessario che il diritto maturi e si evolva parallelamente all'evoluzione sociale: il graduale ma emblematico sviluppo del diritto fondamentale ad una morte dignitosa si è realizzato attraverso una cospicua giurisprudenza della Corte costituzionale colombiana che, progressivamente, ha specificatamente condotto al riconoscimento ad una morte secondo propri canoni di dignità anche ai minorenni con la sentenza T-544/17. A tale trasformazione la Corte è giunta mostrando come l'assenza di un regolamento sul diritto fondamentale a una morte dignitosa per bambini e adolescenti rischi di perpetuare la possibilità di causare loro sofferenze esagerate, «nonostante siano soggetti di speciale tutela costituzionale che dovrebbero ricevere una considerazione speciale e che, proprio come ogni essere umano, non dovrebbero essere costretti a sopportare quel fardello». Il pensiero della Corte si articola non soltanto intorno ad una considerazione dei bambini quali soggetti di diritti, ma anche

---

<sup>16</sup> A. SCHILLACI, intervento in *Corso di formazione cultura contro la violenza di genere un approccio transdisciplinare*, Roma, 2020.

attorno ad una valorizzazione dei loro diritti e interessi nel nostro sistema legale, tenendo conto del principio dell'interesse superiore del bambino, enunciato dall'art. 3 Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza e dall'art. 44 della Costituzione colombiana, sviluppatosi poi nel Código de Infancia y Adolescencia (l. n. 1098/2006) che all'art. 8 afferma che «l'interesse superiore del bambino e dell'adolescente è considerato l'imperativo che obbliga tutte le persone a garantire la piena e simultanea soddisfazione di tutti i loro Diritti Umani, che sono universali, prevalenti e interdipendenti», secondo criteri stabiliti al fine di promuovere il benessere dei bambini. La Corte dunque, seguendo tale percorso, ha così disposto l'emanazione urgente del regolamento che garantisca il diritto ad una morte dignitosa di bambini e adolescenti, nel rispetto dei criteri giurisprudenziali individuati per garantirne l'attuazione.

Emerge anche in questo caso la ricerca verso una concezione della vita che vada oltre la nozione di semplice esistenza, svilente e inappropriata e che miri ad una valorizzazione della dignità umana nel proprio *singolare* ed individuale percorso di vita, suffragato dalla relazione di ascolto e dallo sguardo tanto alle reali condizioni del paziente quanto alle sue aspettative, implicanti le scelte sul *come* porre fine alla propria esistenza.

In merito al fine vita, non solo è necessario garantire il diritto all'autonomia individuale, ma anche il rispetto del pluralismo etico che caratterizza la nostra società, che non merita di essere assopito: questa è la posizione assunta dal Conseil d'État belga nel Parere del 20 giugno 2001 sulla legge sull'eutanasia.

Ecco che si fa timidamente spazio l'idea che non è giusto che qualcuno di noi sia conservato, perché è giusto che ognuno abbia la possibilità di *colorare* liberamente la propria vita: libertà non secondo una prospettiva liberticida, ma in ottica di riconoscimento tutelato attraverso una perimetrazione della stessa.

L'enorme contraddizione che emerge dal tentativo di *conservare la vita* è quella di *mantenere in attività* una vita rispetto alla quale ci sostituiamo nella scelta, trasformando la

persona in soggetto passivo, condannato a subire scelte altrui. «Il rispetto della vita non è idolatria della vita. La vita, come la morte, non è riducibile alla sua dimensione biologica. Nel momento in cui non c'è più la vita di relazione e il morente è ridotto a certi stati di vita vegetativa, proseguire ad ogni costo le cure significa cadere in un accanimento terapeutico che disumanizza la vita»<sup>17</sup>. Onde evitare una tale deprivazione della stessa e una perdita di quegli stessi valori che dovrebbero, anzitutto, tutelarla, l'ordinamento francese eleva a principio il divieto di accanimento terapeutico, enunciandolo all'art. L. 1110-5-1 c.s.p. Esso stabilisce che i trattamenti «non devono essere attuati o perseguiti quando derivano da un'ostinazione irragionevole». Inoltre, qualora tali terapie risultino inutili e sproporzionate o qualora non abbiano altro effetto, se non quello di mantenere artificialmente in vita, «possono essere sospesi o non essere intrapresi, secondo la volontà del paziente e, se quest'ultimo non è in condizione di esprimere la propria volontà, secondo una procedura collegiale definita da regolamento». È chiaro come tale disciplina riconosce il diritto al rispetto della volontà correttamente espressa dal paziente, tanto da farla prevalere sull'obbligo di intervento esistente in capo al medico.

A tal proposito, è opportuno ricordare che nel nostro ordinamento il rifiuto dei trattamenti sanitari fa parte dei diritti inviolabili della persona come espressione del principio della libertà di autodeterminazione riconosciuta dall'art. 13 Cost.

Con ragione, come specificato anche dalla Corte di Cassazione, 16 ottobre 2007, n. 21748, nel caso Englaro: «[i]l diritto alla salute, come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza *secondo canoni di dignità propri dell'interessato*, finanche di lasciarsi morire».

In un'importante sentenza della Corte Suprema dell'India, *Common Cause (A Regd. Society) v. Union of India e Anr*, pronunciata il 9 marzo 2018, la stessa ha ritenuto che il diritto di morire con dignità sia un aspetto intrinseco del diritto alla vita ai sensi dell'art. 21 della Costituzione indiana. L'art. 21

comprende la dignità come il suo fondamento essenziale. Quindi, ogni individuo deve avere il diritto di decidere se accettare o meno l'intervento medico in caso di malattia terminale. Il diritto a vivere con dignità include l'autonomia in relazione al processo di morte e la scelta di non subire dolore e sofferenza.

Già in passato, nel caso *Kharak Singh v. State of Uttar Pradesh SCR 332*, del 18 dicembre 1963, era emersa un'interpretazione del diritto ad una vita dignitosa, distanziandosi da una concezione di semplice continuazione dell'esistenza fisica animale di una persona. Successivamente nel caso *P. Rathinam v. Unione of India & another n.194*, del 26 aprile 1994, la Corte Suprema aveva confermato tale prospettiva, ribadendo che la vita non si esaurisce esclusivamente in una dimensione esistenziale, ma riguarda anche la qualità della vita.

La scelta di rifiutare le cure non si traduce nel non amore per la vita, ma nel diritto di non sottoporsi a cure giudicate dal paziente sproporzionate e svilenti – posizione sostenuta in riferimento al caso di Piergiorgio Welby di richiesta di sospensione delle cure che lo tenevano in vita<sup>17</sup>.

La scelta è l'unica che ci tiene al riparo da eventuali *gabbie*: è l'unica che ci pone al riparo, perché è la sola che pone al centro il singolo. Ecco affiorare la potenza del kierkegaardiano *aut aut*. Egli ammoniva: «la grandezza non consiste nell'essere questo o quello, ma nell'essere sé stesso». Le scelte di fine vita potrebbero probabilmente rappresentare il punto di confluenza in cui «la scelta è più di tutte le scelte compiute prima?»<sup>18</sup>. Potrebbero forse confessare quello che H. Müller ha definito «l'impenetrabile equilibrio fra dignità e sottomissione».

Scegliere della propria vita permette all'individuo di rimanere tale nella propria sfera di vita per non essere, dunque, spersonalizzato dalle scelte incessanti degli altri che rischiano di porre nel silenzio la *voce del sé*, nella considerazione del bene

---

<sup>17</sup> FOGLIA, *op. cit.*

<sup>18</sup> J. DIDION, *Run River*, 2016.

della vita come sostanzialmente disponibile da parte del soggetto.

Attraverso lo sguardo del riconoscimento, ammettiamo che l'altro ci sia, accettandone così le sue peculiarità.

Il diritto è deputato dunque a rivalutare, conferendo così nuovo valore alla realtà esistente.

### *3. Conclusioni*

Questa analisi rappresenta il tentativo di mostrare la discordanza che nasce allorché disumanizziamo la vita, mentre tentiamo di imporla ad ogni costo.

Riflettendo, dunque, è evidente come la *prospettiva dignitaria* sia l'unica che possa condurre ad una valorizzazione della vita, ricusando ogni tentativo di repressione della stessa, in una considerazione della persona malata quale soggetto passivo. Un'opportuna tendenza sembra, via via, prospettarsi anche nel nostro ordinamento, nonché al di fuori dell'esperienza italiana: accettiamo dunque la potenza del diritto, *lasciandolo dialogare* con la Persona.



SEZIONE DI STUDI RELATIVI ALLE  
QUESTIONI GIURIDICHE SOLLEVATE  
DALL'EMERGENZA SANITARIA DA  
COVID-19



MARCO BOSCARIOL\*

I CONTRATTI DI LOCAZIONE COMMERCIALE  
DURANTE L'EMERGENZA COVID-19

*The present article analyzes the impact of Covid-19 crisis on rental agreements. This type of agreements has been heavily affected by restrictions introduced by the Government to contain the spread of the virus and the aim of this paper is to present different possible solutions to the consequent contractual imbalances. This research is carried out through the analysis of the first judicial decisions issued by Italian Courts on this matter and of the first works of the legal doctrine, underlining the different solutions proposed therein. This topic will be the occasion to verify if and how the provisions of the Italian Civil Code are suitable for the management of a complex and unpredictable situation as the one determined by the pandemic.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Analisi della normativa emergenziale. – 3. Impatto dell'emergenza sanitaria sui contratti di locazione. – 4. Impossibilità sopravvenuta della prestazione. – 5. Eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione. – 6. Obbligo legale di rinegoziazione delle condizioni contrattuali. – 7. Altri possibili strumenti e soluzioni. – 8. Conclusioni.

1. *Introduzione*

L'emergenza sanitaria in corso dall'inizio del 2020, un evento senza precedenti che ha determinato un inaspettato stravolgimento nelle nostre vite, costituisce un fenomeno estremamente complesso, suscettibile di analisi e riflessioni sotto molteplici profili.

---

\*Studente del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stata consultato il prof. Enrico del Prato, docente di Diritto Civile presso Sapienza Università di Roma.

In particolare, numerose questioni si sono prepotentemente poste all'attenzione del giurista e richiedono una celere risposta. Gli studiosi di tutte le discipline, dal diritto del lavoro a quello penale, passando per il diritto civile, commerciale e processuale, sono intervenuti nelle aree di propria competenza, segnalando i profili problematici e cercando di fornire delle risposte.

In questo elaborato si intende affrontare una di tali complesse questioni, riguardante l'impatto dell'emergenza sui contratti di locazioni commerciali. Si tratta infatti di una tipologia contrattuale che ha subito fortemente gli effetti delle misure di contenimento della diffusione del virus, le quali hanno imposto, e continuano a imporre, l'interruzione o la forte limitazione delle attività commerciali.

Gli esercenti si sono improvvisamente trovati nell'impossibilità di svolgere la propria attività nei locali appositamente presi in locazione, la cui utilità è così risultata fortemente limitata, essendo utilizzabili solo per il deposito delle merci e per lo svolgimento di attività a distanza, quali asporto o vendita online, realizzabili in misura diversa a seconda del tipo di esercizio commerciale in questione. Per molti gli incassi si sono ridotti drasticamente, se non del tutto azzerati. Anche nei periodi in cui le attività hanno potuto riaprire al pubblico sono comunque rimaste rilevanti limitazioni dettate dai protocolli per la prevenzione del contagio, le quali impongono adeguamenti, talvolta anche complessi e onerosi, nell'organizzazione del locale e dell'attività, come la riduzione della capienza dei locali, la sanificazione frequente, l'acquisto di ingenti quantità di gel disinfettante.

Tale situazione, a noi tutti sfortunatamente ben nota, deve però essere inquadrata entro gli schemi del diritto, così da valutare da un punto di vista giuridico la rilevanza delle varie misure di contenimento sui contratti di locazione e individuare gli strumenti utilizzabili in questo contesto.

A tale scopo si procederà dunque presentando le novità normative più rilevanti per la questione in esame e si proseguirà esponendo le varie possibili soluzioni emerse in dottrina e in giurisprudenza per rispondere alle pretese di conduttori e locatori e far fronte alle sopravvenienze che hanno colpito tali

rapporti e alterato gli equilibri contrattuali. Proprio la gestione delle sopravvenienze in un contratto di lunga durata come quello di locazione rappresenta il cuore del tema affrontato. Da questo punto di vista, l'emergenza Covid-19 costituisce un importante banco di prova per il nostro diritto dei contratti e per l'ordinamento giuridico in generale, chiamato a dimostrare di essere in grado di far fronte a una situazione inedita, di produrre gli «anticorpi» necessari per evitare che l'emergenza sanitaria, sociale ed economica si trasformi anche in un'emergenza giuridica e dia origine a «un'aspra e complessa contesa giudiziaria»<sup>1</sup>.

## *2. Analisi della normativa emergenziale*

Preliminarmente all'esposizione degli specifici strumenti utilizzabili per gestire l'impatto dell'emergenza Covid-19 sui contratti di locazione, è necessario procedere all'analisi della normativa emergenziale che il legislatore italiano ha introdotto per la gestione della crisi sanitaria ed economica. Parallelamente alle misure di contenimento della diffusione del virus, sono state infatti previste diverse disposizioni per la gestione delle conseguenti ripercussioni di natura socio-economica. Nello specifico si intende far riferimento alle previsioni che incidono sui rapporti di locazione commerciale.

*In primis*, data la sua centrale rilevanza per il tema qui analizzato, occorre richiamare l'art. 91 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, il quale ha aggiunto all'art. 3 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazione dalla l. 5 marzo 2020, n. 13, il comma 6 *bis*: «Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti».

Tale disposizione prende in considerazione le misure di contenimento che, a partire dal d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, hanno

---

<sup>1</sup> F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di 'coronavirus'*, in *Giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020, pp. 4-5.

imposto la sospensione delle attività produttive, industriali e commerciali e introduce una disciplina di favore per il debitore in caso di inadempimento<sup>2</sup>.

È necessario chiarire dunque la portata di questa norma, ampiamente richiamata nei provvedimenti giudiziari in materia di locazioni e oggetto di attenzioni da parte della dottrina.

Quanto all'ambito di applicazione, si tratta di un precetto di portata generale, suscettibile di trovare applicazione per qualsiasi rapporto contrattuale. Infatti non risulta esservi alcuna limitazione, né di tipo oggettivo (tipologia di obbligazione), né di tipo soggettivo<sup>3</sup> (tipologia di contraente).

Quanto agli effetti, esso impone di tenere in considerazione, ai fini dell'accertamento e della valutazione della responsabilità del debitore, «lo sforzo materiale ed economico di adattamento alle prescrizioni sanitarie»<sup>4</sup>. Il giudice dunque, sulla base della valutazione del caso concreto, può ritenere di escludere l'applicazione delle ordinarie conseguenze dell'inadempimento, oltre a precludere l'invocazione da parte del creditore di eventuali clausole penali previste dal contratto.

Per godere di questa agevolazione, il debitore sarebbe tenuto a dimostrare la sussistenza di un nesso eziologico tra inadempimento e adeguamento alle misure di contenimento<sup>5</sup>. Interpretazione confermata dal tribunale di Macerata<sup>6</sup> che ha chiarito la portata dell'onere probatorio gravante sul debitore, il

---

<sup>2</sup> Questa disposizione non è stata esente da critiche, in particolare è stata considerata ridondante e pleonastica rispetto a previsioni codicistiche già esistenti, cfr. V. ROPPO, R. NATOLI, *Contratto e Covid-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, in *Giustizia Insieme*, 28 aprile 2020, pp. 6 e 8. Altri autori hanno invece cercato di mettere in evidenza gli effetti innovativi della norma emergenziale, cfr. C. MASCIOPINTO, *La sopravvenienza pandemica nei rapporti contrattuali tra privati: quali rimedi?*, in *Luiss Law Review*, 2/2020, pp. 89 ss.

<sup>3</sup> Diversamente da quanto disposto dal legislatore tedesco che ha limitato solo a consumatori e microimprese il diritto di rifiutare l'esecuzione di un'obbligazione assunta nell'ambito di un contratto di durata (v. il § 1 del novellato art. 240 dell'EGBGB).

<sup>4</sup> Corte Suprema di Cassazione Ufficio del Massimario e del Ruolo, Relazione n. 56, Roma, 8 luglio 2020, p. 8.

<sup>5</sup> *Ivi*, p. 9.

<sup>6</sup> Trib. Macerata, 28 ottobre 2020.

quale «non può limitarsi ad allegare assiomaticamente che l'inadempimento è ascrivibile alle misure anticontagio».

Esempio di applicazione giurisprudenziale della disposizione in esame in una controversia relativa ad un contratto di locazione è una decisione del tribunale di Catania<sup>7</sup> che nega la concessione dell'ordinanza di rilascio degli immobili ex art. 665 c.p.c., richiesta dal locatore, per sussistenza di gravi motivi contrari all'accoglimento. Il giudice, ai fini della valutazione della gravità dell'inadempimento del conduttore, tiene conto anche dell'art. 3, co. 6 *bis*.<sup>8</sup>

Il tribunale di Roma<sup>9</sup> ha invece escluso che il richiamo alla normativa emergenziale possa fondare la pretesa del conduttore di sospendere il pagamento del canone, non essendovi alcuna norma che preveda esplicitamente tale effetto. Il legislatore ha infatti assunto alcune «iniziative di agevolazione, ma nulla ha voluto disporre in ordine al *quantum* ed al *quando* del pagamento dei canoni di locazione commerciale o di affitto di azienda».

In particolare è stato segnalato che l'art. 3, co. 6 *bis* introduce un *favor* per il debitore nella valutazione della responsabilità per inadempimento, ma, nel prevedere ciò, esso logicamente presuppone che l'inadempimento vi sia stato, e che dunque non vi sia alcun effetto estintivo dell'obbligazione per effetto delle misure di contenimento della pandemia<sup>10</sup>.

Altra disposizione introdotta dal legislatore in riferimento all'emergenza sanitaria è l'art. 65 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, il quale, al fine di contenere gli effetti negativi derivanti dalle misure di prevenzione e contenimento connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19, ha introdotto un credito d'imposta pari al 60 % del canone di locazione per le attività interessate

---

<sup>7</sup> Trib. Catania, 30 luglio 2020.

<sup>8</sup> Analoghe applicazioni della disposizione in esame in trib. Trani, 1° settembre 2020; trib. Palermo, 25 settembre 2020; trib. La Spezia, 15 dicembre 2020, n. 617.

<sup>9</sup> Trib. Roma, 29 maggio 2020.

<sup>10</sup> Così trib. Milano, 24 luglio 2020; trib. Pordenone, 8 luglio 2020; trib. Pisa, 30 giugno 2020. Di questo parere anche A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus* in *Giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020, nota 8.

dalla chiusura forzata. Tale forma di sostegno è stata poi prorogata e rimodulata da decreti successivi.

Pur trattandosi di una misura fiscale, ha assunto rilevanza anche nel dibattito in materia contrattuale. In particolare, seguendo il medesimo ragionamento impiegato per l'analisi dell'art. 3, si può osservare che, nell'alleviare la posizione economica del conduttore, il legislatore è evidentemente intervenuto sul presupposto che il canone non fosse affatto sospeso e che l'adempimento rimanesse obbligatorio, altrimenti l'agevolazione tributaria non avrebbe ragion d'essere<sup>11</sup>. Non è dunque possibile richiamare l'art. 65 per sostenere l'estinzione dell'obbligazione del conduttore né una sua sospensione<sup>12</sup>. Non mancano, tuttavia, opinioni volte a criticare un simile utilizzo argomentativo di questa disposizione<sup>13</sup>.

È stato inoltre sostenuto che lo stesso art. 65, prevedendo un credito d'imposta a favore del conduttore, abbia determinato una compensazione della possibile eccessiva onerosità sopravvenuta che avrebbe colpito la prestazione di quest'ultimo, ripristinando così l'equilibrio sinallagmatico ed escludendo l'applicazione dell'art. 1467 c.c.<sup>14</sup>

Per completezza d'esposizione è bene richiamare altre due disposizioni emergenziali.

L'art. 216, c. 2 del d.l. 19 maggio 2020 n. 34 ha disposto per i rapporti di concessione di impianti sportivi dello Stato o di altri enti territoriali la «revisione dei rapporti in scadenza entro il 31 luglio 2023, mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio economico-finanziarie originariamente pattuite». Si

---

<sup>11</sup> V. Circolare 8/E/2020 dell'Agenzia delle Entrate.

<sup>12</sup> Trib. Milano, 24 luglio 2020; A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, cit., nota 9; V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *Giustiziacivile.com*, 31 marzo 2020, p. 3.

<sup>13</sup> A.A. DOLMETTA, *Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per «misure di contenimento» pandemico*, in *ilcaso.it*, 23 aprile 2020, secondo il quale «il fatto che il rilascio dell'agevolazione fiscale abbia a suo presupposto l'avvenuto pagamento del canone non implica, né impone, che un simile pagamento sia sempre e comunque dovuto».

<sup>14</sup> Trib. Roma, 16 dicembre 2020. In senso contrario invece Trib. Roma, 27 agosto 2020.

tratta di un'ipotesi legale di rinegoziazione del contratto, posta comunque come facoltativa.

Infine, il terzo comma del medesimo art. 216, ha previsto che la sospensione forzata delle attività sportive debba sempre essere valutata ai sensi degli artt. 1256, 1464, 1467 e 1468 c.c. «quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati». Inoltre, in ragione di tale squilibrio, ha stabilito, limitatamente alle mensilità da marzo 2020 a luglio 2020, una riduzione del canone locatizio del 50%, salva la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata. Si può così segnalare come, diversamente da quanto disposto con l'art. 91 d.l. 18/2020, norma avente portata più ampia rispetto all'art. 216, il legislatore ha qui preso in considerazione i provvedimenti di chiusura forzate delle attività commerciali sportive richiamando esplicitamente le disposizioni in materia di impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità sopravvenuta, arrivando poi a disporre una riduzione legale del canone locatizio<sup>15</sup>.

Invece, per gli altri contratti di locazioni commerciali, non essendovi una specifica disposizione in tal senso, la riduzione o la sospensione del canone sono state ammesse o escluse ricorrendo a diversi percorsi argomentativi, a partire dagli strumenti offerti dal codice civile, senza pervenire tuttavia ad una conclusione unanime.

I problemi maggiori, dunque, si pongono proprio in relazione a quello che il legislatore non ha fatto: ciò ha imposto di cercare le soluzioni necessarie tra le preesistenti regole codicistiche, facendo rientrare, talvolta forzatamente, l'attuale situazione emergenziale nell'ambito delle categorie del codice, prime fra tutte l'impossibilità sopravvenuta della prestazione e

---

<sup>15</sup> L'esplicita previsione legislativa di tale tutela è stata messa in evidenza per sostenere, rifacendosi al brocardo *ubi lex voluit, dixit*, che, al di fuori di questo tipo di locazioni, non potrebbero trovare applicazione i rimedi codicistici dell'impossibilità sopravvenuta e dell'eccessiva onerosità sopravvenuta. Qualora infatti il legislatore avesse voluto garantire queste tutele a tutte le locazioni lo avrebbe esplicitato, come fatto nell'art. 216, co. 3. Cfr. in tal senso trib. Roma, 16 dicembre 2020; trib. Roma, 15 gennaio 2021.

l'eccessiva onerosità sopravvenuta, oppure ricorrendo a clausole generali in grado di garantire l'elasticità necessaria per gestire una crisi senza precedenti. Proprio alcune delle diverse posizioni assunte dalla giurisprudenza e dalla dottrina saranno analizzate nei paragrafi seguenti.

### 3. *Impatto dell'emergenza sanitaria sui contratti di locazione*

Dopo aver chiarito la portata dell'intervento del «legislatore pandemico» in materia contrattuale, e specificatamente sui contratti di locazione, si può procedere analizzando quale sia stato l'impatto dell'emergenza sanitaria su tali contratti e quali siano gli strumenti utilizzabili per farvi fronte.

A partire dall'analisi delle prime pronunce in materia, è dunque possibile descrivere le posizioni delle due parti contrattuali

La parte colpita direttamente dalle chiusure forzate è sicuramente il conduttore, il quale si è trovato ad avere a disposizione un locale parzialmente o totalmente inutilizzabile per la propria attività. La prima reazione, dunque, è stata quella di cercare di ottenere la sospensione del canone, così da far fronte alla riduzione, se non all'azzeramento, delle entrate. In alcuni casi le parti si sono venute incontro, accordandosi per una gestione consensuale delle sopravvenienze. In altri casi ciò non è avvenuto, e molti conduttori hanno dunque avviato procedimenti d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* per chiedere la sospensione, il differimento o la cancellazione del canone dovuto<sup>16</sup>, o ancora l'inibizione dell'escussione o dell'incasso da parte del locatore delle fideiussioni o dei titoli di credito rilasciati a garanzia del canone<sup>17</sup>.

Per quanto riguarda i locatori, hanno anch'essi risentito dell'impatto della pandemia a causa del mancato pagamento dei canoni da parte di molti conduttori. Ove non disposti a concedere una riduzione del canone né a tollerare

---

<sup>16</sup> V. trib. Roma, 27 agosto 2020; trib. Roma, 15 gennaio 2021.

<sup>17</sup> V. *ex multis* trib. Bologna, 12 maggio 2020; trib. Genova, 1° giugno 2020; trib. Milano, 24 luglio 2020.

l'inadempimento, hanno reagito intimando lo sfratto per morosità e parte del contenzioso generatosi riguarda proprio procedimenti di convalida degli sfratti.

In queste pronunce i giudici si sono trovati a dover far fronte a una crisi senza precedenti e ad individuare gli strumenti più adeguati a gestire le sopravvenute alterazioni dell'equilibrio sinallagmatico. Nei paragrafi seguenti, sulla base degli orientamenti giurisprudenziali e delle elaborazioni dottrinali di questi ultimi mesi, si procederà con l'analisi di alcune delle più rilevanti soluzioni avanzate per rispondere alle pretese di conduttori e locatori.

#### *4. Impossibilità sopravvenuta della prestazione*

Tra gli istituti codicistici più richiamati relativamente al tema in esame vi è sicuramente l'impossibilità sopravvenuta della prestazione dedotta in contratto. Questa argomentazione è stata sviluppata su due piani, sia in riferimento all'obbligazione del conduttore di pagare il canone, che in riferimento all'obbligazione del locatore di garantire il godimento della cosa locata e di mantenerla in stato da servire all'uso convenuto. In particolare si tratterebbe di una impossibilità per *factum principis*, causata cioè dai provvedimenti dell'autorità adottati per contenere il diffondersi dell'epidemia, i quali, incidendo sulle prestazioni delle parti, costituirebbero la causa non imputabile al debitore che determina l'estinzione dell'obbligazione *ex art. 1256 c.c.*

Relativamente al primo profilo, il mancato pagamento del canone da parte del conduttore è stato giustificato sostenendo che le misure di contenimento della pandemia abbiano determinato l'impossibilità per il conduttore di procedere al pagamento del canone convenuto, a causa di una sopravvenuta situazione di impotenza finanziaria. Si tratterebbe di un'impossibilità temporanea *ex art. 1256 c.c.* la quale esonera il debitore dalla responsabilità per inadempimento finché l'impossibilità perdura.

Proprio questa argomentazione è stata sostenuta in diversi procedimenti giudiziari degli ultimi mesi da parte di alcuni

conduttori. In particolare, i tribunali di Bologna<sup>18</sup>, Genova<sup>19</sup> e Rimini<sup>20</sup> hanno accolto le istanze dei conduttori che, invocando l'impossibilità di effettuare il pagamento a causa della sopravvenuta crisi di liquidità e assenza di provviste, chiedevano di inibire l'incasso dei titoli di credito emessi a garanzia delle proprie obbligazioni. Di diverso parere sono invece stati il tribunale di Macerata<sup>21</sup>, che ha ritenuto insufficiente la generica affermazione di difficoltà economiche causate dall'emergenza pandemica e dalle conseguenti restrizioni, escludendo la sussistenza di un'oggettiva impossibilità, e il tribunale di Roma<sup>22</sup>, il quale ha rigettato la richiesta di riduzione del canone, riconducendo il mancato pagamento a una mera scarsità di mezzi economici dei conduttori.

La principale critica opponibile a questa ipotesi è che, trattandosi di un'obbligazione di pagamento, una vera e propria impossibilità non potrebbe mai sussistere. Si tratta di una posizione giurisprudenziale e dottrinale consolidata, e confermata dalla relazione della Corte di Cassazione dell'8 luglio 2020<sup>23</sup>, secondo la quale, sulla base del principio per cui *genus numquam perit*, per questo tipo di obbligazioni non ci può essere una causa che impedisca definitivamente l'adempimento, come invece richiesto affinché ricorra l'impossibilità sopravvenuta della prestazione<sup>24</sup>. Tale argomentazione è stata dunque diffusamente opposta dalla dottrina a questo tipo di pretese dei conduttori, considerate addirittura «fuori luogo»<sup>25</sup>.

Non sono però mancate tesi volte a sostenere l'effettiva impossibilità della prestazione del conduttore. Si è per esempio sostenuto che il comma 6 *bis* dell'art. 3 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, avrebbe introdotto un'ipotesi di impossibilità

---

<sup>18</sup> Trib. Bologna, 12 maggio 2020.

<sup>19</sup> Trib. Genova, 1° giugno 2020.

<sup>20</sup> Trib. Rimini, 25 maggio 2020.

<sup>21</sup> Trib. Macerata, 28 ottobre 2020.

<sup>22</sup> Trib. Roma, 15 gennaio 2020.

<sup>23</sup> Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Relazione n. 56, Roma, 8 luglio, p. 2.

<sup>24</sup> Cfr. Cass. 16 marzo 1987, n. 2691; Cass. 30 aprile 2012, n. 6594; Cass. 15 novembre 2013, n. 25777.

<sup>25</sup> A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, cit., p. 6.

temporanea della prestazione per causa non imputabile al debitore valida anche per le obbligazioni pecuniarie, in base alla quale, tenendo conto del principio costituzionale di solidarietà, sarebbe possibile ammettere delle ragioni giustificatrici dell'incapacità patrimoniale del debitore<sup>26</sup>.

Come accennato, le argomentazioni relative all'impossibilità sopravvenuta si sono sviluppate anche su un altro piano, quello della prestazione del locatore, al fine di giustificare il mancato pagamento del canone e pretendere la riduzione del canone *ex art. 1464 c.c.* e/o la sua sospensione per mezzo dell'eccezione di inadempimento *ex art. 1460 c.c.* Si tratterebbe specificatamente di un'impossibilità parziale, in quanto il locatore, per un determinato periodo di tempo, non avrebbe potuto garantire il pieno utilizzo dell'immobile locato, limitato invece al solo deposito di merci o attrezzature, essendo preclusa l'attività di vendita al pubblico (impossibilità per *factum principis*).

Per verificare la fondatezza di questa ipotesi è necessario però accertare il contenuto effettivo dell'obbligazione del locatore e l'eventuale incidenza su di essa delle misure di contenimento della pandemia. L'art. 1575 c.c., nell'enunciare le obbligazioni principali del locatore, colloca al punto numero 2) l'obbligo di mantenere la cosa locata in stato da servire all'uso convenuto. Questa formulazione è tuttavia suscettibile di varie interpretazioni.

Parte della dottrina ritiene che la prestazione dovuta consista nella sola messa a disposizione del bene, e a tal fine è dunque sufficiente che esso abbia le qualità materiali e giuridiche che lo rendano genericamente idoneo all'uso convenuto.<sup>27</sup> Secondo questa tesi, l'effettivo utilizzo del bene e l'utilità del suo impiego da parte del conduttore sarebbero

---

<sup>26</sup> V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia* in *Giustiziacivile.com*, 31 marzo 2020, p. 4. La necessità di concretizzare i valori solidaristici di origine costituzionale è stata invocata anche da A. DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Giustiziacivile.com*, 27 marzo 2020, pp. 5 ss.

<sup>27</sup> M. DI STEFANO, B. STANCHI, *Locazione immobili ad uso commerciale. Pagamento del canone nel periodo Covid-19*, cit.

elementi estranei al contratto e alla sua causa<sup>28</sup>. Analogamente si respinge anche l'ipotesi di un richiamo alla causa in concreto o alla figura della presupposizione<sup>29</sup>. Alla luce di ciò, viene escluso che le restrizioni imposte durante l'emergenza sanitaria, con conseguente preclusione di un pieno godimento dell'immobile locato, possano essere invocate come causa di impossibilità, in quanto la prestazione del locatore rimane possibile e viene, invero, effettivamente adempiuta<sup>30</sup>.

Di questo parere anche il tribunale di Roma<sup>31</sup>, il quale ha escluso la sussistenza di un'impossibilità totale o parziale della prestazione del locatore, in quanto l'utilizzabilità dell'immobile era rimasta possibile e l'immobile locato era stato occupato anche durante l'epidemia. Posizione analoga è quella del tribunale di Milano<sup>32</sup> che ha ritenuto di non poter dedurre dal solo presupposto della sospensione dell'attività commerciale l'estinzione della controprestazione dovuta.

Tuttavia è riscontrabile anche una diversa interpretazione dell'art. 1575, n. 2. Questa seconda tesi descrive in modo più impegnativo l'obbligazione del locatore, ritenendo che il mantenimento della cosa locata in condizione da servire all'uso convenuto ricomprenda anche l'obbligo di garantire il pieno godimento da parte del conduttore, che invece, nel caso in esame, è stato evidentemente compromesso a causa delle restrizioni<sup>33</sup>.

Inoltre, è stato invocato l'orientamento della Suprema Corte che equipara all'effettiva impossibilità di svolgere una

---

<sup>28</sup> A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, cit., nota 11, p. 19.

<sup>29</sup> Cfr. Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Relazione n. 56, Roma, 8 luglio, pp. 20-21.

<sup>30</sup> In questo senso anche la citata relazione della Corte di Cassazione, secondo la quale una diversa soluzione, volta a liberare del tutto o in parte il conduttore dal pagamento del canone, sarebbe una «considerazione che appare ispirata al buon senso, più che al rigore giuridico», p. 4.

<sup>31</sup> Trib Roma, 15 dicembre 2020.

<sup>32</sup> Trib Milano, 24 luglio 2020.

<sup>33</sup> Cfr. Cass. 25 giugno 2019, n. 16918; A. A. DOLMETTA, *Locazione di esercizi commerciali e riduzione del canone*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 23 aprile 2020.

prestazione, la sua inutilizzabilità da parte del creditore<sup>34</sup>: nel caso in esame, infatti, la prestazione del locatore potrebbe anche essere possibile, ma è sicuramente inutile per il conduttore, o utile solo in minima parte.

In entrambi i casi, comunque, la prestazione resa dal locatore sarebbe deficitaria o parzialmente inutile e dunque il conduttore potrebbe opporre l'eccezione di inadempimento e sospendere così il pagamento, o anche pretendere una riduzione del canone per impossibilità parziale.

Questa tesi è stata accolta dai tribunali di Venezia<sup>35</sup> e Roma<sup>36</sup> i quali hanno riconosciuto il diritto del conduttore alla riduzione del canone *ex art. 1464 c.c.* per impossibilità parziale della prestazione della controparte. In particolare il giudice capitolino ha sostenuto che l'attività di vendita al dettaglio svolta dal conduttore, richiamata espressamente nel regolamento contrattuale, costituisca parte integrante dell'oggetto del contratto e dunque rilevasse ai fini della determinazione del contenuto dell'obbligazione del locatore, divenuta perciò, come detto, parzialmente impossibile.

### *5. Eccessiva onerosità sopravvenuta*

Un altro strumento codicistico sul quale è stata posta particolare attenzione è la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. È opportuno tuttavia chiarire fin da subito che sia in dottrina che in giurisprudenza si è generalmente escluso il ricorso a questo istituto, segnalando in particolare due profili problematici: da una parte, la sussistenza dei presupposti richiesti, dall'altra, l'effettiva adeguatezza di questo strumento rispetto alle esigenze dei conduttori.

---

<sup>34</sup>Cfr. Cass., 29 marzo 2019, n. 8766 secondo cui in tal caso «non può più essere conseguita la finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto, con la conseguente estinzione dell'obbligazione». V. anche Cass. 26 settembre 2019, n. 23987 che ha ammesso la risoluzione per impossibilità sopravvenuta in conseguenza della dichiarazione di inagibilità dell'immobile locato in seguito al sisma dell'aprile 2009. V. ancora Cass. Civ., 24 luglio 2007, n. 16315; Cass. 10 luglio 2018, n. 18047.

<sup>35</sup>Trib. Venezia, 30 settembre 2020 e 28 luglio 2020.

<sup>36</sup>Trib. Roma, 29 maggio 2020.

Per quanto riguarda il primo aspetto, il codice richiede che la prestazione di una delle due parti sia divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili. Inoltre si possono distinguere due tipi di eccessiva onerosità<sup>37</sup>: quella diretta, che incide direttamente sulla prestazione dovuta (che diviene più costosa o più preziosa) e quella indiretta, che determina uno svilimento della prestazione attesa, a fronte di una controprestazione invariata.

Occorre dunque verificare se tali presupposti ricorrano nell'ambito dell'emergenza attualmente in corso. La Corte di Cassazione, nella citata relazione sul diritto emergenziale anti-Covid-19, trattando dei contratti in generale, ha affermato che le condizioni richieste sono soddisfatte, sia per quanto riguarda l'eccessiva onerosità diretta che indiretta. Tuttavia, la dottrina e la giurisprudenza in materia di locazione hanno invece in larga parte assunto una posizione contraria.

In particolare è evidente che non ricorrano i presupposti dell'eccessiva onerosità diretta, in quanto la prestazione dovuta, il pagamento del canone, è rimasta invariata. Per quanto riguarda l'eccessiva onerosità indiretta, astrattamente si potrebbe effettivamente argomentare che la prestazione che il conduttore riceve abbia perso valore e, conseguentemente, la controprestazione dovuta sia diventata eccessivamente onerosa<sup>38</sup>. Tale interpretazione è stata però contestata, poiché, in verità, l'orientamento giurisprudenziale alla base di questa ipotesi di eccessiva onerosità si è affermato in riferimento al caso di svilimento della prestazione pecuniaria nell'ambito del fenomeno inflattivo, e la sua estensibilità al caso in esame è discutibile<sup>39</sup>; inoltre vi è anche chi ha ritenuto che per i conduttori l'utilità ricevuta dalla controprestazione sarebbe invariata e il suo valore di mercato immutato, escludendo

---

<sup>37</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, II ed., in Iudica - Zatti (a cura di), Trattato di diritto privato, Milano, 2011, pp. 949 ss.

<sup>38</sup> E. BELLISARIO, *COVID-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, in *Giustiziacivile.com*, 27 aprile 2020, p. 8.

<sup>39</sup> U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, 21 aprile 2020, p. 2.

dunque qualsiasi squilibrio rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 1467 c.c.<sup>40</sup>

Sul fronte giurisprudenziale, il tribunale di Rimini<sup>41</sup>, in una controversia relativa alla locazione di un immobile per l'esercizio di attività alberghiera, ha escluso la sussistenza dei requisiti richiesti poiché, avendo le restrizioni durata solo temporanea, non vi erano elementi per escludere che nel periodo estivo vi potesse essere una ripresa dell'attività, la quale, insieme alle misure di sostegno erogate alle imprese, avrebbe permesso di superare lo squilibrio tra le prestazioni. Gli effetti compensativi dei ristori sono stati richiamati anche dal tribunale di Roma<sup>42</sup>, il quale, sottolineando che l'immobile non aveva perso il proprio valore locativo, ha altresì specificato che l'eccessiva onerosità deve attenere ad aspetti obiettivi, non a condizioni soggettive del contraente, quali la perdita di reddito. Infine il tribunale di Pisa<sup>43</sup> ha escluso l'esistenza di prove obiettive che dimostrassero un peggioramento patrimoniale tale da precludere il pagamento del canone, valorizzando anche il fatto che, successivamente al cd. *lockdown*, il conduttore aveva ripreso l'attività trasferendosi in altri locali, e ciò induce a ritenere che non vi fosse una difficoltà economica tale da impedire di sopportare i costi per il trasferimento e il pagamento di un altro canone.

Oltre alla sussistenza dei presupposti richiesti, vi è un altro profilo problematico da segnalare, riguardante l'opportunità stessa di ricorrere all'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. Infatti, l'art. 1467 c.c. offre alla parte colpita dallo squilibrio lo strumento della risoluzione, strumento solutorio generalmente non rispondente agli interessi dei conduttori nella situazione attuale. Più opportuna sarebbe la soluzione prevista dall'ultimo comma, la riconduzione ad equità delle condizioni contrattuali, la quale permetterebbe la prosecuzione equilibrata del rapporto. Il codice però riconosce la

---

<sup>40</sup> A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, cit., pp. 8-9.

<sup>41</sup> Trib. Rimini, 28 giugno 2020.

<sup>42</sup> Trib. Roma, 15 gennaio 2021.

<sup>43</sup> Trib. Pisa, 30 giugno 2020.

possibilità di chiedere tale rettifica solo alla parte avvantaggiata, contro la quale viene domandata la risoluzione, e dunque a disposizione del conduttore rimane solo l'opzione solutoria. Proprio l'inadeguatezza di questo strumento è stata affermata dalla recente giurisprudenza<sup>44</sup>. In particolare è stato chiarito che non si può invocare l'art. 1467 c.c. per giustificare il mancato pagamento del canone, in quanto tale risoluzione non opera di diritto, ma richiede un'apposita sentenza costitutiva, e dunque la mera intenzione di chiedere la risoluzione non autorizza il debitore a sospendere l'adempimento.

#### 6. *Obbligo di rinegoziazione delle condizioni contrattuali*

La possibilità di ricostruire un obbligo legale di rinegoziazione in seguito alle sopravvenute alterazioni dell'equilibrio contrattuale è uno dei temi più dibattuti dalla dottrina in materia di locazioni al tempo del Covid-19. Tali riflessioni partono dalla constatazione dell'inadeguatezza dei rimedi solutori offerti dal codice civile e si sviluppano al fine di delineare uno strumento manutentivo che possa riportare in equilibrio le condizioni contrattuali e garantire la prosecuzione del rapporto<sup>45</sup>. In particolare, poiché «mai il futuro è uguale al presente»<sup>46</sup>, è frequente che nei contratti di durata, come la locazione, il programma contrattuale venga attuato in un contesto diverso da quello entro cui le parti lo avevano concordato, richiedendo perciò interventi correttivi che permettano l'equilibrata prosecuzione del rapporto. Questa esigenza può essere soddisfatta proprio dalla rinegoziazione, tramite la quale le parti, considerando l'impatto della crisi sul rapporto contrattuale, possono rimodulare le reciproche obbligazioni e neutralizzare la portata delle sopravvenienze, senza conseguenze demolitorie. Ciò, auspicabilmente, dovrebbe

---

<sup>44</sup> Trib. Rimini, 28 giugno 2020; Trib. Roma, 29 maggio 2020 e 27 agosto 2020.

<sup>45</sup> Cfr. R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, in *Trattato*, diretto da R. Sacco, Torino, 1993, II, secondo cui «[la] risoluzione uccide il rapporto contrattuale. La rinegoziazione dovrebbe servire a curarlo», p. 686.

<sup>46</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, cit. p. 943.

svolgersi su base volontaria, tuttavia, proprio in riferimento all'eventualità in cui ciò non avvenga, la dottrina ha tentato di ricostruire un obbligo legale di rinegoziazione, il cui inadempimento da parte dei contraenti legittimerebbe un intervento conformativo del giudice stesso.

Di seguito, si procederà ad analizzare le questioni centrali dell'argomento in esame, riguardanti la fonte e il contenuto dell'obbligo e le conseguenze del suo inadempimento, andando poi a vedere le posizioni concretamente assunte dai giudici negli ultimi mesi.

Per quanto riguarda il fondamento legale dell'obbligo di rinegoziazione, nel codice civile non si rinviene una disposizione che lo preveda in via generale, ma solo singole e specifiche ipotesi di rinegoziazione (vedi artt. 1450, 1467, 1623, 1664 c.c.). Per questo motivo la sua ricostruzione deve avvenire in via interpretativa, e a tal fine si tende a far ricorso al principio di buona fede in funzione integrativa, nei vari profili in cui essa viene in rilievo, sia esecutivo (art. 1375) che interpretativo (art. 1366)<sup>47</sup>. Viene talvolta richiamata anche un'altra clausola generale del codice, l'equità, che, in quanto fonte di integrazione del contratto, potrebbe legittimare un intervento giudiziale di eterointegrazione correttiva del regolamento contrattuale. Infine, tali fonti codicistiche sono ulteriormente valorizzate tramite il riferimento al principio costituzionale di solidarietà (art. 2 Cost).

Su tali basi viene quindi ricostruito l'obbligo delle parti di rinegoziare le condizioni contrattuali qualora esse abbiano subito rilevanti alterazioni a causa delle sopravvenienze<sup>48</sup>. Tale obbligo, avendo fonte legale, opera anche in assenza di una specifica previsione convenzionale.

---

<sup>47</sup> F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, pp. 312 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 972 ss.; A. A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *Giustiziacivile.com*, 4 giugno 2020; Corte Suprema di Cassazione, relazione n. 56/2020, cit., pp. 21 ss.

<sup>48</sup> Ulteriori ricostruzioni sono quelle di A. M. BENEDETTI, R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *dirittobancario.com*, 25 marzo 2020, i quali invocano l'abuso di dipendenza economica ex art. 9 l. 192/1998, e A. A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, cit., il quale propone anche una «lettura forte» dell'art. 91 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18.

Non si tratta però di una tesi unanimemente condivisa. Tra le voci contrarie possiamo richiamare quella di Gentili<sup>49</sup>, il quale ritiene non persuasiva l'idea della rinegoziazione ricostruita come clausola generale, «perché la sua esistenza è improbabile, e perché la soluzione è inopportuna». L'autore contesta dunque sia la possibilità di individuare un fondamento codicistico per l'obbligo di rinegoziazione che la stessa idea alla base della soluzione proposta, giudicata espressione di una visione «buonista» di giustizia contrattuale che non garantirebbe alcuna efficienza. In specifico riferimento alla situazione emergenziale è stato poi contestata la sua adeguatezza, poiché, da una parte, nulla garantisce il buon esito delle trattative e, dall'altra, ogni intervento sull'assetto contrattuale può avere effetti a cascata su interi settori economici<sup>50</sup>.

Affrontato il problema della fonte legale, occorre ora procedere ad analizzare il contenuto specifico di tale obbligo. Esso imporrebbe alle parti di «porre in essere tutti quegli atti che, in relazione alle circostanze, possono concretamente consentire alle parti di accordarsi sulle condizioni dell'adeguamento del contratto, alla luce delle modificazioni intervenute»<sup>51</sup>. Non viene dunque preteso che la rinegoziazione abbia esito necessariamente positivo, bensì, ai fini dell'adempimento, è sufficiente che la parte obbligata promuova l'avvio delle trattative e proponga delle eque soluzioni per riequilibrare il rapporto, utilizzando come parametro quello della buona fede *in executivis* (art. 1375 c.c.). Si avrà invece inadempimento in caso di rifiuto di trattare o scorrettezza nelle trattative.

Le conseguenze dell'inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione rappresentano una questione di estrema delicatezza e rilevanza, sulla quale sono state avanzate varie ipotesi. In particolare, è stata sostenuta la possibilità di opporre

---

<sup>49</sup> A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2003, pp. 708 ss.

<sup>50</sup> N. CIPRIANI, *L'impatto del lockdown da COVID-19 sui contratti*, cit., pp. 661 ss.

<sup>51</sup> F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 343.

alla controparte l'eccezione di inadempimento *ex art.* 1460 c.c. o anche di procedere all'autoriduzione della propria prestazione<sup>52</sup>. Inoltre si è proposto il ricorso a un rimedio di tipo risarcitorio<sup>53</sup>. È stato infine invocato un possibile intervento giudiziale con sentenza costitutiva *ex art.* 2932 c.c. con cui il giudice stesso potrebbe fissare i termini del nuovo regolamento contrattuale riequilibrato, utilizzando tutte le circostanze e gli elementi utili per stabilire il contenuto delle obbligazioni che sarebbero scaturite dal corretto svolgimento delle trattative<sup>54</sup>. Proprio quest'ultima soluzione è la più significativa ai fini pratici ma, al contempo, è anche la più delicata, in quanto potrebbe apparire come un'intrusione nella sfera dell'autonomia privata e inoltre si potrebbe dubitare del fondamento legale di un tale potere del giudice. Ciò viene tuttavia escluso dalla dottrina favorevole a questa soluzione, la quale, realizzata comunque nel rispetto delle reali intenzioni dei contraenti, non tenderebbe affatto a comprimere ma, al contrario, a realizzare pienamente la volontà delle parti nell'atto di autonomia privata, dando così una necessaria attuazione coattiva all'obbligo di rinegoziazione<sup>55</sup>.

Per quanto riguarda la posizione della giurisprudenza in merito alla contestazione dell'inadempimento del suddetto obbligo di rinegoziazione avanzata da alcuni conduttori, si possono richiamare quattro pronunce in materia, tutte del tribunale di Roma. Due di esse<sup>56</sup> hanno accolto la pretesa del conduttore, affermando l'esistenza di un obbligo di rinegoziazione fondato sul dovere generale di buona fede e correttezza *ex art.* 1375 e riconoscendo la sua violazione da parte del locatore non disponibile a rinegoziare le condizioni contrattuali. In particolare, di grande rilievo è stata la pronuncia

---

<sup>52</sup> A. M. BENEDETTI, R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, cit.

<sup>53</sup> Vedi Associazione Civilisti Italiani, *Una riflessione ed una proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia*, 2020.

<sup>54</sup> F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 391 ss.; Corte Suprema di Cassazione, relazione n. 56/2020, cit., p. 25; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 973.

<sup>55</sup> F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 322 e 326.

<sup>56</sup> Trib. Roma 27 agosto 2020 e 27 ottobre 2020.

del 27 agosto 2020 con la quale il giudice capitolino, in ragione dell'inadempimento del locatore, ha disposto egli stesso la riconduzione ad equità del contratto, dettando una riduzione del canone locativo del 40% per i mesi di aprile e maggio 2020, e del 20% per i mesi da giugno 2020 a marzo 2021. In altre due pronunce<sup>57</sup> il tribunale di Roma ha invece assunto una posizione opposta, escludendo, anche sulla base della giurisprudenza di legittimità in materia, la possibilità di dilatare l'ambito di applicazione della buona fede sino ad incidere sulle obbligazioni principali del contratto e attribuire al giudice un tale potere conformativo, giudicato invasivo rispetto all'area dell'autonomia negoziale.

### *7. Altri possibili strumenti e soluzioni*

Nei paragrafi precedenti sono stati analizzati gli strumenti sui quali dottrina e giurisprudenza si sono concentrate maggiormente, tuttavia vi sono anche altre possibili soluzioni che sono state prese in considerazione per la gestione della crisi in corso, e, per dovere di completezza, occorre esporle sinteticamente.

Innanzitutto, si è ipotizzato il ricorso alla disciplina speciale del contratto di locazione<sup>58</sup>, in particolare per quanto riguarda le regole sui vizi della cosa locata. Considerando infatti come vizio «qualunque fatto esterno, anche se dovuto a terzi o forza maggiore, che sia tale da procurare una diminuzione del godimento della cosa»<sup>59</sup>, sarebbe possibile farvi rientrare anche il caso delle misure di contenimento della pandemia, le quali hanno evidentemente diminuito «in modo apprezzabile l'idoneità all'uso pattuito» (art. 1578 c.c.). A tal fine si può

---

<sup>57</sup> Trib. Roma 29 maggio 2020 e 15 gennaio 2021.

<sup>58</sup> R. NATOLI, *Covid-19 e sorte dei contratti di locazione commerciale durante e dopo il lock down (nota a Trib. di Roma, ord. 27.08.2020)*, Giustiziacivile.it, 30 settembre 2020, pp. 5 ss; Dipartimento privato e giudiziale, studio Bonellierede, *Incidenza del coronavirus su alcune tipologie contrattuali*, Giustiziacivile.com, 16 aprile 2020.

<sup>59</sup> A. TABET, *La locazione conduzione*, in Trattato Cicu Messineo, Milano, 1972, p. 491.

dunque invocare l'art. 1581 c.c., il quale, nel caso di vizi sopravvenuti della cosa locata, legittima il conduttore a richiedere la riduzione del canone. Esso, in una prospettiva fondata sul legame tra uso possibile del bene locato e canone convenuto sul presupposto di un pieno godimento, è stato richiamato per proporre l'azzeramento dei canoni per il periodo del cd. *lockdown*, in cui vi è una mancanza assoluta del godimento, e una riduzione per il periodo successivo, in cui l'utilizzo è comunque ridotto a causa delle perduranti restrizioni.

Oppure si potrebbe guardare all'art. 1584 c.c. che ammette la riduzione del canone per il caso di mancato godimento del bene a causa di riparazioni che si prolunghino per oltre un sesto della durata della locazione o comunque per oltre venti giorni, e per il quale si potrebbe ipotizzare un'applicazione analogica alla situazione emergenziale. Si può ancora richiamare l'art. 1623 c.c., in materia di affitto, che ammette la modifica del fitto in caso di disposizioni di legge o provvedimenti dell'autorità riguardanti la gestione produttiva che alterino l'equilibrio contrattuale «in modo che le parti ne risentano rispettivamente una perdita e un vantaggio». Emerge dunque la maggior adeguatezza della disciplina di parte speciale alla gestione di sopravvenienze nei contratti di lunga durata, com'è appunto la locazione, e per il quale, dunque, i rimedi manutentivi sono sicuramente da preferire a quelli demolitori, privilegiati invece dalla disciplina di parte generale.

Per il caso in cui invece il conduttore volesse sciogliersi dal vincolo contrattuale, oltre agli strumenti solutori codicistici, vi sarebbe anche la possibilità di esercitare il diritto di recesso previsto per le locazioni di immobili urbani adibiti ad uso non abitativo dall'art. 27, ultimo comma, l. 27 luglio 1978, n. 392<sup>60</sup>. Esso richiede che il recedente dimostri la sussistenza di «gravi motivi», interpretati dalla giurisprudenza di legittimità come eventi sopravvenuti, imprevedibili, estranei alla volontà della parte recedente e incidenti sulla gestione dell'azienda. Tuttavia l'esercizio del recesso deve avvenire con un preavviso di sei

---

<sup>60</sup> N. CRISPINO, F. TRONCONE, *Emergenza coronavirus: quali possibili effetti sulla locazione a uso commerciale*, in *ilcaso.it*, 31 marzo 2020, pp. 2 ss.

mesi, per i quali dunque il pagamento del canone è comunque dovuto.

Infine, si può accennare alla peculiare posizione di Gentili<sup>61</sup>, il quale ha contestato le soluzioni offerte dal codice civile, considerate dei «falsi rimedi», inopportuni e controproducenti nella situazione attuale, e in luogo di essi ha sostenuto il ricorso agli strumenti del diritto della crisi d'impresa.

### 8. Conclusioni

In questo elaborato si è tentato di ricostruire il quadro complessivo dell'impatto della emergenza Covid-19 sui contratti di locazione, descrivendo i vari strumenti utilizzabili per la gestione dei sopravvenuti squilibri contrattuali, come elaborati e discussi dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Questione centrale che deve essere messa in evidenza è quella della capacità della disciplina codicistica di far fronte a una situazione del tutto inedita e imprevedibile. Si è trattato di un vero e proprio banco di prova che ha fatto emergere i limiti e le risorse del diritto dei contratti. Da una parte, infatti, è stata evidente l'inadeguatezza dei rimedi demolitori offerti dal codice, dall'altra parte, invece, le clausole generali codicistiche hanno espresso tutta la loro potenzialità normativa. Infatti è proprio ricorrendo alla buona fede e all'equità che si è cercato di trovare quell'elasticità necessaria per gestire l'eccezionalità delle circostanze. Inoltre la crisi da Covid-19 è stata l'occasione per una forte valorizzazione del principio costituzionale di solidarietà, invocato come fondamento di un «*New Deal* normativo»<sup>62</sup>, non limitato alla situazione contingente, ma punto di partenza per una revisione strutturale in senso solidaristico

---

<sup>61</sup> A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, cit., pp. 9 ss.

<sup>62</sup> C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista?*, in *Giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020, p. 10.

dell'ordinamento e in particolare della disciplina codicistica dei contratti e delle obbligazioni<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> C. PILIA, *Le tutele dei diritti durante la pandemia Covid 19: soluzioni emergenziali o riforme strutturali?*, in *Persona e Mercato*, 2020/2.



MATTEO BRUNO\*

## POVERTÀ, MISURE DI SOSTEGNO AL REDDITO E COVID-19: QUALI PROSPETTIVE?

*In Italy, the issue of poverty eradication has grown of importance due to the alarming data of recent years. This article examines the most important income support measures and proposes some reflections, also in light of the analysis produced by the literature. Specifically, the analysis suggests how the right to a minimum income may be extended to migrants through ad hoc integration and welfare policies funded by the European Union.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Analisi della letteratura. – 3. Brevi riflessioni sulle misure di contrasto alla povertà adottate in Italia. – 4. La fase 2 del Reddito di Cittadinanza – 5. Considerazioni finali.

### 1. *Introduzione*

In Italia, il tema della lotta alla povertà ha acquisito una crescente centralità nell'agenda politica in seguito ai dati allarmanti degli ultimi anni. Tuttavia, la questione ha origini antiche e ha visto un'accelerazione a partire dai primi anni Novanta, quando, nonostante la raccomandazione del 24 giugno 1992 del Consiglio Europeo in materia di risorse e prestazioni sufficienti nei sistemi di protezione sociale (92/441/CEE), l'Italia era l'unico Stato europeo insieme alla Grecia che ancora non disponeva di una qualche misura di sostegno al reddito. Eppure, nel Paese, come evidenziato dallo studio della Commissione di indagine sulla povertà e sull'emarginazione, il fenomeno della povertà non poteva essere considerato marginale, considerato che nel 1996 vivevano ancora in

---

\*Studente del Corso di Laurea magistrale in Scienze della Politica. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Andrea Salustri, docente della cattedra di Scienze delle Finanze presso Sapienza Università di Roma.

condizioni di povertà 2.079.000 famiglie per un totale di 6.552.000 persone<sup>1</sup>.

Intorno a metà degli anni Novanta è quindi cominciata lentamente una stagione di riforme che hanno introdotto misure di sostegno ai redditi. Nel 1996 l'assegno sociale è subentrato alla pensione sociale, nel 1999 è stato introdotto l'assegno al nucleo familiare e di maternità dei Comuni, nel 2014 il Bonus per le famiglie aventi quattro figli o più, nel 2015 il Bonus bebè e la Carta famiglia e, a prescindere dal reddito, nel 2017 il premio alla nascita, il buono nido e i *voucher* per i servizi di *baby-sitting*. L'ordinamento italiano ha, inoltre, progressivamente adottato misure specifiche di assistenza in caso di disoccupazione, tra le quali: la Carta Acquisti ordinaria, la Nuova Assicurazione Sociale per l'Impiego (NASpI), l'Assegno Sociale di Disoccupazione (ASDI) e la Cassa Integrazione Guadagni Ordinaria (CIGO).

Interventi più recenti e importanti, esplicitamente finalizzati al contrasto della povertà economica, sono stati: il Sostegno per l'Inclusione Attiva (SIA) costituito dalla legge 28 dicembre 2015, n. 208, il Reddito di inclusione (REI) introdotto con D. Lgs. 15 settembre 2017, n. 147 e il Reddito e la Pensione di cittadinanza (RdC-PdC) istituiti tramite il d.l. 28 gennaio 2019, n. 4. Negli ultimi mesi, infine, sono state introdotte nuove misure di sostegno ai nuclei familiari in condizioni di vulnerabilità economica per contenere gli effetti socioeconomici dell'emergenza epidemiologica in corso. Tali misure riguardano il Reddito di Emergenza, la Cassa Integrazione in deroga, il congedo parentale, il bonus *baby-sitting*, i congedi per la Gestione Separata e gli autonomi, le indennità per professionisti e co.co.co, lavoratori autonomi, stagionali del turismo, agricoli e lavoratori dello spettacolo.

Sulla base di queste premesse, il presente lavoro di ricerca prende in esame alcune misure di sostegno al reddito attivate in Italia e ne propone un'analisi critica, anche alla luce delle analisi prodotte dalla letteratura. La necessità di riflettere

---

<sup>1</sup> Commissione di indagine sulla povertà e sull'emarginazione, *La povertà in Italia 1980-1994*, Presidenza del Consiglio dei ministri Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, 1996.

specificatamente sul tema in oggetto   oggi quanto mai sentita, dato il rapido aumento delle persone in condizioni di povert  relativa e assoluta, e dato il perdurare dell'emergenza legata al Covid-19.

Nel secondo capitolo viene presentata un'analisi della letteratura circa gli aspetti positivi e negativi delle politiche di contrasto alla povert  adottate negli ultimi anni in Italia. Nel terzo capitolo si discutono i criteri di ammissibilit  al beneficio del Reddito di Cittadinanza, con particolare riferimento all'esclusione di alcune categorie di cittadini stranieri.   inoltre affrontato il tema delle conseguenze economiche e sociali della pandemia, con particolare attenzione alle nuove misure di sostegno ai redditi introdotte nell'ordinamento, come il Reddito di Emergenza. Il quarto capitolo analizza la fase 2 del Reddito di Cittadinanza. Con riferimento ai progetti di pubblica utilit  viene illustrata una possibile collaborazione tra i Comuni e le aziende o gli enti privati, al fine di permettere a questi ultimi di usufruire di servizi a costi pi  agevolati e allo Stato di ammortizzare la spesa complessiva del Reddito di Cittadinanza.   posto l'accento sull'importanza dei Patti per il lavoro sul ruolo fondamentale svolto dai *navigator* in funzione del ricollocamento dei beneficiari del RdC nel mondo del lavoro.   dedicata, infine, particolare attenzione alla mancata approvazione da parte del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali dei sette decreti attuativi previsti dal d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, i quali non permettono alla disciplina del Reddito di Cittadinanza di trovare piena applicazione. Alla luce degli ultimi dati disponibili, il quinto capitolo presenta i risultati delle analisi e alcune considerazioni finali.

## *2. Analisi della letteratura*

Prima di analizzare nel dettaglio il modo in cui la letteratura ha trattato il tema dell'efficacia delle misure di contrasto alla povert  occorre fare breve cenno al concetto stesso di povert , ossia a ci  che rende indispensabile un intervento pubblico basato sull'attivazione di politiche di sostegno al reddito. Infatti, il concetto di povert  pu  assumere significati diversi in base

alla struttura sociale ed economica della società, alla nazione e al periodo storico che si prende in analisi. Inoltre, ogni individuo può avere una diversa percezione di cosa significhi essere povero: alcuni associano il termine con la malnutrizione, altri con lo stile di vita adottato e altri ancora con un salario troppo basso e con i conseguenti problemi sociali e relazionali ad esso associati<sup>2</sup>.

Per contrastare la povertà, per la prima volta nel 2008 viene introdotta la Carta Acquisti ordinaria (anche detta Social Card), mediante la quale viene assegnato, a cadenza bimestrale, un importo di 80 euro agli ultra sessantasettenni e ai nuclei familiari in cui figurano componenti minori di tre anni d'età e che versano in condizioni di estremo disagio, per soddisfare esigenze di prima necessità. L'introduzione di questa misura segna una discontinuità, in quanto, come affermato da Ranci Ortigosa, prima di tale evento «i poveri, dispersi e mai organizzati, non avevano rappresentanza politica e intervenire contro la povertà si pensava non pagasse elettoralmente»<sup>3</sup>.

Nel 2012 è il governo Monti a istituire una nuova carta acquisti. I 50 milioni residui della Social Card vengono destinati a famiglie di disoccupati e precari con figli minori aventi un indicatore ISEE sotto i tremila euro. Inoltre, il beneficio economico viene collegato a progetti di inserimento sociale e lavorativo. Tuttavia, si tratta di un esperimento che si sviluppa solo nei dodici comuni più grandi d'Italia e, viste le risorse così limitate, occorre restringere la platea dei potenziali beneficiari introducendo una prova dei mezzi molto selettiva<sup>4</sup>.

Durante il Governo Letta, tra maggio 2013 e febbraio 2014, viene istituita una commissione di esperti che mette a punto la proposta di Sostegno per l'Inclusione Attiva (SIA), ossia una nuova forma di reddito minimo, mediante la quale si definisce un quadro nazionale unico di azione, non ancora strutturale, ma

---

<sup>2</sup> G. CAMPA, *Economia e finanza pubblica*, UTET Università, 2017, p. 417.

<sup>3</sup> E. RANCI ORTIGOSA, *Contro la povertà*, Francesco Brioschi Editore, Milano, 2018.

<sup>4</sup> S. FELTRI, *Reddito di cittadinanza*, Paper First, Roma, 2018.

continuativo e temporizzato<sup>5</sup>. Secondo Saraceno il SIA, se da un lato ha avuto il pregio di armonizzare le varie misure subnazionali, dall'altro ha presentato alcuni limiti, tra i quali la sua natura non universalistica, criteri di eleggibilit  troppo stringenti e importi esigui e a somma fissa<sup>6</sup>.

Tali criticit  sono state superate con l'introduzione del Reddito di Inclusione (REI), istituito a decorrere dal 1<sup>o</sup> gennaio 2018. Il REI rappresenta il tentativo di superamento dell'estemporaneit  delle misure di contrasto alla povert  fino ad allora sperimentate in Italia, mediante il disegno di un programma di inclusione sociale in grado di fornire una risposta strutturale e sistematica. Inoltre, il REI si caratterizza per essere un trasferimento monetario vincolato alla prova dei mezzi e condizionato all'attivazione lavorativa o sociale dei componenti del nucleo familiare ritenuti idonei. Inizialmente, per beneficiare del REI erano previsti requisiti stringenti, ma dal 1<sup>o</sup> luglio 2018 l'accesso al sussidio   stato esteso a una platea pi  ampia. Come evidenzia Raitano, tale modifica consente al REI di allinearsi alle principali esperienze europee, diventando di fatto una misura di reddito minimo a «universalismo selettivo»<sup>7</sup>.

Per ultimo, in Italia   stato introdotto il Reddito di Cittadinanza (RdC), entrato in vigore il 29 gennaio 2019, istituito tramite il d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, recante «Disposizioni urgenti in materia di reddito di cittadinanza e di pensioni». Al primo articolo, il Reddito di Cittadinanza   definito come una «misura fondamentale di politica attiva del lavoro a garanzia del diritto al lavoro, di contrasto alla povert , alla disuguaglianza e all'esclusione sociale, nonch  diretta a favorire il diritto all'informazione, all'istruzione, alla formazione, alla cultura attraverso politiche volte al sostegno

---

<sup>5</sup> G. GALLO, M. LUPPI, *Le politiche di contrasto alla povert *, Sinapsi, IX, n.3, 2019, p. 26.

<sup>6</sup> C. SARACENO, *Towards a minimum income for the poor*, Social Policies, n.3, 2016.

<sup>7</sup> M. RAITANO, M. NATILI, M. JESSOULA, *Two decades on, Italy finally introduces a national minimum income scheme*, ESPN Flash Report, n.6, 2018.

economico e all'inserimento sociale dei soggetti a rischio di emarginazione nella società e nel mondo del lavoro»<sup>8</sup>.

Come evidenzia Del Bò, in teoria il RdC sarebbe «un trasferimento monetario erogato a intervalli regolari dallo Stato ai singoli cittadini, indipendentemente dalle loro condizioni economiche e dalla loro disponibilità ad offrire contributi lavorativi»<sup>9</sup>. Tuttavia, il RdC adottato in Italia non rispetta tali condizioni di universalità ed incondizionalità, quindi è più corretto accostarlo al reddito minimo garantito. Come sottolineato da Granaglia e Bolzoni, si parla di una misura assistenziale maggiormente selettiva, rappresentata da «un trasferimento monetario, erogato a intervalli regolari e finanziato dalla fiscalità generale, destinato a tutte le famiglie che si trovino al di sotto di una determinata soglia di povertà, a condizione della disponibilità da parte del beneficiario a svolgere un lavoro o altra attività socialmente utile»<sup>10</sup>. Tuttavia, Adamo specifica come sia più corretto classificare l'intervento, per via della sua natura e funzione, tra le misure di inclusione sociale invece che tra le misure di politica attiva in senso proprio<sup>11</sup>.

Secondo Vincieri, l'avvio del RdC costituisce da un lato lo sviluppo del REI e, dall'altro, la previsione di un intervento che collega il sostegno assistenziale alla prospettiva dell'inserimento al lavoro<sup>12</sup>. Anche Bronzini pone in evidenza l'impostazione del RdC con il modello di intervento già impostato dal REI, ma con la condizionalità ad una misura di attivazione al lavoro<sup>13</sup>. Quindi, nell'intenzione del legislatore l'intervento non vuole essere di natura assistenziale, ed infatti i Centri per l'Impiego e i

---

<sup>8</sup> GAZZETTA UFFICIALE, in <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2019/01/28/19G00008/sg>.

<sup>9</sup> C. DEL BÒ, *Un reddito per tutti. Un'introduzione al basic income*, 1° ed., Ibis, Pavia, 2004.

<sup>10</sup> E. GRANAGLIA, M. BOLZONI, *Il reddito di base*, Ediesse, Roma, 2016.

<sup>11</sup> U. ADAMO, *Reddito di cittadinanza: profili di irragionevolezza della disciplina, fra discriminazioni, sanzioni e limitazioni*, Cittadinanza Europea (LA), 2019.

<sup>12</sup> M. VINCIERI, *Verso la tutela della povertà: l'ipotesi del reddito di inclusione*, in *Lavoro e Diritto*, 2017.

<sup>13</sup> G. BRONZINI, *Il reddito di cittadinanza tra aspetti definitivi ed esperienze applicative*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2014.

*navigator* sono chiamati a promuovere un percorso di ricerca attiva del lavoro per le persone individuate dall'articolo 4 del decreto legge.

Iannone rileva come: «la debolezza delle infrastrutture italiane del mercato del lavoro costituisce il principale problema alla base dell'efficacia delle misure di politica attiva e, a maggior ragione, se si prende in considerazione uno strumento complesso come il RdC»<sup>14</sup>. L'intervento promosso dal Governo (ex articolo 12 del d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, convertito in legge con modificazioni, dalla Legge 28 marzo 2019, n. 26) circa il ruolo dei *navigator*, anche se prevede il raddoppio del personale tra assunzioni presso i Centri per l'Impiego e il personale dedicato ai servizi pubblici per il lavoro, mette questi ultimi a rischio di sovrapposizioni di ruolo con gli orientatori dei Centri per l'Impiego, a causa dell'introduzione di una disciplina poco integrata e sistematica<sup>15</sup>.

Per contenere l'emergenza sanitaria ed economica causata dalla pandemia da Covid-19,   stato introdotto il Reddito di Emergenza (REM) dall'articolo 82, d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (decreto Rilancio). Il REM   una misura straordinaria il cui beneficio economico pu  essere erogato per un massimo di due mensilit , a differenza del RdC il quale rappresenta una misura strutturale basata su una logica di reciprocit . L'obiettivo   di raggiungere chiunque si trovi in grave difficolt  economica a causa dell'insorgere del Covid-19 e non sia coperto da altre prestazioni di *welfare*, nel primo periodo successivo alla diffusione della pandemia.

Nel valutare l'introduzione del REM, Gori si ritiene soddisfatto, ed afferma che si tratta di «una proposta nata al di fuori del mondo politico e istituzionale e finalizzata al sostegno della parte di popolazione [...] che gode della minor forza politica. Grazie al REM, tante persone e famiglie in condizioni di particolare difficolt  avranno un sostegno concreto in una fase cos  difficile come quella che stiamo vivendo», ma allo stesso

---

<sup>14</sup> R. IANNONE, *Il reddito di cittadinanza e le politiche di inclusione. Aspetti critici ed impatto*, in *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, 2019.

<sup>15</sup> R. IANNONE, *op. cit.*

tempo chiarisce: «alla soddisfazione si accompagna un sentimento di preoccupazione. Infatti, le significative differenze presenti tra la proposta originaria e la misura effettivamente introdotta convergono nell'alimentare un timore di fondo: quello di non riuscire a sostenere una parte della popolazione economicamente più fragile in un passaggio storico così complicato»<sup>16</sup>.

### *3. Brevi riflessioni sulle misure di contrasto alla povertà adottate in Italia*

Il SIA è la prima misura di sostegno al reddito adottata in Italia. A differenza delle altre misure era gestito da «ambiti territoriali», ossia da aggregazioni di comuni istituite per erogare alcuni servizi sociali, le quali avevano anche il compito di predisporre «i progetti personalizzati di presa in carico». Il SIA rappresentava un esperimento caratterizzato da investimenti, importi e requisiti molto stringenti. Infatti, tale misura è stata in grado di raggiungere soltanto 120 mila nuclei familiari, per un totale di 480 mila persone.

In vigore dal 1° gennaio 2018, il REI ha rappresentato l'evoluzione del SIA. Rispetto alla precedente misura, il REI semplifica alcuni passaggi burocratici che ostacolavano l'accesso delle persone in condizione di povertà agli aiuti loro destinati, introducendo, ad esempio, la dichiarazione precompilata dell'ISEE. Ulteriori differenze rispetto al SIA, che non può più essere richiesto da novembre 2017, riguardano la platea di riferimento, alla quale si aggiungono i disoccupati ultracinquantenni. L'investimento nel REI cresce, poi, a 1,7 miliardi di euro e la durata viene allungata da 12 a 18 mesi, con la possibilità di richiederne l'erogazione per ulteriori 12 mesi dopo una pausa di 6. Il REI ha, dunque, registrato un aumento di nuclei familiari raggiunti e un aumento dell'importo medio erogato. Inoltre, il «Progetto personalizzato» è sostituito dal

---

<sup>16</sup> Forum Disuguaglianze Diversità, Asvis, C. GORI, *La proposta di un Reddito di Emergenza (Rem) contro la crisi: un bilancio*, 2020, p. 12.

«Patto di servizio», il quale   stipulato tra i lavoratori disoccupati e i Centri per l'Impiego.

Il RdC, entrato in vigore insieme alla PdC il 28 gennaio 2019, determina ulteriori innovazioni in materia di contrasto alla povert . Il RdC   pi  strutturato del REI, in quanto   sostenuto da un finanziamento molto elevato, di circa 6,1 miliardi per il primo anno e di 26 miliardi nel triennio 2020-2022. Il RdC conserva la durata di 18 mesi, ma   possibile farne ulteriore richiesta dopo soltanto un mese di sospensione. Cambia invece la scala di equivalenza sulla base della quale vengono erogati i benefici fino a un massimo di 780 euro per un solo componente, e di 1.330 euro per famiglie con due adulti e tre minorenni. Le famiglie che vivono in affitto ricevono un'integrazione al reddito, mentre nel REI beneficiavano di una detrazione del canone dal reddito familiare.

Al fine di accedere al beneficio economico   necessario che il nucleo familiare sia in possesso di un valore ISEE inferiore a 9.360 euro e un valore del reddito familiare inferiore ad una soglia di 6.000 euro annui moltiplicata per il corrispondente parametro della scala di equivalenza. Questi vincoli sollevano non pochi dubbi se si pensa, ad esempio, a coloro i quali non soddisfano i requisiti per presentare domanda pur non lavorando, come nel caso di un individuo sposato il cui coniuge guadagna annualmente una cifra superiore alle soglie di ammissione al beneficio, ma non percepisce abbastanza per mantenere l'intero nucleo familiare.

Infatti, nel caso di un nucleo familiare composto da due soli individui, basterebbe che uno dei due percepisca pi  di 700 euro al mese o pi  di 780 euro al mese nel caso in cui risiedano in una abitazione in locazione, per non poter richiedere il RdC.   quindi chiaro che con soli 700 euro al mese un solo coniuge   impossibilitato a mantenere due persone, per cui tale vincolo andrebbe modificato. D'altra parte, allentare alcuni paletti comporterebbe un aumento esponenziale di beneficiari, e quindi maggiori costi a fronte di un fabbisogno gi  molto elevato.

Con riferimento alla platea dei beneficiari, la legge esclude alcune categorie di persone, fondamentalmente gruppi di cittadini stranieri, tra cui: i cittadini stranieri con il permesso di

soggiorno per protezione internazionale; i cittadini stranieri apolidi; i cittadini stranieri provenienti da paesi non comunitari con permesso di soggiorno unico; i cittadini stranieri provenienti da paesi non comunitari titolari di Carta Blu (altamente qualificati). Tuttavia, l'Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione (Asgi) afferma come vada garantita la parità di trattamento anche a questi gruppi sociali, in virtù della parità di trattamento riconosciuta ai titolari di permesso per protezione internazionale accordata in base all'art. 24 della direttiva 2011/95. L'INPS ha dunque predisposto il modello di richiesta del RdC inserendo la categoria dei cittadini stranieri che hanno un permesso di soggiorno per protezione internazionale (protezione sussidiaria, *status* di rifugiato), nonostante tale categoria sia esclusa *ex lege*. Tuttavia, *ex art.* 14 Dir. 2009/50 e art. 13 Dir. 2011/98, la parità di trattamento andrebbe garantita anche ai titolari di carta blu (stranieri altamente qualificati) e ai titolari di permesso unico per lavoro<sup>17</sup>.

Inoltre, per accedere al RdC la legge prevede che il richiedente, sia italiano che straniero, debba essere residente in Italia da almeno 10 anni (per il REI ne erano sufficienti due), di cui gli ultimi 2 anni in modo continuativo. Anche l'introduzione di questo requisito contrasta una consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia europea e della Corte costituzionale<sup>18</sup>, oltre che con l'art. 45 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Ad esempio, nel mese di febbraio 2021, per quanto riguarda i percettori del RdC e PdC, su un totale di 2.314.854 beneficiari 1.988.607 sono cittadini italiani. Delle persone restanti, 89.719 sono cittadini europei e soltanto 224.560 sono cittadini extracomunitari in possesso di permesso di soggiorno UE (circa il 9,7% del totale). Invece, nell'arco del 2020 hanno percepito almeno una mensilità circa 3.542.000 persone. La PdC ha

---

<sup>17</sup> Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione, in [https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2019/11/2019\\_RDC\\_scheda\\_novembre\\_1.pdf](https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2019/11/2019_RDC_scheda_novembre_1.pdf).

<sup>18</sup> Corte costituzionale, disponibile al link: <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2010&numero=187>.

coinvolto 177.882 persone, le quali, avendo et  pari o superiore a 67 anni o essendo affette da disabilit  grave, non sono soggette a adempimenti legati al lavoro<sup>19</sup>.

All'inizio dell'emergenza sanitaria ed economica ancora in corso sono state prontamente varate diverse misure di sostegno ai redditi dei nuclei familiari colpiti dalle conseguenze socioeconomiche della pandemia. La misura pi  significativa   costituita dal Reddito di Emergenza (REM), ossia una misura straordinaria di sostegno al reddito, istituita dall'articolo 82, decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 (decreto Rilancio). Successivamente, il d.l. 14 agosto 2020, n. 104 ha introdotto la possibilit  di richiedere un'ulteriore mensilit  di REM (REM d.l. 104). Il d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 ha previsto, poi, due ulteriori quote per i mesi di novembre e dicembre 2020 (REM d.l. 137).

L'importo del REM   pari a 400 euro, moltiplicato per il corrispondente parametro della scala di equivalenza fino ad un massimo di 2, ossia fino ad un massimo di 2,1 nel caso in cui nel nucleo familiare siano presenti componenti in condizioni di disabilit  grave o di non autosufficienza. Il REM si differenzia dal RdC perch  rappresenta una misura straordinaria il cui beneficio economico pu  essere erogato per un massimo di due mensilit , a differenza del RdC il quale, come gi  indicato, rappresenta una misura strutturale basata su una logica di reciprocit .

Le domande per il REM presentate all'INPS all'8 marzo 2021 ammontano a 1.284.259. Le domande accolte sono circa la met , 628.242, quelle in lavorazione sono 8.572 e quelle respinte/cancellate 647.445. Quindi, alla data del 8 marzo 2021, i singoli beneficiari del REM sono pari a 1.454.920 ed ognuno di essi ha ricevuto un importo medio mensile di 542,92 euro<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> INPS, disponibile al link: <https://www.inps.it/nuovoportaleinps/default.aspx?sPathID=%3b0%3b46437%3b&lastMenu=54107&iMenu=1&itemDir=51758>.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

#### 4. *La fase 2 del Reddito di Cittadinanza*

Con la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale del decreto del Ministero del Lavoro l'8 gennaio 2020<sup>21</sup>, inizia la fase due del Reddito di Cittadinanza nei Comuni. Per i beneficiari del sussidio scatta l'obbligo di svolgere i cosiddetti Puc, progetti di pubblica utilità. Tali progetti sono individuati a partire dai bisogni e dalle esigenze della comunità e il catalogo spazia dall'ambito culturale a quello sociale, passando per ambiente, attività artistiche, formazione e tutela dei beni comuni. L'impegno richiesto è da un minimo di otto ore settimanali fino ad un massimo di sedici. La programmazione può essere sviluppata sia su uno o più giorni della settimana sia su uno o più periodi del mese, fermo restando l'obbligo del totale delle ore previste nel mese (32 ore in un mese), compresa la possibilità di un eventuale recupero delle ore perse nel mese di riferimento. La mancata partecipazione ai progetti comporta la decadenza dal beneficio, con obbligo di segnalazione per il tramite della Piattaforma digitale GEPI<sup>22</sup>.

Alla luce del crescente numero di beneficiari del Reddito di Cittadinanza e, quindi, del costo di questa misura, in molti si chiedono per quanto tempo lo Stato riuscirà a sostenere economicamente questa spesa. A tale proposito, sarebbe utile ideare una collaborazione tra i Comuni e le aziende o gli enti privati: qualora i servizi svolti dai percettori del RdC generassero benefici per le aziende private, queste ultime potrebbero finanziare almeno parte della spesa complessiva a carico del settore pubblico. Con riferimento al «Patto per il lavoro», l'art. 4 del d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, dispone che al fine di beneficiare dell'erogazione del RdC, entro massimo 30 giorni dall'accettazione della domanda del beneficio, i richiedenti maggiorenni debbano dichiarare immediata disponibilità al lavoro e aderire ad un percorso personalizzato di

---

<sup>21</sup> Gazzetta Ufficiale, disponibile al link: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/01/08/20A00100/sg>.

<sup>22</sup> Ministero del lavoro e delle politiche sociali, disponibile al link: <https://www.lavoro.gov.it/redditicittadinanza/Documenti-norme/Documents/Slide-PUC.pdf>.

accompagnamento all'inserimento lavorativo e all'inclusione sociale. A seguito della sottoscrizione della Dichiarazione di Immediata Disponibilit  (DID), il richiedente viene convocato dai Centri per l'Impiego o dai patronati convenzionati con l'ANPAL al fine di sottoscrivere il Patto per il lavoro.

Superati i 12 mesi dalla prima erogazione del RdC, i richiedenti sono obbligati ad accettare la prima offerta utile di lavoro congrua entro cento chilometri dalla residenza del beneficiario, distanza che per la seconda offerta viene estesa a duecentocinquanta e per la terza all'intero territorio italiano (da quest'ultime due tipologie sono esclusi i nuclei familiari aventi componenti con disabilit ). Nel caso in cui venga accettata la terza offerta,   previsto che il beneficiario continui a percepire l'importo sotto forma di rimborso delle spese sostenute per il trasferimento nei tre mesi successivi, limite che viene esteso a dodici mesi quando all'interno del nucleo familiare siano presenti componenti minorenni o disabili<sup>23</sup>.

Il Patto per il lavoro   rivolto anche ai cosiddetti *working poors*, oltre che ai disoccupati da meno di due anni. Sottoscrivendo il Patto, questi hanno la possibilit  di ricevere un'offerta lavorativa pi  remunerativa, ossia di importo superiore a 852 euro. Quanto al ricollocamento dei beneficiari del RdC, spesso si ritiene che i risultati ottenuti siano stati inferiori alle attese. Il dibattito riguarda in particolare i navigator, i Centri per l'Impiego e anche la poca collaborazione degli stessi beneficiari. Poca attenzione viene dedicata alla mancata approvazione da parte del Ministero del Lavoro di sette decreti attuativi previsti dal d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, a distanza di pi  di due anni dall'introduzione del RdC. Tali decreti avrebbero dovuto definire gli aspetti pratici, burocratici e tecnici necessari per applicare e implementare le leggi. La mancata approvazione di tali decreti attuativi non permette al Reddito di Cittadinanza di essere funzionante in tutti i suoi aspetti.

I sette decreti attuativi mancanti riguardano: i) il Comitato tecnico scientifico; ii) il Comitato di regia; iii) le modalit  di

---

<sup>23</sup> Ministero del lavoro e delle politiche sociali, in <https://www.redditicittadinanza.gov.it/schede/patti>.

erogazione del RdC; iv) gli indirizzi e i modelli nazionali per la redazione del Patto per il Lavoro; v) le modalità di determinazione della contribuzione versata all'INPS dal Fondo di solidarietà per il lavoro in somministrazione per i periodi non coperti da contribuzione obbligatoria o figurativa; vi) le modalità di accesso al credito di imposta che viene riconosciuto al datore di lavoro che assume beneficiari del Reddito di Cittadinanza; vii) il contributo per i lavoratori autonomi.

Con riferimento al ricollocamento nel mondo del lavoro, i navigator svolgono un ruolo fondamentale. Questi ultimi hanno il compito di supportare i beneficiari del RdC dalla prima convocazione fino all'accettazione di un'offerta di lavoro congrua. I navigator sono 2.978 a fronte delle 78.880 persone che hanno partecipato al bando. Questi hanno in media 35 anni, sono tutti laureati e per il 54% sono donne. Le Regioni con più navigator sono quelle da cui proviene il maggior numero di richieste per il Reddito di Cittadinanza, ossia la Campania (471 navigator), la Sicilia (429) e il Lazio (273). I navigator hanno firmato un contratto di collaborazione coordinata e continuativa fino al 30 aprile 2021 e il compenso lordo annuo ammonta a 27.338,76 euro, a cui si aggiungono circa 300 euro lordi di rimborso forfettario. In prossimità della scadenza del contratto, il d.l. 22 marzo 2021, n. 41 (Decreto Sostegni), ha prorogato il contratto dei navigator fino al 31 dicembre 2021.

I navigator supportano i Centri per l'Impiego al fine di: i) organizzare incontri di verifica delle azioni svolte dai beneficiari; ii) fornire ai beneficiari supporto operativo e motivazionale; iii) verificare il rispetto della normativa e degli impegni assunti dai beneficiari; iv) organizzare laboratori di ricerca attiva del lavoro e scegliere strumenti e metodologie per condurli al meglio. Infine, è compito dei navigator assistere i Centri per l'Impiego nella definizione del programma previsto nell'ambito del servizio di assistenza alla ricollocazione (Programma di Ricerca Intensiva), e formulare la proposta al beneficiario di un'offerta congrua di lavoro<sup>24</sup>.

<sup>24</sup>

ANPAL,  
[https://www.anpalservizi.it/documents/20181/127819/Cosa\\_fa\\_Navigator\\_ok.pdf/037af3ee-307a-4317-a0c2-7a353bb21e1d](https://www.anpalservizi.it/documents/20181/127819/Cosa_fa_Navigator_ok.pdf/037af3ee-307a-4317-a0c2-7a353bb21e1d).

in

Le critiche riguardanti la figura dei navigator riguardano la scelta di offrire un contratto a tempo determinato a persone che dovrebbero aiutare i beneficiari del RdC a trovare una stabilit  professionale. Inoltre, non sono mancate le resistenze da parte di alcune istituzioni che non condividevano tale misura, tra tutte la Regione Campania, la quale ha fatto partire con mesi di ritardo i 471 *navigator* regionali. Nonostante le difficolt , la macchina organizzativa   partita, e per il momento si   optato per una proroga dei contratti dei navigator fino al 31 dicembre 2021.   qui importante sottolineare come la mancata attuazione di sette decreti attuativi non consenta ai navigator di far decadere una persona dal beneficio in seguito al rifiuto dell'offerta di lavoro, oppure di erogare un anticipo di sei mensilit  in un'unica soluzione del RdC per coloro i quali volessero avviare un'attivit  propria. Infine, la difficolt  per i navigator di trovare aziende disposte ad assumere i percettori del RdC deriva soprattutto dalla mancata attuazione del decreto attuativo concernente gli sgravi fiscali.

L'ultimo aggiornamento da parte dell'ANPAL in merito al numero di beneficiari del RdC che hanno trovato un impiego grazie al sistema di orientamento e accompagnamento al lavoro risale al 31 ottobre 2020. Dai dati pubblicati si evidenzia che, fino a questa data, i beneficiari del RdC tenuti alla sottoscrizione di un Patto per il Lavoro erano 1.369.779. Di questi, 352.068 hanno avuto almeno un rapporto di lavoro, pari al 25,7% del totale, e in 15 Regioni si osserva un'incidenza percentuale superiore al 30%. Alla stessa data i beneficiari del RdC con un rapporto di lavoro ancora attivo erano 192.851. Il 65% di coloro che hanno avuto almeno un rapporto di lavoro ha firmato un contratto a tempo determinato, il 15,4% dei beneficiari ha stipulato un contratto a tempo indeterminato e il 4,1% un contratto di apprendistato. Con riferimento ai soli contratti a tempo determinato e di collaborazione, il 69,8% ha una durata

inferiore ai 6 mesi, il 20,9% tra i 7 e i 12 mesi ed una quota del 9,3% supera la soglia dell'anno<sup>25</sup>.

### 5. Considerazioni finali

Al termine dell'analisi condotta, si può affermare senz'altro che l'introduzione di un reddito di base costituisca una politica determinante nel combattere e contenere la povertà. In Italia, il reddito di cittadinanza costituisce un'evoluzione del Reddito di Inclusione e del Sostegno per l'Inclusione Attiva, che sembra in grado di fornire ristoro ad un'ampia platea di beneficiari. Infatti, sebbene passibile di miglioramenti, il RdC ha sicuramente contribuito ad un miglioramento delle condizioni economiche di numerose famiglie in povertà. Anche il Reddito di Emergenza, introdotto in seguito all'emergenza pandemica, si è rivelato indispensabile nell'estendere un sostegno economico a ulteriori famiglie.

Le più aggiornate stime preliminari dell'ISTAT concernenti la povertà assoluta offrono un quadro chiaro delle conseguenze che la grave crisi economica prodotta dalla pandemia e dall'emergenza sanitaria ha determinato sulle condizioni di vita delle famiglie nell'anno appena passato. Tali stime indicano valori dell'incidenza di povertà assoluta in crescita sia in termini familiari (dal 6,4% del 2019 al 7,7%, +335mila), con oltre 2 milioni di famiglie, sia in termini di individui (dal 7,7% al 9,4%, oltre 1 milione in più), che si attestano a 5,6 milioni<sup>26</sup>.

Nell'anno della pandemia, hanno beneficiato del RdC e PdC per almeno una mensilità 3.720.000 individui e del REM, 1.450.000, per un totale di quasi 5.200.000 persone raggiunte. Tra coloro che rientrano nei poveri assoluti, dall'analisi dei dati, risultano non essere state coinvolte poco più di 400 mila persone. È quindi evidente, che, in assenza di tali forme di sostegno al reddito, in tutti i mesi di pandemia, ci sarebbero state

---

<sup>25</sup> Nota statistica interna, ANPAL, Novembre 2020, disponibile al link: [https://www.anpalservizi.it/documents/20181/197360/Appendice+ statistica+beneficiari+rdc/7de3a903-5ce3-4278-bfc4-7e7c96f5b65f](https://www.anpalservizi.it/documents/20181/197360/Appendice+statistica+beneficiari+rdc/7de3a903-5ce3-4278-bfc4-7e7c96f5b65f).

<sup>26</sup> Istat, in [https://www.istat.it/it/files/2021/03/STAT\\_TODAY\\_stime-preliminari-2020-pov-assoluta\\_spese.pdf](https://www.istat.it/it/files/2021/03/STAT_TODAY_stime-preliminari-2020-pov-assoluta_spese.pdf).

milioni di persone sprovviste di aiuti economici. In aggiunta all'indispensabile sostegno economico, risulta anche necessario affiancare servizi destinati a garantire altre forme di assistenza: una maggiore cooperazione con le associazioni di volontariato gi  esistenti, tra le quali a scopo esemplificativo vanno annoverate la Caritas, la Croce Rossa, Save the Children Italia, Emergency, l'Unicef.

Con riferimento all'ondata crescente di rifugiati e migranti nei diversi paesi dell'Unione Europea, il tema dell'immigrazione merita una particolare attenzione. Il dibattito sulla gestione e accoglienza dei migranti spesso degenera in uno scontro dai toni violenti in cui le parti non si ascoltano. Alcuni cittadini europei vogliono che l'Europa chiuda i confini, altri invocano una maggiore apertura. I primi chiedono di concentrare le risorse sulle questioni che affliggono i cittadini europei e abbandonare logiche di accoglienza e inclusione per prevenire una possibile situazione ingestibile, i secondi ritengono che l'Unione Europea abbia il dovere di ospitare e integrare i migranti, anche a fronte del rischio di incorrere in costi insostenibili, mettendo in pericolo la sostenibilit  delle finanze pubbliche.

In ogni caso, la gestione del fenomeno migratorio non   stata condotta con determinazione in questi ultimi anni. I flussi migratori rimangono controllati in larga parte da traffici illegali e coloro i quali riescono a entrare illegalmente nel territorio europeo sono privati di ogni diritto e tutela. A tale proposito, sarebbe meglio legalizzare l'immigrazione e gestirla in modo strutturato piuttosto che lasciare in mano alla criminalit  il traffico di esseri umani. Difatti, come scrive Salustri, «politiche volte a rilanciare l'accoglienza e l'integrazione dei migranti nei paesi ospitanti contribuirebbero a ridurre le tensioni lungo i confini dell'Unione e a mettere in crisi le economie illegali (e spesso criminali) sviluppatesi nella regione Mediterranea e Sub-Sahariana»<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> A. SALUSTRI, *Migrazioni e sviluppo nella regione EU-MENA*, XXXII Congresso Geografico Italiano, Roma, 2019, p. 1946.

Per realizzare un progetto strutturato di accoglienza, sostegno e inclusione, si può pensare alla creazione di un fondo interamente dedicato ai migranti. Questo fondo avrebbe il compito di erogare una forma di sostegno economico, accompagnata da un processo di integrazione. Tramite un processo di regolarizzazione, riconoscimento dei diritti e inclusione, numerosi migranti avrebbero un'alternativa decisamente migliore rispetto alle numerose forme di sfruttamento cui sono esposti, come, ad esempio, il caporalato.

La creazione di un fondo a sostegno dei migranti richiederebbe un investimento insostenibile per le casse dello Stato. Per questo, ragionare in un'ottica europea o globale, permetterebbe di realizzare progetti importanti senza gravare eccessivamente sui singoli Stati. A livello europeo, ragionare in termini di politiche condivise rivolte ai migranti, permetterebbe di non lasciare soli quei paesi penalizzati dalla Convenzione di Dublino che non hanno risorse e capacità sufficienti per amministrare il fenomeno migratorio. Ulteriori proventi da destinare a un fondo dedicato possono essere ottenuti da iniziative fiscali intraprese a livello globale, come, ad esempio, l'introduzione di una tassa minima globale sui profitti, di una *web tax*, di una *digital tax* e di una *carbon tax*.

In conclusione, l'introduzione di politiche di redistribuzione dei redditi pone problemi di sostenibilità dei conti pubblici, ma azioni coordinate a livello europeo e/o globale possono contribuire ad alleviare gli oneri degli Stati maggiormente interessati da fenomeni di povertà.

STEFANIA RACIOPPI\*

IL REATO DI MANOVRE SPECULATIVE SU MERCI AI  
TEMPI DEL COVID-19

*The following article describes the crime of speculative maneuvers on goods. It analyzes the origin of the regulation and highlights its own implications due to the pandemic current scenario. To conclude, it features an accurate focus driven on certain verdicts regarding the relation between this crime and the use of face masks, considered as basic necessities nowadays.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Analisi dell’articolo 501 *bis*: origine della disposizione. – 2.1 Reato proprio – 2.2 Condotta – 2.3 Oggetto materiale – 2.4 Mercato interno – 2.5 Elemento soggettivo – 3. Pronunce – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

L’epidemia da Covid-19 (acronimo dell’inglese *Coronavirus Disease 19*) ha riportato alla luce disposizioni penali da tempo in disuso, tra le quali il delitto di manovre speculative su merci, introdotto con il decreto legge n. 704/1976, convertito con modificazioni in legge n. 787/1976, in un momento di grave crisi economica originato dallo *shock* petrolifero del 1973.

Durante l’emergenza sanitaria si è potuto constatare un aumento della domanda di mascherine e dispositivi di protezione personali, strumenti necessari per la lotta alla diffusione del nuovo Coronavirus, divenuti in poco tempo introvabili, a cui è corrisposto un incremento vertiginoso dei prezzi.

Diverse sono state, nell’arco del 2020, le pronunce circa la sussumibilità di questa condotta nella fattispecie descritta dal legislatore all’articolo 501 *bis*: si ricordano, fra le altre,

---

\*Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stata consultata la Prof.ssa Paola Coco, docente di Diritto Penale presso Sapienza Università di Roma.

l'ordinanza del Giudice per le indagini preliminari di Salerno n. 2 del 2 aprile 2020, l'ordinanza del Tribunale di Lecce, Sez. Riesame, n. 6 del 21 aprile 2020 e la sentenza della Corte di Cassazione, Sez. Terza, n. 36929 del 16 ottobre 2020.

Prima di passare ai casi pratici, concentriamo la nostra attenzione sull'origine e sull'analisi della disposizione in questione.

## *2. Analisi dell'articolo 501 bis: origine della disposizione*

L'articolo 501 *bis* fu introdotto nel nostro ordinamento con il decreto legge n. 704/1976, convertito con modificazioni in legge n. 787/1976, anno in cui l'Italia si trovò ad affrontare una delle crisi economiche più gravi del secondo dopoguerra.

Nel 1973, durante la guerra del Kippur, i paesi membri dell'Organizzazione dei paesi produttori di petrolio (OPEC) decisero di limitare o vietare le esportazioni di greggio determinandone la quadruplicazione del prezzo<sup>1</sup>.

Lo *shock* petrolifero ebbe ripercussioni in tutti i Paesi occidentali, colpendo in particolar modo l'Italia, uno dei maggiori Stati importatori di greggio, dal momento che oltre il 70% di fabbisogno di energia veniva soddisfatto da petrolio e gas naturale<sup>2</sup>. Mentre, a livello europeo, al vertice di Copenaghen del 14 dicembre 1973 gli Stati membri della Comunità europea riconobbero la necessità di adottare una politica comune in materia di energia, l'Italia si stava avviando verso un impoverimento generale causato dal rallentamento della produzione e dall'aumento vertiginoso dei prezzi<sup>3</sup>.

Il momento storico, caratterizzato da gravi tensioni economiche e sociali, aveva dato vita al fenomeno della speculazione volto a conseguire una maggiorazione dei prezzi di generi alimentari di largo consumo.

La necessità di tutela effettiva del mercato mise il Governo nelle condizioni di intervenire in via d'urgenza con un decreto

---

<sup>1</sup> <https://storia.camera.it/cronologia/leg-repubblica-VI#1973>.

<sup>2</sup> AA.VV., *Economia, Le Garzantine*, Torino, 2001.

<sup>3</sup> S. ROSSI, *La politica economica italiana 1968-2007*, Bari, Laterza, 2007.

legge contenente il nuovo articolo 501 *bis* al fine di reprimere le manovre speculative su materie prime, generi alimentari di largo consumo e prodotti di prima necessità.

In sede di conversione furono apportate sostanziali modifiche, in quanto il disegno di legge di conversione fu tacciato di equivocità, scarsa incidenza penale e difficile attualizzazione alla realtà concreta.

Ad ogni modo, il Parlamento ritenne indispensabile l'introduzione di un nuovo delitto per far fronte all'emergenza data l'incapacità dell'articolo 501 di ricomprendere le fattispecie di fenomeni di accaparramento e speculazione<sup>4</sup>.

La validità del rimedio offerto dal delitto di manovre speculative su merci si spiega in virtù di due ordini di ragioni. In primo luogo gli articoli 84 e 85 dell'allora Trattato istitutivo della CEE in materia di concorrenza non permettevano l'introduzione di politiche economiche come, ad esempio, il cosiddetto «regime dei prezzi imposti» in netto contrasto con il libero mercato. In secondo luogo il dolo specifico richiesto dall'articolo 501 «Rialzo e ribasso fraudolento di prezzi sul pubblico mercato o nelle borse di commercio», consistente nella finalità di turbamento del mercato interno delle merci e dei valori, rendeva difficile sussumere le azioni di speculazione alla fattispecie in questione. Il carattere sussidiario e integrativo rispetto a quest'ultima norma citata si evince proprio dalla clausola di riserva con cui esordisce il 501 *bis* «fuori dai casi previsti dall'articolo precedente»<sup>5</sup>.

## *2.1 Reato proprio*

Nonostante il pronome relativo indefinito «chiunque», si tratta di un reato proprio che può essere commesso, come precisato dal dato testuale del primo comma e richiamato dal

---

<sup>4</sup> Cfr. Atti della seduta della Camera dei Deputati del 10 novembre del 1976: <http://legislature.camera.it/dati/leg07/lavori/stenografici/sed0036/sed0036.pdf#page=21&zoom=100,0,0&toolbar=1>.

<sup>5</sup> G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale: parte speciale*, Bologna, Zanichelli, 2007.

secondo comma, da un soggetto che abbia operato «nell'esercizio di qualsiasi attività produttiva o commerciale».

L'attuale formulazione si deve alla legge di conversione: il Parlamento volle sostituire l'aggettivo «industriale», originariamente previsto dal decreto legge, con «commerciale» per ricomprendere anche altre attività produttive, come l'imprenditoria agricola.

La Corte di Cassazione<sup>6</sup>, nella sentenza che a breve esamineremo, ha affermato che il reato può essere commesso da colui che riveste, dal punto di vista operativo, la qualifica soggettiva di esercente un'attività produttiva ovvero commerciale. L'esercizio dell'attività di impresa deve essere sistematicamente continuato nel tempo e deve presentare i caratteri di professionalità e organizzazione.

## *2.2 Condotta*

Nell'originaria formulazione, la norma prevedeva un'unica condotta «provoca la rarefazione o il rincaro di merci di comune o largo consumo, sottraendone al commercio rilevanti quantità o compiendo altre operazioni»<sup>7</sup>. Per una maggiore tutela, in sede di conversione, la fattispecie è stata trasformata da reato di evento a reato di pericolo, distinguendo due diverse modalità di realizzazione del delitto.

Il primo comma punisce colui che «compie manovre speculative ovvero occulta, accaparra od incetta» merci provocando la rarefazione o il rincaro sul mercato.

Le azioni di occultamento, accaparramento e incetta sono facilmente individuabili sul piano naturalistico descrivendo la condotta di colui che, rispettivamente, avendo la disponibilità delle merci, le nasconde dalla circolazione, o acquistando da altri soggetti, accumuli merci in misura superiore al proprio bisogno. L'analisi della locuzione di manovre speculative presenta maggiori difficoltà, collimando con il requisito di determinatezza della norma penale. Il Senatore Coco nella

---

<sup>6</sup> Cass., Sez. III, 16.10.2020, n.36929, CA.

<sup>7</sup> D.l. 15 ottobre 1976, n. 704.

seduta del Senato della Repubblica del 24 novembre del 1976<sup>8</sup> ne specificò l'interpretazione affermando che l'aggettivo speculativo debba essere riferito a tutte «quelle manovre che si inseriscono nella fase di distribuzione dei beni e nei meccanismi di formazione dei prezzi, alterandoli oltre quello che è invece la normale logica della dinamica di formazione di questi prezzi».

La Corte di Cassazione<sup>9</sup> definisce il profitto conseguito attraverso le manovre speculative come «parassitario», proprio perché il soggetto agente non deve essere animato dal fisiologico intento di lucro che caratterizza ciascun imprenditore del mercato. Questo è tutelato anche dalla nostra Costituzione dall'articolo 41, laddove si contempla la libertà di iniziativa economica privata, invece il profitto «parassitario» deve conseguire un incremento dei prezzi superiore a quello che avrebbe ottenuto rispettando il gioco della libera concorrenza.

Il secondo comma prevede invece «in presenza di fenomeni di rarefazione o rincaro sul mercato interno delle merci indicate nella prima parte del presente articolo e nell'esercizio delle medesime attività, ne sottrae alla utilizzazione o al consumo rilevanti quantità».

Ad una prima lettura notiamo che il soggetto, nell'esercizio di attività produttiva o commerciale, agisce in presenza dei presupposti di rarefazione o rincaro delle merci che, nel primo comma, assurgono a requisiti dell'idoneità dell'azione sottraendo ingenti quantità di merci o all'utilizzazione o al consumo.

La Suprema Corte<sup>10</sup> ha affermato che la sottrazione delle merci non si realizza per il solo fatto di trattenere le merci nel magazzino o di venderle solo ad alcuni clienti, negando la vendita ad altri. Affinché la fattispecie sia integrata, la sottrazione all'utilizzazione, ossia l'accumulo di materie prime o di prodotti finiti, o al consumo, cioè la non distribuzione deve avere ad oggetto rilevanti quantità.

---

<sup>8</sup> <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/332185.pdf>.

<sup>9</sup> Cass., Sez. III, 16.10.2020, n. n.36929, CA.

<sup>10</sup> Cass., Sez. VI, 2.03.1983, n. 2385, GP.

Il costrutto, dai confini estremamente ondivaghi, deve essere interpretato in modo da considerare sussumibili alla fattispecie quei comportamenti che assumano rilevanza tale da costituire un grave pericolo per l'economia pubblica nazionale<sup>11</sup>.

La disposizione, così formulata, è volta a ricomprendere diverse ipotesi in cui possono manifestarsi nella realtà le manovre speculative: nel primo comma il legislatore descrive la condotta del soggetto attivo idonea a provocare il pericolo concreto dei fenomeni di rarefazione o rincaro delle merci, mentre nel secondo comma quegli stessi fenomeni assurgono a presupposto della condotta dell'agente.

### 2.3 *Oggetto materiale*

L'articolo 501 *bis* menziona «materie prime, generi alimentari di largo consumo o prodotti di prima necessità». A questa formulazione si arrivò solo in sede di conversione, in quanto originariamente nel decreto legislativo era previsto «merci di comune o largo consumo». L'oggetto materiale, così modificato, risulta qualificato in termini più precisi, tale da poter meglio delimitare l'ambito di applicazione della fattispecie.

Le merci devono essere: o materie prime, risorse destinate a successive lavorazioni, o generi alimentari di largo consumo, ossia le derrate alimentari, o prodotti di prima necessità, per tali intendendosi merci di cui l'uomo non può fare a meno nel condurre la propria vita.

La giurisprudenza ha nel tempo chiarito che le merci elencate debbono essere riferite a beni mobili, escludendo dal novero i beni immobili, come terreni ed edifici<sup>12</sup>.

Ai tempi del Covid-19 ci si chiede se nella categoria da ultimo indicata, beni di prima necessità, possano rientrare anche le mascherine. Queste ultime divengono obbligatorie nel nostro Paese con il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri

---

<sup>11</sup> Cass. pen., Sezione VI, 27.10.1989, n. 14534, CP.

<sup>12</sup> Cfr. Corte cost. 21 luglio 1983, n. 233, PF: dichiarò inammissibile la questione lamentata dal giudice *a quo* circa la possibile illegittimità dell'esclusione dei beni immobili con parametro l'articolo 3 Costituzione.

emanato il 26 aprile 2020, nel quale si raccomanda l'utilizzo delle stesse nei luoghi affollati, sia al chiuso che all'aperto, in cui non è possibile mantenere la distanza di almeno un metro, definita distanza di sicurezza<sup>13</sup>. Di più, l'utilizzo delle stesse è definito dall'Istituto Superiore di Sanità obbligatorio ogniqualvolta ci si trovi in presenza di persone non conviventi<sup>14</sup>; e ancora, nelle nuove linee guida dell'Organizzazione mondiale della Sanità si raccomanda di utilizzare sempre le mascherine nei luoghi chiusi o in situazioni in cui vi sia possibilità di contagio<sup>15</sup>. Da ultimo si rileva l'inserimento delle mascherine sia chirurgiche che FFP2 nel paniere dei prezzi al consumo pubblicato dall'ISTAT nel mese di febbraio 2021<sup>16</sup>.

Si evince dunque che le mascherine, in quanto oggetto ormai indispensabile, sebbene insufficiente da solo per fronteggiare l'emergenza, siano irrinunciabili nella vita di tutti i giorni, concludendo che ben potrebbero rientrare nella nozione di «prodotti di prima necessità».

#### *2.4 Mercato interno*

L'altro elemento da analizzare è l'ambito in cui la rarefazione o il rincaro deve avvenire, ossia il «mercato interno».

Il bene giuridico tutelato dalla norma è l'economia pubblica, perciò ben si può concludere che il mercato in questione debba sicuramente essere quello nazionale, tuttavia, se così fosse, la fattispecie sarebbe di difficile integrazione.

---

<sup>13</sup> D.P.C.M., 26.04.2020, art. 3, co. 2 «Ai fini del contenimento della diffusione del virus COVID-19, è fatto obbligo sull'intero territorio nazionale di usare protezioni delle vie respiratorie nei luoghi chiusi accessibili al pubblico, inclusi i mezzi di trasporto e comunque in tutte le occasioni in cui non sia possibile garantire continuamente il mantenimento della distanza di sicurezza».

<sup>14</sup> <https://www.iss.it/mascherine/>.

<sup>15</sup> <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/when-and-how-to-use-masks>.

<sup>16</sup> <https://www.istat.it/it/files/2021/02/paniere.pdf>.

La Corte di Cassazione<sup>17</sup> chiarì che per integrare la fattispecie delittuosa occorre che la condotta sia tale da provocare il pericolo di un nocumento non solo sul mercato nazionale, ma anche su un «mercato locale» le cui dimensioni possano cagionare l'offesa alla pubblica economia.

In sintesi, ai fini dell'integrazione della fattispecie di reato è necessaria una condotta tale da generare un pericolo concreto di fenomeni speculativi anche in una zona circoscritta della Nazione, ma tale da recare danno all'economia pubblica.

### 2.5 *Elemento soggettivo*

A differenza dell'articolo 501 «Rialzo e ribasso fraudolento di prezzi sul pubblico mercato o nelle borse di commercio» che richiede un dolo specifico, l'articolo 501 *bis* prevede un dolo generico: il soggetto agente dovrà agire con coscienza e volontà, nell'ipotesi descritta dal primo comma, sapendo che la sua azione è idonea a provocare i fenomeni di rarefazione e rincaro, mentre nel secondo comma dovrà agire consapevole del presupposto di rarefazione o rincaro.

### 3. *Pronunce*

Nell'attuale contesto pandemico la norma, appena analizzata, è stata richiamata da diverse pronunce.

Concentriamo la nostra attenzione dapprima sull'ordinanza del Giudice per le indagini preliminari di Salerno emessa in data 2 aprile 2020, avente ad oggetto la convalida del sequestro preventivo di mascherine che venivano messe in vendita ad un «prezzo pari al triplo o al quadruplo del prezzo di acquisto praticato dal fornitore, con una percentuale di rincaro enormemente superiore ai rapporti di proporzione tipici delle ordinarie dinamiche del mercato, sì da evidenziare una chiara “speculazione”».

Il Giudice per le indagini preliminari, nel valutare il *fumus commissi delicti*, ha ritenuto configurabile il delitto descritto

---

<sup>17</sup> Cass. pen., Sezione VI, 27.10.1989, n. 14534, CP.

dall'articolo 501 *bis*, non solo classificando le mascherine come prodotti di prima necessità, ma ha affermato anche che ai fini dell'integrazione del delitto, data la situazione emergenziale, è sufficiente la condotta di un unico rivenditore che sia in grado di influenzare l'andamento del mercato.

Al contrario il Tribunale di Lecce, Sez. Riesame, con ordinanza n. 6 del 21 aprile 2020, ha accolto i motivi di ricorso dell'indagato e annullato il provvedimento di convalida del sequestro oggetto di gravame, non potendo configurarsi il reato, secondo i Giudici, con l'azione speculativa di un unico imprenditore, avuto riguardo delle dimensioni dell'azienda e della quantità di merci necessari per influenzare il mercato.

È tuttavia necessario sottolineare che, nonostante la decisione, nello stesso provvedimento il collegio, in linea con il Giudice per le indagini preliminari di Salerno, ha confermato la natura di prodotti di prima necessità delle mascherine. In linea con quest'ultimo indirizzo si pone la sentenza della Corte di Cassazione, Sez. Terza, n. 36929 del 16 ottobre 2020.

La vicenda da cui trae origine la pronuncia della Suprema Corte è il sequestro probatorio in flagranza, avente ad oggetto una serie di scritture contabili, un rotolo di tessuto in cotone e una matrice utilizzata dalla società per la produzione di mascherine protettive generiche, disposto dalla Guardia di Finanza.

Il Tribunale di Vicenza aveva confermato, solo in parte, il sequestro convalidato dal Pubblico Ministero, ossia limitatamente alle scritture contabili, poiché per la sussistenza del *fumus commissi delicti* rilevava non necessario il sequestro del tessuto e la matrice dal momento che l'articolo 501 *bis* non richiede né la verifica dei materiali usati, né la conformità del modello a quello legalmente previsto.

L'indagato, l'imprenditore avente rappresentanza legale della società, ricorreva in Cassazione contro quest'ultimo provvedimento. La Corte di Cassazione, dopo aver analizzato la disposizione in questione, affermando ancora una volta la possibilità di ascrivere le mascherine ai prodotti di prima necessità, ha ritenuto fondato il ricorso.

Sebbene l'imprenditore avesse immesso sul mercato, per mezzo della piattaforma Amazon, mascherine con un «rincaro pari al 350%», i Giudici hanno constatato che le modeste dimensioni della società e le scorte esigue non fossero idonee a provocare un rincaro dei prezzi delle mascherine stesse sul mercato nazionale.

#### 4. *Conclusioni*

È stata analizzata la fattispecie descritta dal legislatore nell'articolo 501 *bis* del codice penale, partendo dal contesto nel quale venne ad esistenza fino ai nostri giorni in cui assume un nuovo significato.

La disposizione sembra essere carente dei requisiti di chiarezza e specificità tanto che le diverse pronunce analizzate sono arrivate a conclusioni diverse: da un lato, nella prima ordinanza analizzata, il Giudice ha ritenuto rilevante anche solo la condotta di un agente del mercato, dall'altro nelle successive è stato escluso.

Per concludere si fa ancora una volta riferimento al bene giuridico tutelato: l'economia pubblica, è a questo che bisogna guardare per affermare la sussistenza o meno del reato. Laddove la condotta sia inidonea ad incidere sul mercato nazionale, e dunque tale da non nuocere all'economia pubblica, l'integrazione della fattispecie dovrà escludersi.

SABIN COSTEL AVERESCU\*

LA LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE PERSONE  
NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA  
DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19

*The present paper aims at analysing the protection afforded by European Union law to the freedom of European citizens to move freely during the Covid-19 pandemic. It also considers the relationship between the freedom of movement, the right to health and public health protection in view of finding a proper balance. The latter may perhaps be reached through the EU Digital COVID Certificate which, nevertheless, could create new problems in terms of the protection of the fundamental rights of specific groups of people, such as those who do not want to or cannot get vaccinated.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il diritto del cittadino dell'Unione di circolare liberamente. – 3. Diritto alla libera circolazione, diritto alla salute e tutela della sanità pubblica. – 4. Certificato COVID digitale dell'Unione Europea: la soluzione al problema?

1. *Introduzione*

La crisi sanitaria, economica e sociale provocata dal nuovo coronavirus (covid-19) risulta essere una nuova ed ennesima sfida per l'Unione Europea (Unione, d'ora in avanti), già duramente messa alla prova nella sua storia più recente<sup>1</sup>.

---

\*Studente del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Emanuele Cimiotta, docente di European Union Law presso Sapienza Università di Roma.

<sup>1</sup> La crisi del debito sovrano cominciata in alcuni Stati membri nel 2008, la crisi migratoria iniziata nel 2015 e la Brexit, insieme alla pandemia del covid-19, sono tra le principali sfide contro cui il progetto dell'integrazione europea si è dovuto scontrare nel più recente periodo. Sul punto, v. E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea – L'ordinamento dell'Unione*, II ed., Torino, 2018, pp. 12 ss.

Dinnanzi alla pandemia, accertata ufficialmente a marzo 2020 dall'Organizzazione mondiale della sanità<sup>2</sup> (OMS), alcuni Stati membri dell'Unione Europea hanno fin da subito dichiarato lo stato di emergenza procedendo – per esempio in Italia, in Spagna e in Francia<sup>3</sup> – all'adozione di misure aventi per fine la riduzione della diffusione del virus. Queste ultime si sono tradotte principalmente in una limitazione, parziale o intera, di una vasta gamma di diritti. Inoltre, esse hanno avuto e hanno tuttora rilevanza tanto a livello nazionale quanto a livello europeo.

Sul punto, è certo che vi sono diritti che possono essere sospesi, o comunque limitati, qualora questo intervento sia reso necessario dall'esigenza di far fronte a una situazione di emergenza. Ciò è sicuramente ragionevole nella fattispecie venuta a esistenza a causa del covid-19 che, dunque, giustifica limiti e sospensioni di diritti e di libertà derivanti e garantiti anche dal diritto – in principio prevalente rispetto a quello nazionale<sup>4</sup> – dell'Unione.

È, tuttavia, altrettanto necessario constatare che non tutti i diritti si equivalgono per rilevanza, e che esistono alcuni tra di essi che, proprio per la loro fondamentale importanza, risultano

---

<sup>2</sup> Cfr. il testo della conferenza stampa, datato 11 marzo 2020, disponibile al seguente indirizzo: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>.

<sup>3</sup> Per un approfondimento sull'inizio della crisi in questi tre Stati membri, v. C. BEAUCILLON, *International and European Emergency Assistance to EU Member States in the COVID-19 Crisis: Why European Solidarity Is Not Dead and What We Need to Make It both Happen and Last*, in *European Papers*, 2020, vol. 5, fasc. 1, pp. 388 ss.; v. anche F. GALLARATI, *Le libertà fondamentali alla prova del coronavirus. La gestione dell'emergenza sanitaria in Francia e Spagna*, in *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, a cura di L. Cuocolo, in *federalismi.it*, pp. 46 ss.

<sup>4</sup> Stante il principio, noto, del primato delle norme europee rispetto alle norme nazionali degli Stati membri: cfr. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea*, cit., pp. 293 ss., spec. p. 296; M. CARTABIA – M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, Torino, 2011, pp. 40 ss.

non poter essere sospesi oppure ulteriormente sospesi oltre un limite ragionevole<sup>5</sup>. Diritti fondamentali, per l'appunto.

E possono essere considerati fondamentali, almeno all'interno dell'ordinamento dell'Unione, quelli contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Carta, d'ora in avanti)<sup>6</sup>. L'Unione, di conseguenza, nel creare e attuare le proprie norme, dovrebbe senz'altro prestare un certo livello di attenzione nel momento in cui questi ultimi vengono limitati, tenendo anche presente che la Carta ha lo stesso valore giuridico dei trattati, così come stabilito dall'art. 6, par. 1, del Trattato sull'Unione Europea (TUE), a seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona del 2009<sup>7</sup>.

Tra i diritti enunciati, notevole rilevanza riveste il diritto alla libertà di circolazione, previsto all'art. 45 della Carta, il quale è diritto fondamentale non solo a livello europeo, ma anche a livello nazionale e costituzionale dei vari Stati membri<sup>8</sup>. La libertà di circolazione è, invero, alla base di altre libertà fondamentali, fino al punto da diventarne un presupposto<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> Tale constatazione dovrebbe indicare ciò che avviene quantomeno in uno Stato di diritto, che è valore essenziale dell'Unione (cfr. artt. 2 e 21 TUE) e criterio da soddisfare per poter aderire all'Unione stessa: v. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea*, cit., p. 108.

<sup>6</sup> L'art. 6, par. 3, TUE prevede che i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in qualità di principi generali. Sul punto, v. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea*, cit., pp. 154 ss.

<sup>7</sup> *Ivi*, pp. 154-155, 163 ss. L'importanza del rispetto della Carta è stata riaffermata anche a livello giurisprudenziale: v. Corte di giustizia, sent. 6 ottobre 2015, *Schrems*, causa C-362/14, dove la Corte ribadisce che «l'Unione è un'Unione di diritto, nel senso che tutti gli atti delle sue istituzioni sono soggetti al controllo della conformità, segnatamente, ai Trattati, ai principi generali del diritto nonché ai diritti fondamentali».

<sup>8</sup> Per quanto riguarda l'Italia, v. L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, a cura di L. Cuocolo, in *federalismi.it*, pp. 15 ss.

<sup>9</sup> Cfr. AA.VV., *COVID-19. Competenze dell'Unione, libertà di circolazione e diritti umani in materia di controlli delle frontiere, misure restrittive della mobilità e protezione internazionale*, in *Annali AISDUE*, vol. II, Napoli, 2021, pp. 230-231.

Si pensi, per esempio, alla libertà personale, alla libertà di associarsi, nonché poi a qualsiasi altra libertà che possa essere indirettamente pregiudicata dall'assenza della libertà di circolazione<sup>10</sup>. Si consideri anche il diritto al lavoro (art. 15 della Carta): salvo i casi di *smart working* (che proprio con la pandemia sono aumentati), normalmente la maggior parte dei lavoratori necessita di andare in un ufficio, in una fabbrica, ecc.

La centralità della libertà di circolazione non si rinviene solo come diritto del singolo cittadino dell'Unione: essa è, infatti, anche alla base del (funzionamento del) mercato unico, che persegue proprio come obiettivo l'eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali tra gli Stati membri<sup>11</sup>, così come previsto dall'art. 26, par. 2, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE). Eliminazione che sembra, anche se in via temporanea, essere regredita a seguito dell'introduzione di varie misure nazionali degli Stati membri finalizzate al controllo della diffusione della pandemia, come quelle concernenti il reinserimento dei controlli di frontiera<sup>12</sup>.

Nel diritto dell'Unione possiamo, quindi, considerare la libertà di circolazione come diritto fondamentale del cittadino europeo (art. 45 della Carta; artt. 20, 21 e 45, parr. 1 e 3, TFUE) e come presupposto per il funzionamento del mercato unico (art. 3, par. 3, TUE; art. 26, par. 2, TFUE).

Altro diritto di centrale rilevanza, in relazione alla situazione pandemica del covid-19, è senz'ombra di dubbio quello di cui all'art. 35 della Carta: il diritto alla salute. In tale contesto, poi, viene in rilievo anche la tutela della sanità pubblica che, come vedremo, si può, in una certa misura,

---

<sup>10</sup> Infatti, tali libertà sono state colpite dalle misure di contrasto alla pandemia che hanno portato limitazioni alla libertà di circolazione. Così, F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in *costituzionalismo.it*, 2020, fasc. 1, p. 132.

<sup>11</sup> Cfr. G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea – Parte speciale* (Estratto), V ed., Torino, 2017, pp. 1-3; v. l'art. 3, par. 1, lett. a), b), e), TFUE.

<sup>12</sup> COVID-19 – Orientamenti relativi alle misure per la gestione delle frontiere destinate a tutelare la salute e garantire la disponibilità di beni e servizi essenziali, C (2020) 1753 final, Bruxelles, GU C 861 del 16 marzo 2020.

ricondurre a sua volta al medesimo art. 35 della Carta. Risulta essere essenziale, dunque, vedere quale rapporto si instaura tra questi ultimi e il diritto alla libera circolazione.

Di seguito ci si occuperà della libertà di circolazione quale diritto del cittadino europeo, cercando di capire qual è la tutela di cui tale diritto gode durante il periodo emergenziale. Anzitutto, si vedranno le norme che hanno a oggetto la libertà di circolazione del cittadino europeo e se ne vedranno i limiti, prestando particolare attenzione a quelli derivanti da ragioni di carattere sanitario. Si passerà, nel prosieguo, a un'analisi dei rapporti tra la libertà di circolazione, il diritto alla salute e la tutela della sanità pubblica nel contesto del diritto europeo. Ci si chiederà, infine, se la soluzione in concreto individuata dall'Unione per garantire la libera circolazione delle persone – cioè il Certificato COVID Digitale dell'Unione Europea – possa soddisfare pienamente le esigenze di tutela di tale libertà.

## *2. Il diritto del cittadino dell'Unione di circolare liberamente*

La libertà di circolazione del cittadino dell'Unione è richiamata in varie disposizioni europee, sia di fonte primaria che di fonte secondaria<sup>13</sup>.

L'art. 45, par. 1, della Carta sancisce che «[o]gni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri».

---

<sup>13</sup> Specificamente, le norme di rango primario che rilevano sono: art. 20, par. 2, lett. a) e art. 21, par. 1, nonché art. 45, parr. 1 e 3, TFUE; art. 45 della Carta. Tra le fonti secondarie è da segnalare la direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE e il regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen).

Tale norma va letta in combinato disposto con altre norme della Carta, le quali prendono in considerazione l'ambito di applicazione e la portata dei diritti della Carta.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione di tali diritti, rileva l'art. 51, par. 1, della Carta, secondo cui «[l]e disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, agli organi e agli organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati»<sup>14</sup>.

Dunque, l'art. 45 della Carta non ha riguardo alle situazioni in cui non vi è quantomeno un'interferenza, anche indiretta<sup>15</sup>, del diritto nazionale con il diritto europeo: tali situazioni fuoriescono dalla disciplina europea e ad esse si applicheranno solo le norme di diritto nazionale.

Nelle altre situazioni, in cui vi siano misure adottate dagli Stati membri per restringere la libertà di circolazione delle persone, durante il periodo pandemico, che ricadano nell'ambito di applicazione del diritto europeo, l'art. 45 della Carta troverà applicazione.

Prendiamo in considerazione, ora, la portata dei diritti della Carta, e quindi anche del diritto alla libera circolazione delle persone.

Innanzitutto, a una semplice lettura della disposizione si potrebbe ritenere che la Carta non ammetta alcun tipo di eccezione al diritto alla libera circolazione. Non si prevede nemmeno la tipica proposizione che richiede di leggere la Carta

---

<sup>14</sup> Per quanto riguarda l'ambito di applicazione dei diritti fondamentali della Carta, v. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea*, cit., pp. 163 ss.; B. NASCIBENE, *Carta dei diritti fondamentali, applicabilità e rapporti fra giudici: la necessità di una tutela integrata*, in *European Papers*, 2021, vol. 6, fasc. 1, pp. 84 ss.

<sup>15</sup> L'ambito di applicazione dei diritti della Carta, infatti, si estende anche alle norme e alle condotte statali quando queste ultime rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione: Corte di giustizia, sent. 26 febbraio 2013, *Fransson*, causa C-617/10.

«conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali», la quale appare in altre disposizioni della stessa<sup>16</sup> e che potrebbe avere una qualche funzione limitante della portata del diritto enunciato, similmente a quanto avviene in varie Carte costituzionali degli Stati membri<sup>17</sup>.

Tuttavia, l'art. 52, par. 1, della Carta precisa che «[e]ventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà». Tale disposizione contiene una clausola generale che autorizza limitazioni ai diritti della Carta<sup>18</sup> – e quindi anche al diritto di cui all'art. 45 – a determinate condizioni (che sono: applicazione del principio di proporzionalità, constatazione della necessità delle limitazioni, raggiungimento di finalità tassativamente indicate dalla disposizione).

Perciò, il diritto di cui all'art. 45 è applicabile solo in situazioni inerenti all'ordinamento dell'Unione (e non anche in quelle inerenti esclusivamente all'ordinamento nazionale) ed è altresì limitabile (a condizioni e limiti specifici).

Oltre alla Carta, anche gli artt. 20 e 21 TFUE sanciscono la libertà di circolazione delle persone, prevedendo, in entrambi gli articoli, la soggezione di tale libertà alle condizioni e ai limiti definiti dai trattati e dalle misure adottate in applicazione degli stessi.

L'art. 45 TFUE, al par. 1, stabilisce, invece, la libertà di circolazione dei lavoratori dell'Unione e, al par. 3, sancisce che limitazioni ai diritti derivanti da tale libertà possono essere previste per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica.

---

<sup>16</sup> Cfr. artt. 16, 28, 30, 34 della Carta.

<sup>17</sup> Per esempio, in Italia l'art. 16 Cost., che sancisce la libertà di circolazione, prevede l'enunciazione «salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o sicurezza», permettendo che la legislazione nazionale intervenga, benché in casi limitati, per restringere tale diritto. V. anche l'art. 11 Cost. tedesca, l'art. 19 Cost. spagnola, l'art. 52 Cost. polacca.

<sup>18</sup> Cfr. J.P. JACQUE, *Les limitations aux droits fondamentaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, disponibile al seguente indirizzo: <http://www.droit-union-europeenne.be/427772766>.

Benché riferita ai soli lavoratori<sup>19</sup>, tale libertà è stata estesa, gradualmente e, anzitutto, per via giurisprudenziale, anche ad altre categorie (come, per esempio, i turisti<sup>20</sup>) fino a diventare una libertà derivante dallo *status* stesso di cittadino dell'Unione. Libertà ulteriormente rafforzata nella direttiva 2004/38/CE che ha – in definitiva – slegato l'esercizio della stessa dall'esercizio di un'attività lavorativa<sup>21</sup>.

Date le norme sulla libertà di circolazione contenute nel TFUE, va segnalata la c.d. regola dell'internalità (*purely internal rule*), elaborata dalla Corte di giustizia, secondo la quale le misure restrittive la cui applicazione si esaurisce all'interno di un unico Stato membro (creando così situazioni puramente interne) non sono soggette all'applicazione delle disposizioni sulle libertà previste nel TFUE<sup>22</sup>: così – afferma la Corte di giustizia nella sentenza *Saunders* – «le disposizioni del Trattato in materia di libera circolazione dei lavoratori non possono [...] essere applicate a situazioni puramente interne di uno Stato membro»<sup>23</sup>.

Tuttavia, in parte della dottrina si ritiene che la regola dell'internalità non trovi applicazione nell'attuale situazione pandemica, in virtù delle eccezioni che alla stessa sono state ammesse per via giurisprudenziale<sup>24</sup>. Più specificamente,

---

<sup>19</sup> Ciò si spiega con le finalità prettamente economiche presenti, originariamente, alla base dell'integrazione europea. È sufficiente notare, infatti, che le origini dell'Unione si rinvergono nella CECA, nella CEE e nella CEEA o Euratom, tutte organizzazioni internazionali che perseguivano scopi di integrazione economica.

<sup>20</sup> V., per esempio, Corte di giustizia, sent. 8 aprile 1976, *Royer*, causa 48/75.

<sup>21</sup> STROZZI, *Diritto dell'Unione Europea – Parte speciale* (Estratto), cit., pp. 64 ss., spec. pp. 66-67; CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea*, cit., pp. 30-31. Cfr., con riferimento all'art. 21 TFUE, D. THYM – J. BORNEMANN, *Schengen and Free Movement Law During the First Phase of the Covid-19 Pandemic: Of Symbolism, Law and Politics*, in *European Papers*, 2020, vol. 5, fasc. 3, p. 1165.

<sup>22</sup> A. ARENA, *Le restrizioni per affrontare l'emergenza COVID-19 e le libertà fondamentali del mercato unico: uno sguardo alle situazioni puramente interne*, in *eurojus.it*, numero speciale, p. 41.

<sup>23</sup> Corte di giustizia, sent. 28 marzo 1979, *Saunders*, causa 175/78.

<sup>24</sup> A. ARENA, *Le restrizioni per affrontare l'emergenza COVID-19 e le libertà fondamentali del mercato unico: uno sguardo alle situazioni puramente interne*, cit., pp. 45-47.

verrebbe, tra l'altro, in rilievo l'eccezione *Guimont*, per cui la Corte di giustizia ha acconsentito a pronunciarsi in via pregiudiziale anche in situazioni puramente interne nell'ipotesi in cui il diritto nazionale imporrebbe di agire in modo che i cittadini nazionali fruiscano degli stessi diritti di cui godrebbero, in base al diritto europeo e nella medesima situazione, i cittadini di un altro Stato membro<sup>25</sup>. Con riferimento all'Italia, tale ipotesi si deve ritenere avverata poiché l'art. 53 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, sancisce che «[n]ei confronti dei cittadini italiani non trovano applicazione norme dell'ordinamento giuridico italiano o prassi interne che producano effetti discriminatori rispetto alla condizione e al trattamento garantiti nell'ordinamento italiano ai cittadini dell'Unione europea».

L'art. 45, par. 1, della Carta e l'art. 45, parr. 1 e 3, TFUE trovano un punto di congiunzione nell'art. 52, par. 2, della Carta, secondo cui «[i] diritti riconosciuti dalla presente Carta che trovano fondamento [nei trattati] si esercitano alle condizioni e nei limiti definiti dai trattati stessi». Alla luce di ciò, l'art. 45, par. 1, della Carta (che, come visto, a una lettura isolata sembra garantire un livello di tutela incondizionato) va letto – e integrato – come se prevedesse le richiamate limitazioni al diritto alla libera circolazione dell'art. 45, par. 3, TFUE.

Pertanto, il diritto di circolare liberamente del cittadino dell'Unione, previsto sia nella Carta sia nei trattati, può essere sottoposto a misure restrittive, ma solo se tali misure trovano la loro giustificazione in uno dei motivi previsti dai trattati, tra cui vi è appunto la sanità pubblica<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> V. Corte di giustizia, sent. 5 dicembre 2000, *Guimont*, causa C-448/98, punto 23; v. anche Corte di giustizia, ordinanza 30 gennaio 2014, *Paola C. contro Presidenza del Consiglio dei Ministri*, causa C-122/13.

<sup>26</sup> Cfr., per esempio, Corte di giustizia, sent. 12 maggio 2011, *Runevič-Vardyn e Wardyn*, causa C-391/09: «[e]ventuali misure restrittive di una libertà fondamentale, come quella di cui all'art. 21 TFUE, possono essere giustificate da considerazioni oggettive solo ove risultino necessarie ai fini della tutela degli interessi che esse mirano a garantire e solo nella misura in cui tali obiettivi non possano essere raggiunti mediante misure meno restrittive».

E non v'è dubbio che il covid-19 giustifichi introduzioni di misure restrittive per la tutela della sanità pubblica. Sono state, poi, previste diverse eccezioni nel contemperamento di altre esigenze, tra cui quella per la circolazione dei lavoratori transfrontalieri<sup>27</sup> e quella per la circolazione di medici e pazienti<sup>28</sup>.

Inoltre, viene in rilievo anche il regolamento (UE) 2016/399 (c.d. codice frontiere Schengen). Gli Stati membri hanno richiamato e applicato gli artt. 25 e 28 del suddetto regolamento, i quali permettono il ripristino dei controlli di frontiera in tutte le parti o in parti specifiche delle frontiere interne di uno Stato membro<sup>29</sup>. Tuttavia, differentemente da quanto previsto dalla direttiva 2004/38/CE, i motivi per cui il codice frontiere Schengen ammette il ripristino dei controlli si riducono solo all'ordine pubblico e alla sicurezza interna, senza nessun riferimento specifico alla sanità pubblica<sup>30</sup>.

Lo scopo delle limitazioni previste per le misure restrittive adottabili dagli Stati membri è quello di consentire un intervento da parte di questi ultimi e di assicurare, allo stesso tempo, che tale intervento sia sottoposto a specifici limiti al fine di salvaguardare il contenuto essenziale dei diritti fondamentali, il quale non può mai essere del tutto sacrificato nell'ottica della Carta. Tra tali limiti figura il principio di proporzionalità (art.

---

<sup>27</sup> COVID-19 – Orientamenti relativi alle misure per la gestione delle frontiere destinate a tutelare la salute e garantire la disponibilità di beni e servizi essenziali, C (2020) 1753 final, Bruxelles, GU C 86I del 16 marzo 2020; COM (2020) 115 del 16 marzo 2020, COVID-19: restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE.

<sup>28</sup> COM (2020) 2153 final, del 3 aprile 2020, Linee guida sull'assistenza di emergenza dell'UE sulla cooperazione transfrontaliera nel settore sanitario in relazione alla crisi COVID-19; COM (2020) 115 del 16 marzo 2020, COVID-19: restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE. In argomento, v. AA.VV., *Covid-19 e libera circolazione dei servizi sanitari: un esempio di solidarietà europea?*, in *Annali AISDUE*, vol. II, Napoli, 2021, pp. 259 ss.

<sup>29</sup> Sull'applicazione di tali norme da parte di Stati membri, v. S. CARRERA – N.C. LUK, *Love thy Neighbour? Coronavirus Politics and Their Impact on EU Freedoms and Rule of Law in the Schengen Area*, in *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, 2020, fasc. 4, pp. 22 ss.

<sup>30</sup> L'art. 29 della direttiva 2004/38/CE prevede, invece, espressamente la sanità pubblica tra i motivi limitanti il diritto alla libera circolazione.

52, par. 1, parte seconda, della Carta), il quale governa quasi ogni aspetto dell'ordinamento dell'Unione<sup>31</sup>.

Anche i principi, fondamentali nel diritto europeo, di non discriminazione e parità di trattamento vanno presi in considerazione<sup>32</sup>. Con l'applicazione del principio di parità di trattamento, per esempio, si è ritenuto che gli Stati membri dovrebbero permettere ai cittadini europei che non hanno la cittadinanza dello Stato membro in cui si trovano di fare ritorno alla propria abitazione – anche se in uno Stato membro diverso e nonostante le misure restrittive alla libera circolazione applicate da quest'ultimo – così come permettono, per l'appunto, ai propri cittadini di fare ritorno alla propria abitazione<sup>33</sup>.

Considerando che la Commissione europea «[v]igila sull'applicazione dei trattati e delle misure adottate dalle istituzioni in virtù dei trattati» e che «[v]igila sull'applicazione del diritto dell'Unione sotto il controllo della Corte di giustizia dell'Unione europea» (art. 17, par. 1, TUE), tant'è che è spesso indicata come “guardiana dei trattati”, e considerando che essa può attivare il procedimento di infrazione *ex art.* 258 TFUE nei confronti degli Stati membri che, ad avviso della Commissione stessa, abbiano violato uno degli obblighi previsti in virtù della loro partecipazione all'Unione, il ruolo giocato dalla Commissione dovrebbe considerarsi il fulcro della tutela dei diritti fondamentali – compreso quello alla libera circolazione,

---

<sup>31</sup> THYM – BORNEMANN, *Schengen and Free Movement Law During the First Phase of the Covid-19 Pandemic: Of Symbolism, Law and Politics*, cit., pp. 1162 ss. Il principio di proporzionalità è poi strettamente connesso al principio di sussidiarietà, che governa le relazioni tra Unione e Stati membri nell'applicazione del diritto europeo: CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea*, cit., pp. 267 ss.

<sup>32</sup> Come anche notato, per esempio, nelle Linee guida concernenti l'attuazione della restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE, la facilitazione delle modalità di transito per il rimpatrio dei cittadini dell'UE, gli effetti sulla politica in materia di visti (2020/C 102 I/02).

<sup>33</sup> THYM – BORNEMANN, *Schengen and Free Movement Law During the First Phase of the Covid-19 Pandemic: Of Symbolism, Law and Politics*, cit., p. 1164; G. FIENGO, *Le misure di contenimento della diffusione del COVID-19: la sospensione dell'accordo di Schengen*, consultabile all'indirizzo: [http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/announcement/view/172#\\_ftn5](http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/announcement/view/172#_ftn5).

conformemente ai limiti degli artt. 20, 21 e 45 TFUE – nell’attuale situazione pandemica.

La Commissione, d’altro lato, non ha mancato di rivendicare il suo compito di sorveglianza<sup>34</sup>. Inoltre, un gruppo alquanto cospicuo di Stati membri ha espresso, attraverso una dichiarazione congiunta<sup>35</sup>, il proprio sostegno alla Commissione.

La Commissione, inoltre, ha dichiarato che «[p]er i cittadini dell’UE occorre garantire le salvaguardie istituite dalla direttiva sulla libera circolazione. In particolare è necessario garantire la non discriminazione tra i cittadini degli Stati membri e i cittadini dell’UE residenti»<sup>36</sup>.

Possiamo quindi dire che l’adozione di tali misure nazionali restrittive deve essere strettamente funzionale alla finalità di contenere il contagio (in quanto vi è, alla base, un interesse generale a ciò: la tutela della sanità pubblica), evitando che scelte limitanti i diritti fondamentali si basino su motivi non prettamente inerenti e funzionali a tale scopo, come, per esempio, motivi di natura politica<sup>37</sup>. E così, esemplificando, le restrizioni ai viaggi non essenziali verso l’UE sono state una delle misure adottate in quanto funzionali alla riduzione del contagio con il covid-19<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> *Statement 20/567 by President von der Leyen on emergency measures in Member States, 31 March 2020.*

<sup>35</sup> Dichiarazione congiunta del 1° aprile 2021: «*We therefore support the European Commission initiative to monitor the emergency measures and their application to ensure the fundamental values of the Union are upheld, and invite the General Affairs Council to take up the matter when appropriate*». Gli Stati firmatari, segnatamente, sono: Svezia, Belgio, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Italia, Irlanda, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Olanda, Portogallo e Spagna. Si sono aggiunti successivamente Romania e Bulgaria.

<sup>36</sup> COVID-19 – Orientamenti relativi alle misure per la gestione delle frontiere destinate a tutelare la salute e garantire la disponibilità di beni e servizi essenziali, C (2020) 1753 final, Bruxelles, GU C 861 del 16 marzo 2020.

<sup>37</sup> THYM – BORNEMANN, *Schengen and Free Movement Law During the First Phase of the Covid-19 Pandemic: Of Symbolism, Law and Politics*, cit., p. 1161: «*[It] is not to say that Member States cannot resort to extraordinary measures in exceptional crises, but they are not free to do as they please from a legal perspective*».

<sup>38</sup> COM (2020) 115 del 16 marzo 2020, COVID-19: restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l’UE.

In ciò sta, pertanto, la maggiore garanzia data al cittadino europeo: gli Stati membri non possono agire arbitrariamente nel prendere misure restrittive, come quelle di chiusura dei confini nazionali. Queste devono essere necessarie e proporzionate, dovendosi preferire, tra più misure ugualmente possibili, quelle meno invadenti la sfera di libertà del cittadino.

Tali misure, poi, non possono che essere previste in misura uguale per i cittadini dello Stato che le adotta e per quelli degli altri Stati membri, e solo per il tempo necessario, potendo considerarsi la situazione emergenziale (originata, specificamente, dall'alto livello di contagio del covid-19) un presupposto la cui mancanza non permetterebbe, ovviamente, il mantenimento delle stesse<sup>39</sup>: ogni misura restrittiva deve essere giustificata, indicando i motivi specifici e limitati di interesse pubblico<sup>40</sup> che stanno alla sua base, e deve essere giustificato anche il motivo della sua intensità.

Attualmente (ottobre 2021), in un momento storico in cui si sta procedendo a una vaccinazione contro il covid-19 di proporzioni globali – e quindi anche alla vaccinazione contro il covid-19 dei cittadini dei vari Stati membri –, è presumibile che misure, quali quelle di chiusura dei confini nazionali o di quarantena, non siano più ammissibili, almeno laddove vi è un livello notevole di cittadini a cui è stato somministrato uno dei vaccini contro il covid-19<sup>41</sup> approvati dall' Agenzia europea per i medicinali (*European Medicines Agency*: EMA, d'ora in avanti), in ossequio al principio di proporzionalità, e specificamente alla sua declinazione come principio di coerenza e sistematicità, così come ravvisato dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza. Si pensi, per esempio, alla sentenza *CMVRO*, nella quale la Corte ha stabilito che le misure nazionali finalizzate alla tutela

---

<sup>39</sup> Raccomandazione (UE) 2020/1475 del Consiglio del Consiglio del 13 ottobre 2020 per un approccio coordinato alla limitazione della libertà di circolazione in risposta alla pandemia di COVID-19, punto 2.

<sup>40</sup> *Ivi*, punto 1. V. anche il considerando n. 6 del regolamento (UE) 2021/953.

<sup>41</sup> E su questo versante si è indirizzata l'Austria: il cancelliere austriaco, Sebastian Kurz, ha dichiarato che non ci saranno più quarantene per le persone che sono state vaccinate. V. l'indirizzo: <https://www.oe24.at/welt/kurz-kein-lockdown-mehr-fuer-geimpfte/492568748>.

della sanità pubblica sono atte al loro fine «solo qualora rispondano effettivamente all'intento di realizzarlo in modo coerente e sistematico»<sup>42</sup>.

### 3. *Diritto alla libera circolazione, diritto alla salute e tutela della sanità pubblica*

Come detto, emerge nella situazione pandemica anche l'importanza del diritto alla salute nonché quella della tutela della sanità pubblica.

Per quanto riguarda quest'ultima, l'art. 168, par. 1, TFUE prevede che «[n]ella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana»<sup>43</sup>.

Si consideri che il termine con il quale si rapporta la limitazione della libertà di circolazione non è il diritto individuale alla salute ma, più propriamente, la sanità pubblica. Tant'è che si è fin qui discorso, così come prevedono le norme richiamate, di sanità *pubblica*, e non di sanità *sic et simpliciter* e né tantomeno di sanità del singolo individuo.

La giurisprudenza della Corte di giustizia ha rilevato, in modo costante, che «la tutela della sanità pubblica figura tra le ragioni imperative di interesse generale riconosciute dal diritto dell'Unione»<sup>44</sup>. Si tenga presente che tale nozione di “ragioni imperative di interesse generale”, creata dalla Corte di giustizia, è utilizzata dalla stessa per consentire limitazioni alle libertà di

---

<sup>42</sup> Corte di giustizia, sent. 1° marzo 2018, *CMVRO*, causa C-297/16, richiamata da A. ARENA, *Le restrizioni per affrontare l'emergenza COVID-19 e le libertà fondamentali del mercato unico: uno sguardo alle situazioni puramente interne*, cit., pp. 47-48.

<sup>43</sup> È stato notato, inoltre, che la gran parte dell'attività dell'Unione concernente la salute umana o non è legislativa, essendoci poche direttive (tra cui la direttiva sui diritti dei pazienti del 2011: direttiva 2011/24/UE) e regolamenti che hanno come obiettivo la sanità, o è trattata in altre politiche dell'Unione, sicché si può parlare più propriamente di una *health policy-making* piuttosto che di *law-making*. Sul punto, v. E.S. DOVE, *EU Health Law & Policy: The Expansion of EU Power in Public Health and Health Care*, in *A Journal of Law*, 2020, vol. 17, fasc. 2, pp. 444-445.

<sup>44</sup> Corte di giustizia, sent. 8 maggio 2019, *PI*, causa C-230/18.

circolazione nel mercato unico in aggiunta a quelle previste dai trattati<sup>45</sup>.

Considerando che l'art. 52, par. 1, prima parte, della Carta consente «limitazioni [ai diritti in essa contenuti solo laddove queste ultime] rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui», si può ritenere che la sanità pubblica rileva sicuramente come ragione di limitazione del diritto alla libera circolazione, sia in quanto tale ruolo limitativo è previsto dai trattati sia in quanto la tutela della sanità pubblica è qualificabile come interesse generale ex art. 52, par. 1, parte prima, della Carta (sempreché, in questo caso, siano rispettate le condizioni previste nella norma, delle quali si è già detto).

Il rapporto tra diritto alla libertà di circolazione e tutela della sanità pubblica (garantita dagli Stati membri) è un rapporto di diritto pubblico.

Tale rapporto, tuttavia, dovrebbe risolversi in un giusto equilibrio tra i diritti degli individui e l'interesse generale alla sanità pubblica<sup>46</sup>, e non in una mera prevalenza della seconda sui primi (e vi è chi ritiene che la sanità pubblica non debba prevalere in automatico<sup>47</sup>). Misure limitanti il diritto alla libera circolazione che siano strettamente necessarie e che siano applicate conformemente ai principi europei, tra cui quelli, già richiamati, di proporzionalità, non discriminazione e parità di trattamento, dovrebbero permettere il raggiungimento di un simile equilibrio.

La raccomandazione (UE) 2020/1475 del Consiglio del 13 ottobre 2020 per un approccio coordinato alla limitazione della libertà di circolazione in risposta alla pandemia di COVID-19 sembra concordare con quanto fin qui detto: «[t]utte le restrizioni alla libera circolazione delle persone all'interno

---

<sup>45</sup> Cfr., per esempio, STROZZI, *Diritto dell'Unione Europea – Parte speciale* (Estratto), cit., pp. 33-34, 40.

<sup>46</sup> S. COUTTS, *Citizenship, Coronavirus and Questions of Competence*, in *European Papers*, 2020, vol. 5, fasc. 1, p. 431.

<sup>47</sup> V. THYM – BORNEMANN, *Schengen and Free Movement Law During the First Phase of the Covid-19 Pandemic: Of Symbolism, Law and Politics*, cit., p. 1165.

dell'Unione attuate per limitare la diffusione [del covid-19] dovrebbero basarsi su motivi specifici e limitati di interesse pubblico, vale a dire la protezione della salute pubblica», e, per l'appunto, «[è] necessario che tali limitazioni siano applicate nel rispetto dei principi generali del diritto dell'Unione», per cui «[t]utte le misure adottate non dovrebbero [...] andare al di là di quanto strettamente necessario per tutelare la salute pubblica»<sup>48</sup>.

Per quanto riguarda, invece, il diritto dell'individuo alla salute, l'art. 35, parte prima, della Carta stabilisce che «[o]gni individuo ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali».

A ben vedere, la sanità pubblica è cosa diversa dal diritto alla salute, benché l'una sia correlata all'altro. Nella Carta non si fa mai riferimento esplicito alla “sanità pubblica”. Tuttavia, nella parte finale dell'art. 35 della Carta, ci si riferisce alla «salute umana», alla quale è garantita dalla Carta un'elevata protezione, riprendendo la formulazione del citato art. 168, par. 1, TFUE.

Non essendoci una definizione precisa di che cosa si debba intendere per “salute umana” all'interno delle norme giuridiche dell'Unione, un'interpretazione estensiva permetterebbe dunque di includere anche la sanità pubblica nell'ambito di applicazione dell'art. 35<sup>49</sup>. Quest'ultima interpretazione potrebbe essere avvalorata anche dal fatto che l'art. 168 TFUE – la cui formulazione, come detto, è ripresa nell'art. 35 della Carta – sia inserito nel Titolo XIV del Trattato, intitolato «Sanità pubblica».

Il diritto alla salute del singolo potrebbe rilevare come limite alla libertà di circolazione tramite una lettura congiunta dell'art. 35 e dell'art. 52, par. 1, parte seconda, della Carta: infatti, l'altra ragione per cui l'art. 52, par. 1, parte seconda, della Carta ammette limitazioni ai diritti in essa contenuti è

---

<sup>48</sup> Raccomandazione (UE) 2020/1475 del Consiglio del 13 ottobre 2020 per un approccio coordinato alla limitazione della libertà di circolazione in risposta alla pandemia di COVID-19, punto 1.

<sup>49</sup> Una simile interpretazione sembra accolta in A. ARENA, *Le restrizioni per affrontare l'emergenza COVID-19 e le libertà fondamentali del mercato unico: uno sguardo alle situazioni puramente interne*, cit., p. 47.

l'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui che, nel caso di fattispecie, si tradurrebbe nella tutela dell'altrui diritto alla salute tutelato, appunto, dall'art. 35 della Carta.

Tuttavia, tale rilievo del diritto individuale alla salute è dovuto a una previsione generale della Carta (quella contenuta nell'art. 52, par. 1, che si è detto essere una clausola, appunto, generale di limitazione dei diritti tutelati dalla Carta), e quindi non è un rilievo proprio e specifico del diritto alla salute di cui all'art. 35 della Carta, il quale, tra l'altro, non è mai esplicitamente richiamato nel regolamento riguardante il Certificato COVID digitale dell'Unione Europea, di cui ora si dirà.

#### *4. Certificato COVID digitale dell'Unione Europea: la soluzione al problema?*

Si è notato che la pandemia (o, meglio ancora, l'alto livello di contagio del covid-19) ha costituito il presupposto della facoltà degli Stati membri di emanare norme finalizzate a limitare la libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione.

A seguito della raccomandazione dell'EMA di rilasciare provvisoriamente autorizzazioni all'immissione in commercio condizionate per i vaccini contro il covid-19<sup>50</sup>, la Commissione ha proposto la creazione di un c.d. quadro di certificato COVID digitale dell'UE (in Italia noto come “*green pass*”; certificato, d'ora in avanti) attestante, alternativamente: *a*) l'avvenuta vaccinazione del soggetto con uno dei vaccini approvati dall'EMA; *b*) la guarigione dal covid-19; *c*) l'esecuzione di un tampone con risultato negativo. Le disposizioni riguardanti il quadro del certificato sono contenute nel regolamento (UE) 2021/953 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2021 su un quadro per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati interoperabili di vaccinazione, di test e di guarigione in relazione alla COVID-19 (certificato COVID

---

<sup>50</sup> In Italia, la raccomandazione dell'EMA è stata recepita dall'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA). V. l'indirizzo: <https://www.aifa.gov.it/domande-e-risposte-su-vaccini-covid-19>.

digitale dell'UE) per agevolare la libera circolazione delle persone durante la pandemia di COVID-19.

Tale certificato è entrato in vigore in tutta l'Unione dal 1° luglio 2021 e serve proprio a evitare nuove e/o più severe limitazioni anche all'esercizio del diritto fondamentale alla libera circolazione: il regolamento prende proprio in considerazione che «[o]gni cittadino dell'Unione ha il diritto fondamentale di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi» (considerando n. 1 del regolamento richiamato).

L'art. 11 del medesimo regolamento prevede la funzione del certificato: «[f]atta salva la competenza degli Stati membri di imporre restrizioni per motivi di salute pubblica, qualora accettino certificati di vaccinazione, certificati di test che attestano un risultato negativo o certificati di guarigione, gli Stati membri si astengono dall'imporre ulteriori restrizioni alla libera circolazione, quali ulteriori test in relazione ai viaggi per l'infezione da SARS-CoV-2 o la quarantena o l'autoisolamento in relazione ai viaggi».

Le «restrizioni potrebbero essere revocate in particolare per le persone vaccinate, in linea con il principio di precauzione, nella misura in cui le evidenze scientifiche sugli effetti della vaccinazione anti COVID-19 diventino disponibili in maggior misura e mostrino in maniera coerente che la vaccinazione contribuisce a interrompere la catena di trasmissione» (considerando n. 13 del regolamento).

Inoltre, il certificato non è nemmeno un documento obbligatorio nell'Unione (l'art. 11 specifica che quest'ultimo trova applicazione «qualora [gli Stati membri] accettino certificati» delle tipologie richiamate), sicché è lasciato a ogni Stato membro decidere se utilizzarlo. La Danimarca ha, per esempio, creato un suo certificato vaccinale (definito “*corona passport*”<sup>51</sup>).

---

<sup>51</sup> V. il seguente indirizzo: <https://en.coronasmitte.dk/corona-passport>.

Dal momento che il regolamento stabilisce un quadro soltanto per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati COVID-19 (art. 1 dello stesso), un maggior coordinamento tra gli Stati membri nell'uso del certificato – non solo per gli aspetti esterni (vale a dire per il reciproco riconoscimento nei vari Stati membri), ma anche per la sua potenzialità all'interno degli Stati membri (vale a dire per un uso medesimo in tutti gli Stati membri) – sarebbe opportuno. Ciò al fine di predisporre una risposta propriamente comune alla pandemia da parte dell'Unione, così come auspicato dal Consiglio europeo<sup>52</sup>.

Si noti che le norme richiamate, così come tutto il regolamento, si riferiscono solamente alla sanità pubblica, non facendo mai riferimento esplicito al diritto alla salute del singolo individuo. Tra l'altro, il considerando n. 62 del regolamento prende in considerazione la Carta, precisando che essa deve essere rispettata (come sarebbe comunque stato necessario e ovvio) e sottolineando la rilevanza del rispetto di determinati diritti della stessa, tra i quali non è richiamato il diritto di cui all'art. 35 della Carta.

L'art. 16 del regolamento, poi, richiede che la Commissione presenti al Parlamento europeo e al Consiglio, entro il marzo 2022, una relazione contenente una valutazione dell'impatto del regolamento, tra l'altro, anche sui diritti fondamentali; ma, di nuovo, si ha un riferimento solamente generale a questi ultimi, senza nessun riguardo al diritto alla salute.

Perciò, si può dire che il regolamento prende in considerazione, nel bilancio con il diritto alla libera circolazione, solo la tutela della sanità pubblica, e che l'art. 35 della Carta sul diritto alla salute non rileva nel regolamento di per sé. Tale diritto potrà rilevare solo nella misura prevista, come si è già detto, dall'art. 52, par. 1, della Carta, vale a dire

---

<sup>52</sup> Conclusioni del presidente del Consiglio europeo a seguito della videoconferenza sul covid-19 del 10 marzo 2020, dove i capi di Stato e di governo dell'Unione europea hanno evidenziato la necessità di un approccio europeo comune al covid-19. V. l'indirizzo: <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/03/10/statement-by-the-president-of-the-european-council-following-the-video-conference-on-covid-19/>.

nella misura prevista dalla clausola generale di limitazione dei diritti della Carta.

Il certificato, in relazione al diritto alla libera circolazione, sembrerebbe portare all'equilibrio ricercato tra il diritto alla libera circolazione e la tutela della sanità pubblica. E tuttavia potrebbe anche porre un nuovo problema: quello dei diritti delle persone senza certificato, e specificamente del diritto alla libera circolazione di tali persone.

Sono le persone non vaccinate – escludendo le ipotesi *b*) e *c*), che permettono di avere un certificato la cui durata è lungamente inferiore rispetto a quello dell'ipotesi *a*) – a continuare a subire una limitazione dei loro diritti fondamentali, tanto a livello interstatale, ove per l'accesso nello Stato membro di destinazione sia richiesto il certificato, come accade in Italia, quanto a livello nazionale<sup>53</sup>, ove il certificato sia necessario anche per certi spostamenti o per lo svolgimento di determinate attività, come in Italia<sup>54</sup> e in Francia<sup>55</sup>. Attualmente nessuno Stato membro prevede un obbligo di vaccinazione contro il covid-19, almeno non in via generale<sup>56</sup>.

Si tenga presente che, comunque, bisogna garantire i diritti fondamentali a tutti i cittadini europei, compresi i cittadini non vaccinati: infatti, la stessa nozione di “diritti fondamentali” prevede che questi ultimi siano nella disponibilità di tutti<sup>57</sup>.

Il considerando n. 36 indica, inoltre, l'esigenza di evitare discriminazioni tra vaccinati e non vaccinati: «[è] necessario evitare la discriminazione diretta o indiretta di persone che non sono vaccinate, per esempio per motivi medici, perché non rientrano nel gruppo di destinatari per cui il vaccino anti COVID-19 è attualmente somministrato o consentito, come i

---

<sup>53</sup> Gli Stati membri possono usare il certificato anche per scopi interni, come per esempio accedere a specifici luoghi, ma questo aspetto non è regolato a livello europeo: v. COM (2021) 649 final del 18 ottobre 2021.

<sup>54</sup> Decreto-legge 22 aprile 2021, n. 51, convertito, con modificazioni, nella legge 17 giugno 2021, n. 87.

<sup>55</sup> *Loi n. 2021-689 du 31 mai 2021; Décret n. 2021-699 du 1er juin 2021 modifié.*

<sup>56</sup> In Italia, per esempio, un obbligo vaccinale contro il covid-19 è previsto per il personale sanitario: v. decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, convertito, con modificazioni, nella legge 28 maggio 2021, n. 76.

<sup>57</sup> V. i preamboli della Carta e della CEDU.

bambini, o perché non hanno ancora avuto l'opportunità di essere vaccinate o hanno scelto di non essere vaccinate. [...] Inoltre, il presente regolamento non può essere interpretato nel senso che istituisce un diritto o un obbligo a essere vaccinati».

E tale prospettiva, appunto, non sembra essere stata pienamente attesa da tutti gli Stati membri: basti pensare che l'Italia prevede l'uso dei certificati anche, per esempio, per l'accesso ai luoghi di lavoro<sup>58</sup>. Ciò potrebbe portare a un'incompatibilità di tali norme nazionali con il diritto dell'Unione. Infatti, ove le misure restrittive nazionali dovessero ricadere nell'ambito di applicazione del diritto europeo, si potrebbero considerare violati altri diritti fondamentali previsti dalla Carta, come per esempio quello al lavoro (art. 15 Carta). Una tale violazione potrebbe essere fatta valere dai cittadini dello Stato che adotta simili misure, data la richiamata eccezione *Guimont* alla regola dell'internalità.

Si potrebbe poi pensare che, forse, con la vaccinazione obbligatoria (esclusa dal regolamento citato) a livello europeo, che non è vietata da nessuna norma di diritto internazionale né tantomeno di diritto europeo e che la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) ha ritenuto non lesiva dei diritti previsti dalla CEDU<sup>59</sup>, il problema potrebbe trovare, a livello giuridico, una possibile soluzione: un giusto equilibrio tra diritto alla libera circolazione delle persone e tutela della sanità pubblica.

Anche la CEDU, infatti, è fonte di ispirazione dei diritti fondamentali dell'Unione, come sancito dall'art. 6, par. 3, TUE<sup>60</sup>. Il preambolo della Carta, poi, dichiara che la stessa ha come scopo quello di riaffermare i diritti derivanti dalla CEDU nonché i diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte EDU.

Inoltre, l'art. 6, par. 2, TUE sancisce l'obbligo dell'Unione di aderire alla CEDU, mentre l'art. 52, par. 3, della Carta

---

<sup>58</sup> V. l'art. 9 *septies*, decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 giugno 2021, introdotto dall'art. 3, decreto-legge 21 settembre 2021, n. 127.

<sup>59</sup> Corte EDU, sent. 8 aprile 2021, n. 116, *Vavříčka and Others v. The Czech Republic*.

<sup>60</sup> CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea*, cit., pp. 158 ss.

sancisce che ai diritti della Carta va dato lo stesso significato e la stessa portata a quelli corrispondenti che si ritrovano nella CEDU<sup>61</sup>.

In assenza di un simile obbligo di vaccinazione, l'auspicio migliore rimane quello condiviso nel discorso sullo stato dell'Unione, del 15 settembre 2021, dalla Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen, che ha espresso la necessità di «fare il possibile per garantire che la pandemia non si trasformi in una pandemia dei non vaccinati»<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> La libertà di circolazione è prevista all'art. 2 del protocollo n. 4 della CEDU, e tra le limitazioni ammesse a tale libertà è prevista, anche in ambito convenzionale, la tutela della salute e la protezione dei diritti e libertà altrui (art. 2, par. 3, protocollo n. 4 della CEDU).

<sup>62</sup> Il discorso della Presidente della Commissione europea è disponibile al seguente indirizzo:  
[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/SPEECH\\_21\\_4701](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/SPEECH_21_4701).